

Präjudicate

des

Rigaschen Rathes

betreffend den

Civil-Proceß.

(1871—1881.)



Riga,

Verlag von N. Kymmert

1881.

1878
1878

Staatsrecht

200

Rechtsgeschichte

und -wissenschaft

Von der Censur erlaubt. Riga, am 6. October 1881.

Civil-Recht

(1781—1881)

Riga

Druck von Mehger & Wittig in Leipzig.

Inhaltsübersicht.

	Seite	
Hauptstück 1.		
• Collision von Proceßgesetzen (Nr. 1—4)	1	
Hauptstück 2.		
Gegenstand des Rechtsstreites (Nr. 5 und 6.)	9	
Hauptstück 3.		
Subjecte des Rechtsstreites.		
A. Das Gericht.		
I. Competenz der Gerichte und Gerichtsstände im allgemeinen (Nr. 7—19)	13	
II. Competenz des Handelsgerichts (Nr. 20 und 21)	30	
III. Competenz des Amtsgerichts (Nr. 22)	33	
IV. Competenz des Waisengerichts (Nr. 23—29)	34	
V. Verantwortlichkeit des Richters. Syndicatsklage (Nr. 30)	46	
B. Die Parteien.		
I. Gerichtsstandsfähigkeit und Sachlegitimation (Nr. 31—35)	47	
II. Dispositionsrecht der Parteien (Nr. 36)	56	
III. Streitgenossenschaft und Litisdenunciation (Nr. 37 und 38)	57	
C. Die Proceßvertreter (Nr. 39—44)		59
Hauptstück 4.		
Proceßcautionen.		
I. Caution für Schäden und Kosten (Nr. 45—50)	67	
II. Cautio pro reconvensione (Nr. 51—53. 448.)	73	
III. Cautio de iudicio sisti et iudicatum solvi (Nr. 54—56)	76	
IV. Cautionbestellung und Verfahren (Nr. 57 und 58)	81	

Hauptstück 5.**Klage, Einreden und weitere Verhandlung.****A. Die Klage.**

I. Anstellung und Begründung der Klage (Nr. 59—61)	82
II. Objective Klagenhäufung (Nr. 62 und 63)	85
III. Aenderung und Verbesserung der Klage (Nr. 64—67)	87
IV. Fallenlassen der Klage (Nr. 68)	92

B. Einlassung und Einreden.

I. Erfordernisse der Einlassung (Nr. 69—72)	93
II. Geltendmachung und Begründung der Einreden (Nr. 73—81)	98

C. Replik, Duplik und allgemeine Vorschriften in Betreff des Verfahrens (Nr. 82—90)

110

Hauptstück 6.**Ladung, Fristen, Ungehorsam.**

I. Ladungen (Nr. 91 und 92)	117
II. Fristen, Termine und deren Dilation (Nr. 93—96)	120
III. Ungehorsamsbeschuldigung und Contumacialurtheil (97—103)	124

Hauptstück 7.**Richteramt, Urtheil, Rechtskraft.**

I. Umfang der richterlichen Amtsthätigkeit (Nr. 104—114)	133
II. Urtheil (Nr. 115—120)	142
III. Rechtskraft, deren Wirkung und Umfang (Nr. 121—128)	148
IV. Proceßkosten (Nr. 129—145)	155

Hauptstück 8.**Beweisverfahren.**

A. Beweisinterlocut (Nr. 146—151)	169
B. Beweisfrist und Beweisverfahren im allgemeinen (Nr. 152—158)	174
C. Gerichtliches Geständniß und Notorietät (Nr. 159—164, 450)	180
D. Gegenbeweis (Nr. 165—168)	185
E. Additional- und Superadditionalbeweis (Nr. 169—173)	189
F. Beweis durch Zeugen.	
I. Zeugnißpflicht (Nr. 174)	193
II. Unfähige Zeugen (Nr. 175—188)	195
III. Verdächtigkeit der Zeugen (Nr. 189—198)	207
IV. Beweisantretung, Production und Vernehmung (Nr. 199—205)	215
G. Beweis durch Sachverständige (Nr. 206—212)	222
H. Urkundenbeweis.	
I. Beweisantretung (Nr. 213 und 214)	229
II. Recognition und Echtheitsbeweis (Nr. 215—220)	230

	Seite
III. Beweisraft der Urkunden (Nr. 221—228)	237
IV. Edbitionspflicht (Nr. 229)	247
I. Beweis durch Eid.	
I. Eidesfähigkeit und Eidesvertretung (Nr. 230—236)	250
II. Eidesleistung und Eidesstermin (Nr. 237—244)	256
III. Der zugeschobene Eid, dessen Annahme, Zurückschiebung, Formu- lirung u. s. w. (Nr. 245—262)	268
IV. Schätzungseid und Manifestationseid (Nr. 263 und 264)	293
K. Außergewöhnliches Geständniß (Nr. 265—268)	296
L. Vermuthungen (Nr. 269—271)	301
M. Beweisergebniß und Notheide (Nr. 272—284)	303

Hauptstück 9.

Rechtsmittel.

A. Appellation und Querel.

I. Das Appellationsverfahren im allgemeinen (Nr. 285—299)	315
II. Das beneficium novorum insbesondere (Nr. 300—309)	327

B. Revision.

I. Revisionssumme (Nr. 310—313)	339
II. Erkenntnisse, gegen welche die Revision ausgeschlossen ist (Nr. 314—317)	342
III. Revisionsprästanen (Nr. 318—334)	346
C. Wichtigkeitsbeschwerde (Nr. 335—344)	362
D. Einfache Beschwerde (Nr. 345—347)	374
E. Restitution (Nr. 348 und 349)	376

Hauptstück 10.

Executionverfahren (Nr. 350—369)	380
--	-----

Hauptstück 11.

Summarische Prozesse.

I. Executioprocess (Nr. 370—379. 449.)	399
II. Wechselprocess (Nr. 380—391)	408
III. Arrestprocess (Nr. 392—406)	421
IV. Regulär= summarischer Process (Nr. 407—409)	446

Hauptstück 12.

Concursverfahren.

I. Eröffnung des Concurfes (Nr. 410—413)	448
II. Feststellung und Realisirung der Concursmasse (Nr. 414—418)	453
III. Vindicanten und Separatisten (Nr. 419)	459

	Seite
IV. Concurscurator (Nr. 420 und 421)	460
V. Verfahren im Concurse (Nr. 422—431)	463
VI. Aufhebung des Concurse. Zwangsnachlaß (Nr. 432—435)	474

Hauptstück 13.

Verfahren vor dem Schiedsgericht.

I. Freiwilliges Schiedsgericht (Nr. 436—440)	483
II. Gesetzliches Schiedsgericht (Nr. 441—447)	489

1. Collision der Proceßgesetze. Gegenbeweis gegen Abgabenerforderungen der Krone.

Das Rigasche Zollamt verlangte von den Beklagten die Zahlung der nach dem Zollreglement zu entrichtenden Gebühren für die auf den Dampfern der Beklagten postirten Zollbesucher. Die Beklagten wandten ein, daß die Gebühren für Tage gefordert würden, an welchen sich gar keine Besucher auf ihren Schiffen befunden hätten, und wurden von der I. Section des L.B.G. zum Beweise hierüber zugelassen. Auf Querel des Zollamtes bestätigte der Rath diese Entscheidung durch Querelbescheid vom 23. Januar 1881, Nr. 624, wo es heißt:

„Das Zollamt behauptet, daß der Unterrichter bei Nachgabelung des Gegenbeweises gegen den klaren Wortlaut eines Gesetzes verstoßen habe, da der Art. 91 der Gesetze über das Proceßverfahren und die Beitreibung in Civilsachen Band X Theil II bestimme, daß Kronsabgaben, Steuern und Gebührenerhebungen verschiedener Art beizutreiben seien, ohne Einwendungen dagegen zuzulassen. Allein hierbei ist einerseits nicht außer Acht zu lassen, daß derartige sog. unstreitige Kronsforderungen nach dem reichsrechtlichen Civilproceß (Art. 97 u. 98 a. a. O.) durch die örtliche Polizei beizutreiben sind; jene Bestimmung im Art. 91 l. c. bezieht sich daher auf das polizeiliche Beitreibungsverfahren, welches, da den örtlichen Polizeiverwaltungen die Civilgerichtsbarkeit nicht zusteht, ganz naturgemäß ein contradictorisches Verfahren zwischen der betreffenden Kronsverwaltung und dem Steuerzahler nicht zuläßt. Andererseits gehört der allegirte Art. 91 der hier nicht recipirten reichsrechtlichen C.P.O. an; eine analoge Anwendung des Art. 91 auf den concreten Rechtsfall ist aber um deswillen ausgeschlossen,

weil er im Widerspruche steht zu dem stadtrechtlichen Proceßrecht, der Richter aber keine anderen Proceßgesetze, als diejenigen des Gerichtsortes zur Richtschnur zu nehmen, befugt ist; endlich auch der Kläger, welcher die gerichtliche Hilfe in Anspruch nimmt, sich dadurch stillschweigend dem Proceßrechte des Gerichtsortes unterwirft, da er vom angerufenen Richter nichts anderes voraussetzen darf, als daß er die einheimischen Proceßgesetze zur Anwendung bringen werde. Da eine Codification des einheimischen Proceßrechts noch nicht erfolgt ist, so hat der Richter im Geltungsgebiete des Rigaschen Stadtrechts nach L. II C. IV daselbst die processualischen Bestimmungen dieses Stadtrechts, des örtlichen Gewohnheitsrechts und in subsidium des gemeinen Rechts zur Richtschnur zu nehmen. Den angeführten Rechtsquellen entsprechend ist hierorts — wie auch im Geltungsgebiete des livl. Landrechts — der Grundsatz zur Geltung gelangt, daß selbst im Mandatsproceß, welcher im vorliegenden Falle angestrengt worden und bei Steuer- und Gebührenbeitreibungen die gewöhnliche Proceßart ist, die wechselseitige Rechtsvertheidigung nicht übergangen werde, wenngleich die Beitreibung dadurch nicht aufgehalten wird. Daher trifft der Richter, ehe die Rechtsvertheidigung zu Stande gekommen ist, in der Hauptsache nur vorläufige Verfügungen und die unabänderliche Rechtsbestimmung erst nach gehöriger Vernehmung beider Parteien, resp. nach beendetem Beweisverfahren (Samson, Institutionen des livl. Processus §§. 984, 995, 996 und 1001. Bayer, summar. Proceß §. 17. Renaud, Civilproceßrecht §. 77).

Das Princip von der Nothwendigkeit des wechselseitigen Gehörs hat nicht nur im allgemeinen in den gemeinrechtlichen Rechtsquellen (l. 3 Cod. VII, 43. Cap. 1 X. II, 12) seinen Ausdruck gefunden. Dieses Princip wird auch durch die Anmerkung 2 zum Art. 29 des Zollreglements (Fortf. von 1876) nicht durchbrochen, weil dieselbe nichts über den modus procedendi bei der gerichtlichen Beitreibung von Rückständen der Zollbesuchergebühren enthält.

Wenn also die Beklagten nicht nur die Richtigkeit der libellirten Forderung nicht zugestanden, sondern vielmehr jeden einzelnen Posten der klägerischen Rechnung ausdrücklich angestritten haben, die Möglichkeit aber nicht ausgeschlossen ist, daß das Rigasche Zollamt bei Aufmachung der Rechnung sich geirrt habe, so liegt kein rechtlicher Grund vor, den Beklagten den Gegenbeweis gegen die

für die Richtigkeit der klägerischen Forderung streitende Präsuntion abzuschneiden.“

(Appellations-Erkenntniß vom 23. Mai 1880, Nr. 3619.)

2. Collision zwischen dem Privatrecht (III. Bd. des Prov.-Rechts) und Proceß (Rig. Statuten).

Es handelte sich in einem Proceß um die Beurtheilung der Gerichtsstandsfähigkeit der Frauen nach heutigem Recht. Über das Verhältniß der beiden Gesetzbücher zu einander bei Beurtheilung dieser Frage spricht sich die Resolution vom 30. Januar 1874 Nr. 730, in ihren Motiven, wie folgt aus:

„Der dritte Band des Provinzialrechts, wenn auch hin und wieder auf vereinzelte proceßrechtliche Bestimmungen, soweit diese zum besseren Verständniß mancher Rechtsinstitute erforderlich waren, hinweisend, enthält im Großen und Ganzen doch nur reines Privatrecht, — das zweite Buch der Riga'schen Statuten enthält dagegen neben einigen Normen des Privatrechts wesentlich eine Ordnung des Proceßverfahrens. Hat nun auch das Proceßverfahren die Aufgabe der Begleiter und Hilfspollstreckler des Privatrechts zu sein, und stehen demgemäß Proceß und Privatrecht in steter unmittelbarer Wechselwirkung miteinander, so sind doch beide zwei völlig von einander gesonderte und für sich bestehende Disciplinen, zwei verschiedenartige Factoren des Rechtslebens. Die privatlichen und die processualischen Wirkungen eines in ihnen beiden vertretenen Rechtsinstituts sind daher auch keineswegs gleichartige, sondern wohl zu unterscheiden. So muß denn auch die privatrechtliche und die processualische Handlungsfähigkeit nothwendig auseinander gehalten werden und mit nichten ist für die letztere maßgebend, was für die erstere maßgebend ist. Bei der Beurtheilung der Gerichtsstandsfähigkeit der Frauen, welche sich allerdings als ein Zweig der Handlungsfähigkeit derselben darstellt, kommt hiernach denn auch vollständig nicht in Betracht, was etwa das Privatrecht heutzutage über die privatrechtliche Handlungsfähigkeit der Frauen statuiert, sondern es kommt vielmehr einzig in Betracht, was in solcher Beziehung das Proceßverfahren, wie dasselbe im zweiten Buche der Riga'schen

Stadtrechte und in subsidium im gemeinen Proceß Ausdruck gefunden, vorschreibt. Mag immerhin die Dispositionsbefugniß der Frauen nach Maßgabe der gegenwärtigen Codification des Privatrechts einen gegen die frühere Geltung erweiterten Umfang erhalten haben: auf das Gebiet des Proceßes vermag das keinen Einfluß zu üben, so lange das Proceßgesetz keine Wandelung erfahren und dem Gesetz des Privatrechts sich nicht ausdrücklich angeschlossen hat.“

3. Zeugenvernehmung durch einen öffentlichen Notar im Auslande ist unstatthaft, solange der Producent nicht nachweist, daß nach dem ausländischen Proceßrecht etwas anderes gilt.

„Nach hiesigem und nach gemeinem Proceßrechte kann die Vernehmung eines Zeugen in einem Civilrechtsstreite kompetenter Weise nur von einem Gerichte geschehen, dem nicht nur dazu die staatliche Autorisation gegeben, sondern auch gewisse Pflichten und Regeln für die Vernehmung auferlegt sind. Wenn Kläger nun behaupten will, daß dies nach englischen Gesetzen anders sei, daß dort auf Requisition die Zeugenvernehmung auch nicht von dem Gericht, sondern von einem öffentlichen Notar zu geschehen habe, so muß er, da der hiesige Richter ausländische Gesetzgebungen nicht zu kennen braucht, dies ausdrücklich und bestimmt darthun. Solange Querulant diesen Beweis nicht geführt hat, kann beim Widerspruche des Beklagten seinem Anverlangen nicht nachgegeben werden.“

(Aus den Motiven des in Bestätigung des vogteigerichtlichen Bescheides vom 7. März 1878, Nr. 28 ergangenen Querelbescheides vom 2. August 1878, Nr. 5084.)

4. Die feierliche Declaration vor einem Notar in England ersetzt nicht die Leistung des Eides, welche das Proceßrecht fordert.

„Das Proceßrecht ist ein Theil des öffentlichen Rechts: der Staat hat ein wesentliches Interesse daran, daß der Rechtsschutz den desselben bedürftigen Parteien unter den nach seiner Ansicht nothwendigen Cautelen gewährt werde, da auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses die Execution, mithin ein hoheitlich anzu-

wendender Zwang erfolgen soll. Es bestimmt daher der Staat, inwiefern die von ihm ermächtigten Richter diesen Schutz gewähren dürfen, welche Mittel sie zur Erforschung der Wahrheit anwenden, auf welche Beweismittel sie ihr Urtheil bauen dürfen (Mittermaier, über die Collision der Proceßgesetze, im civ. Archiv XIII, S. 293 ff.). Wo der Richter, wie hierorts der Fall ist, an eine gesetzliche Beweis-theorie gebunden ist, kann er seine Ueberzeugung von der Existenz eines bestrittenen Rechts nicht anders bilden, als wenn der Beweis durch die in der einheimischen Proceßordnung bestimmten Beweismittel geliefert ist. Auf andere Beweismittel, die der Staat, in welchem er functionirt, nicht sanctionirt hat, die mit andern Worten dem einheimischen Proceßrechte fremd sind, kann er daher seine Ueberzeugung nicht gründen. Andererseits unterwerfen sich auch die Parteien, welche miteinander processiren, dadurch stillschweigend den processualischen Normen des Gerichtsortes, da sie von dem angerufenen Richter nichts anderes voraussetzen dürfen, als daß er die einheimischen Proceßgesetze zur Anwendung bringen werde.

Die stadtrechtliche Proceßordnung kennt unter anderen als streitentscheidendes Beweismittel den deferirten Eid, welcher regelmäßig vor Gericht auszuschwören ist (Rigasche Stadtrechte L. II C. XVIII § 8). Nur ausnahmsweise, namentlich wenn das Glaubensbekenntniß des Eidespflichtigen die Eidesabnahme in einem Gotteshause erheischt, oder wenn für ihn das Erscheinen vor dem Proceßrichter eine unbillige Belästigung wäre, kann der Schiedseid auch außerhalb des Gerichtlocales bzw. des Proceßortes geleistet werden, hierbei wird aber stets vorausgesetzt, daß die Eidesabnahme unter gerichtlicher Autorität geschehe. Endlich verlangt der hiesige Gerichtsgebrauch, welcher in dieser Beziehung dem gemeinen Rechte sich anschließt, daß die religiöse Form der eidlichen Betheuerung die Anrufung Gottes enthalte (Arnold, im civ. Archiv Bd. 47, S. 199), es sei denn, daß das Glaubensbekenntniß des Schwurpflichtigen solches verbietet.

Im vorliegenden Falle war nun der in England domicilirenden beklagten Partei vom Untergerichte gestattet worden, den durch ihren Chef S. zu leistenden Schiedseid in England auszuschwören. Die Beklagte hat aber keineswegs nachzuweisen vermocht, daß sie den Schiedseid in der That ausgeschworen habe und daß die Leistung des referirten Eides unter gerichtlicher Autorität erfolgt sei, noch

hat sie behauptet, daß S. einer Confession angehöre, welche den Eid absolut verwirft. Sie hat vielmehr nur ein notarielles Instrument beigebracht, aus welchem hervorgeht, daß S. vor einem öffentlichen Notar in Newcastle eine die charakteristischen Merkmale eines Eides nicht enthaltende feierliche Erklärung der Wahrheit der in Frage kommenden Thatsachen abgelegt hat. Nach englischem Recht ist nun zwar eine feierliche Declaration unter Umständen ebenso beweiskräftig, wie hierorts ein Parteieneid, zumal der englische Richter an eine gesetzliche Beweisstheorie nicht in dem Grade gebunden ist, wie der einheimische. Allein die feierliche Declaration mit der eidlichen Versicherung zu identificiren, erscheint nicht möglich, vielmehr stehen auch nach englischem Recht beide in einem Gegensatze zu einander. Aus dem Notariatsinstrument ist zu ersehen, daß S. die Declaration auf Grund der Bestimmungen einer im 6. Regierungsjahre des Königs William IV. erlassenen Acte abgegeben hat, welche auf Grund der Parlamentsberathung über die Abschaffung freiwilliger und außergerichtlicher Eide und eidlicher Versicherungen zu Stande kam. Nach dem Cabinet Lowyer, a popular digest of the Laws of England, p. 603 s. v. „affidavit“ und p. 708 s. v. „oath“ ist nun aber durch das Gesetz vom 5. und 6. Regierungsjahre William's IV. c. 62 die Praxis der Magistratspersonen Affidavits oder freiwillige eidliche Erklärungen in Betreff von Sachen entgegenzunehmen, die nicht der gerichtlichen Instruction unterliegen, verboten worden. Ueber den Grund dieses Verbots äußert sich W. M. Best in seinen „Grundzügen des englischen Beweisrechts“ (Bearbeitung von Marquardsen 1851, S. 50) folgendermaßen:

„Ein großer Mißbrauch der Eide besteht in ihrem häufigen Vorkommen. Bis in die jüngste Zeit zog sich ein System von Schwüren en masse durch das ganze Verwaltungsgebiet dieses Landes. Ein Pfund Thee konnte nicht auf gehörigen Wegen vom Schiff zu den Kunden kommen, ohne wenigstens ein halbes Duzend Eide zu kosten, und nichts war gewöhnlicher, als daß Leute vor die Friedensrichter kamen und bei den unbedeutendsten Veranlassungen freiwillige Eide ableisteten. Die letzteren wurden aber unter William IV ganz verboten und durch verschiedene neuere Statuten sind Declarationen vielfach an die Stelle der Eide getreten.“

Hieraus ist ersichtlich, daß die in Frage gekommenen frei-

willigen Eide, anstatt deren nunmehr eine Declaration abzugeben ist, Verwaltungs- und nicht Justizsachen betreffen (vgl. auch Cabinet Lowyer p. 708 s. v. „oath“). Es kann daher das in dem beklagterseits beigebrachten Notariatsinstrument erwähnte Gesetz zum Beweise der Behauptung der Appellantin nicht herangezogen werden, daß die feierliche Declaration, wie sie S. vor dem Notar abgelegt hat, in England die gesetzliche Form des gerichtlichen Parteieides sei.

Allerdings muß zugegeben werden, daß das englische Proceßrecht, soweit sich dasselbe aus der vorhandenen einschlägigen Literatur übersehen läßt, den Schiedseid, wie er dem gemeinen und provinziellen Recht eigen ist, nicht kennt. Wohl aber gestattet der englische Civilproceß namentlich seit der im Jahre 1851 erschienenen s. g. Lord Broughams act (14 & 15 Victoria c. 99 ss. 2. 3) ganz allgemein eine zeugeneidliche Vernehmung der Partei vor Gericht, welche entweder mündlich (*viva voce*) oder durch schriftlich aufgestellte Interrogatorien (*by deposition*) erfolgt (Wittermaier im civ. Archiv Bd. 35 S. 137, Bd. 37 S. 148, Bd. 39 S. 293 Cabinet Lowyer p. 82 und p. 645 s. v. *deposition*). Ueberdies hat das englische Proceßrecht mit dem einheimischen das gemeinsam, daß es unter einem Eide einen Appell an Gott als den Zeugen der Wahrheit dessen, was behauptet oder geleugnet wird, versteht und hierbei voraussetzt, daß der Eid von einer Person, welche hierzu competent ist, abgenommen werde (Cabinet Lowyer p. 708 s. v. „oath“ und Best, l. c. S. 159). Es gilt in England der Grundsatz, daß zur Eidesabnahme einzig competent sind die Gerichtshöfe, Richter, Friedensrichter, Beamten, Commissionen, Schiedsrichter oder andere Personen, welche durch Gesetz oder Consens der Parteien zur Beweisaufnahme autorisirt werden (Cabinet Lowyer p. 83). Daß der öffentliche Notar als solcher kraft seines Amtes in England die Competenz zur Eidesabnahme besitze, ist beklagterseits nicht nachgewiesen worden und muß auch bezweifelt werden, da nach dem Cabinet Lowyer p. 702 als *Notary Public* eine Person bezeichnet wird, welche Verträge oder Schriftstücke attestirt, um sie für auswärts zu legalisiren, dessen hauptsächlichste Thätigkeit aber in der Notirung und Protestirung von Wechseln besteht.

Was die Frage anlangt, auf welche Art die eidliche Vernehmung von in England domicilirenden Personen (Zeugen, Sachverständige, Partei), welche für die Führung eines außerhalb

Englands anhängigen Processes erforderlich ist, zu Wege gebracht werden könne, so gilt als Regel, daß die englischen Gerichte den directen Requisitionsschreiben ausländischer Gerichte keine Folge geben, und ist bekannt, daß selbst der Lord-Mayor von London nur ausnahmsweise Commissionen ausländischer Gerichte, aber bloß zum Zeugenverhör, annimmt (Besque v. Püttlingen, Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts, 1878 S. 418). Dagegen ist dem abschriftlich beigebrachten Schreiben des englischen Ministers des Auswärtigen Salisbury an den russischen Botschafter Grafen Schumalow vom 21. Februar 1879 zu entnehmen, daß mit Rücksicht auf die Parlamentsacte 19 und 20 Victoria cap. 113 die Eidesablegung und Zeugenvernehmung vor einem großbritannischen Gerichtshofe nur durch einen hiezu bestellten Anwalt (agent), welcher einen bezüglichen gerichtlichen Antrag zu stellen hat, durchgeführt werden kann (vgl. auch Besque von Püttlingen l. c. S. 451). Die erwähnte Parlamentsacte 19 und 20 Victoria c. 113 verordnet, daß, wenn durch bezüglichen Antrag bei einem Obergericht oder Richter von Westminster, Edinburg oder Dublin, oder einem Obergericht in den englischen Colonien es erhellt, daß ein ausländisches Gericht, bei welchem eine Civil- oder Handels-sache anhängig ist, die Vernehmung eines im Jurisdictionbezirke der erwähnten englischen Gerichtshöfe wohnhaften Zeugen wünscht, der Gerichtshof oder Richter die eidliche Vernehmung auf Grund von Interrogatorien oder in anderer Weise anordnen kann, sowie daß der Lordkanzler in Assistenz zweier Glieder der Gerichtshöfe des gemeinen Rechts die betreffenden Proceßregeln im Sinne dieser Parlamentsacte auszuarbeiten habe (Cabinet Lowyer p. 85 und 86). Diese Proceßregeln sind dem erwähnten Schreiben des Marquis Salisbury an den Grafen Schumalow abschriftlich beigelegt. Darnach steht es Jedermann frei, eine Ordre zur eidlichen Vernehmung im Sinne der Parlamentsacte zu erwirken, und kann diese Vernehmung durch Affidavits oder auf andere Weise (etwa mündlich) geschehen. Unter „Affidavit“ wird aber ein Eid in schriftlicher Form verstanden, der zur Bewahrheitung der im Schriftstück enthaltenen Thatfachen vor einem Gerichtsbeamten oder einer anderen zur Eidesabnahme gehörig autorisirten Person ausgeschworen wird. Das Affidavit steht nach englischem Recht daher in seinen Wirkungen dem körperlichen Eide vollkommen gleich (Cabinet Lowyer p. 603).

Obige Auseinandersetzungen führen zu dem Resultate, daß, obgleich der Schiedseid des einheimischen Proceßrechts in Großbritannien kein gesetzliches Beweismittel ist, doch dort die eidliche Vernehmung einer bei einem ausländischen Gerichte processirenden Partei über die zum Eide gestellten Thatsachen unter gerichtlicher Autorität zu erreichen ist. Daß dabei die Proceßpartei als Zeuge qualificirt wird, oder aber, daß sie etwa vom Gericht angehalten wird, den Eid in schriftlicher Form abzulegen, hat auf die Wirksamkeit der Eidesleistung keinen Einfluß, denn es sind äußerliche Formalitäten die der Regel *locus regit actum* unterliegen. Es kann somit als zweifellos betrachtet werden, daß die von S. vor dem öffentlichen Notar abgelegte feierliche Declaration weder nach englischem, noch nach hiesigem Recht als gerichtliche Eidesleistung angesehen werden kann.“

(Appellations-Erkenntniß vom 23. Mai 1880, No. 3619).

5. Zuständigkeit der Gerichte bei Abgabeforderungen der Krone.

Das Rigasche Zollamt beantragte bei der I. Section des V.B.G., von dem Besitzer eines Bugfirdampfers M. auf Grund des Art. 29 Ann. 1 und 2 des Zolltatar, Forts. von 1876 die Gebühren für die Abdelegirung eines Zollbesuchers auf den Dampfer während der Jahre 1877—79 mit 212 Rbl. 40 Kop. beizutreiben. Der Beklagte bestritt seine Zahlungspflicht vollständig und die Klage wurde in erster Instanz abgewiesen. Auf Appellation des Zollamtes wurde diese Entscheidung durch Querelbescheid vom 4. Juni 1880, Nr. 3887 aus folgenden Gründen aufgehoben:

„Was die Frage anlangt, ob der vom Rigaschen Zollamt gegen den Beklagten zur Geltung gebrachte Anspruch sich unter die Ann. 1 zum Art. 29 l. c. subsumiren lasse, so läßt die Redaction dieser Gesetzesbestimmung allerdings einen Zweifel darüber aufkommen, ob lediglich von den Waareneigenthümern und Transporteuren oder auch von den Eigenthümern der Schiffe, auf welche Zollbesucher postirt werden, die Zollbesuchergebühr beizutreiben sei. Nach der Ann. 2 *ibid.* steht aber die Entscheidung dieser Frage und die Erledigung der Zweifel hierüber nicht den ordentlichen Justizbehörden, sondern der betreffenden obersten Verwaltungsinstanz, dem Finanz-

minister zu. Diese, die Competenzfrage regelnde Gesetzesbestimmung kann aber nicht mit dem Unterrichter so verstanden werden, daß in jedem concreten Falle, in welchem die als steuerpflichtig bezeichnete Person, welche von dem Zollamt wegen Bezahlung der Steuer oder Gebühr in Anspruch genommen wird, sich zu zahlen weigert, das Zollamt verpflichtet sei, allem vorgängig eine Entscheidung des Finanzministers herbeizuführen, da solchenfalls die Verwaltungsthätigkeit des Zollamtes mit Rücksicht darauf, daß dann auch über seine Berechtigung zur Gebührenerhebung in ganz analogen Fällen Zweifel entstehen würden, auf die Dauer lahm gelegt werden würde — was der Gesetzgeber doch keineswegs hat bezwecken können. Es entspricht vielmehr in Anbetracht auch dessen, daß für die Legalität der Anordnungen einer mit obrigkeitlichem Charakter versehenen Autorität, die innerhalb ihres Zuständigkeitsgebietes liegen, die Präsuntion spricht, dem Sinne der allegirten Gesetzesbestimmung die Auslegung, daß der zur Zahlung aufgeforderten Person im bezeichneten Falle nur der Weg der administrativen Beschwerde zusteht. So lange dieser Weg nicht eingeschlagen worden und durch eine Entscheidung der obersten Administrativinstanzen nicht exportirt worden, ist die in Anspruch genommene Person zur Steuerzahlung verpflichtet und nöthigenfalls durch die competenten Gerichte hierzu zu zwingen.

Der Beklagte kann hiernach in dem wider ihn eingeleiteten Beitreibungsverfahren nur unter der Voraussetzung mit seinen Einwendungen wider die Rechtmäßigkeit der von dem Zollamt und hzw. dem Zolldepartement angeordneten Steuererhebung Gehör finden, wenn er behaupten und nachweisen kann, daß der Finanzminister einer der Anschauung des Zollamtes und des Zolldepartements entgegengesetzte Entscheidung getroffen habe. Da diese Behauptung nicht vorgebracht und noch weniger bescheinigt ist, muß die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der Zollbesuchergebühren im Princip anerkannt werden.

Dagegen muß der beklagliche Einwand wohl Berücksichtigung finden, daß die ausgedragte Forderung nicht gehörig substantiirt worden und daher unschlüssig erscheine. Denn jeder Steuerzahler darf die genaue Angabe der fällig gewordenen Steuerquoten seitens der Steuerbehörde verlangen, zumal in vorliegendem Falle, in welchem vorgeschrieben ist, daß die Steuer pro Tag zu berechnen und

monatliche Steuerquittungen auszufertigen seien (vgl. Anm. 1 und 5 zum Art. 29 l. c.). Da indessen die factische Vermuthung dafür spricht, daß eine Autorität obrigkeitlichen Charakters, die zur Steuererhebung berechtigt ist, auch nur den richtigen Steuerbetrag fordern werde, so erscheint es gerechtfertigt, den Beklagten schon gegenwärtig zur gerichtlichen Deposition der geforderten Summen anzuhalten, wogegen klagendes Zollamt anzuweisen ist, allem vorgängig specificirte Rechnungen über seine Steuerforderungen beizubringen.“

6. Theilung des Schadensstandsprocesses in Feststellung der Ersatzpflicht und Feststellung des Schadensbetrages.

I. Aus den Motiven des Querelbescheids vom 15. Mai 1874, Nr. 3168:

„Querulant beschwert sich darüber, daß seine Einrede der Unvollständigkeit der klägerischerseits beigebrachten Schadensspecification um deswillen Abweisung erfahren habe, weil über den Schadensbetrag in gesonderter Verhandlung nach Feststellung einer im Princip bestehenden, oder nicht bestehenden Schadensersatzverbindlichkeit verfahren werden solle. Querulant bezeichnet eine solche Zertheilung des Processes nach dem Vorauszgang einer auf den Ersatz eines schon bezifferten Schadensbetrags gerichteten Klage als rechtlich unzulässig. Dem ist aber nicht so. Alle Entschädigungsklagen zerfallen ihrer Natur und ihrem Wesen nach in zwei Theile, insofern es sich bei selbigen einmal um die Berechtigung zur Schadensersatzforderung und um die Verpflichtung zur Schadensersatzleistung und sodann um den Betrag des zu vergütenden Schadens handelt. — Wird vom Beklagten, wie in concreto, einerseits die Schadensersatzpflicht als solche, andererseits der Betrag des geforderten Schadens bestritten, so wird allerdings in weniger belangreichen und umfänglichen Sachen gleichzeitig über beide Streitpunkte verhandelt werden können; in verwickelteren Processen empfiehlt es sich dagegen beide Streitpunkte von einander getrennt und successiv zu behandeln, widrigenfalls der Kläger zur Auffichtung weitläufigen Beweismaterials behufs Darlegung des Betrages des erlittenen Schadens genöthigt werden würde, während hinterher die ganze Beweisführung überhaupt möglicher Weise als durchaus überflüssig sich ergibt, wenn die Berechtigung zur Schadensersatzforde-

zung hinterher richterlich verworfen wird. — Daher hat denn auch die hierortige städtische Rechtsprechung zu möglichster Vereinfachung der ohnehin meist bunten und schwierigen Entschädigungsklagen von jeher nicht nur den Parteien, sondern auch selbst dem Richter anheimgegeben die beiden vorerwähnten Standpunkte nicht nothwendig gleichzeitig, sondern nach Ermessen auch in einander nachfolgenden Verhandlungen zu erledigen, ohne daß diese Freiheit, dadurch beeinträchtigt wird, daß etwa der Kläger in der Klage schon den Betrag seines Schadens beziffert hat."

II. „Wenn vom Kläger an der unterrichterlichen Entscheidung gerügt wird, daß ihm nicht vorbehalten worden sei, auf Grund der in diesem Rechtsstreite festgestellten Schadenersatzpflicht des Beklagten in einem Liquidationsproceß seine Schadenersatzansprüche besonders auszuführen, so muß dagegen bemerkt werden, daß einem besonderen Verfahren die Liquidation zur Klage gebrachter Schadenersatzansprüche doch nur dann vorbehalten werden kann, wenn das erste Verfahren die Gewißheit ergeben hat, daß dem Kläger solche Ansprüche zustehen, zur Feststellung ihres Umfanges aber in dem ersten Verfahren keine Anstalten getroffen worden sind. Im vorliegenden Falle aber treffen beide Voraussetzungen nicht zu. Denn Kläger hat nicht bewiesen, daß aus der Nichtlieferung des ihm von Beklagtem verkauften Hafers für ihn ein Schaden erwachsen sei; Kläger hat dagegen zu beweisen versucht, daß er Schaden in einem bestimmten Umfange erlitten habe, und es würde daher der etwaige Vorbehalt eines Liquidationsverfahrens den processualisch unzulässigen Effect der Wiederaufnahme eines bereits abgeschlossenen verfehlten Beweises gehabt haben."

(Aus den Gründen des Appellations-Erkenntnisses vom 13. Juli 1879, Nr. 4831.)

III. „Es wird allerdings in dem städtischen Proceß für zulässig gehalten, bei Schadenersatzklagen in getrennten Verhandlungen zuerst die Frage über die Existenz einer Schadenersatzpflicht und sodann erst die Frage über den Betrag des verursachten Schadens zur Entscheidung zu bringen, und es steht auch dem nichts entgegen, daß der Richter bei auf bestimmte Summen gerichteten Klagen nach Maßgabe der concreten Umstände die Verhandlung

über den Betrag des Schadens aussetzt und zunächst nur über die Verpflichtung zum Schadenersatz und deren rechtliche Begründung entscheidet.

Allein im ersten Falle kommt es lediglich darauf an, daß der Klageantrag selbst eine solche Trennung voraussetzt und sich zunächst nur auf die richterliche Anerkennung der Schadenersatzverpflichtung bezieht. Nun hat aber Kläger und Appellant das *petitum* seiner Klage und Replik nicht darauf gerichtet, sondern die Zuerkennung einer ganz bestimmten Summe verlangt. Er hat daher selbst sowohl den Grund, als den Betrag seines Schadenersatzanspruches zugleich zur richterlichen Entscheidung gestellt. Wohl kann auch in solchem Falle der Richter eine Trennung der Verhandlung verfügen, wenn er das den Umständen nach für zweckmäßig hält, aber eine Verpflichtung zur Trennung liegt ihm nicht ob und es kann ihm daher, wenn er dieselbe unterläßt, aus solcher Unterlassung kein rechtlicher Vorwurf gemacht werden.“

(Aus den Gründen des Appellations-Erkenntnisses vom 22. August 1879, Nr. 5788.)

IV. „Beklagter macht geltend, den Anspruch auf die Provision habe Kläger schon in diesem Prozesse erhoben und zum Beweise gestellt, daher dürfe ihm nicht dessen Liquidation für einen neuen Proceß zum Nachtheil des Beklagten vorbehalten werden.

Diese Argumentation ist allerdings richtig, weil über einen Anspruch, der einmal zum Gegenstande des Rechtsstreites gemacht, auch in eben diesem Rechtsstreite zu erkennen ist, so lange ihn der Berechtigte nicht aufgegeben hat, und weil aus dem durch die Geltendmachung begründeten Streitverhältniß bezüglich des Anspruches für die Gegenpartei die *exc. litis pendentis*, bezw. nach dem Urtheil die *exc. rei judicatae* entspringt (civilrechtl. Entscheid. I. Seite 347 und 348). In Übereinstimmung hiermit hat der Rath bereits in dem App. Erk. vom 13. Juli 1879, Nr. 4831 ausgesprochen, daß die Offenlassung einer Schadensliquidation unstatthaft sei, bezüglich solcher Ersatzforderungen, über die bereits in dem Hauptproceße gestritten und Beweis geführt worden war.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. Januar 1881, Nr. 409.)

7. Besetzung des Gerichts erster Instanz (Collegial-Gericht).

Durch Resolution des Rathes vom 22. Februar 1874, Nr. 1245 wurde der Protokollbescheid des Vogteigerichts vom 14. Juni 1873 (in welchem über einen Protest des Beklagten gegen die klägerische Beweisantretung entschieden wurde), als nichtig aufgehoben und zwar mit folgender Motivirung:

„Der Bescheid vom 14. Juni 1873 verdankt seine Entstehung unbestrittenermaßen einem einzelnen Richter — dem damals allein in der Sitzung anwesend gewesenen Obovugt. Wenngleich die aus nur zwei und höchstens drei Richtern zusammengesetzten Niedergerichte der Stadt nicht selten sich in der Lage befinden dürften, Sessionen in Abwesenheit dieses oder jenes Gliedes abhalten zu müssen, und eine sofortige und jedesmalige Ergänzung der oft nur ganz vorübergehend eintretenden Lücken nicht immer möglich ist, die Aussetzung der Verhandlungen bis zur erfolgten Zubelegirung eines anderweitigen Gerichtsgliedes aber bei der Massenhaftigkeit der abzuwickelnden Geschäfte empfindliche Störungen im Gefolge haben würde, so kann doch andererseits nicht übersehen werden, daß bei der gegenwärtigen Collegialverfassung der Gerichtsbehörden erster Instanz die Sondercompetenz, welche die Rigaschen Statuten dem Stadtvugt gewähren, ihre Bedeutung nahezu ganz verloren hat und daß heut zu Tage die bevorzugte Stellung des Obovugts im Wesentlichen keine andere Grundlage besitzt, als die Präsidialgewalt, die das Gesetz dem Vorsitzer einer jeden Behörde als ein Recht einräumt und als eine Pflicht zuweist. Bei aller Schwierigkeit diejenigen Verfügungen, welche eine vollständige Besetzung des Gerichts zur nothwendigen Voraussetzung haben, im Einzelnen zu benennen und deren Gebiet genauer abzugrenzen, — kann in Uebereinstimmung mit den gangbaren Anschauungen der Proceßlehrer und im Hinblick auf die im Prov.-Recht Th. I enthaltenen allgemeinen Bestimmungen als unumstößlich mindestens der Grundsatz aufgestellt werden, daß die Fällung von Erkenntnissen und überhaupt von solchen Decreten, welche der Rechtskraft fähig sind, nicht anders als nach einer vorgängigen Berathung und Beschlußfassung des Richtercollegiums stattzufinden habe. Auch in dem vorliegenden Falle kommt nicht ein einfaches, aus der Proceßordnung hergenommenes Verfügen in Frage, es handelt sich vielmehr um die Erledigung eines über die

Zulässigkeit bestimmter Beweismittel entstandenen Zwischenstreits, um eine Entscheidung, welche für die Entwicklung und Gestaltung des Hauptverfahrens von einschneidender Bedeutung war. Wiewohl nun der mit seinem Proteste zurückgewiesene Beklagte es verabsäumt hat, den ergangenen Bescheid durch das einzuwendende Rechtsmittel der Querel anzufechten, so hat, und zwar um des angezeigten Formfehlers willen, die besagte Entscheidung die Rechtskraft nicht beschreiten können.“

8. Gerichtsstand der Personen, welche „gleiche Rechte mit dem persönlichen Adel genießen“.

Aus den Motiven des Querelbescheids vom 23. April 1875, Nr. 2872 ist hervorzuheben:

„Der von der Querulatin beim Waisengericht gegen den Querulanten erhobenen Klage wird von diesem die exceptio fori auf Grund dessen entgegengesetzt, daß er als Candidat der Dorpater Universität und erblicher Ehrenbürger gleiche Rechte mit dem persönlichen Adel genieße und daher nach Art. 457 des Prov.-R. Bd. I von der Gerichtsbarkeit des Magistrats und seiner Unterbehörden erimirt sei. Der vom Querulanten bezogene Art. 457 der Prov.-R. Bd. I lautet an der betreffenden Stelle: „Von der Gerichtsbarkeit des Magistrats sind ausgenommen: Adelige und im wirklichen Dienste stehende Beamte, sowie alle Personen, die gleiche Rechte mit dem persönlichen Adel genießen und nicht im Dienste der Stadt stehen.“ Querulant meint, daß die dem persönlichen Adel zustehenden staatlichen Vorrechte (Befreiung von der Zugehörigkeit zu einer Steuergemeinde, Befreiung von persönlichen Steuern, von der Militärpflicht [nach alter Ordnung] und von der Körperstrafe und das Recht zum Eintritt in den Staatsdienst) auch einem Candidaten zustehen und deshalb ein solcher von der städtischen Jurisdiction erimirt sei. Ferner beruft sich Querulant auf die Analogie, wie solche sich im Art. 1013 l. c. hinsichtlich der Competenz des Revalischen Magistrats finde, wo unter sonst gleicher Bestimmung anstatt „Personen, die gleiche Rechte mit dem persönlichen Adel genießen“ — dort einfach „Litteraten“ genannt seien, und endlich bezieht er sich auf die aus der von Seiten des kurländischen Oberhofgerichts dem Art 1451 l. c. gegebenen Interpretation hervorgegangene Gerichtspraxis Kurlands

wonach alle sog. Fremten, d. h. zu einer steuerpflichtigen Gemeinde nicht Gehörigen, der Competenz der städtischen Gerichte resp. des Mitauschen Magistrats nicht unterliegen.

Der angeblichen kurländischen Gerichtspraxis kann jedoch kein Einfluß auf die Beurtheilung der Gesetzmäßigkeit hiesiger Verhältnisse und auf die Interpretation speciell für Riga erlassener Gesetzesbestimmungen gegeben werden, und ebensowenig kann auch aus der speciell für Reval gegebenen Gesetzesbestimmung eine Entscheidung über die Auslegung einer für Riga gegebenen Bestimmung entnommen werden, da, wie bereits von dem untergerichtlichen Bescheid hervorgehoben ist, das Provinzialrecht die Organisation und Competenz der Gerichte nicht bloß der einzelnen Gouvernements, sondern auch der einzelnen Städte derselben besonders behandelt und regelt, woher denn die Bestimmungen für die einen nicht auch auf die anderen Anwendung finden können.

Für die Entscheidung der Frage, welches die Personen seien, welche gleiche Rechte mit dem persönlichen Adel genießen, ist daher lediglich auf diejenigen Gesetze zurückzugehen, durch welche solche Rechte gewissen Kategorien von Personen ertheilt werden. Im Ständerecht, Smob Bd. IX, findet sich nun eine besondere, mit dem persönlichen Adel gleiche Rechte genießende Classe von Personen nicht aufgezählt, sondern es werden nur einzelnen in den Art. 69 und 376 Bd. IX und im Art. 730 Bd. III des Smods erwähnten Personen, solche dem persönlichen Adel gleiche Rechte beigelegt. Zu diesen gehören aber die mit dem Zeugniß über einen Candidatengrad von den Universitäten versehenen Personen nicht. Vielmehr geben nach Art. 694 Band IX, Ständerecht, solche Zeugnisse nur den Beweis für die Zugehörigkeit zum Stande der Stadteinwohner. Als Candidat gehört Querulant daher zu den bürgerlichen Einwohnern der Stadt, welche nach Artikel 457 Punkt 1 (Band I des Prov.-Rechts) der Jurisdiction der Stadt unterworfen sind. Damit stimmt auch die sowohl vor, als seit der Emanation des Provinzialrechts bestehende örtliche Gewohnheit und Praxis überein, nach welcher Ritteraten, sofern sie nicht im wirklichen Staatsdienste stehen oder zum erblichen oder persönlichen Adel gehören, der Jurisdiction des Rigaschen Magistrats jederzeit gezählt worden sind.

Die Querel hat also nicht als gerechtfertigt anerkannt werden können."

9. Die Rathsadvocaten haben auch in Civilsachen ihren Gerichtsstand vor den Stadtbehörden.

„Im Art. 457 des Prov.-Rechts Theil I werden als unter die Gerichtsbarkeit des Magistrats in persönlicher Hinsicht gehörend ausdrücklich aufgeführt die Advocaten des Magistrats. Eine solche Aufzählung würde vollkommen unnütz und bedeutungslos sein, wenn der Gerichtsstand der bei dem Rath recipirten Advocaten nach ihrem persönlichen Stande hätte bemessen werden sollen; denn, daß Uebliche von der Jurisdiction des Magistrats ausgenommen und alle Einwohner der Stadt derselben unterworfen sein sollen, ist bereits in anderen Theilen dieses Artikels ausgesprochen worden. Es kann daher nur die Meinung dieser Gesetzesbestimmung sein, daß gleichwie die lutherische Geistlichkeit der Stadt und ihres Patrimonialgebiets, auch die Advocaten des Rathes ganz abgesehen von ihrem persönlichen Stande der Jurisdiction desselben unterworfen sein sollen. Dem steht auch nicht der Art. 108 l. c. entgegen, wo es heißt:

„Die Advocaten haben in allen Sachen, welche sich auf die Pflichten der Advocatur beziehen, ihren Gerichtsstand vor den Behörden, von welchen sie angestellt worden sind; in allen übrigen Sachen wird ihr Gerichtsstand durch ihren persönlichen Stand bestimmt nach den allgemeinen im Gerichtsverfahren angegebenen Grundsätzen.“

Denn in dem letzten Theile dieses Artikels ist nur der allgemeine Grundsatz ausgesprochen, von dem die Bestimmung des Art. 457 hinsichtlich der Advocaten des Riga'schen Rathes eine besondere Ausnahme macht, während der erste Theil dieses Artikels die Advocaten des Riga'schen Magistrats in Bezug auf die Pflichten ihrer Advocatur auch der Judicatur anderer Behörden unterwirft, sofern sie auch von diesen angestellt und zur gerichtlichen Praxis bei ihnen zugelassen worden sind.

Daß nur in solcher Weise die Bestimmungen der beiden bezogenen Artikel zu erklären sind, ergiebt sich auch aus anderen Artikeln des Prov.-Rechts Theil I. Denn der Artikel 1013 *ibid.* bestimmt für Reval, daß auch dort die städtischen Advocaten ihrem persönlichen Stande nach zu der Gerichtsbarkeit des Magistrats gehören, und es bestimmt der Artikel 1014 Punkt 19 noch genauer, daß

Klagen von Privatpersonen gegen die Stadtabvocaten in erster Instanz beim Magistrat zu verhandeln sind, während dem Oberlandgericht nach Artikel 860 Rechtsstreitigkeiten nur gegen Advocaten des Oberlandgerichts und seiner Unterbehörden zustehen. Dagegen sind nach Artikel 642 *ibid.* in Dorpat die Advocaten ausdrücklich von der Gerichtsbarkeit des Dorpat'schen Magistrats ausgenommen.

Wenn sonach die bei dem Rigaschen Rathe recipirten Advocaten ganz abgesehen von ihrem persönlichen Stande der Jurisdiction des Rigaschen Rathes in persönlicher Hinsicht unterworfen sind, in Beziehung auf seine Qualification als Rath'sadvocat aber bei Beklagtem kein Zweifel ist, so war die Vorschüßung der Einrede des incompetenten Forums eine ganz unbegründete."

(Querelbescheid vom 30. November 1877, No. 8164).

Uebereinstimmend wurde erkannt in dem Appellationsurtheil vom 26. Juli 1878, Nr. 4998 und in dem Querelbescheide vom 13. März 1881, Nr. 1825.

10. a) Eine nach den Bestimmungen des Reichsrechts eingesetzte Vermögensadministration hat keinen anderen Gerichtsstand als derjenige, dessen Vermögen sie verwaltet.
b) Gerichtsstand der Handelsniederlassung.

Die von dem Moskauer Commercgerichte eingesetzte Administration über das Vermögen des Kaufmanns K. verweigerte die Einlassung auf die wider sie bei dem Vogteigericht erhobene Klage wegen Vollziehung eines von K. mit dem Kläger R. geschlossenen Kaufvertrages. Die Incompetenzeinrede wurde durch den Querelbescheid vom 3. Juni 1877, Nr. 3902 aus folgenden Gründen verworfen:

„Die in Moskau nach den dort giltigen Rechtsbestimmungen zur Verwaltung des Vermögens des Kaufmanns K., welcher hieselbst zur ersten Handelsgilde, temporär aber gleichzeitig in Moskau zur zweiten Handelsgilde steuerte, niedergesetzte Administration kann als dessen Stellvertreterin keine anderen oder weitergehenden Rechte und Befugnisse beanspruchen, als eben die, welche dem K., dessen Stelle sie provisorisch vertritt, zuständig sind. Es folgt das nicht nur aus der rechtlichen Natur der Stellvertretung und den allgemeinen für sie bestehenden Regeln, sondern auch insbesondere aus dem

Artikel 1873 Band XI Th. 2 des Codes der Reichsgesetze, welcher ausdrücklich festsetzt, daß die zur Vermögensverwaltung insolventer Kaufleute niedergesetzten Administrationen von der allgemeinen durch die Gesetze bestimmten Ordnung nicht abweichen dürfen. Sonach ist hier einzig in Erwägung zu ziehen, ob R. selber, wofern er noch der Verwalter seines Vermögens wäre, die Zuständigkeit des hiesigen Vogteigerichts in einer Klagesache, wie die vorliegende, mit Erfolg würde haben bestreiten können. Das aber muß verneint werden

Nach dem aus dem Verkehrsleben unabweisbar entwickelten Bedürfniß und nach einem allenthalben, bald gesetzlich, bald mindestens — wie bei uns — gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsatz ist jeder Kaufmann, er domicilire übrigens persönlich, wo er wolle, verpflichtet, an dem Ort, an welchem er ein Geschäft eröffnet hat und führt, in allen aus dem dortigen Geschäftsbetrieb entspringenden Rechtsverhältnissen Rede und Antwort zu stehen. Dieser Gerichtsstand der Handelsniederlassung ist demnach für den Kaufmann, welcher an verschiedenen Orten Handelsetablissemens errichtet hat, an jedem Orte seiner Niederlassung in Ansehung derjenigen Geschäfte begründet, welche er eben dort zum Abschluß gebracht hat. Es unterliegt somit nicht dem mindesten Zweifel, daß die Beklagte, welche auf die Vollziehung eines für das hiesige R.'sche Handels-etablissemens vereinbarten Rechtsgeschäfts belangt wird, hier Recht zu geben verbunden ist.“

11. Zuständigkeit der Gerichte erster Instanz in Ehescheidungs- sachen der Sectirer (Kaschniken).

„Es handelt sich um die Frage, ob die Entscheidung der vom Kläger anhängig gemachten Ehescheidungsache dem Gericht 1. Instanz competire, oder der 2. Instanz, d. h. dem Rath. Das die letztere Auffassung vertretende Verfügungen der II. Section des L.B.G. stützt sich auf die Anmerkung zum Artikel 32 der am 19. April 1874 Allerhöchst bestätigten Regeln über die Eintragung der Ehen der Sectirer in die Metrikbücher (Patent der Viol. Gouvernements-Verwaltung vom 4. December 1874, Nr. 176). Aus dieser Vorschrift könnte jedoch die Schlußfolgerung, daß auch in den Ostsee-provinzen die Entscheidung der Ehesachen der Sectirer von den

Gerichten 2. Instanz zu erfolgen habe, nur in dem Falle gezogen werden, wenn das Gesetz vom 19. April 1874 für diese Sachen einen besonderen Gerichtsstand geschaffen, mit anderen Worten die vereinigten Palaten des Civil- und Criminalgerichts ausschließlich für Ehesachen der Sectirer als Proceßgericht erster Instanz hingestellt hätte. Denn nur unter dieser Voraussetzung wären die auf die Zuständigkeit bezüglichen Bestimmungen des Gesetzes vom 19. April 1874 Specialgesetze, durch welche die bestehende Gerichtsverfassung, derzufolge namentlich in Riga alle nicht besonders ausgenommenen Civilsachen vor die Gerichte 1. Instanz gehören (Art. 458 Punkt 21—25 in Verbindung mit Art. 524 des I. Theils des Prov.-Rechts), als aufgehoben anzusehen wären. Nun hat aber das Allerhöchst bestätigte R.R.G. vom 11. October 1865 im Art. 74 alle Civilstreitsachen, die den Betrag von 500 Rubel übersteigen, in denjenigen Gouvernements, wo die Justizreform nicht vollständig durchgeführt ist, den Palaten zugewiesen und aus den (in der amtlichen Ausgabe der Reichskanzlei abgedruckten) Motiven dieser Bestimmung ergibt sich, daß die Absicht des Gesetzgebers dahin gegangen ist, überhaupt diejenigen Sachen der Amtsthätigkeit der Palaten zu überlassen, welche nicht in das Gebiet der friedensrichterlichen Zuständigkeit fallen. Wenn das Gesetz vom 19. April 1874 also die Ehesachen der Sectirer gleichfalls den Palaten zuwies, so hat es damit nicht einen extraordinären Gerichtsstand für diese Streitsachen geschaffen, sondern sich an die bestehende Gerichtsverfassung einfach angelehnt, was überdies daraus erhellt, daß in dem Geltungsgebiet der Justizgesetze vom 20. November 1864 dieselben Sachen zur Competenz der Bezirksgerichte, also der Gerichte erster und nicht zweiter Instanz, gehören. Folgericht kann der Anmerkung zum Artikel 32 des Gesetzes vom 19. April 1874 nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß durch sie die Bestimmungen des I. Theils des Prov.-Rechts über die Zuständigkeit haben abgeändert werden sollen, und demnach ist auch in Riga die Verhandlung und Entscheidung von Ehesachen der Sectirer nach den allgemeinen Grundsätzen über die Zuständigkeit von den Gerichten erster Instanz zu bewerkstelligen."

(Resolution vom 23. Februar 1879, Nr. 1361.)

12. Gerichtsstand des Erfüllungsortes.

I. In der Resolution vom 6. November 1871, Nr. 7595 heißt es:

„(Supplicant oder) Beklagter hat eingeräumt, daß er bei seiner Anwesenheit in Riga versprochen habe, die fragliche Schuld (ein Darlehn von 100 Rbl.) durch eine entsprechende Flachslieferung zu tilgen. Nach dem hierorts in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht geltenden Proceßrecht (Rig. Stadtrechte Lib. II Cap. II §. 2) ist das Gericht des Erfüllungsortes zur Verhandlung und Entscheidung der Klage auf Erfüllung des Contractes competent, falls nicht zwischen den Parteien ein anderes Gericht hierzu ausdrücklich bestimmt worden ist. Eine derartige Abmachung ist im vorliegenden Falle nicht erweislich. Within war in Riga und, da Supplicant (ein Bauer) seinem Stande nach von der städtischen Gerichtsbarkeit nicht befreit ist, von einem der städtischen Untergeichte die Forderungssache des D. wider den Supplicanten zu verhandeln.“

II. „Nach Lib. II Cap. II §. 2 der Rig. Stadtrechte ist der Gerichtsstand des Erfüllungsortes wegen aller Ansprüche, die mit der Contractsklage verfolgt werden, für den Schuldner an dem Orte begründet, wo er den der Klage zu Grunde liegenden Vertrag zu erfüllen hatte,

App.-Erk. des Rathes vom 2. März 1871, Nr. 1434

Querelbescheid „ 20. Juni 1875, Nr. 4302

wobei letzteres sowohl ausdrücklich abgemacht, als auch stillschweigend beabsichtigt sein kann (Art. 3493 des Prov.-Rechts, Theil 3)“.

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 8. Juni 1879, Nr. 4061.)

13. Klagen aus Wechseln, in denen kein bestimmter Zahlungsort angegeben ist, sind am Wohnorte des Ausstellers zu erheben.

Kläger hatte auf Grund zweier von dem Beklagten zu Riga ausgestellten protestirten Eigenwechsel Klage erhoben und bei dem Vogteigericht die Vorladung der in Dünaburg wohnhaften Beklagten erwirkt. Die demnächst von letzteren vorgeschützte Incompe-

tenzeinrede wurde durch den Bescheid des Vogteigerichts vom 17. Mai 1880, Nr. 80 verworfen, in dem Querelbescheide des Rathes vom 5. December 1880, Nr. 7900 dagegen aus folgenden Gründen bestätigt und demgemäß die Klage abgewiesen:

„Das Untergericht motivirt die Abweisung der Einrede des incompetenten Gerichts dadurch, daß nach der mit den Grundsätzen des deutschen Wechselrechts übereinstimmenden Praxis des Vogteigerichts als Zahlungsort des eigenen Wechsels, wenn in demselben ein anderer Zahlungsort nicht angegeben ist, regelmäßig der Ort der Ausstellung angesehen werde und daß das in dieser Weise schon durch die Ausstellung eines eigenen Wechsels wechselrechtlich begründete Forum des Ausstellers keineswegs mit seinem sonstigen Domicil zusammenzufallen brauche.

Was zunächst den Art. 97 der deutschen W.O. betrifft, so ist durch die Rechtsprechung deutscher Gerichte anerkannt, daß diese Bestimmung der D.W.O. keineswegs eine Vorschrift bezüglich des Gerichtsstandes für Wechselklagen gegeben habe, sondern auch für einen Fall solcher Art die allgemeinen Grundsätze über den Gerichtsstand zu gelten haben (Seufferts Archiv V, 222. VII, 102. X, 87. XIX, 264). Im Uebrigen weist aber Querulant mit Recht darauf hin, daß die D.W.O. nicht gemeines Recht sei, daher überhaupt nicht gemäß Lib. II Cap. IV des Rtg. Stadtrechts zur Grundlage für die hiesige Rechtsprechung dienen könne.

Unlangend aber die behauptete Praxis des Untergerichts, so ist diese weder maßgebend, noch gerechtfertigt. Denn nach Art. XXVI des III. Th. des Prov.-Rechts ist den in einzelnen Fällen ergangenen Urtheilen nicht die Kraft eines Gesetzes beizumessen. Wie wenig gerechtfertigt aber jene Praxis ist, geht aus den Auseinandersetzungen hervor, welche der Rath in einem ganz gleichen Falle in dem Erkenntnisse vom 15. Januar 1875, Nr. 356 (civilrechtl. Entscheid. IV, Nr. 658) gegeben hat, wo nachgewiesen ist, daß ein Wechsel, wenn derselbe nicht die Clausel der Zahlbarkeit aller Orten enthält und auch nicht den Ort, wo die Zahlung geleistet werden soll, bezeichnet, nur an dem Orte des Wohnsitzes oder der Niederlassung des Wechselschuldners ausgestellt werden kann, als dem Orte, wo derselbe seinen persönlichen Gerichtsstand hat. Von diesem allgemeinen Grundsätze, daß Klagen da anzustellen sind, wo der Schuldner sein Domicil (Art. 3066 l. c.) hat,

abzuweichen, liegt auch für den Fall, daß ein Erfüllungsort oder Zahlungsort in einem Wechsel nicht bestimmt ist, kein gesetzlicher Grund vor, indem nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes (Art. 3494 l. c.) auch in solchem Falle der Gläubiger bei Anstellung der Klage Rücksicht auf den Gerichtsstand des Schuldners zu nehmen hat. Dagegen kann auch der Einwand des Klägers, daß die Beklagten durch Aufnahme der Bezeichnung „Riga'sche Kaufleute“ in den Text des Wechsels in ihm die Vorstellung erweckt hätten, daß Riga der Zahlungsort sein solle, und daß Kläger von den Beklagten einen anders domicilirten Wechsel nicht angenommen hätte, von keinem Einflusse sein, da die Gesetze auch einem in Riga steuernden Kaufmann das Recht geben, an irgend einem anderen Orte des Reiches zu handeln bzw. dort eine Handelsniederlassung oder sein Domicil zu haben, nach Art. 2955 l. c. aber ein Rechtsirrthum keine Entschuldigung giebt.“

14. Die Agenten von Versicherungsgesellschaften können aus den von ihnen geschlossenen Verträgen bei dem Gericht ihres Wohnsitzes belangt werden.

„Die Frage, ob die Agenten der Feuerversicherungs-Gesellschaften auf Klagen aus den von ihnen abgeschlossenen Contracten bei den Gerichten ihres Wohnsitzes sich einzulassen haben, ist von dem Rathe schon wiederholt

Bescheid vom 4. August 1871, Nr. 5297

App.-Erf. „ 18. Juli 1873, „ 5455

Querelbescheid „ 18. October 1874, „ 6559

do. „ 30. April 1875, „ 3074

und zwar in bejahendem Sinne entschieden worden. Auch in vorliegender Sache liegt kein Grund vor, von dieser wiederholt ausgesprochenen Rechtsansicht abzugehen.“

(Aus dem Querelbescheide vom 23. Mai 1880, Nr. 3612.)

15. Vertragsmäßige Begründung des Gerichtsstandes durch eine Clausel in der Versicherungspolice.

„Den Satz, daß Feuerversicherungs-Gesellschaften aus den von ihren örtlichen Agenten abgeschlossenen Verträgen am Sitze der Agentur verklagt werden können, hat Beklagte in dieser Instanz nicht mehr bestritten, weshalb es genügt darauf hinzuweisen, daß derselbe in der Rechtsprechung des Rathes schon wiederholt und zuletzt noch in dem Querelbescheide vom 23. Mai 1880, Nr. 3612 anerkannt worden ist. Die Argumentation der Beklagten, daß diese durch die Proceßordnung gegebene Competenz im vorliegenden Falle durch einen Vertrag ausgeschlossen sei, ist aber nicht richtig.

Erstlich soll die Offerte zu der fraglichen Vereinbarung in der Bemerkung auf der Versicherungspolice bestanden haben:

Auf Grund des Art. 227 der Civilproceßordnung und der Anm. zu §. 10 dieser Regeln sind Streitigkeiten, welche über den gegenwärtigen Vertrag und über die Erfüllung desselben entstehen sollten, von dem Moskauer Bezirksgericht zu entscheiden.

Nun enthält jedoch diese Bemerkung ihrer Fassung nach gar nicht eine Vertragsbestimmung, sondern ein Referat dessen, daß nach dem Art. 227 der C.P.O. und der Anm. zu §. 10 der Statuten die behauptete Vorschrift bestehe. Dieses bloße Referat . . . kann also schon an sich eine Vereinbarung dahin, daß der Versicherungsnehmer unter Verzicht auf die gesetzliche Zuständigkeit seine Klage ausschließlich bei dem Moskauer Bezirksgericht anbringen müsse, nicht zur Entstehung bringen.

Zweitens ist das Referat aber auch falsch, denn der Art. 227; wie die Anm. zu §. 10 sagen durchaus nicht, wie man nach dem Wortlaute des Vermerkes vermuthen sollte, daß die Klage aus dem Versicherungsvertrage dort oder dort anzustellen sei, sondern nicht mehr, als daß die Contrahenten das Recht haben, sich einem bestimmten Gerichte erster Instanz zu unterwerfen. Folglich muß die betreffende Vereinbarung erst zu Stande kommen und eine Offerte zu einer solchen ist in dem beregten Vermerk eben nicht enthalten, da dieser dann so lauten müßte, daß der Versicherungsnehmer sich der Entscheidung des Moskauer Bezirksgerichts freiwillig unterwerfe.

Wenn aber auch drittens in dem Vermerk auf der Police die Offerte zu einer Vereinbarung über den Gerichtsstand gefunden

werden könnte, so würden die Vereinbarung selbst durch die Entgegennahme der Police deshalb nicht zu Stande gekommen sein, weil diese nur diejenigen in der Police enthaltenen Bestimmungen zum Vertragsinhalte erhebt, die der Empfänger vorher gekannt hat oder hätte kennen müssen, während weder in dem Statut eine betreffende Bestimmung sich findet, noch von der Beklagten behauptet ist, daß Kläger vor Abschluß des Versicherungsvertrages mit der betreffenden Bestimmung bekannt gemacht worden sei. War das aber nicht der Fall, so ist es ganz gleichgiltig, ob Kläger die Police entgegengenommen hat oder nicht, da Beklagte den geschlossenen Vertrag nicht einseitig verändern konnte und Kläger daher gar keine Veranlassung hatte, gegen einen derartigen Versuch zu remonstriren.

Wiertens endlich wäre die behauptete Vereinbarung, wenn sie geschlossen wäre, nicht rechtsverbindlich. Denn nach der Ann. zu §. 10 des Statuts dürfen auch vertragsmäßig nur solche Bedingungen vereinbart werden, welche den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen betreffs der Versicherungsgesellschaften nicht zuwiderlaufen. Nach Art. 221 der C.P.O. ist es aber dem Kläger gestattet, nach seiner Wahl am Sitze der Verwaltung der Gesellschaft oder der Agentur, mit der er contrahirte, zu klagen, und diese zum Schutze der Interessen der Versicherungsnehmer gegebene Bestimmung der Proceßordnung, die einen Theil des öffentlichen Rechts bildet, kann nicht von den Gesellschaften dadurch illusorisch gemacht werden, daß sie nur Versicherungen abschließen, wenn sich der Versicherungsnehmer ihren willkürlichen Bedingungen fügt. Der Art. 227 der C.P.O. aber steht dem durchaus nicht entgegen, da die Motive dazu ausdrücklich besagen, daß durch Vertrag die gesetzlichen Vorschriften über die Competenz nicht geändert werden dürfen.“ (Querelbescheid vom 13. März 1881, Nr. 1822.)

16. Voraussetzungen des *forum prorogatum*.

„Wenn Streitigkeiten, wie die hier in Frage kommenden, vor das obligatorische Schiedsgericht gehören, so fragt es sich, ob und unter welchen Voraussetzungen die Parteien einen anderen Gerichtsstand behufs Schlichtung jener Streitigkeiten zu wählen befugt seien. Der Wortlaut des Art. 51 der Schiedsgerichtsordnung steht

allerdings der freiwilligen Prorogation entgegen. Die Verweisung der Streitigkeiten aus dem Verhältniß der Handelsgesellschafter und Gewerbetheiligen an das obligatorische Schiedsgericht geschieht offenbar aus Gründen des öffentlichen Rechts, indem der Gesetzgeber voraussetzt, daß die Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern, die eine längere Zeit fortlaufender Geschäftsthätigkeit vereint hat, die Durchsicht und Prüfung von Büchern, Rechnungen und anderen im Handel und Gewerbe gebräuchlichen Documenten erheischt, welche rascher und billiger bei dem Schiedsgericht, als in dem ordentlichen Proceßwege zu bewerkstelligen ist (vgl. Art. 68 der Schiedsgerichtsordnung und den D. V. des Rathes vom 12. October 1879, Nr. 6932). Wenn zwar das Rigasche Stadtrecht Lib. II Cap. II §§. 7 und 8 im Allgemeinen den Proceßparteien die Befugniß zur Prorogation giebt, so hat doch ihre Dispositionsbefugniß dann zu cessiren, wenn gewisse Streitsachen wegen ihrer eigenthümlichen Natur aus Gründen des öffentlichen Rechts an ein bestimmtes, ausschließlich für solche Sachen angeordnetes Gericht gewiesen sind (Bayer, Verträge §. 77). Der angerufene Richter hat in solchem Falle sich auf die Prüfung des betreffenden Rechtsfalles nach Art. 283 des I. Theils des Prov.-Rechts gar nicht einzulassen und er ist, sobald er nur zur Einsicht seiner Incompetenz gelangt, befugt, von seinem Forum die bei demselben unberechtigter Weise angestellte Klage in jedem Stadium des Proceßes von Amtswegen abzuweisen.

Wollte man aber auch annehmen, daß im vorliegenden Falle ein gewillkürter Gerichtsstand zulässig sei, so kann doch nicht verkannt werden, daß die Parteien einen zunächst nicht competenten Richter nur unbeschadet des Weigerungsrechtes desselben angehen dürfen. Denn jedes Gericht hat seine Competenz selbständig, d. h. unabhängig von den Parteianträgen, zu prüfen und darf daher die Beurtheilung von Rechtsachen, die gesetzlich anderen Gerichten zugewiesen sind, ablehnen (vgl. Renard, Civilproceß §. 42 Note 26).“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 23. Januar 1880, Nr. 567).

17. Incompetenzrede. Voraussetzungen der Prorogation.

In einer beim Waisengericht verhandelten Klagesache hatte der Beklagte in seiner Erklärung auf die Klage u. a. bemerkt: es schein

ihm fraglich, ob die Klage überhaupt vor das Waisengericht gehöre, da ihm jedoch jedes Interesse daran mangle, daß die Sache bei einem anderen Gericht verhandelt werde, so wolle er es dem Ermessen des Waisengerichts selbst überlassen, ob dasselbe diese Sache bei sich verhandeln wolle, oder nicht. Das Waisengericht wies hierauf unter Bestätigung der Incompetenzeinrede durch Bescheid vom 5. December 1874 die Klage von sich ab und an das competente forum.

Der Rath hob diesen Bescheid durch Appellations-Erkenntniß vom 23. Mai 1875, Nr. 3655 auf und gab dem Untergericht auf, in der Sache zu erkennen. Den Motiven des Erkenntnisses zweiter Instanz ist hierher gehörig Folgendes zu entnehmen:

„Zunächst entsteht die Frage, ist der Klage von dem Beklagten die Einrede des incompetenten Forums entgegengesetzt worden? Das Waisengericht ist der Meinung, daß diese Frage zu bejahen sei, weil der Beklagte die Zuständigkeit des Gerichts ausdrücklich in Frage gestellt habe, eine solche Fragestellung aber nicht anders, denn als eine Einrede aufgefaßt werden könne. Die Einrede bezweckt die Aufhebung oder die Abweisung der Klage und die Einrede des incompetenten Gerichts die Abweisung der Klage von dem Gerichte, bei welchem sie angebracht worden. Damit die Einrede sich aber als solche charakterisire und es deutlich werde, daß sie diesen Zweck verfolge, muß sie mit einem petitum verbunden sein, welches auf diesen Zweck hinausläuft. Dies ist nun aber vorliegend nicht der Fall: Beklagter hat nicht gebeten auf Grund seiner Anführungen die Klage von diesem Gerichte abzuweisen, vielmehr erklärt, daß er seinerseits kein Interesse habe, daß die Sache bei (einem anderen) Forum . . . verhandelt werde; daraus folgt denn seine Bereitwilligkeit sich auch bei diesem Gericht in dieser Sache einzulassen. Die Geltendmachung einer processualischen Einrede kann daher in den Anführungen des Beklagten bei näherer Beprüfung derselben nicht gefunden werden.

Aber, wenn die Parteien auch darin consentiren, daß die zur Klage gebrachte Streitsache bei einem Gericht verhandelt werde, das zur Verhandlung dieser Art Sachen gesetzlich nicht bestimmt ist, so bedarf es, um eine solche Prorogation zu verwirklichen, noch der Zustimmung des Gerichts, da dieses nicht verpflichtet ist, den desfallsigen Wünschen der Parteien ohne Weiteres zu willfahren und

es fragt sich nur, wann das Gericht sich darüber zu entscheiden habe. — Während bei der Einrede des incompetenten Gerichts den Parteien die Gelegenheit gegeben werden muß diese Einrede zu begründen und zu widerlegen, und somit die Entscheidung des Gerichts erst nach stattgehabtem Schluß des Einredevfahrens erfolgen kann, hat die Entschliebung des Gerichts über die Zulassung der Prorogation nach Erhebung der Klage und vor der Erklärung des Beklagten stattzufinden, da die Mittheilung der Klage zur Erklärung an den Beklagten und die Zulassung des weiteren Proceßverfahrens eine thatsächliche Zulassung des prorogirten Gerichtsstandes ist.

Indem nun Obigem nach eine *exceptio fori incompetentis* nicht als vorliegend erachtet werden kann und das Waisengericht thatsächlich den Parteien die Proceßführung vor seinem Forum nachgegeben hat, ist der Bescheid nicht als gerechtfertigt anzuerkennen, es sei denn, daß das Waisengericht überhaupt nicht zu Verhandlungen von Sachen solcher Art zufolge gesetzlicher Bestimmung befugt war“ — (letztere Frage wurde nach Lage der Sache verneint).

18. *Forum reconventionis*. Das persönliche privilegierte forum muß geltend gemacht werden und wird nicht *ex officio* berücksichtigt.

In den Motiven der Resolution vom 16. October 1874, Nr. 6475 heißt es:

„Supplicant beschwert sich auch noch darüber, daß das Landvogteigericht gegen ihn eine Klagesache (Widerklage) verhandelt habe, obgleich er doch als dimittirter Lieutenant seinen Gerichtsstand vor dem hiesigen Landgerichte habe. — Indessen kann — so wenig es auch bestritten werden soll, daß Supplicant sein ordentliches Forum bei dem Riga'schen Landgerichte hat — vorliegenden Falls nicht bezweifelt werden, daß die I. Section des Landvogteigerichts zur Verhandlung und Entscheidung der gegen den Supplicanten erhobenen Widerklage competent war und zwar einerseits, weil der außerordentliche Gerichtsstand der Widerklage sich nicht nach der Person des Widerbeklagten richtet, sondern bei dem Gericht begründet ist, wo die Hauptklage verhandelt wurde, und

andrerseits, weil Supplicant in der erstinstanzlichen Verhandlung die Einrede des unzuständigen Gerichts gar nicht vorgeführt hat.“

19. Ueber den Gerichtsstand der Widerklage.

Eine vom Beklagten bei dem Wettgericht erhobene Gegenforderung war wegen Illiquidität zurückgewiesen worden. Als er sie nunmehr mittelst Separatklage geltend machte, bestritt der frühere Kläger die Competenz des Wettgerichts, wurde aber mit dieser Einrede durch Bescheid des Wettgerichts vom 20. December 1879, Nr. 589, und übereinstimmend durch App.-Erk. vom 14. März 1880, Nr. 1803, zurückgewiesen. In den Gründen des letzteren heißt es:

„Hält man die Bestimmungen in §. 1 und §. 2 der Stadtrechte Lib. II. Cap. XIV. gegen einander und erwägt man, daß im §. 1 von dem Falle die Rede ist, daß die in materieller Connerität mit der Klage stehende Widerklage noch im Laufe des durch die Vorklage veranlaßten Verfahrens bei dem für letztere competenten Richter vorgebracht wird, in welchem Falle die Antwort auf die Widerklage, d. h. die Einlassung auf dieselbe bei demselben Richter, nicht vor Beendigung des Vorprocesses statthaben soll, während nach §. 2 beim Mangel einer Connerität zwischen den Ansprüchen der Parteien jede von ihnen beim forum domicilii des Gegners zu klagen berechtigt ist, so wird man den Schwerpunkt der Bestimmung im §. 1 a. a. O. darin finden, daß durch Geltendmachung eines nicht mit dem Grunde der Vorklage materiell conneren Gegenanspruches im Laufe des Vorprocesses, für diesen Gegenanspruch ein besonderer Gerichtsstand, das sog. forum reconventionis begründet wird. Mit dieser Rechtsanschauung stimmt nicht nur die hiesige Gerichtspraxis, welche namentlich die Anstellung der die Ausstragung peremptorischer Einreden wider die im Executiv- oder Wechselproceß angestellte Klage bezweckenden Nachklage bei dem für den Vorproceß competenten Gericht zuläßt, sondern auch die Doctrin, soweit sie die in den umgearbeiteten Rig. Statuten II. 16 enthaltene Quelle des allegirten §. 1 a. a. O. des Stadtrechts vom Jahre 1673 behandelt, überein (cf. Napierſky, die Quellen des Rig. Stadtrechts S. 156 und 157 und v. Bunge, Geschichte des Gerichtswesens, §. 17 am Ende).“

20. Klagen auf Schadenersatz aus Handelsgeschäften gehören vor das Handelsgericht.

I. „Zur Rechtfertigung seiner Beschwerde, daß seine Einrede des nichtcompetenten Gerichts zurückgewiesen worden, hat Beklagter geltend gemacht, daß, wenn auch seine früheren Beziehungen zum Kläger Handelsbeziehungen gewesen, die vorliegende Klage sich doch fraglos als eine Schadenstandsklage qualificire und daß für eine derartige Klage das ordentliche forum domicilii einzig competent sei. Diese Argumentation kann nicht für zutreffend erachtet werden. Der Charakter der Handelsjache geht keineswegs dadurch verloren, daß der eine Contrahent wegen der Contractbrüchigkeit des anderen gezwungen wird, auf Schadenersatz zu klagen. Daher ist beispielsweise die aus einem Handelsgeschäft originirende Klage auf die Preisdifferenz wegen nicht geschעהener Leistung beim Wett- oder Handelsgericht anzubringen.“

(Aus den Motiven des App.-Erf. vom 14. März 1880, Nr. 1803.)

II. Ferner wurde in der Resolution vom 6. November 1871, Nr. 7595, die Zulässigkeit einer Klage auf Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises bei dem Wettgerichte zugelassen und zur Begründung dessen bemerkt:

„Weil ein Kaufgeschäft im Flachshandel in Frage kam, dessen Rückgängigmachung durch Rückzahlung des voraus empfangenen Kaufpreises bewerkstelligt werden sollte, so war das Wettgericht das competente Forum“.

21. Die Entscheidung sämmtlicher den Handel und seine Einrichtungen betreffenden streitigen Verhältnisse gehört vor das Wettgericht.

Der Chemiker S. klagte wider den Ingenieur S. beim Wettgerichte auf Erfüllung eines Gesellschaftsvertrages, welchen er behufs Anlegung und Betriebes einer Cementsfabrik mit dem Beklagten abgeschlossen hatte. Dieser Klage stellte der Beklagte die Einrede des unzuständigen Gerichts entgegen, weil die Klage keine Handelsjache betreffe und daher nicht beim Wettgerichte zu verhandeln sei. Das Wettgericht bestätigte diese Einrede, Kläger appellirte aber gegen solche Entscheidung an den Rath, welcher durch Querelbescheid

vom 11. Juli 1873, Nr. 5253 das untergerichtliche Erkenntniß aufhob und seinen Spruch wie folgt motivirte:

„Dem Unterrichter kann nicht beigegeben werden, wenn er unter Bezugnahme auf den Art. 567 Theil I des Prov.-Rechts geltend zu machen sucht, daß das Wettgericht nur Streitigkeiten beim Waarenankauf und Waarentausch, sowie zwischen Handelsherren und Handelsdienern zu entscheiden und Arrest auf Handelswaaren zu legen, sonst aber durchaus keine judiciäre Competenz zu üben habe und daß dasselbe am wenigsten als ein forum ordinarium in Handelsfachen, als ein Handelsgericht im Sinne der modernen Proceßgebung, aufzufassen sei. Daß das Wettgericht die Stelle eines Handelsgerichts im ganzen Umfange eines solchen einzunehmen berufen ist, ergiebt sich im Gegentheil schon aus der Ueberschrift zu den Art. 564 bis 567 l. c. und aus dem Wortlaut des Art. 564 selbst, denn hier wie dort wird das Wettgericht ausdrücklich als mit „Handelsgericht“ synonym gekennzeichnet. Es wäre denn doch auch allzu anomal und den Interessen des Handelsverkehrs zuwiderlaufend, wenn nur Handelsstreitigkeiten einzelner weniger Gattungen der Beurtheilung des Handelsgerichts nach handelsrechtlichen, alle anderen dagegen der Beprüfung der gewöhnlichen Civiljustizbehörden nach den von ihnen vorzugsweise zu beobachtenden civilrechtlichen Grundsätzen und Gesetzen unterstellt sein sollten. Mit der Ueberweisung aller eigentlichen Handelsfachen an das Wettgericht stimmt denn auch die hiesige Praxis vollkommen überein. Dieselbe hat von jeher ausschließlich das Wettgericht für zuständig erachtet nicht nur in den vom Art. 567 l. c. hervorgehobenen, sondern auch in allen sonstigen streitigen Rechtsverhältnissen, welche Handelsgeschäfte überhaupt betreffen, sowie ferner in allen solchen Rechtsverhältnissen zwischen Mitgliedern einer Handelsgesellschaft unter sich und zur Gesellschaft, in allen solchen Rechtsverhältnissen, welche aus dem Rechte zum Gebrauche einer bestimmten Firma entspringen, und endlich in allen solchen Rechtsverhältnissen, welche etwa durch die Veräußerung eines Handelsgeschäfts begründet werden, wiewohl von allen diesen im Art. 567 l. c. keine Rede ist.

Was nun speciell die von dem Appellanten bei dem Wettgericht anhängig gemachte Klage anbelangt, welche sich als eine Klage auf Erfüllung eines Handelsgesellschaftsvertrages charakterisirt,

so ist der Unterrichter der Ansicht, daß der Art. 545 Punkt 3 l. c. ihm die Zuständigkeit entziehe, weil der daselbst gegebenen Vorschrift nach vor das Vogteigericht und resp. Landvogteigericht alle Schuldsachen aus Rechnungen und Verbriefungen irgend einer Art gehören. Aus dieser Vorschrift schließt der Unterrichter, daß alle Klagen aus obligatorischen Verträgen, auch wenn sie sonst als Handelsfachen sich qualificiren würden, dennoch nicht bei dem Wettgerichte anzubringen sind, wosern sie nicht Waarenkauf oder Tausch oder das Dienstverhältniß zwischen Handelsherren und Handelsdienern angehen. Allein die untergerichtliche Interpretation des Punkt 3 l. c. kann für eine richtige nicht erachtet werden. Hätte jener Punkt die weitgehende Bedeutung, welche ihm der Unterrichter beilegt, so wären die nachfolgenden Punkte 4, 5 und 6, wie nicht angenommen werden darf, vollständig überflüssig und jedes weiteren Sinnes entbehrend, da auch die dort erwähnten Sachen eben nur Sachen aus obligatorischen Verträgen sind. Der Nachdruck des Punkt 3 scheint vielmehr, wie auch aus einem Vergleich mit den übrigen Punkten dieses Artikels und aus der Nichtwiederkehr des gleichen Wortes in ihnen hervorgehen will, in dem ersten Worte: „Schuldsachen“ zu liegen und dieser Punkt also mehr nicht zu sagen, als daß rechnungsmäßige oder aus irgend welchen schriftlichen Verträgen herzuleitende reine Schuldforderungen zur Competenz des Vogteigerichts gehören, nicht aber auch, daß Forderungen anderer Art aus allen und jeden Verträgen überhaupt, wie in concreto die Forderung der Erfüllung eines Handelsgesellschaftsvertrages, beim Vogteigerichte geltend zu machen sind. Solche Forderungen werden im Gegentheil, wie das auch praktisch immerfort geschieht, einzig bei dem Gericht in Klage zu stellen sein, welches das dem Charakter und der Natur dieser Forderungen nach zuständige ist. Sind nun aber alle dem Privatrechte angehörigen Verhältnisse, welche den Handel selbst und seine Einrichtungen, nicht etwa nur die, welche einzelne Handelsgeschäfte betreffen, für Handelsfachen zu erachten und ist, wie schon oben erwähnt, von dem Unterrichter selber anerkannt, daß auch die vom Kläger in gerichtliche Verhandlung gezogene Streitsache ihrem Wesen nach eine solche Handelsfache sei, hat ferner das Wettgericht als Handelsgericht die Aufgabe, durchweg dem Handel Rechtsicherheit und Schutz zu gewähren, so hatte der Unterrichter die vom Beklagten vorgeschützte Incompetenzrede

zurückzuweisen und dem Kläger zu seinem Recht, falls es sich sonst als begründet erweisen wird, zu helfen.“

22. Die Competenz des Amtsgerichts erstreckt sich auf alle den Handwerksbetrieb betreffenden Streitsachen zwischen Handwerkern und ihren Arbeitgebern, auch wenn letztere Kaufleute sind.

„Mag Beklagter immerhin sein Geschäft in kaufmännischer Weise betreiben und durch den von ihm gelösten Gildenschein als Kaufmann gesetzlich qualificirt sein, so vermag er doch nicht zu bestreiten, daß er sich gewerbmäßig auch mit der Reparatur optischer und mechanischer Gegenstände befaßt, hierzu einen Werkmeister bei sich beschäftigt, mit Hilfe desselben also auch ein Handwerk betreibt. Hieraus ergibt sich die Zuständigkeit des Amtsgerichts für die Entscheidung der vorliegenden Streitsache. Denn während der vor Einführung der Gewerbefreiheit emanirte I. Theil des Prov.-Rechts Art. 572 Punkt 3 dem Amtsgerichte die Verhandlung und Entscheidung aller Klagesachen zwischen Meistern, Gesellen und Lehrlingen zuweist, ist nach Einführung der Gewerbefreiheit die Zuständigkeit des Amtsgerichts für derartige Sachen auf alle Streitigkeiten zwischen Principalen und ihren Arbeitern erstreckt worden, ohne daß in dieser Beziehung zwischen Personen, die zu einer Zunft gehören und denen, welche dem freien Betriebe eines Handwerks, d. h. einer Bearbeitung von Gegenständen mittelst Handarbeit, nachgehen, zu unterscheiden wäre (vgl. Patent der livländischen Gouvernements-Verwaltung von 1866, Nr. 72 und Handwerksreglement, Band XI Theil 2 Anmerkung 2 zum Art. 1 in der Fortsetzung von 1868 und Anmerkung 2 zu Punkt 1 der Beilage zum Art. 52 in der Ausgabe von 1879).

Der vorliegende Streit zwischen dem Beklagten als dem Principal und dem von ihm als Werkmeister in einer mechanischen Werkstatt angestellten Kläger hat eine von dem letzteren in der genannten Eigenschaft erhobene Lohnforderung und die Aufhebung seines Arbeiterverhältnisses zum Gegenstande, er betrifft mithin den Handwerksbetrieb und daher muß die Zuständigkeit des Amtsgerichts

anerkannt, sowie der dagegen erhobene Einwand des Beklagten verworfen werden.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 12. December 1880, Nr. 8070).

23. Cura absentis — gleichzeitig mit der Nachlasscuratel. Ist das forum domicilii oder die Waisenbehörde zur Anordnung competent?

Es handelte sich um die Theilung der Geschwister S. in den Nachlaß ihres Vaters. Das zum Nachlaß gehörige Immobilien war im Jurisdictionsbezirk der I. Section des Landvogteigerichts belegen, woselbst auch der abwesende Bruder J. S. vor seiner Entfernung domicilirt hatte. In der Resolution des Raths vom 16. Januar 1876, Nr. 330, heißt es:

„da die Supplicanten (Geschwister S.) mit ihrem Gesuche um Anordnung einer Abwesenheitscuratel für ihren Bruder J. S. durch die in Beschwerde gestellte Resolution (der I. Sect. des Landvogteigerichts vom 19. November 1875, Nr. 231) ab und an das Waisengericht gewiesen worden sind, weil es sich vorliegenden Falls um Eröffnung einer Erbschaft handele und daher gemäß Art 2589 des III. Th. des Prov.-R. das Waisengericht, als Nachlaßbehörde, competent sei für das Interesse der abwesenden Erben zu sorgen;

da diese Motivierung mit den Vorschriften des Provinzialgesetzbuchs nicht in Einklang zu bringen ist, weil nach Art 517 l. c. stets „der Richter, unter welchem der Abwesende, bevor er seinen Wohnsitz verließ, seinen persönlichen Gerichtsstand hatte, zur Anordnung einer Curatel sowohl befugt, als verpflichtet“ ist und nur die Bestellung des Curators nach Art. 493 der competenten Waisenbehörde obliegt;

da die Bezugnahme des Untergerichts auf den Art 2589 l. c. ungeschlüssig erscheint, weil daselbst nur von der „Sicherstellung der Erbschaft“ im Fall der Abwesenheit eines Erben die Rede ist — um eine Sicherstellung der Erbschaft handelt es sich hier aber nicht und in der Pflicht zur Sicherstellung der Erbschaft liegt — wie sich aus dem Art. 2590 l. c. ergibt — auch nur die Befugniß zur Bestellung von Nachlasscuratoren, nicht aber zur Anordnung einer cura absentis;

da vielmehr, auch wenn es sich um die Eröffnung einer Erbschaft handeln würde, die Anordnung eines Curators für den abwesenden Erben nothwendig durch das competente Landgericht (Art. 517 l. c.) erfolgen müßte, weil die Vertretung des Abwesenden schon bei der Erklärung über den Antritt der Erbschaft erforderlich ist und weil die Entscheidung der Frage, ob im einzelnen Falle die Bedingungen der Einsetzung einer Abwesenheitscuratel vorliegen, mit der Verhandlung über die Nachlasssache in keinem directen Zusammenhang steht,

so ist die angefochtene untergerichtliche Resolution hierdurch aufzuheben und der I. Sect. des Landv.-Ger. aufzugeben auf Grund der Art. 516 und 517 l. c. das Gesuch der Geschwister S. um Anordnung einer Curatel für ihren abwesenden Bruder J. S. abermals in Verhandlung zu nehmen.“

24. Der Protest gegen einen öffentlichen Auftrag (begründet durch erbrechtliche Verhältnisse zwischen dem Veräußerer und dem Protestanten), sowie die zur Verfolgung des Protestes erhobene Klage sind nicht Nachlasssachen und competiren daher nicht dem Waisengericht.

S. ließ ein ihm aufgetragenes Immobil auf den Namen des Käufers R. öffentlich auftragen. Hiergegen protestirte M. als natürlicher Vormund seiner, ihre verstorbene Mutter (eine Tochter des S.) repräsentirenden, unmündigen Kinder und erhob, vom Rath ad forum fori verwiesen, beim Vogteigericht gegen R. und S. Klage, weil die Veräußerung des Immobils einseitig und ohne Zustimmung des Klägers, als des natürlichen Vormundes seiner Kinder, sowie ohne obervormundschaftliche Rathabition vorgenommen worden sei.

Das Vogteigericht bestätigte durch Bescheid vom 12. Dezember 1874, Nr. 185 die vom Beklagten vorgeschützte Incompetenzeinrede, weil die Streitsache eine solche sei, welche nach den bestehenden Gesetzen beim Waisengericht zu verhandeln und vom Rath in erster Instanz zu entscheiden sei.

Durch Appellationsurtheil vom 16. Mai 1875, Nr. 3491 wurde dieser Bescheid aufgehoben und die Einrede des unzuständigen Ge-

richts verworfen. Die Motive des Erkenntnisses zweiter Instanz führen aus:

„Zur Verhandlung beim Waisengericht und zur Entscheidung des Rathes in erster Instanz eignen sich allerdings streitige Nachlaß- und Testamentssachen, d. i. alle Erbschaftsforderungen, welche einerseits gestellt, andererseits bestritten werden. Ein Erbanpruch, d. i. ein Anspruch auf Anerkennung als Erbe oder auf Herausgabe der ganzen Erbschaft oder doch eines verhältnißmäßigen Theiles derselben, ist vom Kläger nicht geltend gemacht. Vielmehr verlangt der Kläger einzig die Ungiltigkeitserklärung eines zwischen den Beklagten mit einander über ein Immobil abgeschlossenen Kaufvertrages und in solcher Folge die Vernichtung eines auf den Grund dieses Rechtsgeschäfts erfolgten Auftrags des Immobiles auf des Käufers Namen. Die Klage ist also zwiefacher Natur und zwar eine persönliche, sofern sie den mit Verletzung Dritter geschehenen Abschluß eines Rechtsgeschäfts zwischen den Beklagten, und eine dingliche, sofern sie die Corroboration des Kaufvertrages und den Auftrag eines Immobiles auf des Käufers Namen betrifft. In beiden Beziehungen ist das Vogteigericht die für die Verhandlung und Entscheidung dieser Klage einzig zuständige Gerichtsbehörde, in ersterer, weil es sich um eine Verbriefung zwischen den beiden im Jurisdictionbezirk des Vogteigerichts wohnhaften Beklagten handelt, in letzterer, weil das Immobil, dessen Auftrag auf des Käufers Namen angefochten wird, im Jurisdictionbezirk des Vogteigerichts belegen ist. Die Motive zu dieser cumulirten persönlichen und dinglichen Klage streifen nur insofern in das Gebiet des Erbrechts, als der Kläger seine active Sachlegitimation aus dem Princip eines durch die zwischen einem überlebenden parens und dessen Descendenten fortgesetzte Gütergemeinschaft begründeten Rechts herleitet. Aber nicht der Rechtsgrund einer Klage, viel weniger noch der einer bloßen Sachlegitimation, sondern der Klagegegenstand mit dem aus ihm erfolgenden Ziel der Klage ist für die Begründung des Gerichtsstandes maßgebend.

Weder ist das Waisengericht befugt, einen Rechtsstreit über die Rechtsgiltigkeit eines Kaufgeschäfts, an welchen sich die Bitte um Aufhebung dieses Geschäfts schließt, und über die Wirksamkeit des Auftrags eines Immobiles, an welchen sich die Bitte um Zulass zur Wiederaufhebung dieses Auftrags schließt, bei sich verhandeln

zu lassen, noch ist der Rath befugt, über diesen Rechtsstreit in erster Instanz zu entscheiden, was letzterer auch schon dadurch deutlich an den Tag gelegt, daß er den Protestanten wider den Auftrag des Immobils ad forum fori verwiesen hat, während das Waisengericht leicht in die Lage versetzt werden konnte, in anderer Function und zwar gewissermaßen in der einer Partei an dem Rechtsstreit sich zu betheiligen, falls es vom Kläger um eine Verhaltensmaßregel im pupillariſchen Interesse angegangen werden sollte. (Pr.-R. Th. III Art. 460.)“

25. Competenz des Waisengerichts bei Klagen von Wittwen oder geschiedenen Frauen gegen ihre Curatoren oder Rathsfreunde wegen Rechenschaftslegung.

I. Klägerin nahm ihren waisengerichtlich bestätigten Rathsfreund auf Rechnungslegung über eine Summe in Anspruch, welche er als Kauffchilling für ihr Immobil empfangen habe. Der Beklagte bestritt die Competenz des Waisengerichts, weil er nach Art. 515 des Prov.-Rechts Th. III mit der Vermögensverwaltung nichts zu thun habe, die Klage also nur auf ein Mandat gegründet werden könne und solchenfalls bei dem forum domicilii zu erheben sei. Diese Einrede wurde durch Bescheid des Waisengerichts verworfen und letzterer durch den Quereelbescheid vom 9. März 1879, Nr. 1773 aus folgenden Gründen bestätigt:

„Allerdings ist der Rathsfreund (Beirath, Assistent, Geschlechtscurator) einer Wittwe oder einer unverheiratheten Person — und es mag nun eine abgesehene Frau jener oder dieser gleichgestellt werden — nicht zur Vermögensverwaltung verpflichtet; dennoch ist es aber ein tägliches Vorkommen, daß ein solcher sich der Verwaltung des Vermögens seiner Curandin unterzieht und somit in der That ohne gesetzliche Verpflichtung Verwalter des Vermögens und Empfänger von Vermögensstücken seiner Curandin wird. Wo dies aber der Fall gewesen ist, muß er zur Rechenschaftsablegung über seine Verwaltung des Vermögens seiner Curandin verpflichtet erscheinen, gleich jedem Anderen, der mit oder ohne Auftrag fremde Geschäfte führt (Art. 4458 des Prov.-Rechts Th. III). Nun hat aber Klägerin behauptet, daß er als ihr Rathsfreund die Kauf-

summe von 10,000 Rbl. in Empfang genommen, nicht aber, daß sie ihm ein specielles Mandat dazu erteilt und er in Folge dieses Mandats die Empfangnahme bewerkstelligt habe. Die hypothetische Construction eines speciellen Mandats seitens des Querulanten ist daher den behaupteten thatsächlichen Verhältnissen gegenüber nicht zutreffend.

Da nun nach Art. 560 Th. I des Prov.-Rechts das Waisengericht, bei welchem Beklagter als Curator der Klägerin bestellt worden, competent ist, Curatoren und Assistenten anzustellen, die Oberaufsicht über die Verwaltung des Vermögens nicht bloß von Wittwen, Waisen und Unmündigen, sondern auch von unverheiratheten Frauenzimmern zu führen, womit offenbar auch die Berechtigung zur Forderung und Beurtheilung von Rechenschaftsablegungen verbunden ist, und endlich auch in Rechtsstreitigkeiten zwischen Curatoren und Wittwen Erkenntnisse zu fällen, und da, weil weder im I. noch im III. Theil des Prov.-Rechts in den Bestimmungen über die Curatel von Großjährigen die abgeschiedenen Ehefrauen erwähnt werden, hinsichtlich dieser daher in Gemäßheit des Art. XXI der Einleitung zum Th. III nach der Analogie zu entscheiden ist, so muß das Waisengericht auch zur Verhandlung von Klagen einer Curandin gegen ihren Curator, sobald diese aus der Curatel erhoben werden, für competent erachtet werden."

II. Die Klägerin, eine beerbte Wittwe, klagte bei der II. Sect. des Landvogteigerichts gegen ihren Sohn und Rathsfreund auf Räumung des ihr und ihren Kindern gehörigen Hauses, in welchem sie den Beklagten, welcher sich überdies weigere, über die Revenüen des Hauses Rechenschaft zu legen, nicht länger wohnen lassen wolle.

Die vom Beklagten vorgeschützte Einrede des incompetenten Gerichts wurde in beiden Instanzen (Grf. d. II. Sect. d. L.V.G. vom 24. August 1876, Nr. 180, und Appell.-Grf. v. 25. Febr. 1877, Nr. 1282) zurückgewiesen und zwar in den Motiven des oberrichterlichen Erkenntnisses mit folgender Bemerkung:

„Anlangend die Einrede des Beklagten, wonach die Klage zurückzuweisen wäre, weil sie sich auf die Verwaltung des der Klägerin und ihren sämtlichen Kindern gehörigen Vermögens beziehe und von einer Wittwe gegen ihren Rathsfreund erhoben worden sei, so ist dieselbe gesetzlich nicht begründet. Der von der

Competenz handelnde Art. 560 d. I. Th. d. Prov.-Rechts, auf welchen sich Beklagter beruft, enthält zwar die Bestimmung, daß die Oberaufsicht über die Verwaltung des Vermögens von Wittwen und Unmündigen dem Waisengerichte zustehe und daß dasselbe in Rechtsstreitigkeiten zwischen Curatoren und Wittwen Erkenntnisse zu fällen habe. Bei der vorliegenden Klage kommt aber das Vermögen Unmündiger nicht in Betracht; die Klage ist nicht aus dem Verhältnisse einer Wittwe zu ihrem Curator, sondern aus dem einer Hausverwalterin zu einem Hauseinwohner hergeleitet; es handelt sich hier nicht um irgend welche obervormundschaftliche Functionen, sondern um das streitige Recht der Klägerin, einen Einwohner aus dem ihrer Verwaltung unterstellten Hause zu entfernen. Wenn mithin das Waisengericht mit dem gegenwärtig schwebenden Rechtsstreite nichts zu schaffen hat, vielmehr die II. Sect. des Landvogteigerichts als das forum des Domicils des Beklagten zur Verhandlung dieses Processus berufen ist, so ist die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Incompetenz zu verwerfen gewesen.“

26. Das Waisengericht ist nicht competent zur Verhandlung von Streitigkeiten concurrirender Gläubiger bezüglich ihrer vorzugsweisen Befriedigung aus insufficienten Nachlassmassen.

Die Motive des Appellationsurtheils des Rathes vom 13. Juni 1873, Nr. 4422 sagen hierüber:

Bei Beurtheilung des vorliegenden Rechtsstreites stellt sich zuerst die Frage entgegen, ob das Waisengericht überhaupt zur Verhandlung und Entscheidung competent sei, da es sich hier um die vorzugsweise Befriedigung einer Forderung vor der anderen handelt und der Streit hierüber die Insufficienz des Schuldners voraussetzen scheint, im Falle einer Insufficienz und concurrirender um den Vorrang sich streitender Gläubiger aber das ordinäre Civilgericht als forum concursus das competente ist. Die Frage muß jedoch zu Gunsten der Competenz des Waisengerichts beantwortet werden. Denn insufficient zur Deckung beider entgegenstehenden Forderungen ist nur die bei Gericht deponirte Nachlassmasse; ob

aber die den Nachlaß angetreten habende Wittve K. zur Befriedigung des aus jenem Depositum ungedeckt bleibenden Gläubigers der nöthigen Mittel entbehrt, ist noch durchaus nicht festgestellt, vielmehr von ihr bei dem Antritt des Nachlasses die Erklärung abgegeben, daß sie die Gläubiger ihres Ehemannes und testamentarischen Erblässers befriedigen werde. Es handelt sich demnach hier nicht um die Insolvenz des in Anspruch genommenen Schuldners, sondern einzig um die Frage der vorzugsweisen Befriedigung aus einem einzelnen Executionsobjekt.“

27. Das statutenmäßige Verkaufsrecht der Creditvereine (Hypotheken- und Credit-Verein) derogirt den provincialrechtlichen Bestimmungen über den Verkauf von Nachlassimmobilien.

Zum K.'schen Nachlaß gehörte u. a. ein dem Creditverein der Hausbesitzer in Riga verpfändetes Immobil. Dasselbe war auf waisengerichtliche Verfügung zum Meistbot gestellt und der Verkaufstermin war auf den 8. Januar 1876 anberaumt worden. Am letztgenannten Tage zeigten die Nachlaßcuratoren beim Waisengericht an, daß dieses Immobil, sowie ein zweites ebenfalls zum Nachlaß gehöriges, auf Antrag des Creditvereins beim Vogteigericht wegen rückständiger Pfandbriefschulden den 28. Mai resp. 15. Juni 1876 gleichfalls zum Verkauf gestellt werden solle. Es kam zunächst nicht zur waisengerichtlichen Versteigerung und das Waisengericht wies die Curatoren an, die Wiederaufhebung der vom Vogteigericht ergriffenen Executivmaßregeln zu erwirken. — Die Curatoren reichten demgemäß wider die vogteigerichtlichen Verfügungen eine Beschwerde beim Rathe ein und beriefen sich auf die Vorschriften des Provinzialrechts, nach welchem, wenn (wie hier geschehen) eine Erbschaft *cum beneficio inventarii* angetreten sei, die Erben bis zum Ablauf der Proclamfrist von den Gläubigern nicht gestört werden dürften, resp. der Verkauf von Nachlassimmobilien beim Waisengerichte zu geschehen habe.

Die Beschwerde wurde durch Resolution des Rathes vom 14. April 1876, Nr. 2414 mit folgender Motivirung zurückgewiesen:
 „Die vom Waisengerichte resp. von den Supplicanten bezoge-

nen Art. 373, 383, 495, 2594, 2634, 2648, 2654 des III. Th. des Prov.-Rechts, in welchen festgestellt ist, daß das Waisengericht, resp. die von demselben bestätigten Curatoren den Nachlaß im Ganzen, wie im Einzelnen zu verwalten haben, daß der Verkauf von Nachlaßimmobilien nur unter Aufsicht des Waisengerichts zu geschehen habe, daß der Erbe, welcher mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, bis zum Ablauf der Proclamfrist von den Gläubigern nicht belästigt werden dürfe u. s. w. — alle diese Gesetzesstellen sind für die vorliegende Sache gänzlich irrelevant, denn sie behandeln nur die allgemeine Regel, während hier ein Specialgesetz, eine Ausnahme zur Sprache kommen muß.

Der hiesige „Creditverein der Hausbesitzer“ genießt u. a. in Bezug auf die Beitreibung der Rückstände von Pfandbriefschuldern seinem Statut nach gewisse Privilegien, welche einschlagenden Falls als *lex specialis* den allgemeinen Gesetzen über die Beitreibung von Forderungen derogiren. Es gehört hierher namentlich der §. 90 des Reglements, nach welchem die Direction zur Beitreibung der Rückstände direct sich an das betr. *forum rei sitae* wendet und die Beschlagnahme der Revenüen resp. die Verkaufsstellung des betr. Immobiles impetrirt. Das Gericht hat aber allein auf Grundlage des von der Direction beizubringenden Attestats des Raths die Verkaufsstellung anzuordnen und ausdrücklich ist in dem bezogenen Paragraphen erwähnt, daß es „zur Beitreibung einer Pfandbriefschuld keines richterlichen Urtheilspruches bedarf.“ — Diese im Interesse des Immobiliarcredits gegebene Vorschrift stellt den Creditverein als Pfandbriefgläubiger gänzlich außerhalb des Kreises sonstiger Privatgläubiger. Die Direction erscheint in dieser Beziehung mehr als Amtsstelle, denn als Vertreterin eines Gläubigers (was sich vielleicht durch den §. 6 des Reglements rechtfertigt): zur Realisirung ihres Anspruchs ist kein Urtheilspruch, folglich auch keine *causae cognitio*, kein Gehör des Schuldners erforderlich. Der Zweck dieser Bestimmungen ist offenbar, dem Creditverein ein von der Person des jeweiligen Immobilienbesitzers ganz unabhängiges, in der Realisirung noch besonders privilegiertes dingliches Recht an dem fraglichen Mobil zu geben.

Hieraus folgt, daß das Beitreibungsprivilegium des Creditvereins seine volle Wirksamkeit äußert, einerlei, ob das betr. Mobil von dem ursprünglichen Schuldner noch besessen wird, oder

ob mittlerweile dessen Erben an die Stelle getreten sind; resp. ob das Immobil zu einer hereditas jacens gehört. Der Einwand der Supplicanten: das Statut sei für vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil es keine ausdrückliche Festsetzung darüber enthalte, was zu geschehen habe, wenn das Immobil zu einem cum beneficio inventarii angetretenen Nachlasse gehöre und die Proclamfrist noch laufe — ist durchaus hinfällig, denn der §. 90 des Reglements drückt, wie erwähnt, in unzweideutiger Weise aus, daß der Creditverein stets sein Forderungsrecht unmittelbar aus dem Pfandobject, resp. dessen Revenüen verfolgen kann, und wenn eine Ausnahme, wie die Supplicanten meinen, begründet wäre, so müßte sie nach dem ganzen Inhalt der §§. 89 ff. des Statuts ausdrücklich erwähnt sein. Das Vogteigericht hat somit vollkommen gesetzmäßig gehandelt, wenn es auf Grund der gemäß §. 90 l. c. ergangenen Requisition des Creditvereins der Hausbesitzer wegen einer aus einem Pfandbriefdarlehn originirenden Forderung des Vereins die Arrestirung der Miethen, resp. die Meistbotstellung der dem Verein verpfändeten, im Jurisdictionsgebiet des Vogteigerichts belegenen beiden Immobilien verfügte. — — — Die praktischen Bedenken, welche die Supplicanten mehrfach betonen, indem sie behaupten, es sei bei solchem Verfahren eine geregelte Nachlassverwaltung unmöglich, fallen gegenüber dem stricten Gesetz überhaupt nicht ins Gewicht. Dieselben sind überdies auch nicht erheblich, da ja nach §. 89 es den Curatoren freistand bei der Direction des Vereins unter Hervorhebung der besonderen Umstände des Falls eine Stundung zu erbitten. — Selbstverständlich ist es ein Uebelstand, daß vorliegenden Falls von zwei einander coordinirten städtischen Gerichten bezüglich desselben Immobilz zwei einander widersprechende Verfügungen erlassen und verschiedene Meistbotstermine anberaumt wurden, — allein dem Vogteigerichte kann hier keinerlei Versehen zur Last gelegt werden. Es war vielmehr Sache der Curatoren, beim Amtsantritt sich davon zu überzeugen, ob ein Rückstand in Bezug auf die Pfandbrieffschulden des Erblassers vorlag und sodann entweder die Schuld zu tilgen, oder aber, wofern dies nicht möglich erschien, die Meistbotstellung beim Waisengericht gar nicht zu impetrieren, da durch den Verkauf des Hauses beim Vogteigericht praktisch doch wohl dasselbe Resultat erzielt werden mußte, als durch die Meistbotstellung bei dem Waisengericht, dessen Com-

petenz seit dem Erlaß des Reglements für den Creditverein der Hausbesitzer die Weistbotstellung von Nachlaßimmobilien, welche dem Verein verpfändet sind, dann entzogen ist, wenn der Creditverein wegen rückständiger Pfandbriefforderungen auf Grund des ihm zustehenden Beitreibungsprivilegiums den öffentlichen Verkauf direct beim *forum rei sitae* impetirt. — Was ferner den Umstand anlangt, daß vorliegenden Falls seitens des Vogteigerichts die betreffenden Verfügungen der Nachlaßverwaltung nicht einmal notificirt worden sind, so ist hierin jedenfalls kein Nichtigkeitsgrund zu erblicken. Eine derartige Notification wäre gewiß aus Billigkeitsgründen stets zu empfehlen, sie ist aber keineswegs durch das Reglement vorgeschrieben und in der Praxis auch nicht eingehalten worden. Für den die richtige *diligentia* in seinen Angelegenheiten beobachtenden Pfandbrieffschuldner wäre sie ohnehin überflüssig, da letzterer als Creditverbundener den Inhalt des Reglements kennen muß, nach welchem die einzelnen Executionsmaßregeln in bestimmten Zwischenräumen vor sich gehen und nicht von der Direction nach ihrem Ermessen vorgenommen werden dürfen, sondern amtlich vorgenommen werden müssen, also nur bei einer nicht vorauszusetzenden Amtsvernachlässigung ausbleiben können. — Endlich ist nicht zu übersehen, daß in dieser speciellen Sache das Vogteigericht, inhaltlich seiner Erklärung, von der Einsetzung der Nachlaßcuratel keine amtliche Kenntniß hatte, den Supplicanten also auch keine Notification zustellen konnte. Die eingebrachte Beschwerde erscheint somit hinfällig.“

28. Competenz des Waisengerichts beim Erlaß von Nachlaßproclamen.

Die Beschwerde darüber, daß ein von dem Waisengericht erlassenes Proclam zur Zusammenberufung der Gläubiger des geisteskranken S. ohne Genehmigung des Raths ergangen sei, wurde durch Resolution vom 13. Juni 1880, Nr. 4046 aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Der in der Beschwerde bezogene Punkt 28 des Art. 458 des I. Theils des Prov.-Rechts weist der Competenz des Raths zu, Verfügungen hinsichtlich der zu erlassenden Edictalcitationen und der

Proclame in Nachlaß- und Concurssachen, nachdem das betreffende Gesuch im Untergericht geprüft worden, zu erlassen. Bekanntlich pflegen die städtischen Proceßgerichte auf Grund dieser Vorschrift dem Rathe die Gesuche um Erlaß eines Proclams mit ihrem Gutachten vorzustellen. Die formelle Genehmigung erfolgt dann durch ein dem Untergericht eröffnetes Rathsverfügen. Nach langjähriger Praxis erläßt dagegen das Waisengericht in seinem Competenzgebiete die Proclame direct und der Erlaß des Proclams gelangt dem Rathe nur insoweit zur Kenntniß, als die Schreiben, bei welchen die Proclame zur Publication an die Senatstypographie übersandt werden, auf Grund des Art. 208 a. a. O. beim Waisengerichte nur concipirt, sodann aber namens des Rathes ausgefertigt werden. Schon dieser letztere Umstand allein macht es mindestens sehr fraglich, ob der jetzt übliche Erlaß der waisengerichtlichen Proclame zum Punkt 28 a. a. O. in einem, Nichtigkeit involvirenden Widerspruche steht. Dazu kommt aber als entscheidendes Moment noch Folgendes hinzu.

Der von der Competenz der städtischen Proceßgerichte erster Instanz handelnde Art. 546 Punkt 4 l. c. erklärt im Einklange mit dem Art. 458 Punkt 28, daß die Untergerichte competent seien, „auf Befehl des Rathes Convocations-, Concurss- und andere Proclame zu erlassen“, während in ganz abweichender Fassung der Art. 560 Punkt 8 das Waisengericht ermächtigt, „in Nachlaßsachen die Erben und Gläubiger zu convociren.“ Da nun eine Convocation ohne gleichzeitige Androhung der Präclusion in der Regel gegenstandslos wäre, auch in keinem der erwähnten Artikel speciell von dieser Androhung beim Erlaß eines Proclams die Rede ist und da der Art. 560 Punkt 8 durch seine Fassung jedenfalls einen gewissen Gegensatz zum Art. 458 Punkt 28 darstellt, dieser aber noch durch die Formulirung des Art. 546 Punkt 4 verschärft wird, so ergab sich für die Praxis die Nothwendigkeit, nach einer Vereinigung dieser Vorschriften auf dem Wege der Interpretation zu suchen, und als Resultat hat sich denn, wie erwähnt, seit langen Jahren in waisengerichtlichen Proclamsachen das eben geschilderte Verfahren ausgebildet.

Daß von einer Nichtigkeit dieses Verfahrens nicht die Rede sein kann, liegt auf der Hand. Dasselbe widerspricht einerseits dem Art. 458 Punkt 28 nicht unbedingt, indem der Rath ja stets in

der Lage ist, durch Verhinderung der Publicationen den Erlaß des betreffenden Proclams zu vereiteln. Andererseits kann aber auch die Vorschrift des Art. 458 Punkt 28 nicht als ein jus clarum in thesi angesehen werden, weil die Formulirung des Art. 560 Punkt 8 die Unzweideutigkeit erheblich beeinträchtigt“.

29. Das Waisengericht darf in streitigen Nachlasssachen Beweisinterlocute nicht erlassen.

Das von M. zu Gunsten seiner Geschwister errichtete Testament wurde von seinem Stiefsohn K. angefochten, weil der Testator ihn in die Einkindschaft aufgenommen habe, wogegen die eingesetzten Erben einwandten, Kläger sei nach der Angabe des Erblassers von diesem bei Lebzeiten erbabgetheilt worden. Nachdem Kläger diese Einrede als unsubstantiirt bezeichnet und gegen die Zulassung des Beweises derselben protestirt hatte, wurde den Beklagten durch Resolution des Waisengerichts vom 11. December 1879, Nr. 1875 der Beweis nachgegeben, auf klägerische Beschwerde aber durch Urtheil des Raths vom 21. März 1880, Nr. 1986 die Einrede verworfen und das Testament des M. für nichtig erklärt:

„Die Ansicht des Waisengerichts, daß es im vorliegenden Falle selbst zu erkennen berufen gewesen, entspricht nicht den Bestimmungen der Art. 458 Punkt 21 und 560 Punkt 2 des I. Theils des Provinzialrechts, wonach die Rechtsprechung des Waisengerichts in streitigen Testamentssachen sich auf die Proceßleitung und die damit zusammenhängenden Decrete beschränkt. Ein Erkenntniß darüber, ob einer Proceßpartei der Beweis nachzugeben sei, fällt aber nicht unter den Gesichtspunkt eines proceßleitenden Decrets, sondern ist als ein bedingtes Endurtheil anzusehen, weil es eine Anerkennung dessen in sich schließt, daß der durch den Beweis zu unterstützende Parteianspruch thatsächlich wie rechtlich begründet sei und zur Geltung kommen solle, falls der Beweis hergestellt werden würde“.

Ebenso wurde erkannt im Querelbescheide vom 5. December 1880, Nr. 7906.

30. Syndicatsklage. Verantwortlichkeit des Richters.

Das Vogteigericht hatte durch Urtheil vom 30. October 1875, Nr. 156 einen Rechtsstreit entschieden, ohne sämtliche Beweismittel des Beklagten zu berücksichtigen, weil (wie es in der Erklärung auf die Beschwerde des Beklagten hieß) Beklagter im weiteren Verlauf des Processus auf die introducirten Beweismittel zum Theil nicht zurückgekommen sei, mithin auf diesen Theil derselben stillschweigend verzichtet habe. Der Rath erklärte in der Resolution vom 6. Februar 1876, Nr. 897 letztere Motivirung für durchaus unrichtig, hob das Erkenntniß, da es gegen den Grundsatz des den Parteien zu gewährenden rechtlichen Gehörs verstoße, als nichtig auf, wies jedoch den Supplicanten mit dem Anspruch auf Schadloshaltung wegen der ihm durch die Beschwerde verursachten Kosten zurück und befreite ihn nur von der Tragung der Gerichtskosten in der Oberinstanz. In den Motiven der Resolution findet sich der Satz ausgesprochen:

„Daß ein Anspruch auf Schadloshaltung von Seiten des Richters nach allgemeinen Proceßgrundsätzen und der hiesigen Praxis nur dann begründet erscheint, wenn dem Richter dolus zur Last gelegt werden kann, ein solcher dolus hier aber nicht einmal behauptet ist.“

II. Durch Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 11. September 1873, Nr. 190 waren in einem Prozesse, den der Webermeister C. L. gegen die Frau A. W. führte, beide Eheleute W., obgleich der Ehemann gar nicht gehört worden, verurtheilt worden. Auf die hierüber von den Eheleuten W. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Syndicatsklage hob der Rath durch Resolution vom 18. Januar 1874, Nr. 413 allerdings die untergerichtliche Entscheidung als nichtig auf, wies jedoch die Syndicatsklage mit folgender Motivirung zurück:

„Während es im heimischen Recht an jeder, die Syndicatsklage und deren rechtliche Erfordernisse normirenden gesetzlichen Bestimmung überhaupt vollständig mangelt, kann dieselbe nur nach den für die Schadenersatzpflicht im allgemeinen bestehenden provincialrechtlichen, oder nach den etwa subsidiär in Anwendung zu bringenden, übrigens nicht wenig controvertirten Grundsätzen des

gemeinen Rechts beurtheilt werden. Nach diesen Regeln kann der Richter gemeinhin zu einer Entgeltung der durch ihn einer Proceßpartei verursachten Schäden und Kosten nur dann angehalten werden, wenn ihm Arglist oder grobes Versehen zur Last fällt. Weder das Eine, noch das Andere trifft hier zu. Der Unterrichter hat, wie das der Inhalt seiner Entscheidung deutlich genug zu erkennen giebt, keineswegs irgend etwas von dem außer Acht gelassen, was er der actenmäßigen Sachlage nach nothwendig in Betracht zu ziehen hatte, er hat eben nur fehlgegriffen in dem Ergebnisse seiner Erwägungen. Eine schiefe und unrichtige Rechtsanschauung ist aber an sich keine dem Richter zu imputirende und ihn zur Entschädigung obligirende Pflichtwidrigkeit. Es hat demzufolge diese Bitte der Beschwerdeführer unberücksichtigt gelassen werden müssen.“

31. Die einzelnen Organe der städtischen Communalverwaltung sind zur selbständigen Klage legitimirt und zu einer Proceßcaution nicht verpflichtet.

Die Beklagte opponirte der von dem Stadtwaagecomptoir im Auftrage des Handelsamts erhobenen Klage auf Zahlung einer Gebühr zum Besten der Ligger und Hanfbinder die Einrede der mangelnden Proceßcaution und der mangelnden Sachlegitimation. Beide Einreden wurden durch den Quereibescheid vom 6. Februar 1881, Nr. 997 aus folgenden Gründen verworfen:

„Was die geforderte Caution für Kosten, Schäden und Widerklage betrifft, so darf nicht übersehen werden, daß es sich um einen Proceß handelt, welcher im Auftrage des Handelsamts in Vollmacht einer hiesigen öffentlichen Handelsinstitution zur Erhebung öffentlicher Gebühren entamirt worden ist. Der Beklagten steht mithin als Kläger nicht eine Privatperson, sondern eine zum Organismus der Communalverwaltung gehörige Institution gegenüber. Beklagte läuft daher nicht Gefahr, um den Kostenersatz zu kommen oder ihren Gegner mit der Widerklage nicht erreichen zu können, wenn sie sich auf die Klage einläßt, ohne daß von dem Gegner Caution für Kostenersatz und für Einlassung auf die Widerklage bestellt wäre. Erfordert demnach die Sache mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Klägers keinen Vorstand, so hat in Anleitung der

Stadtrechte Lib. II Cap. VIII §. 1 die in Rede stehende Einrede verworfen werden müssen.

Zur Rechtfertigung der Einrede der mangelnden activen Sachlegitimation wird von der Beklagten geltend gemacht, daß das Stadtwaagecomptoir mit juristischer Persönlichkeit nicht ausgestattet sei, als Organ der städtischen Communalverwaltung in civilrechtlicher Hinsicht nur vom Stadtamt bzw. Stadthaupt repräsentirt werden könne, wogegen der Inspector des Stadtwaagecomptoirs als processualischer Repräsentant nicht gelten könne. Hierbei verkennt Beklagte, daß das Waagecomptoir das für die Erhebung gewisser Handelsgebühren berufene Organ der Stadtcommunalverwaltung ist und daß aus dem Rechte der Erhebung sich von selbst die Legitimation zur Inanspruchnahme gerichtlichen Schutzes ergibt. Die von der Beklagten vermißte juristische Persönlichkeit hat dieselbe allerdings nicht bei dem Waagecomptoir, sondern bei der Stadt Riga zu suchen, das Waagecomptoir ist nur ein Glied in dem vielgestaltigen Organismus dieser Stadt. Daraus folgt aber nicht, daß die Legitimation zur Klage von dem Stadtamt oder dem Stadthaupt hätte ausgehen müssen, denn jener Organismus gestattet seinen einzelnen Gliedern, innerhalb der ihnen zugewiesenen Thätigkeitsgebiete auch selbständig zu handeln. Hat aber das Waagecomptoir die Aufgabe, für die Erhebung der Waagegebühren Sorge zu tragen, so muß Kläger im Auftrage des dem Waagecomptoir vorgeordneten Handelsamtes und in Vollmacht des Inspectors L. für legitimirt erachtet werden zur Erhebung der vorliegenden Klage“.

32. **Handwerksgefelln sind in Streitfachen mit dem Meister zur Vertretung ihrer Rechte vor dem Amtsgericht befugt, auch wenn sie noch minderjährig sind.**

Der Korbmachergefell B. war auf Klage des Korbmachermeisters S. von dem Amtsgericht verurtheilt worden, einen erhaltenen Vorschuß von 25 Rubel 37 Kopelen zurückzuzahlen. Die Mutter desselben legte gegen dieses Erkenntniß die Nichtigkeitsbeschwerde ein, weil der Beklagte noch minderjährig sei, wurde jedoch mit derselben durch Resolution des Rigaschen Raths vom 12. October 1877, Nr. 6944 zurückgewiesen. In den Motiven heißt es:

„Nach Lib. II Cap. VI §. 1 der Stadtrechte sind allerdings diejenigen, „so der Vormundschaft ihrer Minderjährigkeit halber unterworfen, ihre Sache vor Gericht zu handeln nicht mächtig“. Diese Vorschrift stellt jedoch nur die allgemeine Regel dar, wie sie für die Civilgerichte in Ermangelung besonderer Normen zur Anwendung zu kommen hat; sie tritt außer Kraft überall dort, wo besondere Bestimmungen oder besondere Uebung eine Ausnahme vorschreiben, und als eine solche Ausnahme hat derjenige Fall zu gelten, wo ein Amtsmeister mit seinem zünftigen Gesellen eine Streitsache aus dem Dienstverhältnisse vor dem Amtsgerichte verhandelt. Schon aus der freieren Stellung des Amtsgerichts als eines privilegierten Forums für Streitigkeiten von Meistern, Gesellen, Gehilfen und Lehrlingen und aus der demselben zustehenden polizeilichen Gewalt in Handwerksangelegenheiten (§. 23 und 21 des Meisterschragens) ergibt sich, daß das Amtsgericht bei Verhandlung der vor dasselbe gelangenden Streitsachen keineswegs absolut an die strengen Normen des allgemeinen Proceßrechts gebunden ist und z. B. die Befugniß hat, mit Außerachtlassung der Verhandlungsmaxime nach Lage der Sache ein der Billigkeit entsprechendes Verfahren eintreten zu lassen. Weil aber dem Amtsgericht als einer Handwerksjustiz- und Polizeibehörde eine derart freiere Competenz zugewiesen ist, so bedarf es für die vor demselben verhandelnde Partei nicht so nothwendig der speciellen Rechtsbelehrung, wie im gewöhnlichen Proceß vor den ordentlichen Civilgerichten. Denn das Amtsgericht ist berechtigt im Wege der Proceßleitung die etwanige Unbeholfenheit einer Partei zu berücksichtigen, wofern die betreffende Person nur die genügende Reife besitzt, um die Verhältnisse des gewöhnlichen Lebens bzw. ihres Berufs richtig zu erfassen.

Dieses vorausgeschickt, kann es nicht befremden, daß nach den Schragen und nach der constanten bisherigen Praxis zünftige Handwerksgefallen, auch wenn sie das 21. Lebensjahr noch nicht erreicht haben, in Proceßten mit ihren Meistern, soweit es sich um das Dienstverhältniß handelt, vor dem Amtsgericht als persönlich gerichtstandsbarig gelten“.

33. Der Mangel der kriegerischen Vormundschaft bewirkt Nichtigkeit der von einem Franzoszimmer geführten Proceßverhandlung.

I. Aus den Motiven der Resolution des Rathes vom 7. März 1875, Nr. 1790 ist hervorzuheben:

„Von Gewicht ist der Umstand, daß der Supplicantin (Wittve) nicht allem ihr aufgegebenen processualischen Verfahren vorgängig, obwohl sie zudem ausdrücklich das Verlangen danach kundgegeben (es hatte dem Untergerichte gleichzeitig ein Gesuch um Ertheilung des Armenrechts und Zuordnung eines officidösen Advocaten vorgelegen), ein kriegerischer Vormund zugeordnet worden ist, welcher für alle Sachen von einiger Wichtigkeit nach Vorschrift der Riga'schen Stadtrechte jeder weiblichen Proceßpartei beigeßellt werden soll (Lib. II Cap. VI Art. 2). Das Vogteigericht erachtet die erwähnte Vorschrift der Stadtrechte für durch die später in gesetzlicher Grundlage erfolgte Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft vollständig abolirt. Dem kann indessen nicht beigeßimmt werden. — Diese die frühere Geschlechtsvormundschaft vollständig beseitigende Grundlage glaubt das Vogteigericht in dem namentlichen Ukas vom 22. December 1785, sowie in dem dritten Bande des Provinzialrechts zu finden. Der erwähnte Ukas vom 22. December 1785, welcher übrigens gleich wie in Estland, so auch im Gebiet des Riga'schen Stadtrechts mindestens seit der Aufhebung der Statthalterschaftsverfassung bekanntlich nie zur praktischen Geltung gekommen, sichert aber keineswegs in aller und jeder Beziehung, sondern vielmehr nur in Ansehung der Vermögensverwaltung beiden Geschlechtern Gleichstellung und nach erlangter Volljährigkeit von jedem fremden Einfluß unabhängige Selbstständigkeit zu. Ebensowenig ist aus den vom Vogteigerichte bezogenen Art. 269, 289 u. 512 Theil III des Provinzialrechts eine vollständige Beseitigung jeder Vormundschaft für das ganze weibliche Geschlecht zu entnehmen. Art. 269 kommt überhaupt für die Beschränktheit oder Unbeschränktheit der Handlungsfähigkeit nicht weiter in Betracht, da er nur aufstellt — was schon durch das Allerhöchst bestätigte Reichsrathsgutachten vom 27. August 1862 normirt war — wann die Minderjährigkeit für beide Geschlechter erlischt. Art. 289 ordnet lediglich die Modalitäten an, unter denen

eine beerbte Wittve die Vormundschaft über ihre Kinder führen darf und zwar nie allein, sondern unter dem Beirath zweier Mitvormünder, läßt aber ungewiß wie weit das selbständige Verwaltungs- und Verfügungsrecht einer unbeerbten, sowie einer beerbten Wittve, welche die Vormundschaft nicht übernommen hat, reicht. Art. 512 endlich handelt nur von unverheiratheten Frauenspersonen und kann umsoweniger zur Richtschnur dienen, als die Anmerkung zum Artikel ausdrücklich auf die für verehelichte und verwittwete Frauenspersonen abweichenden Bestimmungen verweist.

Übrigens soll hier nicht bestritten werden, daß, wenn auch nicht direct aus den vom Vogteigerichte angezogenen Gesetzesstellen, doch indirect aus dem Inhalt des dritten Bandes des Provinzialrechts, und schon deshalb, weil durch denselben nur in Ausnahmefällen das weibliche Geschlecht einer cura unterstellt worden ist, im allgemeinen gefolgert werden muß, daß die Verwaltung ihres Vermögens und privatrechtliche Rechtsfähigkeit den Frauen unbeschränkt zugestanden worden sei. Aber eben auch nicht mehr, als diese Vermögensverwaltung und privatrechtliche Rechts- und Handlungsfähigkeit hat den Frauen durch den lediglich das Privatrecht behandelnden dritten Band des Provinzialrechts eingeräumt werden können. Nicht von ihm berührt werden konnte die von der privatrechtlichen wohl zu unterscheidende processualische Handlungsfähigkeit oder Gerichtsstands-fähigkeit. Daß die Fähigkeit zur Proceßführung nicht nothwendig mit der Fähigkeit zum Abschluß privater Rechtsgeschäfte zusammenfällt, lehrt die gemeinrechtliche Civilproceßtheorie und hat auch neuerdings wieder Anerkennung gefunden, wie im §. 85 des Entwurfs einer Civilproceßordnung für den Norddeutschen Bund, so im §. 50 des gleichen Entwurfs für das deutsche Reich, in welchen beiden Entwürfen es gleichlautend heißt: „die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft finden auf die Proceßführung keine Anwendung.“ Kann nun an sich eine privatrechtliche Vorschrift eine ihr inhaltlich engengesetzte proceßrechtliche nicht abändern, so wird überall da, wo für die privatrechtliche und die proceßrechtliche Handlungsfähigkeit der Frauen einander diametral entgegenlaufende Regeln gegeben sind, im Privatrecht und im Proceß nach verschiedenen Grundsätzen verfahren werden müssen. Im Übrigen dürfte einem solchen unterschiedlichen Verfahren wohl auch die innere Berechtigung nicht abzuspochen sein. Denn während das

Gesetz von überhaupt Allen, und sonach auch von den Frauen, Kenntniß des materiellen Rechts verlangt, erscheint es doch wohl nur billig von den Frauen die gleiche Kenntniß der meist nur Fachmännern wirklich geläufigen starren Proceßformen nicht zu verlangen, erscheint es doch wohl nur billig, wenn das mit dem Rechtsleben weniger vertraute, in dieser Hinsicht jedenfalls schwächere Geschlecht — welches ja eben dieser Schwäche wegen auch durch manche privatrechtliche Beneficien bevorzugt ist (vgl. z. B. P.R. Theil III Art. 2957 und die Rechtsquellen zu demselben sub a, Art. 4506 u. a.) — gesetzlich mindestens in belangreichen Sachen vor der Gefahr beschützt wird, lediglich deshalb sein gutes Recht einbüßen zu sollen, weil es in den theoretischen Regeln der Proceßführung nicht bewandert ist. Hat nun die im zweiten, den stadtrechtlichen Proceß behandelnden, Buch der Riga'schen Statuten enthaltene Proceßvorschrift, durch welche die Gerichtsstandsbarkeit der Personen weiblichen Geschlechts in wichtigeren Proceßsachen beschränkt wird, eben nur die Bestellung eines „kriegerischen“ Vormundes gefordert, sich also wohl gehütet in das Gebiet des Privatrechts überzugreifen, und hat dieselbe dabei von dem Bestande oder Nichtbestande einer allgemeinen Geschlechtsvormundschaft ganz abgesehen, so ist die privatrechtliche Wiederaufhebung der Geschlechtsvormundschaft nicht geeignet jene proceßrechtliche abweichende Regel zu beeinflussen. — Was nun endlich die Gerichtspraxis betrifft so kann aus jahrelanger Praxis und zwar auch nach der Codification des Privatrechts im dritten Bande des Provinzialrechts nachgewiesen werden, daß in belangreicheren Sachen wohl von Amtswegen darauf gesehen worden, daß Frauenspersonen ihre Proceße nicht ohne kriegerischen Vormund führten, wie denn die Nothwendigkeit dessen auch in den Resol. des Raths d. d. 30. Januar 1874, Nr. 730 und 18. April 1874, Nr. 2381 Anerkennung gefunden, während die als Gegenbelege bezogenen Erkenntnisse des Raths d. d. 14. März und 11. Juni 1869 eine wesentlich andere Frage und zwar die Frage behandeln, ob eine Ehefrau ohne ausdrückliche Zustimmung ihres Ehemannes zu vermögensrechtlichen und processualischen Handlungen befugt ist. Im Übrigen ist aber auch ein einfacher Gerichtsbrauch niemals das geschriebene Recht abzuändern im Stande.“

II. „Wenn das Waisengericht sich darauf beruft, daß nach dem Gesetz eine Wittve auch ohne Mitwirkung eines Rathsfreundes Dispositionsbefugniß habe und Rechtsgeschäfte mit voller Wirkung abschließen könne, so ist dieser Satz, soweit er sich auf das Privatrecht bezieht, gemäß den Bestimmungen des dritten Bandes des Provinzialrechts Art. 512 ff. allerdings als richtig zuzugeben. Anders steht es indessen mit der Dispositionsbefugniß der Frau in der besonderen Richtung auf die Proceßführung. Hier entscheiden nicht die Bestimmungen des Privatrechts, sondern das Proceßgesetz, welches durch jene nicht aufgehoben worden ist.

Bekanntlich wird nun durch den Art. 2 in Lib. II Cap. VI der Stadtrechte den Frauen schlechthin die Gerichtsstandsfähigkeit „nach der Sachen Wichtigkeit“ abgesprochen und die fortbauernde Gültigkeit dieser, in der Praxis freilich wiederholt außer Acht gelassenen, Bestimmung ist noch neuerdings vom Rathe anerkannt worden. Da nun vorliegenden Falls kein Zweifel darüber sein kann, daß es sich um eine Sache von Wichtigkeit im Sinne des Art. 2 a. a. O. handelt, und da das Waisengericht die Supplicantin allein hat verhandeln lassen, ohne sie zur Einholung männlichen Beirathes aufzufordern, bzw. ihr „einen kriegerischen Vormund aus richterlichem Amte zuzuordnen“, so erweist sich das angefochtene Verfahren des Waisengerichts als dem ausdrücklichen Wortlaute des Gesetzes zuwiderlaufend, mithin als nichtig.“

(Resolution vom 16. Januar 1881, Nr. 407.)

Ebenso war auch in dem App.-Erl. vom 25. April 1879, Nr. 3032 erkannt worden.

III. Die Motive der das waisengerichtliche Protokollverfügen vom 15. Juni 1876 aufrethaltenden und eine dawider erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zurückweisenden Resolution des Rathes vom 10. December 1876, Nr. 8033 enthalten die Bemerkung:

„Die Bestimmung im Art. 2 Cap. VI Lib. II der Stadtrechte bezieht sich nur auf Proceßverhandlungen, eine privatrechtliche Vermögensdisposition, resp. die damit zusammenhängende gerichtliche Verhandlung aber (es handelte sich vorliegenden Falls um den gerichtlich erklärten Verzicht auf den Antheil an einem ererbten Immobil) kann nach Art. 512 ff. des III. Theils des Prov.-Rechts

von unverheiratheten Frauenzimmern auch ohne männlichen Beistand vollzogen werden.“

34. Die Beiordnung eines kriegerischen Vormundes an Frauenzimmer ist nur in wichtigen Sachen erforderlich.

„Die vermeintliche Wichtigkeit des untergerichtlichen Erkenntnisses sucht die Beklagte darin, daß sie zu ihrer Rechtsvertheidigung ohne Beihülfe eines kriegerischen Vormundes zugelassen worden sei. Wenn indeß nach den Rigaschen Stadtrechten Lib. II Cap. VI §. 2 die Nothwendigkeit Frauenzimmern zur Proceßführung einen kriegerischen Vormund beizuordnen nur dann eintritt, wosern die Sache eine wichtige ist, eine Klagesache, in welcher es sich um die Entrichtung eines monatlichen Miethzinses handelt, aber ihrem Gegenstande nach nicht erheblich genannt werden kann, während andererseits Beklagte selber nicht hat umhin können, den in dieser Sache beobachteten modus procedendi als einen einfachen zu bezeichnen, so kann füglich eine Wichtigkeit darin nicht erblickt werden, daß vorliegenden Falls die Beklagte einer kriegerischen Vormundschaft nicht unterstellt worden ist“. (Aus den Gründen des Erkenntnisses vom 12. October 1877, Nr. 6956).

35. Die Legitimation zur Sache ist ex officio zu prüfen.

I. Die Klage war gegen die Wittve S. als Repräsentantin der Erben ihres Ehemannes gerichtet. In beiden Instanzen wurde dem Kläger und Querulanten aufgegeben u. a. den Nachweis zu erbringen, daß die Beklagte zur Repräsentation der fraglichen Erben legitimirt sei. Die Motive des Querelbescheides vom 17. December 1875, Nr. 8322 bemerken dabei Folgendes:

„Es kann hier dahin gestellt bleiben, ob die Beklagte in ihrer Einlassung ihre Eigenschaft als Vertreterin der S.'schen Erben anerkannt habe oder nicht. Denn nicht sowohl darauf kommt es an, welche Eigenschaft die Beklagte sich beimißt, sondern vielmehr darauf, für welche Eigenschaft derselben dem Richter eine Gewißheit gegeben worden. Wenn gegen die Erben Urtheil und Recht gesprochen werden soll, so müssen die Erben gehört werden.

Der Richter, welcher das Urtheil zu sprechen hat, ist zur Vermeidung von Nichtigkeiten genöthigt, wosern das Gehör der Erben durch einen Stellvertreter besorgt wird, gewissenhaft zu prüfen, ob dieser Stellvertreter zur Stellvertretung auch wirklich rechtlich befugt ist. Unterläßt er diese Prüfung und ergiebt sich dann später ein Mangel zu solcher Befugniß, so ist das Urtheil unwirksam, das ganze Proceßverfahren mit aller seiner unvermeidlichen Kostspieligkeit ein vergebliches gewesen. Um solche unheilvollen Folgen zu verhüten, darf nicht nur, sondern soll der Richter von Amtswegen — und zwar ist ihm das Recht dazu in jeder Lage des Processes eingeräumt — die Legitimation der streitenden Theile seiner Erwägung unterziehen und, wosern ihm eine solche nicht unzweifelhaft erscheint, die Klarstellung derselben verfügen. — Daß nun die Wittve eines Erblassers keineswegs in jedem Fall ohne alles Weitere ihre Mit-erben zu repräsentiren und insbesondere mit für sie verbindlicher Kraft an ihrer Stelle und für sie Prozesse zu führen an sich durch das Gesetz ermächtigt ist, bedarf näherer Erörterung nicht.“

II. „Es ist unrichtig, daß die Sachlegitimation des Klägers überhaupt nicht in Streit gezogen werden dürfe. Die Legitimation zur Sache bildet unbestritten einen Theil des Klagegrundes und, wie der Richter in der Beurtheilung dessen, ob die Klage rechtlich begründet sei, lediglich auf sein pflichtmäßiges Ermessen verwiesen und von den Ansichten der Parteien nicht abhängig ist, so hat er auch die Frage, ob dem Kläger das Recht zustehe, welches derselbe klagend verfolgt, oder aber einer anderen Person, selbständig auf Grund der bestehenden Rechtsvorschriften zu prüfen. Die Klage wäre also als rechtlich nicht begründet abzuweisen, auch wenn beklagterseits ausdrücklich erklärt worden wäre, daß das Klagerrecht auf Seiten des Klägers als vorhanden anerkannt werde, weil dem Richter eine Rechtsansicht von den Parteien eben nicht octroyirt werden darf.“

(Aus den Motiven des App.-Erl. vom 13. December 1878, Nr. 8504).

36. Einfluß der Privatwillkür auf die Normen des Civilprocesses. Trennung des Verfahrens über Replik und Einrede.

In den Motiven des Querelbescheides vom 12. Januar 1873, Nr. 246 wird über diese Frage folgendermaßen gehandelt:

„Allerdings ist es im allgemeinen richtig, daß über Replik und Einrede nach der Proceßtheorie nicht ein getrenntes, sondern ein gleichzeitiges Parteiverfahren stattzufinden hat, da sonst der Proceß in eine allzugroße Menge getrennter Verhandlungen zerfallen und sich allzusehr zerplittern würde. Ebenso ist es allerdings im allgemeinen richtig, daß im Hinblick darauf, daß die civilprocessualischen Rechtsnormen *publici juris* sind, die Statthaftigkeit eines *s. g.* gewillkürten oder eines *Conventionalprocesses* nicht Anerkennung finden darf. Indes hindert dieser Umstand keineswegs, daß in gewissen Beziehungen immerhin durch die Privatwillkür der Parteien einzelnen Proceßnormen derogirt werden darf, wenn eben beide Parteien darin übereinstimmen und der Richter, sofern auch dessen amtliche Thätigkeit dabei concurrirt, seine Zustimmung dazu giebt, vorausgesetzt, daß dadurch von letzterem nichts verleßt wird, was nach den Regeln des öffentlichen Rechts zu seiner Amtspflicht gehört und worauf zu verzichten er demnach nicht befugt ist. — Der Privatwillkür der Parteien kann hiernach mit richterlichem Consense zweifelsohne auch die Abschließung verschiedener Bestandtheile des Processes von einander und die Verhandlung des einen dieser Bestandtheile vor den anderen, welche Niemandes Rechte verleßt, anheim gegeben werden.

Es ist das um so unbedenklicher, als die dem Richter zustehende Proceßdirection demselben unter Umständen gestattet, sogar einseitig zur Vermeidung von Verwickelungen und Verwirrungen die Zeitfolge festzustellen, in welcher der Sachlage gemäß die einzelnen Proceßhandlungen vorgenommen werden sollen, und die verschiedenen Proceßbestandtheile von einander abzuzweigen. Gehen doch die der Privatwillkür gestellten Schranken noch um vieles weiter hinaus.

Kann selbst ein an sich unzuständiges Gericht durch die Uebereinstimmung der Parteien und die Zustimmung des Richters ein zuständiges werden, so wird noch viel weniger angezweifelt werden können, daß nach dem übereinstimmenden Willen aller Betheiligten

auch die sonst gewöhnlich gleichzeitige Verhandlung einer Einrede und einer Replik wider dieselbe ausnahmsweise getrennt von einander verhandelt werden dürfen."

37. Litisdenunciation oder Litisconsortium? Exceptio fori incompetentis des Pächters eines zu einer beim städtischen Waisengerichte verhandelten Nachlasssache gehörigen Rittergutes in Streitfachen bezüglich der Pachtung desselben.

Ueber die Verpachtung des zum ungetheilten Nachlaß des weil. Kaufmanns J. L. gehörigen Rittergütchens Lußausholm war beim städtischen Waisengerichte zwischen den Nachlaßcuratoren einerseits und dem dasselbe zum zeitweiligen Nießbrauch innehabenden Sohn des Erblassers G. L. und dem Pächter des qu. Gütchens K. als Abcitatener andererseits ein Rechtsstreit wegen Aufhebung des mit dem letzteren abgeschlossenen Pachtcontracts entstanden. Der beklagte Sohn des Erblassers G. L. hatte in seiner Erklärung auf die Klage die Entscheidung dem Waisengerichte anheimgegeben, Abcitat K. aber die exceptio fori incompetentis vorgeschützt, weil das Gütchen Lußausholm ein Rittergut sei und der vorliegende Rechtsstreit über die Verpachtung desselben also dem Rigaschen Landgericht competire. Das Waisengericht hatte jedoch mittelst Bescheides vom 31. August 1871 die Einrede des K. unter Verurtheilung desselben in die Kosten des Zwischenverfahrens verworfen, weil Abcitat K. als Litisdenunciat verpflichtet sei, sich auf die Klage bei demjenigen Gerichte einzulassen, welches sein Litisdenunciat erwähnt habe, und denselben angewiesen, sich auf die angebliche Litisdenunciation zu erklären.

Auf die wider diesen Bescheid vom Abcitatener K. interponirte Querel erfolgte der Querelbescheid des Raths vom 1. December 1871, Nr. 8100, welcher zwar die Entscheidung des Waisengerichts in materieller Beziehung bestätigte, sich jedoch über die Motivirung derselben folgendermaßen aussprach:

„Anlangend die rechtliche Erörterung des Unterrichters, derzufolge die Abcitation des Querulanten an sich keinen anderen Sinn, als eben nur den einer Streitverkündigung gehabt hat, so kann ihr oberrichterlich nicht beigespflichtet werden. Eine Streitverkündigung, zu welcher allerdings jede Partei in einem Rechtsstreit befugt ist,

sobald sie von einem Dritten im Fall des Unterliegens Schadloshaltung fordern kann oder will, ist bekanntlich die Aufforderung an diesen Dritten, ihr (der auffordernden Partei) durch Theilnahme am Proceß seinen Beistand zu leihen, und die Wirkung einer solchen Streitverkündigung ist keine andere, als daß der Aufgeförderte, er möge nun dieser Aufforderung Folge leisten oder nicht, den Rechtsstreit, an welchem theilzunehmen er aufgefordert worden, nicht als rem inter alios gestam desavouiren darf. Ein solcher Fall liegt hier ganz und gar nicht vor. Die klagenden Nachlaßcuratoren fordern keineswegs den Beistand des Abcitaten in der von ihnen gegen den Beklagten G. L. allein anhängig gemachten Klagesache, sie richten vielmehr ihren Klageanspruch gleichzeitig gegen zwei Gegner, um die Aufhebung eines zwischen diesen Beiden abgeschlossenen Pachtvertrages zu erlangen. Abcitat K. ist demnach nicht ein Litisdenunciat des Klägers, sondern ein litis consors des Beklagten G. L. So allein stellt sich einzig richtig das Rechtsverhältniß zwischen den sämtlichen streitenden Theilen dar; darnach aber ist nicht nur die vom Unterrichter dem Abcitaten auferlegte Aufgabe sich auf die ihm gewordene klägerische Litisdenunciation zu erklären eine fehlgegriffene, sondern gleichzeitig auch die aus der irrigen Voraussetzung gezogene Schlußfolgerung, daß Abcitat als Litisdenunciat gegen den vom Kläger gewählten Gerichtsstand mit einer Einrede sich zu schützen unbefugt sei, eine hier nicht zutreffende“.

38. Litisdenunciation und Erwirkung eines Urtheils durch den Gläubiger als Voraussetzungen der Regreßpflicht.

Das Appellationsurtheil vom 6. Mai 1877, Nr. 3126 sprach Folgendes aus:

„Es ist . . . in Erwägung zu ziehen, ob nicht auch ohne vorgängige bezügliche gerichtliche Entscheidung schon von Rechtswegen an den vom Beklagten der Klägerin versagten Beistand die erwähnten Rechtsfolgen (der eigenen Haftung des Beklagten K.) zu knüpfen sind. In der Regel hat die Streitverkündigung an sich keine andere Wirkung, als die, daß das gegen den Denuncianten ergangene Urtheil dem Denunciaten gegenüber nicht als eine res inter alios gesta zu gelten hat. Ein solches gegen sie ergangenes

Urtheil hat nun aber die Klägerin gar nicht aufzuweisen, da sie von dem gegen E. anhängig gemachten Rechtsstreite, anstatt ihn zu Ende zu bringen, einfach zurückgetreten ist, nachdem Beklagter zwar seine Mitbetheiligung, keineswegs aber in jeder Beziehung seinen Beistand abgelehnt hatte. Das Vogteigericht glaubt zwar der Entbehrlichkeit eines Urtheils in diesem Falle das Wort reden zu können, weil kein Richter in Niga den gegen E. geltend gemachten Klageanspruch, welcher bestritten und für welchen die Erbringung eines Beweises zur Unmöglichkeit geworden war, dennoch als einen genügend erwiesenen erachtet haben würde. . . . Das zur Begründung eines Regreßrechts gegen den Citisdenuncianten erforderliche Urtheil aber kann niemals durch die beregte Annahme ersetzt werden, daß dasselbe, wenn es gefällt worden wäre, nur so und nicht anders hätte ausfallen können. Jedenfalls ist, da für den Denuncianten keine Verbindlichkeit zur Leistung des von ihm verlangten Beistandes bestand, die Weigerung dieses Beistandes kein Ungehorsam. Daher ist denn auch die Wirkung einer solchen Weigerung keine weitergehende, als einzig die des Verlustes des Einwandes, daß mit seiner Hilfe eine für den Denuncianten ungünstige Entscheidung abgewendet worden wäre. Im Uebrigen ist an diese Weigerung kein Nachtheil, insbesondere auch nicht der Nachtheil weiterer Beschränkung in der persönlichen Vertheidigung des Citisdenuncianten geknüpft.“

39. Ist der Stellvertreter einer Partei zur Sache nicht legitimirt, so hat der Richter nicht den von ihm gestellten Antrag zurückzuweisen, sondern ihm die Beschaffung seiner Legitimation aufzugeben.

Die I. Section des L.V.G. hatte das von H. und L. als angeblichen Vormündern der unmündigen Geschwister K. geltend gemachte Relutionsrecht an dem versteigerten Immobil ihres Vaters zurückgewiesen, weil nicht nachgewiesen worden war, daß die Relution waisengerichtlich genehmigt sei. Nachdem in der Appellationsinstanz das betreffende Protokoll des Waisengerichts beigebracht worden war, ließ der Rath durch Querelbescheid vom 4. April 1880, Nr. 2337 die Vormünder zur Relution zu und bemerkte in den Gründen:

„Es fragt sich, ob die Vormünder mit ihrem Revisionsanspruch schon aus dem formellen Grunde zurückzuweisen seien, weil sie es unterlassen haben, bis zum Actenschluß in der Unterinstanz sich zum Proceß zu legitimiren. Allerdings liegt demjenigen, welcher in fremdem Namen vor Gericht auftritt oder handelt, die Verpflichtung ob nachzuweisen, daß er hierzu ermächtigt sei. Allein auch das Gericht soll von vorn herein von jedem, welcher ohne eine Vollmacht, resp. ein Tutorium vorzuweisen, im Namen einer Partei vor Gericht erscheint, verlangen, daß er sich vor allem über die Befugniß zur Stellvertretung ausweise (Wayer, Civilprozeß, §. 122). Wird dagegen aus Versehen doch ein Stellvertreter zu Judicialacten zugelassen, ohne daß seine Legitimation zum Proceß geprüft ist, so folgt doch daraus nicht ipso jure die Rechtsungiltigkeit der bisherigen Verhandlungen (vgl. Rig. Stadtrecht Lib. II Cap. VII §. 6), sondern es erscheint nothwendig, daß der Richter das Versäumte nachhole und den Stellvertreter zur nachträglichen Beschaffung seiner Proceßlegitimation binnen einer bestimmten Frist anweise. Ergiebt sich demnächst, daß dem Stellvertreter die Berechtigung in fremdem Namen vor Gericht zu erscheinen, von vorn herein nicht gemangelt habe, so kann selbstverständlich von einer Abweisung des durch den Stellvertreter zur gerichtlichen Verhandlung gebrachten Anspruches lediglich aus dem erwähnten formellen Grunde nicht die Rede sein.“

Demnächst wird constatirt, daß ausweislich des waisengerichtlichen Protokolles die Vormünder zur Zeit der Stellung des Revisionsantrages dazu autorisirt waren, und sodann fortgefahren:

„Es muß anerkannt werden, daß der Unterrichter bei Fällung des angefochtenen Erkenntnisses von unrichtigen thatsächlichen Prämissen ausgegangen ist, denen er durch die Weisung an die Querulanten, ihr Tutorium beizubringen, hätte entgehen können.“

40. Umfang der Proceßvollmacht.

Aus den Motiven der Resolution vom 16. August 1874, Nr. 5204:

„Aus der . . . Vollmacht . . . ist zu entnehmen, daß G. den M. autorisirt hat, ihn in allen Proceßsachen bei dem Rathe und

dessen Unterbehörden „zu vertreten“. Die Vollmachtsurkunde enthält außerdem noch einige speciell dem Mandatar erteilte Befugnisse, welche jedoch ihrer Fassung nach die vorangestellte allgemeine Proceßvollmacht nicht einzuschränken vermögen. Durch eine derartige allgemeine Proceßvollmacht wird der Mandatar berechtigt, mit Rechtseffect für den Mandanten alle diejenigen Proceßhandlungen vorzunehmen, zu deren Vornahme keine specielle Vollmacht gesetzlich vorgeschrieben ist. Unter diese von jedem allgemein bevollmächtigten Proceßvertreter vorzunehmenden Handlungen gehört nun auch die Befugniß die in den betreffenden Proceßsachen ergangenen Verfügungen und Erkenntnisse anzuhören. Eine an einen so legitimirten Proceßvertreter publicirte Verfügung hat als dem Mandanten selbst gesetzmäßig eröffnet zu gelten.“

41. Der Mangel einer Proceßvollmacht des Stellvertreters einer Partei wird durch die nachträgliche Ratihabition der Proceßführung seitens des letzteren geheilt.

„Supplicant rügt den Mangel einer formellen Legitimation des gegnerischen Advocaten S. zur Proceßführung. Da aber der Gegner des Supplicants bei nachträglicher Bevollmächtigung des Advocaten S. dessen bisherige Maßnahmen für ihn ausdrücklich genehmigt hat, und da eine solche Ratihabition rückwirkend den früheren Mangel einer gerichtlich constatirten Bevollmächtigung hebt (vgl. Art. 2946, 2948, 3113 des III. Theiles des Prov.-Rechts), so kann von einer Nichtigkeit des untergerichtlichen Verfahrens aus diesem Grunde offenbar nicht die Rede sein.“

(Aus den Motiven der Resolution vom 22. April 1877, Nr. 2742.)
Übereinstimmend ist erkannt in der Resolution vom 4. Juni 1871, Nr. 3973 und in dem Bescheide vom 2. Juli 1880, Nr. 4473.

42. Die Proceßvertretung durch andere Personen als recipirte Advocaten ist nur ausnahmsweise nach richterlichem Ermessen zu gestatten.

I. In dem Querelbescheide vom 19. November 1871, Nr. 7762 heißt es:

„Sowohl der Unterrichter als auch Querulant nehmen auf eine am 8. October 1869 sub Nr. 7087 von dem Rath ergangene Resolution Bezug, mittels deren sämmtlichen Untergerichten aufgegeben worden ist, in Gemäßheit der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen zur Vertretung anderer Personen vor Gericht in der Regel nur die beeidigten und angestellten Advocaten zuzulassen, Nichtadvocaten aber nur in denjenigen Fällen, in welchen nach Anleitung der Stadtrechte §. 7 Lib. II Cap. VII die nach pflichtmäßigem Ermessen zu beurtheilenden besonderen persönlichen oder sachlichen Verhältnisse Ausnahme von dieser Regel rechtfertigen. In den Motiven dieser Resolution wird darauf hingewiesen, daß schon in der Procuratoren-Ordnung vom Jahre 1578, gleichwie in den Stadtrechten die Führung streitiger Rechtsfachen den auf Grund nachgewiesener Rechtskenntniß angestellten und vereidigten Advocaten vorbehalten sei, eine Ausnahme von dieser Regel aber in dem Falle für zulässig erklärt werde, wenn es sich um Beitreibung unstreitiger Forderungen und ferner um die Stellvertretung ortsabwesender Personen handelt, in welchen Fällen dann auch andere Personen zur stellvertretenden Betreibung von Rechtsgeschäften vor Gericht zugelassen werden sollen. Diesen speciellen Bestimmungen der Procuratoren-Ordnung ist, wie in den Motiven ferner ausgeführt wird, in den Stadtrechten eine allgemeine Fassung gegeben worden, um dem richterlichen Ermessen in den einzelnen Fällen einen weiteren Spielraum zu lassen; doch kann eine Praxis, welche den proceßführenden Parteien hinsichtlich ihrer Vertretung durch Bevollmächtigte fast völlige Freiheit gewährt, als mit den Gesetzen übereinstimmend nicht anerkannt werden, da die Gerichte bei Zulassung von Nichtadvocaten auf Grund des §. 7 Lib. II Cap. VII der Stadtrechte nur nach Gelegenheit der Person und Sache eine solche Ausnahme gestatten sollen.

Nach dieser für das richterliche Ermessen vorliegenden Richtschnur ist der Richter keineswegs gebunden, die Proceßvertretung durch den Cassirer D. bei jeder streitigen Sache auszuschließen. Bei der unter den Advocaten nur ausnahmsweise anzutreffenden Geneigtheit, sich mit streitigen Bagatellsachen zu befassen liegt es um so mehr im Interesse des Publicums sich in solchen Sachen der Vertretung durch den Cassirer D. zu bedienen, als dadurch der mit der Vertretung durch einen Advocaten verbundene Kostenaufwand

unter Umständen gemindert werden kann. Eben daher muß es sich auch jeder Advocat gefallen lassen, daß in derartigen Bagatellsachen sein Proceßgegner sich des Rechtsbeistandes des Cassirers D. bediene. Die völlige Ausschließung der Proceßvertretung durch letzteren bei allen streitigen Sachen würde zu der ebenso sehr das Interesse, als die Würde des Advocatenstandes schädigenden Nothwendigkeit führen, daß die Advocaten auch zu den unbedeutendsten Streitigkeiten ihren Rechtsbeistand zu leisten hätten, und jedenfalls wäre hierzu ein größeres Maß von Selbstverleugnung erforderlich, als ihnen durch die etwaigen Beziehungen zu dem den Proceßgegner vertretenden Cassirer D. unter Umständen während der Proceßführung abgenöthigt werden könnte. Indeß die Rücksicht, daß eine Sache zu geringfügig ist, als daß eine Geneigtheit zu ihrer Vertretung bei einem Advocaten sich voraussetzen ließe, darf den Richter nicht unbedingt bestimmen, jeden Dritten zur gerichtlichen Vertretung derselben zuzulassen. Es erscheint eine solche Zulassung vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn die Proceßvertretung ohne Aufwand von Rechtskenntnissen und schon durch dasjenige Maß von Bildung und technischer Fertigkeit sich ermöglichen läßt, welches bei der Person des zum Rechtsbeistand gewählten Dritten vorausgesetzt werden kann."

II. „Die Bedeutung des Art. 7 der Stadtrechte Lib. II Cap. VII ist nicht mißzuverstehen. In der Regel soll die Proceßvertretung der Parteien nur den beeidigten rechtsgelehrten Advocaten gestattet sein; Ausnahmen hiervon zuzulassen, ist je nach den Personen und Sachen dem richterlichen Ermessen anheimgegeben. Der bezogene Artikel der Stadtrechte ist hier selbst auch stets in Anwendung gewesen und noch durch eine Resolution vom 8. October 1869, Nr. 7087 hat der Rath den Untergerichten eingeschärft, die Regel zu beobachten und Ausnahmen nur zuzulassen, wo es sich vor Allem um ortsabwesende Vollmachtgeber, um Beitreibung liquider Forderungen, um unstreitige Rechtsgeschäfte handeln würde. Das Vogteigericht war daher im bestem Rechte, wenn es hier, wo nach der Erklärung des Gegners feststand, daß die vom Supplicanten erhobene Klage eine Proceßverhandlung herbeiführen werde, dem nicht zur Zahl der Rathsadvocaten gehörigen dim. Eisenbahnbeamten C. als Vertreter des Supplicanten zurückwies. Wenn Supplicant

sich noch darauf beruft, daß vorliegenden Falls sein Gegner nicht gegen den Mandatar des Supplicanten protestirt habe, so erscheint dieser Einwand vollkommen hinfällig. Die Entscheidung darüber, ob das wichtige Amt der Advocatur von einem dazu befähigten, das erforderliche Vertrauen genießenden Manne auszuüben ist, oder ob ein dem Gericht unbekannter Laie die Vertretung einer Proceßpartei übernehmen darf, diese Entscheidung ist nicht dem Belieben der Parteien unterworfen. Es handelt sich dabei nicht sowohl um privatrechtliche Verhältnisse als um eine Frage des öffentlichen Rechts, der Justizverwaltung."

(Resolution vom 4. August 1878, Nr. 5134.)

43. Das Erscheinen eines recipirten Anwalts im Protokollcitationstermine begründet keine contumacia des Beklagten, auch wenn derselbe im Augenblick keine Vollmacht vorzuweisen im Stande ist.

Ueber diese Frage enthalten die Motive des App.-Erkenntnisses vom 18. Januar 1871, Nr. 329 Folgendes:

„Daß Appellant — der Beklagte — der an ihn ergangenen Citation insoweit Folge gegeben habe, daß er, wenn auch nicht persönlich, so doch durch einen Stellvertreter zu dem anberaumten Termine erschienen war, steht actenmäßig fest und es kann nur die Frage entstehen, ob, wie die gerichtliche Auflage es erforderte, letzterer gehörig unterrichtet und legitimirt war. Was die Gehörigkeit der Instruction betrifft, so ist dieselbe für das Gericht nur dadurch erkennbar, daß die processualischen Handlungen des Stellvertreters der jeweiligen Lage des Processes entsprechen.

Indem der für den Appellanten erschienene Stellvertreter in dem am 29. October stattgehabten Termine um Abschrift von der von dem Appellaten verlautbarten Klage bat und das Gericht um einen Termin zur Abgabe der Erklärung auf dieselbe ersuchte, hat er alles das wahrgenommen, was zuvörderst wahrzunehmen war, weil einestheils zur Abgabe der gehörigen Erklärung eine Einsicht in den Inhalt der ihm bis dahin in ihrer Vollständigkeit noch nicht bekannt gewordenen Klage erforderlich war, anderentheils eine

processualische Verpflichtung zur Verlautbarung der Klagebeantwortung schon in dem Termine vom 29. October bei dem Mangel einer bezüglichen gerichtlichen Verfügung nicht bestand.

Wenn sonach der im Termin erschienene Stellvertreter, soweit erforderlich, also hinreichend instruiert erachtet werden muß, so bedarf es nur noch der Erörterung der Frage, ob der erschienene Stellvertreter für genügend legitimirt zu erachten war. An und für sich hat der zur Ausübung der Rechtspraxis bei dem Gerichte recipirte Advocat, sobald er für eine citirte Partei erscheint, die Vermuthung für sich, daß er von dieser den Auftrag, für ihn bei Gericht zu erscheinen und das Erforderliche wahrzunehmen, erhalten habe, weil einerseits sein Beruf und seine Verpflichtung in solcher Vertretung besteht und für den concreten Fall die Kenntniß desselben, zumal wenn er sich im Besitz der auf ihn bezüglichen Urkunden, z. B. des Citationsprotokolls befindet, für die geschahene Ertheilung des Auftrags an ihn streitet. Es ist daher in der Praxis der städtischen Gerichte angenommen, daß den recipirten Advocaten ein *mandatum praesumptum* zur Seite stehe.

Diese Präsumtion befreit den Advocaten allerdings nicht, sich der Forderung eines gehörigen Nachweises über das ihm ertheilte Mandat zu fügen, es erscheint vielmehr als seine Pflicht, deren Unterlassung mit dem entsprechenden Nachtheile verknüpft ist, solchen Nachweis auf Verlangen der Gegenpartei oder des Gerichts zu liefern. Wenn nun aber auch die Verpflichtung zu solchem Nachweis ohne allen Zweifel besteht und der Mangel derselben die Unwirksamkeit aller als Stellvertreter vorgenommenen Handlungen und die damit verknüpften Folgen nach sich zieht, so fragt es sich, in welchem Moment oder binnen welcher Zeit er solchen Nachweis zu führen verpflichtet sei.

Indem das Untergericht den Advocaten des Appellanten für illegitimirt erachtet hat, hat es angenommen, daß derselbe schon sofort bei seinem Erscheinen eine urkundliche Legitimation vorzustellen hatte und daß ihm daher zu dieser processualischen Handlung jeder andere Termin zu versagen war.

Diese Ansicht ist es aber, welche einer genügenden Begründung entbehrt und daher die daraufhin getroffene Verfügung nicht als rechtsbeständig erscheinen läßt.

Dem einerseits muß jede gerichtliche Auflage so zugemessen

sein, daß der Partei das Befolgen derselben überhaupt möglich ist. In Folge des Gerichtsganges der städtischen Gerichte konnte aber die am 27. October erlassene Verfügung, daß der Citat am 29. entweder persönlich oder durch einen gehörig legitimirten Bevollmächtigten zu erscheinen habe, erst in den Geschäftsstunden des folgenden Tages schriftlich ausgefertigt und folglich frühestens erst am Nachmittage dieses Tages dem Citirten, wenn es dem Gerichtsboten gelang ihn in dieser Zeit anzutreffen, insinuirt werden.

Für den Act der Auftragserteilung, der Ausfertigung der schriftlichen Vollmachtsurkunde und der Attestation und Corroboration derselben blieb ihm daher nur die Zeit von den Abendstunden bis zu dem auf die Mittagsstunden einfallenden Anfang der Gerichtshegung am folgenden Tage. Ob es nun aber in dieser Zeit überhaupt möglich war alles das zu vollenden, was voraus geschehen mußte, um die schriftliche Vollmacht in dem anberaumten Gerichtstermine schon beizubringen, muß wenigstens als zweifelhaft angesehen werden, da dazu die Mitwirkung von Gerichtsinstanzen nöthig ist, deren Gerichtseröffnung und deren Beschleunigung des vorgebrachten Anverlangens durchaus nicht lediglich von dem Willen und dem Einfluß des Impetranten abhängt. Gebot nun schon diese Rücksicht auf die Ausführbarkeit der gewordenen gerichtlichen Auflage, dem erschienenen Advokaten eine Zeit für die Einbringung des schriftlichen Beweises der von ihm behaupteten und nach der Präsumtion auch wahrscheinlichen Auftragserteilung zu gewähren, so tritt noch hinzu, daß auch die Stadtrechte Lib. II Cap. VII §. 6 sich geradezu für eine solche Gewährung aussprechen. Denn nach dieser Gesetzesstelle soll derjenige, dem ein präsumtives Mandat zur Seite steht, auch wenn er den Nachweis der erteilten Vollmacht nicht sofort darzuthun vermag, doch zur Vertretung zugelassen werden, so er versichert, eine gehörige Vollmacht in bestimmter Zeit und zwischen weiterer Handlung beizubringen, und eben dasselbe soll auch von einem Anwalte gelten, dessen Mandat unvollkommen und zweifelhaft ist.

Hieraus ergibt sich denn, daß dem für die Partei erschienenen Advokaten zur Beibringung der erforderlichen Vollmacht eine Frist zu gewähren ist, welche nach dieser Bestimmung des Stadtrechts so zu bestimmen ist, daß sie von der nächsten auf den Proceß selbst sich beziehenden Handlung ab zu laufen hat, womit zugleich die Be-

stimmung gegeben ist, daß vor Erledigung dieses Legitimationspunktes der Proceß selbst einen weiteren Fortgang nicht erhält.

Nur in dem Falle, wenn in dieser richterlich anberaumten peremptorischen Frist der für die citirte Partei erschienene Advocat eine Vollmachtsurkunde nicht beigebracht haben wird, wird sein auf die Protokollcitation für die Partei stattgehabtes Erscheinen als ein illegitimirtes angesehen und, da in solchem Falle die Partei rechtlich gar nicht vertreten gewesen ist, dieselbe als *contumax* angesehen und die für solchen Fall erlassene Androhung verwirklicht werden müssen.“

44. Der Commis ist zur Proceßführung für den Principal ohne besondere Vollmacht nicht legitimirt.

M. hatte sich als Commis des Beklagten auf die wider letzteren unter seiner Firma erhobene Klage eingelassen. Nach erfolgter Verurtheilung focht der Beklagte das Urtheil des Wettgerichts als nichtig an, weil M. zu seiner Vertretung nicht ermächtigt gewesen sei, und es wurde dasselbe durch Resolution vom 13. April 1879, Nr. 2697 als nichtig aufgehoben bei dem Bemerken:

„M. ist in den wettgerichtlichen Protokollen keineswegs als Procurant, sondern nur als bevollmächtigter Commis bzw. als Verwalter des beklagten Comptoirs bezeichnet worden. Der Verwalter eines Handelsgeschäfts hat aber ebensowenig, wie der bevollmächtigte Commis ohne weiteres die Befugniß, den Principal vor Gericht in einer Proceßsache zu vertreten.“

45. Caution für Schäden, Kosten und Widerklage.

Kläger, welchem vom Beklagten die Einrede mangelnder Caution für Schäden, Kosten und Widerklage opponirt worden war, berief sich darauf, daß er als Bauer nach hiesigem Gerichtsgebrauch diese Caution nicht zu leisten habe.

Der Beklagte wurde durch Protokollverfügen des Wettgerichts vom 12. Februar 1876 auf Grund constanten Gerichtsgebrauchs und durch den Querelbescheid des Raths vom 14. April 1876, Nr. 2410

— hier jedoch mit folgender Motivirung — mit seinem Cautionsverlangen abgewiesen:

„Es ist zwar richtig, daß der persönliche Stand irgend eines Klägers denselben nicht von der Leistung der Caution für Schäden, Kosten und Widerklage zu befreien vermag. Wohl aber ist ein solcher Befreiungsgrund in der Gattung oder in dem Wesen einzelner Klagesachen zu finden. Denn nach Lib. II Cap. VIII Art. 1 hat der Kläger auf des Beklagten Verlangen den Vorstand überhaupt nur dann zu leisten: „wenn die Sache es erfordert“.

Demzufolge hat in jedem einzelnen Fall, wo zwischen den Parteien eine Meinungsverschiedenheit obwaltet, ob ein derartiger Cautionsanspruch begründet ist oder nicht, der Richter nothwendig zu prüfen, ob der Sache nach eine Cautionsleistung erforderlich ist. Beklagter hat, als er in erster Instanz mit seinem Cautionsverlangen hervortrat, dem Richter nicht das mindeste Material zu solcher Prüfung geboten, denn er hat sich auf die nackte Vorbringung seines Verlangens beschränkt. Auch in dieser Instanz hat Beklagter zur Unterstützung seines Begehrens mehr nicht herauszufinden vermocht, als daß der Kläger nicht in Riga wohnhaft sei und er wider denselben eine Gegenklage habe. Diese beiden Thatfachen genügen aber keineswegs in allen Fällen zur Begründung einer Cautionspflichtigkeit des Klägers. Der Wohnort des Klägers kann allerdings auch in solchen Sachen, in denen eine Cautionsleistung sonst nicht geboten wäre, Anlaß geben nichtsdestoweniger eine Cautionspflichtigkeit des Klägers anzuerkennen, jedoch nur dann, wenn vorausgesetzt werden darf, daß die Beitreibung von Proceßkosten, zu deren Ersatz der Kläger verurtheilt werden könnte, für den Beklagten mit Weitläufigkeiten oder Schwierigkeiten verbunden sein dürfte. Eine solche Voraussetzung trifft bei einem livländischen also in dem Gouvernement des Klageorts wohnhaften Gesindeswirth nicht zu. Das bloße Vorgeben einer Gegenklage, ohne daß diese näher bezeichnet und dem Richter die Möglichkeit gegeben wird zu beurtheilen, ob auch wirklich für eine Widerklage einiger Grund vorhanden sei, ist aber vollends ungeeignet, dem Kläger eine Last aufzubürden, zu deren Tragung er an sich keineswegs schon aus dem Grunde verbunden ist, weil er zu einer Klage geschritten.“

46. Zur Ableitung des Cautionseides ist auch die das Armenrecht genießende Partei verpflichtet.

„Es kann nicht als richtig anerkannt werden, daß — wie das angefochtene Protokollverfügen der I. Section des L.V.G. anführt — der Armeneid mit dem Cautionseid zusammenfalle. Beide Eide sind im Gegentheil durchaus verschiedener Natur und dienen verschiedenen Zwecken. Der Armeneid ist ein ausschließlich assertorischer, der Cautionseid ein wesentlich promissorischer Eid. Der Armeneid stellt einzig die Vermögenslosigkeit des Schwörenden und seine Unfähigkeit zur Zahlung der ihm zur Last fallenden Proceßkosten fest und die Leistung dieses Eides hat einzig zur Folge, daß dem, welcher ihn geleistet hat, das *beneficium annotationis sportularum* ertheilt wird, welches ihn von der Zahlung der ihm zur Last fallenden Proceßkosten bis dahin entbindet, daß er zu einer besseren Vermögenslage gelangt sein wird. Der Cautionseid wird dagegen erst dann zulässig, wenn die Mittellosigkeit des Schwörenden und dessen daher erwachsende Unfähigkeit zur Bestellung voller Caution bereits feststeht. An diesem Wesen der juratorischen Sicherheitsleistung wird auch dadurch nichts geändert, daß ihr häufig unmittelbar in demselben Eidesatz der Armuthsschwur vorausgeht. Der Zweck der von dem Kläger für Schäden und Kosten sowie, wenn es verlangt wird, auch für die Widerklage zu leistenden Caution geht aber dahin, daß der Kläger, soweit es in seinen Kräften steht, etwanige Schäden und Kosten dem Beklagten ersetzen und auf eine etwanige Widerklage des Beklagten vor demselben foro ihm Rede und Antwort stehen werde. Mit dieser Caution leistet also der Kläger, wenn ihm andere Sicherheitsleistungsmittel nicht zu Gebote stehen, ein eidliches Versprechen, von welchem der bloße Armeneid nicht das Mindeste enthält. Wegen der geschehenen Ausschwörung des Armeneides kann daher der Kläger von der Leistung juratorischer Caution nicht entbunden werden.“

(Querelbescheid vom 16. September 1877, Nr. 6318).

Ebenso wurde erkannt in der Resolution vom 1. September 1878, Nr. 5796.

47. Die Bestellung einer Arrestcaution schließt die Einrede der fehlenden Caution für die Proceßkosten nicht aus.

„Was die Einrede der fehlenden Proceßcaution anlangt, so kann der vom Unterrichter ausgesprochenen Ansicht, daß die bei Erwirkung eines Beschlages behufs Sicherstellung des durch die Hauptklage zu verfolgenden Anspruches vom Kläger bestellte Arrestcaution regelmäßig auch als Caution für die durch die Hauptklage etwa dem Beklagten entstehenden Kosten und Schäden zu gelten habe, nicht beigepröchtigt werden. Vielmehr ist als Regel festzuhalten, daß die Hauptklage in processualischer Hinsicht so zu behandeln ist, als wäre sie selbständig, ohne Rücksicht auf ein vorgängiges Arrestgesuch angestellt worden (vgl. Bayer, summar. Prozesse §. 34). Hieraus folgt, daß durch die Bestellung einer Arrestcaution, welche regelmäßig ohne Hinzuziehung des Beklagten erfolgt, die Einrede der fehlenden Proceßcaution, die der Hauptklage entgegengestellt wird, nicht ausgeschlossen ist. Handelt es sich speciell um einen Realarrest, so hat die Arrestcaution auch nur die Bestimmung, den Beklagten wegen der ihm etwa durch widerrechtliche Vorenthaltung des Arrestobject's verursachten Schäden sicherzustellen, während die cautio pro expensis (der f. g. Kostenvorstand im Sinne der Rtg. Stadtrechte Lib. II Cap. VIII §. 1) nur die Sicherstellung des Beklagten wegen der ihm durch die Hauptklage erwachsenden Proceßkosten bezweckt. Es sprechen mithin sowohl formelle als materielle Gründe gegen die Rechtsanschauung, als sei mit der Arrestcaution schon die cautio pro expensis bestellt worden.

Das Stadtrecht a. a. O. verpflichtet zwar den Kläger nicht unbedingt, sobald nur Beklagter die Einrede erhebt, sondern nur dann zur Bestellung des Vorstandes, wenn die Sache es erfordert, und es ist der Fall wohl denkbar, daß die Arrestcaution in so hohem Betrage bestellt wurde, daß der Beklagte dadurch nicht nur wegen der ihm durch die Vorenthaltung des Arrestobject's entstehenden Schäden, sondern auch wegen der ihm durch den Hauptproceß verursachten Kosten sichergestellt erscheint. In solchem Falle würde die ursprüngliche Zweckbestimmung der Caution nach der citirten Stelle des Stadtrechts eine Erweiterung erfahren können. Allein daß die Voraussetzungen hierfür im Fragefalle vorliegen, ist klägerischerseits nicht nachgewiesen worden.“

(Aus den Motiven des App.-Erf. vom 14. März 1880, Nr. 1803.)

48. Bedeutung der Erklärung „eventuell“ für den Kläger die Caution für die Proceßkosten übernehmen zu wollen.

M. hatte gelegentlich der Klageanstellung seitens des L. wider G. erklärt, er wolle „eventuell“ für die Kosten und Schäden Bürgschaft leisten, worauf G. sich auf die Klage eingelassen hatte, ohne die Cautionseinrede zu erheben oder die Caution zu acceptiren. Nachdem die Klage des L. abgewiesen und er in die Kosten verurtheilt worden war, beanspruchte G. nunmehr von M. den Ersatz dieser Kosten, wurde aber mit diesem Ansprüche durch Appellations-Erkenntniß vom 14. März 1880, Nr. 1802, aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Wenn Jemand erklärt, er wolle eine Caution nur „eventuell“ leisten, so darf im Zweifel auch nur angenommen werden, daß er wirklich eine noch ungewisse Eventualität als die Bedingung der Cautionleistung ansieht, weil sonst das Wort „eventuell“ müßig wäre (vgl. Art. 3093 und 3098 des P.R. Th. III). Wollte man nun die Auslegung des Klägers adoptiren, derzufolge die in Aussicht genommene Eventualität in der künftigen Verurtheilung des L. zum Kostenersatz zu finden ist, so würde das Wort „eventuell“ seine Bedeutung ganz verlieren. Denn die Bürgschaft setzt nach Art. 4507 a. a. D. begrifflich eine Hauptschuld voraus, eine Bürgschaft für künftigen Kostenersatz erfordert also nothwendig zu ihrer rechtlichen Existenz eine Verurtheilung desjenigen, für den sie geleistet wurde, zu solchem Ersatze. Der Eintritt dieser Verurtheilung ist also eine *conditio juris* im Sinne des Art. 3152 a. a. D. und eine solche ist wirkungslos, indem die betreffende Willenserklärung sofort als unbedingte gilt. Da aber das gebrauchte Wort „eventuell“ im Zweifel nicht als bedeutungslos aufgefaßt werden darf, so kann man auch der vom Kläger befürworteten Auslegung nicht Raum geben. Dagegen bringt die Auslegung des Beklagten einen sehr guten Sinn in die von ihm abgegebene Erklärung, nämlich den, daß er nicht schlechthin, sondern nur für den Fall die Proceßcaution habe übernehmen wollen, daß die Verpflichtung zu einer solchen, die ja nach Lib. II Cap. VIII §. 1 der Stadtrechte nicht ohne weiteres sich von selbst versteht, für L. eintreten würde. Eine solche Verpflichtung ist aber nicht eingetreten, weil der Beklagte G. vor der Einlassung die Cautionseinrede nicht vorgeführt, sondern sich ohne

eine solche auf die Klage eingelassen hat. Eine Verurtheilung des Beklagten kann daher auf Grund des actenmäßigen Sachverhaltes um so weniger erfolgen, als Beklagter auch die angebotene Caution nicht acceptirt hat, der Bürgschaftsvertrag also in jedem Falle nicht zu Stande gekommen ist (Art. 3106 und 3276 a. a. D.)."

49. Cautionspflicht des Widerklägers bezw. Nachklägers. Rechtsfolgen der Cautionsverweigerung.

„Die Vorinstanz ist zur Abweisung der Cautionsseinrede durch die Annahme veranlaßt worden, daß die jetzt erhobene Klage eine Widerklage sei und gegen eine solche die Cautionsseinrede nicht stattfinde. Die erste Voraussetzung ist allerdings richtig, da Klägerin den Ersatz der ihr durch die Arrestlegung im Vorprocesse erwachsenen Schäden fordert und der Ersatzanspruch wegen unrechtfertigen Arrestes nach Lib. II Cap. XV §. 4 der Stadtrechte durch Nachklage verfolgt wird (vgl. Schmid, Handbuch I, S. 116, Bayer, summar. Proc. §. 29 a. G.). Dagegen ist hinsichtlich der Cautionspflicht der Widerkläger im allgemeinen denselben Verpflichtungen unterworfen, wie der Kläger (Weßell, System §. 30 nach Note 66. Schmid, a. a. D. I, S. 213 Note 17) und erscheint daher Klägerin deshalb, weil ihre Klage sich als Widerklage qualificirt, von der Cautionspflicht überhaupt und insbesondere von der Proceßcaution nicht befreit.

Dagegen kann sie zu einer Caution für eine etwaige Widerklage deshalb nicht genöthigt werden, weil nach der richtigen Ansicht eine reconventio reconventionis regelmäßig nicht stattfindet (Renaud, Civilproceß §. 61 Note 14. Weßell, a. a. D. §. 63 Note 91. Schmid, a. a. D. II, §. 102 S. 70) und die davon stattfindende einzige Ausnahme, daß nämlich beide Klagen aus demselben Geschäft herühren, weder behauptet noch vorhanden ist.

Was die Commination anbelangt, welche für den Fall der Cautionsverweigerung durch Klägerin einzutreten hat, so kann diese in nichts weiterem bestehen, als daß Beklagte zur Einlassung auf die Klage bis zur Erledigung des Cautionspunktes nicht verpflichtet, also dem Proceße kein weiterer Fortgang zu geben ist (Renaud, a. a. D. §. 51 Note 15.).“ (Querelbescheid vom 22. April 1881. Nr. 2686.)

50. Betrag der Cautio für Schäden und Kosten.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 30. Januar 1874, Nr. 732, ist hier hervorzuheben:

„Die Größe der Cautio (für Schäden und Kosten) ist ... in jedem Fall, wo die Parteien über deren Betrag sich nicht sofort einigen, ohne den Zulaß weitläufiger Verhandlungen darüber, vom Richter nach seinem Ermessen bestimmen. Gewöhnlich pflegt dem Gerichtsgebrauch zufolge dieser Betrag nicht über die Summe von 100 Rbl., unter dem Vorbehalt weiterer Nachforderung im Fall eintretenden Bedürfnisses, bemessen zu werden. Ob in der Voraussicht eines längeren und mit größeren Kosten verbundenen Processes diese Summe in concreto zu steigern wäre, ist, wenn auch Querulant die Festsetzung derselben durch den Oberrichter eventuell gebeten und Querulat dawider Nichts eingewendet hat, nichtsdestoweniger dem Untergericht zu überlassen, da widrigenfalls oberrichterlich in die unterrichterliche Machtsphäre eingegriffen werden würde.“

51. Die Cautio pro reconventionione ist nur de iudicio sisti zu leisten.

Die Motive des Querelbescheides vom 30. November 1873, Nr. 8960 enthalten über die rechtliche Natur der cautio pro reconventionione Folgendes:

„Ist es allerdings auch einigermaßen controvers, ob die cautio pro reconventionione nur als eine cautio de iudicio sisti oder zugleich als eine cautio iudicatum solvi zu betrachten ist, so huldigt doch keineswegs ... die größere, sondern, wie insbesondere die zu dieser Frage im Matthiaeschen Controversenlexikon Th. 3 S. 149 angegebene Literatur ausweist, die fast verschwindend kleinere Zahl der gemeinrechtlichen Processualisten der ... letzteren ... Rechtsanschauung. Ist nun aber an sich schon die ... untergerichtliche Auffassung von der rechtlichen Natur dieser Proceßcaution die weit überwiegend mehr verbreitete und hat dieser insbesondere auch die gemeinrechtliche Praxis sich angeschlossen (vgl. Seuffert, Archiv Bd. I. Nr. 111), so sind die einzelnen für das Gegentheil laut gewordenen Stimmen fast regelmäßig bei der Aufstellung ihrer Ansicht ... von einer nach den Grundsätzen des gemeinen Proceßrechts simultanen Verhandlung

der Widerklage mit der Principalklage ausgegangen, während nach den von den Rigaschen Statuten adoptirten Grundsätzen des älteren sächsischen Proceßrechts die Verhandlung der Widerklage in ein bei Weitem späteres, allerst nach der Erledigung der Principalsache eintretendes Stadium verwiesen, oder m. a. W. zwischen einer Vorklage und einer Nachklage unterschieden wird. Damit ist aber für die Beurtheilung der *cautio pro reconventione* eine wesentlich andere Grundlage gegeben. Denn es liegt wohl auf der Hand, daß bei einer derartigen vollständigen Trennung beider Klagen und bei der gesetzlichen Unstatthaftigkeit einer gleichzeitigen Verhandlung der Gegenklage mit der Principalklage füglich nicht schon im Vorproceß eine Sicherheit für die künftige Erfüllung auch dessen verlangt werden darf, was der Widerbeklagte in Anlaß einer vorläufig bloß angemeldeten, an sich aber noch ganz in der Luft schwebenden, möglicher Weise gar nicht zur wirklichen Entstehung gelangenden, jedenfalls jeder richterlichen Beprüfung selbst und in Betreff ihrer Substantiirung und Schlüssigkeit entzogenen Nachklage in fern abliegender Zeit vielleicht zu leisten verbunden werden könnte. — Denn eine Proceßcaution, wofern sie verlangt wird, ist stets nur eine Folge, nicht, wie eintretender Arrest, eine Vorläuferin angestellter Klage, der Beklagte hat also stets dafür, daß er, was gegen ihn erkannt würde, leisten werde, nicht früher zu caviren, als bis die Klage eingebracht (Rig. Stadtrechte Lib. II Cap. VIII Art. 2) und demgemäß denn auch der Widerbeklagte nicht früher, als bis die Widerklage wirklich erhoben worden ist. Das... Verlangen, daß schon jetzt, noch ehe eine Widerklage wider die Querulanten (Kläger) im Gange ist, letztere zu einer Cautionsleistung für die Erfüllung dessen angehalten werden sollen, was etwa künftig Gegenstand einer Widerklage sein dürfte, wäre nur dann gerechtfertigt, wenn überhaupt jeder, der mit einer Klage allerst droht, ohne weiteres von dem Bedrohten Sicherheit für die Leistung dessen fordern dürfte, womit ihm eben zu drohen beliebt. Es muß demnach... anerkannt werden, daß mindestens überall da, wo die Widerklage allerst nach Erledigung der Principalklage zur Entstehung gelangen darf, die *cautio pro reconventione*, weil eben die *reconventio* noch nicht nata ist, keinen anderen Sinn und Zweck haben darf, als einzig den der Gewinnung einer Sicherheit dafür, daß der sonst für seine Person einem anderen Gerichtsstand unterworfenen Kläger gleichwohl vor

dem Gerichtsstand des von ihm Beklagten auf des letzteren Widerklage sich einlassen werde.“

52. Cautio für die Einlassung auf die Widerklage durch Ertheilung einer unwiderruflichen Vollmacht an den Sachwalter.

In einer Klagesache einer ausländischen Handlungsfirma gegen eine hiesige war von der beklagten die cautio pro reconventione verlangt und seitens der Klägerin geleistet worden. Der über die Zulänglichkeit der geleisteten Cautio erkennende Bescheid des Vogteigerichts vom 13. September 1873, Nr. 108 wies zugleich den Mandatar (H.) der Klägerin an „in Ansehung der Verpflichtung der Kläger zur Einlassung auf die Widerklage bei dem Vogteigericht sich durch Beibringung einer darauf bezüglichen Specialvollmacht Allem vorgängig zu legitimiren.“

Der Querelbescheid des Raths vom 30. November 1873, Nr. 8960 bestätigte den untergerichtlichen Bescheid, „wiewohl mit dem Hinzufügen . . . daß, neben der dem Hrn. Advocaten H. aufgegebenen Beibringung einer ihn zur Vertheidigung auf die etwa wider die Kläger von den Beklagten anzustellenden Widerklage legitimirenden Vollmacht, der Herr Advocat H. gleichzeitig auf ein seinerseitiges Wiederaufgeben dieser Vollmacht, die Kläger selber aber auf einen ihrerseitigen Widerruf dieser Vollmacht und Vollmachtgeber wie Bevollmächtigter auf eine Lösung des Vollmachtsvertrags in Folge gegenseitiger Übereinkunft in bündiger Weise Verzicht zu leisten haben.“ Dieses Verfügungen wird in den oberrichterlichen Entscheidungsgründen wie folgt motivirt:

„Es wirft sich . . . die Frage auf, ob in der vom Untergericht angeordneten Maßregel, daß der Hr. Advocat H. eine ihn zur Vertheidigung der Kläger auf die von den Beklagten künftig zu erhebende Widerklage legitimirende Specialvollmacht beibringe, an sich allein schon diejenige Sicherheit liegt, welche Beklagte dafür zu verlangen berechtigt ist, daß die Widerzubeklagenden nicht nur auf die Widerklage Rede und Antwort stehen, sondern auch, wie die Stadtrechte sich ausdrücken, bis zu Ende des Gerichtsstandes verharren und nicht austreten werden. Zu diesem Zweck erscheint allerdings die vom Untergericht getroffene Anordnung nicht genug-

sam erschöpfend. Da nach dem Art. 4403 Ch. III des P.R. ein Vollmachtsvertrag sowohl in Folge gegenseitiger Übereinkunft, als auch durch Widerruf von Seiten des Mandanten wie durch Kündigung von Seiten des Mandatars jederzeit zu erlöschen vermag, so erscheint die Beklagte, da sie befugt ist von den Klägern cautionem de iudicio sisti in Betreff der künftig zu verhandelnden Widerklage zu verlangen, ebenso befugt zu verlangen, daß dieselben falls die erwähnten Erlöschungsgründe eines Vollmachtsvertrages außer Wirksamkeit gesetzt werden, weil sie sonst mit der bloßen Bevollmächtigung des Hrn. Advocaten H. die Sicherheit nicht gewonnen haben würde, daß die Widerklage auch wirklich dort zum Austrage gelange, wo sie dieselbe zum Austrag gebracht zu sehen beanspruchen darf.“

53. Die Cautio pro reconventione fällt weg, wenn der Widerbeklagte ohnehin seinen Gerichtsstand bei dem Proceßgericht hat.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 30. Januar 1874, Nr. 732:

„Beklagter fordert eine Cautio für Schäden, Kosten und Widerklage und beziffert deren Betrag mit Rücksicht auf die Höhe seiner durch Widerklage zur Geltung zu bringenden Gegenforderung auf mindestens 10,000 Rbl. Beklagter ist indeß in offenbarem Rechtsirrtum befangen, wenn er zu einer Cautio für die Widerklage überhaupt und zu deren Berechnung nach dem Forderungsbetrag der Widerklage sich befugt erachtet. Die cautio pro reconventione ist niemals eine cautio iudicatum solvi, sondern vielmehr einzig eine cautio de iudicio sisti, sie hat demnach mit der Höhe des Forderungsbetrages der Widerklage nichts zu schaffen, sie ist aber auch fernerhin von dem Widerzubeklagenden überhaupt nur dann zu leisten, wenn das forum reconventionis eben ein anderes ist, als das seines ordentlichen allgemeinen oder speciellen Gerichtsstandes. Die letztere Voraussetzung trifft dieses Falls nicht zu. Die Widerklage, welche der Beklagte aus dem von ihm mit dem Kläger abgeschlossenen Handelsgesellschaftscontract wider den letzteren zu erheben angeblich beabsichtigt, würde er ohnehin bei dem hiesigen Wettgericht, also bei demselben Gericht, welches

die Vorklage schon verhandelt, anzustellen haben, auch wenn die Widerklage keine solche, sondern eine von einem Vorproceß ganz unabhängige selbständige Klage wäre. Eine Sicherheitsleistung für die Erfüllung dessen, wozu unter allen Umständen der Widerzubellagende an sich schon verbunden ist, kann aber selbstredend Beklagter nicht verlangen.

Die nichtsdestoweniger verlangte Cautio für die Widerklage ist demnach eine von vornherein verwerfliche, da diese Cautio ihrem rechtlichen Wesen nach nicht über die Grenze einer bloßen cautio de iudicio sisti hinausgeht, die Sicherheit, daß der Widerzubellagende der Gerichtsbarkeit des hiesigen Wettgerichts bei einer wider ihn aus einem Handelsgesellschaftsvertrag anhängig zu machenden Klage sich nicht entziehen werde, aber einfach schon darin liegt, daß das Wettgericht ohnehin dasjenige Gericht ist, vor welchem der Widerzubellagende in Handelsfachen jedem Kläger gegenüber Rede und Antwort zu stehen hat."

54. Cautio de iudicio sisti et iudicatum solvi darf nicht von jedem Unbefähigten und nie vor Aufstellung der Klage gefordert werden.

Der Kaufmann S. hatte gegen den Ingenieur S. vor dem Vogteigerichte auf Constituirung eines vertragsmäßig verabredeten Schiedsgerichtes geklagt. Bevor Beklagter seine Erklärung verlaublich hatte, stellte Kläger den Antrag den Beklagten zur Bestellung einer cautio de iudicio sisti et iudicatum solvi bezüglich des vor dem Schiedsgerichte zu verhandelnden Proceßes anzuweisen. Das Vogteigericht willfahrte dem klägerischen Antrage. Beklagter appellirte gegen solche Entscheidung an den Rath, welcher mittels Querelbescheides vom 11. Juli, Nr. 5254 das untergerichtliche Erkenntniß aufhob und seine Entscheidung unter Anderem wie folgt motivirte:

„Impetrant hat in der Unter- wie Oberinstanz geltend zu machen gesucht, und auch der Unterrichter hat, wie es scheinen will, der Rechtsmeinung sich angeschlossen, daß nach den Riga'schen Stadtrechten Lib. II Cap. VIII §. 2 in jedem Falle auf Verlangen des Klägers der Beklagte zur Bestellung einer cautio de iudicio sisti

et iudicatum solvi gerichtlich genöthigt werden könne, sobald der Beklagte nicht in der Stadt Botmäßigkeit liegende Gründe hat, und daß in dieser Beziehung das Riga'sche Stadtrecht von dem gemeinen Rechte abweiche, welches letztere bekanntlich eine derartige Sicherstellungsforderung nur ausnahmsweise und insbesondere nur dann zuläßt, wenn die drohende Gefahr bescheinigt worden, daß der Beklagte dem Zwang der ihm obliegenden Rechtsvertheidigung oder der Erfüllung des etwa Aberkannten sich zu entziehen wissen werde. Dem bezogenen §. der Stadtrechte kann indeß die ihm vom Impetranten und dem ersten Richter beigemessene Ausdehnung füglich wohl kaum gegeben werden, da Beklagter nur in den Fällen (die Stadtrechte sagen: „Gleichergestalt“) eine cautio de iud. sisti et iud. solvi zu leisten verbunden sein soll, in denen Kläger auf Begehren eine cautio pro damnis et expensis et pro reconventione zu bestellen verbunden sein würde, diese Fälle aber ausdrücklich dahin beschränkt sind: „wenn die Sache es erfordert“. Hiernach dürfte eine eigentliche Abweichung des hiesigen Stadtrechts von dem gemeinen Recht, wie eine solche überhaupt im proceßrechtlichen Theil der Riga'schen Statuten kaum zu finden ist, auch in Rücksicht der gewöhnlichen Proceßcautionen nicht zu statuiren sein. . . .

Der impetrantische Anspruch, soweit er bisher verlaublich worden, beschränkt sich auf die Zusammensetzung eines Schiedsgerichts, welches über eine angebliche Forderung des Impetranten an den Impetraten entscheiden soll. Das wegen Zusammensetzung dieses Schiedsgerichts eingeleitete Verfahren, welches einzig den Zweck hat, die Möglichkeit künftiger Klageerhebung anzubahnen, ist seiner Natur und seinem Wesen nach ein Präjudicial- oder präparatorisches Verfahren. Die Klage selbst, mittelst deren die impetrantische Forderung künftig allererst geltend gemacht werden soll, ist überhaupt noch gar nicht erhoben worden. Da nun diejenigen Rechte und Pflichten, über welche im präparatorischen Proceß gestritten wird, bekanntlich ihren eigenthümlichen, objectiven und in sich abgeschlossenen Charakter behalten, wenn sie immerhin auch vielleicht künftig in Verbindung mit der Hauptsache treten (vgl. l. 33 Dig. ad leg. Jul. de adult. 48, 5; l. 23 Dig. ad leg. Cornel. de fals 48, 10; l. 1 Cod. quando civil. actio crimin. praejud. 9, 31), so konnte und durfte der Unterrichter den Impetraten zu einer Caution durch Bürgschaft oder Pfand, falls das Verlangen nach einer solchen sonst berechtigt

war, doch jedenfalls nicht weiter verpflichten, als einzig nach Maßgabe des petitum des Präjudicialantrages, oder mit andern Worten er konnte und durfte die Cautionspflicht nicht weiter ausdehnen, als auf die bisher impetrantischerseits einzig beantragte Namhaftmachung eines Schiedsrichters von Seiten des Impetraten und die Unterzeichnung des annoch vorzustellenden Compromisses durch ihn, keineswegs aber, wie geschehen, auf die Führung eines noch gar nicht begonnenen Hauptprocesses und auf die Erfüllung dessen, was in diesem Hauptproceß etwa künftig entschieden werden würde. Es war das zugleich um so weniger zulässig, als die in Rede stehende Caution wohl in Verbindung mit der Klage, aus deren Grund sie verlangt wird, nicht aber wie hier schon vor erhobener Klage und also in den Wind hinein gefordert werden darf (l. 64 §. 1 Dig. de iud. et ubi V, 1; l. 13 §. 1 Dig. iud. solv. 46, 7.) und als andererseits diese Caution überhaupt nur vor dem Gericht, vor welchem sie geleistet worden, nicht aber vor einem andern, wie hier vor dem noch nicht einmal bestehenden ungewissen Schiedsgerichte, rechtliche Geltung hat (l. 3. pr., l. 20 Dig. iud. solv. 46, 7.).“

55. Die cautio iudicatum solvi kann vom Kläger in jedem Proceßstadium gefordert werden, sobald hinreichender Grund dafür vorliegt.

„Der Einwand des Beklagten, daß die Forderung einer Caution für Erfüllung des Urtheils verspätet sei, weil sie vor der Einlassung auf die Klage zu erheben gewesen, ist von dem Unterrichter widerlegt und vom Querulanten dawider in dieser Instanz nichts Rechtliches vorgebracht worden. Und in der That kann die Leistung dieser Caution in jedem Stadium des Processes, selbst in der Oberinstanz gefordert und auferlegt werden, sobald sich ein Grund dazu ergibt (Bayer, 10. Aufl. S. 97, Glück, Commentar, Band III S. 386). Ein solcher Grund liegt aber hier darin vor, daß die beklagte Handlung C. & Co. hier zu existiren aufgehört hat, mithin auch hier Vermögensgegenstände derselben, aus welchen der Kläger seine eventuelle Befriedigung suchen könnte, nicht weiter vorhanden sein werden, der Chef der ehemaligen Handlung C. & Co. aber sein Domicil in London hat und unter dem hiesigen Gerichte nicht angefaßen ist, was die Verwirklichung eines künftigen condemna-

torischen Urtheils schwierig und zweifelhaft machen kann. Es muß beklagter Chef der ehemaligen Handlung G. & Co. daher umsomehr zur Leistung der cautio iudicatum solvi verpflichtet werden, als die Rtg. Stadtrechte Lib. II Cap. VIII §. 2 ganz allgemein vorschreiben, daß auf Verlangen des Klägers der Beklagte caviren muß, daß er das, was erkannt zahlen wolle, und von solcher Caution im §. 3 ibid. nur diejenigen befreit sind, welche in dieser Stadt Botmäßigkeit liegende Gründe haben.“

(Aus den Motiven des den wettgerichtlichen Bescheid vom 25. Januar 1877, Nr. 42 bestätigenden Querelbescheides vom 2. August 1878, Nr. 5087).

56. Voraussetzungen und Bestellungsart der cautio iudicatum solvi.

Die Handlung G. & Co. hatte wegen einer angeblichen Forderung an den in Newcastle wohnhaften Kaufmann S. im Betrage von 1300 Rubel einen Personalarrest gegen S. erwirkt. S. bestellte darauf eine cautio de iudicio sisti und beantragte im Justificationstermin Hebung des Beschlages. Die I. Section des L.V.G. erkannte jedoch gemäß dem Antrage der Klägerin dahin, daß der Beschlagnahme bis zur Bestellung einer cautio iudicatum solvi in der Höhe der Klagesumme aufrecht zu erhalten sei. Auf die dawider vom Beklagten S. erhobene Querel wurde in dem Querelbescheide vom 19. December 1880, Nr. 8281 ausgesprochen:

„Die Stadtrechte Lib. II Cap. VIII stellen es in das Ermessen des verhandelnden Gerichts zu bestimmen, ob und wann der so bezeichnete Vorstand gefordert werden dürfe. Bezüglich des Beklagten heißt es im Punkt 2, derselbe solle caviren, „daß er bis zum Ende des Gerichtsstandes verharren und nicht austreten und was erkannt, zahlen wolle“. Impetrat hat zwar dem erstgedachten Erforderniß genügt, dem zweiten dagegen in keiner Weise Rechnung getragen . . . Die Gefahr einer künftigen Vereitelung des klägerischen Anspruchs unerachtet ihrer richterlicher Feststellung wird durch erfolgte Beschaffung einer cautio de iudicio sisti durchaus nicht beseitigt. Beklagter ist Ausländer und wohnt in einem Lande, in welchem die Erfüllung der Urtheile russischer Gerichtsbehörden, wenn überhaupt, so doch wohl nur nach vorgängiger Prüfung der Sache

seitens der dortigen Gerichte zu erreichen sein dürfte. Das hier errungene Recht kann in der Heimath des Beklagten außs Neue in Frage gestellt und möglicher Weise auf Grund entgegengesetzter Rechtsanschauungen oder Proceßnormen eine abweichende Beurtheilung finden. Da aber dem Kläger selbstverständlich nur an einer Verwirklichung seiner Ansprüche und nicht an einer bloßen Bestätigung derselben gelegen sein kann, so leuchtet ein, daß die Begründung des Gerichtsstandes bzw. die Sicherung der Proceßführung nach Lage der Sache nur eine halbe Maßregel bedeutet, d. h. den Endzweck der Klage, nämlich die Befriedigung des Klägers, in keiner Weise zu garantiren vermag. Auch der Hinweis auf die Zahlungsfähigkeit des Beklagten reicht nicht aus, um die erhobenen Bedenken zu beschwichtigen. Das Vorhandensein von Executionsobjecten nützt nichts, wenn nicht auch die Gewißheit vorliegt, daß sich die zuständige Behörde in England bereit finden werde, den Vollstreckungsbefehl der hiesigen Gerichte zu respectiren. Es ist von der Klägerin — und nicht ohne Grund — die Zahlungswilligkeit des Beklagten angezweifelt worden, denn es hat derselbe weder durch Niederlegung der Klagesumme, noch in einer anderen annehmbaren Form seinen Entschluß bekundet, dem künftigen Urtheil, falls dasselbe zu seinen Ungunsten ausfallen sollte, unweigerliche Folge zu geben: er hat, um mit den Stadtrechten zu reden, bisher nicht dafür cavirt, daß er das, was erkannt, auch zahlen wolle.

Der allerdings noch zu erweisende Anspruch des Klägers erscheint hiernach bis zur Bestellung einer cautio judicatum solvi in der That erheblich gefährdet und kann die angefochtene untergerichtliche Entscheidung, inhalts welcher die Bitte um Hebung des Paßbeschlages zur Zeit zurückgewiesen worden ist, nur bestätigt werden.“

57. Form der Cautionsleistung (Realcaution).

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 30. Januar 1874, Nr. 732:

„Eine Sicherheitsleistung ist nur dann eine vollständige und jedenfalls genügende, wenn sie eine reale ist, d. i. wenn sie ein greifbares Pfand des Schuldners oder eines Bürgen zum Object hat. Mit der einfachen Bürgschaft, ohne realen Hintergrund, als einem Abwendungsmittel der Realcaution sich zu begnügen kann

Niemand gezwungen werden, wenn nicht etwa die Bedingungen für eine bloß juratorische Caution vorliegen und ebendeshalb der Cautionsberechtigte mit geringerer Sicherheit sich begnügen muß. Das Anerbieten des Klägers durch seinen Vater Bürgschaft für Schäden und Kosten zu leisten kann demnach mindestens in der bisher anerbietenen Weise nicht als diejenige Sicherheit ohne weiteres anerkannt werden, welche zu beanspruchen der Beklagte berechtigt erscheint."

58. Cautionsgesuche sind summarisch zu verhandeln.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 30. Januar 1874, Nr. 732:

„Wenn auch kein bestimmtes Gesetz, so lehrt doch die gemeinrechtliche Doctrin (vgl. Bayer, Vorträge pag. 89. Schlayer in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, N. F. Bd. 9, pag. 307), daß eine über den Cautionspunkt abgesonderte Verhandlung nach keinen anderen, als den Regeln des summarischen Processus geführt werden soll. Diese Regeln verhindern ein weitläufiges Processiren der Parteien und legen dem Richter die Pflicht auf unter Abschneidung alles dessen, was einzig dem ordentlichen Proceß eigenthümlich ist, und unter möglichster Vermeidung von Zwischenbescheiden, sobald die Litiganten zum Urtheil geschlossen haben, dasselbe in definitiver Weise ergehen zu lassen.“

59. Erhebung der reichsgesetzlichen Klageposchlin.

Aus den Motiven des App.-Erf. vom 26. Novbr. 1875, Nr. 7798:

„Nach Art. 452 der B.O. über Poschlin, Bd. V Coder der Reichsgesetze werden unter Klageschriften, welche der Klageposchlin von 1 Rbl. 80 Kop. unterliegen, nur solche subsumirt, welche auf die Entgeltung für zugefügte Beleidigungen, Anhalten von Läuflingen, desgleichen für Besitz und Miethgelder, Procente von dargeliehenen Geldern und dergleichen gerichtet sind; nicht erhoben wird diese Poschlin dagegen von Bittschriften über Auskehrung von Eigenthum (о возвратѣ собственности), Nachforschung von Vermögen oder über irgend welche Vertheidigung, ebenso von solchen, durch welche Jemand ihm nach Vollendung des Dienstes Zukommendes fordert, wie verdientes Gehalt, Rang, Dienstentlassung oder irgend etwas

anderes, was keinen Proceß erfordert. Auch soll nach der Vorschrift der livl. Gov.-Regierung vom 18. August 1839 in Rücksicht auf das hiesige Proceßverfahren die Klageposchlin nur dann erhoben werden, wenn der Proceß durch eine schriftlich eingereichte Klage entamirt wird, während sie bei mündlich erhobenen Klagen, auch wenn der Proceß im späteren Verlauf schriftlich verhandelt wird, wegzufallen hat.

Da nun die gegenwärtig angestellte Klage einerseits auf Umkehrung von Eigenthum gerichtet ist und andererseits dieselbe insofern mündlich erhoben ist, als sie von einem Concept verlesen worden ist, wenngleich dieses darauf zu den Acten gegeben worden ist, so liegt hier eine Verpflichtung zur Zahlung der Klageposchlin nicht vor und ist daher Appellantin von der ihr dieserhalb auferlegten Zahlung zu befreien."

60. Thatsächliche Begründung der Parteiauträge.

I. „Nach feststehender Proceßregel müssen Rechtsansprüche von den Parteien allemal soweit auf thatsächliche Angaben zurückgeführt werden, daß der Richter zu prüfen vermag, ob der behauptete Anspruch nach dem geltenden Rechte der ihn geltendmachenden Partei wirklich zusteht (vgl. Civilrechtl. Entscheid II, Seite 49, 231. IV, Seite 48, 51, 192, 226. Seuffert's Archiv XXVI, 27).“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 28. Febr. 1879, Nr. 1475).

II. „Von der irrigen Ansicht ausgehend, daß die Gegenleistungen des Beklagten vom Kläger specificirt aufzugeben seien, was dem Fundamentalsatz des Processus widerspricht, daß jede Partei nur diejenigen Thatsachen anzuführen braucht, welche zur Begründung ihrer eigenen, nicht der gegnerischen Ansprüche gehören, hat Beklagter . . . der in der Klage enthaltenen Summirung seiner Gegenforderungen die Einrede der mangelnden Substantiirung geglaubt entgegenstellen zu müssen.“

(Aus den Motiven des App.-Erf. vom 11. April 1879, Nr. 2630).

III. „Wenn Kläger geltend machen will, daß Beklagter zugeständenermaßen die Fenster widerspruchslös empfangen habe, so ist das in zweifacher Beziehung unrichtig. Denn einestheils hat Beklagter

den widerspruchsflosen Empfang ausdrücklich bestritten und anderen- theils ist der „Empfang“ ein Rechtsbegriff, welchen die darauf sich berufende Partei nothwendig auf bestimmte Thatfachen zurückführen muß, während sich in der Klage solche nicht vorfinden“.

(Aus den Motiven des App.-Erk. vom 13. Juli 1879, Nr. 4833).

61. Bedeutung der Zeitangabe für die Begründung eines Forderungsrechts.

I. Beklagter hatte gegenüber der auf Rückzahlung eines am 2. Hungertummertage 1874 empfangenen Darlehens gerichteten Klage erklärt, er habe von der Klägerin überhaupt niemals etwas geliehen. Im Beweisverfahren wurde constatirt, daß Klägerin dem Beklagten das behauptete Darlehen allerdings ertheilt habe, daß dies jedoch am 2. Hungertummertage 1874 nicht geschehen sein könne. Gleichwohl wurde Beklagter auf die Klage verurtheilt und seine Appellation durch Appellations-Erkenntniß vom 18. November 1877, Nr. 7894 aus folgenden Gründen verworfen:

„Die genaue Bestimmung des Zeitpunktes, in welchem Beklagter der Darlehensschuldner der Klägerin geworden, war zur historischen Begründung der Klage nicht nothwendig, sondern sollte nur dazu dienen, dem Gegner keinen Zweifel übrig zu lassen über die Identität des Factums, welches Klägerin im Sinne hatte . . . Nur die zur Begründung des concreten Anspruches nothwendigen That- umstände müssen zur Gewißheit gebracht sein, wenn dieser Anspruch gerichtlich anerkannt werden soll. Was vom Kläger nur angeführt worden ist, um dem gegnerischen Gedächtniß zu Hilfe zu kommen oder um bei ihm etwaige Zweifel über die Identität der in der Klage erwähnten Facta zu beseitigen, erscheint irrelevant, sobald sich aus der Beantwortung der Klage ergibt, daß derartige Zweifel durchaus nicht haben Platz greifen können . . . Beklagter will überhaupt kein Darlehen, also auch nicht etwa an einem anderen Tage, als an dem von der Klägerin bezeichneten, von ihr ein Darlehen erhalten haben. Dadurch aber hat das in der Klage ent- haltene chronologische Moment alle processualische Relevanz verloren und die Rechtfertigkeit der Klage hängt nur noch von dem Nach- weise dessen ab, daß Klägerin überhaupt dem Beklagten 125 Rubel dargeliehen habe. Wenn nun ein solcher Beweis hergestellt worden

ist, der Gegenbeweis aber, welcher nur darauf gerichtet ist, daß die Darlehenszertheilung am 2. Hungerkummertage des Jahres 1874 nicht stattgefunden haben könne, allem Angeführten nach nicht relevant ist, so hat, wie vom Unterrichter geschehen, erkannt werden müssen.“

II. In dem Appellations-Erkenntniß vom 15. October 1880, Nr. 6729 ist ausgeführt:

„Die Frage, ob zur Begründung einer Klage die genaue Zeitangabe der Entstehung des zur Klage gebrachten Anspruchs wesentlich sei, läßt sich nicht nach allgemeiner Durchschnittsregel bejahend oder verneinend beantworten, vielmehr hängt hier alles von den näheren Umständen des concreten Falles ab. Jeder Proceß setzt die Behauptung eines Rechtsverhältnisses oder bei der Klagenhäufung einer Mehrheit von Rechtsverhältnissen voraus. Aufgabe des Klägers ist es vor allem, das seiner Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältniß bzw. die mehreren Rechtsverhältnisse derart klar zu legen, daß über seine Intentionen weder beim Beklagten, welchem die Möglichkeit genügender Rechtsvertheidigung geboten sein muß, noch beim Richter, welcher das streitige Recht festzustellen hat, irgend ein Zweifel obwaltet. In Fällen, wo das Rechtsverhältniß der Parteien zu einander einfach und nicht complicirt ist, wird regelmäßig die Klage nicht schon um deswillen verwerflich erscheinen, weil es ihr an einer bestimmten Zeitangabe der Entstehung des Klageanspruchs gebricht. Wohl aber wird dann die genaue Angabe chronologischer Momente nicht zu entbehren sein, wenn durch den Mangel derselben Zweifel über die Identität der Thatfachen, welche Kläger im Sinne hat, entstehen könnten (Bayer, Vorträge, S. 529).“

62. Rechtliche Wirkung der objectiven Klagenaccumulation.

„Für die Verbindung mehrerer Ansprüche zu einer Klage gilt der Grundsatz, daß durch sie an der juristischen Behandlung der vereinigten Rechtsstreite processualisch nichts geändert wird (Wezell, System §. 63 Note 103. Bayer, Vorträge §. 168. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten §. 46 S. 362). Die Unrechtfertigkeit einer der cumulirten Klagen ist daher ohne Einfluß auf die Behandlung der anderen. Ebenso giebt es weder im Civilrecht noch im Proceßrecht eine Vorschrift des Inhaltes, daß mehrere aus einem

Vertragsverhältnisse verpflichtete Personen dieserhalb gemeinschaftlich in Anspruch genommen werden müssen, sondern die gemeinsame Belangung ist lediglich ein, noch dazu an gewisse Voraussetzungen geknüpftes Recht des Gläubigers. Wenn also die Klage darauf, daß Beklagter in Vollmacht seines Bruders den streitigen Kaufcontract vollziehe, nicht begründet ist, so steht doch dem nichts entgegen, daß die gegen den Beklagten selbst begründete Klage auf die Vollziehung des Kaufvertrages [über ein dem Beklagten und seinem Bruder gemeinschaftlich gehöriges Immobil] durch ihn persönlich weiter verhandelt und zur Entscheidung gebracht wird.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 30. April 1880, Nr. 2807).

63. Ueber die Cumulation widersprechender Klagebitten.

Von einer gekauften Partie Balken hatte Beklagter 298 Stück wegen angeblicher Mängel derselben nicht empfangen. Der Verkäufer erhob nun Klage, in welcher er principaliter die Herausgabe der 298 Balken, an welchen Beklagter ein Retentionsrecht geltend machte, eventuell aber deren Bezahlung gegen Empfang forderte. In dem Erkenntnisse des Wettgerichts vom 9. August 1879, Nr. 423 wurde ausgesprochen, die Häufung einander widersprechender Klagen sei sowohl logisch, als nach der Proceßtheorie unzulässig, dies sei aber bei den hier cumulirten Klagen der Fall, sie könnten daher in einem Rechtsstreite nicht vereinigt werden.

In dem Appellations-Erkenntniß vom 21. März 1880, Nr. 1987 wurde dagegen bemerkt:

„Nach Theorie und Praxis des Civilprocesses wird die objective Häufung verschiedener Klagen in einem Libell und in einem Proceßverfahren für zulässig erachtet, sofern nur — unter der Voraussetzung der Competenz des Gerichts für jede der Klagen und der Gleichheit der Proceßart — bei der gleichzeitigen Durchführung derselben keine Verwirrung in dem Proceßverfahren entsteht. Wenn demnach gleichzeitig verschiedene Rechtsansprüche auf verschiedene Klagegründe hin verfolgt werden können und wenn es auch zulässig erscheint, alternativ entweder den einen oder den anderen Anspruch zur Geltendmachung processualisch zu verfolgen, so kann dem auch nichts entgegenstehen, daß die Klagenhäufung eine eventuelle ist, sodaß, wenn der Kläger die eine Klage nicht zur Anerkennung

zu bringen vermag, er einen anderen Anspruch eventuell aus einem anderen Klagegrunde gleichzeitig verfolgt (Steufer's Archiv XXI, 252). Voraussetzung ist dabei allerdings, daß die thatsächliche Begründung der einen Klage nicht mit der thatsächlichen Begründung der anderen Klage im Widerspruche stehe. Ob dies in einem concreten Falle statthat, ist einzig dem richterlichen Ermessen überlassen, durch welches einmal zu unterscheiden ist, ob ein solcher innerer Widerspruch entsteht, und sodann, ob durch die gleichzeitige Durchführung der verschiedenen Klagen nicht etwa eine Verwirrung im Proceßverfahren zu besorgen ist. Wenn die untergerichtliche Motivirung meint, daß in den beiden doch nur eventuell cumulirten Klagen ein solcher Widerspruch vorhanden sei, so kann dem nicht beigepröcht werden."

64. Unzulässigkeit der Erweiterung der Klageforderung.

Hierüber enthält das App.-Erk. vom 29. October 1871, Nr. 7234 Nachstehendes:

„Bekanntlich wird durch Klage und Litiscontestation nach der Verhandlungsmaxime die Basis des Processus derart festgestellt, daß die Grenzen dessen, was streitig und was unstreitig ist, nicht weiter verrückt werden dürfen und daß der Kläger im Wesentlichen sein factisches Verlangen so wenig durch ein anderes ersetzen, als an die Stelle eines früheren Begehrens ein anderes oder erweitertes treten lassen darf, es sei denn, daß der Beklagte, wie in concreto nicht geschehen, ausdrücklich darin willigte. Eine solche Klagenänderung, wie die vom Kläger intendirte, mit Erstreckung auf neue, bisher nicht zur Geltung gebrachte Forderungsgegenstände nach der Litiscontestation ist schon deshalb unzulässig, weil noch vor der Litiscontestation oder doch spätestens in Verbindung mit ihr alle dilatorischen und peremptorischen Einreden des Beklagten vorgeschützt werden müssen, der Beklagte also in dem Umfang seiner proceßrechtlichen Bertheidigungsmittel in unverantwortlicher Weise verkümmert werden würde, wofern man wider den Willen des Beklagten nach erfolgter Litiscontestation eine derartige Klageänderung verstatten wollte. Denn die Voraussetzung, daß der Beklagte auch gegen die erweiterte Klage keine anderen Bertheidigungsmittel als gegen die ursprünglich beschränkte in Anwendung gebracht haben würde, ist eine willkürliche, der Cognition eines Dritten durchaus

entzogene. Ist demzufolge eine Klageerweiterung, wie die klägerische, im Allgemeinen schon eine unerlaubte, so wird sie es vorliegenden Falls um so mehr, als nach des Klägers eigener Anzeige die anfänglich größere Beschränktheit des Forderungsgebiets ihren Grund nicht etwa in dem gemangelten Wissen, oder einem Irrthum gehabt hat, sondern vielmehr in dem freien Willen des Klägers, welcher sich selber eine Beschränkung auferlegte. Leistete Kläger aber freiwillig auf eine ihm zuständige Mehrforderung Verzicht, so muß er auch die rechtlichen Folgen des Rechtsfalles: *ad semel renunciata non datur regressus* tragen. Es hat daher das untergerichtliche Erkenntniß, soweit es den Beklagten zur Zahlung nachträglich geforderter Renten angewiesen hat, als rechtlich begründet nicht anerkannt werden dürfen.“

65. Erweiterung der Klage auf im Laufe des Processes entstandene Forderungen.

I. Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 12. October 1873, Nr. 7804:

„Appellant greift das untergerichtliche Erkenntniß an, weil es über die Anträge des Klägers (Appellaten) hinaus und somit nichtig ergangen sei. Die dieser Beschwerde zu Grunde gelegte Thatsache ist an sich nicht richtig. Denn, wenn Kläger in der Klage allerdings die Verzugszinsen für die vom 1. Mai bis zum 1. September erst fällig werdende Lohnzahlung nicht gefordert hat, so ist diese Forderung von ihm doch in seiner Replik erhoben worden und hat somit dem Erkenntnisse allerdings ein *petitum* des Klägers zu Grunde gelegen. Diese Umänderung, resp. Ergänzung der Klage muß aber als eine vollkommen statthafte erachtet werden, da die Lohnforderung für die Zeit der Nichtbeschäftigung erst im Laufe des Processes fällig wurde und daher nicht schon zur Zeit der Klage, wohl aber zur Zeit der Replik die Forderung von Verzugszinsen berechtigt war und nach einem allgemeinen Proceßgrundsatz solche Veränderungen des Klagepetitums, welche sich aus den zwischen dem Anfange und dem Ende des Processes eintretenden veränderten Umständen ergeben, durchaus statthaft sind.

Uebrigens aber hat der Richter auch schon selbst ohne ausdrücklichen Antrag auf die Accessionen, Früchte und Verzugszinsen zu erkennen, da sie als in dem Hauptpetitum mit beantragt anzusehen

sind, ohne daß damit die *Maxime*, nach welcher nicht *ultra petita* erkannt werden darf, verletzt wird.“

II. Die Klagebitte war auf Räumung einer Wohnung zu einem bestimmten Datum — bis zu welchem die Miethen pränumerirt worden war — gerichtet. Da der Proceß über den ursprünglich festgesetzten Räumungstermin hinaus sich erstreckte, so verlangte Kläger in der Schlußschrift auch die Miethen für die Zeit bis zum factischen Räumungstage.

Beklagte hatten im Laufe des Processes die Einrede des Vergleichs vorgeschützt und behauptet, sie haben die Miethen schon auf ein weiteres halbes Jahr über die ursprüngliche Miethzeit pränumerirt. Diese Einrede wurde, da sie erst nach der *Litiscontestation* vorgebracht war und vom Gegner bestritten wurde, zu gesondertem Verfahren verwiesen. — Im Endurtheil sprach das Vogteigericht (Erkenntniß vom 20. März 1873, Nr. 42) dem Kläger für den Fall der Ableistung eines Notheides u. a. auch den geforderten Miethzins für die Zeit vom ursprünglich festgesetzten Räumungstage bis zum factischen Räumungstage zu. Dieser Theil des untergerichtlichen Erkenntnisses wurde bei sonstiger Bestätigung des letzteren durch den Querelbescheid vom 30. April 1875, Nr. 3072 aufgehoben und dem Kläger in dieser Beziehung alles Recht offen gelassen. Die Motive des Querelbescheides enthalten hierüber Folgendes:

„Die Klage enthält eine Bitte um Verurtheilung in den Miethzins gar nicht. Die Anbringung einer solchen Bitte in dem Schlußverfahren war daher ein *novum*, welches nach der ausdrücklichen Vorschrift der *Rig. Stadtrechte Lib. II Cap. 13 §. 2* von dem Richter bei Verfassung des Urtheils übergangen werden soll. Ist schon aus diesem Grunde das Erkenntniß über die Zahlung des Miethzinses nicht zu rechtfertigen, so kommt noch dazu, daß Beklagte im Schlußverfahren die schon früher bei der Anzeige über einen zwischen den Parteien abgeschlossenen Vergleich — auf die der Kläger sich das weitere Verfahren vorbehalten hat — ausgesprochene Behauptung, daß sie dem Kläger den halbjährlichen Miethzins (vom zuerst festgesetzten Räumungstermine ab) gezahlt haben, wiederholt haben. Allerdings hat der Unterrichter das im Termin eingereichte Schriftstück der Beklagten, weil es nicht ein proceßgemäßes *petitum* enthält, nicht als die aufgegebene Schlußschrift ansehen wollen, deshalb die Beklagten mit ihrem Schlußverfahren für

präcludirt erachtet und ohne Berücksichtigung des beklagtiſchen Schriftstücks die Entscheidung getroffen. Diese Ansicht und dieses Verfahren des Unterrichters kann jedoch obrichterliche Bestimmung nicht finden: nicht allein ist der Grundsatz *contumacia non accusata non nocet* bei Seite gelassen, sondern auch der Ausspruch der Präclusion nicht in einem Verfügen, sondern in den Motiven des Urtheils enthalten; überdies gibt aber die mangelhafte und schiefe Auffassung einer Proceßschrift noch keinen Grund, dieselbe als nicht existent zu betrachten und damit auch zugleich alle relevanten Behauptungen derselben zu annulliren.

Die Miethzinsforderung war somit schon an und für sich streitig geworden und konnten auch aus diesem Grunde Beklagte in dieselbe nicht verurtheilt werden. Es war vielmehr in dieser Beziehung dem Kläger alles Recht offen zu lassen. Dieser Theil des untergerichtlichen Urtheils ist daher aufzuheben.“

66. Inwieweit ist eine Klageänderung in der Replik gestattet?

I. Aus den Motiven des Appellations-Urtheils vom 15. October 1875, Nr. 6782:

„Eine rechtlich unstatthafte Klageänderung ist nur dann vorhanden, wenn die Klage in ihrer späteren Fassung nicht mehr identisch ist mit der ursprünglich angestellten Klage. Das bloße Fallenlassen einer von zweien alternativen Klagebitten ändert dagegen im Wesen der ursprünglich angestellten Klage nicht das Mindeste, wie es denn auch in keiner Weise irgend dem Beklagten seine Vertheidigung erschwert. Es liegt darin mehr nicht, als eine Beschränkung des klägerischen Anspruchs, welche dem Beklagten wohl mitunter Vortheil, aber nie Nachtheil bringen kann. Um so weniger kann aber in dem Abstehen des Klägers von der anfänglich gleichzeitig beantragten Vertragserfüllung und in dem ferneren alleinigen Bestehen auf die anfänglich nur alternativ geforderte Leistung des Interesse eine Klageänderung erblickt werden, als sogar derjenige Kläger, welcher von vornherein einzig Vertragserfüllung beansprucht hat, bei sich herausstellender verschuldeter Unmöglichkeit einer solchen Erfüllung sein Begehren dahin umwandeln darf, daß ihm an Stelle des von ihm zunächst Verlangten das Interesse geleistet werde, und zwar dieses Begehren umwandeln darf in dem bereits

obschwebenden Proceßverfahren, ohne zur Verfolgung dieses nun allerdings geänderten Verlangens eine neue Klage anstellen zu müssen, und als ferner selbst der Richter, wenn die Gewißheit vorhanden ist, daß der Beklagte das Vertragmäßige zu leisten außer Stande ist, ohne einen besonders noch darauf hinzuliehenden Antrag des Klägers, sofort von sich aus den Beklagten zur Leistung des Interesse an Stelle der unmöglich gewordenen Erfüllung des Vertrages anweisen darf. (Seuffert's Archiv Bd. 8, Nr. 50).“

II. Gegenüber einer Rechnungsforderung für bestellte und gelieferte Zimmerarbeiten erhob der Beklagte die *exc. libelli obscuri*, weil die einzelnen Posten nicht genügend substantiirt seien, worauf Kläger replicirte, Beklagter habe in Gegenwart von Zeugen mit ihm abgerechnet und dabei sich zu der geklagten Schuld ausdrücklich bekannt, weshalb es einer specificirten Aufgabe der einzelnen Posten nicht bedürfe. In dem App.-Erf. vom 10. August 1879, Nr. 5401 wurde darauf ausgesprochen:

„Die Erklärung des Klägers auf die Einrede des Beklagten enthält in ihrem Wesen eine *exceptio exceptionis* d. h. eine eigentliche *replicatio*. Wenn die vom Kläger in derselben angeführte neue Thatsache wohl die der Klage entgegengesetzte *exceptio* zu beseitigen, nicht aber den in der Klage angeführten Klagegrund zu unterstützen und zu rechtfertigen vermag, sondern vielmehr einen neuen Klagegrund an die Stelle des zuerst gewählten setzt, so ist damit allerdings eine Klageänderung gegeben und hätten somit die rechtlichen Grundsätze dieser einzutreten und hätte Kläger unter dem Ersatz der dem Gegner geursachten Kosten das bisherige Verfahren aufzugeben und eine neue Klage anzustellen. Indessen wird nach Theorie und Praxis (vgl. Bayer, 10. Aufl. S. 616 und 664) bei einer in der Replik vorgenommenen Klageänderung doch in dem Falle das bisherige Verfahren fortgesetzt, wenn dadurch die Vertheidigung nicht in Gefahr gesetzt wird und dieselbe nicht leidet. Für dieses Verfahren entscheiden Zweckmäßigkeitsgründe, welche darauf ausgehen, unnütze Wiederholungen zu vermeiden und der entbehrlichen Häufung von Proceßten entgegenzutreten. Eine Gefahr für die dem Beklagten zur Seite stehende Vertheidigung und für eine Verletzung seines materiellen Rechts liegt nun in *casu* keineswegs vor und . . . so war dem Kläger der gebetene Beweis seiner Replikbehauptungen nachzugeben.“

67. Vervollständigung der Klage in der Replik.

„Eine Ergänzung der Klage, im Gegense zu einer ihre Grundlage modificirenden oder das Petitum erweiternden Klageänderung, ist durchaus nicht unstatthaft, sofern dem Beklagten nur genügende Gelegenheit zur Aeußerung auf das neue Vorbringen geboten wird, und dies ist hier der Fall gewesen, da Beklagte in einer ausführlichen Duplik auf sämtliche Anführungen der Replik nicht nur sich hat äußern können, sondern sich auch thatsächlich geäußert hat. Wenn also die Klage nach ihrer Ergänzung durch die Replik als rechtlich begründet anzusehen gewesen wäre, so hätte dieselbe nicht abgewiesen werden dürfen.“

(Aus den Motiven des App.-Erf. vom 24. October 1879, Nr. 7179).

68. Fallenlassen der Klage ohne Verzicht auf den Klageanspruch.

Nachdem ein Beweisinterlocut ergangen war und Kläger seinen Beweis angetreten hatte, erklärte der Beklagte: Kläger habe zufolge der von ihm ausgestellten gleichzeitig beigebrachten Bescheinigung sich verpflichtet die Klage zurückzuziehen, weshalb die Sache als erledigt anzusehen sei. Nachdem Kläger den Schein recognoscirt hatte, verfügte der Bescheid des Vogteigerichts vom 2. Juli 1877, Nr. 108, die Sache als erledigt zu deliren. Die dagegen vom Kläger ergriffene Appellation wurde durch Appellations-Erkenntniß vom 16. September 1877, Nr. 6324 aus folgenden Gründen verworfen:

„Es ist allerdings zweifellos, wie dies auch in dem App.-Erf. vom 10. September 1875 i. S. Wunderlich :/ Wunderlich ausgesprochen ist, daß ein Aufgeben und Fallenlassen der Klage noch keineswegs ein Aufgeben des derselben zu Grunde liegenden Anspruches in sich faßt, weil Verzichte immer stricte zu interpretiren sind und überdies die Erfahrung lehrt, daß Klagen aus den verschiedensten Motiven ohne gleichzeitiges Aufgeben des Anspruches selbst aufgegeben werden und daß oft sofort aus demselben Klagegrunde eine neue verbesserte Klage angestellt wird. Es ist ferner ebenso zweifellos, daß nach Art. 3570 des Prov.-Rechts Theil III eine bloß einseitige Erklärung des Berechtigten ein Forderungsrecht

aufzugeben, für ihn keine Verbindlichkeit nach sich zieht. Allein im vorliegenden Falle liegt keine bloß einseitige Erklärung vor, denn Kläger hat selbst zugeben müssen, daß die von ihm in dem Schein niedergelegte Willenserklärung gegen den Beklagten gerichtet ist. Er hat diesen Schein seinem Gegner übergeben und indem dieser ihn empfangen und später vor Gericht beigebracht hat, liegt eine deutliche Erklärung des Willens des letzteren vor, seinerseits den Verzicht zu acceptiren, so daß unter den Parteien ein übereinstimmender Wille darüber zustande gekommen ist, daß der schwebende Proceß nicht weiter fortgesetzt werde.

Kläger sucht dagegen noch geltend zu machen, daß . . . Beklagter gegenüber der Berechtigung des Klägers den Anspruch in einem neuen Prozesse geltend zu machen, kein vermögensrechtliches Interesse daran habe, daß der schwebende Proceß aufgehoben werde, um einen anderen zu beginnen. Allerdings müssen nach Art. 2907 l. c. Forderungsrechte einen Vermögenswerth haben und sind nur unter dieser Voraussetzung klagbar, und was von der Rechtsverfolgung durch Klage gilt, hat auch seine Anwendung auf Einreden zu finden. Allein ein vermögensrechtliches Interesse an der Aufhebung dieses Processes für Beklagten liegt schon deshalb vor, weil von ihm gleich dem Kläger die durch den Bescheid vom 8. Juni 1876 richterlich festgestellte peremptorische Beweisfrist nicht eingehalten und benutzt worden ist und der mögliche Ausschluß mit jedem Beweise ihn in seinem vermögensrechtlichen Interessen zu schädigen, wohl geeignet ist."

69. Die nicht rechtzeitig bestrittenen Klagebehauptungen sind für vom Beklagten zugestanden zu erachten.

„Die in der Klage angeführten Thatfachen müssen nach den Grundsätzen des hier herrschenden Proceßrechts als zugestanden gelten, da beklagte Handlung sie in ihrer Klageerklärung nicht in Abrede gestellt hat. Zwar hat sie in derselben sich die Erklärung auf die einzelnen Forderungssätze des Klägers vorbehalten, allein ein solcher Vorbehalt ist durchaus rechtsunwirksam. Denn sowohl nach gemeinem Proceßrecht (F.R.U. §. 37), als auch nach dem Rig. Stadtrecht (Lib. II Cap. XVI §. 1) hat der Beklagte in seiner Klagebeantwortung in Betreff jeder einzelnen von dem Kläger zur Begründung seiner Klage angeführten Thatfache sich ausdrücklich,

speciell und bestimmt zu äußern, und es dürfen die in einem bestimmten Proceßstadium vorzunehmenden Handlungen nicht willkürlich in ein anderes Proceßstadium verlegt werden. Haben aber die in der Klagebeantwortung übergangenen Thatfachen als zugestanden zu gelten, so ist durch solches Zugeständniß auch ein Gegenbeweis gegen diese Thatfachen ausgeschlossen."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 11. Januar 1878, Nr. 234.)

70. Die Erklärung auf gegnerische Behauptungen muß bestimmt, d. h. so beschaffen sein, daß nicht zweifelhaft bleibt, was geleugnet und was zugestanden wird.

I. „Klägerin beruft sich auf den Grundsatz des stadtrechtlichen Proceßes, daß alle mit Stillschweigen übergangenen Thatfachen als zugestanden gelten. Der klägerischerseits angezogene Grundsatz hat jedoch nicht den behaupteten, sondern den eingeschränkteren Inhalt, daß diejenigen thatsächlichen Behauptungen, in Betreff welcher sich die Gegenpartei nicht rechtzeitig und bestimmt geäußert hat, für von dieser zugestanden zu erachten sind. . . . Beklagte hat geleugnet, daß der zwischen ihr und der Handlung F. & Co. geschlossene Kaufvertrag den in der Klage behaupteten Inhalt gehabt hat, da sie erklärt nicht zu Guldenpreisen [wie in der Klage behauptet war], sondern zu festen Preisen in Rubeln gekauft zu haben. Daß sie dabei den Preis in Rubeln bei drei Posten der Factura angab, war in der That etwas überflüssiges, da sie die behauptete Preisbestimmung bereits bestimmt geleugnet hatte: folglich kann ihr auch daraus, daß sie die überflüssige Angabe bei den übrigen Posten unterließ, kein Nachtheil erwachsen. Wenn Klägerin und mit ihr der erste Richter in dieser Beziehung eine specielle Erklärung hinsichtlich der Preisansätze dieser Posten vermissen, so übersehen sie, daß eine specielle Einlassung proceßrechtlich nur insoweit gefordert wird, als es derselben bedarf, um der behauptenden Partei keinen Zweifel darüber zu lassen, was die Gegenpartei leugnet, und was sie zugesteht (vgl. die Querelbescheide vom 16. März 1877, Nr. 1781 und vom 10. Juni 1877, Nr. 4100), daß ein solcher Zweifel aber für den Fragefall durch die bestimmte Erklärung der Beklagten, die ihr angebotenen Möbel wolle sie „nur zu festen

Preisen in Rubeln, nicht aber in ausländischer Valuta kaufen“, vollständig ausgeschlossen war.“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 21. November 1878, Nr. 7932.)

II. „Was die Frage betrifft, ob Beklagte bestritten oder durch Stillschweigen eingeräumt habe, daß sie sich in der Detention der sub 7—55 des klägerischen Verzeichnisses aufgeführten Sachen befinde, so hängt deren Beantwortung nicht ab von dem Wortlaute der einzelnen Erklärungen der Beklagten, welche in dieser Beziehung manchen Zweifel offen lassen, sondern davon, welche Absicht durch die gesammte von ihr eingeschlagene Vertheidigung auf die Klage offenbart worden ist (Art. 3095 des Prov.-Rechts, Th. III). Wenn nun Beklagte nicht nur im Allgemeinen die Forderung ihres Gegners als eine thatsächliche bezeichnet, sondern sich auch dahin vernehmen läßt, daß Kläger zwar von ihr Wohnung, Kleidung und Beköstigung genossen, sie dagegen keinerlei Nutznießung von ihm gehabt, daß von ihm auch nichts zu holen gewesen sei, sie von ihm nichts von Sachen verlangt habe, seine Rechnungsposten 7—55 nur Unwahrheiten enthielten und seine Prätensionen aus der Luft gegriffen seien, so hat sie durch diese Vertheidigung in nicht zweideutiger Weise die Absicht erkennen lassen, jeden Besitz der sub 7 bis 55 genannten Gegenstände abzuleugnen.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 24. November 1878, Nr. 7953.)

71. Der Beklagte ist nur verpflichtet, ausdrücklich auf jede einzelne Thatsache bestimmt zu erklären, ob er sie einräumt oder nicht; dagegen kann er nicht genöthigt werden, den anderweitigen Sachverhalt anzugeben.

„Allerdings ist der Beklagte gehalten, ausdrücklich auf jede einzelne Thatsache bestimmt zu erklären, ob er deren Richtigkeit einräumt, oder nicht einräumt. Darüber hinaus aber geht seine Verbindlichkeit im Civilproceß nicht. Daß die in der Klage behaupteten Thatsachen sich anders, und wie sie sich anders verhalten, das klar zu legen, kann der Beklagte nicht genöthigt werden. Eine solche Nöthigung, wenn man sie eintreten lassen wollte, würde dem

Beklagten wider seinen Willen die Stelle eines beweispflichtigen Excipienten aufzwingen, oder ihn mindestens doch in die Lage versetzen, seinem Proceßgegner das suppeditioniren zu sollen, was diesem in Gewißheit zu bringen obliegt, sie würde ihn also unbilliger Weise einzig zur Erleichterung des Klägers in eine ungünstige Lage versetzen. Als Motiv seiner Entscheidung hat dem ersten Richter die Erwägung gebient, daß der status causae et controversiae, welcher nothwendig vor dem Eintritt des Beweisverfahrens festgestellt werden müsse, unklar geblieben sei, weil die Beklagte einerseits zugestanden an Orten, in Bezug auf welche Kläger ein nach Stückzahl der Hölzer und nach deren Lagerungsfrist zu belastendes Besteuerungsrecht prätendirt, ihre Hölzer allerdings gelagert zu haben, die Beklagte aber andererseits den vom Kläger auf die Zeit, die Zahl, den Anfangspunkt und die Dauer behaupteten Daten allgemeinen Widerspruch entgegengestellt hat, ohne Angabe des Quantums und der Lagerungsdauer der Hölzer, welche sie an den bezeichneten Orten gestapelt oder gelagert zu haben nicht leugnen will. Es kann aber ein Zugeständniß der Beklagten, das Pachtobject des Klägers zur Anlegung und Stapelung ihrer Hölzer benutzt zu haben, aus der Klagebeantwortung nicht herausgelesen werden . . . und würde in der That die Beklagte nicht jede Forderung des Klägers, sondern nur die Forderung in dem von ihm aufgegebenen Umfang bestritten haben, ohne die Grenzen zu bezeichnen, in denen der klägerische Anspruch vielleicht gerechtfertigt sein dürfte, so würde in einer solchen Vertheidigungsweise von Seiten des Beklagten eine widerrechtliche Schädigung des Klägers immer doch nicht erblickt werden können. Die Folge solcher, an sich erlaubten Vertheidigungsweise würde vielmehr nur die sein, daß den ohnehin beweispflichtigen Kläger nunmehr die Beweislast für seine Forderung in ihrer ganzen Ausdehnung träge, und das mit vollem Recht, weil eben der Forderungsbetrag nicht eingeräumt worden ist."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 10. Juni 1877, Nr. 4100.)

72. Die Erklärung des Nichtwissens der Klagethatsachen enthält ein Leugnen des Klagegrundes.

Ueber diese Frage findet sich in den Motiven des Querelbescheides vom 13. Januar 1871, Nr. 262 Folgendes:

„Die Behauptung des Klägers, daß eine Beantwortung der Klagethatsachen mit Nichtwissen bedeutungslos und irrelevant sei, von welcher aus dann die Gleichheit mit völliger Unterlassung der Klagebeantwortung, eine dadurch sich ergebende contumacia und der deshalb nothwendige Eintritt einer Fiction des Zugeständnisses gefolgert wird, kann für richtig nicht gehalten werden.

Denn einerseits ist auch mit einer solchen Erklärung des Nichtwissens der Verpflichtung des Beklagten zur bestimmten und ausdrücklichen Aeußerung auf die einzelnen der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen in formaler Hinsicht durchaus entsprochen worden, es ist weder überhaupt eine Beantwortung unterlassen, noch die betreffende Thatsache in der abgegebenen Erklärung übergangen. Von einer Contumacirung und der Folge einer solchen, der Annahme eines Zugeständnisses, kann daher keine Rede sein.

Andererseits ist aber auch die Behauptung hinsichtlich der Irrelevanz und Bedeutungslosigkeit einer solchen Erklärung völlig unbegründet. Es giebt vielfach Handlungen Dritter, aus denen für den in Anspruch Genommenen Verbindlichkeiten erwachsen können und welche, obgleich sie Rechtsfolgen haben, doch den Verpflichteten unbekannt geblieben sein können, wie dieses bei dem Rechtsverhältniß der Erbschaft, der Bürgschaft, der Stellvertretung, der actio de pauperie und anderen mehr vorkommen kann. In allen solchen Fällen ist der Beklagte oft gar nicht in der Lage direct zu bejahen oder direct zu verneinen, sondern es liegt in der Natur der Sache, daß er nur ein Nichtwissen erklären kann. Mit einer solchen Erklärung wird die Wahrheit der behaupteten Thatsache an sich nicht schon anerkannt, wenngleich damit ihre Möglichkeit zugegeben wird. Die Wahrheit der Thatsachen bleibt ungewiß und es ist kein Grund vorhanden, daß der Richter sie als wahr annehme; er wird vielmehr, um aus derselben für sein Urtheil einen Schluß ziehen zu können, den Beweis derselben zu erwarten und der behauptende Kläger solchen Beweis zu übernehmen haben. Die Antwort des Nichtwissens erscheint daher in allen solchen Fällen gerechtfertigt

und kann daher weder als bedeutungslos, noch als irrelevant bezeichnet werden.

Es ist dieserhalb auch in der Proceßlehre ein ganz unzweifelhaft feststehender Satz, daß die Beantwortung einer Klagesache mit Nichtwissen processualisch für ein Ableugnen derselben zu gelten hat, woraus dann für den Kläger die Folge erwächst, den Beweis dieser Thatsache zu übernehmen. (Bayer, Vortr. 10. Aufl. §. 185, S. 591. Endemann, §. 111 S. 416. Renaud, §. 90 S. 210. Heimbach, Rechtslex. VI, S. 700).“

Uebereinstimmend ist erkannt in dem App.-Erf. vom 1. September 1876, Nr. 5497.

73. Über den Zeitpunkt des Vorbringens von Einreden.

I. Aus den Motiven der Resolution vom 8. Mai 1874, Nr. 3004:

„Nach dem gemeinrechtlich und auch im hiesigen stadtrechtlichen Proceß geltenden Eventualprincip hat der Beklagte sein gesamtes Vertheidigungsmaterial auf die Klage: Einreden, Rechtsdeductionen, directe Erklärung, gleichzeitig in dem ihm dazu anbeordneten Termin vorzubringen. Eine Ausnahme von dieser Regel bilden nur die dilatorischen Einreden (Reg. Stat. Lib. II Cap. XVI §. 1) und die liquiden peremptorischen Einreden (ibid. Cap. XVII §. 1), welche in gesondertem Verfahren vor der Einlassung verhandelt werden dürfen. — Für die Verhandlung der dilatorischen und der liquiden, sog. proceßhindernden peremptorischen Einreden gilt der Grundsatz, daß sie gleichzeitig vorzubringen sind, so daß vor der Litiscontestation nur ein indirectes (Einrede-) Verfahren stattfindet, nach dessen Beendigung die directe Einlassung „mit Ja oder Nein“ (l. c. XVI, 1.) zu erfolgen hat.

II. In dem Appellations-Erkenntniß vom 2. Juli 1880, Nr. 4445 heißt es:

„Nach Lib. II Cap. XVI §. 1 der Stadtrechte muß der Beklagte sämtliche dilatorischen oder peremptorischen Einreden, deren er sich zu bedienen gedenkt, auf einmal vorbringen (App.-Erf. vom 13. August 1869, Nr. 5716) mit alleiniger Ausnahme der gerichtsunzulässigen Einreden und der ihnen gleichstehenden Einreden der

mangelnden Proceßcaution oder der unschlüssigen Klage, welche getrennt von den übrigen Einreden, aber auch nur alle auf einmal vorgebracht werden dürfen (Querelbescheid vom 30. Januar 1874, Nr. 732). Nachdem die Cautionseinrede des Beklagten erledigt war, stand ihm also nur noch die Geltendmachung einfacher dilatorischer oder peremptorischer Einreden, sowie die directe Einlassung zu und, da er nur eine einzige Einrede, nämlich die der entschiedenen Sache vorgeschützt hat, sind alle übrigen nach der angezogenen Bestimmung der Stadtrechte nunmehr ausgeschlossen. Eine weitere Vertheidigung des Beklagten durch selbständige Rechtsbehelfe, d. h. Einreden, kann also nicht mehr gestattet werden.“

III. Ferner heißt es in dem Querelbescheide vom 24. October 1880, Nr. 6914:

„Nach der stadtrechtlichen Proceßordnung hat der Beklagte seine zerstörlischen Einreden, sofern er sie nicht sofort liquid stellen kann und dadurch eine directe Einlassung unnöthig macht, mit der Litiscontestation zu verbinden (Reg. Stadtrechte Lib. II Cap. XVII §. 1). Es ist daher wohl gestattet, die peremptorischen Einreden vor der Litiscontestation und getrennt von derselben vorzubringen und zu verhandeln, nicht aber hat der Beklagte die Befugniß, nach der Litiscontestation noch peremptorische Einreden zur Geltung zu bringen, es sei denn, daß die Voraussetzungen eines Novembeweises vorliegen. Regelmäßig trifft daher den Beklagten die Strafe des Ausschlusses, wenn er auch rechtzeitig, d. h. spätestens mit der directen Einlassung, die ihm zur Vertheidigung zu Gebote stehenden peremptorischen Einreden vorbringt. Aus dem weiteren proceßrechtlichen Grundsatz ferner, daß jede Partei den von ihr im Rechtsstreite zur Geltung zu bringenden Anspruch in thatsächlicher Beziehung gehörig zu begründen hat, ergibt sich die Consequenz, daß, wer nicht zur rechten Zeit, mithin spätestens bei der Litiscontestation seine peremptorischen Einreden genügend substantiirt, als mit denselben mindestens aus dem obschwebenden Proceß ausgeschlossen zu betrachten ist.“

74. Zeitpunkt für die Geltendmachung der proceßhindernden Einreden.

I. Der wettgerichtliche Bescheid vom 1. December 1873 wies den Beklagten, der der Klage die Einrede des incompetenten Gerichts entgegengestellt hatte, zurück und zur directen Erklärung auf die Klage binnen 8 Tagen an. Der Querelbescheid vom 30. Januar 1874, Nr. 728 änderte das untergerichtliche Decret dahin ab, daß Beklagter gehalten sein solle sich binnen 8 Tagen auf die Klage einzulassen. Die Motive bemerken:

„Wenn auch nach den Grundsätzen unseres Processus und der ihm zu Grunde liegenden Eventualmaxime alle concurrenten Handlungen, namentlich alle zu Gebote stehenden Einreden gleichzeitig angebracht werden müssen, so machen doch die proceßhindernden Einreden (namentlich die forideclinatorischen Einreden) eine Ausnahme, indem sie ihrer Natur nach auf eine Befreiung von der Einlassung auf den Proceß und auf die Materie des Klageanspruchs gerichtet sind. Es gilt daher für sie die Regel, daß selbst im Fall ihrer Verwerfung dem Beklagten noch eine neue Frist gegeben werden muß für die Beantwortung der Klage, und daß diese sowohl in der directen Erklärung und der rechtlichen Gegenduction, als auch in der vorgängigen Vorbringung der sonstigen, dem Beklagten zur Seite stehenden Einreden bestehen kann. Die Berechtigung zur vorgängigen Einbringung der Einreden vor der Litiscontestation falls sie nur ohne weiteren Verzug zu erweisen sind, ist im Lib. II Cap. XVII §. 1 der Reg. Stadtrechte gegeben und kann auch in dem Fall nicht ausgeschlossen werden, wo die Verpflichtung zur Klageeinlassung erst von dem Momente der Verwerfung der proceßhindernden Einreden eintritt.“

II. Aus den Motiven des das Erkenntniß der II. Sect. des Landvogteigerichts vom 24. Aug. 1876, Nr. 180 abändernden Appellations-Erkenntnisses vom 25. Februar 1877, Nr. 1282:

„Die Frage: ob Beklagter im Falle der Zurückweisung seiner Einreden (der ungenügenden Proceßlegitimation und des incompetenten Gerichts) noch zu einer directen Erklärung zuzulassen sei, muß zu Gunsten des Beklagten beantwortet werden. Aus der Hinfälligkeit der vom Beklagten durch proceßverzögerliche Einreden ein-

geschlagenen Vertheidigung ergibt sich zunächst nur seine Verpflichtung sich auf die Klage einzulassen. Von dieser Verpflichtung konnte, so lange es zweifelhaft war, ob die II. Section des Landvogteigerichts für die Entscheidung der Klage competent war, nicht die Rede sein. Beklagter war nicht verbunden mit seinen proceßverzögerlichen Einreden eventuell auch die Einlassung in der Hauptsache zu verbinden, er durfte dieselbe vielmehr bis dahin aussetzen, wo gerichtlich erkannt sein würde, daß die von ihm behaupteten Hindernisse einer Einlassung nicht vorhanden seien. Daß mit den dilatorischen, insbesondere aber mit den gerichtssablehnenden Einreden auch nach stadtrechtlichem Proceß die Einlassung in der Hauptsache nicht verbunden zu werden braucht und wegen ihrer ein von dem Verfahren in der Hauptsache gesondertes Vorverfahren stattfinden kann, geht aus den Bestimmungen des II. Buches der Stadtrechte Cap. XVI §. 1, Cap. XVII §. 1 und 2 hervor, wonach die Erledigung peremptorischer Einreden, welche nicht sogleich liquid gestellt werden, mit dem Verfahren in der Hauptsache zusammenfällt, wogegen derjenige, welcher dilatorische Einreden vorschützt, sich vor deren Beseitigung auf die Klage einzulassen (mit ja und nein zu antworten) nicht schuldig ist.

Hat mithin Beklagter bisher nicht die Verpflichtung gehabt sich auf die Klage mit ja oder nein einzulassen, so kann zur Zeit auch nicht angenommen werden, daß die (vom Beklagten in seiner Klagebeantwortung gar nicht berührten) Klagebehauptungen für zugestanden zu gelten haben.“

(Es wurde demgemäß dem Beklagten, welcher vom Untergericht auf Grund des fingirten Zugeständnisses verurtheilt war, eine peremptorische Frist zur directen Einlassung anberaunt).

III. „Der erste Richter spricht die Meinung aus, daß, weil nach Erledigung der Cautionseinrede dem Beklagten das Vorbringen anderer dilatorischer Einreden nicht mehr zustand, er verpflichtet gewesen wäre, innerhalb des ihm s. p. praecl. conf. et conv. gesetzten Termins lediglich peremptorische Einreden vorzubringen oder sich direct in der Hauptsache einzulassen und daß, da er solches unterlassen und nur die Competenz des Gerichts bestritten hat, nunmehr die Klagebehauptungen als von ihm zugestanden zu gelten haben. Ueber die Lehre von den Einreden enthalten die Rig.

Stadtrechte keine ausreichenden festen Bestimmungen und es ist nicht zu verkennen, daß das gemeine Recht, auf welches in solchem Fall zurückzugehen ist, wie die Doctrin in dieser Hinsicht keine unzweifelhaft feststehenden Sätze hat, vielmehr vieles controverser Natur ist. Wenn man daher die Forderung aufstellen wollte, daß Beklagter wissen mußte, er habe alle proceßhindernden Einreden gleichzeitig und zusammen einzubringen, und sein Nichtwissen mit dem Verluste des Rechts weiterer Vertheidigung zu büßen habe, so erscheint dies unbillig, weil jener Satz sich in keinem positiven Gesetz aufgestellt findet, sondern seine Begründung für das städtische Proceßverfahren hauptsächlich in den Präjudicaten des Raths und der städtischen Untergerichte hat. Es rechtfertigt sich daher, wenn auch in diesem Falle gemäß der allgemeinen processualischen Regel, daß nach Verwerfung der declinatorischen Einreden noch die Einlassung auf die Klage unter gleichzeitiger Geltendmachung etwaniger dilatorischer und peremptorischer Einreden zu erfolgen hat, dem Beklagten ein weiterer Termin zu solcher Vertheidigung gegeben wird.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 13. März 1881, Nr. 1825.)

75. Zeitpunkt der Geltendmachung der gerichtsablehnenden und der Cautionseinreden.

Beklagter war mit der von ihm geltend gemachten Incompetenz-einrede in beiden Instanzen zurückgewiesen worden und erhob nun beim Untergericht, als die Sache daselbst wieder aufgenommen wurde, die Einrede mangelnder Caution für Schäden, Kosten und Widerklage. Der klägerische Protest gegen die Verhandlung der nicht zugleich mit der Incompetenzeinrede vorgebrachten Cautionseinrede wurde vom Wettgericht durch Bescheid vom 6. November 1873 verworfen und auf Querel des Klägers wurde das untergerichtliche Decret durch Querelbescheid vom 30. Januar 1874, Nr. 732 mit folgender Motivirung bestätigt:

„Querulant hat zur Justification seines . . . Beschwerdepunktes wiederum betont und weiter ausgeführt, was er vorzugsweise schon in der Unterinstanz als Argument zur Elision der gegnerischen Cautionseinrede hervorgehoben gehabt und zwar, daß diese proceß-

hindernde Einrede als eine verspätete und versäumte erachtet werden müsse, weil sie nicht mit der gleichfalls proceßhindernden Einrede des unzuständigen Gerichts cumulirt, sondern allerst nach allendlicher Erledigung dieser letzteren Einrede in Anwendung gebracht worden. Diese Rechtsanschauung kann nicht getheilt werden. Die gerichtssablehnenden Einreden (d. h. solche Einreden, mittelst deren der Beklagte nicht den Zweck verfolgt sich von einer Klage, als solcher, sondern nur den Zweck verfolgt sich von einer gerichtlichen Verhandlung der Klage bei dem Forum bei welchem sie anhängig gemacht worden, zu befreien, also die Einreden der Incompetenz, der Litispandez und der Prävention) sind nach Anleitung des bei dem gänzlichen Stillschweigen der Rigaschen Statuten über diese Einredengattung insbesondere hier subsidiär zur Geltung kommenden gemeinen Rechts und zwar in Anleitung des §. 37 des jüngsten Reichsabschieds in der Weise qualificirt, daß sie selbständig, unabhängig und getrennt von jedem anderen Einredevorfahren, indeß alsdann nur vor demselben in Anwendung gebracht werden dürfen. Daraus folgt, daß, wenngleich der Beklagte alle ihm zur Seite stehenden verschiedenen gerichtssablehnenden Einreden gleichzeitig bei der Gefahr des Verlustes der von ihm nicht vorgebrachten vorzuschützen verbunden ist, er dagegen nach etwa geschעהer Verwerfung dieser Einreden alle und jede nicht zu den declinatorischen gehörigen, wie gemeinverögerlichen, so zerstörlischen Einreden zu benutzen vollkommen befugt ist, sofern er nicht von der allerdings facultativ bestehenden Berechtigung einer simultanen Verbindung anderer Einreden und selbst einer Einlassung auf die Klage mit den an sich qualificirten gerichtssablehnenden Einreden ausnahmsweise Gebrauch gemacht hat. Ganz unanstreitbar war nach diesem proceßrechtlich unanfechtbaren Grundsatz der Querulant (Beklagte), nachdem er nach geschעהer Zurückweisung seiner Incompetenzeinrede zur Verhandlung der Hauptsache bei dem hiesigen Wettgericht genöthigt worden war, auch der Cautioneinrede noch weiter sich zu bedienen befugt und der Anspruch des Querulanten, daß letztere Einrede durch die geschעהene Erledigung der Incompetenzeinrede ausgeschlossen sein sollte, entbehrt des rechtlichen Grundes.“

76. Illiquide zerstörlische Einreden sind in das Hauptverfahren zu verweisen.

Hierüber sagen die Motive des Querelbescheides des Rathes vom 18. April 1873, Nr. 2869 Folgendes:

„Dagegen erscheint die Beschwerde des Querulanten, daß seine zweite Einrede dahin gehend, daß der Dienstvertrag durch freiwillige Uebereinkunft beider Theile seine Endschafft erreicht habe, welche Einrede er allerdings nicht sofort liquid stellen könne, nicht in das Hauptverfahren verwiesen und daß ihm überhaupt die directe Erklärung auf die Klage abgeschnitten worden, gerechtfertigt. Der Beklagte hat sich neben der Behauptung, daß die Klage gegenstandslos geworden sei, weil er dem Kläger den Wiedereintritt in den Dienst freigestellt habe, seither nur durch die zwei erwähnten peremptorischen Einreden vertheidigt, von denen die eine als unbegründet hat verworfen werden müssen, die andere als zur Zeit illiquid nicht hat berücksichtigt werden können. Eine Einlassung auf die Klage selbst hat er mit diesen seinen peremptorischen Einreden nicht verbunden und auch nicht nothwendig verbinden müssen, da seine beiden Rechtsbehelfe (sowohl der der Erlöschung des Klagerrechts in Folge der klägerischen Weigerung zur Fortsetzung des Dienstes, als auch der der Vertraglösung durch freiwillige Uebereinkunft beider Parteien) rein exceptivischer Natur sind und sonach die Vorschrift des Lib. II Cap. XVII §. 2 der Rig. Stadtrechte, derzufolge der Beklagte, wenn seine Schutzmehren nicht ohne Weiteres zu erweisen waren, zur Einlassung auf die Klage angewiesen werden soll, bei der ihm gleichzeitig zu gestattenden Befugniß von der erheblichen Einrede auch nach der Kriegsbefestigung weiteren Gebrauch zu machen, nunmehr hier Platz zu greifen hat.“

77. Editionsantrag des Beklagten als proceßhindernde Einrede im vorbereitenden Verfahren.

I. Kläger klagte aus einem mehrere Jahre umfassenden Contocourant, in welchem für einzelne Posten die Jahresbeträge nicht specialisirt, sondern in Generalsummen ausgeworfen waren. Dieser Klage begegnete Beklagter mit einem Intercalarantrag, indem er, um die Richtigkeit der klägerischen Handelsbücher als

des Fundaments der klägerischen Rechnung prüfen zu können, die Edition dieser Bücher verlangte. — Der vom Kläger hiergegen erhobene Protest wurde vom Vogteigericht durch Bescheid vom 10. Juli 1873, Nr. 83 bestätigt und Beklagter mit seinem Editions-antrage zurückgewiesen.

Die Motive des Querelbescheids vom 7. December 1873, Nr. 9112 welcher den untergerichtlichen Bescheid aufhob und die Klage als unsubstantiirt angebrachtmaßen zurückwies, enthalten Folgendes über die Editions-pflicht von Urkunden bei der Klage:

„Der Unterrichter spricht die Ansicht aus, daß der Editions-antrag, als die Eruirung eines Beweismittels bezweckend, allerst in das Beweisstadium gehöre und daß, wenn auch der gemeinrechtliche Proceß die Verbindung des Beweises mit der Klage gestatte, ohne sie indeß dem Kläger zur Pflicht zu machen, die Rigaschen Stadtrechte doch nur im summarischen Proceß, welcher hier nicht vorliege, dem Kläger seine Documente und Beweismittel bei der Hand zu haben vorschreiben. . . . Beklagter hat aber keineswegs die Absicht kund gegeben, durch die klägerischen Handelsbücher, deren Edition er verlangt, einen Beweis zu führen, sondern im Gegentheil wiederholt und direct ausgesprochen, daß er eine Nachrechnung nach Maßgabe der klägerischen Geschäftsbücher beabsichtige, welche ihm allerst eine Beantwortung der Klage ermöglichen soll, da die dieser Klage beigefügte Rechnung insbesondere im Credit des Beklagten Generalsummen aufführe, für deren Berechtigung jeder Anhaltspunkt mangle. Nicht zum Zweck eines dem Beklagten freilich noch gar nicht obliegenden, ja nicht einmal ihm zu gestattenden Beweises, sondern zum Zweck der Beseitigung derjenigen Hindernisse, welche die von ihm bezeichneten Mängel einer gehörigen Klagebeantwortung der Klage entgegenstellen, fordert der Beklagte an Stelle dessen, daß er einfach um Abweisung der nicht genügend substantiirten Klage hätte bitten können, zur Erleichterung des Klägers einzig die Nachlieferung des zur Zeit mangelnden urkundlichen Materials. Diese Forderung ist eine rechtlich nicht unbegründete. Denn wenn auch, während nach römischem Recht jeder Beklagte vor der Einlassung vom Kläger die Vorlegung der Urkunden verlangen durfte, welche dieser erst künftig zum Beweise gebrauchen mochte (l. 1 §. 3 Dig. de edendo II. 10; l. 7. Cod. de edendo II. 1), durch den jüngsten Reichsabschied (§. 35) unter Aufhebung

jener Regel dem Kläger freigestellt wurde, die Vorlegung solcher Urkunden bis nach der gegnerischen Klagebeantwortung zu verschieben, — so hat die Vorschrift des jüngsten Reichsabschiedes, wie das in der Praxis auch schon vielfältige Anerkennung gefunden, doch keine Ausdehnung zu erhalten auf solche Urkunden, welche zur rechtlichen Begründung der Klage selbst zu dienen haben, so daß sie ordnungsmäßig als ein integrirender Bestandtheil der Klage aufzufassen sind. Derartige Urkunden sind im Original oder doch in Abschrift beizubringen, damit der Beklagte in die Lage gelange, sich wie erforderlich zu vertheidigen. Diesem nach stellt sich weiter, um die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der vom Beklagten verlangten Edition zu beurtheilen, nur noch in Frage, ob in der That die klägerischen Handelsbücher als ein integrirender Bestandtheil der angestellten Klage anzusehen sind oder nicht und ob die Klage in ihrer gegenwärtigen Gestalt als eine hinreichend substantiirte angesehen werden darf oder nicht.“ — — (Die letztere Thatfrage wird hierauf erörtert und verneint.)

II. „Seinen Anspruch auf Edition der in Frage kommenden Urkunden hat Kläger im Verlaufe des Intercalarverfahrens auf ein ihm an den Urkunden zustehendes materielles Recht gegründet, vermöge dessen ihm die Befugniß deren Vorweisung zu verlangen zusteht. Einen solchen Anspruch zu erheben, steht allerdings dem Berechtigten jederzeit frei, nur muß derselbe hierbei die dafür vorgeschriebene processuale Form beobachten (vgl. Art. 4593 Anmerk. des III. Theils des Prov.-Rechts). Nach dem auch in den Rig. Stadtgerichten geltenden gemeinen Proceßrecht ist im ordentlichen Proceße das erste, s. g. vorbereitende Verfahren von dem Beweisverfahren getrennt. Das erstere verfolgt den Zweck, den Richter mit den thatsächlichen Grundlagen der von der einen oder anderen Partei erhobenen Ansprüche, sowie auch damit bekannt zu machen, ob und inwiefern die vorgebrachten Thatsachen bestritten seien. Das zweite Verfahren dagegen hat es mit dem Beweise der processualisch relevanten, aber bestrittenen Thatsachen zu thun. Innerhalb des Rahmens eines anhängigen Civilprocesses kann daher das Gesuch um Edition von Urkunden seitens des Proceßgegners im vorbereitenden Verfahren nur dann gestellt werden, wenn die Urkunde — wie beim Wechselvertrage, bei dem

in die Form des Reverses gekleideten Anerkennungsvertrage — die thatsächliche Grundlage des gegnerischen Anspruches (den Klage- resp. Einredegrund) selbst bildet: anderenfalls ist der Editionsantrag Beweismittel und gehört daher in das Beweisstadium. Es kann m. a. W. einem Editionsantrage proceßhindernde Kraft nur dann beigelegt werden, wenn der gegnerische Anspruch, auf welchen der Antragsteller sich im vorbereitenden Verfahren zu erklären hat, ohne die Vorlage der Urkunde ungenügend substantiirt erscheinen und eine präcise und vollständige Erklärung nicht ermöglichen würde. Hierbei ist es durchaus gleichgiltig, von welcher Partei durch den Editionsantrag die Proceßhinderung angestrebt wird, da es nicht nur des Klägers, sondern auch des Beklagten Recht ist, die regelrechte Fortsetzung des anhängig gemachten Processes zu verlangen.

Wenn aber die Voraussetzungen des Editionsgesuches im Rahmen eines schwebenden Civilprocesses nicht vorhanden sind, entweder weil die Vorlage der edirt verlangten Urkunde zur Erklärung auf einen im Proceße geltend gemachten materiellen Anspruch nicht erforderlich ist, oder der Proceß noch nicht in's Stadium des Beweises getreten ist, da eignet sich der auf einem materiellen Rechtsgrunde beruhende Editionsanspruch nur zur Anstellung einer besonderen Klage im Sinne des Art. 4595 l. c. Bezweckt eine solche Editionsklage die Beschaffung des Materials zu einer anderen Klage, so ist es zweckmäßig, dieselbe ihrer präparatorischen Natur wegen vor dieser letzteren anzustellen, oder die Hauptklage, falls sie bereits erhoben, gegen dieselbe aber die *exc. libelli obscuri* vorgebracht worden, unter Vorbehalt einer neuen Klage fallen zu lassen und zuerst das Editionsverlangen in gesonderter Klage zum Austrag zu bringen.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 13. Juli 1879, Nr. 4834.)

III. Vollkommen übereinstimmend ist erkannt in dem Querelbescheide vom 16. September 1877, Nr. 6323, und in dem App.-Erl. vom 8. December 1878, Nr. 8350.

78. Geltendmachung neuentstandener Einreden.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 16. October 1874, Nr. 6473:

„Zur Begründung der Rechtfertigkeit ihres Beweismachungsge-
suchs, resp. ihrer Querel, hat Beklagte, modo Querulantin sich
darauf berufen, daß gegenüber der klägerischen Forderung auf Aus-
lieferung bestimmter Gegenstände die Behauptung gewisse Sachen
zurückgegeben zu haben eine Einrede involvire, die gleich der Ein-
rede der Solution als eine privilegierte zu jeder Zeit im Proceß
vorgebracht und daher im Fall des gegnerischen Ableugnens bewiesen
werden dürfe. Dabei hat sie bemerkt, daß sie keineswegs behauptet
habe, daß die Rückgabe einiger Gegenstände bereits vor der Streit-
einlassung stattgefunden habe.

Nach dem Proceßrechte und der ausdrücklichen Vorschrift der
Rigaschen Stadtrechte Lib. II Cap. XVII hat der Beklagte alle perem-
torischen Einreden, sofern sie nicht sofort liquid sind und zur Ab-
weisung der Klage gereichen, mit der Litiscontestation zu verbinden
und ausführig zu machen und zwar hat er dieselben nach den Grund-
sätzen der Eventualmaxime nicht successive, sondern zugleich bei
Strafe der Präclusion vorzubringen. — Wenn nun Querulantin die
gewissen Gegenstände bereits vor der Streiteinlassung dem Kläger
zurückgegeben hätte, so wäre sie mit der Geltendmachung einer daraus
hergenommenen Vertheidigung nicht zuzulassen, sondern eo ipso damit
für präcludirt zu erachten, da sie die desfallige Behauptung nicht
in ihrer Erklärung auf die Klage, sondern viel später im Beweis-
verfahren gelegentlich der Erklärung auf den ihr angetragenen Eid
aufgestellt hat.

Von der Vorschrift des gleichzeitig mit der Einlassung zu ver-
bindenden Vorbringens sämtlicher Einreden wird indeß nach der
Theorie des Proceßrechts eine Ausnahme dann zugelassen und somit
auch ein späteres Einbringen einer Einrede gestattet, wenn zur
Zeit der Einlassung die Einrede noch gar nicht begründet war,
wenn also z. B. nach geschעהer Einlassung der Beklagte den
Kläger befriedigt hat und dieser den Proceß noch fortsetzen will.

(cf. Bayer p. 625 und §. 198 a. E. und §. 199 a. Anf.).

Zur Substantiirung einer derartigen, auch bei verspätetem
Vorbringen noch zu berücksichtigenden Einrede gehört mithin die

Behauptung, daß der Grund derselben erst nach der Streiteinlassung entstanden, resp. erst nach der Streiteinlassung eine Befriedigung des Klägers eingetreten und dadurch der Proceßgrund hinterher weggefallen ist.

Wenn dagegen Beklagte in ihrer Erklärung auf den ihr deferirten Eid in Beziehung auf verschiedene Gegenstände einräumt, daß sie ihr einstmals eingehändigt gewesen, zugleich aber ohne Angabe der Zeit, wann solches von ihr geschehen, dieselben Gegenstände dem Kläger . . . zurückgestellt zu haben behauptet: wenn Beklagte ebenso auch den Inhalt des von ihr beabsichtigten Beweises auf die Thatsache der erfolgten Rücklieferung der vom Kläger reclamirten Gegenstände beschränkt, ohne darauf auszugehen, darüber Beweis zu führen, daß die Rücklieferung nach der Streiteinlassung stattgefunden habe, so muß die Weigerung Klägers, sich auf jene mit der Erklärung auf den Eid verbundene Behauptung einzulassen, nicht minder für berechtigt erachtet werden, als der Protest desselben wider die Nachgabe des von dem Beklagten erbetenen Beweises.

Vielmehr muß Beklagte mit dem, was sie zu ihrer Vertheidigung mit der Streiteinlassung ohne Motivirung des verspäteten Vorbringens vorgeschützt hat, den Proceßregeln nach für präcludirt erachtet werden und kann daher darüber ein weiteres Proceßverfahren nicht stattfinden.“

79. Cumulation widersprechender Einreden.

„Bei dem Gebrauche von Einreden dürfen die einander widersprechendsten mit vollkommener Wirksamkeit cumulirt werden, wie das nicht nur ein unbestreitbarer Rechtsgrundsatz des bestehenden Proceßrechts, sondern auch ein selbstverständlicher Ausfluß der Eventualmaxime ist.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 26. Januar 1872, Nr. 501).

80. Processualische Natur der *exceptio deficientis legitimationis passivae*.

In den Motiven des Appellationsurtheils des Rathes vom 6. Juni 1873, Nr. 4306 wird gesagt:

— — — — —, daß „die Einrede der mangelnden passiven Sachlegitimation keine wirkliche Einrede, sondern sofern sie auf ein Ableugnen des Klagegrundes ausgeht, in Wahrheit eine mindestens partielle negative Litiscontestation, wenn auch im fremden Gewande ist.“

81. Substantiirung der Solutionseinrede.

Beklagter hatte gegenüber der Klage aus mehreren Obligationen behauptet, der Kläger habe theils durch Baarzahlung, theils durch Berechnung bereits vollständige Befriedigung erhalten. Das Vogteigericht verwarf mittelst Erkenntnisses vom 14. Mai 1877, Nr. 78 diese Einrede als unsubstantiirt, auf des Beklagten Berufung aber wurde diesem der Einredeweis durch Appellationsurtheil vom 24. August 1877, Nr. 5785 aus folgenden Gründen nachgegeben:

„Zur Befreiung des Schuldners von einer ihm obliegenden Zahlungsverbindlichkeit genügt an sich dessen nackte Behauptung, diese Verbindlichkeit bereits abgelöst zu haben. Wann, wie und wo solches geschehen, sind unwesentliche Nebenumstände, da sie ohne allen Einfluß auf die Befreiung des Schuldners von der Schuld sind. Einzig die Thatsache, daß die Schuld abgelöst, daß der Gläubiger befriedigt worden, ist von maßgebendem Gewicht. Der Excipient kann daher auch nicht genöthigt sein, zu seiner Vertheidigung mehr als diese Thatsache vorzubringen. Ja es ist mindestens denkbar, daß ein weiteres Eingehen auch auf an sich gleichgiltige Nebenumstände ihm seine Vertheidigung erschweren würde. Nebenfalls aber darf die unterlassene Anführung nebensächlicher Dinge ihn in seinem Recht und in der Geltendmachung desselben nicht schädigen.“

82. Dem Kläger, welcher unrechtfertigter Weise die Einlassung auf eine vorgeschützte Einrede verweigert hat, ist diese Einlassung hinterher nicht zu gestatten.

I. „Kläger hat darüber Beschwerde geführt, daß ihm trotz seiner Weigerung, sich auf die Einrede der Beklagten zu erklären, von der Vorinstanz eine solche eingehende Erklärung [auf die für begründet erkannte Einrede] nicht vorbehalten sei. Auch diese Beschwerde

erscheint indeß nicht begründet. Zunächst muß betont werden, daß es im ordentlichen Prozesse nicht in dem Belieben des Klägers steht, ob er sich auf eine vorgebrachte Einrede erklären will oder nicht, sondern daß er zu dieser Erklärung processualisch verpflichtet ist, widrigenfalls die Rechtsfolgen der Präclusion bzw. des fingirten Zugeständnisses einzutreten haben und zwar auch dann, wenn es sich um eine Compensationseinrede handelt, da die Entscheidung über deren Liquidität oder Illiquidität erst auf Grund der Einlassung erfolgen kann (civilrechtl. Entscheid. IV, Nr. 573). Wenn Kläger also anstatt sich auf die Einrede des Beklagten sachgemäß zu erklären, es vorgezogen hat, diese Erklärung zu verweigern, so hat er sich die Folgen davon selbst zuzuschreiben und es kann ihm nicht gegenwärtig eine solche Erklärung nochmals vorbehalten werden, wie das bereits in dem diesseitigen Querelbescheide vom 10. October d. J., Nr. 6859 ausgesprochen worden ist.“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 16. November 1879, Nr. 7683).

II. „Es hat sich Querulant nicht dadurch gravirt erachten können, daß ihm nicht ein zwiefaches Elisivverfahren eingeräumt worden ist, um eine directe Einlassung auf die gegnerischen Einreden von der dagegen vorgeschützten Replik vollkommen getrennt, in einem lediglich hierzu bestimmten processualischen Verfahren verlaublichen zu können. Denn daß der Kläger nach den Regeln des Processes seine Einlassung und Vertheidigung gegen die Einreden des Beklagten in einem Verfahren, dem Replikverfahren, zusammen zu fassen hat, kann dem Proceßvertreter des Klägers nicht unbekannt sein.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 4. Februar 1872, Nr. 693).

83. Geltendmachung neuentstandener Repliken.

„Wenn aus neu eingetretenen Umständen sich eine Replik für den Kläger gegen die Einrede des Beklagten erst hinterher ergeben haben sollte, so hätte er, da noch kein Endurtheil, sondern nur ein Zwischenbescheid ergangen ist und nach der richtigen Ansicht auch

das Beweisinterlocut die Geltendmachung von nova und noviter reperta nicht ausschließt (Querelbescheid vom 5. Juni 1868, Nr. 4120), diese neuentstandene Replik auch zunächst in erster Instanz vorzubringen, weil das Appellationsgericht — abgesehen von den Voraussetzungen des beneficium novorum, welches Kläger nicht in Anspruch genommen hat — nicht über Rechtsverhältnisse entscheiden darf, über die nicht bereits in erster Instanz verhandelt und entschieden worden ist (Art. 283 des I. Theils des Prov.-Rechts. Renaud, Civilproceß §. 93, 94 und 174).“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 16. November 1879, Nr. 7683).

84. Der Beklagte, welcher mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages zugleich behauptet, daß er dadurch Schäden erlitten habe, kann nicht hinterher den in der Klagebeantwortung nicht specificirten Betrag zur Compensation bringen.

„Wie aus der in dieser Beziehung allein maßgebenden Klagebeantwortung sich unwiderleglich herausstellt, hat die Beklagte gegen den klägerischen Anspruch sich mit einer einzigen Einrede, nämlich mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu schützen gesucht und bei Aufrechterhaltung ihrer Weigerung zur Zahlung ausschließlich aus diesem Grunde die Klage als eine rechtlich unbegründete zurückzuweisen gebeten. Mit diesem unter Umständen durch Art. 3213 des Prov.-Rechts Theil III gerechtfertigten Vertheidigungsmittel hat die Beklagte keineswegs eine Compensationseinrede verbunden und ihren Willen kundgegeben, die klägerische Forderung durch Gegenansprüche zu decken, welche ihr aus von den Klägern veranlaßten Schäden erwachsen sind. Denn wenn Beklagte in ihrer Erklärung auf die Klage sehr ausführlich die Fehler der von ihr gelieferten Maschine, um deren Unempfangbarkeit darzuthun, geschildert hat und beiläufig erwähnt, daß sie durch die Lieferung einer so mangelhaften Maschine colossale Schäden erlitten habe, für welche ihr Kläger verantwortlich seien und um derenwillen sie sich alles Recht wider die Kläger vorbehalte, so kann in dieser beiläufigen Erwähnung unmöglich eine Einrede erblickt werden, da Beklagte mit keiner Silbe auch nur darauf hingedeutet hat, daß sie sich befugt erachte,

den Betrag dieser angeblichen, nur obenhin berührten Schäden gegen die klägerische Forderung zu verrechnen. Hat aber Beklagte der angeblich durch klägerische Schuld erlittenen Schäden wegen sich einfach das Recht der Ersatzforderung bewahrt und nicht aus ihnen irgend welche Einrede hergeleitet, so sind die Kläger offenbar auch zu einer ihrerseitigen Äußerung auf ihre angeblichen Schäden zur Zeit nicht verbunden, da eine Entscheidung darüber nicht ange-rufen ist und folglich auch eine Verhandlung darüber jeden Zwecks entbehren würde.“

(Aus den Motiven des den vogteigerichtlichen Bescheid vom 11. August 1877, Nr. 134, bestätigenden Querelbescheides vom 2. November 1877, Nr. 7522).

85. Ein Nachholen der in der Klagebeantwortung unterlassenen Substantiirung der Compensationseinrede in der Duplik ist unstatthaft.

I. „Die Einrede der Compensation war durch dasjenige, was Beklagter in der Klagebeantwortung zu ihrer Begründung behauptet hatte, jedenfalls nicht substantiirt, was Beklagter auch selbst eingeräumt hat. Seine Behauptung, daß die in der Duplik nachgeholte Ergänzung processualisch durchaus statthaft gewesen sei, läßt sich aber als richtig nicht anerkennen. Denn eine Vervollständigung der Klage in der Replik bzw. der Klagebeantwortung in der Duplik ist nur dann bzw. nur insoweit zulässig, als dadurch die Gegenpartei in ihrer Vertheidigung nicht beeinträchtigt wird. Nun ist die Compensationseinrede gegenüber einer liquiden Klageforderung nach Art. 3552 des Prov.-Rechts Th. III an die Voraussetzung gebunden, daß ihre Feststellung mit keinen Weiterungen verknüpft ist, welche für den Kläger eine unbillige Verzögerung veranlassen können. Es ist aber klar, daß eine solche Verzögerung dadurch herbeigeführt wird, daß der Beklagte zunächst eine unsubstantiirte Gegenforderung vorschützt und erst in der Duplik die thatsächliche Begründung derselben nachholt. Das zulassen hieße offenbar nichts anderes, als die Berufung des Klägers darauf, daß ihm nicht unbillige Verzögerungen in der Realisirung seines unstreitigen An-

spruches bereitet werden dürften, vereiteln und seine darauf gestützte Vertheidigung beeinträchtigen.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 14. März 1880, Nr. 1800.)

II. „Da Beklagter nicht gleich beim Vortrage seiner Einrede, sondern erst nachträglich bei Gelegenheit der Salvation eine specificirte Gegenrechnung beigebracht hat, so erschien Kläger vollkommen berechtigt, die Abweisung der Einrede als einer mangelhaft substantiirten zu beantragen, und konnte dieses Recht wider seinen Willen durch verspätete Bervollständigung der Einrede nicht beseitigt werden.“

(Aus den Motiven des App.-Erf. vom 24. October 1880, Nr. 6914.)

86. Bei Versäumung der Duplik sind die Replikbehauptungen für von Beklagtem zugestanden zu erachten.

Der aus einem abgeschlossenen Kauf auf Zahlung des Kaufpreises belangte Beklagte hatte eingewendet, der Kauf sei wiederum mit beiderseitiger Zustimmung aufgehoben worden. Dagegen behauptete Kläger, Beklagter habe das Kaufobject selbst bereits wieder weiter verkauft. Mit der Erklärung hierauf wurde Beklagter wegen Verabräumung des dazu anberaumten Präclusivtermins präcludirt und die Replik durch Erkenntniß des Vogteigerichts für zugestanden erachtet. Der bestätigende Querelbescheid vom 1. Juli 1877, Nr. 4621 sprach in dieser Beziehung aus:

„Appellant übersieht die Tragweite der Unterlassung jeglicher Erwiderung auf die klägerische Replik. Kläger hatte geltend gemacht, daß Beklagter die ihm abgekaupte lithographische Anstalt bereits weiter verkauft habe. Diese Thatsache muß, da Beklagter sie nicht geleugnet, als von ihm zugestanden angesehen werden. Ist diese Thatsache aber juristisch gewiß geworden, so ist damit die Einrede des Beklagten von selbst hinfällig. Denn bei Aufhebung eines Kaufs durch gegenseitige Einwilligung hat jeder Theil dem anderen das von ihm Geleistete zurückzugeben (Pr.-R. Th. III, Art. 3892) und das zu erfüllen ist Beklagter nicht mehr im Stande. Die Einrede des Beklagten ist also durch die der Replik zu Grunde gelegte

Thatsache ohne weiteres beseitigt und konnte sonach auch dem Appellanten der völlig überflüssig gewordene Beweis nicht weiter aufgegeben werden.“

87. Ein in der Kanzlei eingereichtes Schriftstück ist als nicht vorhanden anzusehen, wenn die Partei, welche es eingereicht hat, im Verhandlungstermin darauf nicht Bezug nimmt.

Beklagter, welchem der Beweis seiner Zahlungseinrede auferlegt war, gab, als Kläger auf Präclusion des nicht angetretenen Beweises antrag, zu, den Beweis nicht angetreten zu haben, und wurde demgemäß mit dem Beweise ausgeschlossen, sowie in der Folge unter Verwerfung seiner Einrede zur Zahlung verurtheilt. In einer an den Rath gerichteten Beschwerde hat er jedoch unter Hinweis darauf, daß er — wie auch constatirt wurde — eine Beweisantretungsschrift rechtzeitig in der Kanzlei eingereicht habe, das Erkenntniß erster Instanz aufzuheben und ihn zur Beweisführung zuzulassen. Dieses Gesuch wurde durch Resolution vom 15. Februar 1878, Nr. 1184 zurückgewiesen. Gründe:

„In dem hierselbst bei den Untergerichten geltenden, von Termin zu Termin fortschreitenden Civilproceß ist nur dasjenige Schriftstück als zu den Acten gelangt anzusehen, welches von der Partei im Verhandlungstermin selbst dem Gericht übergeben wird, oder auf welches — falls es früher in der Kanzlei eingereicht wurde — die Partei im Verhandlungstermine Bezug nimmt. Es ist dies eine Consequenz des Grundsatzes, daß alle maßgebenden Parteianträge in Gegenwart des Gegners zu erfolgen haben.

Vorliegenden Falls war nun dem Landvogteigericht gar nicht bekannt geworden, daß Supplicant eine Beweisantretung in der Kanzlei eingereicht hatte, denn Supplicant berief sich nicht im Verhandlungstermin auf diese Thatsache, sondern gab vielmehr, nachdem der Gegner den Präclusionsantrag gestellt hatte, ausdrücklich zu den Beweis nicht angetreten zu haben.

Ob die unterlassene Bezugnahme des Supplicanten auf das eingereichte Schriftstück und seine im Widerspruch zur Thatsache stehende Erklärung die Folge einer Vergeßlichkeit war oder durch Rechtsunkenntniß veranlaßt wurde, ist gleichgiltig, denn beides hat

Supplicant selbst zu verantworten. Das Untergericht durfte nach Lage der Sache jedenfalls nicht anders entscheiden, als geschehen ist."

Ebenso war erkannt in der Resolution vom 19. November 1875, Nr. 7636.

88. Verlesung des Protokolls kann im Verhandlungstermine nicht verlangt werden.

„Nach Art. 166, 167 und 168 des I. Theiles des Prov.-Rechts sind die Gerichte, falls das Journal oder Protokoll an demselben Tage nicht fertig gemacht werden kann, gehalten, dasselbe zum nächsten, spätestens zum dritten Sitzungstage zur Unterzeichnung von Seiten der Gerichtsglieder fertigstellen zu lassen. Das Gesetz selbst verlangt also nicht einmal die sofortige Ausführung der Protokolle, falls dieselbe besondere Schwierigkeit macht, und es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß die Parteien nicht befugt sind, die sofortige Verlesung der Protokolle, welcher natürlich die Ausarbeitung voraus gehen müßte, zu beanspruchen . . .

Wenn die Partei den Antrag stellt, es möge ihr das Protokoll, in welchem ihre Anträge enthalten sind, vor der Sanctionirung durch die Unterschrift der Gerichtsglieder zur Einsicht und zur Verlautbarung etwaiger Veränderungsvorschläge vorgelegt werden, so würde einem solchen Antrage unzweifelhaft willfahrt werden, obgleich eine specielle Vorschrift hierüber in unserem Gesetze nicht vorhanden ist. Der Anspruch auf sofortige Verlesung des Protokolls im Verhandlungstermin — und nur dieser Anspruch ist vom Supplicanten geltend gemacht worden — ist aber vollkommen hinfällig."

(Aus den Motiven der Resolution vom 25. Januar 1878, Nr. 685.)

89. Unter welchen Umständen kann der Fortgang eines contradictorisch verhandelten Processes gehemmt werden?

Diese Frage findet in den Motiven des Appellationsurtheils des Rathes vom 17. Aug. 1873, Nr. 6259 folgende Beantwortung:

„Nach den Regeln des Civilprocesses kann der Fortgang eines im ordentlichen contradictorischen Verfahren geführten Rechtsstreites nur in dem Falle gehemmt werden, wenn entweder beide Theile darüber einverstanden sind und nach Lage der Sache das Gericht

eine solche Hemmung des Civilprocesses für zulässig erachtet, oder aber wenn von der Oberinstanz ein desfalliger Befehl erfolgt. Da nun weder die Zustimmung des anderen Theils erfolgt, noch ein Inhibitorium vom appellantischen Theile erwirkt worden und von einem dirigirenden Senate bei diesem Rathe eingegangen ist, so fehlt es an jedem rechtfertigenden Grunde, die Entscheidung der vorliegenden Streitsache auszusetzen.“

90. Ein Verfahren der Parteien zwischen stattgehabter Submission zur Entscheidung und dem Urtheil ist nichtig.

Hierüber sagen die Motive des Bescheides des Rathes vom 10. Januar 1873, Nr. 181:

— — — — — „da nach verlautbarter Submission zu einem Urtheil, welches an sich nothwendig alle Streitfragen in dem ganzen Umfange zu umfassen hatte, jedes weitere Verfahren der Parteien von vornherein an sich wirkungslos und deßhalb unstatthaft war — so ist das von den Parteien gleichwohl noch nach der am 1. Nov. pr. stattgehabten Submission weiter verfolgte — — — — — Verfahren als unzulässig und nichtig hierdurch aufzuheben.“

91. Die Protokollcitation muß an den Vorgeladenen persönlich ausgerichtet, nicht in seiner Wohnung bestellt werden.

„Es ist nicht constatirt, daß die mit der Verwarnung der Verurtheilung im Falle des Nichterscheinens verbundene Protokollcitation zum 6. Februar den Beklagten erreicht hat, geschweige denn daß sie an ihn persönlich ausgerichtet worden ist. Der erste Richter hat letzteres freilich unter Hinweis auf die Stadtrechte Lib. II Cap. IX §. 1 für unnöthig erklärt, weil dort gesagt sei, daß die Citation gegen Abwesende in deren Häusern schriftlich hinterlassen und daneben dem Gesinde gemeldet werden solle. Allein die angezogene Stelle thut einerseits der Protokollcitation keine Erwähnung und läßt andererseits die Rechtsgiltigkeit einer in der angegebenen Weise bei Abwesenheit des Vorzuladenden bestellten Citation insofern zweifelhaft, als sie am Schluß ausdrücklich anordnet, daß der Ministerial jedesmal berichten solle, ob er die zu ladende Partei angetroffen und welchergestalt er sein Amt verrichtet habe. Dieser Zusatz

wäre ganz und gar überflüssig, wenn die an einen Abwesenden in dessen Wohnung ausgerichtete Citation dieselbe Giltigkeit und Wirkung hätte, wie eine solche, die an den Vorzuladenden selbst bestellt worden ist. Da aber nicht angenommen werden darf, daß das Gesetz etwas Ueberflüssiges ausgesprochen habe, so läßt sich der angezogene §. der Stadtrechte nur dahin verstehen, daß das Gericht nach Vernehmung des Berichts seines Ministerials in jedem einzelnen Falle festzustellen hat, ob die Citation gehörig bestellt sei oder nicht. Was aber speciell die Protokollcitationen anbetrifft, so ist bereits in der Resolution des Rathes vom 11. August 1876, Nr. 5066 ausgesprochen worden, daß der Ministerial, welcher das Protokoll dem Geschäftspersonal des Vorgeladenen eingehändigt, dem ihm gewordenen Auftrage „den Beklagten unter Vorzeigung des Protokolles zu citiren“ nicht genügt habe, sowie daß eine Contumacirung des Beklagten dessen Kenntnißnahme von der Ladung und der an sie geknüpften Commination zur nothwendigen Voraussetzung habe.

Von dieser Ansicht abzugehen, liegt kein Grund vor, indem das in dem stadtrechtlichen Prozesse geltende strenge Contumacialsystem, welches einerseits sämtliche Klagebehauptungen schlechthin für zugestanden ansieht und andererseits gegen das Contumacialerkenntniß weder einen Einspruch, noch eine Appellation, sondern einzig eine durch den Nachweis von Ehehaften bedingte Restitution binnen der kurzen Frist von 48 Stunden gestattet, die strengste Beobachtung dessen, daß die Protokollcitation dem Vorzuladenden auch rechtzeitig zur Kenntniß gebracht worden ist, zur Nothwendigkeit macht, wenn nicht die Protokollcitationen bzw. Contumacialerkenntnisse zu einer ungerechtfertigten Bedrückung werden, oder gar in ein ausgiebiges Mittel des Mißbrauches in der Hand gewissenloser Kläger ausarten sollen.

Da nun im Fragefalle nicht constatirt ist, daß die auf Antrag des Klägers wider den Beklagten erlassene Protokollcitation dem Beklagten vor dem 6. Februar, wo er vor Gericht erscheinen sollte, zur Kenntniß gebracht worden sei, eine solche Kenntniß aber als die rechtliche Voraussetzung eines auf die Protokollcitation zu fallenden Contumacialerkenntnisses angesehen werden muß, so kann das am 6. Februar wider den Beklagten ergangene Contumacialerkenntniß nicht als zu Recht beständig gelten.“

(Resolution vom 13. April 1879, Nr. 2699).

92. Vornahme mehrerer Proceßhandlungen in demselben Termin auf eine Citation.

Kläger hatte den Beklagten citiren lassen, übergab eine Additionalbeweisantretung und willigte in die Ertheilung einer Abschrift an den Kläger, worauf diese Ertheilung verfügt wurde. Als Kläger aber hierauf noch das Verfahren des Beklagten bezüglich einer Klageänderung erwartete, erklärte dieser, daß er nach Schluß der Verhandlung sich nicht für verpflichtet halte, noch einen zweiten Termin abzumachen, und das Vogteigericht trat dieser Ansicht bei. Aus den Motiven der die dawider vom Kläger erhobene Beschwerde abweisenden Resolution vom 4. Juli 1879, Nr. 4599 ist hervorzuheben:

„Es muß als unzweifelhaft gelten, daß nach dem stadtrechtlichen Citationsproceß am betreffenden Gerichtstage nur eine einzige ordnungsmäßige contradictorische Verhandlung in dieser Sache stattfinden konnte: d. h. der Gegner war nicht verpflichtet, sich nach Schluß der Verhandlung in dieser Sache noch auf eine zweite Verhandlung einzulassen. Die einzelne Proceßverhandlung am Gerichtstage ist aber definitiv beendet, sobald, nachdem die Parteien ihre Anträge und Erklärungen vorgebracht haben, das gerichtliche Verfügungen ausgesprochen worden ist. Im Uebersehen dieses, doch wohl nicht zweifelhaften Umstandes ist der ganze Irrthum begründet, welcher die Beschwerde veranlaßt hat. . . Daß das Gericht auf bezüglichen Antrag der Partei eine solche doppelte Verhandlung in der Regel zuläßt, ist in der, bei uns geltenden Verhandlungsmaxime begründet.

Die Parteien sind aber unzweifelhaft befugt, auf eine einzige Citation hin im Verhandlungstermine alle zulässigen Anträge in derselben Sache zu combiniren, und der Gegner ist zur Erklärung auf diese Anträge verbunden, nur muß die Combination sogleich erfolgen, nicht aber darf nach bereits geschlossener Verhandlung über einen Antrag gefordert werden, daß trotz mangelnder zweiter Citation eine zweite Verhandlung über einen zweiten Antrag stattfinde.

Es lag in der Hand des Supplicanten — und nur seine eigene Schuld ist es, wenn er es versäumt hat — bei Eröffnung des Termins zu erklären, daß er seine Additionalbeweisantretung übergebe und gleichzeitig die gegnerische Erklärung auf die Klageänderung erwarte.“

93. Achtägiger Präklusivtermin zur Einlassung auf die Klage nach Verwerfung dilatorischer Einreden.

Querulantin beschwerte sich darüber, daß ihr von dem Vogteigericht bei der Zurückweisung ihrer Incompetenzeinrede nur eine acht-tägige Präklusivfrist zur Klagebeantwortung anberaunt worden war.

In dem Querelbescheide vom 3. Juni 1877, Nr. 3902 heißt es darüber:

„Allerdings hat nach den Stadtrechten Lib. II Cap. XIII Art. 1 der Beklagte für die Klagebeantwortung im ordentlichen Proceß eine von acht zu acht Tagen drei Mal wiederkehrende Frist zu beanspruchen. Allein da die Querulantin die Klagebeantwortung weit über diese gesetzliche Frist hinaus durch eine ganz ungerechtfertigte verzögerliche Einrede aufzuschieben gewußt hat, so rechtfertigt sich die vom Vogteigericht nach seinem Gebrauch für solche Fälle von Alters her beobachtete Präfigurung eines sofortigen acht-tägigen Präklusivtermins im Interesse einer Vermeidung weiteren Sachverschlepps um so mehr, als dem Richter bei der Bestimmung der Fristen, in denen von den Parteien processualisch zu verfahren ist, einige Autonomie füglich nicht versagt werden darf.“

94. Die im obrichterlich bestätigten Erkenntniß anberaunte, durch das Rechtsmittelverfahren unterbrochene Frist beginnt wieder zu laufen mit dem Tage der Eröffnung des Actenremisses.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 8. Januar 1875, Nr. 120 ist hier zu entnehmen:

„Da der vogteiliche Bescheid vom 9. April 1874, welcher den Beklagten mit seinem Protest wider die klägerische Beweisintroduction zurückwies und ihn anwies binnen 8 Tagen bei Strafe der Präclusion und der Annahme der Eidesverweigerung sich auf die klägerische Beweisintroduction direct zu erklären, durch die obrichterliche Bestätigung und die Versagung eines weiteren Rechtsmittels in Rechtskraft übergegangen war, so hatte Beklagter, wenn er sich den ihm angedrohten Nachtheilen der Präclusion und der Annahme der Eidesverweigerung nicht unterwerfen wollte, dem Bescheide Folge zu geben und demnach sich auf die einzelnen

Punkte der Beweisintroduction, sowie hinsichtlich der ihm ange-tragenen Eide zu erklären, ob er sie ausschwören, zurückschieben, oder durch einen Gewissensvertretungsbeweis ersetzen wolle. Und zwar hatte er das innerhalb der ihm gesetzten Frist von 8 Tagen zu thun. Der Lauf dieser Frist, welche durch die eingelegte Querel unterbrochen war, reviviscirte von dem Tage an, wo ihm bei dem Vogteigerichte die Eröffnung über den erfolgten Actenremiß gemacht worden war. Dies geschah am 13. August 1874 und folglich lief die Frist mit dem 20. August ab. Beklagter (Querulant) hatte diese Frist ungenützt verstreichen lassen, indem er die ihm auf-gegebene Erklärung anzubringen unterlassen hatte. Es mußten daher, nachdem der Gegner auf Contumacirung angetragen hatte, die Folgen von dem Gericht ausgesprochen werden, welche ihm in dem Bescheide vom 9. April angedroht waren; Beklagter mußte demnach mit seiner directen Erklärung präcludirt und es mußte angenommen werden, daß er die ihm angetragenen Eide verweigere, d. h. die That-sachen, welche durch den Eidesantrag festgestellt werden sollten, als wahr zugebe.“

95. Inwiefern gilt eine Frist, deren Endpunkt auf einen Feiertag fällt, als bis zum nächsten gesetzlich nicht be-hinderten Tage verlängert?

W. hatte am 23. Mai das Einlösungsrecht in Betreff seines am 10. April versteigerten Immobils geltend gemacht und auf den Einwand des Meistbieters G., daß die sechs-wöchentliche Frist schon am 22. Mai abgelaufen sei, entgegnet, die Frist müsse, da der 22. auf einen Ferientag gefallen sei, als bis zum 23. Mai erstreckt gelten. Das Einlösungs-gesuch wurde jedoch von der I. Section des L. B. G. als verspätet zurückgewiesen und diese Entscheidung durch den Querelbescheid vom 8. Februar 1880, Nr. 1025 aus folgenden Gründen bestätigt:

„Querulant macht geltend, daß nach dem Wortlaut des Art. 3062 in Verbindung mit Art. 3064 des Prov.-Rechts Th. III im Fragefalle die festgesetzte sechs-wöchentliche Frist in Folge des ein-gefallenen Feiertages als bis zum nächsten Gerichtstage verlängert angesehen werden müsse, umsomehr als unter dem vom Gesetzgeber gebrauchten Ausdruck „Zeitraum“ doch nur eine Frist und nicht

ein Termin verstanden werden könne. Dieses letztere Argument führt aber gerade zu einer entgegengesetzten Interpretation der allegirten Gesetzesartikel. Bei Vergleichung beider kann nicht zweifelhaft sein, daß der Gesetzgeber die Behandlung der „Frist“ von derjenigen des „Termins“ auseinander halten wollte. Nach seiner Intention soll die Handlung, welche innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vorgenommen werden muß, unbedingt noch vor Ablauf desselben stattfinden, während die Handlung, die an einen bestimmten Zeitpunkt oder Termin gebunden ist, für den Fall, daß dieser Zeitpunkt auf einen Feiertag fällt, auf den nächsten gesetzlich nicht behinderten Tag zu verschieben ist. Die Ratio, die beiden Gesetzesbestimmungen zu Grunde liegt, ist aber eine verschiedene: derjenige, welchem zur Vornahme einer Handlung ein Zeitraum, eine Frist von mehr oder weniger Tagen gegeben ist, wird sich regelmäßig in der Lage befinden, an einem oder mehreren dieser Tage die ihm obliegende Handlung vorzunehmen, es liegt daher in der Regel gar nicht das Bedürfniß vor die Frist, deren Endpunkt etwa auf einen Feiertag fällt, zu erstrecken. Anders verhält es sich dagegen mit der an einen bestimmten Termin gebundenen Handlung: hier steht zur Vornahme derselben gar nicht die Wahl zwischen mehreren Tagen frei und es wäre ungerecht den Termin, der auf einen Feiertag fiel, nicht zu verlegen. Wegen Ungleichheit des Rechtsgrundes erscheint daher im Sinne des baltischen Privatrechts eine analoge Ausdehnung der im Art. 3064 daselbst gegebenen Vorschrift auf den im Art. 3062 vorgesehenen Fall ausgeschlossen.

Es fragt sich aber, ob nicht nach processualischen Grundsätzen die in Rede stehende sechswochentliche Einlösungsfrist erstreckbar sei. Die Ausübung des bei der Zwangsversteigerung von Immobilien dem Schuldner und dessen nächsten Erben nach Art. 3963 des Prov.-Rechts Th. III und Cap. XXXII §. 10 des II. Buches der Rig. Stadtrechte eingeräumten Einlösungsrechts setzt eine Handlung des Reluents vor dem competenten Specialconcurssforum voraus; denn das Stadtrecht l. e. verordnet ausdrücklich, daß der Reluent innerhalb der 6 Wochen das Haus zu reluiren und das gebotene Geld (die Meistbotsumme) zu Gericht zu bringen habe. Die einschlägigen Gesetzesstellen lassen ferner darüber keinen Zweifel aufkommen, daß die sechswochentliche Relutionsfrist vom Zeitpunkte des Zuschlages zu beginnen habe, ohne daß sie durch eine richterliche Ver-

fügung (wie etwa bei der gesetzlichen Beweisfrist) erst in Lauf gesetzt werden müßte. Sie ist also zu denjenigen gesetzlichen Fristen zu zählen, deren Anfangspunkt und Dauer schon durch einen Rechtsfact bestimmt sind und welche, wenn an ihre Versäumung ein Verlust von Rechten geknüpft ist, was bei der Einlösungsfrist auch zutrifft, als absolute Nothfristen oder Fatalien bezeichnet werden. Wenn nun auch zuzugeben ist, daß nach gemeinem Recht die gewöhnliche Meinung sich dafür ausgesprochen hat, daß der Finaltag einer processualischen Frist, deren Endpunkt auf einen Feiertag fällt, auf den nächstfolgenden Werktag ohne weiteres zu verschieben sei, obgleich diese Meinung ohne gesetzlichen Anhalt ist (Renaud, Civilproceß, §. 83. Bayer, Vorträge, S. 479 u. 480), so kann doch diese Meinung im Geltungsgebiete des Riq. Stadtrechts weder generell, in Anbetracht der Bestimmung des Art. 3062 a. a. O., noch speciell bezüglich processualischer Nothfristen zur Geltung kommen. Sollen letztere erstreckt werden, so bedarf es dazu eines darauf gerichteten rechtzeitigen Antrages vor dem competenten Richter; anderenfalls ist das Recht, welches innerhalb der gesetzlichen Frist ausgeübt werden sollte, für erloschen zu erachten, wenn nicht die Gegenpartei ausdrücklich oder stillschweigend in eine Nachholung des Versäumten willigt. Diese Grundsätze sind zwar im Stadtrecht (Lib. II Cap. XX §. 12 und abg. Art. Cap. XXVIII §§. 3 u. 5) zunächst nur bezüglich der Beweisfrist und der Appellationsrechtfertigungsfrist zum Ausdruck gelangt, aber wegen Gleichheit des Rechtsgrundes sind sie ohne Bedenken auch auf andere Nothfristen in Anwendung zu bringen. Was insbesondere die sechs-wöchentliche Präclusivfrist zur Reluition der zwangsweise versteigerten Immobilien anbelangt, so besagt zwar Lib. II. Cap. 32 §. 10 der Stadtrechte, daß, falls der Schuldner innerhalb dieser Frist die Reluition nicht gehörig vollzieht, der Meistbieter unwiderruflich ein Herr des Pfandes sein solle; allein hierunter kann doch nur verstanden werden, daß der Meistbieter eine nachträgliche Ausübung des Einlösungsrechts sich nicht gefallen zu lassen braucht, während mit seiner Zustimmung das Versäumte vom Reluienten noch nachgeholt werden könnte.

Es sind endlich wohl auch noch Fälle denkbar, in welchen ohne vorgängige Salvation und auch wider den Willen der Gegenpartei die Nachholung des innerhalb der gesetzlichen Frist versäumten Judi-

cialactis noch für zulässig erkannt werden kann. Diese Fälle haben zur Voraussetzung, daß ein unverschuldetes Hinderniß die Fristversäumniß verursacht hat, daß ein motivirtes Restitutionsgesuch verlaublich und daß die processualische Handlung, deren Zulassung im Wege der Restitution erwirkt werden soll, sofort mit dem Restitutionsgesuche nachgeholt wird (Seuffert's Archiv V, 89).“

Es folgt die Erörterung, weshalb zu einer Restitution nach Lage der Sache kein Grund vorliege.

96. Über die Erstreckbarkeit peremptorischer Fristen

enthalten die Motive des Querelbescheides vom 13. October 1872, Nr. 7181 Folgendes:

„Nach den Grundsätzen des gemeinen Processes unterliegt es keinem Zweifel, daß auch peremptorische Fristen, namentlich wenn die Anberaumung derselben lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen ist, an und für sich erstreckbar sind und es dazu nur eines zeitig eingebrachten Fristgesuches und einer Begründung desselben bedarf, über deren Werth der Richter selbst im Falle eines Widerspruchs der Gegenpartei, wenn es hinsichtlich des Fristgesuches zu einem (nicht unbedingt nothwendigen) contradictorischen Verfahren gekommen ist, nach seinem Ermessen zu entscheiden hat. Zur Begründung eines Fristgesuches wird aber als erforderlich angenommen, daß bescheinigt werde, daß die Beobachtung der ersten Frist unthunlich gewesen und die Absicht einer Verzögerung bzw. eine eigene Nachlässigkeit des Bittstellers ausgeschlossen sei. Was aber die Zeitigkeit des Fristgesuches betrifft, so gehen die processualischen Grundsätze nur dahin, daß bei einer peremptorischen Frist das Gesuch vor Ablauf der Frist eingebracht sein muß, während bei dilatorischen Fristen auch eine spätere Anbringung gestattet wird.“

97. Fristversäumung. — Zeitpunkt, mit welchem dieselbe eintritt und der Präclusionsantrag gerechtfertigt ist.

Beklagter war angewiesen, sich binnen peremptorischer Frist von 14 Tagen auf die Klage zu erklären. Im Präclusivtermin, zu welchem Beklagter resp. dessen Mandatar citirt, jedoch bis 3 Uhr Nachmittags nicht erschienen war, stellte der Kläger den Präclusions-

antrag (welchen das Gericht [II. Sect. d. Landvogteigerichts] ver-
schrieb), wofern bis zum Schluß der Sitzung das erforderliche Ver-
fahren vom Beklagten nicht eingereicht werden würde. Zugleich
wurde eine Protokollcitation gegen den Beklagten nachgegeben.
Um 3 Uhr 27 Minuten, nach Schluß der Sitzung, reichte Beklag-
ter seine Erklärung ein und gab im Protokollcitationstermin an:
der Mandatar sei verhindert gewesen früher vor Gericht zu erschei-
nen, und habe sonst keine Gelegenheit gehabt vor 3 Uhr am betr.
Tage die Erklärung bei Gericht einzugeben.

Durch Bescheid vom 14. August, Nr. 158 wurde nun u. a.
festgesetzt, daß Beklagter zu beweisen habe, daß sein Rechtsanwalt
am betr. Tage durch Krankheit verhindert gewesen persönlich zu
Gericht zu erscheinen, und auch keine Gelegenheit gehabt habe die
Erklärung vor 3 Uhr Nachmittags einzureichen.

Der Querelbescheid vom 15. October 1875, Nr. 6785 hob
dieses Verfügten auf, wies den Präclusionsantrag des Klägers
zurück und gab dem Kläger auf, sich binnen 8 Tagen auf die vom
Beklagten in der Untergerichtskanzellei eingegebene Klagebeantwor-
tung zu erklären. Die obrichterlichen Motive führen aus:
„Bei Erfüllung der Auflage, welche dem Beklagten gemacht wor-
den war, daß er binnen peremptorischer Frist von 14 Tagen seine
Klagebeantwortung bewerkstellige, war er nicht an eine Stunde
innerhalb der herkömmlichen Sitzungszeit gebunden. Die ihm ob-
liegende Handlung, welche lediglich in der Uebergabe des Klage-
beantwortungsverfahrens in der Kanzellei zu bestehen brauchte, konnte
auch in Abwesenheit des Richters vollzogen werden, der Schluß-
punkt jener 14 tägigen Frist fiel daher nicht in die Sitzungszeit des
letzten Tages, vielmehr lief die mit diesem Tage ablaufende Frist
noch so lange, als es vor TagesSchluß möglich war bei der Kanzellei
des Gerichts eine Satzschrift einzureichen. Nun kann eine Ungehör-
samsanklage nicht früher erhoben resp. vom Richter entgegengenom-
men werden, als bis der Ungehorsam eingetreten resp. bis die Frist
abgelaufen ist, innerhalb deren es der zur Vornahme einer pro-
cessualischen Handlung verpflichteten Partei frei steht die Handlung
zu vollziehen. Denn eine wirksame Anschulldigung setzt das Vor-
handensein einer Schuld voraus, wie eine solche vor ganzlichem Ab-
lauf der Frist nicht angenommen werden kann. Die (am letzten
Tage der Frist) während der Sitzungszeit erhobene Ungehorsams-

anklage war mithin, weil die Frist des Beklagten noch nicht abgelaufen und nach gehobener Sitzung die Einreichung der Erklärung noch zulässig und möglich war, eine verfrühte. Sie konnte den Beklagten nicht an der Ausbeutung seiner Frist hindern. Würde es statthaft sein, die Ungehorsamsanklage schon vor Ablauf der dem Gegner gesetzten Frist mit der Bitte zu combiniren, daß der Gegner für den Fall contumacirt werde, daß er innerhalb der noch nicht abgelaufenen Frist das ihm obliegende Verfahren versäumen sollte, so hieße das soviel, als die Proceßregel abschaffen, nach welcher erst die Ungehorsamsanklage den Schlüsselpunkt für die erlaubte Nachholung des versäumten Verfahrens bildet. Hat nun aber Beklagter noch vor Ablauf seiner 14 tägigen peremptorischen Frist seine Erklärung auf die Klage eingereicht und kann wegen der verfrüht angestellten Ungehorsamsanklage Klägers der Schlüsselpunkt dieser Frist nicht bis in die Sitzungszeit des Gerichts zurückverlegt werden, so muß einleuchten, daß mit Unrecht gegen Beklagten die Präclusion verhängt und ein fingirtes Geständniß desselben angenommen wurde.“

98. Die Contumaz kann auch nach Ablauf der präclusivischen Frist purgirt werden.

Die Resolution des Rathes vom 23. Mai 1873, Nr. 3863 enthält über diese Frage Folgendes:

„Bei gewöhnlichen präclusivischen Fristen, die nicht zugleich fatalia sind, ist anerkannten Grundsätzen nach die Purgirung der eingetretenen Contumaz so lange möglich, als gegnerischerseits noch nicht der Antrag auf Contumacirung der säumigen Partei gestellt worden ist, d. h. also unter Umständen nach Ablauf der präclusivischen Frist.“

99. Wirkung eines vor der Contumacialanklage gestellten Fristerstreckungsgesuches gegenüber dieser letzteren.

Beklagtem war am 5. August eine 14tägige Präclusivfrist zur Erklärung auf die Klage anberaumt worden. Am 19. August bat er, ihm dieselbe bis zum 22. August zu erstrecken, während Kläger seinerseits am 21. August auf Präclusion antrug. Nachdem Be-

Klagter inzwischen die Klagebeantwortung am 22. August eingereicht hatte, wiederholte Kläger am 24. August nach vorgängiger Citation des Beklagten seinen Contumacialantrag. Die I. Section des L.V.G. verfügte darauf, die nachgesuchte Fristerstreckung zu bewilligen und die übergebene Erklärung auf die Klage zu den Acten zu nehmen.

Dieses Verfügten wurde auf klägerische Beschwerde durch den Querelbescheid vom 18. October 1878, Nr. 7044 aus folgenden Gründen aufgehoben und gleichzeitig die Klagebeantwortung als verspätet zurückgewiesen:

„Als Schlußpunkt für die Nachholung des während einer Präklusivfrist versäumten Verfahrens wird nach der herrschenden Praxis der Stadtgerichte nicht das die Contumaz declarirende Erkenntniß, sondern schon der Moment der Ungehorsamsbeschuldigung angesehen. Eine solche hat Kläger bereits am 21. August verlautbart, woraus sich ergibt, daß Beklagter nur in Folge ausdrücklicher Fristerstreckung die Befugniß hätte erlangen können später als am 21. August die aufgegebene Klageerwiderung zu bewerkstelligen. Um eine Fristerstreckung hat Beklagter allerdings gebeten gehabt, eine Gewährung derselben war aber vor der Ungehorsamsbeschuldigung nicht erfolgt, seine darauf gerichtete Bitte, aus deren Motiven sich nicht erkennen läßt, daß Beklagter ohne sein Verschulden außer Stand gesetzt war, die ihm obliegende Erklärung auf die Klage rechtzeitig abzugeben, konnte ihm also ungeachtet des darauf erfolgten Stillschweigen des Richters, eine wirksame Einrede gegen die Ungehorsamsbeschuldigung von Seiten des Gegners nicht gewähren.

Hatte demnach Kläger einen Anspruch darauf gewonnen, daß dem Beklagten vom 21. August an die Nachholung der verabsäumten Klageerwiderung weiter nicht gestattet würde, so muß darin, daß eine erst am 22. August eingereichte Erklärung des Beklagten nicht als verspätet zurückgewiesen wurde, eine Beeinträchtigung des Klägers erkannt werden.“

100. Die Ungehorsamsbeschuldigung wegen Versäumung eines Termins muß im Termin selbst, jedenfalls aber vor dem Salvationsgesuche der handlungspflichtigen Partei erfolgen.

Beklagter hatte den zur Ableistung des Schiedsweides in der Kirche für ihn anberaumten Termin in Folge eines Versehens versäumt, noch am selben Tage aber in der Gerichtssitzung um Salvation des Termins nachgesucht, welche ihm von der II. Section des L.V.G. auch gewährt wurde. Die dagegen vom Kläger erhobene Querel ist aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Die klägerische Behauptung, daß die angedrohte Contumacialfolge bei Versäumung eines Termins nach gemeinem Rechte von selbst eintrete, ist gänzlich haltlos, da im Gegentheil ein jeder Termin gemeinrechtlich als circumducirt gilt, wenn die Gegenpartei des zu einer Proceßhandlung im Termin Verpflichteten nicht im Termin die Ungehorsamsbeschuldigung erhebt. Ebenso wenig ist aber anzuerkennen, daß im stadtrechtlichen Proceß ein Anderes gelte, indem bezüglich der Fristen stets der Satz angewendet worden ist: *contumacia non accusata non nocet* und, wenn zum Eintritte der Contumacialfolge bei der Fristversäumniß die Ungehorsamsbeschuldigung gefordert wird, sie umsomehr bei der Versäumung eines Termins gefordert werden muß. Bei Terminen, die nicht vor Gericht, sondern außerhalb desselben abzuhalten sind, hat die Praxis allerdings auch eine spätere Ungehorsamsbeschuldigung zugelassen; jedenfalls ist eine solche aber unstatthaft, wenn sie — wie im Fragefalle — erst erfolgt, nachdem die Gegenpartei nicht nur ausdrücklich um Salvation gebeten, sondern auch den Antrag im Verhandlungstermine verlautbart hat, ehe irgendwie eine Ungehorsamsbeschuldigung erfolgt ist.“

(Querelbescheid vom 27. März 1881, Nr. 2158).

101. Das Contumacialerkenntniß hat sich strict an den Wortlaut der Androhung zu halten.

Dem Beklagten war aufgegeben worden, binnen bestimmter Frist „sub poen. praecl. conf. et conv. sich zu erklären.“ Im Präclufivtermin äußerte sich Beklagter dahin: „er könne sich nicht

erklären, weil die klägerischerseits zur Begründung der Klage beigebrachte Rechnung nicht vollständig sei; er könne sich erst dann erklären, wenn er das Contobuch, das zwischen den Parteien geführt worden, bekommen haben werde.“ Auf die gegnerische Ungehorsamsbeschuldigung verurtheilte das Getränkesteuergericht durch Contumacialverfügung vom 27. Februar den Beklagten der Klage gemäß und behielt ihm alles Recht wegen seiner etwaigen Gegenforderungen vor. Der Rath hob indessen dieses Verfügungen auf Appellation des Beklagten durch Appellationsurtheil vom 15. Mai 1874, Nr. 3169 auf und gab dem Untergerichte auf, auf die materielle Erklärung des Beklagten zu entscheiden, was Rechtens.

Die Motivirung des Erkenntnisses zweiter Instanz lautet:

„Die Appellation muß insoweit, als Appellant sich darüber beschwert, daß er in contumaciam in die Klage verurtheilt worden, für allerdings vollkommen begründet erachtet werden. Eine Ungehorsamsschuld liegt nur dann vor, wenn eine Partei die ihr richterlich vorgeschriebene Handlung in der ihr anberaumten Frist unterläßt und solchergestalt nicht befolgt, was ihr von Gerichtswegen aufgegeben worden. Der Ungehorsam hat zu seiner Voraussetzung stets ein positives Widerstreben, eine an sich bloß processualisch ungehörige Erfüllung der richterlichen Auflage begründet noch keinen Ungehorsam und kann also auch die richterlichen Nachtheile eines solchen nicht nach sich ziehen. Wie ungenügend und processualisch unzulässig also immerhin auch die Erklärung des Beklagten auf die Klage ausfallen mochte, wofern er nur überhaupt irgend welche Erklärung abgab, so durften ihn die Folgen einer contumacia nicht treffen. Der actenmäßigen Sachlage nach war dem Beklagten am 13. Februar c. bei Bewilligung der von ihm nachgesuchten Abschrift von der Klage nicht etwa eine directe Erklärung auf die Klage, sondern ganz allgemein eine Erklärung auf die Klage überhaupt aufgegeben worden. Beklagter durfte demnach in dem ihm dieserhalb anberaumten Präclusivtermine beliebig eine directe Erklärung abgeben, Einreden jeder Art vorbringen oder auch nur ein Intercalarverfahren einleiten. Sobald er das eine oder andere that, zeigte er sich nicht als widerseßlich. Widerseßlich wäre er im Gegentheil nur dann geworden, wenn er garnicht erschienen wäre oder, obwohl erschienen, jede Erklärung verweigert hätte. Beklagter war aber erschienen und äußerte sich, wenn auch zunächst ab-

lehrend zur Sache, indem er die beigebrachte Rechnung als unvollständig bezeichnete und zur Erläuterung dessen hinzufügte, daß ihm bei verschiedenen Posten nicht der ihm zugesicherte Rabatt in Anrechnung gebracht worden. Ob Beklagter diese Erklärung in die Form einer Einrede oder eines Intercalarjahres kleidete, ob seine Erklärung eine kunstgerechte oder laienhaft mangelhafte war, kommt dabei nicht in Betracht, so lange es sich nur darum handelt, ob ein Ungehorsam verschuldet wurde oder nicht. Nicht auf die Form, sondern auf das Wesen des Vorgebrachten hatte der Richter sein Augenmerk zu lenken, nicht auf die dem Protokoll nach vom Beklagten geäußerten Worte, „er könne sich nicht erklären“, was offenbar und unverkennbar nichts anderes heißen soll, als: er könne sich nicht direct erklären — was ja dem Beklagten zunächst noch gar nicht nothwendig oblag — sondern auf den ganzen Inhalt der nachfolgenden Worte hatte der Richter Gewicht zu legen, diesen Inhalt als einen rechtmäßigen anzuerkennen oder ihn als einen rechtswidrigen zu verwerfen und darauf dem Beklagten weiter aufzugeben, was nunmehr nach den Regeln des Processes von ihm zu fordern war.“

102. Zur rechtsgiltigen Contumacirung des Beklagten im Falle der Riga. Stadtrechte L. II C. XVI §. 2 ist die polizeiliche Constatirung der Abwesenheit des Contumax erforderlich.

Die Beklagten S. hatten Riga verlassen und waren auf den einfachen Rapport des Ministerials, welcher sie bei Vornahme der Citation nicht vorgefunden hatte, als contumaces auf Antrag der Kläger verurtheilt worden. Die Resolution vom 4. Januar 1871, Nr. 3973 sah in diesem Verfahren aus nachstehenden Gründen eine Nichtigkeit:

„Allerdings machen die Stadtrechte (Lib. II Cap. XVI §. 2) die Contumacirung einer Proceßpartei nicht nur von dem Nachweis abhängig, daß dieselbe Riga verlassen habe, sondern auch davon, daß dies ohne Bestellung eines zur Sache genügsamen Bevollmächtigten geschehen sei. Allein, wenn es feststeht, daß niemand zur Vertretung einer Partei ohne vorgängige Bevollmächtigung zuzulassen sei und daß jeder, der sich vertreten lassen will, einen

Bevollmächtigten „zu Gericht zu senden“ habe, so folgt daraus, daß insofern eine Bevollmächtigung actenmäßig nicht constatirt ist, es so angesehen werden muß, als ob eine Bevollmächtigung nicht stattgefunden habe. Eine andere Auffassung würde die allegirte Stelle der Stadtrechte ganz illusorisch machen, denn es müßte alsdann behufs Contumacirung des Beklagten immer erst der Beweis geführt werden, daß derselbe nicht am Ende doch einen Bevollmächtigten hinterlassen habe, ein Beweis, der zu führen geradezu unmöglich ist.

Wenn also die Beklagten Niemanden zu ihrer Vertretung bevollmächtigt haben, so bedarf es zur Contumacirung derselben nur noch des Nachweises, daß dieselben Riga im Laufe des Processus verlassen haben.

Diese Thatsache muß aber allerdings genau festgestellt werden und nicht auf einer unsicheren Mittheilung ungenannter Personen beruhen, weshalb denn auch nach feststehender Praxis bei den Stadtgerichten nicht früher angenommen wird, daß Jemand, der vor Gericht zu erscheinen verpflichtet ist, aus Riga verreist sei, als bis eine Mittheilung von der Polizei eingegangen ist, daß sie ihn nicht habe ermitteln können.

Das Wettgericht hat eingeräumt, eine solche Requisition an die Polizeiverwaltung nicht erlassen, sondern sich mit dem Rapport des Ministerials begnügt zu haben. Da nun aber die Thatsache, daß die Supplicanten Riga wirklich verlassen haben, durch den Rapport des Ministerials in Übereinstimmung mit der feststehenden Praxis nicht als genügend angesehen werden kann, damit aber das Contumacialerkenntniß vom 19. October 1870 der thatsächlichen und gesetzlichen Basis entbehrt, so ist dasselbe als nichtig aufzuheben und das Wettgericht anzuweisen gewesen, an Stelle des aufgehobenen Erkenntnisses ein neues zu fällen.“

103. a) Das Mortificationserkenntniß ist ein Contumacialurtheil und kann deshalb auf einseitigen Antrag nicht aufgehoben werden.

b) Voraussetzungen der Restitution wegen Abwesenheit.

Nachdem das Vogteigericht auf Antrag der Geschwister N., welche behaupteten, daß ihnen eine Obligation der Rigaschen Stadt-

fasse abhanden gekommen sei, behufs Mortificirung derselben ein Proclam erlassen und nach dessen widerspruchslosem Ablauf die Obligation für mortificirt erklärt hatte, brachte P. die mortificirte Obligation bei, behauptete, das Mortificationsproclam sei von den Geschwistern N. arglistiger Weise erschlichen worden, und bat um Aufhebung des Mortificationserkenntnisses. Das Urtheil des Vogteigerichts vom 8. December 1879, Nr. 209, welches diesen Antrag abwies, wurde durch Appellations-Erkenntniß vom 14. März 1880, Nr. 1807 aus folgenden Gründen bestätigt:

„Man muß dem ersten Richter darin beitreten, daß das Mortificationserkenntniß ein der Rechtskraft fähiges Decisivdecret und nicht, wie Kläger behauptet, ein auf einseitigen Antrag abänderliches Verfüg. enthält. Es handelt sich hier um ein Contumacialerkenntniß, das sich von der gewöhnlichen Art dieser Decrete nur darin unterscheidet, daß die Ladung nicht an eine bestimmte Person, sondern an sämtliche unbekannte Interessenten ergeht und die gestellte Verwarnung auch allen diesen angedroht wird. Kläger bemerkt zwar ganz richtig, daß der Zweck der Ladung nicht die Durchführung eines Rechtsstreites, sondern nur die Ermittlung derjenigen Person bilde, gegen welche eventuell der Rechtsstreit durchzuführen sei; daraus folgt aber nichts gegen die Decisivnatur des Mortificationserkenntnisses, indem die Versäumung der Meldung — ähnlich wie bei dem Concursproclam, wo gleichfalls nur die Meldung und nicht die Durchführung eines Rechts verlangt wird — eben die Präclusion aller Ansprüche und bzw. Einwendungen, welche gegen den Mortificationsimpetranten etwa begründet sind, als Contumacialfolge nach sich zieht. Könnte das Mortificationserkenntniß hinterher auf einseitigen Antrag wieder beseitigt werden, so würde es seinen Zweck, den Impetranten gegen fernere Ansprüche aus der mortificirten Urkunde zu sichern, gänzlich verfehlen. Eine Aufhebung des Mortificationserkenntnisses auf den einseitigen Antrag des Klägers kann also wegen des gegenwärtig etwa constatirten Mangels seiner Voraussetzungen nicht eintreten.

Ebensowenig kann aber eine Restitution des Klägers wider jenes Erkenntniß wegen seiner behaupteten Abwesenheit außerhalb der Reichsgrenzen Platz greifen. Zwar ist es zu weit gegangen, wenn der erste Richter die Möglichkeit einer solchen Restitution in thesi verneint, weil sie in dem localen Proceßrechte nicht vorkomme.

Denn, wenn auch eine Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse wegen bloßer processualischer Versäumnisse hier selbst im Rechtswege nur in vereinzelt, hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen durchführbar ist, so darf doch an der Möglichkeit einer Restitution gegen den Verlust eines materiellen Rechts nicht gezweifelt werden, da der Art. 3092 des P.R. Th. III eine solche Restitution ausdrücklich als ein Rechtsmittel der Abwesenden und der ihnen gleichgestellten Personen zur Wiedererlangung eines verlorenen Rechts anführt. Kläger hat indessen einen haltbaren Restitutionsgrund insofern nicht für sich geltend machen können, als er eine nothwendige Abwesenheit im Sinne des Privatrechts nicht behauptet hat, eine willkürliche Abwesenheit wegen eigener Geschäfte aber nach Art. 3086 und 3089 a. a. O. nicht schlechthin, sondern nur unter der Voraussetzung einen Restitutionsgrund bildet, daß der Abwesende einen Stellvertreter hinterlassen und dieser den Verlust nicht hat abwenden können. Da letzteres aber vom Kläger nicht angeführt und auch an sich für den vorliegenden Fall nicht anzunehmen ist, so fehlt es für eine Restitution des Klägers an der rechtlichen Vorbedingung.“

104. Ist der Richter verpflichtet, den Beklagten zur Zahlung des unstreitigen Theilbetrages zu verurtheilen?

„Klägerin erachtet sich deshalb für gravirt, weil nicht bereits theilweise definitiv erkannt worden ist. Nach Art. 3514 des Prov.-Rechts Th. III soll der Gläubiger der Regel nach weder zur Annahme von Abschlags- oder Stückzahlungen, noch eines anderen Gegenstandes, als worauf das Forderungsrecht eigentlich gerichtet ist, genöthigt werden. Nach Art. 3515 l. c. kann indessen, wenn ein Theil der Schuld streitig und der andere unbestritten ist, von Gerichtswegen angeordnet werden, daß der Gläubiger den unbestrittenen Theil der Schuld anzunehmen habe. Klägerin hätte mithin fordern können, daß Beklagter ihr den unstreitigen Betrag sofort auszahle, sie hätte sogar wider ihren Willen gezwungen werden können, einen Theil ihres ganzen Forderungsbetrages entgegenzunehmen. Eine Veranlassung dazu, daß ohne den ihrerseits kundgegebenen Willen, eine Theilzahlung entgegenzunehmen, auf eine solche erkannt werde, hat indessen für den Unterrichter nicht vor-

gelegen. Daher ist ihr Gravamen nicht gerechtfertigt. In Anbetracht dessen aber, daß die Geltendmachung unstreitiger Forderungsansprüche an processualische Bedingungen nicht gebunden ist, hat in dem zu fällenden Erkenntnisse 2. Instanz dem erst bei der Querelannmeldung verlaublichen Wunsche der Klägerin, den unstreitigen Forderungsbetrag entgegenzunehmen, durch entsprechende Verurtheilung des Beklagten Rechnung getragen werden können.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 11. October 1878, Nr. 6828.)

105. Entscheidung über Accessorien der Klageforderung ultra petita.

Die Klage des Reichsbankcomptoirs gegen den Bürgen für eine Darlehnschuld war auf Bezahlung des durch den Verkauf der verpfändeten Waare nicht gedeckten Schuldrestes sammt Zinsen und Proceßkosten gerichtet. Das Vogteigericht wies durch Erkenntniß vom 17. October 1874, Nr. 147 den Beklagten zur Bezahlung der Schuld sowie u. a. auch der noch zu berechnenden Verkaufsunkosten des Pfandobjects an. Diese Entscheidung wurde, insofern sie die Rückerstattung der Unkosten für den Verkauf des Pfandes betrifft, als über die Klagebitte hinausgehend, durch das Appellationsurtheil vom 22. Januar 1875, Nr. 571 mit folgender Motivirung aufgehoben:

„Wenn Appellant, Beklagter, geltend macht, daß der Richter insofern über die Klagebitte hinausgegangen, als er ihn, den Beklagten, angehalten auch die allerst noch zu berechnenden Verkaufsunkosten dem klägerischen Comptoir zu ersetzen, so erscheint das nicht unrichtig. Denn wenn auch in der Klage das klägerische Comptoir dessen erwähnt hat, daß es sich vorbehalte seiner Forderung nachträglich diese Verkaufsunkosten hinzuzufügen, so hat dasselbe doch die Klagebitte auf die Forderung des Capitals — sammt Zinsen — beschränkt, von dem anfänglichen Vorbehalt auch hinterher keinen Gebrauch gemacht, die Klagebitte in keiner Weise verändert und insbesondere nicht den Klagegegenstand erweitert. Der Vorwurf, daß dem klagenden Comptoir mehr zugesprochen, als gebeten worden, entbehrt hiernach nicht des thatsächlichen Grundes.“

106. **Proceßleitende Gewalt des Richters.** Der achttägige Termin zur Erklärung kann denegirt werden, wenn nach Lage der Acten eine relevante Erklärung nicht mehr möglich ist.

Beklagte hatte Gegenbeweis und Additionalbeweis geführt und erbat sich auf die von der Klägerin ausgesprochene Bitte um Eröffnung der Scrutinen eine achttägige Frist zur Erklärung. Auf klägerischen Protest verfügte das Waisengericht (Protokollverfügen vom 7. Juli 1873) ohne Berücksichtigung der Bitte der Beklagten den Schluß des Beweisverfahrens und die Eröffnung der Scrutinen.

Gegen dieses Verfügen erhob die Beklagte die Wichtigkeitsbeschwerde, weil durch dasselbe der Grundsatz des rechtlichen Gehörs beider Theile verletzt sei. Der Querelbescheid des Rathes vom 7. December 1873, Nr. 9111, in welchem zugleich über die Wichtigkeitsbeschwerde erkannt wurde, bestätigte das untergerichtliche Verfügen und bemerkt in den Motiven:

„Wenngleich nun auch dem von der Querulantin angeführten Grundsatz des gegenseitigen Gehörs der Parteien vor der zu erlassenden Entscheidung die Anerkennung und Geltung nicht zu versagen ist, so kann doch von der richterlichen Direction des Proceßes nicht zugelassen werden, daß derselbe, namentlich in einem solchen Falle, wo es sachlich nichts weiter zu erklären giebt, zum Vorwande einer Proceßverschleppung genommen werde. Eine solche lediglich würde aber aus der Gewährung einer Frist zu einer weiteren und anderen Erklärung auf die klägerische Bitte um Schluß des Beweisverfahrens und Eröffnung der Scrutinen erfolgt sein. Denn diese Erklärung hätte entweder nur darin bestehen können, daß Beklagte der Bitte um Schluß des Beweisverfahrens zustimmte; in diesem Falle wäre der Proceß unnützer Weise um die Zeit der gewährten Frist verzögert worden. Oder aber Beklagte hätte der Bitte nicht zugestimmt, sich gegen den Schluß des Beweisverfahrens ausgesprochen und damit, als einziges Motiv eines solchen Verhaltens die Bitte um Gestattung einer ihrerseitigen weiteren Beweisführung, einer Superadditionalgegenbeweisführung verbunden, auf welche Bitte sodann von der Gegnerin zu verfahren und von dem Gericht zu entscheiden gewesen wäre. Auch in diesem, einzig möglichen, anderen Falle wäre mit der Fristerstreckung nur eine

Proceßverzögerung eingetreten, da dies die einzig mögliche Folge gehabt hätte, daß das Erkenntniß des Gerichts „daß weil die Beklagte neben der Gegenbeweiszführung schon eine Additional(Gegen)beweiszführung nachgegeben erhalten, eine weitere Beweiszführung nicht wohl statthaft erscheine“ nur um die Zeit der Frist und des danach etwa erfolgten Verfahrens hinausgeschoben wäre.“

(Es folgt eine Deduction darüber, daß der Superadditionalbeweis vorliegenden Falls nicht statthaft sei.)

107. Der Civilproceß hat nur die Aufgabe die formelle Wahrheit zu ermitteln.

Hierüber sagen die Motive des Querelbescheides vom 12. Januar 1873, Nr. 246 Folgendes:

„Der Civilproceß hat bekanntlich nicht gleich dem Criminalproceß die Aufgabe materielle Wahrheit zu ermitteln, er hat einzig die sich aus den Anträgen der Parteien und deren Verhandlungen ergebende formelle Wahrheit festzustellen. Was die Parteien Thatsächliches vorgebracht und ungeachtet gegnerischen Widerspruchs durch Beweis zu bewahrheiten unterlassen haben, ist eben formell unwahr, wie wahr es im Uebrigen auch materiell sein möge. Nach letzterem hat der Civilrichter überhaupt nicht zu forschen. Was dagegen durch civilprocessualische Beweismittel formell in Gewißheit gesetzt worden, ist formell wahr, wenngleich es materiell wider die Wahrheit verstoßen möge. Was von den Parteien in den Acten nicht verhandelt worden, existirt einfach für den an die Verhandlungsmaxime gebundenen Civilrichter nicht.“

108. Richterlicher Augenschein ex officio.

In den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 24. October 1875, Nr. 7009 wird ausgesprochen, daß „nach den Grundsätzen des Proceßrechts zur Feststellung einer zweifelhaften Thatsache der richterliche Augenschein in jeder Lage des Processes vom Richter ex officio wahrgenommen werden kann“.

(Es handelte sich um eine Localbesichtigung, welche ergab, daß die von den Zeugen behauptete Wahrnehmung eines bestimmten Orts

von dem seitens der Zeugen angegebenen Standpunkte aus unmöglich sei).

109. Einholung eines Sachverständigengutachtens von Amtswegen ist nur zur Beurtheilung actenmäßiger Thatfachen zulässig.

„Wenngleich anzuerkennen ist, daß dem Richter die Befugniß zusteht sich als Hilfsmittel seiner Cognition von Amtswegen Sachverständiger zu bedienen, so kann doch im vorliegenden Falle hiervon kein Gebrauch gemacht werden, einerseits weil die Ausübung jener Befugniß nur da möglich ist, wo aus actenmäßig constatirten Verhältnissen Urtheile, die nicht juristischer Art sind, zu finden, oder die Bedeutung actenmäßiger Thatfachen festzustellen ist, im Fragefalle aber . . . die thatsächliche Grundlage eines von Amtswegen einzuholenden Sachverständigengutachtens actenmäßig nicht constatirt ist; andererseits weil der Unterrichter durch sein rechtskräftiges Beweisinterlocut die Kläger verpflichtet hat, den eben nur durch ein Sachverständigengutachten zu erbringenden Beweis . . . zu führen, und der Richter, welcher auch das Interesse des Producten wahrzunehmen hat, nicht die dem Producenten bei Androhung eines processualischen Nachtheils auferlegte, von demselben aber versäumte processualische Handlung nachzuholen berechtigt erscheint“.

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 7. December 1879, Nr. 8126).

110. Schadenersatzbetrag durch richterliches Ermessen bestimmt.

„Daß bei Entschädigungsverbindlichkeiten zur Eruirung des zu ersetzenden und durch die gewöhnlichen Beweismittel oft nicht zu ermittelnden Betrages subsidiär die Abschätzung des Betrages durch den Richter eintreten darf, ist processualisch begründet (l. 4 §. 4, l. 5 §. 3 D. de in lit. jur. XII, 3 und l. 15 §. 9 D. quod vi aut clam XLIII, 24).“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 6. Mai Nr. 3127.

111. Bei Feststellung der Commination für den Fall der Nichterfüllung einer richterlichen Auflage ist der Richter an den Antrag der Parteien nicht gebunden.

Kläger hatte beantragt, den Beklagten zur Herausgabe eines Wechsels bei der Verwarnung anzuhalten, daß widrigenfalls dessen Mortification für des Beklagten Rechnung erfolgen solle. Das Vogteigericht hatte jedoch den Beklagten für den Fall der Nichtauslieferung des Wechsels zum Ersatze der Wechselsumme sammt Zinsen und Kosten verpflichtet. Auf dawider erhobene Beschwerde wurde in dem Appellations-Erkenntniß vom 17. Mai 1878, Nr. 3410 ausgesprochen:

„Zur Verwirklichung des Rechts ist es nicht genügend, daß der Richter erkenne, was Recht sei und welche Verpflichtung der einen oder anderen Partei obliege, sondern es muß auch für den Fall des Ungehorsams die verpflichtete Partei genöthigt werden können, ihrer durch das Urtheil ausgesprochenen Verpflichtung nachzukommen. In der Praxis des stadtrechtlichen Processes wird daher bei Ansetzung des Termins für die auferlegte Leistung auch zugleich die Execution im Falle der nicht rechtzeitigen Erfüllung angedroht. Bei Verurtheilung in eine Geldschuld richtet sich die Execution auf die Erlangung des betreffenden Betrages aus dem Vermögen des Schuldners. Bei Verurtheilung auf Herausgabe einer Sache, namentlich auf Herausgabe eines Documents, muß im Falle des Ungehorsams der Partei eine solche Maßnahme angedroht und bzw. ergriffen werden, welche zur Erfüllung des Zweckes, der Herstellung des verletzten Rechts geeignet ist. Die Beurtheilung der Wichtigkeit und der rechtlichen Zulässigkeit der zu ergreifenden Maßnahme muß aber der richterlichen Beurtheilung und Entscheidung überlassen werden und es kann der Richter dabei nicht an den Antrag des Klägers gebunden sein, wenn er diesen für unzulässig erachten muß. Wenn überdies der klägerische Antrag über die Art der festzusetzenden Commination von dem Beklagten hinsichtlich seiner Zulässigkeit bestritten wird, so liegt für den Richter ein Streitpunkt vor, der gleich anderen von ihm zu entscheiden ist, ohne daß er dabei an die Ansichten der Parteien gebunden ist. Der vom Appellanten gemachte Vorwurf, daß der Unterrichter den Grund-

satz: ne eat iudex ultra petita partium unberücksichtigt gelassen habe, ist daher nicht zutreffend . . .

Zur Erfüllung des durch die Commination beabsichtigten Zweckes dürfte es jedoch genügen, wenn die Androhung und Verpflichtung des Beklagten für den eventuellen Fall der Nichtherausgabe des Wechsels dahinginge, daß Beklagter verpflichtet sei die Wechselsumme sammt Renten und Kosten nicht dem Kläger auszu zahlen, sondern zur Sicherstellung desselben lediglich ad depositum iudiciale zu bringen, wo diese Summe so lange liegen zu bleiben hätte, bis entweder der Wechsel ausgeliefert, oder die Gefahr aus etwanigen aus dem Wechsel herzuleitenden Ansprüchen für den Kläger, namentlich durch Ablauf der Verjährungsfrist, vorüber sein würde. Es ist daher in dieser Beziehung das untergerichtliche Erkenntniß abzuändern, zumal für den Kläger zur Zeit noch kein berechtigender Grund zum Haben des Capitals selbst vorliegt.“

112. Die Substantiirung der Klage ist ein Erforderniß auf welches der Richter von Amtswegen zu sehen hat.

Die Motive des Revisionserkenntnisses des Rathes vom 23. Mai 1873, Nr. 3862 enthalten über diese Frage Folgendes:

„Jede auf dem Civilrechtswege verfolgte Klage charakterisirt sich durch das Klagegesuch, durch welches eine Verurtheilung des Beklagten zu einer ganz bestimmten Leistung zu verlangen ist. Seine Stütze hat dieses Klagegesuch zu erhalten in dem thatsächlichen oder historischen Fundament und in dem juristischen Fundament oder dem Rechtsgrund so zwar, daß an diese beiden Bestandtheile der Klage das petitum seinem Inhalt nach mit logischer oder rechtlicher Nothwendigkeit sich anschließt. Ein inhaltlich genau bestimmtes Klagegesuch ist schon deshalb unerläßlich, weil nach der den Civilproceß durchweg durchdringenden Verhandlungsmaxime bei Ausübung bürgerlicher Rechtspflege der Richter nicht befugt ist, über die Desiderien der klagenden Partei hinauszugehen und ohne auf eine bestimmte Leistung gerichtete Bitte von sich aus auf die Thatfachen das Recht anzuwenden. Ein solches Klagegesuch ist in dem Antrag des Herrn N. aber nicht zu finden. Dieser Antrag läßt im Gegentheil vollständig ungewiß, wozu die Beklagten überhaupt verurtheilt werden sollen, indem der Antrag sich darauf beschränkt: der Richter

möge die zum Schutz des Kronsinteresse erforderlichen Maßregeln ergreifen. Mit Recht ist in dem untergerichtlichen Erkenntnisse hervorgehoben, daß damit dem Richter ein Verstoß gegen seine Amtspflicht zugemuthet wird, weil nach dem Gesetz (Rig. Stadtr. Lib. II Cap. I Art. 5) dem Richter ausdrücklich aufgegeben worden „keinem zu schaden oder zu helfen zu seiner Klage“ und daß damit ferner dem Richter ein Ueberschreiten seiner Competenz zugemuthet wird, wenn von ihm verlangt wird, daß er in Erwägung ziehen solle, was etwa das Interesse des Klägers erheischt, und die Maßregeln ausfindig machen und nach seiner Willkür anordnen solle, welche zum Schutz dieses Interesse nach seiner subjectiven Anschauung dienlich sein mögen. . . .

Der Vorwurf mangelhafter und unzureichender Substantiirung ist demnach dem klägerischen Antrage vom Unterrichter mit vollem Juge und Recht gemacht. Da nun in jedem Stadio des Processus ungenügend substantiirte Klagen vom Richter im Interesse der Zeit- und Kostenersparung von Amtswegen zurückzuweisen sind, indem er auf solche Klagen ein Erkenntniß zu fällen schließlich doch nicht im Stande sein würde, so zc.“ — — — — —

113. Der Richter kann *ex officio* in jedem Stadium des Processus eine unsubstantiirte Klage zurückweisen.

Die Proceßparteien hatten, nachdem verschiedene Schriftsätze gemechselt waren, zum Beweisinterlocut resp. zum proceßleitenden Decret submittirt. Durch Erkenntniß des Landvogteigerichts I. Section vom 30. November 1871, Nr. 180 wurde indeß Kläger mit seiner unsubstantiirten Klage angebrachtermaßen ab und zum Kostenersatz an seinen Gegner angewiesen.

Der Kläger appellirte nun und zwar u. a. deshalb, weil das Untergericht der Proceßregel: *judex ne eat ultra petita partium* entgegen an Stelle des von beiden Theilen erbetenen Beweisinterlocuts ein die Sache schließendes Erkenntniß gefällt habe. Das Appellationsurtheil vom 26. April 1872, Nr. 2826 bestätigte jedoch die untergerichtliche Entscheidung vollkommen und bemerkt in den Motiven gegenüber jenem Einwand des Appellanten Folgendes:

„Es ist zwar allerdings richtig, daß der Richter niemandem mehr zusprechen darf, als worum gebeten worden. Nicht darum

aber handelt es sich im vorliegenden Falle, in welchem überhaupt nichts irgend jemandem zugesprochen ist. Hier handelt es sich vielmehr einzig um die Machtvollkommenheit der richterlichen Amtsthätigkeit und deren Grenzen, denn es steht eben nur in Frage, ob der Richter befugt ist von Amtswegen eine an sich rechtlich nicht begründete, weil unsubstantiierte Klage zurückzuweisen. Es ist das kein Judicium über die Anträge der Parteien hinaus, sondern lediglich ein Erkennen unabhängig von den Anträgen der Parteien, auf welche gar nicht Rücksicht genommen wird. Wie es nun einerseits freilich gewiß ist, daß der Richter durch die Verhandlungsmaxime an die thatsächliche Gestaltung des Streitverhältnisses durch die Parteien gebunden ist, so ist andererseits nicht dem leisesten Zweifel unterliegend, daß der Richter in rechtlicher Beziehung vollkommen selbständig und von den Anträgen der Parteien unabhängig auszusprechen nicht nur befugt, sondern sogar verpflichtet ist, was seines Dafürhaltens Rechtens ist (cf. c. unic. Cod. ut quae desunt II, 11.). Insbesondere liegt es in der Berufspflicht des Richters auch ohne dahin zielenden Antrag, sobald ihm Gelegenheit gegeben worden aus den Acten sich davon zu überzeugen, daß es dem geltend gemachten Anspruch von vornherein, sei es an allen wesentlichen Voraussetzungen zur Begründung der Klage, sei es auch nur an einer derselben gebricht, die von ihm geforderte Rechtshilfe zu verweigern, weil eben das Recht schon diese Hilfe versagt. Wenn daher das Untergericht, als aus den Acten sich ihm die Rechtsüberzeugung erschloß, daß die Voraussetzungen, an welche das Gesetz für den vorliegenden Fall die Erfüllung des geklagten Anspruchs knüpft, Inhalts der Klage hier nicht zutreffen, oder mit anderen Worten, wenn das Untergericht ersah, daß das Klagerecht auf der thatsächlichen oder rechtlichen Grundlage, auf welcher es zur Geltung gebracht werden wollte, an sich nicht durchführbar war, so hat das Untergericht nicht die Grenzen seiner Machtvollkommenheit überschritten, sondern nur seiner Amtspflicht genügt, indem es ein weiteres nutzloses und kostspieliges Procediren auf solcher verfehlten Grundlage von vornherein abschneidet.“

Uebereinstimmend wurde erkannt in dem Appellations-Erkenntniß vom 31. August 1877, Nr. 5884 und in dem Appellations-Erkenntniß vom 15. October 1880, Nr. 6729.

114. Abweisung einer Klage durch die Appellationsinstanz von Amtswegen.

Beklagte hatte gegen ein Verfügen des Wettgerichts, welches ihr den nachgesuchten Additionalgegenbeweis verweigert hatte, Querel erhoben. In dem Querelbescheide vom 8. Februar 1880, Nr. 1021 wurde darauf ausgesprochen:

„Eine Beweisführung ist nur in Bezug auf eine Klage statthaft, die an sich schlüssig begründet ist, wogegen der Richter nach feststehender Proceßregel befugt ist, eine nicht gehörig substantiirte oder offenbar rechtlich nicht begründete Klage in jedem Stadium des Processess von Amtswegen abzuweisen. Diese Befugniß muß auch der Appellationsinstanz zustehen, weil sie an die Rechtsansichten der Parteien ebensowenig gebunden ist, wie der Richter erster Instanz, und andererseits auch die Rechtsauffassung dieses letzteren für sie nicht maßgebend ist. Auch der Oberrichter ist somit berechtigt und zur Abschneidung unnöthiger Processse verpflichtet, rechtlich nicht begründete Klagen von Amtswegen zurückzuweisen, sofern die betreffende Sache vor ihrer rechtskräftigen Entscheidung zu seiner Cognition gelangt.“

115. Das Gericht, welches eine Klage abweist, ist nicht verpflichtet, dem Kläger eine andere Klage ausdrücklich offen zu lassen.

„Des Klägers Querel ist zufolge seiner Justification dagegen gerichtet, daß ihm durch die Entscheidung des Wettgerichts die Erhebung einer neuen Klage auf Grund des stattgehabten Anerbietens und der Acceptation zur Fortsetzung des Dienstes nicht offen gelassen resp. abgeschnitten sei. Von einem Abschneiden und Verweigern einer neuen Klage ist weder in dem untergerichtlichen Erkenntniß, noch in der Declaration desselben nur im geringsten die Rede gewesen. Aus . . . der untergerichtlichen Entscheidung ergiebt sich vielmehr, daß das Untergericht die Anstellung einer neuen Klage auf einem anderen Klagefundament formell für möglich und zulässig hielt. Daß aber in dem untergerichtlichen Erkenntniß in den verbis decisivis nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, daß dem Kläger eine andere Klage mit anderem Klagefundament offen stehe, kann

umsoweniger Gegenstand einer Beschwerde sein, als weder dem Richter eine ausdrückliche Verpflichtung zu einem solchen Ausspruche obliegt, noch im vorliegenden Fall ein in der Sache liegender Grund vorhanden war, den Kläger auf eine solche mit anderem Klagefundament anzustellende Klage hinzuweisen.“

(Querelbescheid vom 3. Juni 1877, Nr. 3900.)

116. Der Vorbehalt separater Klage wegen unberücksichtigt gelassener Gegenforderungen braucht nicht in den Desisivworten ausgesprochen zu werden.

„Daß dem Beklagten die Klage wegen seiner Gegenforderungen nicht in den Entscheidungsworten des angefochtenen Erkenntnisses ausdrücklich offen gelassen worden ist, bietet ihm keinen Grund zur Beschwerde. Jede Entscheidung des Gerichts findet ihre nähere Bestimmung und Auslegung in den ihr beigegebenen Gründen, die insofern einen wesentlichen Bestandtheil des Urtheils selbst, eine Ergänzung seines Inhaltes bilden (Civ. Entsch. III, S. 459). Die Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses lassen aber keinen Zweifel daran zu, daß der erste Richter die Gegenforderungen des Beklagten nur für den vorliegenden Proceß unberücksichtigt gelassen, nicht aber sie definitiv zurückgewiesen hat, . . . womit unzweideutig constatirt ist, daß die Gegenansprüche des Beklagten nur zur Compensation für nicht geeignet erkannt sind, also dem Beklagten die selbständige Verfolgung derselben nach Art. 3563 des Prov.-Rechts Th. III jederzeit freisteht.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 23. Februar 1879, Nr. 1356.)

117. Pluspetitio ratione rei bewirkt nicht Abweisung der Klage, sondern Verurtheilung in den wirklich geschuldeten Betrag.

„Es kann der Ansicht des Unterrichters nicht beigespflichtet werden, daß wenn der Kläger sich einer pluspetitio ratione rei schuldig gemacht, d. h. wenn er eine größere Summe gefordert hat, als er zu beanspruchen berechtigt ist, die ganze Klage angebrachtermaßen abzuweisen sei. Nach älterem römischem Rechte hatte aller-

dingß die Pluspetition stets die Sachfälligkeit des Klägers und seine vollständige Abweisung zur Folge und es erklärt sich diese Strenge durch das damals geltende Formularverfahren, von welchem der Richter abzuweichen nicht berechtigt war. Nachdem aber das Formularverfahren aus dem Prozesse ausgemerzt worden ist, und insbesondere nach den Grundsätzen des modernen Proceßrechts kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Zuvielfordern nur dann, wenn der Klageanspruch in seiner Totalität davon betroffen wird, die Abweisung der Klage zur Folge hat. Ist dagegen die ausgeklagte Forderung nur in einzelnen Theilen hinfällig, in anderen dagegen wohlbegründet, so kann der Richter nicht die ganze Klage angebrachtermaßen abweisen, sondern hat auf den der rechtlichen Begründung nicht entbehrenden Theil des Klageanspruches einzugehen und die Verurtheilung des Beklagten, wosfern die thatsächlichen Voraussetzungen derselben vorhanden sind, auszusprechen.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 30. Jan. 1880, Nr. 777).

117a. Pluspetitio ratione temporis. Fälligkeit im Laufe des Processes.

„Beklagter macht in der Appellationschrift geltend, die Verurtheilung zur Zahlung des Capitals sei zur Zeit eine verfrühte und deshalb unrechtfertige. Da Beklagter indessen in der Vorinstanz diesen Einwand garnicht erhoben hat und gegenwärtig seit der in der Klage vom 15. März d. J. erhobenen Kündigung die bedungene sechsmonatliche Kündigungsfrist bereits verstrichen ist, so giebt die vom Appellanten erhobene Beschwerde insofern keinen Grund zur Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses, als in dem vorliegenden Prozesse nicht über die Fälligkeit, sondern über die Berechtigung des zur Klage gebrachten Forderungsrechts gestritten worden ist und solchenfalls auf den Umstand, daß zu früh geklagt worden, keine Rücksicht genommen wird, falls die Fälligkeit im Laufe des Processes eintritt (Civilrechtl. Entscheid. V, Nr. 885).“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 15. October 1880, Nr. 6730).

118. Die in contumaciam fingirte Einlassung auf die Klage hat die Verurtheilung nur zur Folge, wenn die Klage durch die angeführten Thatfachen ausreichend substantiirt ist.

Beklagter war mit der erhobenen Incompetenzeinrede zurück- und zur Einlassung auf die Klage binnen 8 Tagen s. p. praec. conf. et conv. angewiesen worden. Wegen verabsäumter Einlassung wurde er darauf von dem Wettgericht in contumaciam verurtheilt. In der damider eingelegten Appellation machte Beklagter geltend, daß die Klage wegen mangelnder thatsächlicher Substantiirung unschlüssig sei. In dem Querelbescheide vom 14. December 1879, Nr. 8314 wurde darauf ausgesprochen:

„Aus dem Umstande, daß der Richter es für geboten hält, den Beklagten zur Erklärung auf eine Klage anzuweisen, kann noch nicht gefolgert werden, daß der Richter das Klagevorbringen für schlüssig erachtet hätte. Denn obgleich der Richter von sich aus jede Klage abweisen kann, welche nicht die Ansprüche des Klägers auf Thatfachen zurückführt, durch deren Subsumtion unter Rechtsgründe sich jene Ansprüche mit Nothwendigkeit ergeben, so pflegt doch in der Regel nicht vor der Vernehmung des Beklagten wegen Nichtvorhandenseins eines Rechtsgrundes eine Klageabweisung verfügt zu werden, wie es denn auch vorgekommen ist, daß nach Beendigung eines weitläufigen Proceßverfahrens eine Klage wegen Mangels der Schlüssigkeit zurückgewiesen worden ist. Wenn demnach nicht allein für den Beklagten, sondern auch für das Wettgericht dadurch, daß es den Beklagten zur Einlassung auf die Klage angewiesen hatte, die Möglichkeit nicht hatte abgeschnitten werden sollen, die Dunkelheit und Unschlüssigkeit des Klagevorbringens einer Erörterung zu unterziehen, so liegt es auf der Hand, daß die Vor- nahme der dem Richter schon von Amtswegen obliegenden Prüfung der Schlüssigkeit der Klage nicht deshalb in Wegfall zu kommen hat, weil sich der Beklagte der Erklärung auf die Klage vollständig begeben hatte.

Die Wirkungen des in einem solchen Falle von dem Beklagten verschuldeten Ungehorsams, bestehend in der poena confessi et convicti, können niemals die Ansprüche überragen, welche nach Maßgabe der Klage als begründet anzusehen sind. Soweit die Klage

nicht begründet ist, läßt sich von einer Verurtheilung des Beklagten überhaupt nicht reden. Weil das in contumaciam zu fingirende Zugeständniß des Beklagten nur die von dem Gegner behaupteten Thatfachen in sich schließt, so umfaßt die in contumaciam anzunehmende Schuld des Beklagten auch nur solche Verpflichtungen, welche durch Subsumtion jener Thatfachen unter Rechtsgründe sich mit logischer und juristischer Nothwendigkeit ergeben.

Demnach hat eine Verurtheilung des Beklagten in die klägerischen Rechnungsposten zur Voraussetzung, daß die zu ihrer Substantiirung angeführten Thatfachen eine gesetzlich anerkannte Zahlungsverpflichtung des Beklagten klarlegen. Dieses kann aber hinsichtlich keines der fraglichen Posten angenommen werden. . . . Allem Angeführten nach hat die Contumacirung des Beklagten dessen Verurtheilung nicht ohne weiteres zur Folge. Das nach dieser Richtung ergangene Erkenntniß des Unterrichters ist daher aufzuheben."

119. Abweisung derselben Forderung „angebrachtermaßen“ und zugleich definitiv.

Beklagter hatte auf dem klägerischen Heuschlag angeblich widerrechtlich Holz gestapelt und Kläger forderte vom Beklagten dafür, und zwar ausdrücklich, sei es als Entschädigung für den von ihm entmaßten Gebrauch seines Heuschlags, sei es als stillschweigend vereinbarten Lohn 33 Rbl. 90 Kop. Die Klage wurde durch Erk. der I. Sect. des Landvogteigerichts vom 9. December 1871, Nr. 186, soweit sie aus einer Schadensersatzverpflichtung hergeleitet werden wollte, angebrachtermaßen, im Übrigen aber wegen mangelnden Beweises definitiv abgewiesen und auf Appellation des Klägers das untergerichtliche Erkenntniß durch das Appellationsurtheil vom 24. März 1872, Nr. 2006 gänzlich bestätigt. In den obergerichtlichen Motiven findet sich der Passus:

„Appellant hat noch auf die angebliche Seltzamkeit hingewiesen, daß dieselbe Klage über nur einen Streitgegenstand theils angebrachtermaßen, theils definitiv abgewiesen worden. Bei einer aus verschiedenen Rechtsgründen abgeleiteten Forderung derselben Sache wird indeß ein solcher Dualismus mitunter zur unabweisharen Nothwendigkeit. Allerdings hätte in diesem Falle nach obergerichtlichem Dafürhalten auch die Klage, soweit sie in einer Entschädigungs-

forderung wurzelte, immerhin definitiv abgewiesen werden dürfen, weil es auch an dem zu ihrer Begründung erforderlichen Beweise mangelte. Da indeß eine dahin zielende Abänderung des untergerichtlichen Erkenntnisses eine unzulässige reformatio in pejus gewesen wäre, so hat schon deshalb davon abgesehen werden müssen.“

120. Klageabweisung angebrachtermaßen darf nicht unterlassen werden, weil ein bezügliches Beweisverfahren Aussicht für eine definitive Erledigung der Sache bietet.

Gegen die Vindication eines angeblich ohne allen Titel besessenen Grundstücks wandte Beklagter u. a. ein, ihm sei das Recht zur Nutzung des Grundstücks auch vertragsmäßig von der Klägerin eingeräumt worden. In der Replik bemerkte die Klägerin darauf: daß, wenn Beklagter den Pachtbesitz des betr. Grundstücks habe, Klägerin hiermit kündige und Aufhebung des Pachtverhältnisses verlange. Die I. Sect. des Landvogteigerichts (Erk. vom 25. April 1874, Nr. 78) sah in dieser Erklärung ein Zugeständniß dessen, daß zwischen den Parteien ein Pachtvertrag bestehe, welcher den Beklagten zur Innehabung des Grundes berechtige; weil ferner ein Klagerrecht processualisch nicht anders bestehe, als wenn der Klagenb verfolgte Anspruch schon zur Zeit der Klageerhebung begründet gewesen, so wurde die in der Replik erfolgte Kündigung für effectlos erklärt. Aus diesen Gründen sei die Klage bei Compensation der Kosten angebrachtermaßen abzuweisen. Weil es sich indessen zur Abschneidung ferneren Rechtsstreites empfehle, auf die peremptorische Einrede des Beklagten (daß ihm ein Ackergrundzinsrecht zustehe) einzugehen, erkannte das Untergericht auf Führung eines Beweises seitens des Beklagten und wies die Klage für den Fall der Erbringung des Beweises definitiv, entgegengesetzten Falls angebrachtermaßen ab.

Auf Appellation der Klägerin wies der Rath durch Appellationsurtheil vom 13. August 1876, Nr. 5131 — wenngleich aus anderen Motiven als das Landvogteigericht — bei Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klage angebrachtermaßen ab, und zwar heißt es in den oberrichterlichen Entscheidungsgründen:

„wenn eine Klage wegen formeller Gebrechen nicht geeignet ist, die Grundlage einer Streitverhandlung zu bilden und daher ange-

brachtermaßen abgewiesen werden muß, so ist es nicht möglich, daß es zum Beweise komme und erst von dem Ergebnisse des Beweises abhängen, ob die schon von Hause aus gebotene Abweisung der Klage einzutreten habe.“

121. Beweist ein Urtheil die Existenz der Forderung auch gegen Dritte?

Im Specialconcurse des B. concurrirte eine Darlehnsforderung seiner Mutter, der Wittve B. mit einer Forderung des R. und einer Forderung des S. Letztere bestritten, daß die Wittve B. ihrem Sohne das Darlehn überhaupt ausgezahlt habe, wogegen sie sich auf das gerichtliche Geständniß des B. und das darauf wider ihn erwirkte Urtheil bezog. Die I. Section des L.V.G. legte nun in dem Erk. vom 16. August 1879, Nr. 176 der Wittve B. den Beweis auf, daß sie dem Schuldner das streitige Darlehn wirklich gegeben habe, auf ihre Appellation wurde dagegen durch Appellations-Erkenntniß vom 22. Februar 1880, Nr. 1352 dieser Beweis für überflüssig erklärt.

„Denn, heißt es in den Gründen, die Liquidantin hat diesen Schuldbetrag nicht nur durch das vor Eröffnung des Specialconcurse wiederholt abgelegte gerichtliche Geständniß des Schuldners, sondern auch durch das beigebrachte rechtskräftig ergangene Erkenntniß nachgewiesen, welches den Beklagten anwies, das geklagte Darlehn von 14000 Rbl. zu bezahlen, und welches dritten Gläubigern des B. gegenüber nicht minder beweiskräftig ist, als die von denselben zur Begründung ihrer eigenen Forderungen beigebrachten, Dispositionsacte des Schuldners enthaltenden Obligationen. Das Judicat hat vielmehr vor diesen, sofern sie aus dem Darlehnsvertrage originiren, den Vorzug, daß es nicht durch die querela non numer. pec., sondern nur mit der Behauptung, daß das Schuldbekenntniß, auf welches das Judicat sich gründet, in fraudem creditorum gemacht worden sei, angefochten werden kann. Dieser letztere Einwand ist aber im vorliegenden Falle gegen die Wittve B. nicht erhoben worden.“

122. Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

I. In den Motiven des Querelbescheides vom 10. September 1875, Nr. 5962 ist anerkannt: „daß die decisive Natur eines bestimmten Richterspruchs, nicht seine Stellung in den Decisivworten, resp. in den Entscheidungsgründen, für seine Fähigkeit rechtskräftig zu werden, maßgebend ist.“

II. Ferner heißt es in den Motiven des Appellationsurtheils vom 29. November 1874, Nr. 7462:

„Nicht etwa nur die eigentlichen verba decisiva eines Erkenntnisses, sondern ohne Rücksicht auf die Unordnung des Stoffes auch dasjenige Material in den Entscheidungsgründen, welches, an sich entscheidender Natur, das Erkenntniß begründet, geht in Rechtskraft über.“

123. Voraussetzungen der *exceptio rei judicatae*.

I. R. hatte wider die Geschwister B., welche ihm für ein Darlehen ein noch nicht auf ihren Namen in den Grundbüchern verzeichnetes Immobil verpfändet hatten, darauf geklagt, daß sie ihren Besitztitel an dem Immobil und die ihm bestellte Hypothek in die Grundbücher eintragen mögen, widrigenfalls er es für ihre Rechnung solle thun dürfen. Dieser Klage war durch Erkenntniß vom 15. März 1879 stattgegeben worden und R. hatte darauf den Auftrag des Immobiles und die Aufschreibung seiner Hypothek bewerkstelligt. Als er von den Geschwistern B. den Ersatz der dadurch entstandenen Kosten forderte, wandten diese ein, die Klage sei verfrüht, denn Kläger habe laut Vertrag die bezüglichlichen Kosten auslegen und ihren Betrag auf eine zweite Schuldverschreibung verrechnen sollen, welche sie ihm, ohne eine Valuta empfangen zu haben, über 3000 Rbl. ausgestellt hätten. Die dawider vom Kläger vorgebrachte *replica rei judicatae* wurde durch Appellationsurtheil vom 16. November 1879, Nr. 7683 aus folgenden Gründen verworfen:

„Die *exc. rei judicatae*, die hier als Replik in Betracht käme, ist nach l. 3 und l. 7 §§. 1 und 4 Dig. 44, 2 nur begründet, wenn dieselbe Sache, die bereits entschieden ist, unter denselben Personen nochmals in Streit gezogen werden soll, was allerdings auch ein-

treten würde, wenn eine versäumte Einrede, die das Klagesfundament selbst betrifft, und ihre Wirksamkeit eben nur gegen diese Klage äußert, hinterher zugelassen werden sollte, um den urtheilsmäßigen Anspruch zu zerstören (S. A. XXXII, 360). Wie bereits in dem Querelbescheide des Rathes vom 7. September 1877, Nr. 6088 ausgesprochen worden, reicht die Rechtskraft des Urtheils soweit, als sein Inhalt reicht: es ist deshalb „dieselbe Sache“ nach der richtigen Ansicht nur dort als vorhanden anzunehmen, wo es sich in beiden Processen nicht nur um dieselbe Rechtsfrage, sondern auch um denselben Streitgegenstand handelt, und diese Voraussetzung liegt im Fragefalle nicht vor.

Denn Kläger hat in dem Vorprocesse nur den Anspruch auf Ingrossation seiner Hypothek bzw. auf die (als rechtliche Vorbedingung dieser erscheinende) Corroboration des Besitztittels der Beklagten verfolgt und das Erkenntniß vom 15. März 1879 hat lediglich die Berechtigung dieses Anspruches dergestalt festgestellt, daß im Falle der mangelnden Befriedigung desselben durch Beklagte Kläger die zu seiner Klaglosstellung erforderlichen Handlungen für Rechnung der Beklagten selbst solle vornehmen dürfen. Dagegen ist über die Frage, ob die von den Beklagten zu tragenden Kosten der Corroboration dem Kläger sogleich baar zu entrichten, oder ob sie etwa zufolge besonderer Uebereinkunft auf die Valuta einer Obligation abzurechnen seien, überhaupt nicht gestritten und daher auch nicht entschieden worden. Der Anspruch des Klägers auf die Bewerkstelligung der Corroboration und Ingrossation für Rechnung der Beklagten und sein Anspruch auf sofortige baare Erstattung der bezüglichen Kosten sind nicht identisch, sondern total verschieden: folglich erscheint auch die Einrede der Beklagten, daß Kläger den letzteren Anspruch wegen der behaupteten Vereinbarung nicht habe, — eine Einrede, die in dem Vorprocesse gar nicht am Platze war — durch die Vorentscheidung in keiner Weise ausgeschlossen. Die Deduction, daß Kläger, jene Vereinbarung vorausgesetzt, einen Anspruch auf Corroboration und Ingrossation für Rechnung der Beklagten gar nicht haben erheben dürfen, läßt unberücksichtigt, daß die bezüglichen Kosten auch dann „für Rechnung“ der Beklagten gehen, wenn sie ihnen auf eine Obligationsvaluta angerechnet werden, welche Kläger ihnen sonst baar zahlen müßte.“

II. Ebenso heißt es in dem Querelbescheide vom 19. Januar 1873, Nr. 478:

„Die res iudicata ist nur dann vorhanden und kann die aus ihr abgeleitete Einrede nur dann eintreten, wenn in dem zweiten Prozesse zwischen denselben Personen nicht nur über denselben Klagegegenstand gestritten wird, sondern auch aus demselben Klagegrunde, oder wie es in den Quellen heißt, wenn eadem quaestio in iudicium revocatur (l. 3, l. 7 §§. 1 und 4, l. 19 Dig. de exc. rei jud. 44, 2)“.

III. Ferner heißt es in den Gründen des Appellations-Erkenntnisses vom 23. Januar 1881, Nr. 621:

„Es ist zwar die eine Voraussetzung der exc. rei iudicatae, die Identität der Personen, unter welchen der frühere und der neue Rechtsstreit geführt wird, hier vorhanden, dagegen fehlt aber die andere, objective Voraussetzung: die Identität der Streitfrage. Wie nämlich der Rath im Appellations-Erkenntniß vom 25. Januar 1878, Nr. 688 in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Doctrin (vgl. Bangerow, Pandekten I, §. 173 sub V Ziffer 4 und Windscheid, Pandekten I, §. 130) bereits anerkannt hat, bleibt zwar das dingliche Recht trotz verschiedener Erwerbarten immer dasselbe, wogegen das Eigenthümliche persönlicher Ansprüche darin besteht, daß jede besondere Verbindlichkeit an einen besonderen Erwerbgrund geknüpft ist. Die Obligation ist eine ganz verschiedene nach Verschiedenheit ihrer Entstehungsgründe und durch Aenderung des Erwerbgrundes wird die Einrede der abgeurtheilten Sache ausgeschlossen, mag auch das Klageziel, die beanspruchte Leistung in beiden Processen dasselbe sein.“

124. Bedeutung des rechtskräftigen Locationsurtheils für die Nachforderungsklage des Gläubigers gegen den Cridar.

I. „Die Frage, ob der Inhalt eines Locationserkenntnisses nach Beendigung des Concursets bei Geltendmachung eines Nachforderungsrechts für den Cridar verbindlich sei, kann nur von dem Gesichtspunkte beantwortet werden, daß die Berufung auf eine rechtskräftige Entscheidung nur da zulässig ist, wo nicht nur dieselbe

Rechtsfrage, über welche schon in dem früheren Proceſſe entſchieden iſt, auf's Neue zur Verhandlung kommt, ſondern auch zugleich der neue Rechtsſtreit unter denſelben Perſonen geführt wird (cf. l. 3, l. 7 §. 4 D. 44, 2). Hierbei iſt nun nothwendig ein Unterſchied zu machen zwiſchen dem im Generalconcurſe und dem im Specialconcurſe ergangenen Locationserkenntniß. Beide Concurſarten haben zwar das gemeinſam, daß ſie die Vertheilung des zur Maſſe gezogenen Vermögens des Creditors unter deſſen Gläubiger nach Maßgabe der denſelben zuſtehenden Vorzugsrechte bezwecken. Ein principieller Unterſchied beider beſteht aber in Bezug auf die Stellung des Creditors ſeinen Gläubigern gegenüber. Im Generalconcurſe nämlich, deſſen Zwecke das Gläubigercorps ſelbſtändig unter Mitwirkung des Concurſgerichts erfüllt, hat die Anerkennung oder Beſtreitung der angemeldeten Forderungen ſeitens des Creditors gar kein entſcheidendes Gewicht: die Anſicht des Creditors wird nur zur beſſeren Inſtruction des von der Gläubigerciſchaft gewählten Maſſecurators eingeholt, letzterer iſt in den Liquidationsproceſſen der Gegner der einzelnen Exhibenten, während der Creditor ſelbſt gar nicht in die Lage kommt, die ihm gegen die angemeldeten Forderungen etwa zuſtehenden Einreden zu verſechten. Daß im Generalconcurſe gefällte Locationserkenntniß, durch welches eine vom Creditor beſtrittene Forderung Anerkennung gefunden hat, kann daher regelmäßig nicht als ein zwiſchen dem Exhibenten und dem Creditor ergangenes Judicat angeſehen werden und der, ein Nachforderungsrecht geltend machende, Gläubiger kann in ſolchem Falle daher ſich nicht gegenüber etwanigen Einwänden des früheren Gemeinſchuldners auf die Rechtskraft des Locationserkenntniſſes berufen.

Anders dagegen verhält ſich die Sache im Specialconcurſe, welcher nach einheimiſchem Recht die Bezeichnung für die in Folge der Execution in ein Immobil des Schuldners eintretende Proceſſur der Vertheilung des für das verſteigerte Immobil eingezahlten Meiſtbotſchillings unter die Gläubiger iſt. Hier tritt eine ſelbſtändige Vermögensverwaltung durch das Gläubigercorps gar nicht ein, hier bleibt auch der Schuldner in dem Liquidationsverfahren der Proceſſgegner der Exhibenten und das Locationserkenntniß ergeht nach zwiſchen den Gläubigern unter einander ſowohl, als auch zwiſchen ihnen und dem Creditor ſtattgehabtem contradictoriſchen Verfahren. Läßt daher der Creditor das Locationserkenntniß die

Rechtskraft beschreiten, so ist es ihm nicht mehr gestattet, einer Nachforderungsklage Einreden aus der Zeit vor Erlass dieses Erkenntnisses entgegenzustellen.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 7. Februar 1879, Nr. 947).

II. Ebendasselbst wird die Frage, ob die Zuerkennung der Zinsen bis zum Tage der Concurseröffnung (bzw. der *immissio ex 2do decreto*) nicht die Nachforderung von Zinsen für die Folgezeit ausschließe, verneint: „Denn im Concurse handelt es sich darum, wieweit das zur Concursmasse gezogene Vermögen zur Befriedigung des Zinsanspruches herangezogen werden soll, bei der Nachforderungsklage dagegen wird zur Deckung der Zinsen, welche im Concurse keine Berücksichtigung gefunden haben, das anderweitige Vermögen des früheren Gemeinschuldners, welches keinen Bestandtheil der bereits ausgeschütteten Concursmasse bildet, in Anspruch genommen. Somit liegt nicht „*eadem quaestio*“, eine der nothwendigen Voraussetzungen der *exc. rei judicatae* vor.“

125. Bedeutung früherer Entscheidungen der Stadtgerichte für die Beurtheilung des analogen Falles.

In den Motiven des Appellations-Urtheils vom 15. December 1872, Nr. 9111 findet sich folgender Passus:

„Es ist zwar richtig, daß der constanten Praxis des Vogteigerichts (in der zur Appellation gestellten Frage) eine ebenso constante Praxis der I. Section des Landvogteigerichts gegenübersteht. Einen Grund zur Beschwerde vermag jedoch Appellant aus der Berufung des Vogteigerichts auf seine Praxis nach Art. XXVI der Einleitung zum Prov.-Recht Th. III umsoweniger zu entnehmen, als sich einestheils eine übereinstimmende Praxis in Bezug auf die vorliegende Rechtsfrage eben noch nicht herausgebildet, anderentheils das (angefochtene) Erkenntniß erster Instanz sich auch nur nebenher auf seine frühere Rechtsprechung bezogen, die . . . Entscheidung aber keineswegs ausschließlich auf diese, sondern auf die Codification des Prov.-Rechts gestützt hat. Desgleichen stand der Umstand, daß diese Oberinstanz in einem Appellations-Erkenntniß . . . sich bereits einmal der Ansicht des Landvogteigerichts angeschlossen hat,

der Befolgung einer anderen Ansicht durch das Vogteigericht nach dem allegirten Art. XXVI ebensowenig entgegen, als er eine Veranlassung für den Appellationsrichter sein kann, von einer nochmaligen Erörterung der streitigen Rechtsfrage Angesichts der eingehenden Motivirung des ersten Richters Abstand zu nehmen.“

126. Nur die direct reformirende Entscheidung des Obergerichters bindet den Unterrichter, nicht die Rechtsanschauung des Obergerichters.

Aus den Motiven des Erkenntnisses des Rathes vom 12. Mai 1872, Nr. 3272:

„Es muß .. darin .. dem Unterrichter beigepflichtet werden, daß für ihn die oberrichterlichen Rechtsanschauungen und Entscheidungen nur insoweit maßgebend sind, als durch sie seine, des Unterrichters Rechtsanschauungen und Entscheidungen berichtigt oder reformirt worden, und daß dagegen der Unterrichter von dem sich nicht beeinflussen zu lassen braucht, was etwa der Obergerichter aus eigener Initiative und unveranlaßt durch einen vorgängigen untergerichtlichen Spruch als Recht gekennzeichnet hat.“

127. Der Civilrichter ist an das verurtheilende Erkenntniß des Strafrichters gebunden.

D. war rechtskräftig wegen thätlicher Beleidigung des U. zu einer Geldstrafe von 10 Rbl. verurtheilt worden. Auf Klage des U. bei dem L.W.G. II wies dieses den D. auch zur Zahlung einer Entschädigung von 30 Rbl. an U. an. In der Resolution vom 18. October 1878, Nr. 7043 wurde die Verwerfung der dagegen von dem Beklagten D. ergriffenen Beschwerde unter anderem damit motivirt:

„Auf die wiederholte Versicherung des Supplicanten, er habe an der Mißhandlung des U. nicht Theil genommen, durfte das Civilgericht, da die Schuld des Supplicanten bereits vom Criminalgericht rechtskräftig constatirt war, überhaupt nicht mehr zurückkommen.“

128. Rechnungsfehler im richterlichen Verfüg.

I. Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 5. April 1872, Nr. 2357:

„Wenn . . . Appellant nach Maßgabe seiner Appellationsrechtfertigung das untergerichtliche Erkenntniß schon deshalb als ein nichtiges, oder doch anfechtbares bezeichnen zu dürfen glaubt, weil in dasselbe überhaupt ein erst hinterher zurecht gestellter Rechnungsfehler sich eingeschlichen gehabt, so ist diese Anschauung des Appellanten eine rechtsirrhümliche, da nach l. 1 §. 1 Dig. quae sententia 49, 8, sowie nach dem Art. 4462 Th. III des Prov.-Rechts von demselben Richter, welcher das Urtheil gefällt hat, in demselben begangene Rechnungsfehler jeder Zeit und sogar, nachdem das Urtheil bereits in Rechtskraft übergegangen ist, verbessert werden dürfen, ohne daß die Zurechtbeständigkeit des Urtheils im Uebrigen darunter irgend zu leiden hätte.“

II. Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. Januar 1874, Nr. 334:

„Allerdings hat der Unterrichter in der Rubelzahl der anerkannten Schuld geirrt, zur Zurechtstellung dieses einfachen Rechnungsfehlers hätte es indeß nicht des Gebrauches eines Rechtsmittels bedurft, da nach dem Art. 4462 Th. III des Prov.-Rechts ein Erkenntniß, in welchem ein Rechnungsfehler begangen ist, in Ansehung desselben überhaupt nie rechtskräftig wird und der Unterrichter gewiß nicht angestanden haben würde, den Irrthum nach dem einfachen Hinweis auf ihn selbst ordnungsmäßig zurechtzustellen.“

129. Umfang der Kostenersatzpflicht, namentlich in Bezug auf Reisekosten, und Nachweis der gehaltenen Kosten.

„Die in Frage kommenden Reisekosten des Chefs der beklagten Handlung, die nach dem Ergebnisse des Hauptprocesses mit Unrecht außerhalb ihres Domiciles Newcastle hier in Riga belangt worden war, sind zu den eigentlichen Proceßkosten zu rechnen. Denn die Reise war zur Erfüllung einer die Eidesleistung am Proceßort anordnenden gerichtlichen Auflage erforderlich und alles, was regelmäßig zum Betriebe eines Processes nicht nur gerichtlich, sondern

auch außergerichtlich aufgewendet worden ist, darf unter dem Titel der Proceßkosten dem zum Ersatze derselben verpflichteten Gegner aufgerechnet werden (Bayer, Civilproceß §. 27. Renaud, Civilproceß §. 228). Nun herrscht aber sowohl nach gemeinem Recht, als auch nach den Quellen des einheimischen Rechts darüber kein Zweifel, daß die Verpflichtung der sachfälligen Partei zum Ersatze der Proceßkosten keinen privatrechtlichen Grund, sondern die Bedeutung einer Präventivmaßregel zur Verminderung der Prozesse hat (Bayer, a. a. O. §. 25. Renaud, a. a. O. §. 228. Rig. Gerichtsordnung von 1581 als Quelle des Lib. II Cap. 34 des Rig. Stadtrechts, bei Napierstn, Quellen, Seite 267). Dieser Grundsatz rein öffentlichen Charakters bringt es mit sich, daß die Durchführung des Anspruchs auf Ersatz der Proceßkosten nicht, wie es bei civilrechtlichen Ansprüchen der Fall ist, den gewöhnlichen Normen des Civilprocesses unterworfen ist. Namentlich ist ein förmliches Beweisverfahren, wie Klägerin solches eventuell verlangt, hier durchaus nicht am Platze, es sei denn, daß der Proceßrichter zu seiner eigenen Information die Beschaffung eines Beweises noch für nöthig hält. Denn der Grundsatz, daß nach Erledigung der Hauptsache eine neue Klage oder ein neuer Proceß einzig wegen der Proceßkosten zu verhüten ist, hat nicht nur im gemeinen Recht, sondern auch im Rig. Stadtrecht Anerkennung gefunden (I. 3 Cod. de fruct. VII, 51. Rig. Stadtrecht Lib. II Cap. 34 §. 1). Es ist nur die Consequenz obiger Grundsätze, wenn der §. 3 der Stadtrechte a. a. O. im Anschluß an die Praxis des Kammergerichts des deutschen Reiches (Bayer, a. a. O. §. 27 S. 86) es in's Belieben der obliegenden Partei stellt, die Expensen „ohne Eide“ zur richterlichen Moderation zu stellen. Diesen letzteren Weg hat beklagte Handlung gewählt und sie kann nach der allegirten statutarischen Bestimmung nicht, wie Klägerin beansprucht, zur Leistung des sog. Expenseneides genöthigt werden. Vielmehr ist solchenfalls der Kostenersatzanspruch nach billigem Ermessen des Richters festzustellen.“

(Querelbescheid vom 22. April 1881, Nr. 2685.)

130. Natur des Notheides. Die Kosten für denselben hat der Ausgeschwörende zu tragen.

In den Motiven der Resolution des Rathes vom 21. September 1873, Nr. 7231 heißt es:

„Es muß als ein processualisch feststehender Grundsatz betrachtet werden, daß der Beweisführer die Kosten für die zum Beweise der von ihm behaupteten Thatsachen producirten Beweismittel bis zum Austrage der Sache zu tragen hat. Der Notheid ist nun aber seiner Natur nach nur als ein den Parteien vom Richter dargebotenes Beweismittel aufzufassen, falls der von ihnen unternommene Beweis nur mangelhaft erbracht worden, und zwar dient er immer der Sache desjenigen, der ihn auszuschwören hat. Denn möge er nun zur Ergänzung eines theilweise erbrachten Beweises dem Beweisführer auferlegt sein, oder möge er zur völligen Beseitigung eines größtentheils mißlungenen Beweisversuches vom Gegner des Beweisführenden ausgeschworen werden, jedenfalls soll durch ihn eine von dem den Eid Leistenden aufgestellte Behauptung in Erweis gesetzt werden, wie denn auch in seiner Stabung nur etwas enthalten sein darf, was von dem Schwörenden, sei es eine Behauptung aufstellend, oder eine solche negirend, im Laufe des Processus vorgebracht worden ist. Wenn nun solchemnach der Notheid sich als nichts weiter darstellt, als ein von einer Proceßpartei auf richterliches Verfügen gebrauchtes Beweismittel, welches die Partei selbst zu ergreifen nicht im Stande ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der den Eid Leistende nach dem oben angeführten processualischen Grundsatz bis zum Austrage der Streit-sache die etwaigen Eidesgebühren zu tragen hat.“

131. Die Verurtheilung des Stellvertreters einer Proceßpartei zum Kostenersatz aus eigenen Mitteln ist unstatthaft.

Die von den Vormündern der unmündigen Dorothea P. Namens derselben angestellte Klage war durch Erkenntniß der I. Section des L.V.G. vom 16. August 1877, Nr. 231 abgewiesen und zugleich ausgesprochen worden, daß die Vormünder die Proceßkosten aus ihrem eigenen Vermögen zu ersetzen hätten. Auf Klage-

riſche Appellation wurde mittelſt Appellations-Erkenntniß vom 16. November 1877, Nr. 7823 erkannt:

„Wenn . . . *sententia unde* in der Hauptsache hat beſtätigt werden müſſen, ſo kann dagegen, was die dem obſiegenden Beklagten zu erſehenden Proceßkosten anbelangt, die Beſtimmung des Unterrichters, wonach die Vormünder der Dorothea P. perſönlich dieſe Laſt zu tragen hätten, nicht von Effect ſein, weil durch richterliche Entſcheidung nur einer von den Proceßparteien, nicht aber dritten Perſonen, als welche die Vormünder der Dorothea P. perſönlich in Betracht kämen, Auflagen gemacht werden dürfen. Daher muß bei Beſtätigung der unterrichterlichen Entſcheidung über die dem Beklagten zu erſehenden Proceßkosten der Zuſatz, wonach dieſer Erſatz aus dem eigenen Vermögen der klägeriſchen Vormünder beſtritten werden ſoll, als wirkungslos aufgehoben werden.“

132. Die Ausſetzung der Entſcheidung über die Kosten eines Zwischenverfahrens bedingt keine Compensation derſelben.

Appellant (Beklagter) hatte in der Unterinſtanz gelegentlich eines Zwischenverfahrens gebeten die Kosten deſſelben bis zum Enderkenntniß auszuſetzen, und wurde, nachdem er im Zwischenverfahren obgeſiegt hatte und in der Hauptsache unterlegen war, durch das wettgerichtliche Erkenntniß von 1. März 1873, Nr. 91 ſchlechthin zum Erſatz der Proceßkosten verurtheilt. In der Appellationsrechtfertigung wies Appellant darauf hin, daß die Kosten des Zwischenverfahrens ihm hätten zugesprochen werden müſſen, wogegen Appellat behauptete: der Gegner habe, indem er gebeten die Entſcheidung über die Kosten bis zum Enderkenntniße auszuſetzen, die Frage über die Erſatzpflicht bezüglich der Kosten des Zwischenverfahrens von dem Ausfalle des ganzen Proceſſes abhängig machen wollen, da ſonſt ein Grund für einen ſolchen Vorbehalt nicht erfindlich ſei. Das Appellations-Erkenntniß des Raths vom 12. October 1873, Nr. 7804 änderte das untergerichtliche Erkenntniß dahin ab, daß der Beklagte berechtigt ſein ſolle die Kosten des bezüglichen Zwischenverfahrens vom Gegner zu beanspruchen, reſp. in Compensation zu bringen: „einen Verzicht auf dieſe Kosten je nach dem Ausfall der Hauptsache durch die Bitte um Aufſchiebung des Erkenntniſſes über dieſelben bis zum Schlußerkenntniße anzu-

nehmen, wie Appellat vermeint und auch die untergerichtliche Erklärung annimmt, liegt kein Grund vor“.

133. Vertheilung der Kosten in der Oberinstanz, wenn von beiden Theilen ein Rechtsmittel verfolgt worden ist.

Der Bescheid des Wettgerichts vom 1. September 1873, Nr. 631 wurde von beiden Parteien durch Querel angegriffen und vom Rath durch Querelbescheid vom 1. März 1874, Nr. 1442 aufgehoben.

Ueber den Kostenpunkt bestimmte das oberinstanzliche Erkenntniß: „es ist die Querel des Beklagten für begründet, die des Klägers dagegen für unrechtfertig zu erachten.

Die Kosten des untergerichtlichen Verfahrens hat der unterliegende Kläger dem Beklagten zu ersetzen. Bezüglich der Kosten dieser Instanz sind die beiden Querelverfahren des Klägers und des Beklagten zu trennen.

Die Kosten des klägerischen, für unrechtfertig erachteten Querelverfahrens hat Kläger gleichfalls dem Beklagten im erweislichen Betrage zu ersetzen; die Kosten der Querel des Beklagten dagegen sind zu compensiren, weil hier der Kläger das untergerichtliche Erkenntniß für sich gehabt hat.“

134. Kostencompensation findet nicht schon deshalb statt, weil der Kläger nur mit einem von mehreren geltend gemachten Klagegründen durchgedrungen ist.

Kläger verlangte Räumung des von ihm dem Beklagten vermiethteten Locals auf Grund stattgehabter Kündigung und wegen Unterlassung der Miethzahlung. Beklagter gab die Thatsache der stattgehabten Kündigung zu, behauptete aber, die Kündigung habe vereinbarungsmäßig nur im Miethzinsttermin angebracht werden dürfen und sei, da sie außerhalb dieses Termins angebracht sei, unwirksam. Die Unterlassung der Zahlung nahm Beklagter in Abrede, indem er angab, Kläger habe die ihm offerirte Zahlung nicht acceptirt. Da Kläger das Vorbringen des Beklagten durchweg leugnete, so griff Beklagter zum Beweise und deferirte bezüglich des vereinbarten Kündigungstermins dem Gegner den Eid; bezüglich der Miethzinsoblation benannte Beklagter Zeugen. Ehe die letzteren

vernommen waren, wurde durch Ableistung des Eides seitens des Klägers constatirt, daß die Kündigung eine wirksame gewesen sei, und das Vogteigericht erkannte nun sofort der Klagebitte gemäß, indem es gleichzeitig den Beklagten in die Kosten verurtheilte (Erf. vom 30. September 1876, Nr. 129). Der Beklagte querulirte u. a. auch, weil er zum Kostenersatz angewiesen worden, obgleich Kläger nur mit einem Klagegrunde durchgedrungen sei. Der Querelbescheid vom 17. December 1876, Nr. 8228 bestätigte jedoch die untergerichtliche Entscheidung in allen Punkten und zwar rücksichtlich der Festsetzung über die Kosten der Unterinstanz mit folgender Bemerkung:

„Für die Rechtfertigung der Klage kam es, nachdem die Kündigung sich als eine rechtsgiltige erwiesen hatte, auf den Beweis des Umstandes, ob Beklagter rechtzeitig seinen Miethzins offerirt hatte, nicht weiter an, da der eine Klagegrund für dieselbe bereits hinreichend war und Beklagter auf diesen hin schon vollkommen sachfällig und somit zum Kostenersatze verbunden war.“

135. Entscheidung über die Proceßkosten im Falle der Pluspetition.

„Die Verbindlichkeit zum Ersatze der Proceßkosten läßt sich nicht auf civilrechtliche Grundsätze zurückführen, sie hängt nicht von der Schuld, sondern von dem äußeren Erfolge ab. Der obsiegende Theil hat Anspruch auf den Ersatz, mag auch der unterliegende Theil durch entschuldbaren Irrthum zur Einleitung des erfolglosen Verfahrens getrieben worden sein und, wenn keiner von beiden Theilen vollständig obgesiegt hat, kommt es nicht darauf an, ob dolus oder culpa lata auf der einen Seite vorgelegen hat, sondern es werden die Kosten compensirt, weil es an einem ausschließlich obsiegenden Theile fehlt.

Einerseits bestimmen jedoch die Stadtrechte Lib. II Cap. XXXIV §§. 1 und 4 in Abweichung von der allgemeinen Regel, daß die Kosten auch dann compensirt werden sollen, wenn für den unterliegenden Theil genugsame Ursache zur Führung des Rechtsstreites vorgelegen hat, andererseits hat im Anschluß an die Doctrin des gemeinen Rechts (Bayer, Civilproceß §§. 24—26, Renaud, Civilproceß §§. 228 und 229) sich in der Praxis die Regel befestigt,

daß auch im Falle einer pluspetitio der in der Hauptsache verurtheilte Beklagte zum Kostenersatz anzuhalten sei, wenn die Zuvielforderung nur eine geringfügige gewesen ist und durch sie die Proceßkosten nur unerheblich haben vermehrt sein können. Bei der einen wie bei der anderen Ausnahme kommt aber ebenfalls nicht das innere Moment der Schuld, sondern die äußere Beschaffenheit der Streitsache in Betracht, wie etwa in dem einen Falle die Verworrenheit der thatsächlichen Verhältnisse oder die Bestrittenheit der betreffenden Rechtsfragen, in dem anderen Falle die Schwierigkeit, ohne unparteiische Vermessung oder Schätzung den Betrag des Anspruches festzustellen.

Wenn im vorliegenden Falle die Zuvielforderung Klägers nicht mehr als 3 Rbl. 25 Kop. beträgt und erst eine sachverständige Vermessung ergeben hat, daß der Flächeninhalt der Außenwände des beklaglichen Hauses nicht, wie Kläger annahm, 98 □Faden und nicht, wie Beklagter annahm, 90 □Faden, sondern 93 □Faden ausmacht, nur durch diese Differenz von 5 □Faden aber die klägerische Mehrforderung im Betrage von 3 Rbl. 25 Kop. bedingt ist, so kann dieselbe nicht die Wirkung üben, daß Kläger seines Anspruches auf Ersatz der Kosten dieses Proceßes verlustig gehen müßte. Die vom Unterrichter getroffene Kostenentscheidung (welche Beklagten in die Kosten verurtheilt hatte) ist demnach zu bestätigen.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 14. December 1877, Nr. 8449.)

136. Kostencompensation wegen Pluspetition des Klägers.

I. Das Appellations-Erkenntniß vom 27. October 1871, Nr. 7234 enthält hierüber Nachstehendes:

„Mögen nun auch immerhin durch eine solche Mehrforderung (des Klägers) keine besonderen Verhandlungen, resp. Kosten entstanden sein, . . . jedenfalls ist doch dem Kläger ein sehr erheblich geringerer Theil des Streitobjects zuerkannt worden. Wenn aber der Kläger oder Beklagte nur zum Theil obtinirt, der Proceßgegner zum Proceß aber erhebliche Ursache gehabt hat, so sollen, wie gemeinrechtlich, so nach den Rig. Stadtrechten L. II C. XXXIV §. 1 u. 4 die Kosten des Proceßes compensirt werden.“

II. „Seit dem 18. November 1876 war zwischen den Litiganten nur noch der Betrag von 75 Rbl. streitig. Von diesen 75 Rbl. hat sich der Betrag von 25 Rbl. als zuvielgefordert ergeben, ohne daß Kläger diese Mehrforderung irgend je als eine unstatthafte und unrichtige ausdrücklich zugestanden hätte. Hat demgemäß Kläger aber ein Drittel und sonach nicht unerheblich mehr, als ihm zustand, gefordert, so ist es desfalligen Rechtsgrundsätzen durchaus entsprechend, daß dem Mehrforderer Kostenersatz nicht bewilligt wird.“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 31. August 1877, Nr. 5888.)

III. „Würde Appellant den ihm zur Bewahrheitung seiner Zahlungseinrede aufgegebenen Ergänzungseid leisten, so wird sich damit die klägerische Forderung um sehr viel mehr als den halben Betrag derselben ermäßigen. Bei so erheblicher Pluspetition hat aber der Kläger auf Kostenersatz keinen Anspruch. Das Verlangen des Appellanten, daß die Kosten compensirt werden, ist demnach ein wohlgerechtfertigtes.“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 16. September 1877, Nr. 6322.)

IV. Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 29. November 1874, Nr. 7462:

„Kläger, welcher in der Hauptsache vollständig obgesiegt hat und von dessen Nebenforderung an Zinsen nur ein kleiner Betrag gestrichen worden, hat auf einen Kostenersatz umso begründeteren Anspruch, als wegen des ihm gekürzten Betrages der Ueberforderung keine mit irgend welchen Kosten verbundenen Verhandlungen stattgefunden haben.“

V. Aus den Motiven des Querelbescheides vom 22. Februar 1874, Nr. 1247:

„Nach der Sachlage einzig in Frage stehen könnte nur, ob dem obsiegenden Kläger die Kosten des Rechtsstreites zuzubilligen waren, da er allerdings in einer Mehrforderung versirte. Da indeß die klägerische Mehrforderung, wenn von einem Schreibfehler in der Klage abgesehen wird, im Ganzen nur circa 20 Rbl. beträgt und dieser im Verhältniß zu dem ganzen Klagegegenstand (75 Rbl.) an

sich nur geringfügige Mehrbetrag keine ansehnliche Vermehrung der Verhandlungskosten zur Folge gehabt hat, so muß nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der modernen Proceßtheorie dem Unterrichter auch darin beieigepflichtet werden, daß dem Kläger der Ersatz seiner erweislichen Proceßkosten zuzusprechen war.“

VI. Dem Kläger, welcher für einen geleisteten Dienst eine angemessene Gratification, von ihm beziffert auf 250 Rbl., beansprucht hatte, wurden in der Oberinstanz für den Fall der Ableistung eines Ergänzungsoides 50 Rbl. zugesprochen.

In den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 10. December 1876, Nr. 8032 heißt es hierher gehörig:

„Was die Kosten anbelangt, so sind im Falle der Ausschöpfung des Oides die der Unterinstanz dem Kläger zuzuerkennen, da die Mehrforderung des Klägers, mit welcher er nicht zur Anerkennung gekommen ist, keinen Einfluß auf den Betrag der dem Beklagten verursachten Kosten gehabt hat.“

VII. „Eine Mehrforderung giebt nur dann rechtliche Veranlassung zur Kostencompensation, wenn durch sie irgend welche Mehrkosten entstanden sind. Da nun nach Ausweis der Acten die fragliche Mehrforderung keinerlei besondere Verhandlungen hervorgerufen und Beklagter andererseits jede Zahlung verweigert hat, so liegt auch kein Grund vor, wegen der in der Klage verlautbarten Zuvielforderung den in der Hauptsache unterliegenden Beklagten vom Kostenersatze zu befreien.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 30. April 1880, Nr. 2803.)

VIII. Ferner enthält das Appellations-Erkenntniß vom 28. Juli 1871, Nr. 5764 folgenden Satz:

„Da dem Beklagten durch die ursprüngliche Mehrforderung irgend welche Mehrkosten nicht erwachsen sind, so liegt kein rechtlicher Grund vor, den Beklagten vom Kostenersatze zu liberiren, d. h. dieselben der Mehrforderung wegen zu compensiren.“

IX. Kläger hatte seiner ursprünglich nur auf Räumung gerichteten Klagebitte im Schlußsatze das petitum auf Verurtheilung

der Beklagten zur Miethzinszahlung hinzugefügt. Dieser Bitte gemäß erkannte das Vogteigericht und verurtheilte eventuell (für den Fall der Ableistung eines Notheides) die Beklagten zum Kostenersatz. Der Querelbescheid vom 30. April 1875, Nr. 3072 hob die Entscheidung über die Miethzinszahlung, da es sich um ein erst in der Schlußschrift vorgebrachtes novum handele, auf, bestätigte jedoch die Entscheidung über den Kostenersatz, „weil durch das im klägerischen Schlußverfahren enthaltene und vom Unterrichter berücksichtigte novum den Beklagten keine besonderen Kosten erwachsen seien.“

X. „Querulant beruft sich darauf, daß der Klagebitte nicht im vollen Umfang im erstgerichtlichen Judicat deferirt worden und daher eine Kostencompensation hätte verfügt werden müssen. Abgesehen aber davon, daß durch die klägerische Cumulation mehrerer Klagebitten eine Proceßkostenvermehrung durchaus nicht eingetreten ist, so ist der Kostenpunkt auch niemals von der richtigen Klagebitte, sondern einzig von der begründeten oder unbegründeten Klagebitte abhängig.“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 13. Januar 1878, Nr. 298.)

XI. „Wenn Appellantin aber noch beantragt, daß die von dem ersten Richter ihr zur Last gelegten Kosten der Vorinstanz compensirt würden, weil die Forderung des Klägers von 1648 Rbl. 95 Kop. auf 1565 Rbl. 60 Kop. herabgesetzt worden sei, so kann diesem Verlangen nicht entsprochen werden, weil eine Pluspetition nach feststehendem Rechtsatz eine Kostencompensation nur rechtfertigt, wenn durch die Mehrforderung auch Mehrkosten verursacht sind, wogegen Kläger seine Mehrforderung bereits in der Replik hat fallen lassen und der Proceß vornehmlich nur über die Einrede der Beklagten geführt worden ist.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 31. October 1879, Nr. 7356.)

137. Theilung der Proceßkosten nach Quoten verworfen.

„Das Erkenntniß der II. Section des L.B.G. vom 5. September 1878, Nr. 196 bestimmt, daß, falls Kläger die ihm auf-

erlegten Eide ausschwört, die Beklagten sodann verpflichtet sein sollen, ihm die Hälfte der ihm verursachten Proceßkosten zu ersetzen, im Nichtleistungsfalle aber Compensation der Kosten eintreten solle. Einerseits ist eine solche theilweise Zu- und Aberkennung der Kosten nicht in den Stadtrechten begründet und von dem Rath auch mehrmals zurückgewiesen worden, andererseits bestimmt aber das Stadtrecht Lib. II Cap. XXXIV Punkt 1 und 4 ausdrücklich, daß, im Fall der unterliegende Theil erhebliche Ursache zum Proceße hat, eine Compensation der Kosten einzutreten habe. Wo aber, wie in vorliegendem Falle der im allgemeinen obsiegende Kläger mit einem Theil seiner prätendirten Forderungen abgewiesen, ein anderer ermächtigt und die Zuerkennung eines weiteren Theiles desselben von der Ausschwörung eines Schiedsrides abhängig gemacht ist, muß wohl anerkannt werden, daß die Beklagten genugsam Grund zum Proceße haben. Es ist das untergerichtliche Erkenntniß daher hinsichtlich des Kostenpunktes dahin abzuändern, daß in jedem Falle die Kosten der Unterinstanz zu compensiren sind.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 23. Februar 1879, Nr. 1359.)

138. Kostencompensation tritt nicht deshalb ein, weil die Entscheidung auf Grundlage eines Notheides erfolgte.

I. Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 12. Januar 1872, Nr. 184:

„Appellant hat darauf hingewiesen, wie er, . . . da die . . . Entscheidung des Rechtsstreites von einem Notheide abhängig gemacht worden, in die Kosten der Unterinstanz nicht hätte verurtheilt werden dürfen. Ein solcher, allerdings in manche Particulargesetzbücher übergegangener Grundsatz ist indeß weder gemeinrechtlich begründet, noch den in unseren Stadtrechten Lib. II Cap. XXXIV enthaltenen Bestimmungen über die Gerichtskosten entsprechend.“

II. Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 11. Januar 1874, Nr. 185:

„Daß . . . der Ersatz der Proceßkosten von Seiten des sachfälligen an den obsiegenden Theil nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Sieg von der Leistung eines Notheides abhängig war, ist

heutzutage in der Theorie, wie Praxis des Rechts so allgemein anerkannt, daß über die dieses Princip bekämpfende Beschwerde des Appellanten wohl ohne weiteres hinweggegangen werden kann."

139. Kostencompensation wegen Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage.

I. Im Querelbescheide des Raths vom 16. Juni 1872, Nr. 4192 wurden die Kosten beider Instanzen (bei Abänderung des untergerichtlichen Urtheils nur hinsichtlich einer Terminbestimmung) compensirt

„weil dem beklagten, querulantischem Theil insofern Ursache zu der vorgeschützten Einrede gegeben erscheint, als die betreffenden Gesetzesbestimmungen in Bezug auf die Art und die Berechtigung ihrer Anwendung einer eingehenden Interpretation bedurften“ . . .

II. Der Querelbescheid vom 17. November 1876, Nr. 7446 bestätigte das Protokollverfügen des Vogteigerichts vom 2. September, compensirte jedoch die Kosten der Oberinstanz

„einmal weil die Vertheidigung des (in beiden Instanzen obliegenden Beklagten) in beiden Instanzen von unrichtigen Voraussetzungen ausgeht und sodann auch, weil die zur obergerichtlichen Dijudicatur gebrachte Streitfrage (ob und wann eine reprobatio reprobationis zulässig sei) eine allerdings controverse ist.“

Ebenso das Appellations-Erkenntniß vom 21. Januar 1877, Nr. 426.

III. In dem Appellationsurtheil vom 21. December 1879, Nr. 8534 heißt es:

„Nach dem Rig. Stadtrecht Lib. II Cap. XXXIV §. 1 sollen dem obliegenden Theile die Gerichtskosten nur dann zuerkannt werden, wenn der Gegner nicht erhebliche Ursache zum Proceß gehabt hat. In letzterer Lage befindet sich aber Intervent, da der Rath als Appellationsinstanz in den letzten Jahren in einzelnen Fällen eine der untergerichtlichen Auffassung der in concreto erörterten Rechtsfrage entgegengesetzte Stellung eingenommen hatte und Intervent

nach Art. XXVI der Einleitung zum prov. Privatrecht berechtigt war, zur Begründung seines Anspruches sich auf die früheren Entscheidungen des Rathes, die mit seiner Auffassung übereinstimmten, zu beziehen.“

Demgemäß wurden die Kosten beider Instanzen compensirt.

140. Kostenersatz trotz theilweisen Objiegens in der Oberinstanz.

Appellant wurde durch Appellations-Erkenntniß des Rathes vom 26. November 1875, Nr. 7798 mit seiner Appellation zurückgewiesen, dabei jedoch auf seine Bitte von der ihm durch das Waisengericht auferlegten Zahlung der Klageposchlin befreit

„und zwar unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten der Oberinstanz, da der Punkt, in welchem Appellant objiegelt hat, nicht das Streitverhältniß mit dem Gegner betrifft, allein nicht Gegenstand der Appellation sein durfte und daher auf die Frage von dem Kostenersatze von keinem Einflusse sein kann.“

141. Kostencompensation, weil das untergerichtliche Erkenntniß gegen den objiegenden Appellanten ausgefallen war.

Die Motive des Appellations-Erkenntnisses des Rathes vom 18. Mai 1873, Nr. 3734 sagen hierüber:

... „wobei . . . , die Kosten dieser Instanz zu compensiren sind, weil Appellant das untergerichtliche Erkenntniß gegen sich gehabt hat.“

Uebereinstimmend ist erkannt am 6. Juni 1873 sub Nr. 4223, am 11. Juli 1873 sub Nr. 5253 und seither ununterbrochen in constanter Praxis.

142. Kostencompensation findet nicht statt, wenn die von der Oberinstanz verfügte Abänderung des untergerichtlichen Erkenntnisses unerheblich ist.

Aus den Motiven des den Bescheid der II. Section des Landvogteigerichts vom 15. Juli 1876, Nr. 153 bestätigenden Querelbescheides vom 13. October 1876, Nr. 6344:

„Es hat allerdings dem Beweisatz [im bestätigten unterge-

richtlichen Urtheil], welcher die Cession der G.'schen Obligation auf den Mai 1874 verlegt, während sie unbestrittener- und nachgewiesenermaßen allererst im September 1874 erfolgt ist, ein dem entsprechender Zusatz gegeben werden müssen. Da diese Ergänzung, welche dem Querulanten auch sicher vom ersten Richter, falls er sie bei ihm beantragt haben würde, nicht versagt worden wäre, weil die Auslassung offenbar aus einem bloßen Uebersehen entstanden ist, nicht als eine inhaltliche Abänderung des Judicats zu betrachten ist, so hat um dieser geringfügigen Ergänzung willen denn auch (der im Uebrigen unterliegende) Querulant von dem Ersatze der Kosten dieser Instanz nicht entbunden werden können."

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Appellations-Erkenntniße vom 4. März 1877, Nr. 1475 und vom 17. Mai 1878, Nr. 3410.

143. Compensation der Kosten der Appellationsinstanz, weil aus wesentlich anderen Gründen, als den vom ersten Richter geltend gemachten die Bestätigung des angefochtenen Urtheils erfolgte,

ist verfügt worden:

- | | |
|----|---|
| 1. | im Appellationsurtheil vom 8. Februar 1878, Nr. 1019, |
| 2. | " " " 13. August 1876, " 5132, |
| 3. | " " " 24. Januar 1875, " 632, |
| 4. | " " " 13. December 1874, " 7781, |
| 5. | " " " 26. October 1873, " 8137, |
| 6. | " " " 16. Mai 1873, " 3650, |
| 7. | " " " 26. Januar 1872, " 501. |

144. Kostencompensation tritt ein, wenn vom obliegenden Theil kein Kostenersatz beansprucht wurde.

Dieser Satz ist ausgesprochen:

- | | |
|----|---|
| 1. | im Appellationsurtheil vom 16. Januar 1874, Nr. 332, |
| 2. | " Urtheil vom 12. April 1874, Nr. 2383, |
| 3. | " Erkenntniß vom 12. April 1874, Nr. 2378, |
| 4. | " Appellations-Erkenntniß vom 29. Mai 1874, Nr. 3446, |
| 5. | " " " 22. Januar 1875, Nr. 568, |

6. im Appellations-Erkenntniß vom 23. Mai 1875, Nr. 3654,
7. " " " 18. December 1875, Nr. 8113,
8. " " " 9. Januar 1876, Nr. 116,
9. „ Querelbescheide vom 23. Januar 1876, Nr. 525,
10. " " " 30. " 1876, Nr. 703,
11. „ Appellations-Erkenntniß vom 24. März 1876, Nr. 2065,
12. " " " 14. April 1876, Nr. 2413,
13. " " " 19. Mai 1876, Nr. 3319,
14. " " " 16. Juli 1876, Nr. 4574,
15. " " " 17. November 1876, Nr. 7448,
16. " " " 12. Januar 1877, Nr. 194,
17. " " " 25. Februar 1877, Nr. 1283,
18. " " " 8. April 1877, Nr. 2270,
19. " " " 6. Mai 1877, Nr. 3125,
20. " " " 12. October 1877, Nr. 6949,
21. " " " 11. Januar 1878, Nr. 239.

145. Kostencompensation, weil eine Designation derselben von dem obliegenden Theile unterlassen worden ist,

war noch verfügt in dem Querelbescheide vom 16. October 1874 Nr. 6471, sowie in mehreren Entscheidungen aus dem Jahre 1873 (10. Januar, Nr. 184; 9. Februar, Nr. 1046; 7. März, Nr. 1739 c).

Dagegen ist in dem Appellations-Erkenntniß vom 17. September 1875, Nr. 6150; 23. Januar 1876, Nr. 523; 27. Februar, Nr. 1351; 21. April, Nr. 2601; 7. Juli, Nr. 4347; 25. August, Nr. 5398; 17. September, Nr. 5830; 17. November 1876, Nr. 7445 und seither constant beim Mangel einer Designation der Kosten auf Ersatz der „erweislichen“, oder der „noch zu designirenden“ bzw. „noch festzustellenden“ Kosten erkannt worden.

146. Der Richter ist befugt, auch ohne Antrag der Parteien ein Beweisinterlocut zu erlassen.

In den Motiven des Querelbescheides des Rathes vom 20. April 1873, Nr. 2932 heißt es:

„Es ist bereits mehrfach vom Rathe ausgesprochen worden (cf. Querelbescheid vom 9. August 1872, Nr. 5589), daß es dem

richterlichen officio anheimgestellt ist, auch ohne besonderen Antrag der Parteien ein Beweisinterlocut zu erlassen und daß dies namentlich in Fällen zu geschehen habe, wo über die wesentlichen Klage- und Einredebehauptungen Widerspruch zwischen den Parteien besteht. Dies ist aber vorliegend nach beiden Seiten der Fall. . . . Bei dieser Lage der Sache muß es daher nothwendig erscheinen, um ein richterliches Erkenntniß überhaupt möglich zu machen, daß die bestrittenen Thatsachen durch Beweis zuvor festgestellt werden.“

147. Das Beweisinterlocut schließt das erste Verfahren vollständig ab.

„Das Beweisinterlocut ist seinem Wesen nach ein bedingtes Endurtheil. Das Dasein desselben schließt ohne Rücksicht auf den Inhalt die Geltendmachung neuer Einreden und Replikien aus. Der Antrag auf dasselbe schließt also auch einen Verzicht auf jedes Vorbringen in sich, welches dem ersten Verfahren angehört und in diesem bisher nicht stattgefunden hatte. Solchen Verzicht hat in casu Kläger ausgesprochen, indem er durch seinen Antrag auf eine Beweisaufgabe kund gab, daß er das erste Verfahren für geschlossen erachtete. Seiner Bitte, ihm die Bewerkstelligung eines Elifoverfahrens zu gestatten, kann nach Erlaß des von ihm beantragten Beweisinterlocuts nicht deferirt werden.“ (Aus den Motiven des Querelbescheides vom 2. Juni 1878, Nr. 3751).

148. Zur Lehre von der Rechtskraft des Beweisinterlocuts.

„Da das rechtskräftige Beweisinterlocut nicht nur den Richter, welcher es erlassen hat, sondern auch den Obergericht unbedingte bindet, selbst wenn die Beweislast falsch vertheilt, oder der Beweissatz irrelevant oder unrichtig gefaßt ist (Appellations-Erkennntniß des Raths vom 9. Juni 1871, Nr. 4087, vom 28. April 1872, Nr. 2888 und vom 29. November 1874, Nr. 7462), da ferner der Bescheid der Vorinstanz vom 19. December 1878, Nr. 964 sich inhaltlich unzweifelhaft als ein Beweisinterlocut qualificirt und da endlich dieser Bescheid die Rechtskraft beschritten hat, kann gegenwärtig freilich nicht mehr erörtert werden, ob die vom Kläger beigebrachte Bescheinigung wirklich geeignet war, den Klagegrund,

nämlich die Existenz eines Darlehensvertrages zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu bewahrheiten, denn es ist eben rechtskräftig erkannt, daß dieser Beweis bereits erbracht sei. Wenn das rechtskräftige Beweisinterlocut aber die unabänderliche Grundlage für das künftige Endurtheil bildet, so ist es maßgebend auch für beide Theile. Kläger will dagegen die Rechtskraft des Beweisinterlocuts wohl zu seinem Vortheil ausnutzen, indem er die Herstellung des Klagebeweises als eine unverrückbare Thatsache behandelt, während er die ebenfalls rechtskräftig erfolgte Entscheidung darüber, daß das Vorbringen des Beklagten eine Einrede, also nicht eine motivirte Klageverneinung, enthalte und Beklagter einen Einredeweis zu führen habe, vollständig bei Seite schieben und den Beweis des Beklagten als einen durch Eidesantrag nicht zu führenden Gegenbeweis hinstellen will. Die Unzulässigkeit eines solchen Verfahrens liegt auf der Hand. Wie nicht mehr geprüft werden darf, ob der Klagebeweis durch die Urkunde in der That erbracht ist, so darf andererseits auch keine Erörterung dessen weiter stattfinden, ob das Vorbringen des Beklagten eine Einrede und ob er hinsichtlich derselben beweispflichtig war; das Eine wie das Andere ist eben durch die Rechtskraft des Beweisinterlocuts für die vorliegende Sache unabänderlich festgestellt. Demnach ist der Einwand, den Kläger gegen die Zulässigkeit der Eidesdelation daraus herleitet, daß Beklagter keinen Einredeweis, sondern einen directen Gegenbeweis führe, bescheidquälen und schon an sich verwerflich."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 21. December 1879, Nr. 8531).

Gleichlautend war in Betreff der Rechtskraft des Beweisinterlocutes auch erkannt in dem Appellations-Erkenntniß vom 24. Januar 1879, Nr. 569.

149. Das rechtskräftige Beweisinterlocut ist für den ersten Richter, wie für den Oberrichter bindend, sofern es nicht an unheilbarer Nullität laborirt.

„Da von keiner Partei ein Rechtsmittel gegen das Beweisinterlocut eingelegt worden ist, so erscheint es durchaus gerechtfertigt, daß der Unterrichter bei Fällung des Enderkenntnisses lediglich prüfte, ob Kläger den ihm auferlegten Beweis erbracht habe. Die

Consequenz der Rechtskraft, welche unter den Parteien formelles Recht schafft, erheischt es aber auch, daß der Oberrichter an das vom Unterrichter erlassene und nicht rechtzeitig angefochtene Beweisinterlocut gebunden ist, es sei denn daß dasselbe an unheilbarer Nullität laborirt. Letztere würde namentlich dann vorhanden sein, wenn das Beweisinterlocut etwas Unmögliches zum Gegenstande des Beweises gemacht hätte.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 22. November 1878, Nr. 7931).

150. Probatio per aequipollens.

I. „Nach den Grundsätzen über die probatio per aequipollens dürfen Thatfachen, welche in manchen nebensächlichen Einzelheiten nicht aufs Genaueste mit dem vorher von der Partei Behaupteten übereinstimmen, dann in Beweis gestellt werden, wenn die Modification keine veränderte Rechtsvertheidigung zur Folge gehabt haben würde.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 15. November 1878, Nr. 7748.)

II. „Da von beiden Theilen anerkannt wird, daß Beklagter über den Syrupkauf nicht mit dem Chef, sondern mit dem Procuranten der klägerischen Handlung verhandelt habe, so kann dem Beklagten nicht zugemuthet werden, daß er eidlich erhärte, dem Kläger gegenüber eine Erklärung abgegeben zu haben, welche in der Verhandlung mit dem Procuranten vorgekommen sein soll.“

Freilich ist das Beweissthema des Beklagten durch die Beweisaufgabe dahin festgestellt worden, daß Beklagter bei Bestellung der Syruplieferungen dem Kläger erklärt habe, B. sei der Käufer. Deshalb braucht aber der vom Beklagten zu führende Beweis nicht nothwendig eine zwischen ihm und dem Kläger gepflogene Geschäftsverhandlung zum Gegenstande zu haben, denn eine von dem klägerischen Procuranten entgegengenommene Erklärung des Beklagten hat nach den Grundsätzen über die Geschäftsschließung durch einen Stellvertreter durchaus keine andere Bedeutung als eine solche, welche Beklagter unmittelbar an den Kläger gerichtet hätte.

In der Erwägung, daß Eide nicht zugelassen werden dürfen,

durch deren Ausschwörung sich Jemand zu seinen eigenen Behauptungen in Widerspruch setzen würde, . . . muß die Beschwerde des Beklagten darüber, daß ihm der Eid in unrichtiger Fassung auferlegt sei, gerechtfertigt erscheinen.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 19. December 1880, Nr. 8272.)

151. Irrelevante Beweismittel sollen nicht zugelassen werden.

I. Ueber diese Frage enthält der Querelbescheid vom 16. Juni 1871, Nr. 4271 Folgendes:

„Die durch das untergerichtliche Interlocut (Bschd. d. II. Sect. des Landvogteigerichts vom 27. April 1871, Nr. 68) für unzulässig erkannten Beweismittel sind deshalb zurückgewiesen worden, weil aus ihnen unverkennbar das Streben hervorgeht, theils neue mit der Klage und Erklärung außer allem Zusammenhang stehende, theils unerhebliche Thatsachen in Gewißheit zu setzen. Bei der Feststellung des Beweissakes ist bekanntlich vorzugsweise ins Auge zu fassen, daß die Thatsachen, deren juristische Wahrheit dargelegt werden soll, 1) streitig seien, 2) von der Partei wirklich zum Fundament ihrer rechtlich statthaftern und genügend substantiirten Anträge gebraucht seien, und 3) relevant, d. h. solche seien, deren Wahrheit oder Nichtwahrheit Einfluß auf die rechtliche Ueberzeugung des Richters von dem Bestehen oder Nichtbestehen des streitigen Rechts haben.

Von diesen Gesichtspunkten ausgehend und bei Inbetrachtung dessen, daß der zur Regulirung des Beweisthemas verbundene Richter unzulässige und auch nur überflüssige Beweisführungen schon von Amtswegen, umsomehr also auf Antrag abzuschneiden und zu verhindern, wie berechtigt, so verpflichtet ist, kann dem untergerichtlichen Interlocut (desmittelst die vom Beklagten introducirten Beweismittel wegen Irrelevanz verworfen worden) durchaus nur beige-
stimmt werden. (Es folgt der Nachweis, daß das Beweisthema thätlich irrelevant war.)

Dieselbe Entscheidung bezüglich irrelevanter Beweismittel trifft ohne besondere Motivirung der Querelbescheid vom 28. April 1871, Nr. 2921.

II. Ferner besagt das Appellationsurtheil vom 22. April 1877, Nr. 2738:

„Es ist ein schon in der Natur der Sache selbst liegender, übrigens wie von der Doctrin, so von der Praxis ausdrücklich anerkannter und eben daher hier wohl nicht näher zu erläuternder processualischer Grundsatz, daß überhaupt nur erhebliche Thatsachen, d. h. solche, welche auf die Entscheidung des Rechtsstreites einen Einfluß zu üben vermögen, zum Beweise gestellt bzw. zugelassen werden dürfen.“

152. Beweisfrist. — Peremptorischer Charakter derselben.

Durch waisengerichtlichen Bescheid vom 2. Juli 1874 war ein von der klagenden Partei introducirter Beweis angebrachtermaßen zurückgewiesen, dem Producenten jedoch offen gelassen worden, den gleichen Beweis binnen 14 Tagen bei Verlust des Beweisrechts in processualisch zulässiger Weise anzutreten.

Der Querelbescheid vom 16. October 1874, Nr. 6472 hob dieses Verfügen auf und bemerkte in den Motiven:

„Die Beschwerde des Querulanten (Beklagten und Producten) daß, nachdem vom Richter die eingebrachten Beweismittel theils als irrelevant, theils als formell unzulässig und ungehörig vorgebracht verworfen, ex officio eine neue Beweisfrist gewährt und resp. auferlegt worden, muß für begründet erachtet werden. Denn nach den Stadtrechten Lib. II Cap. XX §. 12 ist die Beweisfrist eine peremptorische, so daß durch den unbenutzten Ablauf derselben jede weitere Beweisantretung ausgeschlossen ist. Einem unbenutzten Ablauf derselben kommt es aber gleich, wenn die vorgeschlagenen Beweismittel sich als unzulässig herausgestellt und deshalb haben verworfen werden müssen. Indem es sodann an jedem Beweismittel fehlt, ist mit dem Ablauf der Beweisfrist der Beweis als erloschen anzusehen und ist die Anberaumung einer neuen Beweisfrist zur Einbringung eines neuen, statt des verfehlten Beweises durchaus unzulässig, da ein solches beneficium von den Gesetzen nicht gewährt wird, demnach auch von dem Richter nicht zu ertheilen ist.“

153. Bei negativer Litiscontestation muß der Kläger im nachfolgenden Beweisverfahren außer dem thatsächlichen Fundament auch den Betrag der Forderung beweisen.

Kläger forderte vom Beklagten die Bezahlung eines von B. dem Kläger geschuldeten, im B'schen Concurſ richterlich auf 61 Rbl. 68 Kop. festgestellten, vom Beklagten als eigene Schuld übernommenen Lohnrückstandes. Beklagte constatirte litem durchweg negativ und nach geführtem Beweis und Gegenbeweis entschied das Landvogteigericht II. Section durch Erkenntniß vom 30. März 1872, Nr. 40 dahin: daß, falls Kläger die Thatsache der Schuldübernahme durch einen Ergänzungs Eid im Erweis setzen würde, Beklagter schuldig sei, dem Kläger den noch zu erweisenden Betrag des Lohnrückstandes nebst den Kosten des Processes zu bezahlen, — im Nichtschwörungsfalle sei Kläger unter Verurtheilung in die erweislichen Kosten abzuweisen.

Auf Appellation des Beklagten entschied das Appellationsurtheil vom 11. August 1872, Nr. 5642 aufhebend dahin: daß Kläger wegen unterlassenen Beweises der Höhe des von ihm geforderten Lohnrückstandes unter Verurtheilung in die erstinstanzlichen Kosten und comp. exp. der Oberinstanz mit seiner Klage abzuweisen sei. Die Motive bemerken:

„Es ist eine im Proceß feststehende Regel, daß innerhalb der anberaumten Beweisfrist überhaupt alles das, was zum status controversiae gehört, was also einerseits behauptet und andererseits bestritten ist, in Erweis gebracht werden muß und daß eine Nachholung des in dieser Frist Versäumten unstatthaft ist. Nur dann, wenn etwa Beweismittel neu in Erfahrung gebracht werden, oder wenn dem Probanden ohne seine Schuld Beweismittel verloren gegangen sind, kann von dieser Regel ausnahmsweise abgewichen werden. Ebenso dürfen anstatt des regelmäßig nur einen Processes über denselben Streitgegenstand, nur dann zwei Processse hintereinander über ihn geführt werden, wenn etwa, wie es bei Schadensforderungen häufig der Fall, der Klägerische Anspruch sich quantitativ oder qualitativ nicht von vornherein feststellen läßt. Anders aber liegt die Sache hier. Kläger beziffert in der Klage seinen Lohnrückstand auf 61 Rbl. 68 Kop. mit der Bemerkung, daß

dieser Rückstand bereits richterliche Feststellung gefunden. Beklagter erklärt die Höhe des Forderungsbetrages nicht zu kennen, giebt also den Forderungsbetrag nicht zu. Schon vor der erfolgten Beweismachgabe war solchergestalt streitig, wie viel Kläger an Lohnrückstand zu fordern habe. Die Höhe des Lohnrückstandes gehörte sonach unzweifelhaft zum Thema des zu führenden Beweises. Anstatt seinen Beweis aber auch auf diese streitige Thatsache zu erstrecken, unterließ Kläger bezüglich derselben jeden Beweis. Auch in der Klage selbst kann ein anticipirter Beweis nicht gesehen werden, da Kläger eben nur darauf hingewiesen hat, daß im Concurs des B. sein Lohnrückstand richterliche Feststellung gefunden, er aber sowenig diese Feststellung durch Beibringung des betreffenden Richterspruchs beurfundet, als auch nur um Hinzuziehung der B'schen Concursacten im Lauf des Processes gebeten, sondern ohne jegliche, irgend kundgegebene Intention einer Beweisführung sich eben nur auf die bloße Behauptung des Betrages seiner Forderung beschränkt hat, dessen nicht zu gedenken, daß der Civilrichter kein Untersuchungsrichter ist und also nach der Wahrheit des Erzählten amtlich nicht zu forschen hat. Die gänzliche Verabsäumung des ihm obliegenden Beweises über die Größe seines Forderungsbetrages macht daher den Kläger sachfällig.“

154. Die Beweisfrist ist peremptorisch, wenn dies auch nicht ausdrücklich ausgesprochen wurde.

„Während nach gemeinem Recht die Bestimmung der Beweisfrist von dem Richter abhängt, so indessen, daß dieser zur Vermeidung von Proceßverzögerungen nie unterlassen soll, eine solche Frist in peremptorischer Eigenschaft vorzuschreiben (Bayer, Civilproceß §. 279), so enthalten die Rig. Stadtrechte Lib. II Cap. XX §. 12 die Bestimmung, daß, wenn ein proceßführender Theil terminum probatorium (also den Endtermin der Beweisfrist) würde verfließen lassen und um keine Erstreckung anhalten, seine Beweisführung erloschen und er ferner nicht dazu zu gestatten sein soll. Hiernach bestimmt das Gesetz selbst, daß die Ver säumniß der Beweisfrist Desertion des Beweises nach sich ziehe, sodaß es nicht von dem Willen des Richters abhängt, durch Hinweglassung einer entsprechenden Commination der Beweisantretungsfrist einen dilatori-

sehen Charakter zu verleihen. Fristen, welche ipso jure peremptorisch wirken sollen, können, auch wenn sie ohne Androhung des Ausschlusses der vor ihrem Ablauf vorzunehmenden Handlung anberaumt waren, ihres peremptorischen Charakters nicht für entkleidet erachtet werden. Daher ist der Einwand des Beklagten, daß in dem Verfüg. vom 23. Mai 1878 an die Anberaumung einer Beweisfrist keine Commination geknüpft worden sei, nicht geeignet den klägerischen Contumacialantrag vom 1. Juni d. J. als unwirksam darzustellen.“

(Querelbescheid vom 2. August 1878, Nr. 5089.)

155. Der Ablauf der Beweisfrist schließt auch ohne vorgängige Ungehorsamsbeschuldigung die Beweisantretung aus.

„Bereits im Jahre 1870 ist bei Berathung der Vorschläge zur Reform des stadtrechtlichen Processus hinsichtlich der Natur der stadtrechtlichen Beweisfrist von den rechtsgelehrten Richtern sämtlicher städtischer Gerichte übereinstimmend ausgesprochen worden, daß nach Lib. II Cap. XX §. 12 der Stadtrechte der Ablauf der peremptorischen Beweisfrist auch ohne vorgängige Ungehorsamsbeschuldigung seitens des Probaten die Beweisantretung ausschliesse, wenn nicht letzterer ausdrücklich oder stillschweigend die verspätete Beweisantretung zuläßt. Seitdem hat denn auch die Praxis sämtlicher städtischer Gerichte die unzweideutige Vorschrift des Rig. Stadtrechts sich zur alleinigen Richtschnur genommen und den derselben entgegenstehenden Grundsatz von der Nothwendigkeit einer vorhergehenden Ungehorsamsbeschuldigung zurückgewiesen. Wenn die jetzt in Beschwerde gestellte amtsgerichtliche Entscheidung wieder auf denselben zurückkommt, so kann das in keiner Weise gebilligt werden, da damit der bestimmten Vorschrift des Stadtrechts und der darnach hergestellten richtigen Praxis des städtischen Processus entgegengetreten wird.“

(Querelbescheid vom 13. März 1881, Nr. 1824.)

156. Verpflichtung des Beklagten, seinen Einredebeweis gleichzeitig mit dem Hauptbeweis anzutreten. Beweisaufgabe ex officio.

„Wenn der erste Richter davon ausgeht, daß das Gericht nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime den Beweis nur dann aufzuerlegen habe, wenn beide Theile um Erlaß eines Beweisinterlocutes gebeten hätten, so läßt sich diese Ansicht weder mit der Vorschrift der Stadtrechte Lib. II Cap. XX §. 1 vereinbaren, derzufolge nach erfolgter Litiscontestation der Beweis durch Urtheil und Recht auferlegt werden soll, noch mit der täglichen Praxis, welche in der großen Mehrzahl der Fälle den Parteien Beweis auferlegt, wiewohl sie um einen solchen nicht gebeten haben. Sodann ist diese Erwägung des ersten Richters aber auch ganz unerheblich für die Frage, um deren Entscheidung es sich hier handelt. Denn im Fragefalle ist nicht streitig, ob das Gericht ein Beweisinterlocut (also m. a. W. ein durch die Beweisführung bedingtes Endurtheil) erlassen solle, sondern einzig, ob der Beklagte, wenn und sofern er einen Einredebeweis zu führen beabsichtigt, diesen binnen derselben Frist, wie der Kläger den Klagebeweis anzutreten habe, oder ob es ganz seiner Willkür anheimfalle, zu welcher Zeit er ihn antreten wolle. Wenn der erste Richter sich für die letztere Alternative um deswillen entscheidet, weil es von Beklagtem abhängt, ob er beweisen, oder die mit der Unterlassung des Beweisantrittes verbundenen Rechtsnachtheile auf sich nehmen wolle, so trifft dieses Argument abermals nicht die zu entscheidende Frage, welche nicht darin besteht, ob Beklagtem der Beweis über gewisse Thatsachen aufzuerlegen ist, sondern darin, wann Beklagter einen etwa von ihm beabsichtigten Beweis anzutreten hat. In dieser Beziehung besagen die Stadtrechte a. a. O. §. 11, daß die Gegenbeweisung in gleicher Frist mit der Beweisung vollführt werden soll, und diese Bestimmung läßt sich, wenn man erwägt, daß zur Zeit ihrer Abfassung der Einredebeweis als f. g. „indirecter Gegenbeweis“ mit zum Gegenbeweise gerechnet wurde, nicht anders als dahin verstehen, daß der Einredebeweis in derselben Frist wie der Klagebeweis angetreten werden muß, wogegen der directe Gegenbeweis (einschließlich des f. g. Beweises der Beweiseinreden Lib. II Cap. XXII §. 1 l. c.) logisch erst möglich ist, nachdem der Probat

Kenntniß von der Antretung des Hauptbeweises erlangt hat. Daß die Parteien von der Vorschrift des bezogenen §. 11 häufig absehen und der Kläger die Antretung des Einredebeweises erst nach absolvirtem Hauptbeweise zuläßt, kann die Wirksamkeit jener Bestimmung nicht beeinträchtigen, sondern diese ist — wie auch das Vogteigericht selbst in einem Bescheide vom 11. October 1877, Nr. 167 anerkannt hat — überall aufrechtzuerhalten, wo der Kläger auf den Rechtsvorteil des §. 11 eit., welcher augenscheinlich zu seinen Gunsten bzw. zur Vermeidung eines Proceßverschleppes durch die verzögerte Antretung des Einredebeweises gegeben ist, nicht freiwillig verzichtet.“

(Querelbescheid vom 15. October 1880, Nr. 6732).

157. Antretung des Gegenbeweises ohne vorgängige Nachgabelung desselben.

„Gegen die Gegenbeweisantretung des Beklagten protestirt Kläger einzig um deswillen, weil Beklagter noch gar nicht um Nachgabelung des Gegenbeweises gebeten, denselben daher auch nicht nachgegeben erhalten habe und deshalb solchen nicht antreten könne. Wenngleich nach der städtischen Proceßpraxis auf Grund des Lib. II Cap. XX §. 1 der Reg. Stadtrechte die Parteien in der Regel um Gewährnung der Beweisführung nachzusuchen haben und dies seinen rechtfertigenden Grund darin hat, unnütze, nur auf Protrahierung der Sache gerichtete Beweisführungen abzuschneiden, so bedarf es doch dieser Förmlichkeit keineswegs auch in dem Falle, wo das Gericht der Partei bereits das Recht der Beweisführung zuerkannt hat. Dies ist aber hier der Fall, da in dem Bescheide vom 30. Mai das Recht des Gegenbeweises ausdrücklich vorbehalten worden ist, und es hat keinen zum Nutzen der Sache gereichenden Sinn, wenn Kläger das Verlangen stellt, es solle Beklagter förmlich zuvor um Nachgabelung der Gegenbeweisführung nachsuchen. Diese Bitte liegt implicite schon in der Einführung des beabsichtigten Beweises.“

(Bescheid vom 6. März 1881, Nr. 1627).

158. Der Schluß des Beweisverfahrens muß allemal von den Parteien beantragt werden.

„Das Stadtrecht anerkennt die Berechtigung des Richters, ohne förmlichen Schluß des Beweisverfahrens durch die Parteien in der Hauptsache zu erkennen, nur in dem Falle, wo der gesammte Rechtsstreit durch den deferirten Eid, resp. durch Versäumung der Leistung des Gefährdeides entschieden wird (Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII §§. 6—8. 12. 13). Wird dagegen der Beweis durch andere Beweismittel als den Schiedseid, namentlich durch Zeugen geführt, so bedarf es auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. XXIII §. 1 und nach der Gerichtspraxis zum Schlusse des Beweisverfahrens eines ausdrücklichen Verzichtes der Parteien auf weitere Beweisführung. Nur für den Fall, daß die Partei widerrechtlich nicht verzichten will, entscheidet der Richter, daß das Beweisverfahren für geschlossen zu erachten sei. Diese Vorschrift ist im vorliegenden Falle vom Unterrichter nicht eingehalten worden: der Kläger hat, nachdem ihm eröffnet worden, daß sein Sohn als Zeuge vernommen sei, einfach zur Entscheidung submittirt und es hätte bei Vortrag der Acten der Unterrichter bemerken müssen, daß auf den Theil der klägerischen Beweisintroduction, in welchem die klägerische Ehefrau als Zeugin denominirt worden, Beklagter sich noch gar nicht erklärt hatte; er hätte hierauf den Beklagten dazu anhalten sollen.“

(Resolution vom 4. April 1880, Nr. 2340.)

159. Bezugnahme auf in den Acten befindliche Zugeständnisse des Gegners ist keine Beweisantretung.

Beklagter hatte den ihm nachgegebenen Einredeweis durch Bezugnahme auf angeblich in den Acten befindliche Zugeständnisse des Gegners angetreten und Kläger hatte gebeten, solche Bezugnahme in quantum juris zu verschreiben. In der Folge hat dann Beklagter um Nachgabe des Additionalbeweises, wurde aber auf den Protest des Klägers durch den Quereelbescheid vom 15. November 1872, Nr. 8143 mit seinem Gesuch abgewiesen.

Die Motive des zweitinstanzlichen Bescheides lauten wie folgt:

„Zunächst sind in den Acten überhaupt keine klägerischen Zugeständnisse anzutreffen, auf welche Beklagter hätte Bezug nehmen

können, so daß diese Bezugnahme an sich schon als eine rein imaginäre, des Object's ermangelnde sich erweist. Hiernächst ist aber, wie schon der Unterrichter anschaulich erörtert hat, eine bloße Bezugnahme auf in actis befindliche, gegnerische gerichtliche Zugeständnisse keine wirkliche Introduction von Beweismitteln. Das Geständniß ist kein Beweismittel, es ist ein Befreiungsmittel von der Beweislast, oder m. a. W.: was zugestanden ist, unterliegt im Civilproceß keiner weiteren Beweisführung. Es ist sonach gewiß, daß Beklagter dadurch, daß er vollständig überflüssiger Weise auf klägerische Zugeständnisse, welche in actis schon vorhanden sein sollten, Bezug nahm, keinen Beweis anzutreten vermochte. Querulant hat sich zwar auf eine dem entgegenstehende constante Praxis berufen, allein eine derartige Praxis kann nur bestritten werden“.

160. Werth des vom Cridar zu Gunsten eines Gläubigers abgelegten Geständnisses.

I. Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 1. August 1875, Nr. 5193:

„Ein vom Cridar allererst im Concourse abgegebenes Geständniß ist Dritten, den Mitgläubigern des Appellanten, gegenüber rechtlich unwirksam, zumal wenn es hinter deren Rücken abgegeben, ihnen die Möglichkeit entzieht, das Geständniß und das durch dasselbe behauptete Rechtsgeschäft anzufechten oder anzuerkennen. Freilich läßt sich nicht jedem im Concourse abgelegten Geständniß des Gemeinschuldners alle Beweisraft versagen. Zur Beurtheilung der größeren oder geringeren Beweisraft eines solchen Geständnisses wird vielmehr in Erwägung zu ziehen sein das größere oder geringere eigene Interesse des Gemeinschuldners an dem, was er zugestanden hat. Dieses Interesse geht unzweifelhaft stets dahin, daß im Concourse nicht mehr Forderungen, als welche wirklich bestehen, Anerkennung finden, denn der Gemeinschuldner hat ja auch nach beendetem Concourse mit seinem künftigen Vermögen und seiner Person für alle anerkannten, aber nicht oder doch nicht zum Vollen zur Perception gelangenden Forderungen zu haften. So erklärt es sich denn leicht, daß dem Zugeständnisse des Schuldigseins von seiten des Cridars, wenn nicht besondere Verdachtsgründe vorliegen,

Beweiskraft in dem Maße beigezessen zu werden pflegt, daß durch den von den Gläubigern in supplementum zu leistenden Concurseid der Beweis des Forderungsrechts als zum Vollen erbracht gilt. Dagegen wird ein Zugeständniß des Gemeinschuldners von der Glaubwürdigkeit mehr oder minder entblößt, wenn dasselbe ohne weitere Gefahrde für das eigene Interesse die privilegirte Natur der Forderung eines einzelnen Gläubigers einbekennt, [ein solcher Fall lag in casu vor] da hier eine Collusion des einzelnen Gläubigers mit dem Cridar keineswegs allem Verdacht entzogen ist; denn verschiedene persönliche Verhältnisse können es dem Cridar denkbarer Weise wünschenswerth machen, daß dieser oder jener seiner Gläubiger vor den anderen bevorzugt werde.“

II. „Der Cridar . . . ist wegen seines Interesses an der Sache als ein classischer Zeuge nicht anzusehen, sein Zeugniß, wenn es nicht durch andere Beweismittel unterstützt wird, kann daher keinen halben Beweis erbringen und die Producentin zur Leistung des Ergänzungseides nicht berechtigen.“

Ein vom Cridar nach Eröffnung des Concurse über sein Vermögen etwa abgelegtes Schuldbekennniß bezüglich einer vor dem Concursausbruch existent gewordenen Forderung würde für die Concursverwaltung nicht maßgebend sein und eine schuldbegründende Kraft nicht haben, da nach Art. 2912 des Prov.-Rechts Th. III für die ein Rechtsgeschäft vornehmenden Personen unter anderem Dispositionsbefugniß erforderlich ist, letztere aber dem Cridar über das zur Concursmasse gezogene und der Befriedigung der Concursgläubiger dienende Vermögen entzogen ist.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 10. October 1879, Nr. 6873.)

161. Articulans non fatetur.

„Es kann der von der Klägerin ausgesprochenen Ansicht nicht beigepflichtet werden, daß Beklagte durch den Inhalt der in der Oberinstanz eingereichten Beweisartikel die Unwahrheit ihrer Einrede zugegeben und somit die Ausschwörung des eventuell deferirten Eides überflüssig gemacht habe. Denn die Frage: articulans an

fateatur? ist regelmäßig verneinend zu beantworten, da, wenn nicht die besonderen Umstände des concreten Falles die Annahme des animus confitendi auf Seiten des Probanden rechtfertigen, der Zweck bei Abfassung des Beweisartikels nicht dahin geht, ein Geständniß abzulegen, sondern dahin, Beweis zu führen.“

(Aus den Motiven eines Appellations-Erkenntnisses vom 19. Januar 1879, Nr. 455.)

162. Gerichtskundigkeit. Berücksichtigung nicht ordnungsmäßig beigebrachter Urkunden.

In einer Klagesache auf Räumung einer von der Beklagten im Hause des Klägers unentgeltlich innegehabten Wohnung handelte es sich um den Beweis, daß Beklagte die Ehefrau des Sohnes des Klägers sei — welchem Sohne Kläger freie Wohnung zugesichert habe. Die Beklagte hatte auch Zeugen benannt, jedoch nicht in der anberaumten Präklusivfrist sistirt, statt dessen aber, wiewohl außerhalb der Beweisintroductionsfrist, in einer Verhandlung der Parteien vor Gericht ein beglaubigtes Trauattestat (Extract aus dem Originalschnurbuch der hiesigen Schloßkirche), inhalts dessen sie mit dem Sohn des Klägers verhehlicht war, exhibirt. Gegen das vogteigerichtliche Erkenntniß vom 25. November 1871, Nr. 111, welches die Eigenschaft der Beklagten als Ehefrau des klägerischen Sohnes als feststehend annahm, querulirte Kläger und führte u. a. aus, dieser Umstand sei durchaus nicht erwiesen, weil die Beibringung des Trauattestats seiner Gegnerin nicht „in proceßmäßiger Art, im vorbereitenden Verfahren, oder als Beweismittel in der anberaumten Beweisfrist“ geschehen, auch dasselbe ihm nicht zur Recognition oder Agnition mitgetheilt, überhaupt von ihm eine Erklärung beziehentlich desselben nicht eingefordert worden sei. Darin, daß der Unterrichter die, ohne gehörige Beobachtung der Formalitäten eines Urkundenbeweises, von dem Ehestande der Beklagten gewonnene Kenntniß bei Entscheidung des Rechtsstreits berücksichtigte, glaubte Querulant eine Nichtigkeit der unterrichterlichen Verhandlungen, des Urtheils zu erkennen.

Der Querelbescheid vom 18. Februar 1872, Nr. 1073 bestätigte das untergerichtliche Urtheil und wies die obige Deduction des Beklagten mit folgender Motivirung zurück:

„Wiewohl die Beibringung des in den Acten befindlichen Trauattestates der Beklagten nicht unter Beobachtung derjenigen Proceßregeln stattgefunden hat, unter welchen nach den Proceßregeln der förmliche Urkundenbeweis geführt zu werden pflegt, so hat doch von der sich aus jenem Attestat ergebenden Gewißheit, daß Beklagte mit dem Sohne ihres Proceßgegners ehelich verbunden ist, seitens des Unterrichters nicht abgesehen werden dürfen. Denn was der Richter als solcher, unabhängig von den Anträgen der Parteien actenmäßig zur Gewißheit bringt und was derart zur Gerichtskunde geworden ist, bildet für ihn nicht minder als förmlich angebrachte Beweismittel die Grundlage, auf welche sich die Entscheidung stützt. Die Gerichtskunde erspart ihrem Effecte nach den Beweis, so daß ein ihr entgegenstehendes Leugnen der Gegenpartei gleichgültig ist. Dadurch, daß Kläger seiner Proceßgegnerin die ihr gebührende Anerkennung als Ehefrau seines Sohnes versagt, kann er die für deren rechtliche Stellung bedeutungsvolle Thatsache, daß sie diesem ehelich verbunden ist, für den Richter nicht ungeschehen machen, und es würde sich der Richter, wenn er die zu seiner Kunde gelangte Beschränkung in der Dispositionsfähigkeit der Beklagten (die dem Manne in die von diesem gewählte Wohnung folgen mußte) unberücksichtigt lassen wollte, einer Nichtigkeit nicht minder schuldig machen, als z. B. im Falle wissentlicher Zulassung eines Pupillen zur selbständigen Führung eines Proceßes.“

163. Gerichtskundig ist nicht, was der Richter bei Ausübung seines Amtes zufällig erfahren hat.

„Wenn der Unterrichter sein Erkenntniß lediglich auf einen Thatumstand, der aus den Acten gar nicht erhellt, gegründet hätte oder zu gründen genöthigt gewesen wäre, um zu dem gewonnenen Resultate zu gelangen, so wäre die untergerichtliche Entscheidung allerdings anfechtbar, weil der Richter sein Urtheil regelmäßig nur auf die im concreten Rechtsstreite liquid gestellten Thatsachen, jedenfalls aber nicht auf solche gründen darf, deren Kenntniß er zufällig bei Ausübung seines Richteramtes gewonnen hat. Allein mit jenem Entscheidungsmotiv concurriren noch andere vollgültige Entscheidungsgründe, welche die Abweisung der Klage und die

Bestätigung des untergerichtlichen Erkenntnisses nothwendig erscheinen lassen.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 10. Januar 1879, Nr. 203.)

164. Handelsrechtliche Gewohnheit. Feststellung derselben durch sachverständige Richter.

Die Constatirung eines Gewohnheitsrechts im Handelsverkehr geschieht — wosern das Gericht, dem die Entscheidung der betr. Sache obliegt, zum Theil mit dem Handelsstande angehörigen Mitgliedern besetzt ist — durch das Gericht selbst ohne Hinzuziehung anderweitiger urtheilender Sachverständiger (vgl. Renaud, Civilproc. §. 149 S. 390).

Dieser Satz ist anerkannt in den Motiven des Appellationsurtheils vom 17. December 1875, Nr. 8321 und des Appellationsurtheils vom 24. October 1875, Nr. 7005.

165. Der Gegenbeweis ist gleichzeitig mit dem Hauptbeweis zu führen. *)

Aus den Motiven der Resolution des Rathes vom 28. August 1874, Nr. 5401:

„Was die Ausführung des Supplicanten darüber, daß der Gegenbeweis nicht gleichzeitig mit dem Hauptbeweise zu führen ist, anbetrifft, so muß die Behauptung: der §. 11 Lib. II Cap. XX der Stadtrechte, welcher in dieser Hinsicht Bestimmung trifft, sei antiquirt, als einfach unwahr und den täglichen Erfahrungen der Praxis der städtischen Untergerichte widersprechend bezeichnet werden. Der Gegenbeweis wird darnach nicht nur auf Wunsch der Parteien, sondern, namentlich in Bagatell- und summarischen Processen, auch von Amtswegen gleichzeitig mit dem Hauptbeweise aufgegeben. Die Abweichungen von dieser gesetzlich begründeten Praxis beruhen durchweg auf der ausgedehnten Anwendung des Verhandlungsprincips. Wo dieses, wie vorliegenden Falls, weil die Parteien nicht einig sind, keine Geltung hat, tritt das Gesetz wieder in Kraft. .“

*) Vgl. oben Nr. 156.

166. Gegenbeweis durch Eidesdelation ist der Regel nach unstatthaft.

W. hatte den Beweis seiner Klagebehauptung, daß B. ihm ohne Modalitäten eine Zahlung versprochen habe, geführt. Gegen diesen Beweis wollte der Beklagte B. seinen Gegenbeweis dadurch führen, daß er dem W. einen Eid darüber zuschob, daß er nicht die ihm gemachten Anerbietungen der Art und Weise der Bezahlung der in Rede stehenden Schulb zurückgewiesen habe. Auf Antrag des W. wurde B. vom Untergerichte mit diesem Eidesantrage abgewiesen, ergriff jedoch gegen solche Entscheidung das Rechtsmittel der Querel an den Rath.

In den Motiven des Querelbescheides vom 2. März 1873, Nr. 1578, durch welchen das untergerichtliche Erkenntniß bestätigt wurde, heißt es:

„Der Eidesantrag als Gegenbeweis kann nur so aufgefaßt werden, daß Beklagter die Unwahrheit der Thatfache, welche das Thema des Hauptbeweises bildet, durch diesen Eid unmittelbar darzulegen bemüht ist, da dasjenige, dessen Beeidigung Beklagter vom Kläger verlangt, nicht auf künstlichem, sondern auf directem Wege den Klagebeweis widerlegen soll. Mißlingt dem Kläger der ihm aufgegebenene Klagebeweis, so stellt sich ein jeder Gegenbeweis als durchaus überflüssig heraus; gelingt ihm dagegen der Klagebeweis, so ist, wie das übrigens auch schon im Institut der Gewissensvertretung, welchem zufolge der Schiedseid durch jeden anderweitigen Beweis vollständig verdrängt wird und in Wegfall kommt, seine Begründung findet, nach der gemeinrechtlichen Proceßregel der Eid als Gegenbeweismittel solchenfalls ausgeschlossen; gelingt ihm endlich der Klagebeweis nur zum Theil oder unvollständig, so hat an Stelle des angetragenen Eides nach den Rig. Stadtrechten Lib. II Cap. XVIII Art. 14—16 der Nothleid einzutreten. Nur wenn der Hauptbeweis durch eine bloße Rechtsvermuthung oder auf künstlichem Wege erbracht wird, wie in concreto aber nicht der Fall ist, ist ein Gegenbeweis durch Eidesdelation statthaft.“

167. *Reprobatio reprobationis.*

J. machte gegen die G. einen Anspruch geltend aus einer angeblich von der G. in Zeugengegenwart am 24. Mai 1876 unterzeichneten Declaration, welche von der G. als gefälscht bezeichnet wurde. J. berief sich im Beweisverfahren auf die Mitunterzeichner des Schriftstücks, worauf die G. u. a. einen Gegenbeweis dahin introducirte, daß sie am 24. Mai ihre Wohnung überhaupt nicht verlassen habe und daher das betr. Schriftstück nicht habe unterzeichnen können. Gegen diese letztere Behauptung wurde dem J. in beiden Instanzen trotz gegnerischen Protestes ein Gegenbeweis nachgegeben. Die Motive der Entscheidung zweiter Instanz (Querelbescheid vom 17. November 1876, Nr. 7446) bemerken hierher gehörig:

„Die Bitte der Querulantin (G.) um Zeugenvernehmung darüber, daß sie am 24. Mai c. ihre Wohnung überhaupt nicht verlassen, war Gegenstand eines wenn auch künstlichen Gegenbeweises.

Damit stellt sich die Frage zur richterlichen Erwägung, ob eine Gegenbeweisführung wider einen Gegenbeweis überhaupt zulässig ist. Querulantin, einem von der älteren Theorie freilich aufgestellten Satz, also lautend „*reprobatio reprobationis non datur*“, huldigend, glaubt diese Frage verneinen oder doch einen Gegenbeweis wider einen Gegenbeweis nur als insoweit statthaft erachten zu dürfen, als die *reprobatio reprobationis* auf die Verdächtigkeit eines vom Reprobanten vorgeschlagenen Beweismittels oder gegen eine den Probanden betreffende Vermuthung des Reprobanten gerichtet ist. Diese Anschauung ist indeß eine heutzutage ziemlich allgemein überwundene. Die jüngere Doctrin und die jüngere Rechtsprechung hat mit vollem Grunde die vorhin erwähnte Rechtsregel: *reprobatio reprobationis non datur* auf die Fälle beschränkt, in denen die Unwahrheit der vom Proceßgegner in Beweis gestellten Thatfachen unmittelbar Gegenstand des Gegenbeweises ist, indem in diesen Fällen der Gegenbeweis wider den Gegenbeweis eben nur eine Ergänzung des Hauptbeweises, also ein *Additionalbeweis* sein würde und auch nur als solcher bezeichnet werden dürfte. Wenn dagegen, wie im vorliegenden Fall, eine durchaus andere Thatfache, als welche in Beweis gestellt worden (die Nichtentfernung der Reprobantin aus ihrer Wohnung während des ganzen 24. Mai c.) zum

Thema der Reprobation gemacht worden, so ist in der That kein rechtlicher Grund ersichtlich, aus welchem der Gegenbeweis wider den Gegenbeweis abgeschnitten werden könnte. Es würde bei solcher Abschneidung vielmehr die doch nothwendig vermeidliche Anomalie entstehen, daß der Beweis über diese im Gegenbeweis neu aufgenommene Thatsache nur dem einen Theil der Litiganten verstattet, dem anderen Theil nicht verstattet werden würde. Querulantin meint zwar, daß bei Annahme eines solchen Principis überhaupt gar keine Grenze des Beweisverfahrens sich auffinden lasse. Dem ist aber nicht so, weil eben das ausschließliche Thema des Gegenbeweises wider den Gegenbeweis einzig die Unwahrheit der vom Reprobanten in Beweis gestellten Thatsache sein darf und damit ein Gegenbeweis gegen eine reprobatio reprobationis von selbst ausgeschlossen und einzig noch ein Einredebeweis wider die Tauglichkeit des zu einem solchen Gegenbeweise vorgebrachten Beweismittels zulässig ist.“

168. Der directe Gegenbeweis kann auch auf Thatsachen gerichtet werden, die im vorbereitenden Verfahren nicht vorgebracht sind.

„Der Inhalt der Gegenbeweisartikel enthält ganz neue Thatsachen, die im vorbereitenden Verfahren gar nicht vorgebracht sind . . . Wenn nun allerdings Gegenbeweisartikel nicht nothwendig nur solche Thatsachen zu enthalten brauchen, welche bereits im vorbereitenden Verfahren vorgebracht und bestritten sind, sondern auch neue Thatsachen anführen können, so ist doch erforderlich, daß es solche sind, aus denen sich die Unwahrheit der klägerischen Behauptungen ergibt und die klägerische Beweisführung widerlegt bzw. aufgehoben wird. Die vorliegenden klägerischen Beweisartikel enthalten jedoch nichts, was zur Widerlegung der vom Kläger zum Beweise gestellten Thatsachen dienen könnte.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 23. Februar 1879, Nr. 1362).

169. Ein Additionalbeweis ist nur nach bereits geführtem Beweise möglich.

IX. Aus den Motiven des Querelbescheides vom 21. April 1876, Nr. 2599:

„Ein Additionalbeweis ist an sich nur denkbar, wenn ein Beweis vorhanden ist, welchem der additionaler Beweis hinzugefügt werden kann. Jede Hinzufügung eines Gegenstandes zu einem anderen hat zur nothwendigen Voraussetzung das wirkliche Bestehen des einen Gegenstandes, welchem der andere addirt werden soll, während eine Addition lediglich mit einem Nichts begrifflich unmöglich ist. So kann denn auch ein anderes Beweismittel nur einem bereits vorhandenen Beweismittel hinzugefügt werden; wenn ein solches primäres Beweismittel nicht vorhanden ist, gleichviel ob es nie existent geworden, oder wegen Verzichts auf dasselbe, oder wegen Zurückweisung desselben aus irgend welchem formellen oder materiellen Grunde wieder erloschen ist, so lassen sich andere Beweismittel damit nicht in Verbindung bringen, wie das auch schon in vielfältigen Präjudicaten stets gleichmäßige Anerkennung gefunden hat.“

Uebereinstimmend ist erkannt in der Resolution vom 4. August 1872, Nr. 5425 und in dem Querelbescheide vom 15. Januar 1875, Nr. 358.

170. Die Nachgabe des Additionalbeweises steht im richterlichen Ermessen.

I. Nach der Resolution des Rathes vom 28. August 1874, Nr. 5400 ist in der Verweigerung des Additionalbeweises im summarischen Prozesse niemals ein Nichtigkeitsgrund zu sehen,

„weil nach § 9 Cap. XX Lib. II der Stadtrechte der Richter schon im ordentlichen Verfahren mit der Additionalbeweismachgabe „bescheidene Maße gebrauchen“, d. h. nach seinem Ermessen denselben verweigern soll, in Sachen des richterlichen Ermessens aber die streng formelle Nichtigkeitsbeschwerde nicht Platz greifen darf; und weil dieses Alles noch in erhöhtem Maße für den summarischen Proceß zu gelten hat, welchen der Richter auf Grund des Cap. XII l. c. nach Möglichkeit und bei Verhinderung jeder Verzögerung des Verfahrens abzukürzen verpflichtet ist.“

II. Ebenso heißt es in der Resolution vom 10. Juni 1875, Nr. 408:

„Die Nachgabe des Additionalbeweises ist nach Lib. II Cap. XX §. 9 der Reg. Stadtrechte durchaus in das richterliche Ermessen gestellt, mithin kann in der Nachgabe desselben unter keinen Umständen eine Nichtigkeit gefunden werden.“

171. Additionalbeweis im summarischen Proceß.

„Daß im summarischen Proceß der Additionalbeweis nur ausnahmsweise und zwar nur dann zu gestatten ist, wenn der Richter die Ueberzeugung hat gewinnen müssen, daß nach Lage der Sache die Führung eines Additionalbeweises geboten sei, wird in Uebereinstimmung mit dem im Jahre 1870 auf Verfügen des Raths durch den Druck veröffentlichten, den stadtrechtlichen Proceß betreffenden Gutachten hiesiger Rechtsgelehrter durch die Rechtsprechung der Stadtgerichte regelmäßig anerkannt. Vorausgesetzt, die vorliegende Streitsache wäre im summarischen Proceß zu verhandeln, so müßte die Abweisung der auf Nachgabe des Additionalbeweises gerichteten Bitte der Beklagten dem Angeführten nach gerechtfertigt erscheinen, weil die Beklagten zu ihrer Begründung nichts angeführt und für die richterliche Ueberzeugung, daß der Additionalbeweis geboten sei, keinen besonderen Anhaltspunkt gegeben haben. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu . . . Ueber die streitige Sache ist nicht, wie über eine Handelsache im summarischen Proceß, sondern in gewöhnlichen dilatorischen Fristen verhandelt worden . . . Der Grund . . ., daß beim Wettgericht überhaupt im summarischen Proceß verfahren wird, kann also nicht verfangen bei einer Streitsache, welche gleichwohl im gewöhnlichen Proceß verhandelt worden ist.“

(Querelbescheid vom 22. August 1879, Nr. 5786).

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Querelbescheide vom 23. April 1875, Nr. 2873 und vom 30. April 1880, Nr. 2805, wo es heißt: „Es ist nicht zweifelhaft, daß im summarischen Proceße ein Additionalbeweis nur ausnahmsweise zu gestatten ist, wenn der Richter solches nach Lage der Sache für geboten erachtet (Lib. II Cap. XII §. 5 der Stadtrechte verbunden mit Cap. XX §. 9 daselbst)“.

172. Über den Superadditionalbeweis im ordentlichen Proceffe.

Der Querelbescheid des Rathes vom 26. April 1872, Nr. 2822, durch welchen das Protokollverfügen des Landvogteigerichts I. Sect. vom 24. Februar bestätigt und der vom Beklagten nachgesuchte Superadditionalbeweis denegirt wurde, enthält in seinen Motiven nachstehende Ausführung:

„Nach der gemeinrechtlichen Proceßtheorie ist eine Dervollständigung des bereits angetretenen Beweises, selbst, wenn diese vorbehalten sein sollte, nach Ablauf der Beweisfrist in der Regel unstatthaft, denn die Beweisfrist ist gemeinrechtlich eine peremptorische und auf sie eben ist anwendbar die Vorschrift: *contumax est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, litteris evocatus praesentiam sui facere contemnit*. Nur die gemeinrechtliche Praxis läßt allerdings die Nachbringung von Beweismitteln auch nach abgelaufener Beweisfrist zu, wenn entweder eidlicher Bekräftigung des Probanden gemäß die Beweismittel neu aufgefunden sind, oder wenn dem Probanden ohne seine Schuld rechtzeitig eingebrachte Beweismittel verloren gegangen sind. Ein Superadditionalbeweis ist ein weder von der gemeinrechtlichen Theorie, noch Praxis gekanntes Rechtsinstitut.

Nicht ganz mit dem gemeinen Recht übereinstimmend sind die Riga'schen Stadtrechte. Zwar ist auch nach den letzteren die Beweisfrist eine gesetzlich angeordnete und zwar von 14 Tagen, nicht also eine nach richterlichem Ermessen anzuberaumende (Lib. II Cap. XX Art. 1), und auch in ihnen ist hervorgehoben, daß die Beweismittel alle gleichzeitig eingebracht werden sollen (Art. 14 *ibid*). Es scheint sonach also auch in den Stadtrechten die peremptorische Natur der Beweisfrist und die Anwendbarkeit des Eventualprincips auf das Beweisverfahren anerkannt. Andererseits aber wird durch Art. 9 *ibid*. dem Probanden gestattet, bis zur Eröffnung der Zeugen-Scrutinien, d. h. bis zum Schluß des Beweisverfahrens, Additionalbeweis zu führen mit der einzigen Beschränkung, daß der Richter dabei bescheidene Maße gebrauchen soll, was keineswegs, wie Querulant dafür hält, sich einzig auf die Ueberwachung dessen bezieht, daß nicht die gesetzliche Zahl von Zeugen überschritten werde, denn von einer solchen Zahl sprechen die Stadtrechte überhaupt gar nicht. In Grundlage dieses Art. 9 der Stadtrechte ist nun aller-

dings von der Praxis im ordentlichen Proceß stets dem Probanden ein Additionalbeweis und mitunter je nach Umständen und nach der zuvor eingetretenen richterlichen Ermägung, ob dadurch nicht das vorschriftmäßige „bescheidene Maß“ überschritten werde, ein Superadditionalbeweis verstattet worden. Niemals aber hat selbstverständlich schon der Superadditionalbeweis das Recht einer Regel für sich gewinnen können, da er ja eben abweichend von dem, was sonst als Recht gilt, eine Ausnahme bildet. Vielmehr ist stets auf den Zusatz zum Art. 9, daß in Betreff des bescheidenen Maßes das richterliche Ermägen einzutreten habe, vorzügliches Gewicht gelegt worden. Demzufolge, und da es ohnehin Pflicht ist jede Anomalie auf die engsten Grenzen zu beschränken, sowie alle unnützen Erschwernisse einer Rechtsverfolgung abzuschneiden, hat der Richter die unabweisliche Pflicht in jedem einzelnen Falle, in dem um einen Superadditionalbeweis nachgesucht, vom Proceßgegner aber der Befugniß zur Führung desselben widersprochen wird, aufs Gewissenhafteste zu prüfen, ob für die Bewilligung eines solchen, immer nur ausnahmsweise zu bewilligenden Benefizes zureichende Gründe vorliegen oder nicht. Im concreten Falle liegt zwischen der Bitte des Querulanten um Nachgabe eines Gegenbeweises und der Bitte um Nachgabe eines Superadditionalbeweises ein Zwischenraum von 13 Monaten, über welchen hinaus dem Kläger die Durchführung seines Anspruchs verzögert worden. Schon dieser seitherige Verschlepp legt dem Richter die Pflicht auf weiterem Verschlepp möglichst vorzubeugen. Es hat ferner Querulant neben einem Urkundenbeweis bereits acht Zeugen denominirt, von denen drei über sämtliche Gegenbeweisartikel vernommen werden sollen. Wenn nun von diesen drei letzteren einer in Wegfall gekommen, demnach aber die zur Führung eines vollständigen Beweises erforderliche Zahl von nur zwei Zeugen immer noch übrig geblieben ist, so kann das aus dem Wegfall dieses einen Zeugen vom Querulanten hergeleitete Motive zur Bitte um einen Superadditionalbeweis nicht für zureichend erachtet werden, um durch Bewilligung einer Ausnahme von der Regel dem Querulanten die endliche Erlangung seines Rechts weiter noch zu verzögern. Noch unannehbarer ist das vom Querulanten weiter vorgeschützte Motiv, daß er mit einigen Beweismitteln zurückgewiesen worden sei. Denn die Vorbringung unzulässiger Beweismittel verleiht nicht die Befugniß zum

Nachtheil des Proceßgegners das Beweisverfahren mehr und mehr auszubehnen. Andere Beweggründe, als die eben benannten beiden hat aber Querulant zur Befürwortung der beanspruchten Ausnahmestellung nicht vorzubringen vermocht."

173. Im summarischen Proceß ist der Superadditionalbeweis ausgeschlossen.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 21. Januar 1872, Nr. 381 ist hierüber zu entnehmen:

„Querulant meint daß der §. 4 der Stadtrechte Lib. II Cap. XII hinsichtlich der Beschleunigung sich nur beschränke auf Verkürzung der Fristen, nicht aber auf Aenderung der Proceßart, und hat sich Querulant demgemäß für gravirt erachtet, weil ihm vom Unterrichter der Superadditionalbeweis nicht nachgegeben worden sei. Allein zu einer Beschleunigung des Verfahrens, wie sie im summarischen Proceß üblich ist, dienen die Abkürzung der Fristen, die Zusammenziehung des gesammten Vertheidigungsmaterials in der Erklärung und die Ausschließung aller Verzierungen im Beweisverfahren. Im summarischen Proceß ist daher ein Additionalbeweis nur ausnahmsweise, wenn der Gegner einwilligt, oder beim Widerspruch desselben, wenn der Richter denselben nach Lage der Sache für geboten hält, zu gestatten; ein Superadditionalbeweis aber jedenfalls auszuschließen, da die Nachgabe eines solchen dem Wesen und dem Zweck des summarischen Processes widersprechen würde. Daß Querulant die ihm zur Beweisführung anberaumte Zeit unbenutzt hat dahin gehen lassen, charakterisirt sich als eine solche Aufschiebung und Protelation, welche der §. 5 der Stadtr. Lib. II Cap. XII den Advocaten untersagt wissen will.“

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Querelbescheide vom 7. December 1873, Nr. 9111.

174. Protestantische Geistliche sind von dem Zeugniß darüber befreit, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut ist.

Die I. Section des L.B.G. hatte den Superintendenten W. auf sein Ansuchen von der Zeugnißpflicht befreit, weil die betreffen-

den Thatfachen ihm in seiner amtlichen Eigenschaft anvertraut seien, und hatte sich auf Lib. II Cap. XXI §. 2 der Stadtrechte berufen. Der Proband erhob dagegen Querel, weil die Befreiung vom Zeugnisse sich nur auf das einem Geistlichen in der Beichte Anvertraute beziehe. Der Querelbescheid vom 10. September 1880, Nr. 5895 verwarf darauf die Beschwerde aus folgenden Gründen:

„Es muß zugegeben werden, daß die Berufung des Unterrichters auf die Stadtrechte Lib. II Cap. XXI §. 2 für zutreffend nicht erachtet werden kann. Denn, wenn es daselbst heißt, daß derjenige, welchem das eine oder andere Theil seine Heimuth auf guten Glauben in der Sache offenbaret und zum Beistand gebeten, nicht zeugen möge, so ist es zweifellos, daß diese Bestimmung nur auf Anwälte und Procuratoren zu beziehen ist. Im Uebrigen aber kann der von dem Querulanten vertretenen Anschauung nur das Zugeständniß gemacht werden, daß die Frage, ob Beichtväter unfähige Zeugen seien, einigermaßen controvers ist. Einige Rechtslehrer wollen namentlich dann, wenn der Beichtvater von dem Beichtkinde selbst zur Offenbarung der anvertrauten Thatfachen ermächtigt wird, den Prediger zum Zeugniß zulassen, während andere die Beichtväter in Betreff der ihnen als solchen amtlich anvertrauten Thatfachen ein für allemal von der Zeugnißablegung ausgeschlossen wissen wollen (Dist. 6. c. 2 de poenitent. C. 2 X. de poenit. V, 38. Wegell, Civilproceß, S. 183 Note 13 u. Schmid, Civilproceß, §. 133 Note 22).

Für die Entscheidung des Fragefalles kommt in erster Reihe das Gesetz für die evangel.-luth. Kirche vom Jahre 1832 in Betracht. Dasselbe enthält in der zu demselben gehörigen Instruction für die Geistlichkeit und die Behörden (Art. 51—53) die bereits oben erwähnten, aus dem canonischen Recht herübergenommenen Bestimmungen von der Wahrung des Beichtgeheimnisses. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß bei solcher Herübernahme der Lehre des canon. Rechts von der Heiligkeit des Beichtsiegels in das protestantische Kirchenrecht und bei der gänzlichen Verschiedenheit der Bedeutung der Beichte, welche nicht, wie in der katholischen Kirche ein Sacrament ist und nicht in der Pflicht die einzelnen Sünden zu bekennen, besteht, den ob erwähnten Bestimmungen des Kirchengesetzes eine viel weitergehende, über das Beichtgeheimniß hinausgehende Bedeutung beigelegt werden muß. Damit stimmt

denn auch die neuere Doctrin und Praxis vollkommen überein. Außer den bereits angezogenen Proceßlehrern Schmid und Weßell sprechen namentlich auch Renaud, S. 270, Endemann, S. 717 und Dangenbeck, Beweisführung S. 477 sich übereinstimmend im wesentlichen dahin aus, daß protestantische Geistliche über die ihnen amtlich anvertrauten, zumal in das Gebiet der Seelsorge hineingehörenden Thatsachen nicht zur Zeugnißablegung zuzulassen seien. . . . Den genannten Schriftstellern, deren Zahl leicht vermehrt werden könnte, schließt sich auch das neueste heimische Werk über den Civilproceß von dem Dorpater Prof. D. Schmidt an, indem er S. 112 sagt: „Verpflichtet zur Ablehnung des Zeugnisses sind Geistliche evangelischer Confession hinsichtlich dessen, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut ist“, während die Verpflichtung Geistlicher orthodox-griechischer und römisch-katholischer Confession sich nur auf dasjenige bezieht, was ihnen in der Beichte anvertraut ist.“

175. Begriff des *testimonium in propria causa*.

I. „Nach den Grundsätzen des auch bei uns geltenden gemeinen Proceßrechts wird in gewissen Fällen der Aussage eines verdächtigen Zeugen gar kein Glaube beigemessen und derselbe deshalb von der Vernehmung ausgeschlossen. Dazu wird unter anderem auch gerechnet, wenn die Rechtsache, in welcher Jemand zum Zeugniß berufen ist, als seine eigene Sache anzusehen ist, indem er bei dem Ausgange derselben selbst interessirt ist (Bayer, Vorträge, S. 814 und 815). Zur Begründung dieses Rechtsatzes beruft man sich auf l. 10 D. XXII. 5 und l. 10 Cod. IV. 20 und zur Beantwortung der Frage, was unter *res sua* und *res propria* zu verstehen sei, auf l. 1 §. 11 D. 49, 4. Wenn nun gleich diese . . . Bestimmung dafür, daß jedes mittelbare oder unmittelbare Interesse an dem Rechtsstreite denselben zur *causa propria* mache und von einer Zeugnißablegung in derselben ausschließe, keinen genügenden Beweis abgibt (Seuffert's Archiv V. 321), so steht doch fest, daß sie für die Doctrin des Proceßrechts den Anhalts- und Ausgangspunkt für die Erklärung der *res sua* und *res propria* abgegeben hat, und in Folge dessen Jeder als Zeuge in eigener Sache angesehen und als völlig unglauwürdig von der Vernehmung

ausgeschlossen wird, dessen Aussage Einfluß auf den Ausgang des Processes und der zugleich von diesem Ausgange Vorthail oder Nachtheil in dem Maße zu erwarten hat, daß die Befürchtung nahe liegt, es werde sein Gewissen im Kampfe mit seinem Eigennutze unterliegen. Ob nun in einer concreten Streitsache ein solcher Fall vorliegt, kann allein von dem richterlichen Ermessen entschieden werden.“

(Querelbescheid vom 10. März 1878, Nr. 1734).

II. „Als Zeugen in eigener Sache und daher als inhabil sind auf Grund der für die Praxis der hiesigen Gerichte maßgebenden Quellenbestimmungen diejenigen Personen anzusehen, welche als Zeugen in einem Rechtsstreit aufgeführt werden, von dessen Ausgang sie, jenachdem er für ihren Producenten günstig oder ungünstig ausfällt, einen Vorthail oder Nachtheil unmittelbar zu erwarten haben (l. 10 C. de test. IV, 20 l. 1 §. 11 D. quando appellandum 49, 4). Dagegen dürfen diejenigen Personen, welche nur möglicher Weise von dem Ausgange eines Processes für sich nachtheilige Folgen zu befürchten haben, nicht für unfähig zur Zeugnißablegung angesehen werden, weil sonst in vielen Sachen die Ausmittlung der Wahrheit unmöglich gemacht werden würde (Renaud, Civilproceß §. 110).“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 31. Januar 1879, Nr. 783).

Vollkommen übereinstimmend lautet der Querelbescheid vom 18. April 1879, Nr. 2817.

176. Beweisuntüchtigkeit des in einer früheren Criminalsache eidlich abgelegten Zeugnisses zu Gunsten des Zeugen in einem von diesem später angestregten Civilproceß.

„Kläger ist bestrebt der Ansicht entgegenzutreten, daß das von ihm in Untersuchungssachen wider M. abgelegte eidliche Zeugniß sich in Beziehung auf den vorliegenden Rechtsstreit als ein Zeugniß in eigener Sache qualificire und daher in Anleitung der l. 10 Dig. XXII, 5 jeder Beweisraft entbehre. . . Berücksichtigt man indessen, daß der vom Kläger in der Untersuchungssache abgelegte

Eid für den vorliegenden Rechtsstreit die Bedeutung eines Proceß-
eides nicht haben kann, weil er ihm weder von dem diesen Rechts-
streit verhandelnden Richter auferlegt, noch ihm von der Gegenpartei
zugeschoben bzw. zurückgeschoben worden ist, so kommt derselbe nur
noch unter dem Gesichtspunkt eines Zeugeneides in Betracht. Als
ein solcher kann er aber nicht aufgefaßt werden, weil eine Partei
in eigener Sache Zeugniß abzulegen nach der herrschenden Zeugniß-
lehre durchaus unfähig ist (l. 10 D. de test. XXII, 5 und l. 10
Cod. de test. IV, 20). Ob und in welchem Maße Kläger bei der
Zeugnißablegung in der Untersuchungssache unbefangen gewesen,
oder durch Rücksicht auf den Ausgang der Sache bei ihm der
Wille die Wahrheit zu sagen gestört gewesen ist, kommt bei absoluter
Unbrauchbarkeit des von dem Kläger selbst abgelegten Zeugnisses
als Beweismittel in seiner eigenen Streitsache gar nicht weiter in
Frage. Daß aber der Richter als Beweisgrund auch solche Eide
zu berücksichtigen hätte, welche weder als Proceßeide geleistet worden
sind, noch zur Bekräftigung eines Zeugnisses dienen sollen, ist
proceßrechtlich nicht begründet. Die Ansicht des Unterrichters, wo-
nach Klägers Bezugnahme auf seine in der Untersuchungssache er-
folgte eidliche Vernehmung als geeignete Beweisantretung deshalb
nicht zu beurtheilen ist, weil des Klägers Aussage und Eid keinen
Beweisgrund enthalten, ist mithin richtig und Ausschlag gebend“.

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 7. Februar
1879, Nr. 945).

177. Der Abcitat ist zum Zeugniß unfähig.

Kläger (Querulant) hatte als Zeugen den S. aufgeführt, gegen
welchen gleichzeitig, wie gegen den Beklagten, als Abcitataten geklagt
worden war. Der Bescheid des Vogteigerichts vom 2. December
1871 verwarf den benominirten Zeugen, ebenso der Querel-
bescheid vom 28. Januar 1872, Nr. 556. Die Motive heben
hervor:

„Querulant meint trotz seiner Abcitation die Proceßpartei-
eigenschaft des S. bestreiten zu können, eine Parteinahme des S. zu
seinen Gunsten erklärt Querulant mit der Proceßgegnerschaft des-
selben nicht vereinbar. Der geschenehen Abcitation des S. vindicirt
er allein die Bedeutung der Anticipation eines Beweismittels.

Die Auffassung Querulantens von der Stellung des S. in dieser Streitsache ist jedoch eine unrichtige. Ebensovienig, wie eine Klage, auch wenn auf dieselbe eine vollständige Einräumung des Klagegrundes und ein Zugeständniß der Klageforderung seitens des Beklagten folgt, als anticipirter Beweis angesehen werden kann, wird bei durch Abdication erfolgter Hinzuziehung dritter Personen zu einem Rechtsstreite, falls sich dieselben zu Gunsten der einen oder anderen Partei erklären, die hierin liegende Proceßtheilnahme in eine Zeugenschaft umgewandelt. Der Beklagte verliert durch Einräumung der Klage nicht die Parteistellung des Beklagten; der sich zu Gunsten des Klägers äußernde Abdicat hört in Folge dieser Aeußerung nicht auf, Proceßtheilnehmer zu sein. Wer durch Abdication dazu geführt worden ist in einem Proceße eine Parteistellung einzunehmen, dem fehlt es um dieser Stellung willen, wohin auch immer dieselbe eingenommen worden sein mag, an der Befähigung zur Zeugnißablegung in demselben Proceße.“

178. Der Cedent ist in Sachen des Cessionars wider den Schuldner ein inhabiler Zeuge in Betreff der Richtigkeit der cedirten Forderung.

„Der Grundsatz des röm. Rechts: *nullus idoneus testis in re sua intelligitur* (l. 10 D. de test. XXII, 5) kommt dann zur Geltung und der vorgeschlagene Zeuge ist dann als inhabil zu betrachten, wenn derselbe durch Bejahung oder Verneinung des Beweissatzes einen directen Vortheil oder Nachtheil für sich erreicht. Nach Art. 3481 des Prov.-Rechts Theil III haftet nun der Cedent dem Cessionar für die Richtigkeit der cedirten Forderung: wenn sich also herausstellt, daß die cedirte Forderung eine unbegründete sei, würde hiernach der Cedent zur Rückgabe des vom Cessionar gezahlten Abtretungspreises verpflichtet sein. Diese Verpflichtung des Cedenten und die Berechtigung des Cessionars gegen ihn seinen Regreß zu nehmen würde, weil es sich hier um abgeleitete Rechte des Cessionars handelt, auch dann schon vorliegen, wenn der Cedent selbst einräumen müßte, daß die cedirte Forderung keinen rechtlichen Halt habe, die Cession daher selbst gegenstandslos gewesen sei. Bezüglich der Frage über die Richtigkeit der cedirten

Forderung ist der Cedent daher als Zeuge in eigener Sache anzusehen und regelmäßig vom Zeugniß auszuschließen.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 10. October 1879, Nr. 6862.)

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Querelbescheide vom 5. December 1880, Nr. 7903.

179. Beweiskraft eines Zeugnisses des Cedenten für den Cessionar.

„Eine Personeneinheit zwischen dem Cessionar und Cedenten, auf welche der erste Richter hindeutet, läßt sich weder mit der römischen noch mit der heutigen Auffassung der Cession vereinigen, und es ist namentlich der Cedent durchaus nicht schlechtweg, sondern nur dann ein inhabiler Zeuge für den Cessionar, wenn er ein unmittelbares eigenes Interesse am Ausgange des Processus hat (vgl. das Appellations-Erkenntniß des Rathes vom 10. October 1879, Nr. 6862). Folgerecht ist aber auch eine von dem Cedenten ausgestellte Quittung über eine an ihn geleistete Zahlung nicht deshalb ein untüchtiges Beweismittel für den Cessionar, weil sie rechtlich so anzusehen ist, als hätte der letztere sie selbst geschrieben, sondern ihr Beweizwerth ist lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen zu bemessen. . . . Hiernach beweist die von dem Cessionar beigebrachte Quittung des Cedenten S. soviel, als überhaupt ein schriftliches Privatzeugniß gegen Dritte beweist. Diese Beweiskraft ist aber nur die eines Indiciums, welches erst in Verbindung mit anderen Beweismomenten seine Wirksamkeit äußert.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. Januar 1880, Nr. 359.)

180. Der Commis, welcher das streitige Rechtsgeschäft für den Principal abgeschlossen hat, ist nicht Zeuge in eigener Sache.

Ueber diese Frage enthält die Resolution vom 29. September 1871, Nr. 6487 Nachstehendes:

„Nach l. 10 Dig. XXII, 5 und l. 10 Cod. IV 20 ist es allerdings nicht zweifelhaft, daß Zeugen in eigener Sache (in re sua,

in re propria) unzulässig sind, es fragt sich aber, was als eigene Sache anzusehen ist. Im Allgemeinen darf als leitender Grundsatz angenommen werden, daß die Gründe der Ausschließung vom Zeugniß möglichst einzuschränken sind. Läßt sich nicht mit völliger Sicherheit voraussetzen, daß das Zeugniß unter allen Umständen werthlos sein wird, so ist die Ausschließung nicht gerechtfertigt, da ja noch immer nach der Vernehmung Zeit genug ist, die Gründe der Unglaubwürdigkeit in Betracht zu ziehen, und eventuell die Aussagen als werthlos bei Seite zu legen.

Anlangend die Zeugen in eigener Sache, so können nach der richtigen Ansicht in diese Kategorie, abgesehen von den Parteien selbst, nur diejenigen inbegriffen werden, welchen der ihrer Aussage entsprechende Ausgang des Processes geradezu und gewiß Vortheil oder Nachtheil bringt, und zwar nicht unerheblichen, weil sonst die Vermuthung nicht gerechtfertigt wäre, daß der Zeuge im Kampfe des eidlich geschärften Gewissens mit seinem Eigennutze unterliegen würde (Seufferts Archiv, Bd. 18 Nr. 190).

Hiernach wären zu den Zeugen in eigener Sache vornehmlich die einer Partei Regreßpflichtigen zu zählen, weil diese bei einem ihrer Partei ungünstigen Ausfalle des Processes directen Nachtheil zu erwarten haben. Supplicant behauptet nun zwar, daß der Zeuge P. dem Beklagten regreßpflichtig sei, dem kann jedoch nach Lage der Sache nicht beigespflichtet werden. Ein Commis, der für seinen Principal Geschäfte schließt, wird demselben nur unter der Voraussetzung regreßpflichtig sein, daß er seine Instruction verletzt oder sich einer Culpa schuldig macht. Hat der Commis die nöthige Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit beobachtet und sich innerhalb der ihm ertheilten Vollmacht gehalten, so ist eine weitere Haftung seinerseits nicht begründet. Da nach Lage der Sache nicht zu erfahren, noch anzunehmen ist, daß im vorliegenden Falle die Voraussetzungen einer Regreßpflicht des Zeugen P. gegenüber dem Beklagten gegeben sind, so ist der Protest des Supplicanten gegen die Vernehmung dieses Zeugen unrechtfertig."

181. Der Hauptschuldner ist im Proceß des Gläubigers gegen den Bürgen nicht unfähiger, sondern nur verdächtiger Zeuge.

Kläger, welcher in seiner auf Bezahlung einer Schuld gerichteten Klage namentlich auch angeführt hatte, daß von ihm für den innerhalb dreier Monate zu entrichtenden Preis der dem B. F. in Talsen von dem Beklagten zu liefernden Waaren Bürgschaft geleistet worden sei, hatte zum Beweise dessen, daß in Folge einer derartigen, seiner Bürgschaftsleistung beigefügten Beschränkung, sowie in Folge ausdrücklichen Verzichts des Beklagten auf weitere Bürgschaftsleistung seine Bürgschaft erloschen sei, sich in seiner Gegenbeweisantretung auf das Zeugniß des genannten Hauptschuldners des Beklagten berufen. Beklagter protestirte gegen die Vernehmung des B. F. wegen dessen Betheiligung und Interesse an der Sache und der Bescheid des Vogteigerichts vom 8. Januar 1872, Nr. 125 wies die klägerische Gegenbeweisantretung zurück. Auf erhobene Querel des Klägers hob der Rath dagegen im Querelbescheid vom 26. April 1872, Nr. 2823 den untergerichtlichen Bescheid auf und ließ die Vernehmung des B. F. als Zeuge zu.

Die oberrichterlichen Entscheidungsgründe führen aus:

„Der Werth jedes Zeugnisses hängt von der Ernstlichkeit des Willens ab, die Wahrheit zu sagen; wo dieser Wille gar nicht vorausgesetzt werden kann, ist das Zeugniß werthlos und die betreffende Person daher im concreten Falle ebensowenig zum Zeugniß zuzulassen, wie diejenigen, denen es aus physischen Ursachen an der Fähigkeit zur Zeugnißablegung gebricht. Aus diesem Grunde können z. B. die nächsten Verwandten einer Proceßpartei von dieser nicht zu Zeugen aufgerufen werden, ebensowenig aber auch solche Personen, welche, wiewohl sie an der Proceßführung nicht theilnehmen, doch sich in der Lage befinden, das processualische Interesse der Partei zu dem ihrigen machen zu müssen. Es beruht dieses, wie schon im unterrichterlichen Erkenntnisse hervorgehoben wird, auf der in l. 10 D. XXII, 5 enthaltenen Vorschrift, wonach Niemand in eigener Angelegenheit für einen tauglichen Zeugen gehalten werden soll; denn mit Recht wird befürchtet, daß die von der Partei zu erwartenden Vortheile oder Nachtheile, die sich aus dem von dem Zeugnisse abhängigen Ausgange des Processes er-

geben, von solchem Einflusse auf die Partei sein werden, daß vor dem Interesse die Achtung der Wahrheit zurücktreten könnte. In-
dessen, wie dieses Interesse ein sehr verschiedenes ist, jenachdem
der Zeuge unmittelbar, oder doch nur mittelbar Vortheil oder Nach-
theil von dem Ausgange des Processus zu erwarten hat, so erscheint
bei ihm der Wille, die Wahrheit zu sagen, auch in sehr verschiede-
nem Maße bedroht, so daß nur im Falle eines unmittelbaren
Interesses des Zeugen am Ausgange des Processus die völlige Aus-
schließung des Zeugen gerechtfertigt ist, wogegen dann, wenn das
eigene Interesse des Zeugen an dem Ausgang des Processus nur
ein mittelbares ist, dasselbe ihn nur verdächtig machen kann.

Ob im vorliegenden Falle bloß Verdächtigkeit oder Unzulässig-
keit des von dem Kläger aufgeführten Zeugen vorliegt, muß die
concrete Prüfung ergeben, wobei nicht unberücksichtigt bleiben kann,
daß die Frage, ob der in Streitsachen des Bürgen wider den
Gläubiger von ersterem zum Zeugen vorgeschlagene Hauptschuldner
wegen dieser seiner Stellung zur Streitsache und zur Person des
Bürgen als *testis in propria causa* zu betrachten sei, in der deut-
schen Gerichtspraxis (vgl. Seufferts Archiv, Band III Nr. 212) da-
hin Beantwortung gefunden hat, daß ein solcher Zeuge zwar kein
classischer Zeuge sei, jedoch nicht unter allen Umständen verworfen
werden müsse.“

182. Das Mitglied der Direction ist im Proceß der Direction unfähiger Zeuge.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 4. Februar 1872,
Nr. 695 ist zu entnehmen:

„Kläger, modo Querulanten, erachten sich durch den .. Bescheid
des Vogteigerichts deshalb gravirt, weil ihrem Ansuchen um Ver-
nehmung des M. als Zeugen in dieser Sache nicht deferirt worden.

Die Zurückweisung dieses Ansuchens wird in dem erwähnten
Bescheide dadurch motivirt, daß der von den Klägern als Zeuge
aufgegebene Kaufmann M. zur Zeit Director der beklagten Fabrik
ist, und daher, falls er vernommen werden würde, Zeuge in eigener
Sache sein würde.

Dem gegenüber glauben die Querulanten aus Opportunitäts-
rückichten, sowie aus dem Grunde, weil es ihnen nicht hätte ver-

sagt werden können, dem Director M. einen Schiedsleid anzutragen, ihr Verlangen, daß der Director M. als Zeuge vernommen werde, rechtfertigen zu können, umsomehr, als die zu seiner Vernehmung gestellten Artikel gar nicht direct gegen ihn und sein Interesse gerichtet seien.

Wenn aber nach der herrschenden Zeugnißlehre im Proceß stets die Aussage dritter, an der Proceßführung selbst nicht betheiligter Personen erforderlich ist und die in Eidesform auftretende eigene Versicherung einer Partei, auch wenn sie von der Gegenpartei als Beweismittel beantragt wird, nicht als Zeugniß aufzufassen ist, sondern als Schiedsleid nach ganz anderen processualischen Regeln als den für den Zeugenbeweis maßgebenden zu behandeln ist, wenn mithin im vorliegenden Falle, wo die Kläger einen Zeugenbeweis angetreten haben, die Voraussetzungen für die Ableistung eines Schiedsleides durch die Gegenpartei nicht vorliegen und keinerlei Opportunitätsrückichten eine derartige Verletzung der Proceßregeln, wie sie klägerischerseits intendirt wird, rechtfertigen können, so hat nicht anders, als vom Unterrichter geschehen, erkannt werden können.“ . . .

183. Die Ehefrau ist in Sachen ihres Ehemannes für denselben inhabile Zeugin.

Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 11. August 1872, Nr. 5642 ist hier anzuführen:

„Die Beschwerdepunkte des Appellanten werden aus dem Umstande abgeleitet, daß die in der Beweisantretung benannte Zeugin M. B. noch vor dem Zeugenverhör die Ehefrau des Producenten geworden ist, der Unterrichter (Landvoogteiger. II. Sect. Erk. v. 30. März 1872, Nr. 49) aber ihren Aussagen, wenn auch nicht vollständige, so doch einige Beweiskraft beigemessen hat. Es ist nun zwar an sich richtig, daß die Ehefrau eines Beweisführers, zumal wenn sie nach Stadtrechten mit demselben in Gütergemeinschaft lebt, nur als Zeugin in eigener Sache gelten kann und mithin ihren Aussagen nicht die mindeste Glaubwürdigkeit innewohnt. Der Unterrichter hat die Zeugin als nur verdächtig und nicht vollständig inhabil ansehen zu dürfen gemeint, weil der Probat keine Einwendungen wider die Person der Zeugin erhoben. Indesß

eines solchen Protestes, welcher überhaupt erst nach der geschehenen Zeugenvernehmung hätte verlautbart werden können, weil der Probat vorher — der Zeugenbenomination nach — von dem Verhältniß dieser derzeit noch unverehelichten Zeugin zum Probanten nichts wissen konnte, bedurfte es nicht, weil das Gesetz selbst schon (l. 10 Dig. de test. XXII 5 und c. 10 Cod. de test. IV 20, Rig. Stadtr. Lib. II Cap. XXI Art. 1 und 2) den Parteien für sich Zeugniß abzulegen nicht gestattet.“

184. Die Stiefmutter und die Ehefrau sind, wenn sie als Zeugen gegen die Stieffinder bzw. den Ehemann aufgerufen sind, nicht inhabil.

„Die Stiefmutter*) und die Ehefrau sind in Sachen wider ihre Stieffinder und ihren Ehemann keineswegs durchaus unzulässige Zeugen, deren Vernehmung von vornherein ausgeschlossen ist. Der Protest der Kläger gegen die benominirte Zeugin war daher nicht begründet, es mußte diese vielmehr zur Zeugnißablegung aufgefordert werden, ihr stand aber allerdings gesetzlich das Recht der Ablehnung des Zeugnisses gegen die ihr nahestehenden Verwandten zu. Je nachdem sie nun hiervon Gebrauch machte oder nicht, war dem Prozesse der je nachdem erforderliche Fortgang zu geben, nicht aber durfte (wie das in dem Erk. der II. Section des L.V.G. vom 14. August 1880, Nr. 233 geschehen) die benominirte Zeugin für absolut unzulässig erklärt und darauf hin die Einrede als beweislos verworfen werden.“

(Appellations-Erkenntniß vom 7. November 1880, Nr. 7278.)

185. Zeugnißfähigkeit des Eridars in Klagesachen der Concursverwaltung.

Der Curator der S.'schen Concurssmasse hatte von B. die Bezahlung von 51 Rbl. 45 Kop. gefordert. Beklagter behauptete, eine hiergegen zu compensirende Forderung von 328 Rbl. 17 Kop. gegen den Gemeinschuldner S. zu haben. Es fragte sich, ob der

*) Dagegen sind Ascendenten in Sachen der Descendenten und umgekehrt für schlechthin unzulässige Zeugen erklärt in den Duereibefcheiden vom 27. November 1863, Nr. 8116 und vom 19. Juni 1868, Nr. 4525.

Cridar als Zeuge darüber, daß rücksichtlich jener Forderungen ein Compensationsvertrag von ihm mit dem Beklagten geschlossen worden, zuzulassen sei. Der Querelbescheid vom 28. Januar 1877, Nr. 636 bejahte diese Frage mit folgender Motivirung:

„Ungeachtet der Selbständigkeit, mit welcher der Concurſurator in Proceſſen die Ansprüche des Gemeinſchuldners verfolgt und gegen ihn erhobene Ansprüche zurückweiſt, kann doch nicht unbeachtet bleiben, daß die dinglichen und perſönlichen Rechte, um deren Geltendmachung und Vertheidigung es ſich handelt, Rechte des Gemeinſchuldners ſind, und wenn der Gemeinſchuldner auch keine Ausſicht hat, zu dem für die Diſtribution beſtimmten Vermögen wieder zu gelangen, ſo hat er doch ſchon wegen der nach dem Concurſe fortbeſtehenden Verhaftung gegenüber den nicht befriedigten Gläubigern ein Intereſſe daran, daß ſowohl die Conſolidirung der Concurſmaſſe, als auch deren Diſtribution in angemessener Weiſe erfolge. Daher kann, obwohl der Gemeinſchuldner wegen Mangels der Diſpoſitionsbefugniß in den wegen der Concurſmaſſe geführten Proceſſen nicht Partei iſt, eine Zulaffung deſſelben zur Ablegung eines Zeugniſſes in ſolchen Proceſſen nicht unbedingt für möglich erklärt werden. Die Inhabilität eines Zeugen wegen ſeines Intereſſes am Ausgange der Sache hängt nach der von den Stadtgerichten beobachteten Praxis vielmehr davon ab, ob derſelbe durch Bejahung oder Verneinung des Beweiſſatzes einen directen Vortheil oder einen directen Nachtheil für ſich erreicht. Nach dieſem Maßſtabe iſt mithin auch im vorliegenden Falle zu ermeſſen, ob der Gemeinſchuldner als Zeuge zu vernehmen ſei. Erwägt man nun, daß es in Beziehung auf den Umfang der Nachhaft des Gemeinſchuldners keinen Einfluß übt, ob die Forderung des Beklagten, falls eine ſolche überhaupt beſteht, im Wege der Compensation befriedigt, oder in die Reihe der Concurſforderungen geſtellt wird, weil im erſteren Falle in demſelben Maße, als dadurch die Activmaſſe verringert werden würde, der Geſammtumfang der Schulden des Cridars kleiner werden müßte, ſo liegt in casu für die gänzliche Zurückweiſung des Zeugniſſes des Gemeinſchuldners umſoweniger Grund vor, als daſſelbe nicht nur auf die Gerechtigkeit des Urtheilsſpruches von Einfluß, ſondern auch im Intereſſe der Maſſe ſein kann.“

186. Feindschaft zwischen dem Producten und dem Zeugen ist ein Grund zur Verwerfung des letzteren nur im Falle der Todfeindschaft.

I. „Die feindselige Gesinnung eines Zeugen gegen den Producten kann zu dessen Verwerfung höchstens im Falle einer s. g. Todfeindschaft führen, und zwar deshalb, weil der Grad der Feindseligkeit sich wesentlich erst aus den Aussagen des Zeugen wird beurtheilen lassen und der Verdachtsgrund gänzlich hinwegfällt, wenn diese zu Gunsten des Producten lauten. Ist daher ein Zeuge wegen muthmaßlicher Abneigung gegen den Producten nichtsdestoweniger zur Vernehmung zuzulassen (Langenbeck, Beweisführung, S. 480 und 493. Schmid, Handbuch II, §. 134. Bayer, Vorträge, S. 812) und ist eine Todfeindschaft zwischen ihm und der Zeugin von Beklagtem gar nicht einmal behauptet, so muß die Zeugin allerdings vernommen und die Würdigung ihrer Aussage dem Schlußerkennniß überlassen werden.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 15. November 1878, Nr. 7747).

II. „An und für sich kann der Umstand, daß der Zeuge mit dem Producten einen Proceß führt, nicht für genügend erachtet werden, um ihm die Glaubwürdigkeit abzuspochen, denn die Gegnerschaft im Civilrechtsstreit bedingt noch keine solche Feindschaft, daß die Annahme ohne weiteres begründet wäre, es werde der zum Zeugen benominirte Proceßgegner gegen besseres Wissen und trotz des von ihm geleisteten Eides zu einer falschen Aussage sich verleiten lassen (cf. Nov. 90 de test. c. 7). Wohl aber erscheint es gerechtfertigt den Zeugen, welcher zu Ungunsten des Producten ausgesagt hat, nicht für vollkommen unbefangen zu halten, wenn es sich herausstellt, daß er und der Producent zwar gesonderte, aber ganz analoge Proceße gegen den Producten anhängig haben, in welchen sie sich gegenseitig über ganz gleiche Beweissätze zu Zeugen aufgerufen haben.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 22. Juni 1879, Nr. 4352).

187. Unzulässigkeit des Zeugnisses des Mandatars für den Mandanten.

Hierüber heißt es in den Motiven des Appellationsurtheils des Rathes vom 18. Mai 1873, Nr. 3734:

— — — — — „N. N. ist von einem Zeugniß in einer Sache relativ ausgeschlossen, in welcher er als Mandatar der Beklagten fungirt hat, da ein solches Zeugniß dem in eigener Sache abgegebenen, also einem rechtlich werthlosen gleichkommen würde.“

188. Criminelle Bestrafung oder Unbekanntheit des Zeugen macht denselben nicht zeugnißunfähig.

Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 26. Juli 1874, Nr. 4719:

Appellant hat . . . die Glaubwürdigkeit der . . . Zeugen bestritten, weil der eine criminalrechtlich bestraft, der andere fremd ist. Da indeß eine Criminalstrafe, sofern sie dem Bestraften nicht alle ihm überhaupt und insbesondere seinem Stande nach zuständigen Rechte entzieht, zur Zeugnißablegung nicht unfähig macht, wenn immerhin sie Anlaß zu geben geeignet ist, die Depositionen eines Bestraften mit einiger Vorsicht zu behandeln, und da ferner der an sich zulässige Zeuge im Zweifel als vollkommen glaubwürdig zu betrachten ist, die bloße Unbekanntschaft mit der Person eines Zeugen*) also auch keinen Verdachtsgrund abgiebt, so ist der Beweis ein mehr als zur Hälfte erbracht“ (und daher zur Auflage des Ergänzungsoides geeigneter).

189. Testes ignoti.

I. Durch Erkenntniß des Vogteigerichts vom 10. Februar 1872, Nr. 15 war der zur Bewahrheitung des Abschlusses eines Miethcontractes vom Kläger unternommene Zeugenbeweis, u. a. auch wegen gänzlichen Unbekanntseins der Zeugen, für nur in sehr geringem Maße gelungen erachtet und dem Beklagten der Meini-

*) Daß Unbekannte (plane ignoti) nicht unfähige Zeugen seien, ist anerkannt in dem Querelbescheide vom 12. April 1868, Nr. 2679 und dem Appellations-Erkentniß vom 4. November 1870, Nr. 7900.

gungseid auferlegt worden. Auf Appellation des Klägers bestätigte der Rath die untergerichtliche Entscheidung durch das Appellations-Erkenntniß vom 3. Mai 1872, Nr. 3041, dessen Motiven, Folgendes zu entnehmen ist:

„Wenn das Provinzialrecht den Grundsatz aufstellt (Art. 2994), daß Rechtsgeschäfte auch durch mündliche Uebereinkunft begründet werden dürfen, und namentlich bei Miethcontracten über unbewegliches Vermögen (Art. 4042) im Gegensatze zum Reichsrecht (Band X, Theil 1 Art. 1700) ausdrücklich die Schriftlichkeit für nicht erforderlich erklärt, so läßt sich der Rechtszustand unter solchen Voraussetzungen nur dann erhalten, wenn zugleich der strengste und zweifelloseste Beweis über die Existenz der für das Zustandekommen des Vertrages erforderlichen Willenserklärung erbracht ist und dadurch im Streitfall dem Richter eine solche Ueberzeugung gegeben wird, daß die Annahme des Gegentheils völlig ausgeschlossen ist. Um solche Ueberzeugung aber zu erbringen, muß ebensowohl die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen vollkommen feststehen, als auch das Zeugniß selbst seinem Gegenstande und seinem Inhalt nach völlig glaubwürdig erscheinen. Es ist daher auch von den Gesetzen dem Richter die genaueste Prüfung und Abwägung der Zeugenaussagen zur Pflicht gemacht. (Bezugnahme auf l. 3 Dig. pr. 22, 5 und l. 3 §. 2 Cod. . . .)

Völlig unbekannte Personen, welche schon nach der Nov. 90 Cap. 1 nicht zum Zeugniß zuzulassen sind, können aber dem Richter eine solche Ueberzeugung nicht geben. Die Glaubwürdigkeit der Zeugen beruht in Ansehung ihrer Person zunächst auf der Ueberzeugung von ihrer persönlichen Rechtlichkeit, Gewissenhaftigkeit und Wahrhaftigkeit; wie es aber hiermit beschaffen ist, bleibt bei ganz unbekanntem Persönlichkeiten dahingestellt, und wenn gegen die producirten Zeugen der Einwand der gänzlichen Unbekanntheit erhoben wird, so ist es Sache des Producenten, dem Richter die Persönlichkeit seines Zeugen darzulegen und deshalb den guten Leumund desselben nachzuweisen. Es ist aber nicht, wie Appellant vermeint, Sache des Producten, die Unbekanntheit darzuthun, weil dieser unter Voraussetzung der Richtigkeit solcher Behauptung zugleich in der Unmöglichkeit sich befindet, irgend etwas über die Persönlichkeit des Zeugen zu wissen, und eine Negative überhaupt nicht Gegenstand eines Beweises sein kann.

Nun hat aber Kläger und Appellant nichts zur Beseitigung dieses durchaus rechtzeitig in der Erklärung auf die Beweisintroduction erhobenen Einwandes vorgebracht und seine Zeugen können daher schon um deswillen nicht als unverdächtig gelten.“

„Nach Nov. 90 cap. 1 pr. sollen zwar ganz unbekannte Menschen nicht zum Zeugniß zugelassen werden, doch können hierunter nur solche verstanden werden, über deren Persönlichkeit völliges Dunkel herrscht, und es muß zugleich gegenüber einem solchen Einwande der völligen Unbekanntheit dem Producenten offen stehen, den Nachweis zu führen, daß die von ihm Denominirten keineswegs so vollständig unbekannt, sondern vielmehr redliche und anständige Personen seien. Ein solcher Einwand gegen die Person der Zeugen hat daher im Beweisstadium stattzufinden und ist dort zu Ende zu bringen. Dort unterlassen, kann die Beweiseinrede in der Appellationsinstanz nicht mehr nachgeholt werden. Wenn sonach die beiden Zeugen nicht als unzulässige, auch nicht als verdächtige zu betrachten sind, so muß ihre übereinstimmende Aussage die Ueberzeugung von der Wahrheit der von ihnen bezeugten Thatsachen geben.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 9. August 1878, Nr. 5264).

190. Schwägerschaft als Verdächtigkeitsgrund bei Ablegung des Zeugnisses.

I. Aus den Entscheidungsgründen des Appellations-Erkenntnisses vom 3. Mai 1872, Nr. 3041:

„In Bezug auf den (Klägerischen) Zeugen F. ist vom Beklagten angeführt worden, daß derselbe mit dem Kläger verschwägert sein solle, und hat dieser Zeuge auch bei seiner Vernehmung selbst erklärt, daß er ein Schwager des Klägers sei. Kläger, modo Appellant, nimmt nun zwar die Existenz einer Schwägerschaft im juristischen Begriff in Abrede, aber, da das in Rede gekommene Verhältniß jedenfalls nicht klar gestellt ist und Familienbeziehungen und damit verbundene Freundschaftsverhältnisse eine volle Unparteilichkeit meist zu beeinträchtigen pflegen, so ist der Zeuge F. auch aus solchem Grunde nicht als ein unverdächtig zu erachten und

seine Aussage keineswegs geeignet, ein volles Vertrauen und einen vollen Beweis zu bewirken.“

II. Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 11. Mai 1873, Nr. 3480:

„Der eine Zeuge ist allerdings ein Schwager des Producenten, welcher Umstand ihn indeß erheblich zu verdächtigen nicht vermag, und das umsoweniger, als die Aussagen dieses Zeugen durchweg das Gepräge der Wahrheit tragen.“

191. Verdächtigkeit des Zeugnisses des Handelspersonals zu Gunsten des Handelsherrn.

In den Motiven des Appellationsurtheils vom 12. Januar 1872, Nr. 184 findet sich hierüber das Folgende:

„Beide Zeugen gehören zu des Producenten Handlungspersonal. Diese ihre Eigenschaft schließt zwar nicht deren vollständige Unglaubwürdigkeit in sich, andererseits aber beraubt sie dieselben doch der vollen Classicität. Handlungscommis sind zwar in Sachen ihrer Principale nicht unfähige, doch aber auch nicht über allen Verdacht erhabene Zeugen, wenigstens insolange nicht, als sie zum Producenten noch im Dienst- und sonach Abhängigkeitsverhältniß stehen.“

192. Entlassung des im Dienste des Producenten stehenden Zeugen vor dessen Vernehmung.

„Es handelt sich um die Frage, ob das Zeugniß des Commis S. einen halben Beweis für Beklagte enthält. In dieser Beziehung ist als richtig anzuerkennen, daß mit dem Aufhören des Verhältnisses, welches eine besondere Abhängigkeit oder eine besondere Zuneigung zwischen dem Zeugen und dem Producenten mit sich bringt, die daraus sich ergebende Verdächtigkeit regelmäßig hinwegfällt. Mein im Fragefalle, wo der am 11. Juni 1879 vernommene Zeuge am 10. Juni noch Commis der Beklagten gewesen ist und am 17. November jedenfalls wieder sich in ihrem Dienste befunden hat, erscheint es wenig wahrscheinlich, daß eine ernstliche Entlassung des Commis S. überhaupt stattgefunden hat, sondern liegt vielmehr die Vermuthung nahe, daß diese nur zu dem Zweck in Scene

gesetzt sei, um die aus der Dienststellung des Zeugen sich ergebende Verdächtigkeit hinwegzuräumen. Unter diesen Umständen kann denn freilich von dem Wegfallen des Verdachtsgrundes nicht wohl die Rede sein und daher auch in der Aussage des Zeugen ein halber Beweis zu Gunsten der Beklagten nicht gefunden werden.“

(Appellations-Erkenntniß vom 5. December 1880, Nr. 7905).

193. Der Unterhändler eines Geschäfts ist in Bezug auf dasselbe ein verdächtiger Zeuge.

„Den ihm obgelegenen Beweis hat Kläger unternommen und zwar durch einen einzigen Zeugen . . . Dieser Zeuge kann jedoch nicht, wie vom Unterrichter angenommen worden ist, als ein exceptionsfreier, vollkommen classischer Zeuge angesehen werden. Denn nach seiner eigenen Aussage ist dieser Zeuge der Vermittler des zwischen den Parteien abgeschlossenen Miethgeschäfts gewesen. Nun bestimmt aber l. 25 Dig. de test. XXII, 5, daß patroni causae und executores negotii zur Ablegung eines Zeugnisses gänzlich unfähig sind, und darauf hin haben sich auch die meisten Processualisten (Glück, XXII. S. 161. Schmidt, II. S. 238. Langenbeck, S. 469 unten) für die Unzulässigkeit der Unterhändler als Zeugen erklärt. Wenn dessenungeachtet gleichwohl die Gerichtspraxis die Unterhändler zum Zeugniß zugelassen hat, so hat sie dieselben doch immerhin nur für verdächtige Zeugen erklärt. Durch die alleinige Aussage eines verdächtigen Zeugen kann aber ein halber Beweis nicht hergestellt werden.“

(Aus den Motiven des das Erkenntniß des Rogteigerichts vom 1. Februar 1877, Nr. 17 abändernden Querelbescheides vom 15. April 1877, Nr. 2488.)

194. Verdächtigkeit des Zeugen wegen des zwischen ihm und dem Producenten bestehenden Verhältnisses.

Aus den Motiven des das Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 13. Juli 1874, Nr. 146 aufhebenden Appellations-Erkenntnisses vom 25. October 1874, Nr. 6707:

„Auf die General-Interrogatorien bekennt der Zeuge zwar, dem Kläger (Producenten) in Processen Rath ertheilt und Schrif-

ten angefertigt zu haben, erklärt jedoch zugleich, daß dies in den Processen zwischen dem Kläger und dem Beklagten nicht der Fall gewesen sei. Aus einem solchen zeitweiligen Verhältniß läßt sich aber rechtlicher Weise ein Verdachtsgrund nicht entnehmen. Der Zeuge ist daher als ein exceptionsfreier, vollkommen habiler Zeuge anzusehen.“

195. Der Richter hat actenmäßige Verdachtsgründe gegen die benannten Zeugen von Amtswegen zu berücksichtigen.

„Beklagter hält es für unzulässig, daß der Richter sein Urtheil über den Grad der Glaubwürdigkeit des Zeugen sich aus den durch die Criminalverhandlungen constatirten Thatsachen bilde, da von ihm die Abhibition der Criminalacte nur zum Zwecke der Führung des Einredeweiſes, nicht auch des Gegenbeweiſes beantragt worden sei. Allein die Zumuthung an den Richter, bei der Beweiſwürdigung seine Augen für einen Theil dessen, was zu den Acten gebracht worden ist, zu verschließen, ist keine berechtigte. Denn nach dem Reg. Stadtrecht Lib. II Cap. XVIII §§. 14 und 15 hat der Richter die Pflicht, seine Ueberzeugung von der größeren oder geringeren Tauglichkeit der introducirten Beweiſmittel aus allen actenmäßigen Umständen, Anzeigen und Vermuthungen zu schöpfen, und überdies herrscht auch in der gemeinrechtlichen Doctrin heutzutage kein Zweifel mehr darüber, daß bei Beurtheilung des Resultates eines Zeugenbeweiſes der Richter ex officio, ohne daß von den Parteien darauf verwiesen wird, Rücksicht nehmen müsse auf die sich ihm darstellenden Verdachtsgründe, soweit sie aus den Acten hervorgehen oder notorisch sind, da er selbst prüfen muß, was sich ihm zur Herstellung seiner Ueberzeugung dienliches bietet, (vgl. Vangenbeck, Beweiſführung, S. 488).“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntniſſes vom 21. März 1880, Nr. 1988.)

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Appellationsurtheil vom 25. October 1874, Nr. 6710.

196. Der Producent eines Zeugen kann dessen Glaubwürdigkeit nicht anfechten.

I. „In Beziehung auf die Glaubwürdigkeit der klägerischen Zeugen kommt in Betracht, daß sich Beklagter, indem er auch seinerseits sich auf den Zeugen S. berufen hat, des Rechts Einwendungen gegen die persönliche Glaubwürdigkeit dieses Zeugen zu erheben, nach allgemeinen Grundsätzen begeben hat (vgl. const. 17 Cod. de test. IV, 20).“

(Aus den Motiven des Erkenntnisses vom 29. April 1877, Nr. 2919.)

II. „Wäre Zeuge S. wirklich relativ unglaubwürdig, so würde diese Unglaubwürdigkeit doch nach den gemeinrechtlich feststehenden Beweisregeln (l. 17 Cod. de test. IV, 20) dadurch beseitigt sein, daß Appellant selber sich auf das Zeugniß eben dieses Zeugen und zwar über dieselbe Thatsache und in demselben Proceß berufen hat.“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 16. September 1877, Nr. 6322.)

III. Ebenso ist auch erkannt in den Appellationsurtheilen vom 17. September 1875, Nr. 6151 und vom 27. Februar 1876, Nr. 1357.

197. Die Aussage eines Zeugen, der ein eigenes Interesse an dem Ausgange des Processus hat, ist selbst dann nicht zu berücksichtigen, wenn er von der das entgegengesetzte Interesse verfolgenden Partei denominirt ist.

„Es ist zwar richtig, daß der Zeuge Polko vom Beklagten selber, wenn auch zunächst nur zur Anerkennung der Authenticität der von ihm ausgefertigten Quittungen, zum Zeugen denominirt war und daß es dem Producenten nicht zusteht, seinen eigenen Zeugen hinterher zu verdächtigen. Ein Anderes aber ist es, wenn erst aus den Depositionen des Zeugen selbst dessen Inhabilität kund wird. Da ist nicht nur der Producent vollständig berechtigt, auf diese Inhabilität hinzuweisen, sondern vor Allem der Richter, der in seinen rechtlichen Erwägungen an die Anträge der Parteien nicht ge-

bunden ist, verpflichtet dieselbe nicht außer Acht zu lassen. Ein solcher Fall liegt hier vor. Der Zeuge bekennet, an dem Ausgange des Processes ein ganz directes Interesse zu haben, indem er den durch sein angeblihes Versehen dem Kläger zugefügten Schaden aus eigenen Mitteln ersetzt habe und den Rückersatz für den Fall zu erwarten habe, daß Kläger den Proceß gewinnen würde."

(Appellationsurtheil vom 13. Mai 1877, Nr. 3299.)

198. Beweisraft der Aussagen verdächtiger Zeugen.

„Der Richter ist nach der auf l. 7 Dig. XXII, 5; l. 8 §. 6 Cod. V, 17; c. 27 X. de test. II, 20 und c. 3 X. IV, 18 sich gründenden communis opinio befugt, nach seinem Ermessen verdächtige Zeugen den classischen gleichzustellen, wenn die zu beweisenden Umstände der Natur der Sache nach nicht wohl von anderen Personen bezeugt werden können."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 28. Februar 1879, Nr. 1473).

II. „Auch den Aussagen verdächtiger Zeugen ist nicht jede Glaubwürdigkeit abzuspochen, vielmehr ist es dem jedesmaligen Ermessen des Richters anheimgegeben, den Werth ihrer Aussagen festzustellen, und dieser wird namentlich in solchen Fällen anerkannt, wo die Aussagen solcher Zeugen den sonstigen Beweis in Einzelheiten ergänzen und bestätigen und zugleich das Gepräge der Unbefangenheit und inneren Glaubwürdigkeit an sich tragen (cf. l. 3 pr. §. 1 D. XXII, 5. Bayer, Vorträge §. 247. Zeuffert's Archiv XXIV, Nr. 165)."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 31. August 1879, Nr. 5965).

III. „In wie weit einem verdächtigen Zeugen Glauben beizumessen sei, ist nach l. 3 pr. §. 1 und l. 13 Dig. XXII, 5 dem jedesmaligen Ermessen des Richters überlassen."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 13. September 1878, Nr. 6140).

199. Der Zeugenbeweis muß uno actu introducirt werden. — Beweisergänzung.

Der beweisführende Kläger hatte im Laufe der richterlich festgestellten Beweisfrist seinen Beweis introducirt, indem er zu drei verschiedenen Malen Zeugen benominirte. Der Protest des Beklagten gegen diese successive Beweisintroduction wurde vom Weltgericht durch Bescheid vom 23. Mai 1872, Nr. 384 zurück- und Beklagter zur Erklärung auf die klägerischen Ergänzungen der ursprünglichen Beweisintroduction angewiesen. Hiergegen querulirte der Beklagte, worauf der Querelbescheid des Raths vom 19. Juli 1872, Nr. 5040 die untergerichtliche Entscheidung aufhob und die ergänzenden Beweisintroductionen des Klägers als unstatthaft zurückwies.

Die Motive der oberrichterlichen Entscheidung enthalten Folgendes: „Was . . . die Frage anbetrifft, ob einem Probanden zu gestatten ist, einen angetretenen Beweis innerhalb der noch übrigen Zeit der noch laufenden Beweisfrist durch Vorbringung weiterer Beweismittel zu vervollständigen, so muß dieselbe im allgemeinen mit dem Unterrichter bejaht werden. Denn mit der Gewährung einer Frist zur Einbringung des Beweises verbindet sich für den Probanden von selbst das Recht, den ganzen Lauf derselben benutzen zu dürfen, und daraus, daß die Beweisantrittung inmitten der Frist vorgenommen wird, läßt sich mit einem rechtlichen Grunde nicht auf einen Verzicht der Benutzung des übrigen Theiles der Frist schließen. Es muß demnach dem Probanden freistehen, seine Beweismittel auch nach einander im Laufe der Frist und nicht bloß uno actu beizubringen. Diese Berechtigung findet auch noch in Rücksichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit eine Unterstützung, da dadurch allein meistens die Nöthigung ausgeschlossen wird, mit der Introduction des Beweises bis zum letzten Moment der Frist zu warten, vielmehr es möglich gemacht wird, daß ein der Protrahirung abhold oder ein vorsichtiger Proband, der, um einer aus unvorhergesehenen Ereignissen möglicher Weise entstehenden Versäumniß vorzubeugen, frühzeitig mit der Beweisintroduction beginnt, ohne Gefahr eine solche Beschleunigung der Beweisintroduction vornehmen kann, sobald ihm offen steht, eintretenden Falls die weitere Frist noch zur Beibringung auch solcher

Beweismittel zu benutzen, deren Existenz ihm im Anfange der Beweisfrist etwa noch unbekannt oder zweifelhaft war.

Eine Ausnahme von dieser Berechtigung des Probanden tritt jedoch nach einer speciellen Vorschrift der Reg. Stadtrechte in dem Falle ein, wenn es sich um eine Beweisführung durch Zeugen handelt; denn während allerdings sowohl im gemeinen, als im localen Proceßrechte ein allgemeiner Rechtsatz, daß alle Beweismittel mit einem Male vorzubringen sind, sich nicht vorfindet, enthält jedoch das Reg. Stadtrecht Lib. II Cap. XX §. 14 in Bezug auf den Zeugensbeweis die Bestimmung, daß alle Zeugen zu einer Zeit denominirt werden sollen.

In Folge dieser Bestimmung muß demnach die successive Denomination von Zeugen im Laufe der Beweisfrist allerdings für unzulässig erachtet werden und ist daher der Protest des Beklagten für begründet anzuerkennen und Kläger mit den nachträglich unternommenen, ergänzenden Beweisintroductionen zurückzuweisen. Dabei wird es demselben allerdings offen bleiben, um einen Additionalbeweis nachzusuchen und nach ihm gewordener Gewährung desselben in Gemäßheit der Stadtrechte Lib. II Cap. XX §. 9 weitere Zeugen aufzuführen.“

200. Die Beweisartikel müssen so abgefaßt sein, daß sie auch ohne Fragestücke die Ueberzeugung von der Wahrheit des Beweissatzes zu begründen vermögen.

Die vom Kläger formulirten Beweisartikel waren durch Bescheid des Vogteigerichts vom 31. December 1879, Nr. 228 verworfen worden, weil sie nicht genügend substantiirt seien und dem Producten nicht die Pflicht obliege, sondern nur das Recht zustehe durch Stellung von Fragestücken ihre Mangelhaftigkeit zu beseitigen. Die dagegen erhobene Querel wurde durch den Querelbescheid vom 4. April 1880, Nr. 2339 aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Der Producent hat die Aufgabe, durch die Beweisführung die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit der streitigen Thatsachen zu begründen, während der Product nicht verpflichtet ist, zu diesem Zwecke mitzuwirken, sondern nur das Recht hat, durch Fragestellung an die producirten Zeugen dahin zu wirken, daß die Gründe für die Ueberzeugung des Richters klargestellt werden. So darf denn

auch dem Producten — wie der erste Richter mit Recht bemerkt — nicht zugemuthet werden, durch seinerseitige Fragestücke die Verfassmisse des Producenten gutzumachen und die thatsächlichen Angaben zu ergänzen, an denen dieser es hat fehlen lassen. Die Beweisartikel müssen daher an sich so beschaffen sein, daß durch ihre Bejahung der Beweisgrund hergestellt wird, gleichviel ob noch Ausfagen auf etwanige Fragestücke des Producten hinzukommen oder nicht.“

201. Processualische Verpflichtung des Producenten seine Zeugen zum Verhör zu stellen.

„Wenn Supplicantin die stattgehabte Verzögerung ihrer Proceßsache dem Landvogteigericht zur Last legen zu können glaubt, so übersteht sie, daß nach §§. 3 und 13 Cap. XX Lib. II der Stadtrechte und nach constantem Gerichtsgebrauch es nicht Sache des Gerichts, sondern allein Sache des Producenten ist, die benannten Zeugen zum Verhör zu stellen. Gewohnheitsmäßig pflegt, falls der Producent bei genauer Angabe der Adresse der Zeugen dem Ministerial die Citationsgebühr einhändigt, die Vorladung der Zeugen durch den Gerichtsministerial besorgt zu werden. Ist der Producent säumig in der Sistrirung der Zeugen, oder verzögert sich die Vernehmung, so hat nach der im stadtrechtlichen Proceß geltenden Verhandlungsmarime zunächst der Gegner des Producenten, wosfern er ein Interesse an der Beschleunigung der Sache hat, nach vorgängiger Citation des Producenten seine etwaigen Anträge auf Anberaumung einer peremptorischen Frist bzw. auf Präclusion des Producenten mit den betreffenden Zeugen bei Gericht vorzubringen. Da Supplicantin seit dem Tage, an welchem die Zeugenvernehmung verfügt wurde, unterlassen hat, eine gerichtliche Verhandlung in dieser Sache herbeizuführen und die geeigneten Anträge zur Beschleunigung des Proceßes zu verlautbaren, so hat sie die stattgehabte Verzögerung nur sich selbst zuzuschreiben.“ (Resolution vom 3. Juni 1877, Nr. 3898).

202. In welchen Fristen sind die Beweiszeugen zur Vernehmung zu stellen? Der Richter hat das Recht, auch von sich aus Fristen zur Zeugensistirung zu bestimmen.

In einem vor dem Waisengerichte verhandelten Prozesse war der Beklagte angewiesen worden, seine Zeugin binnen 8 Tagen bei der Verwarnung vor Gericht zu sistiren, daß es widrigenfalls so angesehen werden solle, als habe er auf deren Vernehmung verzichtet. Beklagter, der die ganze Streitsache mittels Appellation an den Rath brachte, verband mit diesem Rechtsmittel eine Nullitätsbeschwerde, in welcher er ausführte, daß durch das obermähnte Verfügungen positive gesetzliche Vorschriften verletzt würden, da die Stadtrechte für eine Zeugensistirung wie die vorliegende (Zeugin hatte sich krank gemeldet) nur eine sechswöchentliche Frist kennen.

In den Motiven des Appellationsurtheils des Rathes vom 20. Juni 1873, Nr. 4683 wird hierüber gesagt:

„Diese Behauptung ist jedoch unrichtig, indem die Stadtrechte Lib. II Cap. XX §. 13 die sechswöchentliche Frist für die Vorführung solcher Zeugen, die außerhalb der Stadt und deren Botmäßigkeit allhie im Lande wohnhaft sind, festsetzen, während es sich aber hier um die Stellung einer solchen Zeugin handelte, die innerhalb der Stadt und des städtischen Jurisdictiongebietes wohnhaft war. Für Zeugen letzterer Art, hiesige Bürger und Einwohner verpflichtet derselbe § den Producenten unter der Voraussetzung, daß der Zeuge zu verreisen beabsichtige, diesen Zeugen zum nächsten Rechtstage zu stellen, im Unterlassungsfalle aber die Ehehaft nachzuweisen und den Zeugen im darauf folgenden Rechtstage zu produciren und zwar bei der Androhung, daß, wenn auch dies unterlassen würde, der Kläger seiner Klage niederfällig sein solle. Es ist hier für einen besonderen Fall also von dem Stadtrecht selbst eine achtundvierzigstündige Frist für die Sistirung eines Zeugen festgesetzt. Wenn der Richter, dem die Berechtigung obliegt die Fristen zur Vornahme der nothwendigen Proceßhandlungen im Interesse des Fortganges des Processes auch gegen den Willen der für einen solchen nicht interessirten Partei festzusetzen, im vorliegenden Falle dem gegenwärtigen Appellanten, eine achttägige Frist gestellt hat, um entweder die Zeugin zu Gericht behufs ihrer Vernehmung zu sistiren, oder aber durch ein den gesetzlichen Vorschriften gemäßes

Zeugniß darzuthun, daß die Zeugin außer Stande sei ihr Zimmer zu verlassen, so liegt in diesem Verfügén durchaus nicht eine Nullität, da dasselbe weder contra jus clarum in thesi, noch gegen ein substantiale des Processés gerichtet ist."

203. Die Nichtbeeidigung eines Zeugen macht dessen Vernehmung nichtig.

In dem Erkenntniß des Raths vom 15. September 1871, Nr. 6140 heißt es:

„Wie gemeinrechtlich (l. 9 pr. Cod. de test. IV, 20) so ist nach den Rigaschen Stadtrechten (Lib. II Cap. XX Art. 3) die Beeidigung des Zeugen so sehr ein essentielle des Zeugenbeweises, daß von ihr erst die Beweiskraft eines Zeugnißes abhängig wird. Die Nichtbeobachtung eines vom Gesetz vorgeschriebenen unbedingten Erfordernisses führt aber eine Nichtigkeit selbst dann herbei, wenn dieses Erforderniß nicht aus der Natur des Geschäfts fließt, sondern lediglich eine Förmlichkeit ist. Anlangend nun die Beeidigung eines Zeugen, so wird man diese nicht einmal als leere Förmlichkeit bezeichnen dürfen, sondern im Gegentheil sagen müssen, daß sie in der That die hauptsächlichste und wesentlichste Gewähr für die Wahrheit der Zeugenaussagen ist. Die unterlassene Vereidigung des Zeugen P. charakterisirt sich demnach als ein Verstoß gegen eine zwingende Proceßnorm und zieht als solche eine, wenngleich heilbare Nichtigkeit nach sich.“

204. Wiederholung der Zeugenvernehmung wegen Widerspruch oder Unklarheit muß von den Parteien vor dem Schlußverfahren beantragt werden.

„Allerdings würde möglicher Weise bei der nachträglichen abermaligen Vernehmung der Widerspruch und die Unklarheit der Zeugenaussage aufzuheben gewesen sein und es gestatten auch die Stadtrechte Lib. II Cap. XXIII §. 2 beim Mangel an Deutlichkeit, Gründlichkeit und Uebereinstimmung des Zeugen mit sich selbst auch nach eröffneten Scrutinién zur Erläuterung und Aufklärung eine abermalige Vernehmung des Zeugen. Aber nach der Verhandlungsmaxime des städtischen Processés kann solches nur auf Antrag

der Parteien geschehen, wie dies auch Samsen in seinen Institutionen des Civil-Processus §. 355 unter Berufung auf die citirte Stelle des Stadtrechts bezeugt, und jedenfalls muß solche abermalige Vernehmung von den Parteien vor dem Deductions- und Gegeneductionsverfahren beantragt werden (Querelbescheid vom 2. Juni 1865, Nr. 4598 in Sachen Kowalewsky :/ Schurowsky), da diese von dem Resultat der abermaligen Vernehmung doch jedenfalls betroffen werden müssen. Nun hat aber Appellantin versäumt, nach Eröffnung der Scrutinen und nach Kenntnißnahme von ihrem Inhalte vor dem Eintritt des Deductionsverfahrens und überhaupt in der Unterinstanz auf eine solche abermalige Vernehmung des Zeugen anzutragen: sie hat daher auch nunmehr die Folgen dieser ihrer Versäumniß selbst zu tragen.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. März 1879, Nr. 2004).

205. Unzulässigkeit des Antrages auf Confrontation der Zeugen mit der Gegenpartei im Civilproceß.

Kläger hatte in einem Prozesse nach bereits geschlossenem Beweisverfahren und eröffneten Scrutinen auf eine Confrontation der von ihm denominirten Zeugen mit dem Beklagten J. angetragen, um so die Identität des J. mit derjenigen Person, welcher die klägerischen Zeugen nach ihrer Aussage eine Quantität Gerste (deren Herausgabe Kläger verlangte) abgeliefert hatten, festzustellen. Trotz des vom Beklagten wider diesen Antrag verlautbarten Protestes hatte das Wettgericht in dem Bescheide vom 2. September 1871, Nr. 811 dem Antrage des Klägers gemäß die Confrontation genehmigt. Diese Entscheidung wurde jedoch mittels Appellations-Erkenntnisses vom 5. November 1871, Nr. 7418 aufgehoben und Kläger mit seiner Antrage auf Confrontation aus nachstehenden Gründen abgewiesen:

„Das Untergericht ist zu seiner Entscheidung durch die Erwägung gelangt, daß die Feststellung der Identität der Person des Beklagten mit der Person, an welche die Zeugen die Gerste geliefert haben, von wesentlichem Einfluß auf die Entscheidung des obschwebenden Rechtsstreites ist, daß über diese Identität die Zeugenaussagen keinen Aufschluß geben, daß die Stadtrechte eine wieder-

holte Vernehmung der Zeugen auch nach eröffneten Scrutinien für den Fall gestatten, daß eine Dunkelheit oder Unvollständigkeit in den Zeugenaussagen sich findet (Lib. II Cap. XXIII §. 2) und daß endlich die Pflicht des Richters dahin geht, die materielle Wahrheit thunlichst zu erforschen. Alle diese an sich richtigen Sätze können indeß zugestanden werden, ohne daß dadurch das nichtsdestoweniger civilprocessualisch vollständig unzulässige klägerische Anverlangen irgend gerechtfertigt wird. Zunächst muß hier hervorgehoben werden, daß, wenn die vorhin bezeichnete Identität zwischen dem Beklagten und dem Empfänger der klägerischen Waare allerdings dunkel geblieben, diese Dunkelheit kein Fehler der an sich klaren und unverworrenen Zeugenaussagen, sondern lediglich ein jetzt nach geschlossenem Beweisverfahren nicht mehr reparabler Fehler der Beweisführung ist.

III. Wollte man aber auch in den Antworten einiger der vernommenen Zeugen insofern vielleicht einen Widerspruch entdecken, weil sie zum zweiten Beweisartikel die Ablieferung der Gerste an den Beklagten J. bejahen und zum dritten Beweisartikel die seinerseitige Weigerung zur Ertheilung einer Empfangsquittung bestätigen, gleichwohl aber zu den Fragestücken angeben, den Beklagten persönlich nicht zu kennen, sondern ihn nur nach der klägerischen Wohnungsanzeige für den berechtigten Empfänger angesehen zu haben, so würde der aus diesen streng genommen vielleicht nicht ganz congruierenden Angaben herzuleitende Widerspruch doch nach den Regeln der gemeinen, wie der localen Proceßordnung nur durch eine nochmalige Vernehmung der Zeugen über diese Divergenz gelöst werden dürfen. Nicht eine solche Repetition der Zeugenvernehmung über die ihnen schon früher zur Beantwortung vorgelegten Thatfachen, sondern ein vollständig neues Beweismittel, eine Confrontation der Zeugen mit dem Producten hat der Kläger aber verlangt. Zu diesem Anverlangen ist Kläger schon nach den bekannten Regeln über die Präclusivität der Beweisfristen und über die Rechtskraft des Bescheides, durch welchen der Schluß des Beweisverfahrens decretirt wurde, nicht befugt. Zugleich ist aber das jetzt nachträglich von ihm in Vorschlag gebrachte Beweismittel nur ein im Criminal-, nicht aber im Civilproceß zulässiges. Kein Product ist durch irgend welches Gesetz verbunden, sich behufs einer Confrontation mit den gegnerischen Zeugen persönlich vor Gericht

zu stellen; kein Producent ist befugt, ein persönliches Erscheinen seines Gegners zu solchem Zweck zu fordern; mit anderen Worten: die Confrontation ist nur eine Maßregel der Untersuchungs-, nicht der Verhandlungsmarine, welche dem Civilproceß zur rechtlichen Grundlage dient. Deshalb ist das klägerischerseits zur Rechtfertigung der Klage neugewählte Beweismittel nicht nur ein verspätet vorgebrachtes, sondern ein an sich unstatthafes. Der Richter hat allerdings auch im civilprocessualischen Gebiet die Aufgabe der Erforschung der materiellen Wahrheit, indeß, wie der Unterrichter selbst schon hinzufügt, in thunlichster Weise. Ueber diese „thunlichste Weise“, über die Schranken seiner Machtvollkommenheit würde er hinausgehen, wenn er, statt an die zulässigen Anträge der Parteien sich zu binden, aus eigener Initiative im Untersuchungswege für seinen Urtheilsspruch das thatsächliche Material einsammeln wollte. Demnach kann auch durch die dem Richter obliegende Pflicht zur Ermittlung der Wahrheit der unterlassene Identitätsbeweis überhaupt nicht und am wenigsten durch eine Maßnahme, welche dem Civilproceß völlig fremd ist, nachbeschafft werden.“

206. Begriff der Sachverständigen.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 25. October 1874, Nr. 6709:

„Unter Sachverständigen versteht man im Civilproceß solche Personen, welche wegen der ihnen eigenen besonderen wissenschaftlichen, technischen oder gewerblichen Kenntnisse entweder vom Richter, oder aber auf Antrag der Parteien herbeigezogen werden, um vermöge ihrer erwähnten Fachkenntnisse Auskunft zu ertheilen über eine Frage, welche ohne jene dem Richter in der Regel abgehenden Kenntnisse sich nicht, oder doch nicht genügend beantworten läßt. Die ersteren, die vom Richter selber herbeigezogenen Sachverständigen pflegt man als Gehilfen des Richters, die anderen, die auf Antrag der Parteien herbeigezogenen, als Beweismittel der Parteien zu bezeichnen. Die letzteren Auskunftspersonen sind hinwiederum, wofern sie ihr Gutachten abgeben sollen unter Zugrundelegung von ihnen bereits wahrgenommener Thatfachen, sachverständige Zeugen, wofern sie dagegen ihr Gutachten abgeben sollen unter gleichzeitiger Berücksichtigung von ihnen allerst wahrzunehmender

Thatsachen oder ohne Berücksichtigung aller und jeder Thatsachen überhaupt, Sachverständige der Parteien schlechthin. Das Verfahren, welches der Richter bei Heranziehung von sachverständigen Gehilfen durch ihn selber und von Amtswegen zu beobachten hat, kommt hier nicht weiter in Betracht. Das Verfahren, welches dagegen die Parteien bei ihrerseitiger Herbeiziehung von Sachverständigen zu beobachten haben, ist, wofern die benannten Sachverständigen als sachverständige Zeugen sich darstellen, ein dem Zeugenbeweise ganz gleiches, wofern sie dagegen als Sachverständige der Parteien schlechthin zu bezeichnen sind, ein dem Zeugenbeweise mindestens analoges, wenngleich zwischen sachverständigen Zeugen und den Sachverständigen der Parteien schlechthin der nicht ganz unwesentliche Unterschied besteht, daß erstere nicht, letztere dagegen wohl die Verpflichtung zur Auskunftsertheilung von sich ablehnen dürfen.“

207. Wenn der Probat sich auf die vereidigten Amtmeister als Sachverständige beruft, kann der Probat verlangen, daß die zu Experten gewählten Personen namentlich bezeichnet werden.

Kläger berief sich in seiner Beweisantretung auf das Gutachten der vereidigten Sachverständigen des Zimmeramts. Die Beklagten verlangten, Kläger möge die Zahl und den Namen der von ihm erwähnten Sachverständigen aufgeben. Mit diesem Verlangen durch den Bescheid der II. Section des L.V.G. vom 5. Juli 1877, Nr. 148 zurückgewiesen, wandten sie sich beschwerend an den Rig. Rath, welcher in dem Querelbescheide vom 19. August 1877, Nr. 5663 erkannte:

„Nach dem allgemeinen, auch hier geltenden Proceßrechte hat die Partei, welche sich zur Führung ihres Beweises eines Sachverständigen-Gutachtens bedienen will, in ihrer Beweisintroduction den Satz anzugeben, welcher durch das Gutachten der Sachverständigen bewahrheitet werden soll, und die von ihr als Sachverständige erwähnten Personen zu bezeichnen. Dem Producten steht das Recht zu, seinerseits gleichfalls Sachverständige zu benennen und Beweisreden vorzubringen, die sich theils gegen das den Sachverständigen vorzulegende Thema, theils gegen die Zulässigkeit der benann-

ten Personen richten können. Um solche Einreden wider die Personen aber vorbringen zu können, ist es erforderlich, daß sie namentlich genannt werden. Auch ist dies deshalb nothwendig, damit sich aus den aufgeführten Personen die Zahl der von Seiten des Producenten gewünschten Sachverständigen ergebe, so daß nach dem Grundsätze der Gleichheit der Parteien auch von dem Producten eine gleiche Zahl von Sachverständigen in Vorschlag gebracht werden kann.

Eine Ausnahme von diesen processualischen Regeln kann auch dann nicht eintreten, wenn der Producent seine Sachverständigen aus der Zahl der von dem hiesigen Amtsgerichte erwählten, ständigen, beeidigten Besichtigter und Taxatoren entnehmen will. Denn es giebt kein Zwangsrecht für die proceßführende Partei, die Sachverständigen gerade aus dieser Kategorie zu erwählen, noch sich den von Gegnern aus dieser Kategorie erwählten allein und einwandlos zu unterwerfen.

Es kommt in der Praxis allerdings häufig vor, daß, wenn der Producent diese Kategorie von Sachverständigen in Vorschlag bringt, der Product sich dem unterwirft, ohne nach den Namen derselben zu verlangen und ohne einen Anspruch auf seinerseitige Benennung noch anderer Sachverständigen zu machen. Allein, wenn dies auch in einer großen Zahl von Fällen stattfindet, so kann daraus doch nicht, wie es in den untergerichtlichen Entscheidungsgründen geschehen ist, eine constante Gerichtspraxis abgeleitet werden, bei welcher andere Grundsätze als im sonstigen Sachverständigen-Beweisverfahren eintreten, sobald die eine Partei die vom Amtsgerichte aus den verschiedenen Gewerken zur Besichtigung und Taxation erwählten ständigen Personen in Vorschlag bringt, und bei welcher der Producent von der Anführung der Namen und der Zahl seiner Sachverständigen, auch gegenüber dem desfallsigen gegnerischen Verlangen, befreit sein soll. Der für die Befreiung von der namentlichen Bezeichnung angeführte Grund, daß die Gegenpartei beim Amtsgerichte Erkundigung über die Namen einziehen könne, ist hin-fällig, da damit die dem Producenten obliegende Verpflichtung zur genauen Bezeichnung seiner Beweismittel nicht aufgehoben wird.“

208. Sachverständigenbeweis. Verpflichtung des Richters zur Aufklärung der Sache durch seinerseitige Fragen beizutragen.

In einem Prozesse über die Brauchbarkeit eines von der beklagten Maschinenfabrik dem Kläger gelieferten Dampfkessels hatte Kläger die Vornahme praktischer Versuche mit dem seit 3 Jahren außer Thätigkeit gesetzten Kessel beantragt, war aber mit diesem Antrage abgewiesen worden. Auf seinerseitige Beschwerde wurde dagegen durch den Querelbescheid vom 1. Juli 1877, Nr. 4934 dem Antrage aus folgenden Gründen stattgegeben:

„Der erste Richter ist der Anschauung: weil der gegenwärtige Zustand des Kessels bei seinem Alter und bei seinem möglicher Weise incorrecten Gebrauch keinen sicheren Schluß auf den Zustand des Kessels zur Zeit seiner Ablieferung an den Kläger zulasse, so sei der beantragte praktische Probeversuch für die Entscheidung des Rechtsstreites irrelevant, es sei denn daß durch ein Sachverständigen-gutachten vorgängig festgestellt werde, was durch ein klägerisches Additionalbeweisverfahren zu ermöglichen sei, daß in der That Alter und Behandlung des Kessels auf seinen jetzigen Zustand keinen Einfluß ausgeübt haben . . .

Kann es dem Vogteigericht nicht verargt werden, wenn es Bedenken getragen hat, aus einem durch einen Probeversuch zu ermittelnden gegenwärtigen Zustand des Kessels auf den Zustand desselben bei seiner Ablieferung an den Kläger ohne weiteres zurückzuschließen, so hat das Vogteigericht doch durch von sich aus an die Sachverständigen, welche ja des Richters Gehilfen sind, zu stellende Fragen sich über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines solchen Schlusses Gewißheit zu verschaffen. Dazu ist der Richter bei ihm mangelnder fachmännischer Kenntniß wie berechtigt, so verpflichtet, nicht aber darf er eine Frage, welche der Producent an die Experten gerichtet zu sehen verlangt, einzig deshalb verwerfen, weil er über die Wirksamkeit einer Antwort auf diese Frage ungewiß ist, und noch weniger darf er verlangen, daß der Kläger die Berechtigung zu einer an sich sachgemäßen Frage dadurch klarstelle, daß noch ein anderes Gutachten sich zuvor über die Tragweite seiner Frage unter den gegebenen Umständen verbreite. Dadurch würde die Beweisführung unvermeidlich verwirrt werden.“

209. Den Sachverständigen darf nicht zugemuthet werden, behufs Abgabe des von ihnen verlangten Gutachtens außerhalb des Bereichs ihrer Kunstfertigkeit liegende Studien zu machen bzw. das für sie erforderliche Material selbst herbeizuschaffen.

In einem Grenzstreit über das Immobil auf Benkensholm Nr. 62h war von Landmessern ein Gutachten über die Grenzlinien eingefordert, von den Beklagten aber die Gegenfrage gestellt worden, ob nicht die Entstehungsgeschichte des Immobils ein anderes Resultat in Bezug auf die Grenzen ergebe, als das auf der Grundkarte verzeichnete. Ueber diese Frage heißt es in dem Querelbescheide vom 13. Januar 1878, Nr. 301:

„Ist an sich schon ohne nähere Erläuterung, welche nicht gegeben worden, nicht recht verständlich, was unter der „Entstehungsgeschichte“ des Immobils eigentlich begriffen werden soll, so hat das Verständniß dafür umso mehr für die Sachverständigen verschlossen bleiben müssen, weil auch ihnen gegenüber die Art der Entstehung nicht näher angedeutet worden ist, den Sachverständigen aber niemals außer dem Bereich ihrer Wissenschaft oder ihrer Kunstfertigkeit liegende Studien zugemuthet werden dürfen, um durch sie erst das zu ergänzen und von dem Kenntniß zu gewinnen, was zuvor vollständig klar zu legen und in Gewißheit zu bringen Sache des Fragestellers war. Aus der Quereljustification ergiebt sich nun, daß den Experten von der Querulantin zur Last gelegt wird, sie hätten nicht Einsicht in die betreffenden Grundbücher des Cassa-Collegiums genommen, aus denen die Entstehungsgeschichte der einzelnen in Rede stehenden Immobilien vermeintlich erhellt haben würde. Hierbei wird von der Querulantin indeß übersehen, daß den Sachverständigen füglich nicht vorgeschrieben werden kann, welcher Hülfsmittel sie bei der Abgabe eines Gutachtens sich bedienen sollen, und daß sie zum Verlangen einer Einsichtnahme in die einem der streitenden Theile allein gehörigen Bücher insolange gar nicht befugt waren, als die Beibringung der Bücher zu Gericht nicht beantragt und nicht verfügt war. Ueberhaupt aber sind Sachverständige immer nur verbunden, die ihnen ausdrücklich bezeichneten Gegenstände in Augenschein zu nehmen, soweit sie ihnen zuvor zugänglich gemacht sind, und daran ihr wissenschaftliches oder

technisches Urtheil zu knüpfen; zur ihrerseitigen eigenen Herbeischaffung des zu besichtigenden Materials sind sie nie verbunden.

Die von den Sachverständigen einzig nicht beantwortete Frage war daher eine von vornherein unzulässige.“

210. Sachverständigengutachten. Beweiskraft desselben.

In den Motiven des Appellationsurtheils des Rathes vom 5. September 1873, Nr. 6785 heißt es:

„Nach den richtigen Grundsätzen über die Beweiskraft von Sachverständigen-Gutachten hat der Richter sich keineswegs an den Ausspruch der Mehrheit zu binden, sondern auf die ausreichende und wohlbegründete Motivirung des Ausspruchs zu sehen.“

211. Unbeeidigtes Sachverständigengutachten. Widerspruch der Sachverständigen bei einer Schätzung.

„Das Gutachten der Sachverständigen verliert seine formelle Beweiskraft nicht deshalb, weil es an Eidesstatt und nicht nach vorgängiger Vereidigung abgestattet ist, da einerseits die Vereidigung Sachverständiger nicht als ein unerlässliches Erforderniß der Beweiskraft ihrer Aussagen gilt und andererseits der Sachverständige M. bereits früher mit Zustimmung der Klägerin unvereidigt vernommen worden war, mithin für das Vogteigericht kein Grund zu der Annahme bestand, daß Klägerin jetzt die Vereidigung desselben verlange . . .

Nach einem unstreitigen processualischen Grundsatz soll im Falle einer Differenz der Sachverständigen hinsichtlich einer Werthschätzung die arithmetische Durchschnittszahl der einzelnen Schätzungssummen entscheiden (Menaud, Civilproceß, §. 149 und die daselbst in der Note 57 Genannten).“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 15. November 1878, Nr. 7746).

212. Gegenbeweis gegen einen Sachverständigenbeweis.

I. Beklagte waren mit ihrem Antrage auf Führung eines Gegenbeweises wider den klägerischerseits hergestellten Sachverständi-

genbeweis durch Bescheid der I. Section des Landvogteigerichts vom 23. November 1878, Nr. 278 abgewiesen worden. In Abänderung desselben sprach der Duerelbescheid vom 11. April 1879, Nr. 2626 aus:

„Was das aus dem Charakter der Gegenschachverständigen hergeleitete Motiv der untergerichtlichen Entscheidung anlangt, so ist zwar zuzugeben, daß in der gemeinrechtlichen Praxis und Doctrin die Ansicht viele Vertreter gefunden hat, daß die Befugniß des Producten zum Vorschlage von Gegenschachverständigen gegenüber dem vom Producenten angetretenen Sachverständigenbeweis ein Surrogat des eigentlichen Gegenbeweises sei und daß, da dem Producten zum Vorschlage von Gegenschachverständigen eine Präklusivfrist anberaumt wird, folgeweise, nachdem Product einmal von seinem Recht Gebrauch gemacht, ein abgesonderter Gegenbeweis durch Sachverständige über den nämlichen Satz unzulässig sei (vgl. Langenbeck, Beweisführung, S. 581 ff). Allein abgesehen davon, daß diese Ansicht auch in der gemeinrechtlichen Praxis keine unbestrittene ist (Seufferts Archiv XXII, 189), kann sie mit den Grundsätzen des stadtrechtlichen Processes nicht in Einklang gebracht werden, weil hier der gemeinrechtliche processualische Grundsatz keine Geltung hat, daß der Beweisführer nach Ablauf der peremptorischen Beweisfrist neue Beweismittel über denselben Satz, über welchen er den Beweis bereits angetreten hat, nachträglich einzubringen nicht mehr befugt sei, vielmehr die Führung eines Additionalbeweises über das Thema des ersten Beweises regelmäßig gestattet wird. Vom Gesichtspunkte des städtischen Proceßrechts aus empfiehlt es sich daher, die auch im gemeinen Recht vertretene Anschauung zu adoptiren, daß der Vorschlag von Gegenschachverständigen nicht unter den Begriff des directen Gegenbeweises falle, sondern eine durch die Nothwendigkeit einer sachmännischen Controle der vom Producenten beantragten Expertise hervorgerufene Eigenthümlichkeit des Sachverständigenbeweises sei. Im vorliegenden Falle kommt noch hinzu, daß der Gegenstand der von den Beklagten neuerdings beantragten Expertise keineswegs identisch ist mit der den früher vernommenen Sachverständigen gestellten Aufgabe . . . Hier wird ein indirecter Gegenbeweis gegen die Bedeutung des Gutachtens jener intendirt und in solchem Falle kann an der Zulässigkeit eines abgesonderten Sachverständigenbeweises des Reproducenten, selbst wenn man der

oberwähnten gemeinrechtlichen Ansicht beipflichtet, nicht gezwweifelt werden.“

II. In dem Querelbescheide vom 25. October 1874, Nr. 6709 ist gleichfalls ausgesprochen,

„daß dem Probaten, wofern die Gegenpartei von dem Sachverständigenbeweise Gebrauch gemacht hat, die Befugniß nicht entzogen werden darf, seinerseits gegen den geführten Sachverständigenbeweis einen Gegenbeweis, wie mit anderen Beweismitteln, so auch mit Sachverständigen anzutreten (Langenbeck, Beweisführung, S. 581. Bayer, Vorträge, S. 823. Renaud, Civilproceß, S. 287).“

213. Bezugnahme auf nicht in den Acten befindliche Urkunden im Beweisverfahren ist unzulässig.

I. Aus den Motiven des Querelbescheides vom 16. October 1874, Nr. 6472:

„Urkunden müssen, um als Beweismittel zu dienen, beigebracht werden; eine Bezugnahme auf Urkunden ist als Beweisantretung nur dann zulässig, wenn die Urkunden zu den Acten des Processus bereits beigebracht worden sind. Die Bitte, den dritten Besitzer von Urkunden von Seiten des Gerichts ex officio zur Edition derselben anzuweisen, ist vollkommen unstatthaft, da das Editionsverlangen, als präparatorischer Antrag für die Beschaffung des Beweismittels, gegen den Besitzer verlaublich und demselben das Recht zur Erklärung auf dieses Verlangen und resp. zur Bestreitung der rechtlichen Begründung desselben offen gelassen werden muß.“

II. „Die bloße Bezugnahme auf Urkunden kann nur dann dazu führen, daß der Richter von ihrem Inhalte Kenntniß nehme, wenn sie bei den Acten derselben Sache liegen. Bei anderweitigen Acten des Proceßgerichts oder einer anderen Behörde befindliche Instrumente finden daher nur dann in einer Proceßsache Berücksichtigung, wenn sie auf Ansuchen der Partei kurzer Hand oder durch Requisition adregistrirt worden sind (Seufferts Archiv IX, 342). Die Bezugnahme der Impetrantin auf eine im October 1871 ange stellte, zur Zeit beim Rath verhandelte Klage ist mithin nicht ge-

eignet, dieses Actenstück als Bescheinigung in der vorliegenden Arrestsache verwendbar zu machen."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 16. März 1879, Nr. 2005).

214. Die Gerichte sind nicht verpflichtet über eingereichte Documente Quittungen zu ertheilen, dagegen kann der Uebergebende gegen Erlegung der Gebühr die Ausfertigung eines Protokolls verlangen.

„Supplicant führt an, er habe einige vom Eridar in dessen Status nicht aufgegebene Rechnungen beim Vogteigericht übergeben, die Ausgabe eines Beleges über die Einreichung dieser zur Acte genommenen Rechnungen sei ihm jedoch vom Gericht wiederholt verweigert worden. Nach der bei den hiesigen Gerichten geübten Geschäftsordnung pflegt allerdings den Parteien keine specielle Quittung über ein von ihnen eingereichtes Document ausgegeben zu werden. Dagegen steht jeder Partei die Befugniß zu, gegen Erlegung der betreffenden Gebühr die Ausfertigung des Protokolls über die stattgehabte Verhandlung bzw. über die Entgegennahme des Documentes zu beanspruchen. Die Ausreichung einer solchen Protokollausfertigung ist dem Supplicanten nicht verweigert worden, ebensowenig als die Aufnahme eines Protokolls vom Gericht hätte abgelehnt werden können, falls eine thatsächlich stattgehabte Verhandlung vor Gericht in Frage kam."

(Aus den Motiven der Resolution vom 13. Mai 1877, Nr. 3305).

215. Zerrissene bzw. beschädigte Urkunden sind nicht beweisfähig.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 30. Januar 1876, Nr. 706:

„Die zum Beweise bezogene Urkunde ist augenscheinlich behufs ihrer Vernichtung in verschiedene Theile (und zwar in mindestens deren vier) zerrissen und nachher soweit möglich wieder künstlich zusammengeslickt worden, wobei es indeß keineswegs gelungen ist den Text wieder vollständig herzustellen, indem vielmehr beträchtliche Bruchstücke fehlen. Gilt nun im allgemeinen schon als Regel, daß

Urkunden, um im Civilproceß als Beweismittel benutzt werden zu können, weder durchstrichen, noch durchkreuzt, noch durchgerissen — es sei denn, daß Alter der Grund ihrer Schadhastigkeit geworden — noch sonst mit Zeichen beabsichtigter Wiedervernichtung versehen sein dürfen, und wird eine Ausnahme von dieser Regel nur in dem hier jedoch nicht zutreffenden Fall zuzulassen sein, wenn durch sie ein früher bestandenes, aber wieder erloschenes Schuldverhältniß in Gewißheit gesetzt werden soll, so muß vollends die Beweisfähigkeit derjenigen Urkunde, durch welche in casu der Beweis geführt werden soll, umsomehr verneint werden, als diese Urkunde überhaupt nur ein Fragment ist und ihre Lücken sich durch bloße Vermuthungen für den Civilrichter nicht ausfüllen lassen. Mangelhafte Form der Urkunde und die aus ihr hervorgehende Beweisuntüchtigkeit schließt die Verpflichtung zur Recognition aber von selbst aus (Vangenbeck, Beweisführung, S. 685. Renaud, Civilproceß, §. 116).“

216. Der Diffessionseid kann nicht verlangt werden über Urkunden, die formell beweisuuntüchtig oder die von dritten Personen ausgestellt sind.

„Der Bescheid des Vogteigerichts vom 7. März 1878, Nr. 28 hat die beklagte Handlung deshalb nicht für verpflichtet erachtet, die die Namensunterschrift „for John R. . . M. . . & Co.“ tragende Urkunde zu recognosciren, weil die die Schiedsgerichtsclausel betreffenden Worte nicht über die Namensunterschrift, sondern neben derselben, offenbar nachträglich hineingeschrieben seien. Querulant meint, es handle sich gar nicht darum, daß Beklagte die Richtigkeit und Verbindlichkeit der qu. Worte, sondern nur darum, daß sie die Richtigkeit der Unterschrift der Handlung M. . . & Co. anerkennen solle.“

Die Schiedsgerichtsclausel ist aber insofern gerade der wesentliche Theil der Urkunde, weil dieselbe zur Grundlage des klägerischen Anspruches dient, daß beklagte Handlung sich dem ergangenen Schiedspruche unterwerfe und das durch denselben ihr Aberkannte dem Kläger zahle. Wenn nun gerade die Einführung dieser Clausel in die betreffende Urkunde an solchen Mängeln leidet, daß sie sich als nachträglich von anderer Hand in die Urkunde hineingeschrieben

darstellt und keineswegs einen Theil desjenigen Inhalts bildet, welcher durch die Unterschrift sanctionirt wird, so muß dieser Theil der Urkunde sich als rechtsunwirksam und als irrelevant darstellen, was auch durch eine Anerkennung der Rectheit der Unterschrift nicht gehoben würde. Irrelevante Beweismittel sind aber zurückzuweisen und es ist unzulässig, hinsichtlich derselben den Producten zu einem Diffessionseid zu zwingen.

Dazu kommt aber noch ein fernerer Grund. Nach dem gemeinen Proceßrecht ist es zwar zulässig, daß der Diffessionseid auch über solche Urkunden angetragen werde, welche von Dritten ausgestellt sind, wobei jedoch die Eidesformel dahin abgeändert wird, daß der Delat zu schwören hat, er wisse nicht und glaube nicht, daß dieser vom Producenten angegebene Dritte die Urkunde selbst geschrieben oder unterschrieben, oder daß er sie von einem Anderen habe schreiben oder unterschreiben lassen. Nun ist aber der Glaubenseid nach den besonderen Bestimmungen des Rig. Stadtrechts ausgeschlossen, indem im §. 10 Lib. II Cap. XVIII ein Eid nur dann für zulässig erklärt wird, wenn der Delat aus eigener Wahrnehmung Kenntniß von der Thatsache hat."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 2. August 1878, Nr. 5084.)

217. Pflicht des Concurſcurators zur Recognition angeblich vom Gemeinschuldner ausgestellter Urkunden.

Die Motive des den Bescheid der II. Section des Landvogteigerichts vom 11. November 1876, Nr. 240 bestätigenden Querelbescheides vom 28. Januar 1877, Nr. 636 enthalten hierüber Folgendes:

„Bei Entscheidung der Frage, ob der Concurſcurator zur Recognition oder Diffession einer angeblich von dem Gemeinschuldner ausgestellten Urkunde verpflichtet sei, muß allerdings auch darauf Rücksicht genommen werden, daß durch die Concurſeröffnung dem Gemeinschuldner nicht das Eigenthum, auch nicht der juristische Besitz seiner Vermögensstücke entzogen wird, und daß er nicht aufhört, Gläubiger seiner Forderungen zu sein, sondern daß im Interesse der aus seinem Vermögen Befriedigung suchenden Gläubiger ihm nur die Detention und Verwaltung, folgeweise auch die Fähigkeit

zur Proceßführung über das zur Masse gehörige Vermögen entzogen ist, während diese Befugnisse auf den Concurscurator übertragen werden, welcher nach örtlichem Proceßrecht auch die Functionen des Contradictors auszuüben berufen ist. Sowohl in der auf Herbeischaffung und Veräußerung des gemeinschuldnerischen Vermögens, als auch in der auf Feststellung der Passivmasse gerichteten Thätigkeit hat also der Concurscurator die Rechte des Gemeinschuldners auszuüben und als dessen Stellvertreter so zu handeln, wie nicht anders ein redlicher Schuldner im Interesse seiner Gläubiger handeln müßte.

Die Dispositionsfähigkeit des Gemeinschuldners in Beziehung auf das zur Masse gehörige Vermögen hat aber auch zur Folge, daß der an seiner Stelle handelnde Concurscurator nicht als ein seinen Willen ausführender Mandatar auftritt, sondern in des Gemeinschuldners Angelegenheiten selbständig handelt und gleich einem Hausherrn die Geschäfte des Gemeinschuldners leitet. Die Concurscuratel ist eine auf dem Mangel rechtlichen Willens des Gemeinschuldners beruhende Species der Curatel im allgemeinen und macht daher eine selbständige (Art. 357 Th. III des Prov.-Rechts) und namentlich in gerichtlichen Rechtsstreitigkeiten eine gänzliche Vertretung des Gemeinschuldners nothwendig (Art. 359. l. c.). Wie der Tutor in den von ihm in Angelegenheiten seines Mündels geführten Proceßten selbst Partei ist, so ist es auch der Concurscurator in Sachen des Gemeinschuldners, es mag sich um Geltendmachung der Forderungen desselben oder um Abwehr von Forderungen an denselben handeln. Die Consequenzen dieser Parteilichkeit müssen sich in Beziehung auf die Verpflichtung, sich über die Richtigkeit einer Urkunde zu erklären, bei der Concurscuratel ebenso, wie bei der Tutel äußern. Wie also der Tutor in den für den Mündel geführten Proceßten zweifellos angehalten werden kann, sich über die Richtigkeit einer etwa von dem Erblasser seines Mündels ausgestellten und wider ihn producirten Urkunde zu erklären, ebenso auch der Curator eines Großjährigen nicht berechtigt ist, eine solche Erklärung in Ansehung einer von dem Curanden vor gerichtlicher Entziehung der Dispositionsbefugniß ausgestellten Urkunde abzulehnen, so trifft auch den Concurscurator und zwar ihn selbst, nicht den von ihm vertretenen Gemeinschuldner — welchem keine Dispositionsbefugniß gegeben ist — die Verpflichtung, im Ur-

kundenbeweise von sich aus zu erklären, ob er die angeblich vom Gemeinschuldner unterzeichnete Urkunde als solche recognoscire.

Hierbei kann freilich der Umstand, daß der Concurscurator nicht Urheber oder Miturheber der fraglichen Urkunde ist, nicht ohne Einfluß auf den Inhalt und die Folge der von ihm abzugebenden Erklärung bleiben. Denn eine striete Erklärung mit Ja oder Nein kann in Beziehung auf die Richtigkeit einer Urkunde — wenn diese für die Entscheidung von Relevanz ist — nur dann von dem Producten, welcher für die Richtigkeit seiner bezüglichen Erklärung mit dem Eide einzustehen hat, gefordert werden, wenn die Urkunde von ihm selbst und nicht von einem Dritten herrührt (vgl. Lib. II Cap. XVIII, §. 10 der Stadtrechte). In einem solchen Falle genügt die Erklärung des Producten, daß er nicht wisse oder nicht glaube, daß die Urkunde von dem angeblichen Aussteller herrühre; von dieser Erklärung erscheint er aber aus dem Grunde nicht entbunden, weil nach ihrer Abgabe der gewöhnliche Diffessionseid, welcher die Unächtheit der Urkunde zum Gegenstand hat, nicht aufgehoben werden kann, sondern dem Producenten anheimgegeben werden muß, auf andere Weise die Richtigkeit der Urkunde zu erweisen. Die Erklärungspflicht des Producten ist eben mit der nur eventuellen Pflicht desselben, den Diffessionseid zu leisten, nicht zu verwechseln, und der Diffessionseid kann als das Kriterium für die Berechtigung des Producenten, einen Urkundenbeweis zu führen, nicht angesehen werden.“

218. *Subscriptio tenet subscribentem.* Bestreitung der Beweisraft einer Urkunde wegen mangelnder Kenntniß ihres Inhalts bei der Unterzeichnung.

I. „Kläger hat nach seiner eigenen Darstellung sich nach anfänglicher Weigerung entschlossen, der ihm gestellten Alternative des Beklagten (die schriftliche Erklärung über seine volle Befriedigung gegen Empfangnahme von 39 Rbl. 25 Kop. zu geben, oder aber die Zahlung verweigert zu sehen) nachzugeben und die ihm vorgelegte Schrift zu unterzeichnen. Nach dem Rechtsfakt: *subscriptio tenet subscribentem* kann er sich daher der Rechtswirkung seiner schriftlichen Erklärung nicht mehr entziehen. Vorausgesetzt ist dabei nach Art. 2942 des Prov.-Rechts Th. III allerdings, daß er den

Inhalt des Unterzeichneten kannte. Kläger hat aber selbst erklärt, daß ihm der Inhalt des zu Unterzeichnenden vorgelesen worden ist. Er will zwar gegenwärtig geltend machen, daß er bei ungenügender Kenntniß der deutschen Sprache den ihm vorgelesenen Inhalt des Schriftstückes nicht verstanden habe: wenn dies der Fall war, so hätte er das Schriftstück nicht unterzeichnen sollen. Die nothwendige Sicherheit des Rechtsverkehrs schließt die Zulässigkeit solcher Berufung aus, wie es in einem Erkenntniß in Seufferts Archiv II, 87 heißt; zur Aufrechthaltung derselben muß davon ausgegangen werden, daß ein verständiger Mann eine Urkunde nicht anders vollzieht, als nach erlangter Kenntniß ihres Inhalts, resp. nach erlangter Einsicht in den Sinn und die Tragweite ihm nicht geläufiger Ausdrücke.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 31. August 1879, Nr. 5965.)

II. Ferner heißt es in dem Appellations-Erkenntniß vom 7. Januar 1881, Nr. 135:

„Durch die Unterzeichnung des Schriftstückes hat Kläger nach dem Satze *scriptio tenet subscriptorem* sein Einverständnis mit den daselbst enthaltenen, ihn tangirenden Stipulationen zu erkennen gegeben. Allerdings bestimmt der Art. 2942 des Prov.-Rechts Th. III, daß, wer eine Urkunde unterzeichnet, als zustimmend betrachtet wird, vorausgesetzt, daß er den Inhalt der Urkunde kennt. Hierunter ist aber nicht zu verstehen, daß, wenn der Unterzeichner erklärt, er habe bei der Unterzeichnung den Inhalt nicht gekannt, der Gegner dadurch verpflichtet werde, den Beweis, daß dem Unterzeichner der Inhalt der Urkunde bekannt war, zu führen. Wollte man den Ausdruck „vorausgesetzt“ in diesem Sinne interpretiren, so würde in den wenigsten Rechtsfällen ein directer Beweis durch Privat-urkunden überhaupt möglich sein, weil dann der Product ungeachtet der Recognition seiner Unterschrift die Beweisraft der Urkunde durch die einfache Erklärung mit Erfolg anfechten könnte, daß er bei der Unterzeichnung den Inhalt des Urkundentextes nicht gekannt habe. Vielmehr schließt, wie es bereits im Appellations-Erkenntniß des Rathes vom 31. August 1879, Nr. 5965 heißt, die nothwendige Sicherheit des Rechtsverkehrs die Zulässigkeit solcher Berufung aus und zur Aufrechterhaltung derselben muß davon aus-

gegangen werden, daß ein verständiger Mann eine Urkunde nicht anders vollzieht, als nach erlangter Kenntniß ihres Inhalts bzw. nach erlangter Einsicht in den Sinn und die Tragweite ihm nicht geläufiger Ausdrücke. Von diesem Gesichtspunkt aus gewinnt der Art. 2942 l. c. den Sinn, daß die liquide Thatsache der Unterzeichnung einer Urkunde eine Rechtsvermuthung für die Zustimmung des Unterzeichners zu deren Inhalt abgeben solle, weil vorauszusetzen ist, daß Niemand eine Urkunde ohne Kenntniß ihres Inhalts unterzeichnen werde. Durch den Nachsatz im Art. 2942 soll daher nur die Statthaftigkeit des Gegenbeweises gegen die im Vorder Satze enthaltene Rechtsvermuthung anerkannt werden: es soll angedeutet werden, daß nicht eine *s. g. praesumptio juris et de jure*, welche jeden Gegenbeweis ausschließt, sondern eine einfache *praesumptio juris*, welche nur juristische, nicht aber unter allen Umständen materielle Gewißheit giebt, vorliege.

Wer daher die Beweis kraft einer von ihm unterzeichneten Urkunde durch Berufung auf die Unbekanntschaft mit dem Inhalt anfechten will, hat Gründe darzulegen, aus welchen der Inhalt der Urkunde ihm unbekannt geblieben sei, und nöthigenfalls den Beweis dieser Behauptungen zu führen.

Im vorliegenden Falle hat Kläger die Behauptung aufgestellt, daß die deutsche Sprache, in welcher die in Rede stehende Verbindungschrift abgefaßt ist, eine ihm fremde und er derselben unkundig sei. Diese Behauptung wird indessen durch keinen Beweis unterstützt und kann . . . nicht weiter in Betracht kommen.“

Gleichlautend ist erkannt in dem Appellationsurtheil vom 29. Mai 1881, Nr. 3656.

219. Recognition von Urkunden durch Zeugen.

Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 25. October 1874, Nr. 6710:

„Lehrt schon die tägliche Erfahrung, wie trüglich die Urtheile selbst kunstverständiger, um so gewisser also kunstunverständiger Personen über fremde Schriftzüge sind und wie selbst über ihre eigene Unterschrift die Aussteller selber nicht selten sich täuschen, so daß aus einem solchen, nicht einmal durch Schriftvergleichung gezogenen subjectiven Urtheil objective Wahrheit füglich nicht

gewonnen werden kann, so ist es auch ein fast unbestrittener Grundsatz der Proceßlehre, daß eine Urkundenrecognition durch Zeugen in gleicher Weise unstatthaft ist, wie eine solche durch richterlichen Augenschein (vgl. Renaud, Lehrb. d. Civilprocesses, S. 298 und die daselbst der Note 27 allegirten Autoritäten, ferner Langenbeck, Beweisführung, S. 651).“

220. Schriftvergleichung.

In den Motiven des Appellationsurtheils vom 19. Mai 1876, Nr. 3319 findet sich u. a. der Satz:

„Da der in Rede stehende Beweis durch Schriftenvergleichung geführt worden, die Schriftenvergleichung aber nur die hohe Wahrscheinlichkeit, nicht die volle Gewißheit der Richtigkeit herzustellen geeignet ist, so mußte auf die Bervollständigung des an sich mangelhaften Beweises durch einen Notheid erkannt werden.“

221. Beweislast darüber, daß eine Urkunde von ihrem Aussteller auch ausgereicht ist.

„Der erste Richter bemerkt zwar zutreffend, daß eine Urkunde in der Regel erst durch ihre Aushändigung, nicht schon durch ihre Ausstellung Beweiskraft erlangt (Seufferts Archiv XXXI, 289), er verlangt aber mit Unrecht von dem Producenten den Beweis der stattgehabten Aushändigung durch den Aussteller an den aus der Urkunde Berechtigten, da für diese die rechtliche Vermuthung streitet, bis das Gegentheil von dem Producten bewiesen wird (vgl. Bähr, in den Jahrb. f. Dogm. Band XIV, S. 47; Seufferts Archiv XXI, 261.)“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. Januar 1880, Nr. 359).

222. Zulässigkeit von Rechnungsbüchern als Beweismittel.

Der Fleischermeister R. hatte gegen den Restaurateur U. eine Rechnungsforderung ausgestellt und zum Beweise seiner Forderung sein Scharrenbuch producirt. Der Beklagte protestirte gegen die Zulässigkeit solchen Beweismittels, da das beigebrachte Buch keine

Beweiskraft haben könne. Die II. Section des Landvogteigerichts bestätigte den Protest des Beklagten und wies den Kläger mit seinem producirtten Beweismittel zurück, weil das Buch des Klägers fast in jedem Betracht derjenigen Voraussetzungen entbehre, welche sich zusammenfinden müßten, um den Büchern eines Geschäftsmannes die Bedeutung eines Beweismittels zu verleihen.

Kläger legte gegen diesen Bescheid die Querel an den Rath ein. Der Rath hob die unterrichterliche Entscheidung auf und führte in den Motiven des Querelbescheides vom 8. August 1873, Nr. 5976 aus:

„Wenn sich Kläger gravirt erachtet, zunächst weil dem von ihm producirtten Beweismittel jegliche Beweisfähigkeit abgesprochen worden, so ist bei der Entscheidung über diesen Beschwerdepunkt nicht zu übersehen, daß in dem gegenwärtigen Stadium des vor dem Unterrichter geführten Processes nicht darüber zu erkennen gewesen ist, in wie weit durch das in Rede stehende Buch diejenigen tatsächlichen Momente außer Zweifel gestellt werden, auf deren Feststellung es Seitens des Klägers bei Producirung des Buches abgesehen war. Denn die Beurtheilung der materiellen Beweisergebnisse ist Gegenstand erst des Definitivurtheils. So lange dagegen das Beweisverfahren noch nicht geschlossen, resp. noch nicht dargelegt worden ist, welcher Gebrauch von einem beigebrachten Beweismittel gemacht werden solle, und ob daneben noch andere Beweismittel zur Anwendung gebracht werden würden, läßt sich nur darüber erkennen, ob die stattgehabte Beweisantretung nach den Regeln des Processes zulässig sei. Nur dann, wenn sich vorauserkennen läßt, daß sich aus den beigebrachten Beweismitteln der dabei in's Auge gefaßte Beweis nicht herstellen lassen wird (wie z. B. beim Zeugenbeweise, wenn die Beweisartikel außer jedem Zusammenhange mit dem Beweisthema stehen), ist wegen mangelnder Beweisfähigkeit das in Vorschlag gebrachte Beweismittel schon im Laufe des Beweisverfahrens zu verwerfen. In den meisten Fällen aber wird die Beweisfähigkeit eines Beweismittels sich der richterlichen Beurtheilung insolange entziehen, als die Absicht nicht declarirt worden ist, welche den Producenten bei der Wahl dieses Beweismittels geleitet hat. Steht nun auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. XXIV §. 4 und 5 fest, daß nicht nur Handelsbücher der Kaufleute, welche nach bestimmten Regeln der Buchführung

geführt sein müssen, sondern auch anderer ehrbarer Leute Bücher, darinnen die Ursachen der Schuld verzeichnet sind, für sie semiplene und wider sie vollkommenen Glauben gewinnen sollen, so könnte die Zulässigkeit einer Beweisantretung durch Beibringung des klägerischen Scharrenbuches nur dann in Zweifel gezogen werden, wenn gegen die Ehrbarkeit des Klägers gegründeter Einwand erhoben wäre, was indessen nicht geschehen ist, und wenn das in Rede stehende Scharrenbuch, welches allerdings nach den Regeln der kaufmännischen Buchführung geführt ist, so beschaffen wäre, daß sich daraus eine Aufzeichnung der beklaglichen Schuld und ihre Entstehungsursachen nicht ersehen ließen.“

223. Ueber die Beweiskraft der Bücher des Waarenempfänger-Vereins zu Gunsten Dritter

heißt es in dem Appellations-Erkenntniße vom 24. Januar 1879, Nr. 569:

„Der Waarenempfängerverein ist eine Anzahl, von verschiedenen Handlungshäusern unter bestimmten Bedingungen und in bestimmter Art angestellter Expeditoren, wobei sich die betreffenden Handlungshäuser verpflichtet haben, ihre gekauften Waaren durch diese Expeditoren empfangen zu lassen (vgl. Reg. Börsencomité in den Jahren 1866—1872, S. 386 ff). Der Verein steht somit in dem Dienste dieser Handlungshäuser und entbehrt jeden amtlichen Charakters. Das von ihm geführte Buch ist daher auch das Buch eines Privaten und gegenüber den Parteien eines Dritten; es entbehrt daher völlig der Beweiskraft. Auf das Privilegium der Handlungsbücher, das auch nur zwischen den Parteien selbst statthat, kann es keinen Anspruch machen, weil es nicht ein von der Partei selbst geführtes Buch ist, ebensowenig aber auch auf das Privilegium der Bücher der Makler, da diesen die amtliche Qualification beiwohnt, die jenem fehlt. Das Buch des Waarenempfängervereins kommt nach den betreffenden Zeugenaussagen der Art zu Stande, daß die Waarenempfänger selbst die im Laufe des Tages von ihnen empfangenen Waaren nach Quantität und Qualität jeden Abend eintragen und die Richtigkeit der Eintragungen von dem Vorstande auf Grund der ihm von eben denselben gemachten Aufgaben controlirt wird. Das Buch beruht somit auf den Berichten der einzelnen Waaren-

empfänger, die als außergerichtliche, unbeeidigte Zeugnisse jeder Beweiskraft entbehren und diese Natur auch auf die Eintragungen des Buches übertragen.“

224. Unzulässigkeit der Beeidigung des Maklerbuches wegen Nichtübereinstimmung der Aufzeichnung in demselben mit dem ausgereichten Schlußzettel.

In einer Klagesache über einen Lieferungskauf hatte die klagende Handlung sich im Beweisverfahren auf das von dem Makler K., welcher das betr. Geschäft abgeschlossen, geführte Buch berufen und zugleich die Beeidigung dieses Buches durch den Makler beantragt, wurde jedoch mit diesem Antrag in beiden Instanzen (Wettgerichts-Bescheid vom 7. Mai 1870, Nr. 384 und Querelbescheid vom 17. März 1872, Nr. 1801) zurückgewiesen.

Die obrichterlichen Motive deduciren wie folgt:

„Es hat sich aus einer bei Gericht vorgenommenen Einsicht in das betreffende Maklerbuch ergeben, daß das betreffende, zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft unter dem 18. November 1869 eingetragen war, während der Schlußzettel bereits vom 26. October 1869 datirt war, außerdem aber auch die Inscription des Buches noch andere wesentliche Abweichungen enthielt, indem sie nur von einer Garantie, der Schlußzettel dagegen von einer expromissorischen Garantie spricht, dieser die Garantie durch die Vermittlung des Maklers übernommen sein läßt, jene aber dieses Umstandes nicht erwähnt. Außerdem lehrt eine Vergleichung der Inscription des Buches mit dem Schlußzettel, daß dieser keine wörtliche Wiedergabe des ersteren enthält.

Wenn nun der untergerichtliche Bescheid in Folge dieser Mängel des Maklerbuches demselben die Beweisfähigkeit abgesprochen und in Folge dessen auch die Beeidigung desselben für unstatthaft erklärt hat, so muß dem obrichterlich vollkommen zugestimmt werden.

Denn die hochobrigkeitlich bestätigte Instruction für die Handlungs- und Schiffahrtsmakler in Riga schreibt §. 9 ausdrücklich vor, daß alle vermittelten und abgeschlossenen Geschäfte von dem Makler an demselben Tage in das Maklerbuch einzutragen sind, und die Rig. Stadtrechte Lib. II Cap. XXIV §. 6 stellen als

Bedingung für die Beweisfähigkeit des Maklerbuchs ausdrücklich fest, daß die Handlung richtig im Tage und dato, da sie geschehen, zu Buch gebracht werden.

Wenn sich nun aber aus dem zu den Acten genommenen Schlußzettel ergibt, daß der Makler X. bereits am 26. October 1869 den stattgehabten Abschluß des fraglichen Handelsgeschäfts durch denselben bezeugt hatte, die Inscription in seinem Maklerbuch aber besagt, daß dasselbe Geschäft am 18. November abgeschlossen sei, so ist durch diesen Widerspruch schon allein die Unwahrheit der einen oder anderen Behauptung dargethan und der Beweis gegen die Glaubwürdigkeit des Buches und seiner Eintragung gegeben, abgesehen von den anderen Abweichungen, welche diese beiden Zeugnisse desselben Maklers über dasselbe Geschäft enthalten. . . .

Eine Divergenz des ausgereichten Schlußzettels mit der Eintragung des Maklerbuchs in Bezug auf Zeit und Inhalt des Geschäfts muß beiden die Glaubwürdigkeit rauben, da die Wahrheit des einen Documents durch das Zeugniß des anderen aufgehoben wird. Dies muß aber um so mehr der Fall sein, wenn sich, wie hier, aus der eigenen Behauptung des Klägers, daß das Geschäft am 26. October abgeschlossen sei, die Vermuthung ergibt, daß die Eintragung des Geschäftsabschlusses ins Buch erst mehr als drei Wochen später, also gesetzwidrig geschehen ist.

Wenn nun in Folge dieser offenbar unrichtigen Eintragung und des Widerspruches der Eintragung mit dem ausgereichten Schlußzettel dem Maklerbuche des Maklers X. die Beweisfähigkeit abgesprochen werden muß, so kann auch eine eidliche Erhärtung der Richtigkeit desselben nicht zugelassen werden und müssen in Folge dessen die gravamina, welche sich auf die verweigerte Beeidigung des Buches beziehen, für ungerechtfertigt erachtet werden.“

225. Inwiefern kann die Auszahlung eines Darlehens durch Handelsbücher bewiesen werden?

„Es fragt sich, ob die Eintragungen in die Handelsbücher des Creditors rechtlich als Beweisgrund für die streitige Auszahlung des Darlehens angesehen werden dürfen. Appellantin bestreitet dies, weil Handelsbücher einen Beweis zu Gunsten desjenigen, der sie

geführt hat, nur in Handelsfachen lieferten, ein Darlehen aber kein Handelsgeschäft sei, wenn es nicht zu einem solchen in Beziehung stehe, was hier nicht erhelle. Der erste Satz ist vollkommen zuzugeben (Lib. II Cap. XXIV §. 4 der Stadtrechte), nicht richtig ist es aber, wenn Appellantin den Begriff der Handelsfache mit demjenigen des Handelsgeschäfts, der viel enger ist, identificirt, und ebensowenig läßt sich der Ansicht beipflichten, daß ein Darlehen durch das Handelsbuch nur in dem angegebenen Ausnahmefalle bewiesen werden könne, wenngleich dieselbe allerdings von einigen Processualisten vertreten wird. Denn ein Darlehen ist ein Handelsgeschäft, sobald es von einem Kaufmann zum Zwecke seines Gewerbebetriebes aufgenommen wird, und ein Streit über ein Darlehen ist eine Handelsfache, sobald das Darlehen irgendwie zu dem Handelsbetriebe in Beziehung steht. Streitet aber schon die Präsumtion allemal dafür, daß Geschäfte, welche ein Kaufmann abschließt, in seinem Handelsbetriebe abgeschlossen seien, so wird diese Präsumtion zur Gewißheit gesteigert, wenn der Kaufmann das aufgenommene Darlehen in sein Handelsbuch einträgt. Da aber dies seitens des Creditors geschehen ist, so ist der Streit über das Darlehen nicht nur eine Handelsfache, sondern das Darlehen selbst ein wahres Handelsgeschäft, folglich auch die Beweiskraft der bezüglichen Einträge in das Handelsbuch nicht zu bezweifeln.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. Januar 1880, Nr. 359.)

226. Über den Beweis durch Handelsbücher und den Bucheid.

„In der Doctrin, wie in der hiesigen Praxis ist anerkannt, daß durch das Handelsbuch wohl der Kaufabschluß bewiesen wird, daß hingegen die Ablieferung der Waare im Streitfalle besonders bewiesen werden muß (Civilrechtl. Entscheid. II, S. 213. III Nr. 472). Andererseits ist nicht minder unzweifelhaft (vgl. Lib. II Cap. XXIV §§. 4 und 5 der Stadtrechte und das diesseitige Appellations-Erkenntniß vom 31. October 1879, Nr. 7356), daß der vom Producenten zu leistende Eid nur den in dem Bucheintrage vorliegenden halben Beweis zu einem vollständigen ergänzt, nicht aber ein neues Beweismoment für das Beweisresultat hinzufügt. Dem entspricht es denn auch, daß der Rath in dem Appellations-

Erkenntniß vom 29. April 1870, Nr. 3183 gleich der Mehrzahl der Untergerichte den Bescheid für einen Ergänzungsseid erklärt hat, der nicht auf die Richtigkeit der Buchführung überhaupt, sondern auf die Wahrheit der streitigen Thatsache zu richten ist (Civilrechtl. Entscheid. II, 270. V, 892). Im vorliegenden Falle hat Kläger, wiewohl Beklagter nicht nur den Kauf, sondern ausdrücklich auch den Empfang der Waare bestritten hatte, für die Thatsache der erfolgten Ablieferung gar keinen Beweis erbracht, es durfte daher auch ein Ergänzungsseid über diese Thatsache ihm nicht auferlegt werden."

(Appellations-Erkenntniß vom 14. Mai 1880, Nr. 3154.)

227. Beweiskraft der Auszüge aus den Kirchenbüchern evangelisch-lutherischer Kirchen für die eheliche Geburt nach provinziellem Recht.

Querulant hatte in einem Erbschaftsprocesse, in welchem bezüglich der ehelichen Geburt eines Erben ein Taufschein und ein Todtenschein widersprechend einander gegenüber standen, auf die Begutachtung dieser Urkunden durch eine Predigercommission als Sachverständige angetragen, war jedoch auf den Protest des Gegners vom Waisengericht in dem Bescheide vom 12. August 1871, Nr. 568 abgewiesen worden. Dieser Bescheid wurde auch in der Appellationsinstanz durch Querelbescheid vom 17. September 1871, Nr. 6188 durchweg bestätigt. Aus den Motiven ist zu entnehmen:

„Nach gemeinrechtlicher Anschauung ist die Beweiskraft der Kirchenbücher an sich nur eine beschränkte. Gleichwie die Glaubwürdigkeit anderer öffentlicher Urkunden insbesondere auch davon abhängig ist, daß der Urkunde vom befugten Aussteller ihr Inhalt auf Grund eigener Sinneswahrnehmung gegeben worden, so beweisen eben auch Kirchenbücher mindestens unmittelbar nur die Thatsachen, welche in sie vom zuständigen Prediger auf Grund eigener Sinneswahrnehmung eingetragen sind, während sie von anderen etwa eingetragenen Thatsachen nur bezeugen, daß über dieselben das oder jenes dem Prediger referirt worden sei (cf. Uihlein im civil. Archiv Bd. XV, Seite 46 ff. Weiske, Rechtslexicon Bd. VI, Seite 100. Wegell, System, Seite 202 ff. Renaud, Lehrbuch des Civilprocesses S. 302. Seufferts Archiv Bd. VI, Nr. 281, Bd. IX, Nr. 98),

so daß also die Abstammung eines Kindes von den angegebenen Eltern und dessen eheliche Geburt vollwirkend durch das Kirchenbuch bewiesen werden kann, wenn der Prediger von der Identität der betheiligten Personen sich zu vergewissern Gelegenheit gehabt hat.

Einen von diesen gemeinrechtlichen Meinungen allerdings gewissermaßen abweichenden Gebrauch hat sich nicht nur die hiesige Gerichtspraxis gestattet, sondern auch das geschriebene Gesetz ausgesprochen, indem der Art. 146 des III. Theils des Prov.-Rechts ganz allgemein feststellt, daß der Nachweis der ehelichen Geburt am vollständigsten durch Zeugnisse aus den Kirchenbüchern (Taufscheine) geführt wird. Damit aber diesen Zeugnissen aus den Kirchenbüchern eine derartige Beweiskraft innewohne, hat stets nicht nur die Gerichtspraxis verlangt, sondern hebt auch ganz entschieden das oben erwähnte geschriebene Gesetz hervor, daß in den Kirchenbüchern, aus denen diese Zeugnisse entnommen werden, ausdrücklich angegeben sein muß, ob das getaufte Kind in gesetzlicher Ehe oder außer derselben geboren ist.

Die letzte Ausgabe des evang.-luth. Kirchengesetzes vom Jahre 1857 schreibt in §. 337 nicht nur ganz präcise, unabweisliche Formen für die Taufregister vor, sondern giebt in einer Beilage zu diesem §. auch genaue Formulare, nach denen die Eintragung der Getauften in die Kirchenbücher zu geschehen hat, und zwar finden sich in diesem Formular besondere Rubriken, in denen von jedem getauften Kinde verzeichnet werden muß, ob es aus einer ehelichen Verbindung oder aus einer außerehelichen geschlechtlichen Vermischung seiner Eltern her stammt. Die ältere (in diesem Falle maßgebende) Ausgabe des evang.-luth. Kirchengesetzes hat zwar die Eintragung in die Kirchenbücher nicht genau an die später vorgeschriebenen Formen gebunden, sie hat jedoch in §. 204 den Predigern aufgegeben, die verschiedenen kirchlichen Handlungen in der Art in die Kirchenbücher einzutragen, daß aus denselben ersichtlich sei, wo und durch welchen Prediger die einzelne geistliche Handlung verrichtet worden, und im nachfolgenden §. 205 speciell für die Verzeichnisse der Geborenen und Getauften als Regel festgestellt, daß in denselben angegeben werden muß (Punkt 4), ob das Kind in gesetzlicher Ehe oder außer derselben geboren worden sei.

Demnächst ist in §. 212 der älteren und §. 340 der jüngeren Ausgabe des evang.-luth. Kirchengesetzes völlig übereinstimmend

angeordnet worden, daß die von den Predigern über von ihnen oder von ihren Amtsvorgängern vollzogene Amtsverrichtungen auf Verlangen der Obrigkeit oder auf Ansuchen von Privatpersonen auszufertigenden Attestate einen von Wort zu Wort getreuen Auszug aus den Kirchenbüchern enthalten, vom Prediger *sub fide pastorali* unterschrieben und mit dem Kircheniegel bekräftigt sein müssen.

Diese durchweg klaren und detaillirten Vorschriften ermöglichen für Jedermann, insbesondere also auch für den Richter, eine von jedem Schwanken freie Beurtheilung, ob im gegebenen Einzelfall die Bedingungen für die Beweisfähigkeit eines beigebrachten Laufscheines vorhanden sind, und schließen an sich nothwendig die Prüfung eben dessen durch irgend welche *artis periti* aus. Denn ein Sachverständigenbeweis hat zu seiner unumgänglichen Voraussetzung einen Mangel solcher Kenntnisse von Seiten des Richters, zu deren Erwerb eigenthümliche, weder aus der allgemeinen Schulbildung, noch aus der Rechtswissenschaft, noch endlich aus dem gewöhnlichen, allseitigen Geschäftsverkehr sich ergebende Lebenserfahrungen, Beschäftigungen oder Studien erforderlich sind, und die dafür eintretende Nothwendigkeit des Ersatzes dieses Kenntnismangels durch die Erfahrung oder wissenschaftliche resp. technische Bildung anderer durch ihre Lebensstellung, ihren Beruf oder ihre Fachstudien solcher Erfahrung oder Bildung sich erfreuender Personen. Ueberall da hingegen wo es sich nicht um solche Erfahrungs- oder wissenschaftliche Sätze handelt, welche der unmittelbaren Reflexion entzogen sind oder dem Kreise der dem Richter eigenen Kenntnisse fern liegen, kann selbstverständlich ein Sachverständigenbeweis nicht Platz greifen. Was nun die Beweistauglichkeit oder die Tragweite solcher Urkunden anlangt, für deren Form und Inhalt das Gesetz selbst schon eine maßgebende Richtschnur festgestellt hat, so bedarf es der weiteren Erläuterung nicht, daß zu ihrer Beurtheilung der Richter, als der der Gesetze und des Rechts berufsmäßig kundige Mann, zugleich der ganz eigentliche und vorzügliche Sachverständige ist, so daß er in solcher Beziehung sein Urtheil dem Anderer unterstellen nicht einmal darf, denn es ist ja eben seines richterlichen Amtes zu entscheiden, ob eine Urkunde, auf welche ein proceßgemäß zur Geltung gebrachter Anspruch sich stützt, in Form und Inhalt diejenigen Eigenschaften an sich trägt, an welche

das Gesetz die Wirkung ihrer Glaubwürdigkeit und Beweiskraft knüpft. Sonach hat denn die von dem Querulanten beantragte Begutachtung des von ihm beigebrachten Tauffcheines durch eine zu erwählende Predigercommission nur zurückgewiesen werden können.

Es tritt noch hinzu, daß das Object, welches dem querulantiſchen Antrag zufolge der Beprüfung durch Sachverständige unterzogen werden soll, ſich dazu überhaupt nicht eignet. Denn abgesehen davon, daß der in actis befindliche Tauffchein in mehrfacher Hinſicht den durch das evang.-luth. Kirchengesetz feſtgeſtellten Anforderungen keineswegs entſpricht, wie denn in ihm insbeſondere nicht ausdrücklich der Vorſchrift gemäß angegeben worden iſt, ſondern eben nur durch eine Schlußfolgerung hergeleitet werden kann, daß das getauſte Kind ein in der Ehe geborenes geweſen, ſo iſt vor Allem auch aus dieſem Tauffchein nicht erſichtlich, ob er wie das Geſetz anordnet, ein von Wort zu Wort getreuer Auszug aus dem Kirchenbuche iſt. In der Geſtalt, in welcher der beigebrachte Tauffchein dem Auge ſich darſtellt, erſcheint er im Gegentheile nicht als ſolcher Auszug, ſondern vielmehr als ein bloßes referens und zwar ohne daß deſſen genaueſte wörtliche Uebereinstimmung mit dem relatum, nämlich dem Kirchenbuche, in Gewißheit geſetzt iſt. Sonach würde die Begutachtung des vorliegenden Tauffcheines durch eine Predigercommission, ſelbſt wenn ſie ſonſt rechtlich zuläſſig wäre, doch jedenfalls eine an ſich fruchtloſe Arbeit ſein.“

228. Beweisführung über Auslassungen in einem Protokoll.

„Da dem untergerichtlichen, für die darin bezeugten Thatſachen vollen Beweis liefernden Protokoll nicht eine falſche, wahrheitswidrige Darſtellung, ſondern eine Unvollständigkeit, eine Auslaſſung vorgeworfen wird und da in einem ſolchen Falle nach übereinstimmender Anſicht der neueren Rechtslehrer (vgl. z. B. Renaud, Civilproceß §. 118) die öffentliche Urkunde nur eine Rechtsvermuthung begründet, welche durch einen mit den gewöhnlichen Beweismitteln zu führenden Gegenbeweis entkräftet werden kann, ſo iſt . . . dem Supplicanten der von ihm erbetene Beweis hiedurch nachzugeben.“

(Reſolution vom 23. März 1879, Nr. 2232).

229. Ueber die Editionspflicht insbesondere bezüglich gemeinschaftlicher Urkunden.

I. „Der angefochtene Bescheid geht davon aus, daß die Edition einer Urkunde durch die Gegenpartei nur aus einem besonderen materiellen Rechtsgrunde gefordert werden könne, wenn die Urkunde nicht eine gemeinschaftliche sei. Beklagter behauptet dagegen, der Kläger sei schon als solcher und ohne jeden besonderen Rechtsgrund verpflichtet, dem Beklagten die zu dessen Vertheidigung dienenden Urkunden zu ediren. Diese Ansicht war zwar in der gemeinrechtlichen Praxis sehr verbreitet, beruht jedoch (vgl. Bangerow, Pandekten III, §. 708 und Gimmerthal, im civilist. Archiv 54, S. 96—101) auf einer fälschlichen Verallgemeinerung von einzelnen Aussprüchen der römischen Quellen und ist innerlich unhaltbar. Denn es ist nicht abzusehen, weshalb nur der Kläger mit einer solchen Verpflichtung belastet sein soll und nicht auch der Beklagte; dehnt man die Editionspflicht aber — wie die Praxis es meistens gethan hat — auch auf den excipirenden Beklagten aus, so heißt das im Grunde nichts anderes, als die Urkundenedition zu einer allgemeinen Pflicht, also zur Regel machen, während sie doch nur als Ausnahme gelten soll gegenüber dem Satze des c. 1 X. de prob. II, 19: *nemo contra se edere tenetur*. Die neuere Doctrin und namentlich die Gesetzgebung (vgl. die deutsche C.P.O. §. 387 u. 388. Entw. der balt. Justizcommission §. 478) hat daher die jetzt vom Beklagten vertretene Ansicht verworfen und erkennt die unbedingte Verpflichtung zur Edition nur in Betreff solcher Urkunden an, auf welche die betreffende Partei sich zur Begründung ihrer Ansprüche beruft, was auch mit dem Rig. Stadtrecht Lib. II Cap. XXIV §. 8 übereinstimmt.

Ist hiernach der Vorinstanz darin beizupflichten, daß der Antrag auf Edition einer Urkunde, auf welche die Gegenpartei sich nicht selbst zur Begründung ihrer Ansprüche bezieht, allemal entweder einen besonderen Rechtsgrund oder die Gemeinschaftlichkeit der Urkunde voraussetzt, so bedarf nunmehr die Frage der Erörterung, ob das streitige Buch des Klägers als eine „gemeinschaftliche“ Urkunde der Parteien anzusehen ist. Der erste Richter verneint dieselbe, weil nur Handelsbücher in Streitigkeiten aus Handelsverhältnissen gemeinschaftliche Urkunden seien, nicht aber private

Einnahme- und Ausgabebücher, die nicht zur Beurkundung von Rechtsgeschäften, sondern nur zur eigenen Orientirung geführt werden. Wenn mit dieser Ausdruckweise gemeint ist, daß private Einnahme- und Ausgabebücher überhaupt nicht zur Beurkundung von Rechtsgeschäften dienen, so wird damit der Begriff der gemeinschaftlichen Urkunden zu sehr eingeengt. „Gemeinschaftlich“ ist im allgemeinen (vgl. den Querelbescheid des Rathes vom 28. April 1871, Nr. 2922) jede Urkunde, welche im Interesse der Parteien errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse beurkundet, und diese Voraussetzung trifft keineswegs nur bei den Handelsbüchern, sondern in gleichem Maße auch bei anderen Büchern zu, die z. B. ein Handwerker oder Expeditor über die Annahme, Befoldung und Entlassung seines Dienstpersonals, ein Gutsherr über dieselben Verhältnisse seiner Knechte, endlich auch ein Hauswirth über die mit seinen Miethern geschlossenen Miethverträge und die auf Grund derselben geleisteten Zahlungen führt u. s. w. Entscheidend für die Gemeinschaftlichkeit ist der Umstand, daß das Buch zu dem Zwecke geführt wird, um die beiderseitigen Rechtsverhältnisse festzustellen: liegt dieser vor, so ist die EDITIONSPFlicht gegeben, liegt er nicht vor, so besteht keine „gemeinschaftliche“ Urkunde und damit auch keine Verbindlichkeit zur Vorlegung derselben. Hat der erste Richter also sagen wollen, daß private Einnahme- und Ausgabebücher dann nicht gemeinschaftliche Urkunden seien, wenn sie nur zur eigenen Orientirung geführt werden, so ist ihm abermals beizustimmen . . .

Maßgebend ist die Absicht des Buchführers, durch das Buch die beiderseitigen Rechtsverhältnisse zu beurkunden. Das Vorhandensein dieser Absicht ist nach der Darstellung des Klägers, welcher angiebt, daß er das Buch keineswegs nur über die Zahlungen seiner Miether führe, sondern es zur Eintragung aller seiner Ausgaben und Einnahmen, sowie zu anderen, seine persönlichen und Familienverhältnisse betreffenden Notizen benutze, zu verneinen . . . Darnach ist die Ansicht, daß das fragliche Buch nicht als eine „gemeinschaftliche“ Urkunde gelten kann und deshalb auch vom Kläger nicht vorgelegt zu werden braucht, zu billigen.“

(Querelbescheid vom 22. April 1881, Nr. 2688.)

II. „Die schon im römischen Recht begründete Regel, daß ein EDITIONSANSPRUCH in Ansehung gemeinschaftlicher Urkunden begründet ist, hat in der Praxis der hiesigen Stadtgerichte stets Anwendung in dem Umfange gefunden, daß als gemeinschaftliche Urkunden nicht nur die im Miteigenthum stehenden aufgefaßt werden, in Betreff deren die EDITIONSPFlicht des sie Besitzenden schon durch den speciellen Titel des Miteigenthums begründet ist; es werden unter gemeinschaftlichen Urkunden vielmehr auch alle diejenigen verstanden, welche über ein zwischen dem Imploranten und Imploraten gemeinschaftliches Rechtsverhältniß, oder auf Antrag und im Interesse des Imploranten zum Beweise eines ihm zustehenden Rechts errichtet worden sind.

Insbesondere werden daher die Handelsbücher eines Kaufmanns in Ansehung des letzteren und der mit ihm in geschäftlicher Beziehung stehenden Personen als gemeinschaftliche Urkunden der Edition unterworfen. Der EDITIONSPFlicht unterliegen nicht minder die öffentlichen Verkehrsanstalten gegenüber den sich ihrer bedienenden Personen in Ansehung aller sich auf das dadurch entstehende Rechtsverhältniß beziehenden Urkunden. Denjenigen Personen ferner, welche eine Streitsache bei einem Gerichte verfolgen, kann die Einsicht in die darüber aufgenommenen Verhandlungen und bzw. eine Abschrift von denselben nicht versagt werden, wie denn auch die öffentlichen Notare verpflichtet sind, denjenigen Personen, auf deren Antrag sie Urkunden aufgenommen haben, dieselben auf Verlangen zu ediren.

In allen diesen Fällen beruht die EDITIONSPFlicht auf der Gemeinschaftlichkeit der zu edirenden Urkunden, welche als vorhanden angesehen wird, sobald die letztere auch nur ein gemeinschaftliches Rechtsverhältniß zum Inhalt hat, oder im Interesse des Imploranten zum Beweise eines ihm zustehenden Rechts errichtet ist, und mithin übt weder die amtliche Stellung des die Urkunde besitzenden Theiles, noch der ihm sonst etwa eigenthümliche öffentliche Charakter auf den EDITIONSANSPRUCH des Imploranten einen Einfluß.“

Aus vorstehenden Gründen wurde in dem Querelbescheide vom 28. April 1871, Nr. 2922 die Direction einer Eisenbahngesellschaft zur Edition des von ihren Beamten in einer Angelegenheit des Klägers aufgenommenen Protokolles verpflichtet.

230. Der Verlust aller besonderen Standesrechte bewirkt keine Eidesunfähigkeit.

„Selbst wenn der Kläger mit dem Verluste der Standesrechte bei Abgabe in die Correctionsarrestantencompagnieen bestraft worden wäre, so könnte doch aus dem in dieser Beziehung maßgebenden Art. 43 des Strafgesetzbuches keineswegs auf eine gänzliche Unfähigkeit des Klägers zur Eidesleistung geschlossen werden. Die Zulassung des Klägers zum Notheide war hiernach in keinem Falle ungesetzlich, wenngleich es allerdings dem Gerichte freigestanden hätte, falls begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit des Klägers vorlagen, nicht ihm, sondern dem Gegner den Eid aufzuerlegen.“

(Resolution vom 22. März 1878, Nr. 2082.)

231. Ein gerichtlicher Eid kann von einem Minderjährigen auch nach erlangter Eidesmündigkeit nicht selbst, sondern muß von dessen Vormund im Namen des Minderjährigen abgeleistet werden.

Revisionsimpetrant hatte darauf angetragen, den Revisions-eid für sich und seine 19jährige Tochter leisten zu dürfen; die Revisionsimpetratin hatte hiergegen protestirt, weil die Tochter bereits confirmirt sei und daher den geforderten Revisions-eid selbst leisten müsse, war mit ihrem Protest jedoch abgewiesen worden.

Die Motive des Revisionsbescheides vom 8. Januar 1871, Nr. 115 besagen hierüber Folgendes:

„Die bezügliche Protestation ist unrechtfertig, denn es ist von der Revisionsimpetratin nicht bestritten, daß die S. Z. erst 19 Jahre alt und mithin (Art. 269 Th. III des Prov.-Rechts) noch minderjährig ist, und ebensowenig ist von der Revisionsimpetratin behauptet worden, daß die S. Z. aus der elterlichen, also der väterlichen Gewalt entlassen worden sei. Als unter der väterlichen Gewalt stehende Minderjährigen geht derselben aber nach Art. 354 und 2916 l. c. der rechtliche Wille und die Dispositionsbefugniß ab und ist sie daher in allen Rechtsgeschäften von ihrem Vater als dem natürlichen Vormund zu vertreten (Art. 273). Da nun die Ableistung eines Revisions-eides unzweifelhaft zu den gerichtlichen Rechtsgeschäften gehört und die Entschließung über die Ableistung

desselben einen rechtlichen Willen und eine Dispositionsbefugniß voraussetzt, so ergibt sich daraus, daß die Ableistung des Revisions- eides nicht der Minderjährigen, sondern ihrem Vormund aufzuerlegen ist, wie denn auch einem solchem ausdrücklich von dem Gesetze (Art. 398 l. c.) diese Berechtigung gegeben ist, im Namen des Pupillen zu schwören.“

232. Aussetzung des Eidetermins bis zum Eintritt der Volljährigkeit der schwurpflichtigen Partei.

Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 10. December 1876, Nr. 8030:

„Mittels Erkenntnisses des Waisengerichts vom 1. Juli 1875, Nr. 365 ist die Anerkennung des von der Klägerin geltend gemachten Anspruches von einem der Klägerin auferlegten Notheide abhängig gemacht, der Termin zur Ausschwörung dieses Eides aber bis zu einem Zeitpunkt hinausgeschoben worden, in welchem die Klägerin das Alter der Volljährigkeit erreicht haben würde (23. Januar 1878). Wegen dieser Aussetzung des Termins zur Eidesleistung erachtet Klägerin sich für gravirt, weshalb sie die Appellation ergriffen und zu deren Rechtfertigung Nachstehendes geltend gemacht hat:

Nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen und der constanten Praxis der Stadtgerichte werden auch Unmündige zum Eide zugelassen, sofern sie confirmirt oder ad sacra gewesen seien. Man vereidige also einen Unmündigen, wenn von ihm ein genügendes Verständniß von der Sache vorauszusetzen sei. In dieser Beziehung sei ein Notheid einem Zeugeneide gleichzustellen, denn beide Eide bezwecken die Feststellung eines ungewissen Factums. Lasse man einen Unmündigen zur Zeugnißablegung zu, so müsse ihm auch die Ausschwörung eines Notheides gestattet werden und in casu sei die Aussetzung des Eidetermins bis nach erlangter Volljährigkeit mit Rücksicht auf das Alter der Klägerin nicht gerechtfertigt.

Die Appellation ist jedoch für begründet nicht zu erachten.

Die Fähigkeit zur Ausschwörung eines richterlich auferlegten Eides kann bei einem Minderjährigen nicht nach denselben Grundsätzen, wie seine Zulassung zum Zeugeneide beurtheilt werden. Sobald bei einem Minderjährigen neben der zu richtiger Perception

der Dinge erforderlichen Geisteskraft diejenige Willenskraft vorausgesetzt werden kann, welche dazu gehört, um aller äußeren Einwirkungen ungeachtet die Wahrheit auszusagen, — also wohl in der Regel nach der Confirmation — stehen der Zulassung eines Minderjährigen zur Ablegung eines beeidigten Zeugnisses weiter keine Bedenken entgegen. Bei dem richterlich auferlegten Eide handelt es sich dagegen nicht nur um die intellectuelle und moralische Fähigkeit die Wahrheit auszusagen, sondern auch um die civilrechtliche Befähigung zur Vornahme gerichtlicher Acte in einer eigenen Rechtsache.

Wenn nun nach Art. 353 d. III. Th. des Pr.-R. Minderjährige keinen rechtlichen Willen haben, daher in allen gerichtlichen Rechtsgeschäften, insbesondere aber auch in ihren gerichtlichen Rechtsstreitigkeiten (Art. 359 eod.) ganz von dem Vormunde vertreten werden müssen, so muß einleuchten, daß dem Pupillen selbst ein Ergänzungseid nur derart auferlegt werden darf, daß er erst nach erlangter Großjährigkeit und Fähigkeit zu eigener Wahrnehmung seiner Rechte sich über die Ausschwörung zu entscheiden bzw. den Eid zu leisten hat.

Demnach hat, wie vom Unterrichter geschehen, der Zeitpunkt für die Ausschwörung des der Klägerin aufzuerlegen gewesenen Notheides bis zur erreichten Volljährigkeit derselben hinausgeschoben werden müssen“.

233. Wann ist die Eidesvertretung zulässig?

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 27. Februar 1876, Nr. 1355:

„Von der nach gemeinem Rechte in Ansehung aller gerichtlichen Eide, insbesondere auch der Beweiseide herrschenden Regel, daß der Schwurpflichtige sie in Person zu leisten habe, finden sich allerdings einige Ausnahmen. Zu diesen Ausnahmen — die übrigen kommen als hier nicht zutreffend vorliegenden Falls nicht in Betracht — zählt nach einem gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch und verschiedenen Particulargesetzgebungen denn auch unter bestimmten Voraussetzungen die Eidesunfähigkeit der schwurpflichtigen Partei. Allein die Stellvertretung für den Eidesunfähigen hat ihre engezogenen Grenzen und erstreckt sich nicht weiter, als daß für den Minderjährigen dessen Vormund, für den Geistes-

franken und den Abwesenden dessen Curator in der Weise eintreten darf, daß in ihre eigene Seele hinein die Vormünder und Curatoren denjenigen Eid zu leisten berechtigt sind, welcher ihren Pupillen und Curanden obliegt. Mit diesem Grundsatz harmonirt denn auch im Wesentlichen unser Provinzialrecht (Bd. III Art. 398). Ueber diese Schranken hinaus kann aber eine Stellvertretung bei der Eidesleistung durch eine in die Rolle des Schwurpflichtigen tretende andere Person nicht stattfinden, da es dafür, wie an jeder gesetzlichen, so auch an jeder selbst nur gerichtshebräuchlichen Grundlage gebricht. Auch eine, wenn immerhin mit dem Ehemanne in Gütergemeinschaft lebende, (Ehefrau*) kann daher bei mangelnder Genehmigung der Gegenpartei denjenigen Eid nicht leisten, zu dessen Ausschwörung die Person ihres Ehemannes als Proceßpartei verbunden ist. Ein solcher Eid der Ehefrau würde vielmehr wie der eines jeden Dritten überhaupt, so lange der Eid nicht ein bloßer Zeugeneid ist, vollständig wirkungslos sein.“

234. Ueber die Eidesleistung seitens einer Actiengesellschaft.

I. In den Motiven des Revisionsbescheides vom 28. März 1880, Nr. 2112 heißt es:

„Was die Frage anlangt, wer bei der Eidesleistung die Impetrantin zu vertreten habe, so ist aus den §§. 25 und 29 des am 25. Februar 1869 bestätigten Statuts der III. Kig. Creditgesellschaft zu entnehmen, daß der Geschäftsgang der Gesellschaft der aus fünf Gliedern bestehenden Direction anvertraut ist und daß Anforderungen und Beitreibungen der Gesellschaft namens der Direction ausgehen. Es unterliegt hiernach keinem Zweifel, daß die impetrantische Gesellschaft in Proceßsachen durch ihre Direction vertreten wird, und da im Zweifel angenommen werden muß, daß über Dispositionen, welche dem Competenzkreise der Direction zugewiesen sind, die Majorität derselben beschlußfähig ist, in der Leistung oder Verweigerung processualischer Eide aber vermögensrechtliche Dispositionsacte zu erblicken sind, so muß der Antrag, daß Impetrantin den Revisionseid durch eine die Majorität bildende

*) Es handelte sich um diesen Fall: der Ehemann erklärte, vom Thema des Notheides keine Kenntniß zu haben, und seine Ehefrau war erbötig, den Eid auszuschwören.

Anzahl Glieder ihrer Direction leiste, für rechtlich begründet erachte werden.

Da andererseits die Direction aus fünf Gliedern besteht, so ist dem Antrage, daß der Revisionseid durch die drei namhaft gemachten Directionsmitglieder, gegen deren Person gegnerischerseits nichts eingewandt worden ist, geleistet werde, zu deferiren.“

Uebereinstimmend wurde auch in dem Bescheide vom 13. Juni 1877, Nr. 4194 erkannt.

II. Ferner enthalten die Motive des Querelbescheides vom 10. September 1871, Nr. 6020 Folgendes:

„Das Verlangen des Hypothekenvereins, daß Kläger die Person, von welcher er den Gefährdeid abgeleistet wissen wolle, zu benennen gehabt habe, ist nach dem gemeinen, wie nach dem städtischen Proceßrechte ungerechtfertigt. Es ist vielmehr solchenfalls von der eidespflichtigen juristischen Person anzugeben, durch wen aus ihren Vorstehern sie den Eid ablegen wolle. Der Gegenpartei steht sodann nur das Recht zu, Einwendungen gegen die gewählten Personen zu machen. Geschieht diese Bezeichnung weder aus eigenem Antriebe der schwurpflichtigen Partei, noch auf Verlangen der Gegenpartei früher, als im anberaumten Eidetermin und erfolgen die etwaigen Einwendungen daher auch erst in diesem, so wird es Sache des leitenden Richters sein, diese Zwischenfrage vor Ableistung des Eides, resp. in demselben Termine oder unter Salvation dieses Eidetermins zu entscheiden und das weiter Erforderliche richterlich festzustellen. Das Verlangen des querulantisches Vereins, der Richter habe die Personen aus den Vorstehern des eidespflichtigen Vereins, welche den Eid auszuschwören haben, vor Feststellung des Eidetermins von sich aus namentlich zu bezeichnen, ist daher vollkommen ungerechtfertigt. Die Bezeichnung der zur Eidesleistung bestimmten Personen bildet vielmehr nach den Grundsätzen des Proceßrechts ein Recht der eidespflichtigen juristischen Person, das derselben umsomehr zuerkannt werden muß, als sie allein beurtheilen kann, wer von ihren Vorstehern das Wissen und den Willen hat, welche zu der Ableistung des Eides vorhanden sein müssen, und als auch nur sie von dem Nachtheil der Eidesverweigerung getroffen wird.“

235. Zur Eidesleistung namens einer kaufmännischen Firma ist außer dem Principal nur der Procurant, nicht aber ein anderer Handelsbevollmächtigter befugt.

In dem Querelbescheide vom 13. Januar 1878, Nr. 299, welcher den Bescheid des Wettgerichts vom 20. October 1877, Nr. 948 bestätigte, heißt es:

„Es ist unbestritten, daß seitens der beklagten Handlung das Geschäft nicht von dem Chef oder dem Procuranten, sondern von dem Oberexpeditor abgeschlossen worden ist, daß mithin diejenigen Personen, denen eine Vertretung der beklagten Handlung zusteht, aus eigener Wissenschaft keine Kenntniß von den Kaufbedingungen haben können.

Klägerin will dagegen behaupten, daß der Eid auch von solchen Personen ausgeschworen werden könne, welche, ohne daß ihnen die Procura erteilt worden, von einer Handlung doch einzelnen Branchen des Geschäfts vorgestellt werden und welche daraufhin die Firma verpflichtend contrahiren, sofern sie von dem betreffenden Rechtsgeschäft Kenntniß haben. Dieser Ansicht steht aber die processualische Regel entgegen, daß der Schiedsleid immer nur von der Proceßpartei selbst ausgeschworen werden darf. Proceßpartei ist aber lediglich die Handlung selbst und diese stellt sich allein dar in dem Chef der Handlung oder in dem Procuristen, indem letzterer durch die Procuravollmacht dieselbe vollständig vertritt, die vollste Dispositionsbesugniß hat und sogar oft der einzige Leiter der Handlung, selbst mit Ausschluß des Chefs ist. Ein zur Ausführung gewisser Branchen eines Handelsgeschäfts beauftragter Commis ist dagegen nicht ein vollständiger Vertreter und Geschäftsführer der Handlung und kann diese daher auch nicht in einem Prozesse vertreten und Proceßpartei werden, während der Procurist dazu verpflichtet ist und gezwungen werden kann.“

236. Eidesvertretung der Firma beim Wechsel des Firmeninhabers.

Es handelte sich um die Frage, ob in einer Proceßsache der Revisionseid, welcher der beklagten Handlung oblag, von dem während des Processes aus der Handlung ausgeschiedenen, aber an

dem Austrag der Sache rechtlich noch interessirten früheren Chef, oder dem jetzigen Chef, dem Sohne des Ersteren, zu leisten sei.

Der Revisionsbescheid des Rathes vom 29. November 1874, Nr. 7464 entschied für letzteres und zwar in der Erwägung „daß die gerichtliche, wie die außergerichtliche Vertretung einer Handelsfirma immer nur dem derzeitigen Inhaber des Geschäfts, resp. dem von ihm bestellten Bevollmächtigten gebühre, gesetzt auch, daß eine dritte, außerhalb der Firma stehende Person (etwa als Capital-einleger oder in der Eigenschaft eines Rechtsvorgängers des gegenwärtigen Handlungsherrn) an dem Ausgange des betreffenden Processes thatächlich ein stärkeres vermögensrechtliches Interesse besitzt, als dieser.“

237. Die Eidesleistung außerhalb des Sitzes des Proceßgerichts ist nur unter besonderen Umständen zulässig, deren Würdigung vom richterlichen Ermessen abhängt.

„Ein Gerichtsgebrauch, wonach der Eid von den Parteien regelmäßig an ihrem Wohnorte zu leisten ist, besteht hieselbst nicht und hat auch nicht entstehen können, weil die Rig. Stadtrechte im Anschluß an das gemeine Recht gerade als Regel den Satz hinstellen, daß Eide in der Sitzung des Proceßgerichts zu leisten sind, wie aus Lib. II Cap. XVIII §. 8 und Cap. XXXI §. 4 in den abgeänderten Artikeln unzweideutig erhellt. Als Ausnahme von dieser Regel wird es allerdings gestattet, daß Parteieneide auch außerhalb des Gerichts, bzw. an einem anderen, als dem Orte seines Sitzes geschworen werden; allein diese Ausnahme muß durch besondere Umstände gerechtfertigt sein, deren Würdigung dem richterlichen Ermessen anheimgegeben ist. (Renaud, Civilproceß, §. 128, Note 14. Strippelmann, Eideszuschiebung, S. 413 ff. Seuffert's Archiv XXVI, 83. XVIII, 279. Vgl. auch Art. 501 des Dorpater Entwurfs und Art. 441 der deutschen C.P.O.)

Daß Jemand sein Domicil an einem anderen Orte hat, begründet eine solche Ausnahme noch nicht, wohl aber erscheint die Eidesabnahme am Orte des Aufenthaltes des Eidespflichtigen auch dann gerechtfertigt, wenn dieser Ort von dem Sitze des Proceßgerichts soweit entfernt ist, daß eine Reise zu dem letzteren als eine unbillige Belästigung der Partei erscheint. Im vorliegenden Falle

hat Beklagter nicht einmal ausdrücklich behauptet, daß er sich zur Zeit in Plozsk, wo er angeblich sein Domicil hat, auch aufhalte, und wollte man dieses vermuthen, so erscheint eine Eisenbahnfahrt von Plozsk nach Riga doch jedenfalls nicht als eine solche Belästigung für den Beklagten, daß sie ein Abgehen von der Regel, wonach die Eidesleistung am Proceßorte erfolgen soll, zu rechtfertigen vermöchte.“

(Querelbescheid vom 7. September 1879, Nr. 6186).

238. Die Anwesenheit eines Gerichtsbeamten bei der Eidesleistung von Juden ist zu deren Giltigkeit nicht absolut erforderlich; der Mangel derselben bildet also keinen Nichtigkeitsgrund.

„Die Beschwerde hebt als einen wichtigen formellen Mangel des Eidesformulars hervor, daß auf demselben die Unterschrift des bei der Vereidigung zugegen gewesenen Beamten des Vogteigerichts fehle, während eine derartige Unterzeichnung des Eidesformulars durch Patent der livl. Gouv.-Regierung vom 17. October 1860, Nr. 135 vorgeschrieben sei.

Zunächst dürfte nicht anzunehmen sein, daß die mangelnde Unterschrift der betreffenden Amtsperson auf dem Eidesformular die stattgehabte Vereidigung nichtig macht, wofern nur sonst erwiesen wird, daß die durch das Gesetz dazu verpflichteten Personen der Eidesleistung beiwohnten. Die fehlende Unterschrift könnte also nicht ohne weiteres als Nichtigkeitsgrund aufgeführt werden. Supplicant fügt freilich die Vermuthung hinzu, daß überhaupt kein Beamter des Vogteigerichts der Vernehmung beigewohnt habe, und da das Vogteigericht nicht direct erklärt hat, diese Vermuthung sei thatsächlich unzutreffend, so muß es immerhin von Interesse sein, zu untersuchen, ob in der That die Nichtanwesenheit eines Beamten des Vogteigerichts bei der betreffenden Vereidigung eine Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge hätte haben müssen. Die Durchsicht der einschlagenden Stelle des vom Supplicanten angezogenen Patents ergiebt ein Doppeltes. Einmal ist die Anwesenheit des Polizeimeisters bei der Vereidigung als „durchaus“ nothwendig hingestellt, im Gegensatz zu der Assistenz eines Gerichtsgliedes, wo das erwähnte Beiwort fehlt. Es liegt nahe, zu vermuthen, daß damit

die Anwesenheit des betreffenden Gerichtsgliedes als nicht absolut erforderlich hat hingestellt werden sollen, so daß dieselbe nicht ohne weiteres für eine Nullität des Verfahrens entscheidet. Sodann ist aber gesagt, daß von Gerichtspersonen der Untersuchende und ein Glied der Behörde zugegen sein müssen. Da im Civilproceß ein „Untersuchender“ bekanntlich gar nicht vorhanden ist und da ferner nicht alternativ etwa im Criminalverfahren der Untersuchende „oder“ im Civilverfahren ein Glied der betreffenden Behörde zur Assistentz bei der Eidesleistung angehalten wird, so kann die stricte Interpretation jener Stelle des Patents nur zu der Schlußfolgerung führen, daß die Anwesenheit von Gerichtsgliedern bei der Vereidigung nur in Criminalproceß, wo sich gleichzeitig ein Gerichtsglied und ein Untersuchender finden können, ausdrücklich vorgeschrieben ist, während eine ausdrückliche Vorschrift in dieser Richtung für die Vereidigung im Civilproceß fehlt.

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob gegenüber der ganzen Wortfassung des Patents gerade eine so strenge Interpretation stets am Platze sein würde; allein so viel dürfte doch gewiß sein, daß eine der Anschauung des Supplicanten entgegengesetzte Auffassung der angezogenen Worte immerhin nicht ausgeschlossen ist. Es liegt also hier unbedingt kein klares, unzweifelhaftes Gesetz vor, dessen Außerachtlassung seitens des Richters eine Nullität des Verfahrens herbeizuführen geeignet wäre.“

(Aus den Motiven der Resolution vom 16. August 1878, Nr. 5448).

239. Die poena deserti tritt nur ein, wenn der Termin zur Eidesleistung gerichtlich festgesetzt und die poena deserti angedroht war.

I. Dem Kläger war am 16. September 1875 von der II. Sect. des Landvogteigerichts aufgegeben worden, „den von ihm acceptirten Eid in noch anzuberäumendem Termine praevia citatione seines Gegners sub poena deserti in der Allerheiligenkirche zu leisten, zu welchem Behufe dem betr. Geistlichen das Eidesformular zuzufertigen sei“. Die Parteien wurden hierauf durch einen ihnen vom Gerichtsministerial eröffneten Citationsbefehl verpflichtet, am 6. October 1875 in der Allerheiligenkirche zu erscheinen. Als Kläger zu

diesem Termin nicht erschienen war, wurden die Parteien abermals durch den Ministerial zum 10. October in die Kirche citirt, und da der zur Eidesleistung verpflichtete Kläger dieses Mal gleichfalls ausblieb, so wurde vom Untergericht durch Verfügung vom 14. October 1875 auf Antrag des Beklagten der dem Gegner obliegende Eid für desert erklärt. Dieses Verfügten wurde durch Resolution des Raths vom 5. März 1876, Nr. 1589 auf erhobene Beschwerde des Klägers als nichtig aufgehoben. Die oberrichterlichen Motive bemerken:

„Ein Contumacialverfügen — und ein solches ist die Decretirung der poena deserti — bedarf zu seiner Grundlage einer vorausgegangenen, den Parteien gehörig eröffneten gerichtlichen Verfügung, in welcher die der betreffenden Partei obliegende Handlung genau präcisirt und zugleich die Contumacialfolge bestimmt ausgesprochen wurde. Wenn in dem eingangs wiedergegebenen Verfügten der II. Section des Landvogteigerichts an die Nichtleistung des Eides in der griechischen Kirche in einem anzuberaumenden Termine die poena deserti geknüpft wird, so setzt die spätere Verhängung dieser Strafe voraus, daß jenes noch nicht genügend bestimmte Verfügten gehörig ergänzt war, d. h. es war der Eidestermin speciell vom Gericht anzuberaumen und hierüber den Parteien Eröffnung zu machen. Ueber den Termin der Eidesabnahme ist aber im vorliegenden Falle ein gerichtliches Verfügten nicht ergangen; der Termin, auf welchen Kläger zur Eidesleistung vorgeladen war, kann mithin auch nicht für einen vom Gericht anberaumten gelten. Aus der untergerichtlichen Erklärung, sowie aus den eingeforderten Acten des Untergerichts muß nämlich entnommen werden, daß der Gerichtsministerial mit dem Geistlichen der griechischen Kirche über den Tag der Eidesleistung Rücksprache genommen und zu diesem Tage — demnächst aber, als Supplicant ausblieb, zu einem zweiten, auf dieselbe Weise festgesetzten Termine, die Parteien vorgeladen hat. Die Anberaumung des Eidestermins ist hier offenbar nicht, wie doch erforderlich gewesen wäre, gerichtlich erfolgt und auch eine Fiction, als habe der Ministerial im Auftrage des Gerichts den Termin festgesetzt, wäre durchaus unzulässig, da dem Gerichte die Befugniß zu einer derartigen Uebertragung seiner Amtsgewalt nicht zusteht. Dagegen hätte, wenn der Termin vom Gerichte selbst normirt gewesen wäre, zur Eröffnung desselben an die

Parteien die Insinuation durch den Gerichtsministerial ausgereicht und zur Herbeiführung des entsprechenden Rechtseffects wäre eine nach vorgängiger Ladung im Gerichtslocal vorzunehmende Publication aus dem Grunde nicht geboten gewesen, weil sich das Erforderniß der Publication gerichtlicher Verfügungen nur auf Entscheidungen erstreckt, durch welche ein contradictorisches Verfahren zum Abschluß gelangt, während über Terminbestimmungen, welche nicht von den Parteien, sondern vom Richter ausgehen, ein contradictorisches Verfahren nicht Platz zu greifen hat.

Tag mithin im vorliegenden Falle auch nicht die Nothwendigkeit vor, den Parteien von der Terminanberaumung in der Gerichtssetzung Kenntniß zu geben, konnte vielmehr ein gerichtliches Decret, welches die Anberaumung des Termins qu. zum Gegenstande hatte, statt publicirt zu werden, auch insinuirt werden, so konnte doch die vom Gerichtsministerial vollzogene zweimalige Citation die Bedeutung der Insinuation eines den Eidestermin bestimmenden gerichtlichen Decrets nicht erlangen, weil ein solches gar nicht ergangen war, die Terminanberaumung vielmehr vom Ministerial stattgefunden hatte.

Die untergerichtliche Erklärung glaubt ein derartiges Verfahren u. a. auch durch praktische Rücksichten begründen zu können; allein abgesehen davon, daß die Proceßformen nicht jeder Zeit einer Wandlung zu Gunsten der augenblicklichen Zweckmäßigkeit unterworfen sind, so liegen die praktischen Schwierigkeiten bei Einhaltung des gehörigen formellen Verfahrens durchaus nicht vor. Es ist nicht abzusehen, weshalb eine Verzögerung des Verfahrens, oder sonst eine Inconvenienz entstehen sollte, wenn der Eidestermin — bei griechischen resp. hebräischen Eiden — nach Relation des Ministerials mit dem betr. Geistlichen gerichtlich festgesetzt und darnach das bezügliche Verfügungen durch den Ministerial den Parteien insinuirt wird.

Da nun das am 14. October ergangene, die poena deserti aussprechende Verfügungen des Untergerichts nur zum Theil eine vorhergegangene gerichtliche Festsetzung, zum Theil aber Anordnungen des Gerichtsministerials in einer ihm nicht competirenden Vertretung des Gerichts zur Grundlage hat, so entbehrt dieses Contumacialverfügungen der rechtlichen Voraussetzung seiner Gültigkeit."

II. Der Beklagte, welcher griechischer Confession war, hatte in dem angeetzten Termin den Eid in der Kirche nicht geleistet, worauf das Weltgericht auf klägerischen Antrag den Eid für verweigert erkannte. In Folge der dawider vom Beklagten erhobenen Appellation wurde diese Entscheidung durch Appellations-Erkenntniß vom 20. August 1880, Nr. 5432 aus folgenden Gründen aufgehoben:

„Eine gültige *declaratio contumaciae* setzt eine wirkliche *contumacia* voraus, also die verweigerte oder versäumte oder mangelhafte Erfüllung einer von dem competenten Gericht ausgegangenen und gehörig bekannt gemachten richterlichen Auflage (Renaud, *Civilproceß*, §. 166). Handelt es sich um die richterlicherseits decretirte Vornahme einer willkürlichen Parteihandlung, wie die Ausschwörung eines acceptirten Schiedsweides in einem bestimmten Termin, so ist die Ausschließung mit dieser Handlung die Folge der *contumacia* nur dann, wenn die Nöthigung zur rechtzeitigen Vornahme durch die Androhung des Rechtsnachtheils der Präclusion — der *poena deserti* beim Eide — geschehen war. Nur unter dieser Voraussetzung erscheint die *declaratio contumaciae* als schlüssig. Wenn nun im vorliegenden Falle nach Ausweis der Acten vom Untergericht weder ein bestimmter Eidestermin förmlich anberaumt, noch auch zugleich die *poena deserti* angedroht war, so erscheint die Entscheidung des ersten Richters, daß der beklagterseits acceptirte Schiedsweid für desert zu erkennen sei, nicht gerechtfertigt. Es ist daher unter Aufhebung des untergerichtlichen Erkenntnisses dem Untergericht aufzugeben, nach erfolgtem Actenremiß einen Termin zur Ausschwörung des vom Beklagten acceptirten Schiedsweides s. p. *deserti* anzuberaumen.“

III. In einem gleichen Falle wurde der Bescheid erster Instanz, welcher den vom Beklagten in der Synagoge zu leistenden Eid für verweigert erkannt hatte, auf Nichtigkeitsbeschwerde desselben als nichtig durch die Resolution vom 20. Juni 1875, Nr. 4301 aufgehoben, weil ein gerichtliches Verfüg, durch welches der Eidestermin s. p. *deserti* anberaumt wäre, in den Acten nicht existirte.

240. Krankheit des Eidespflichtigen muß im Eidestermine durch ein ärztliches Zeugniß bescheinigt oder von einer dieserhalb zu beantragenden Delegation des Gerichts constatirt werden.

Der Beklagte war in dem Termine zur Ableistung des von ihm acceptirten Schiedseides nicht erschienen, sondern ließ durch seinen Mandatar anzeigen, er sei krank geworden, worauf das Vogteigericht letzteren anwies, vor dem Schluß der Sitzung eine ärztliche Bescheinigung über die behauptete Krankheit beizubringen. Da dies nicht geschah, wurde der Eid auf Antrag des Klägers für desert erkannt.

Die dagegen von Beklagtem erhobene Beschwerde wurde in der Resolution vom 19. August 1877, Nr. 5668 aus folgenden Gründen verworfen:

„Die Motivirung der Beschwerde ist überhaupt nicht zutreffend, denn Supplicant hat unterlassen, im Eidestermine auf Entsendung einer Gerichtsdelegation anzutragen, welche entweder den Eid dem Supplicanten in dessen Wohnung hätte abnehmen können, oder aber constatirt hätte, daß Supplicant augenscheinlich durch körperliches Unwohlsein an der Eidesleistung verhindert sei. Zur Absendung einer Gerichtsdelegation in die Wohnung des Supplicanten von Amtswegen war das Vogteigericht aber gar nicht befugt.“

241. Wann ist der Eidestermine versäumt, wofür eine Stunde für denselben nicht angelegt ist?

„Was die Deduction betrifft, daß der Eidestermine erst mit dem thatächlichen Schlusse der Sitzung habe ablaufen können, so wird derselben vom Untergerichte mit Recht entgegengehalten, daß, wenn jeder Partei das Recht zustehen würde, die ihr obliegende Proceßhandlung bis zum Schlusse der Sitzung vorzunehmen, dieser Sitzungsschluß unter Umständen kaum herbeizuführen sein würde. Es bedarf namentlich für die Präclusivtermine einer bestimmten zeitlichen Grenze, mit deren Ablauf, wofür der Gegner es beantragt, die verpflichtete Partei nicht weiter zu der betreffenden Rechtsbehandlung zugelassen wird. Durch eine constante Praxis ist bei den städtischen Unterbehörden — wie die tägliche Erfahrung in Con-

tumacialfachen lehrt — als eine solche Grenze der Ablauf der ersten Nachmittagsstunde festgesetzt worden. Diejenige Partei, welche nach ein Uhr Nachmittags beim Abruf ihrer Sache im Gerichtslocal nicht anwesend ist, hat den Termin versäumt und kann auf Antrag der Gegenpartei präcludirt werden. Im vorliegenden Falle hat Supplicant sogar bis nach 2 Uhr Zeit gehabt, sich zur Eidesleistung zu stellen, und es steht ihm daher umsoweniger zu, das untergerichtliche Präclufionsverfügen anzugreifen, dessen Rechtfertigkeit auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII §. 7 gar nicht weiter bezweifelt werden kann.“

(Resolution vom 2. Mai 1879, Nr. 3199).

242. Versäumung des Eidestermíns. Einwand, daß sie in Folge Vergleiches mit der Gegenpartei erfolgt sei.

„Das wettgerichtliche Erkenntniß vom 9. September 1878 trifft deshalb kein Vorwurf der Unrichtigkeit, weil es die s. g. Vergleichsrede des Beklagten nicht berücksichtigt und die von ihm nicht geleisteten Eide für verweigert erkannt hat. Zwar kann der vom Kläger zur Rechtfertigung des erstrichterlichen Erkenntnisses angezogene Art. 3598 des Prov.-Rechts Th. III ebensowenig, wie der Art. 285 des I. Theils *ibid.* auf vorliegenden Fall Anwendung finden, da in jenen Gesetzesstellen vom Vergleich, insofern er Aufhebungsgrund des in Streit gezogenen Forderungsrechts ist, die Rede ist, der außergerichtliche Abschluß eines solchen Vergleiches aber beklagterseits gar nicht behauptet worden ist. Beklagter hat nämlich auf den Contumacialantrag des Klägers nur zur Anzeige gebracht, daß er die fraglichen Schiedsseite im anberaumten Termin deshalb nicht geleistet, weil Kläger Vergleichsverhandlungen in Aussicht gestellt und den Beklagten zur Nichtleistung des Eides aufgefordert habe. Eine Uebereinkunft der Parteien war hiernach außergerichtlich nur insofern zu Stande gekommen, als der Eidestermín einstweilen hinausgeschoben werden sollte. Eine solche Uebereinkunft ist aber ohne Mitwirkung des Gerichts, welches den Termin anberaumt und an dessen Nichtbeobachtung einen Rechtsnachtheil geknüpft hat, wirkungslos, es sei denn daß nachträglich die eine Partei auf die durch die Contumaz der anderen, eidespflichtigen Partei errungenen processualischen Vortheile, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend

— indem sie den Contumacialantrag zu stellen unterläßt — Verzicht leistet. Der §. 7 der Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII verordnet nämlich, daß die eidespflichtige Partei, wenn sie im angeetzten Termin sich nicht angiebt, noch die Gegenpartei zur Anhörung des Eides vorzuladen bittet, sondern den Termin verfließen läßt, sich mit dem Eide versäumt habe und hernach zu demselben nicht mehr zuzulassen sei. Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß die eidespflichtige Partei, wenn sie sich nicht des Ungehorsams gegenüber der gerichtlichen Auflage schuldig machen will, im Eidetermin jedenfalls bei dem Gericht oder dem mit der Eidesabnahme beauftragten Repräsentanten desselben anzugeben und nach Befinden eine Erstreckung oder Salvation des Termins vom Gericht zu erbitten hat. Wenn sie dagegen solches unterläßt und auch nachträglich keine Ehehaften, d. h. ihr Erscheinen unmöglich machende, von ihr unabhängige Hindernisse, vorzubringen vermag, so ist der Richter, welcher nach Art. 288 des I. Theils des Prov.-Rechts an die Beobachtung der vorgeschriebenen Regeln und Formen des Verfahrens gebunden ist, auf den Contumacialantrag der Gegenpartei verpflichtet, den für die Unterlassung der betreffenden Parteihandlung angebrohten Rechtsnachtheil auszusprechen. Es kann daher nur gerechtfertigt erscheinen, wenn der Unterrichter die s. g. Vergleichsanzeige des Beklagten unberücksichtigt gelassen und die in Frage kommenden Schiedsleute für verweigert erachtet hat.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 7. Februar 1879, Nr. 946).

243. a) Ist ein Eid in Abwesenheit und ohne Vorladung der Gegenpartei geschworen, so ist derselbe auf Verlangen dieser noch einmal zu schwören.
 b) Dagegen zieht die Versäumung dieser Vorladung nicht die Desertion des Eides nach sich.

Beklagter hatte in dem dazu anberaumten Termin den Delateid in der Synagoge geschworen, aber ohne die Gegenpartei dazu vorzuladen. Das Verlangen der letzteren, den Eid für desert zu erkennen, wurde von dem Vogteigericht abgewiesen, und auf klägerische Beschwerde wurde durch Querelbescheid vom 8. December 1878, Nr. 8352 diese Entscheidung zwar gebilligt, aber gleich-

zeitig angeordnet, daß Beklagter den Eid nach Vorladung der Klägerin abermals zu schwören habe. Gründe:

„Maßgebend für die Beurtheilung der Beschwerde ist die Auslegung des §. 7 der Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII. Während der erste Richter diese Vorschrift dahin auffaßt, daß nur derjenige, welcher den Termin verfließen läßt, nicht aber auch derjenige, welcher die Vorladung des Gegners unterlassen hat, sich mit dem Eide „versäumt“ habe, vertheidigt der klägerische Officialanwalt dagegen die Ansicht, daß nach dem unzweideutigen Wortlaute der angezogenen Stelle, wie nach constanter hiesiger Praxis auch in der unterlassenen Vorladung des Deserenten ein Versäumen der gehörigen Eidesleistung liege.

„Unzweideutig“ ist nun der angezogene §. der Stadtrechte jedenfalls nicht, sondern seine Fassung giebt im Gegentheil einer mehrfachen Deutung Raum. Dagegen ist es richtig, daß das Vogteigericht selbst in einem Erkenntniß vom 5. Juni 1873 die jetzt klägerischerseits verfolgte Auslegung angenommen und der Rath dieselbe in dem Appellations-Erkenntniß vom 24. August 1873, Nr. 6490 gebilligt hat. Nichtsdestoweniger nöthigt eine nochmalige genaue Ermägung der einschlägigen Rechtsfrage dazu, von der damaligen Auslegung abzugehen. Gegen dieselbe spricht nämlich, daß der in Rede stehende §. den Nachdruck offenbar auf die Worte: „sondern läßt den Termin verfließen“ legt und man, ohne den Worten Zwang anzuthun, nicht sagen kann, der Delat, welcher im Termin erscheint und den Eid zu leisten sich erbieht oder ihn gar wirklich leistet, habe „den Termin verfließen“ lassen. Insbesondere ist es nicht wohl möglich, gegen jemand, der durch die thatsächlich — wenn auch immerhin nicht in der vorgeschriebenen Form — vollzogene Eidesleistung seinen Willen, den Eid auszuschwören, mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit erklärt hat, die Fiction auszusprechen, er habe den Eid verweigert. Andererseits müßte der Satz: „noch Klägern zur Anhörung der Eidesleistung vorzuladen bittet“, wenn ihm der Sinn innewohnen sollte, daß die Verabsäumung der Vorladung die Desertion des Eides nach sich ziehe, entweder vor den Satz: „in angefertigtem Termin nicht angiebt“ gestellt sein, oder doch lauten: „noch Klägern vorzuladen gebeten hat.“ In der gegenwärtigen Stellung und Fassung ist er aber der (offenbar einen besseren Sinn gebenden) Auslegung

fähig, daß der Delat, welcher im Termin erscheint, aber den Deferenten zu laden unterlassen hat, jetzt um nochmalige Vorladung des nicht erschienenen Deferenten auf einen anderen Termin bitten darf. Wäre der Deferent dagegen, wengleich ohne Vorladung, von selbst erschienen, so würde der Eidesleistung in seiner Gegenwart trotz der verabsäumten Vorladung rechtlich nichts entgegenstehen, weil der Zweck der Vorladung auch ohne diese erreicht ist.

Kann man hiernach der Entscheidung des ersten Richters, soweit sie davon ausgeht, daß Beklagter sich mit dem Eide nicht versäumt habe, nur vollständig beitreten, so muß man doch der von ihm zwar nicht in der Entscheidung, wohl aber in deren Motiven ausgedrückten Ansicht, daß der Eid auch ungeachtet der unterbliebenen Vorladung der Vormünder der Klägerin für rechtswirksam geleistet anzusehen sei, entgegentreten. . . Die §§. 6 und 7 des angezogenen Capitels der Stadtrechte schreiben die Vorladung der Gegenpartei zu der Eidesleistung ausdrücklich vor und sie wird in der Praxis sämmtlicher städtischer Gerichte bis auf den heutigen Tag constant eingehalten, wo es sich um Eidesleistungen vor Gericht handelt. Findet die Vorladung der Gegenpartei aber statt, wenn der Eid in der Gerichtssitzung geschworen werden soll, so liegt keine Veranlassung vor, sie für entbehrlich zu halten, wenn der Eid in der Kirche bzw. Synagoge zu schwören ist. Denn die vorgängige Anberaumung des Eidestermins durch richterliches Decret, welches den Parteien eröffnet wird, findet dort ebenso statt, wie hier, und gilt sie dort nicht als ausreichend, so kann sie es hier umsoweniger sein, weil die Eidesleistung in der Synagoge oder Kirche regelmäßig nicht einmal in Gegenwart einer Gerichtsdelegation, sondern eines Kanzelleibeamten oder gar nur eines Ministerials vor sich geht, die Gegenpartei also noch mehr daran interessirt ist, sich durch ihre Gegenwart davon zu überzeugen, daß die vorgeschriebenen Förmlichkeiten bei der Eidesleistung eingehalten werden. Die Vorladung der Gegenpartei ist demnach in dem stadtrechtlichen Proceß als ein nothwendiges Erforderniß der Eidesleistung, gleichviel ob diese vor Gericht oder außerhalb desselben erfolgt, in dem Sinne zu betrachten, daß die nicht geladene Partei die in ihrer Abwesenheit geschene Eidesleistung als für sich rechtsverbindlich nicht gelten zu lassen braucht, und von dieser Prämisse aus ergiebt sich dann von selbst die Schlußfolgerung, daß der Eid, wenn die nicht

geladene Gegenpartei es verlangt, noch einmal geleistet werden muß, wie das auch im gemeinen Proceßrecht mehrfach für nothwendig erklärt worden ist (vgl. Strippelmann, Eideszuschiebung, S. 443. Langenbeck, Beweisführung, S. 795. Seuffert's Archiv IV, 267. XIV, 263)."

244. Ein Eid, welcher im anberaumten Termin zwar geleistet ist, aber nicht in der gesetzlichen Form, darf nicht als desert angesehen werden.

In dem sub Nr. 4 mitgetheilten Falle hatte das Wettgericht, davon ausgehend, daß die von S. vor dem öffentlichen Notar in England abgegebene Declaration keine Eidesleistung sei, den Eid für desert erkannt. Auf seine Appellation wurde durch Appellations-Erkenntniß vom 23. Mai 1880, Nr. 3619 ein neuer Termin zur Ableistung des Eides vor dem Wettgericht anberaumt.

„Der erste Richter geht zu weit“ — heißt es in den Gründen — „wenn er im vorliegenden Falle um deswillen, weil S. den deserirten Eid nicht in der üblichen Form und unter gerichtlicher Autorität innerhalb der angeetzten Präklusivfrist ausgeschworen hat, die Desertion des Eides ausspricht. Nach den Stadtrechten Lib. II Cap. XVIII §. 7 soll der deserirte Eid für desert erachtet werden, wenn der Beklagte (Delat) im angeetzten Termin sich nicht angiebt, noch Klägern (den Defequenten) zur Anhörung des Eides vorzuladen bittet, sondern den Termin verfließen läßt. Der Rath hat sich schon im Querelbescheide vom 8. December 1878, Nr. 8352 dahin ausgesprochen, daß der in Rede stehende §. den Nachdruck offenbar auf die Worte: „sondern läßt den Termin verfließen“ lege und daß man, ohne den Worten Zwang anzuthun, nicht sagen könne, der Delat, welcher im Termin erscheint und den Eid zu leisten sich erbietet oder ihn gar wirklich leistet, habe „den Termin verfließen lassen.“ Insbesondere sei es nicht wohl möglich, gegen Jemand, der durch die thatsächlich — wenn auch immerhin nicht in der vorgeschriebenen Form — vollzogene Eidesleistung seinen Willen, den Eid auszuschwören, mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit erklärt hat, die Fiction auszusprechen, er habe den Eid verweigert. Diese Gründe machen sich wesentlich auch im vorliegenden Falle geltend.“

245. Eidesdelation an eine Handelsfirma. Recht derselben, den Eid durch einen Theilhaber oder Procuranten schwören zu lassen.

„Wenn Kläger, nachdem beklagte Handlung sich bereit erklärt hat, den Eid durch einen oder durch beide Theilhaber auszuschwören, noch eine Erklärung darüber fordert, ob und welcher Theilhaber das streitige Geschäft mit dem Kläger geschlossen habe, so fehlt dafür die rechtliche Grundlage. Die hiesige Praxis hat die kaufmännische Firma hinsichtlich der Proceßführung und der Eidesdelation insbesondere, als juristische Person behandelt und in Anwendung der für letztere geltenden Grundsätze (Renaud, Civilproceß, §. 131 gegen Ende) angenommen, daß die Firma, welcher der Eid angetragen ist, denselben durch einen von ihr zu bezeichnenden Theilhaber oder Procuranten abzuleisten befugt sei (Civilrechtliche Entscheidungen I, Nr. 167).*) Dabei ist nach Lib. II Cap. XVIII §. 10 der Reg. Stadtrechte allerdings vorausgesetzt, daß der Schwörende von der zu beschwörenden Thatsache auch aus eigener Wahrnehmung Wissenschaft hat, daraus folgt aber nicht, daß die Beklagte diejenige Person zu nennen verpflichtet ist, welche das fragliche Geschäft geschlossen hat, vielmehr ist es eben ihr Recht, die Person des Schwörenden zu wählen, und dem Deferenten ist es nur gestattet, wider die gewählte Person etwaige rechtliche Einwendungen vorzubringen. Darnach ist es schon nicht richtig, wenn Kläger den Eid demjenigen Chef oder Vertreter der beklagten Firma, der das Geschäft mit ihm geschlossen hat, und nicht schlechthin der Beklagten angetragen hat, und es ist vollends nicht gerechtfertigt, wenn Kläger seine processualische Pflicht, die Einwendungen gegen die gewählte Person zu begründen, von sich abzuwälzen sucht, indem er Beklagte zur ihrerseitigen Angabe dessen zwingen will, welche Person das streitige Geschäft geschlossen habe. Außerdem kann Kläger in keinem Falle fordern, daß der Eid statt von einem Theilhaber oder von beiden Theilhabern, von einem Procuranten geschworen werde, sondern hierzu ist die beklagte Firma nur berechtigt, aber nicht verpflichtet; wogegen Kläger einen Procuranten nur als Zeugen be-

*) Dieser Satz ist auch anerkannt in dem Bescheide des Rathes vom 13. Februar 1881, Nr. 1196.

nennen kann, wenn er seine Aussage als Beweismittel zu benutzen beabsichtigt.“

(Querelbescheid vom 6. Februar 1880, Nr. 967.)

246. Im Concurse ist eine Eidesdelation an den Eridar nur mit Zustimmung des Curators gestattet.

Der vom Concurscurator belangte Beklagte hatte dem Eridar B. den Eid zugeschoben. Durch Bescheid der II. Section des L.B.G. vom 17. Juli 1880, Nr. 218 war der klagende Concurscurator angewiesen worden, nach Befragung des Eridars sich darüber zu erklären, ob bzw. in welcher Fassung der Eid angenommen bzw. zurückgeschoben werden solle. Dagegen wurde in Folge der von ihm erhobenen Querel die Eidesdelation durch den Querelbescheid vom 17. October 1880, Nr. 6791 aus folgenden Gründen verworfen:

„Was die Frage anbelangt, ob dem Eridar im Liquidationsverfahren von den betreffenden Liquidanten der Schiedseid deferirt werden könne, so erkennt der erste Richter an, daß zur Heranziehung des Eridars zur Leistung solchen Eides die Genehmigung des Concurscurators ertheilt sein müsse. Hierin muß dem ersten Richter vollkommen beigepflichtet werden. Denn obgleich der Eridar nicht aufhört Eigenthümer der Concursmasse zu sein, so ist ihm doch die Disposition über die Masse gänzlich entzogen; eben daher ist er unfähig zur Proceßführung und nicht er, sondern der zur Disposition über die Masse berufene Curator tritt den einzelnen Liquidanten als Proceßpartei gegenüber. Die Delation des Schiedseides an den Eridar kann mithin im Liquidationsverfahren nur unter derselben Voraussetzung stattfinden, unter welcher auch sonst eine Eideszuschreibung an einen Dritten, der nicht unmittelbar Proceßpartei ist, zulässig erscheint, d. h. unter der Voraussetzung, daß beide Proceßparteien mit einer solchen Eidesdelation einverstanden sind. Da indessen der die klägerische Concursmasse vertretende Curator im vorliegenden Falle ausdrücklich seine Zustimmung zur Delation eines Schiedseides an den zur Disposition und zur Proceßführung nicht fähigen Eridar versagt hat, so kann auf den Eidesantrag des Beklagten auch weiter nicht eingegangen werden.

Dagegen hat der erste Richter ungeachtet dessen, daß die Zulässigkeit eines an den Eridar zu deferirenden Schiedseides von

der in casu nicht erteilten Zustimmung des Curators abhängen soll, den letzteren für verpflichtet erklärt, den Gemeinschuldner über den Eid zu befragen und sodann eine Erklärung auf den Eidessantrag abzustatten. Diese der klagenden Partei gemachte Auflage ist nicht gerechtfertigt. Denn folgt die Unzulässigkeit der Eidesselation schon aus der Verweigerung der Zustimmung des klägerischen Theiles, so muß die Eidesselation zurückgewiesen werden.“

247. Ueber die Unzulässigkeit der Delation eines Schiedseides an eine dritte, im Proceß nicht betheiligte Person, namentlich an den Cedenten im Proceße des Cessionars mit dem debitor cessus

enthalten die Motive des Querelbescheides vom 17. November 1872, Nr. 8200 nachstehende Erörterung:

„Es ist die Frage, ob einer dritten, nicht zu den Proceßparteien gehörigen Person, namentlich dem Cedenten in einem Proceße zwischen dem Cessionar und dem debitor cessus, der Schiedseid angetragen werden dürfe, in der Doctrin des gemeinen Proceßrechts allerdings eine bestrittene; es muß aber bei der Beurtheilung und Beantwortung dieser Frage darin von der Meinung des Untergerichts abgewichen werden, daß das größere Gewicht der Argumente sich für die Bejahung dieser Frage herausstelle, daß die Bejahung nach der Tendenz und nach dem Wortlaute des localen Proceßrechts für zulässig erachtet werden müsse und daß sie endlich mit der bisher im Gebiete unseres localen Proceßrechts geltenden Praxis in Uebereinstimmung gebracht werden könne, auch von der Praxis des gemeinen Rechts anerkannt sei.

Das Institut der Eidesszuschreibung hat sich nach Ausweis der Rechtsquellen aus dem Gesichtspunkte des Vergleiches herausgebildet. Die l. 2 D. 12, 2 sagt ausdrücklich: *jusjurandum speciem transactionis continet* und ebenso bezeichnet l. 1 *ibid.* den angetragenen Eid als *ex pactione ipsorum litigatorum* hervorgehend.

Die Partei, welche zu dem Mittel der Eidesselation greift, erklärt damit, daß sie den Ausgang des Streites von einem Eide und zwar ihres Gegners abhängig machen wolle; sie setzt dabei voraus, daß der Gegner in Folge der ihm zugetrauten Gewissen-

haftigkeit auf die Ausschwörung verzichten, oder dieselbe dem Gewissen des anderen anheimgeben werde.

Der Grund des Schiedseids liegt somit in dem Willen des Deferenten, die streitige Thatsache im Fall einer eidlichen Erhärtung seitens des Gegners als wahr gelten und damit den Streit entschieden sein zu lassen, und ebenso gründet er sich auf den Willen des Delaten, im Fall dieser den Eid zurückzieht, die Entscheidung des Streites seinem Gegner in die Hand zu legen. Die Eidesdelation ist demnach ein Vorschlag, welcher von einer Partei der anderen zur Erledigung des Streites gemacht wird, und es liegt diesem Institute ein unter den Parteien zu treffendes Uebereinkommen zu Grunde, nach welchem der eine oder andere der Gegner die Entscheidung herbeiführt und, wie schon das Römische Recht sagt, von seinem Gegner zum Richter in der eigenen Sache gemacht wird (l. 1. pr. Dig. 44, 5).

Eine solche Entscheidung über das Streitobject, wie sie aus der Annahme und resp. Verweigerung des angetragenen Eides hervorgeht, kann nun offenbar nur denen zustehen, welche das Dispositionsrecht über dasselbe haben. Es würde gegen alle rechtlichen Grundsätze verstoßen, wenn man von dem Willen eines Dritten, dem keine Befugniß über das Streitobject zusteht und der nicht berechtigt ist, über dasselbe einen Vergleich einzugehen, den Ausgang des Streites abhängig machen und das Schicksal der Parteien von seiner Erklärung über den Eid, seine Ableistung oder Verweigerung entschieden sein lassen wollte.

Um die Vertragsnatur des Schiedseides und die daraus zu ziehenden Folgerungen zu widerlegen, ist von dem Untergerichte darauf hingewiesen worden, daß der Vertrag ein Consensualvertrag sei, der aus der freien Uebereinstimmung beider Theile hervorgehe, bei der Eidesdelation aber der Delat solcher Freiheit entbehre, indem er die Eideszuschreibung sich wider seinen Willen gefallen lassen müsse und auf dieselbe einzugehen verpflichtet werde, woher denn die Eidesdelation kein Vergleichsmittel, sondern ein Beweismittel sei. Dieser Einwand ist aber insofern nicht zutreffend, als er die historische Entwicklung und die Natur dieser processualischen Institution übersieht. Anfangs war der Eidesantrag, d. h. der Vorschlag, den Streit durch den Schwur der einen Partei entschieden sein zu lassen, ausschließlich Sache des freien Uebereinkommens;

als aber die Nothwendigkeit eintrat, ein weiteres *remedium expedien-*
darum litium zu haben, so stellte der Prätor — wohl in dem Ge-
 fühl, weil es, wie es in l. 38. D. 12, 2 heißt, *manifestae turpitu-*
dinis et confessionis est, nolle nec jurare nec jusjurandum referre —
 den Satz auf (l. 34 §. 6 Dig. 12, 2): *eum, a quo jusjurandum*
petetur, solvere aut jurare cogam, d. h. „denjenigen, von welchem
 der Eid gefordert wird, werde ich zwingen, zu zahlen oder zu
 schwören.“ Damit begann denn in der Entwicklung des Proceß-
 rechts das processualische Institut des Schiedseides. Es war wohl
 ein Zwangselement hineingetragen, nicht aber die Vergleichsnatur
 völlig aufgehoben, indem den Parteien noch eine freie Alternative
 gelassen war, einerseits die Sache auf den Eid zu stellen oder nicht,
 andererseits zu schwören oder schwören zu lassen.

Indem der Eid als Mittel zur Streitentscheidung im Proceß
 zugelassen wurde, blieb es jedoch ausgeschlossen, daß die Partei sich
 selbst zum Eide erbiethen und selbst durch einen Eidschwur die
 Wahrheit ihrer Behauptungen feststellen konnte; denn damit wäre
 der Rechtschaffene gegenüber dem Gewissenlosen schutzlos geworden.
 Wohl aber konnte dem Gegner der Vorschlag gemacht werden, die
 Streitsache durch einen von ihm abzuleistenden Eid entscheiden zu
 lassen, wobei ihm zugleich zur Vermeidung jeder Beschwerung
 seines Gewissens freigestellt blieb, den Eid seinem Gegner anheim-
 zugeben. Wenn in dieser Weise die Entscheidung herbeigeführt und
 die Partei selbst zum Richter in der eigenen Sache gemacht werden
 sollte, so war es erforderlich und vorausgesetzt, daß der Eid eben
 nur von dem Gegner beansprucht wurde. Die Grundlage des In-
 stituts ist aber immer die Idee des Vergleichs geblieben und auch
 die weiteren Bestimmungen dieses Instituts haben sich aus dieser
 Idee entwickelt. Die Meinung, daß dasselbe lediglich Beweismittel
 und nicht Vergleichsmittel sei, ist daher nicht begründet und mit
 Recht sagt Linde (Proceß S. 302), daß bei der Ausbildung dieses
 Instituts die ursprüngliche Betrachtung desselben als eines Ver-
 gleichsmittels ebenso folgenreich gewesen ist, als die spätere Ansicht
 von demselben als einem gerichtlichen Beweismittel.

Aus der dem Schiedseide innewohnenden Vertragsnatur er-
 giebt sich, daß die Eidesdelation nur unter den Parteien selbst
 stattfinden kann, weil diesen allein die Befugniß zusteht, über den
 Streitgegenstand zu disponiren, und in der Verweigerung, An-

nahme und Zurückschiebung des Eides wesentlich ein Act der Disposition liegt, indem das bis dahin beanspruchte Recht, wenn der Gegner auf den Vorschlag eingeht, aufgegeben wird. Wie nun ein Dritter rechtlich nicht befugt ist, über den Streitgegenstand zu disponiren und Vergleiche über denselben abzuschließen, so muß es auch als allen civilrechtlichen Grundsätzen widersprechend angesehen werden, ihm die Rechte solcher Disposition durch Gestattung eines Eidesantrags an ihn zuzugestehen und von seinem Willen den Ausgang des Streites abhängig sein zu lassen.

Ueberhaupt ist es mißlich und den rechtlichen Grundsätzen widerstrebend, den Ausgang eines Rechtsstreits und die rechtlichen Folgen desselben ganz allein dem guten Willen und der Gewissenhaftigkeit eines Dritten anheimzugeben. Es lassen sich viele Fälle denken, wo damit entweder dem Leichtsinn oder der Befangenheit oder geradezu der übelwollenden Gesinnung die Entscheidung über Hab und Gut anheimgegeben werden würde. Es wird als Argument dagegen auf das Institut der Zeugen hingewiesen, da auch bei diesem durch eine eidliche Aussage dritter, hinsichtlich der betreffenden Sache nicht dispositionsfähiger Personen eine Entscheidung über das Streitobject herbeigeführt wird. Allein hier hat die Gesetzgebung in weiser Vorsicht zur möglichsten Sicherung gegen jede Rechtsverletzung eine übereinstimmende Aussage mehrerer, wenigstens zweier Personen verlangt und dabei zugleich gefordert, daß die Wahrnehmungsfähigkeit, die Interesselostigkeit und Unparteilichkeit dieser Personen festgestellt werde. Bei dem einem Dritten angetragenen Schiedsseide ist es aber nur eine einzige Person, deren eidlicher Aussage schon die schwere Folge zugesprochen werden soll, ohne daß gegen sie zugleich diejenigen Einreden zugelassen werden, wie sie gegen Zeugen erhoben werden können und ohne daß überhaupt ihre Glaubwürdigkeit und Unparteilichkeit zur Prüfung kommt.

Es ist zwar von den Vertretern der Zulässigkeit der Eidesdelation an Dritte anerkannt, daß als Hauptregel allerdings feststehe, daß der Eid dem Proceßgegner selbst angetragen werden müsse, sie meinen aber, daß in gewissen Fällen eine Ausnahme geboten oder wenigstens zulässig sei, und suchen dies theils durch Rechtsdeductionen, theils durch Zweckmäßigkeitsgründe darzuthun. Namentlich wird als ein solcher Ausnahmefall das Verhältniß zwischen dem Cedenten und dem Cessionar bezeichnet. Man beruft

sich dabei auf die Rechtsparömie: *cedens et cessionarius pro una persona habentur*, nach welcher zwischen beiden eine rechtliche Personeneinheit bestehen sollte. Allein es fehlt diesem Satze an der inneren rechtlichen Begründung und Wahrheit, wie er denn auch nirgendwo von der Gesetzgebung sich ausgesprochen findet. Eine juristische Personeneinheit kann nur durch eine Universalsuccession hergestellt werden; der Cessionar ist aber nur Singularsuccessor. Nach geschetzener Cession hört das Recht des Cedenten auf, er kann über den Gegenstand weder sich vergleichen, noch sonstwie rechtsgültig verfügen, noch von dem über die Cession in Kenntniß gesetzten Debitor Zahlung empfangen; alle seine desfalligen Handlungen sind für den Cessionar unwirksam. Der Cessionar ist vielmehr nach der Cession der einzig Berechtigte und Dispositionsbefugte, er allein ist zur Vertretung seiner erlangten Rechte berechtigt und dies gegen Alle und Jeden und namentlich auch gegen den Cedenten selbst. Wenn sonach Cessionar und Cedent selbst Gegner und Proceßparteien werden können, so ist es klar, daß zwischen ihnen eine Personeneinheit ausgeschlossen sein muß. Die singulären Gesetzbestimmungen, welche aus der Berücksichtigung der Natur der Verhältnisse hervorgegangen und zum Schutz des Schuldners gegeben sind (wie z. B. Art. 3480 Prov.-R. Th. III, daß der debitor cessus dem Cessionar Einreden aus der Person des Cedenten entgegensetzen kann) und welche wohl ausschließlich zur rechtlichen Feststellung des Objects in seinem Umfange bestimmt sind, geben noch keine Berechtigung, eine Verallgemeinerung vorzunehmen und dadurch zur Aufstellung des obigen Satzes zu kommen.

Es ist ferner angeführt worden, daß die Rücksicht auf die Erlangung der objectiven Wahrheit für die Eidesleistung durch den Cedenten streite, weil dieser oft in der Lage sei, die bessere Kenntniß zu haben. Indesß das geltende locale Civilproceßrecht kennt das Princip der freien Beweiswürdigung nicht und stellt dem Richter nicht die Aufgabe, das materielle Recht zu ergründen; es schreibt ihm vielmehr für sein Erkennen formelle Regeln vor, nach welchen er unter gewissen Voraussetzungen den Beweis für erbracht oder für nicht erbracht anzusehen hat, und die Ansicht, daß das Princip der formalen Wahrheit und des formalen Rechts mehr Gewähr auch für die wirkliche Wahrheit und für das materielle Recht biete, als das individuelle Befinden des Richters, ist in der

Doctrin noch keineswegs unvertreten und beseitigt. Abgesehen davon giebt aber auch die Möglichkeit, ein besseres Wissen zu haben und zu bekennen, noch keineswegs die Gewähr, daß dies auch geschieht, da persönlicher Charakter, Beziehungen zum Cessionar und Cedenten und eigenes Interesse trübend einzuwirken vermögen; sodann aber ergiebt sich aus dem Umstande, daß ein Dritter bessere Kenntniß von den einschlagenden thatsächlichen Verhältnissen hat, überhaupt gar kein rechtlicher Grund, um Jemand für verpflichtet zu halten, sich deshalb Dispositionsrechte über sein Recht durch einen solchen Dritten gefallen zu lassen. Will man sich auf die Kenntniß des Dritten berufen, so kann man dieses dadurch erlangen, daß man den Dritten als Zeugen beizieht.

Ferner ist noch für die Zulässigkeit der Eidesdelation an Dritte darauf hingewiesen worden, daß anderenfalls die Gegenpartei eines Beweismittels verlustig gehe. Es ist dies aber einestheils unrichtig anderentheils irrelevant. Denn es bleibt dem Producenten immerhin übrig den Dritten als Zeugen vorzuschlagen und somit ihn zu einem Zeugenbeweis zu benutzen. Der mögliche Verlust eines Beweismittels berechtigt aber noch nicht dafür in irgend einer Weise eine Entschädigung zu beanspruchen, den Zufall des Verlustes hat vielmehr der *dominus* zu tragen, und umsomehr, wenn derselbe ein selbstverschuldeter ist; dies wird aber immer da der Fall sein, wo zur geeigneten Zeit unterlassen worden ist, über die Thatsache, die von Werth ist, einen schriftlichen Beweis und somit eine bleibende Urkunde für sein Recht sich zu verschaffen — ein Fall, in dem sich in vorliegendem Falle die beklagte Partei befindet.

Endlich ist noch hervorzuheben, daß es kein gesetzliches Mittel giebt, die Eidesdelation an den Dritten gegen seinen Willen überhaupt in Wirksamkeit zu setzen. Der Dritte muß, um ihn in Kenntniß von dem gegen ihn gerichteten Eidesantrage zu setzen, zu dem Prozesse *adcitirt* werden. Es besteht aber kein staatsrechtliches Gesetz, welches jemand verpflichtete gegen seinen Willen als *Adcitat* an einem Prozesse zwischen zwei anderen Gegnern Theil zu nehmen und in die Rolle einer Proceßpartei einzutreten. Die Ladung zur *Adcitation* ist daher immer nur eine monitorische, wollte man eine *peremptorische*, also mit einem Nachtheil bedrohte Ladung ergehen lassen, so könnte dieser Nachtheil doch immer nur ihn, den Geladenen und Ungehorsamen, den *adcitirten* Dritten, nicht aber die

Proceßpartei treffen. Eben dasselbe ist der Fall, wenn der Adcitat etwa erscheint, aber erklärt, daß er sich auf den Eidesantrag überhaupt einzulassen durchaus nicht für verpflichtet erachte. Zur Widerlegung eines solchen Einwandes fehlt es an einem positiven Gesetze. Staatsrechtliche Strafen, wie bei der Verweigerung eines Zeugnisses, giebt es für solchen Fall nicht und processualische Strafen aus richterlicher Befugniß können gegen ihn nicht ausgesprochen werden, weil er nicht Partei in einem Proceße ist und die Eidesdelation ihn zu einer solchen zu machen auch gar nicht beabsichtigt. Für seine Weigerung aber einen Anderen, die ursprüngliche Proceßpartei büßen zu lassen, dafür fehlt es an einem jeden Rechtsgrunde und diese Rechtsfolge würde somit zum Unrecht werden.

Falls aber der Adcitat sich auf den in einem fremden Proceße gegen ihn gerichteten Eidesantrag einlasse, so fragt es sich, welche Wirkungen hat eine solche Einlassung und durch welche Gesetze ist sie sanctionirt. Ein angetragener Eid kann recusirt, ausgeschworen, zurückgeschoben, oder durch einen Gewissensvertretungsbeweis ersetzt werden. Soll dem adcitirten Dritten die Berechtigung zu jeder dieser Handlungen zustehen, welche Folgen würden sich daraus ergeben und wie würden diese sich zu den geltenden Rechtsgrundsätzen verhalten? Wenn man den Eidesantrag an einen Dritten überhaupt für zulässig hält, so muß man ihm auch das Recht der Recusation und der Ausschwörung zugestehen. Was aber diesem angeblichen Rechte entgegensteht und welche der Rechtsidee widerstreitenden Folgen daraus erwachsen, ist bereits oben erörtert worden. Wie aber verhält es sich mit der Zurückziehung und Gewissensvertretung? Will man dem Dritten dies Recht zugestehen, so tritt bei der Zurückziehung der Fall ein, daß die Leistung des Eides nun dem Deferenten zufällt, daß der Dritte, dem die eigene Eidesleistung vielleicht unbequem war, oder der sich gegen beide Parteien zugleich von dem Verdacht einer leichtsinnigen Eidesleistung frei halten wollte, ganz allein über das Maß der Gewissenhaftigkeit des Deferenten entscheidet, und daß somit durch die Schuld des Dritten der Proceßgegner des Deferenten nunmehr den Proceß verliert und von der Willkür eines Dritten über sein Recht disponirt werden sieht.

Wählt der Adcitat die Gewissensvertretung, so wird er in einem fremden Proceße Proceßpartei und muß fremde Interessen

vertreten und geltend machen, während die ursprüngliche Partei unterdessen des Rechts zu ihrer eigenen Vertheidigung entsetzt wird, und über sich die Gefahr ergehen lassen muß, daß durch eine ungeschickte Beweisinstruction eines Dritten sie ihres Rechts verlustig wird. Oder soll der ursprünglichen Proceßpartei vorbehalten bleiben, über die Zurückziehung des Eides, über die Wahl der Gewissensvertretung zu entscheiden, und ihr die Instruction dieses Beweises zustehen? Soll in diesem Falle der, dessen Gewissen durch Beweis vertreten werden soll, sich zufrieden geben mit der Art wie, vielleicht gegen seine Ueberzeugung, der Beweis geführt wird? Es ist offenbar eine schiefe, mit den Rechtsgrundsätzen nicht zu vereinbarende und von keinen positiven Gesetzesvorschriften gerechtfertigte Lage, welche dadurch erzeugt wird.

Diese Lage giebt den Nachweis, daß Argumentationen und Deductionen allein nicht ausreichen, um das behauptete Proceßinstitut der Eideszuschreibung an Dritte zu schaffen und festzustellen, sondern daß es dazu einer gesetzlichen Grundlage und legislatorischen Regelung bedürfte. Für die Zulässigkeit des Eidesantrags an Dritte, außerhalb der Proceßparteien stehende Personen, giebt es aber kein positives Gesetz, weder des gemeinen, noch des localen Rechts. Man hat sich wohl zur Vertheidigung derselben auf die L. 1 §. 2. D. 44, 5: „Si petitor fundi iusjurandum detulerit adversario, ut si auctor ejus jurasset, suum fundum se tradidisse, ab ea controversia discessurum se, exceptio possessori fundi dabitur“ berufen, aber durchaus mit Unrecht. Denn diese Stelle liefert wohl ein Argument dafür, daß die Parteien vereinbarungsmäßig die Schlichtung ihres Streites von dem Eide des Auctors abhängig machen können, sie spricht aber durchaus nicht die Verpflichtung der Gegenpartei aus, sich auf einen derartigen Eidesantrag einzulassen.

Was das locale Recht betrifft, so weist das Cap. XVIII Lib. II der Stadtrechte nach, daß letztere nur eine Eidesdelation der Proceßparteien unter einander (des Klägers und des Beklagten) kennen, und es läßt sich aus keiner Bestimmung dieses Capitels deduciren, daß auch einer dritten, nicht zu den Proceßparteien gehörigen Person der Schiedseid angetragen werden dürfe. Das von dem untergerichtlichen Erkenntnisse dawider hervorgehobene Argument aus der Personeneinheit zwischen dem Sedenten und Cessionar ist, wie oben bemerkt, unbegründet.

Anlangend ferner die Praxis der städtischen Gerichte, so hat diese sich bisher immer dahin ausgesprochen, daß ein Eid nur der Proceßpartei, nicht aber einem Dritten angetragen werden darf, und daß, falls beide Parteien in die Ausschwörung eines Schiedseides willigen, hierin ein in seiner Wirkung gesteigertes Zeugniß zu finden ist. (Resolution des Rathes vom 29. September 1871, Nr. 6487. Bescheid des Landvogteigerichts II. Section vom 18. October 1869, Nr. 138. Bescheid des Landvogteigerichts I. Section vom 30. April 1871, Nr. 77. Bescheid des Wettgerichts vom 5. October 1857).

Eine Entscheidung, in welcher der besondere Fall des Cedenten vorgelegen hätte, ist nicht nachweisbar und daher auch nicht nachweisbar, daß die städtischen Gerichte sich für die Zulässigkeit der Eidesdelation an Dritte in einem solchen Falle ausnahmsweise ausgesprochen hätten. Die Behauptung der Querulanten, daß dies in einem Erkenntnisse der II. Section des Landvogteigerichts in Sachen Lufschanstj. v. Heymann geschehen sei, ist eine unrichtige, indem in dieser Sache mit Einwilligung beider Parteien dem Cedenten ein Eid über eine vor der Cession geschehene Abschlagszahlung angetragen wurde, so daß es in dieser Sache zu einer gerichtlichen Entscheidung einer Controverse gar nicht gekommen ist.

Daß nun aber in der umfangreichen Praxis der städtischen Gerichte sich kein Fall auffinden läßt, wo die jetzt vorliegende Frage über die Zulässigkeit eines Eidesantrages an den Cedenten in Verhandlung und zur Entscheidung gekommen ist, läßt sich wohl als ein Beweis dafür anführen, daß bisher in der Anschauung der Gerichte und der gerichtlichen Vertreter kein Zweifel bestanden hat und daß aus solchem Grunde die Forderung der Verfüng eines Schiedseides durch den Cedenten überhaupt nie erhoben und folglich jene Frage nie gestellt worden ist.

Wenn dagegen von dem Erkenntniß des Untergerichts zur Bestätigung der in der Gegenwart geltenden Rechtsanschauung auf den Entwurf einer baltischen Civilproceßordnung hingewiesen ist, so ist dagegen mit Recht vom querulanten Theile hervorgehoben worden, daß sich hierin nicht das bestehende, jetzt geltende Recht, sondern ein gewolltes, neues abspiegele und zwar ein Recht, das sich auf mannigfache andere Principien und Voraussetzungen, als das geltende, stützt und daher nicht zum Beweise für das Bestehende herangezogen werden kann.

Auch selbst die Praxis im Gebiet des gemeinen Proceßrechts hat sich noch neuerdings wiederholt gegen die Zulässigkeit des Eidesantrages an den Cedenten ausgesprochen (cf. Seuffert's Archiv XVI, 165. XXI, 87 und 203) und es ist dies namentlich auch in jüngster Zeit von einer gewichtigen Autorität, dem Bundes-Oberhandelsgericht zu Leipzig in dem Erkenntniß vom 6. Juli 1871 geschehen (Seuffert's Archiv XXVI, 86). Endlich hat sich auch die Doctrin in überwiegender Weise gleichermaßen ausgesprochen (Vgl. Schmid, Handbuch II, Seite 334. Hefster, System §. 239. Linde, Lehrbuch §. 302 Note 7. Renaud, Lehrbuch §. 133, Note 35 und die daselbst Genannten)."

248. Die Erklärung auf den angetragenen Schiedseid darf nicht nur in dem Verlangen zuvoriger Ableistung des Gefährdeides bestehen.

Der Beklagte, dem vom Kläger ein Schiedseid angetragen worden war, verlaublichte in der peremptorisch zur Erklärung anberaumten Frist nur das Verlangen, Kläger möge zuvor den Gefährdeid leisten und behauptete, als Kläger den Beklagten mit seiner Erklärung auf den Eid zu präcludiren und den letzteren für verweigert zu erkennen hat: er, Beklagter, habe durch die Erklärung, daß er den Gefährdeid fordere, die ihm gestellte peremptorische Frist salvirt. Der wettgerichtliche Bescheid vom 31. August 1872, Nr. 714 legte dem Kläger den Gefährdeid auf und bestimmte, daß im Falle der Ableistung dieses Eides der Schiedseid vom Beklagten als verweigert, im Falle der Nichtleistung des Gefährdeides dagegen der Schiedseid als vom Kläger erlassen zu gelten habe.

Beklagter querulirte, „weil der ihm angetragene Eid bedingungsweise für recusirt erachtet worden“, wurde aber durch den Querelbescheid vom 29. November 1872, Nr. 8502 unter Bestätigung der untergerichtlichen Entscheidung auch in der Oberinstanz abgewiesen. Den oberrichterlichen Motiven (welche sich nur über die allein angefochtene Verfügung, daß die peremptorische Frist durch Abgabe der qua. Erklärung nicht für salvirt erachtet werden könne, verbreiten) ist zu entnehmen:

„Nach der gemeinrechtlichen Doctrin hat der Delat innerhalb

der ihm anberaumten Frist sich darüber zu erklären, ob er den ihm angetragenen Eidschwur annimmt, zurückzieht, oder sein Gewissen durch Beweis zu vertreten beabsichtigt, und es ist an das Ausbleiben dieser Erklärung innerhalb jener Frist der Rechtsnachtheil einer Recusation des Eides geknüpft. Ob die directe Erklärung auf einen angetragenen Eid dadurch einstweilen verschoben werden kann, daß Einreden wider die Zulässigkeit dieses Eides vorgebracht werden, darüber schwankt die gemeinrechtliche Doctrin. Die hiesige städtische Praxis hat sich dafür erklärt.

Wäre das in das Gewand einer Einrede gekleidete Begehren des Beklagten, von der Bereitschaft seines Gegners zur Leistung des Gefährdeides unterrichtet zu werden, seinem Wesen nach als eine Einrede gegen die Zulässigkeit des Eides aufzufassen, so müßte demnach dem Querulanten allerdings Recht gegeben werden. Als eine solche Einrede charakterisirt sich aber jenes Begehren nicht, daselbe ist vielmehr nur die Geltendmachung einer dem Delaten zuständigen selbständigen Befugniß. Sollte auch diese Geltendmachung eines selbständigen Rechts befähigt sein, von der Regel abweichend den Delaten vorläufig von der ihm obliegenden Erklärung zu entbinden, so müßte das durch ein Gesetz festgestellt sein. Ein solches Gesetz findet sich aber nirgends, wogegen aus dem Reg. Stadtrecht (Lib. II Cap. XVIII Art. 1 und 2) deutlich genug das Gegentheil herauszulesen ist, wenn es daselbst heißt, daß neben und mit der Erklärung auf den Eid auch der Gefährdeid verlangt werden dürfe.“ Uebereinstimmend ist erkannt in der Resolution vom 30. Januar 1881, Nr. 800.

249. Dem Deferenten ist zur Erklärung über die Leistung oder Nichtleistung des Gefährdeides keine besondere Frist zu gewähren.

In dem Querelbescheide vom 10. September 1871, Nr. 6020 heißt es:

„Was zunächst die Ansicht des querulantischen Hypothekervereins betrifft, daß bei Zurückweisung seiner Protestation wider den von ihm geforderten Gefährdeid nicht gleich der Eidetermin hätte anberaumt, sondern ihm zuvor eine Frist zur Erklärung über die Acceptation dieses Eides hätte gegeben werden müssen, so

ist dieselbe durchaus unrechtfertig. Denn es steht sowohl nach dem gemeinen Recht, als nach den statutarischen Bestimmungen des Stadtrechts Lib. II Cap. XVIII §. 1, 2, 3 u. 6 dem Delaten das Recht zu, von dem Deferenten die zuvorige Ableistung des Gefährdeides zu fordern. Es steht nicht in dem Ermessen des Deferenten, ob er diesen Eid leisten will oder nicht, sondern er ist auf Verlangen des Delaten zur Ableistung desselben gesetzlich verpflichtet und die Unterlassung zieht für ihn den Verlust des von ihm gewählten Beweismittels nach sich. Indem ihm bei der Wahl des Beweismittels der Eidesdelation diese gesetzliche Verpflichtung sowohl, als der gesetzlich feststehende Inhalt des Gefährdeides vor Augen lag, war ihm gesetzlich schon die Möglichkeit zu der Erwägung gegeben, ob er diesen Eid zu leisten im Stande sei. Es bedarf daher keiner Anberaumung einer Frist, um dem Deferenten Zeit zu einer solchen Erwägung und einer solchen Erklärung zu geben. Die Theorie des Processes und die gerichtliche Praxis haben auch eine Fristgewährung zu einem solchen Zweck keineswegs eingeführt, es war daher vollkommen gerechtfertigt, wenn das Untergericht ohne Anberaumung noch einer besonderen Frist zur Erklärung auf das Verlangen des Gefährdeides den Termin zur Ableistung dieses Eides auf denselben Tag mit der Leistung des deferirten Eides in Uebereinstimmung mit §. 3 l. c. festgestellt hat."

250. a) Unzulässigkeit des Glaubenseides.
b) Inhalt des Ignoranzeides.

I. „Es ist den Ausführungen des Appellanten darin beizustimmen, daß nach den Vorschriften des Reg. Stadtrechts Lib. II Cap. XVIII §. 10 in dem stadtrechtlichen Proceß ein Glaubenseid überhaupt nicht stattfindet, wie das wiederholt von dem Rathe in seinen Entscheidungen ausgesprochen ist.

Vgl. Querelbescheid vom 13. Januar 1878, Nr. 299,
bzgl. „ 2. August 1878, „ 5084.

Dagegen enthält das Stadtrecht hinsichtlich des Ignoranzeides keine Bestimmungen und hat daher in Bezug hierauf auf Grund des Lib. II Cap. IV ibid. das gemeine Recht einzutreten, was auch von der stadtrechtlichen Praxis wiederholt anerkannt ist:
Bescheid der I. Section des L. V. G. vom 5. Sept. 1870, Nr. 168.

Bescheid des Wettgerichts vom 8. Febr. 1871, Nr. 81.
 „ „ Vogteigerichts „ 7. Jan. 1875, „ 195.
 „ der II. Section des L.V.G. „ 6. Mai 1876, „ 101.

Beklagter muß daher für verpflichtet erachtet werden, sich auf die angebotenen Eide, sofern diese auf die Feststellung der Kenntniß resp. Unkenntniß der betreffenden Thatfachen seitens des Beklagten gerichtet sind, einzulassen. . . Ferner muß aber auch der Delat für verpflichtet erachtet werden, hinsichtlich der ihm zum Eide gestellten Thatfachen sorgfältige Nachforschungen anzustellen und, daß er solcher Verpflichtung nachgekommen sei, eidlich zu erhärten, weil ohne diesen Zusatz der Eid keine Bedeutung hätte und die Einwendung des Nichtwissens einzig auf Nachlässigkeit oder bösem Willen beruhen könnte.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 20. December 1878, Nr. 8701.)

II. „Es könnte das Bedenken entstehen, ob der Eid auch in der Glaubensform, wie er vom Unterrichter gestäubt worden, auszuschwören sei, da auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII §. 10 durch vielfache Präjudicate des Rathes und seiner Untergerichte der Glaubenseid für unzulässig erklärt worden ist. Da aber appellantishe Handlung dieser Formulirung des Eidesatzes ausdrücklich zugestimmt hat und den Parteien nach §. 13 l. c. das Recht zusteht, den Ausgang ihrer Sache von einem unter gegenseitiger Uebereinstimmung formulirten Eide abhängig zu machen, so ist jenes Bedenken im vorliegenden Falle nicht weiter in Berücksichtigung zu ziehen.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 24. Januar 1879, Nr. 569.)

251. Der Eidesatz braucht in der Fassung nicht nothwendig mit dem festgestellten Beweisthema übereinzustimmen.

I. „Appellant remarquiert, daß das untergerichtliche Erkenntniß bei der Formulirung des Eides zu dem im Beweisinterlocut aufgestellten Beweisthema die Worte „für der Vermiether Rechnung“ hinzugesetzt habe, weil auch der Richter an das rechtskräftige Be-

weisinterlocut gebunden sei und weil, wenn der Richter bereits im Beweisinterlocut diesen Zusatz gemacht hätte, Beklagter dann seinen Beweis erbracht haben könnte. Diese Remarque ist vollständig müßig. Das Beweisthema ist durch jenen Zusatz keineswegs auch nur im mindesten abgeändert. Wenn der Beweis aber durch einen zugeschobenen Eid geführt werden sollte, so war die richterliche präcise Feststellung des Eidesatzes nothwendig, damit der Schwörende genau und unzweifelhaft wisse, was er zu schwören habe.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 28. März 1880, Nr. 2114.)

II. „Bei seiner Polemik gegen die Erheblichkeit des Eides geht Kläger von der irrigen Voraussetzung aus, als ob der Eidesantrag nur über solche Thatfachen stattfinden, die allein schon den Beweisatz in Gewißheit setzen. Dies ist aber keineswegs der Fall, sondern wie man überhaupt den Eid über die Prämissen eines künstlichen Beweises zuschieben darf (O. B. vom 5. Juni 1868, Nr. 4120), so ist dieses Beweismittel auch dort anwendbar, wo die zum Eide gestellte Thatfache erst in Verbindung mit anderen dasjenige Moment ergiebt, welches die Entscheidung des Rechtsstreites bedingt.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 2. Juli 1880, Nr. 4432.)

252. Ueber die Aufnahme der sog. Adversative in die Eidesformel.

Durch Bescheid der II. Section des O. V. G. vom 5. September 1878, Nr. 203 war der vom Kläger dem Beklagten über die Klagebehauptung angetragene Eid auf Antrag des Beklagten dahin gestäubt worden:

es ist nicht wahr, daß mir die vom Kläger unterzeichneten Wechsel über 1500 Rbl. nur zur Sicherstellung einer mir zustehenden Obligationssforderung von 1100 Rbl. und nur für die Zeit übergeben worden sind, bis die Obligation auf das Haus des Klägers ingrossirt sein würde, sondern es ist vielmehr wahr, daß unserer Abmachung gemäß sowohl die Obligationssforderung, als auch eine andere aus einem Viehhandel entstandene Forderung durch die bezeichneten Wechsel haben besichert werden sollen.

In Folge der vom Kläger dawider erhobenen Querel wurde der zweite Theil des Eidesatzes durch Querelbescheid vom 24. Januar 1879, Nr. 570 aus folgenden Gründen gestrichen:

„Dem Querulanten muß darin Recht gegeben werden, daß die Eidesformel nicht, wie vom Unterrichter geschehen, auch auf die vom Kläger in Abrede gestellte, vom Beklagten durch nichts bescheinigte Behauptung auszudehnen ist*), daß nämlich Kläger dem Beklagten aus einem Viehandel 990 Kbl. schulde und auch für diese Schuld die qu. Wechsel verpfändet seien. Einerseits bedarf es dieses Zusatzes nicht, da der Eid ohne denselben vollkommen klar und der Klage entsprechend ist und der Delat denselben ohne jegliche Gewissensqual ausschwören kann; andererseits ist aber nach unserer Proceßpraxis ein abgeleiteter Eid auch in einem anderen Rechtsstreit unter denselben Parteien präjudiciell und es würde daher hier durch jenen Zusatz über einen Anspruch entschieden werden, für den in diesem Prozesse Beklagter die Führung jeden Beweises unterlassen hat und gegen welchen dem Kläger die Vertheidigung in einem separaten Prozesse mit Recht nicht abgeschnitten werden darf.“

253. Die irrelevante oder unrichtige Fassung der Eidesformel zieht nicht von selbst die Verwerfung der Eidesdelation nach sich.

I. „Es bleibt der Einwand übrig, daß in ihrer gegenwärtigen Formulirung die Eidesätze irrelevant seien. Indessen muß gegenüber dem Antrage des Klägers auf Verwerfung der Eidesdelation aus diesem Grunde bemerkt werden, daß eine unrichtige Fassung der Eidesätze noch nicht eine Verwerfung des Eidesantrages nach sich zieht, sondern nur die Veranlassung zu einer sachgemäßen Umfärbung desselben seitens des Richters giebt, der von Amtswegen darüber zu wachen hat, daß unnütze Eide nicht geschworen werden (vgl. die Querelbescheide des Rathes vom 4. Juli 1873, Nr. 5041; vom 16. November 1873, Nr. 8609; vom 12. August 1877, Nr. 5480), wobei einzig vorausgesetzt wird, daß das thatsächliche Vorbringen

*) Vergl. auch das Appellations-Erkenntniß vom 3. August 1879, Nr. 5262.

der Parteien zu einer solchen Umstärkung die genügende Grundlage bietet.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 21. December 1879, Nr. 8531).

II. „Es ist allerdings gerechtfertigt, was Kläger — freilich erst jetzt — gegen die Formulirung des Eidesatzes geltend macht, und der Umstand, daß Kläger auf eine Umstärkung seinen Antrag nicht ausdrücklich gerichtet hat, steht einer solchen insofern nicht entgegen, als die Eidesstärkung Sache der richterlichen Amtspflicht und daher von Parteienanträgen nicht abhängig ist (Querelbescheid des Raths vom 12. August 1877, Nr. 5480) . . . Eine unrichtige Fassung des Eidesatzes zieht nicht die Verwerfung desselben nach sich, sondern hat lediglich zur Folge, daß der Richter denselben auf Grund der actenmäßigen Thatsachen zurechtstellt (N.B. vom 21. December 1879, Nr. 8531). Eine derartige Zurechtstellung erweist sich aber im Fragefalle deshalb als unmöglich, weil Beklagter keinerlei Thatsachen angeführt hat . . . Aus diesem Grunde bleibt denn allerdings nichts anderes übrig, als den in Rede stehenden Eid wegen seiner unbestimmten Fassung zu verwerfen.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 2. Juli 1880, Nr. 4432).

254. Der Richter ist befugt, irrelevante Eide von Amts wegen zu verwerfen.

I. „Anlangend die geschehene Verwerfung eines Eidesantrages, ohne daß sich der Delat auf denselben geäußert hatte, so kann darin eine Nichtigkeit nicht erblickt werden. Denn die Verhandlungsmaxime, wenn sie den Richter auch in thatsächlicher Beziehung an die Anträge der Parteien bindet, behindert ihn doch in keiner Weise in rein juristischer Beziehung. Sie gestattet ihm nicht nur, nach negativer Richtung dahin zu wirken, daß Zeit und Kosten erspart werden, sondern sie überläßt ihm auch in positiver Richtung jede proceßleitende Thätigkeit und jede rechtliche Beurtheilung wie des ganzen Streitverhältnisses überhaupt, so aller in dasselbe hinein-schneidenden Rechtsfragen. Es ist hiernach vollständig gerechtfertigt

wenn der Richter von Amtswegen Eide abschneidet, welche er als nicht streitentscheidender Natur nicht würde zulassen dürfen.“

(Aus den Motiven des Erkenntnisses vom 23. November 1877, Nr. 7958).

II. Beklagter hatte einen ihm von der Klägerin zugeschobenen Eid acceptirt, in dem anberaumten Schwurtermin aber durch eine Eingabe seine Bereitwilligkeit zur Ausschwörung des Eides — jedoch in anderer Fassung — erklärt. Bald darauf stellte Klägerin die Ungehorsamsbeschuldigung und bat den Eid für desert zu erkennen.

Das Landvogteigericht (II. Section) stäbte den deserirten Eid, den es in der angetragenen Fassung für irrelevant erklärte, um und wies den Beklagten zur Erklärung darauf an. Der querulirende Kläger wurde durch den Querelbescheid des Raths vom 16. November 1873, Nr. 8609, abgewiesen.

Den oberrichterlichen Motiven ist zu entnehmen:

„Die Irrelevanz des in Rede stehenden Schiedseides in der von der Klägerin beantragten Fassung läßt sich in der That nicht verkennen . . .

Wenn nun vom Richter zur Vermeidung von Weiterungen schon ex officio Eide über irrelevante Thatfachen abgeschnitten werden müssen und, wenn es geht, noch ehe Parteianträge dieserhalb verlautbart werden, den beantragten Schiedseiden eine dem Beweis-thema entsprechende Fassung zu geben ist, aus einer unrichtigen Eidesstübung aber nicht für die Parteien die Möglichkeit erwachsen kann, von dem Dasein gleichgiltiger Umstände ihrerseits behauptete Rechtsansprüche abhängig zu machen, so kann andererseits, wenn gleichwohl ein in unangemessener Stübung deserirter Eid acceptirt, nicht aber ausgeschworen wird, hieraus sich nicht als Folge ergeben, daß der Kläger wegen unrichtig beantragter Eidesfassung des Beweismittels der Eideszuschreibung, und folgeweise überhaupt des Beweises seines Klagegrundes verlustig gehe. Es ist daher eine bis zum Moment der Eidesabnahme vom Richter auszuübende Pflicht darüber zu wachen, daß die Eidesformel dem streitigen Sachverhalte derart entspreche, daß aus der Verweigerung des Eides sich eine zur Klagebegründung geeignete Thatfache ergebe und es ist im vorliegenden Falle, wiewohl an und für sich der Schiedseid desert gewesen wäre, aus dem Grunde, weil dieser Eid nicht

richtig gestäubt war, von der gegenstandslosen Deserterklärung ab-
zusehen und eine richtige Eidesstäbung vorzunehmen gewesen, deren
Folge zunächst keine andere sein kann, als daß Beklagter sich nun-
mehr auf gegnerischen Antrag nochmals über die Acceptation zu
erklären haben wird."

**255. Umstäubung bzw. Streichung des Eides ex officio. Der
Oberrichter ist zu einer bezüglichen Abänderung des
untergerichtlichen Decrets auch ohne Antrag der Par-
teien befugt. Reformatio in pejus.**

Zwei vom Beklagten dem Kläger zugeschobene Eide waren von
letzterem acceptirt und durch Erkenntniß des Wettgerichts vom
13. März 1875, Nr. 195 umgestäubt worden. Auf die vom Kläger
wider dieses Erkenntniß erhobene Appellation hob das Appellations-
urtheil vom 3. September 1875, Nr. 5815 die untergerichtliche Ent-
scheidung auf und verwarf die Eidesleistung als überhaupt in casu
unzulässig. Die Motive bemerken:

„Der Beweggrund zur Abänderung des untergerichtlichen
Erkenntnisses liegt in der jedem Richter obliegenden Verpflichtung
zur Beseitigung unnützer und überflüssiger Eide von Amtswegen.
Diese jedem Richter obliegende Verpflichtung schließt für ihn,
wenn er ein Oberrichter ist, zugleich die Berechtigung zu einer
sonst allerdings unzulässigen reformatio in pejus in sich (Menaud,
Civilproceß, Ausg. von 1873 S. 585. Seufferts Archiv XX,
92, 267, 270; XXI, 256). Dürfen nun aber nicht nur, sondern
sollen vielmehr geradezu überflüssige und auf die Entscheidung der
Streitsache einflußlose Eide vom Oberrichter selbst zum Nachtheile
des Appellanten und ohne einen darauf abzielenden Abhäsionsan-
trag des Appellaten abgeschnitten werden, und zwar auch bei sonst
rechtlich bestehender Verhandlungsmaxime, weil die Nothwendigkeit
zur Verwerfung solcher Eide aus moralischen Motiven auch ohne
und selbst wider den Willen der Parteien sich von selbst geltend
macht und diese Geltung, wo sie in Gefahr steht verabsäumt zu
werden, durch den proceßleitenden Richter amtlich herbeigeführt wer-
den muß, so ist hier weiter nur noch in Betracht zu ziehen, ob
diejenigen Thatfachen, welche durch die angetragenen beiden Schieds-
eide in Gewißheit gesetzt werden sollen, für die Entscheidung des

Rechtsstreites seiner Sachlage nach wirklich vollständig unerheblich und gleichgiltig sind.“

(Es folgt der Nachweis, daß letzteres thatsächlich der Fall sei) — — — „Diesem Allem nach müssen beide Schiedsleute, von deren Ausschwörung oder Nichtausschwörung durch die eine oder andere der Parteien das untergerichtliche Erkenntniß den Ausgang des ob-schwebenden Rechtsstreits abhängig wissen will, als nutz- und zwecklos wegen ihrer den Streit keineswegs entscheidenden Natur erachtet werden. Damit tritt denn aber, wie oben erläutert wurde, auch die Nothwendigkeit zu deren amtlicher Beseitigung ein.“

Dieselben Grundsätze sind unter fast gleichen Verhältnissen ausgesprochen im Appellationsurtheil vom 10. September 1875, Nr. 5963.

256. Zurückziehung des deferirten Eides nach geschעהner Acceptation.

Aus den Motiven des den Vogteigerichtsbescheid vom 7. März 1874 bestätigenden Querelbescheides vom 19. Juni 1874, Nr. 3902:

„. . . das Recht des Deferenten auch nach geschעהner Acceptation des angetragenen Eides, so lange derselbe noch nicht ausgeschworen ist, ihn zurückzunehmen und während des Laufes der Beweisfrist durch andere Beweismittel zu ersetzen, ist keinem Zweifel zu unterziehen. Es wird nicht nur von den bewährtesten Processualisten auf Grund ausdrücklicher Gesetzesbestimmung in l. 11 Cod. de reb. cred. ausdrücklich anerkannt (cf. Gönnér, Handbuch Bb. II, S. 309. Schmid, Handbuch II, S. 360. Bayer, Civilproceß, S. 902. Renaud, Lehrbuch, S. 351 u. a. m.) sondern auch von der constanten Praxis der hiesigen Gerichte sancirt.“

257. Unzulässigkeit einer Gewissensvertretung im Schwurtermin.

Aus den Motiven des den Wettgerichtsbescheid vom 4. Februar 1875 bestätigenden Querelbescheides vom 12. März 1875, Nr. 1955:

„Es liegt die Rechtsfrage zur Entscheidung vor, ob der Delat, der seine Bereitschaft zur Ableistung eines ihm zugeschobenen Eides erklärt hat, in dem für die Eidesleistung anberaumten Termin sein Gewissen durch Beweis zu vertreten verlangen darf. Diese Rechtsfrage muß aber mit dem Unterrichter verneint werden.“

Ob und in welchem Maße diese Rechtsfrage nach der gemeinrechtlichen Proceßtheorie controvers ist und mit welchen Rechtsgründen sich die eine oder andere Anschauung unterstützen läßt, kommt hier zunächst nicht in Betracht, in erster Reihe ist vielmehr den Bestimmungen des Rigaschen Stadtrechts Aufmerksamkeit zuzuwenden. Schon der Unterrichter hat hervorgehoben und ihm kann darin nur beigeprägt werden, wie nach den Stadtrechten die Gewissensvertretung als ein Mittel sich darstellt, um vorläufig die Einlassung auf einen deferirten Eid abzulehnen (Lib. II Cap. XVIII Art. 2 u. 3), und wie daher wohl die Folgerung gerechtfertigt ist, daß die Gewissensvertretung nach bereits erklärter Einlassung präcludirt sei. Fast noch schlagender erweist sich aber die Bestimmung des Art. 5 l. c. Denn wenn es daselbst heißt: „es sei nun gleich Kläger oder Beklagter, welchem der Eid zu leisten zuerkannt wird, so soll er denselben dergestalt, wie ihm derselbe in der Klage deferirt oder referirt worden, prästiren“, so erscheint wohl jeder weitere Zweifel darüber ausgeschlossen, daß nach geschעהer gerichtlicher Anberaumung des Eidesleistungstermins, in welcher offenkundig eine Zuerkennung des Eides liegt, an die Stelle des zu leistenden Eides nicht ein Surrogat für ihn gesetzt werden kann, da ja solchenfalls der Eid nicht dergestalt geleistet wird, als er verlangt oder angetragen worden.“

258. Die falsch gewählte Bezeichnung des Eides als eines „eventuellen“ ist irrelevant.

In Klagesachen B. wider G. war dem Beklagten G. durch Appellationserkenntniß vom 23. April 1871 der Beweis seiner Einredebehauptungen auferlegt worden und er hatte denselben durch Production einer Urkunde rechtzeitig angetreten. Kläger B. introducirte hierauf einen Gegenbeweis, indem er vom Beklagten die Edition zweier anderer Urkunden verlangte. Nachdem Beklagter jedoch den Besitz derselben geleugnet und auch den Editionseid geleistet hatte, introducirte Kläger einen Additionalgegenbeweis durch eine von ihm als „eventuell“ bezeichnete Eidesdelation. Beklagter protestirte hiergegen, weil ein eventueller Eid zugleich mit der Antretung des Principalbeweises zu introduciren gewesen wäre, und Kläger wurde hierauf mit dem eventuell deferirten Eide vom

Wettgericht mittels Bescheides vom 31. Juli 1871 abgewiesen und in die Kosten des Zwischenverfahrens verurtheilt. Wider diesen Bescheid ist vom Kläger das Rechtsmittel der Querel interponirt und hierauf vom Rathe unter dem 3. December 1871, Nr. 8162 dahin entschieden worden, daß Beklagter mit seiner Protestation wider den Eidesantrag des Klägers ab- und zur directen Erklärung anzuweisen, die Kosten des Zwischenverfahrens in beiden Instanzen aber zu compensiren seien. Aus der Motivirung dieser Entscheidung ist zu entnehmen:

„Nach dem stadtrechtlichen Proceßverfahren ist die Introduction von Beweismitteln und zwar Beweismitteln jeder Art nicht bloß innerhalb des Laufes der Beweisfrist, sondern auch während des Laufes der Additionalbeweisfrist, wenn ein Additionalbeweis nachgegeben war, statthaft. In der vorliegenden Sache war, nachdem von Seiten des Gegners erklärt worden war, gegen die auf Nachgabe eines Additionalgegenbeweises gerichtete Bitte des Klägers nichts einwenden zu wollen, ein Additionalbeweis dem Kläger rechtlich nachgegeben worden, wodurch zugleich die Frage über die Zulässigkeit eines solchen Beweises unter den concreten Umständen bejahend entschieden und außer Streit gestellt worden ist.

Kläger hat nun diese Berechtigung zur Führung eines Additionalbeweises in der Art benutzt, daß er dem Gegner einen Eid über gewisse Thatsachen deferirte. Daß auch im Additionalbeweise das Beweismittel der Eidesdelation statthaft sei, unterliegt an sich keinem Zweifel, ein solcher ist im vorliegenden Falle nur dadurch entstanden, daß Kläger diesem Eidesantrage die Bezeichnung eines eventuellen gegeben hat. Da diese Bezeichnung aber eine Cumulation mit anderen Beweismitteln, somit das Vorhandensein dieser voraussetzt, solche aber in der That gar nicht vorhanden waren, so ergiebt sich daraus, daß es gar nicht im Willen des Producenten gelegen haben kann, die Eidesdelation erst in zweiter Reihe stattfinden zu lassen, sondern daß seine Absicht lediglich darauf gegangen ist, den von ihm unternommenen Gegenbeweis allein durch dieses von ihm introducirte Beweismittel führen zu wollen. Sonach ist denn die gebrauchte Bezeichnung „eventuell“ mit den factischen Umständen im Widerspruch und ist offenbar eine falsche.

Es ist aber kein rechtlicher Grund vorhanden, bloß in Folge dieser falschen Bezeichnung dem Kläger die Führung des nachge-

gebenen und von ihm beabsichtigten Beweises zu versagen, sondern es ist vielmehr von dieser Bezeichnung ab- und allein auf das Wesen der Sache zu sehen.

Daher ist denn unter Aufhebung des untergerichtlichen Decretes dahin zu erkennen, daß Beklagter unter Zurückweisung seiner wider den klägerischen Eidesantrag erhobenen Protestation anzuweisen ist, sich auf solchen Eidesantrag binnen 8 Tagen nach der ihm gewordenen Eröffnung des Actenremisses sub poena recusati zu erklären."

259. Auf den eventuellen Schiedseid ist zu greifen, sobald die principalen Beweismittel wegfallen.

Aus den Motiven des den maßengerichtlichen Bescheid vom 2. Juli 1874, Nr. 574 aufhebenden Querelbescheides vom 16. October 1874, Nr. 6472:

„Was den eventuellen Eidesantrag anbetrifft, so ist derselbe vom Unterrichter deshalb nicht in Betracht gezogen worden, weil ein solcher nur in Verbindung mit anderen Beweismitteln statthaft sei, in casu aber die anderen Beweismittel sämmtlich hätten für unzulässig erkannt werden müssen. Da nun aber der eventuelle Eidesantrag der mit ihm verbundenen Absicht gemäß nicht bloß dann in Wirksamkeit zu treten hat, wenn die anderen Beweismittel ihrem Inhalte nach ein Resultat nicht ergeben, sondern auch in dem anderen Falle, wenn die anderen Beweismittel selbst aus irgend einem Grunde in Wegfall kommen, so muß die eventuelle Eidesdelation für zulässig erachtet werden.“

260. Bei mißlungenem Hauptbeweis hat der Richter den Delaten zur Erklärung auf den eventuellen Eidesantrag anzuhalten.

Die II. Section des L.V.G. hatte den vom Beklagten geführten Einredebeweis für mißlungen erklärt und ohne Rücksicht auf die in der Beweisantretung enthaltene eventuelle Eidesdelation die Zahlungseinrede verworfen. Auf des Beklagten Appellation erkannte der Rath am 18. Juni 1880 sub Nr. 4154:

„Die eventuelle Eidesdelation tritt erst dann in Wirksamkeit, wenn die Eventualität, für welche der Eid angetragen wurde,

nämlich daß der Hauptbeweis nicht vollständig oder bis zur Auflage eines Ergänzungsoides erbracht sein sollte, vorliegt. Ob vorher schon eine Instruction in Bezug auf dieses Beweismittel stattzufinden habe, hängt von dem Ermessen des Richters ab, welcher dabei die Umstände des concreten Falles zu berücksichtigen hat. Ist die Erklärung des Delaten, wie im vorliegenden Falle, nicht während des Beweisstadiums eingeholt, sondern bis dahin beanstandet worden, wo das Resultat des Hauptbeweises vorliegen würde, so muß der Proceßrichter wenigstens später, sofern das Beweisresultat nicht zu Gunsten des Probanden ausgefallen ist, auf das eventuell vorgebrachte Beweismittel der Eideszuschreibung eingehen und den Delaten zur Erklärung auf die letztere anhalten (vgl. die Resolution vom 19. Januar 1872, Nr. 326*). Die Unterlassung dessen widerspricht dem Grundsatz, daß einerseits alle Beweismittel, die rechtzeitig eingebracht sind, von dem Gericht auch berücksichtigt werden müssen und daß andererseits ein Verzicht des Beweisführers auf ein producirtes Beweismittel nicht vermuthet werden darf. Demnach hat das angefochtene Erkenntniß, soweit es ohne Rücksicht auf den eventuellen Eidesantrag schon definitiv die Zahlungseinrede des Beklagten verworfen hat, aufgehoben und der klagenden Handlung aufgegeben werden müssen, sich auf den eventuellen Eidesantrag zu erklären.“

261. Die eventuelle Eidesdelation ist nicht zu berücksichtigen, wenn das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache bewiesen ist.

„Querulant macht geltend, daß über die Unzulässigkeit des von ihm seinem Gegner eventuell angetragenen Eides nicht hätte erkannt werden dürfen, da sein Gegner eine Erklärung auf diesen Eid verabsäumt habe und demgemäß von der poena recusati betroffen werde. Da aber das Gegentheil dessen, was vom Intervenienten hat in Eid gestellt werden wollen, durch die übereinstimmenden Aussagen der drei interventischen Gegenbeweiszeugen bereits in vollständige Gewißheit gesetzt ist und da der Richter die Pflicht hat

*) In dieser war in der Nichtberücksichtigung des eventuellen Eidesantrages eine Nichtigkeit gefunden worden.

unnütze Eide zu verhüten, so bedurfte es weiter keiner Erklärung des Intervenienten auf den ihm eventuell angetragenen Eid.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 8. April 1877, Nr. 2273.)

262. Die Aufsechtung einer auf Grund eines Schiedsrides erfolgten Entscheidung vor dem Civilrichter ist unzulässig.

Die Motive der Resolution vom 19. März 1871, Nr. 2332 lauten:

„Der Bescheid des Untergerichts vom 28. October 1871 ist in Grundlage eines ausgeschworenen Schiedsrides erfolgt. Ein solcher Bescheid wird in den Stadtrechten Lib. II Cap. XVIII §. 9 u. 13 für unanfechtbar erklärt. Demnach konnte das Untergericht ein Rechtsmittel wider den in Rede stehenden Bescheid nicht nachgeben. Dem Vorbringen des Supplicanten, die Unterinstanz habe die angeblichen Vorgänge bei der Eidesleistung unerörtert gelassen, ist entgegen zu halten, daß zufolge Lib. II Cap. XVIII §. 9 der Stadtrechte jede Beweisführung über die Wahrheitswidrigkeit eines abgelegten Schiedsrides vor dem Civilrichter ausgeschlossen ist. Es muß somit bei der untergerichtlichen Entscheidung sein Bewenden haben; es kann dem Supplicanten nur offen gelassen bleiben, eine Entschädigungsklage wider die Klägerin geltend zu machen, falls ihm eine durch das Criminalgericht ausgesprochene Verurtheilung derselben wegen Meineides zur Seite stehen sollte (cf. Weßell, System des ordentl. Civilprocesses 2. Aufl., §. 27 Pkt. 5, S. 265.)“

263. Processualische Erfordernisse des Würderungsrides.

I. Der Klage auf Zurückgabe angeblich geliehener Pferdegeschirre war Beklagter mit der Behauptung der bereits geschenehen Zurückgabe begegnet und, nachdem durch Richterspruch die geschenehene leihweise Entnahme der Geschirre als zugestanden, die Rückgabe aber als nicht bewiesen anerkannt war, verlangte Kläger, da über den Werth des Streitgegenstandes die Parteien uneinig waren, Zulass zum Würderungsride, welcher ihm jedoch durch Bescheid der Landvogtei (I. Section, 12. October 1871, Nr. 155) verweigert wurde.

Das Erkenntniß des Rathes vom 12. Mai 1872, Nr. 3272 gestattete auf Appellation des Klägers hin den Würderungseid unter folgender Motivirung:

„Es kann der unterrichterlichen Verwerfung des Würderungseides, als eines in concreto unzulässigen Beweismittels nicht zugestimmt werden. Nach Art. 3456 Ch. III des Prov.-Rechts gehört zu den rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit dieses Beweismittels sonst nichts, als daß der Schade, welcher entgolten werden soll, durch Arglist oder grobes Verschulden hervorgerufen worden ist und daß eine Ermittlung des Werthes auf anderem Wege sich als nicht füglich ausführbar darstellt. Beide Voraussetzungen treffen hier zu. Wer ohne Angabe irgend welchen Befreiungsgrundes ihm auf kurze Zeit geliehene Gegenstände nicht rückliefert, hat bis zum etwaigen, vom Beklagten aber unterlassenen, Beweise des Gegentheils die rechtliche Präsumtion mindestens groben Verschuldens gegen sich. Daß andererseits bei dem in Folge der verabsäumten Rückgabe nunmehrigen Nichtvorhandensein der Pferdegeschirre für den Kläger der Werth einzig durch einen Schätzungseid ermittelt werden kann, läßt sich aber um so gewisser behaupten, als gleich anderen Producten des menschlichen Gewerbefleißes auch solche Geschirre je nach ihrer Beschaffenheit einen sehr verschiedenartigen und keinen marktgängigen Werth haben“.

II. „Der Schätzungseid findet nach Art. 3456 a. a. O. nur zum Beweise des Werthes eines anderweitig bereits bewiesenen Schadens statt (Appellations-Erkentniß vom 19. November 1875, Nr. 7630) und er muß andererseits, um als Beweismittel zu dienen, zum mindesten vor dem Actenschluß von der beweispflichtigen Partei unter gehöriger Substantiirung angeboten sein (civilrechtl. Entscheidung III, Nr. 365 und Erkenntniß der II. Section des R.W.G. vom 29. April 1876, Nr. 95). Beklagter aber hat weder bewiesen, daß ihm die angegebenen Sachen überhaupt aus dem Hotel des Cridars entwendet seien, noch sich im Beweisverfahren zum Schätzungseide erboten.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkentnisses vom 16. November 1879, Nr. 7684).

III. In dem Appellations-Erkenntniß vom 27. März 1881, Nr. 2161 heißt es:

„Bereits im Appellations-Erkenntniß des Rathes vom 16. November 1879, Nr. 7684 ist anerkannt worden, daß der Schätzungseid nach Art. 3456 a. a. O. nur zum Beweise des Werthes eines anderweitig bereits bewiesenen Schadens stattfinde (vgl. Appellations-Erkenntniß vom 19. November 1875, Nr. 7630) und daß er andererseits, um als Beweismittel zu dienen, im Beweisverfahren von der beweispflichtigen Partei unter gehöriger Substantiirung angeboten sein müsse. Ueberdies ist der Schätzungseid nach dem angezogenen Artikel ein bloß subsidiäres Beweismittel, welches erst zur Anwendung kommt, wenn der Werth des Schadens anders nicht ermittelt werden kann.“

264. Analoge Anwendung des Manifestationseides bei der Verbindlichkeit zur Rechnungslegung.

Beklagter war rechtskräftig verurtheilt, dem Kläger eine specificirte und die Zahl der gelieferten □Faden enthaltende Aufgabe über die vom Kläger an einer Kirche gelieferten Klempnerarbeiten vorzulegen. Nachdem er eine solche vorgelegt hatte, verlangte Kläger, daß Beklagter die □Fadenzahl gesondert für die Dach- und für die Thurmddeckung aufgebe, weil für beide ein verschiedener Preis vereinbart sei, worauf Beklagter erklärte, dazu nicht im Stande zu sein. Durch Erkenntniß der I. Section des L. V. G. vom 19. April 1877, Nr. 100 wurde Beklagter angewiesen, diese Erklärung eidlich zu erhärten, anderenfalls aber die verlangte Angabe bei der Verwarnung zu machen, daß angenommen werden solle, die Hälfte der □Fadenzahl entfalle auf die Thurmddeckung. Auf klägerischerseits erhobene Querel erging am 11. Januar 1878 sub Nr. 233 folgender Querelbescheid:

„Man hätte eher erwarten sollen, daß Beklagter, als daß Kläger sich durch das untergerichtliche Erkenntniß an seinem Recht verlezt erachten würde. Denn Kläger hatte genau erfüllt, was ihm judicatsmäßig vorgezeichnet war; ferner ist die Ausdehnungsfähigkeit des Manifestationseides auf den zur Rechnungslegung Verpflichteten, wie sie gesetzlich nicht begründet ist, eine an sich vielbestrittene Controverse . . . Nichtsdestoweniger ist es gerade Kläger, welcher den unver-

kennbar zu seinen Gunsten herangezogenen Eid des Beklagten sich nicht gefallen lassen will. Er erachtet den Manifestationseid deshalb für unzulässig, weil nach dem Art. 4459 des *Pr.-Rechts* Th. III jeder Rechnungspflichtige ein genau specificirtes und mit Belegen versehenes Verzeichniß sämmtlicher Einnahme- und Ausgabeposten anzufertigen habe. Gewiß ist es allerdings, daß durch einen Eid der Rechnungspflichtige sich nicht der Verpflichtung zur Rechnungslegung entziehen darf. Nicht diesen Zweck hat aber der Eid, er soll vielmehr nur im Hinblick darauf, daß die Vollständigkeit an sich ein relativer Begriff ist, die Gewißheit dafür geben, daß der Rechnungsleger in Bezug auf die Vollständigkeit seiner Rechnung nichts an ihm zu Diensten stehendem Material vorenthalten hat, und eben nur zu diesem Behuf ist dem Querulanten die Last eines von ihm auszuschwörenden Eides zugewälzt worden.“

265. Bedeutung eines in einem früheren, zwischen denselben Parteien geführten Proceß abgelegten Geständnisses.

I. Die Motive des Appellations-Erkenntnisses vom 4. März 1877, Nr. 1474 bemerken hierüber Folgendes:

„Nach den Grundsätzen des Proceßrechts (cf. Bayer §. 226) hat ein vor Gericht in einem anderen, auch zwischen denselben Parteien geführten Proceß abgelegtes Geständniß nur als ein außergerichtliches Geständniß zu gelten, und um demselben Werth zu geben, muß der *animus confitendi* vorhanden sein, d. h. es muß aus den Umständen, unter welchen das Geständniß abgelegt wurde, hervorgehen, daß der Gestehende nicht durch irgend eine Nebenabsicht zu seiner Aussage bestimmt wurde, sondern die ernstliche Absicht hatte, der Wahrheit Zeugniß zu geben. Ist daher diese Absicht nicht vorhanden, so beweist das Geständniß gar nichts; ist sie zweifelhaft, so reicht sie zu einem vollen Beweise nicht hin (Bayer, l. c.). Ueberhaupt erfordert aber ein Geständniß nicht nur eine ausdrückliche, sondern auch umständlich und völlig bestimmt abgelegte Erklärung (cf. l. 6. §. 1. D. 42. 2).“

II. „Als ein gerichtliches Zugeständniß läßt sich das, was Beklagter in einem früheren, zwischen denselben Parteien verhandelten und durch Zurückweisung der Klage beendeten Rechtsstreite, in welchem

es sich zudem um ein anderes Streitobject handelte, seinerseits eingeräumt hat, nicht auffassen (vgl. Renaud, Civilproceß, §. 104. Seuffert's Archiv, Band IX, Nr. 352. Band XXI, Nr. 89. Band XXIII, Nr. 87). Es kann vielmehr in dem, was in jener anderen Klagesache vom Beklagten eingeräumt worden, nur ein außergerichtliches Geständniß erblickt werden und einem solchen außergerichtlichen Geständniß ist eben nur in einzelnen Fällen, je nach richterlichem Ermessen, eine Beweisraft beizulegen.“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 6. Mai 1877, Nr. 3126).

266. Beweisraft eines außergerichtlichen Geständnisses.

I. Hierüber sagen die Motive des Appellationsurtheils des Rathes vom 31. Januar 1873, Nr. 794 Folgendes:

„Damit einem außergerichtlichen Geständnisse Beweisraft beigegeben werden könne, ist es zunächst erforderlich, daß die Aeußerung, aus welcher das Geständniß abgeleitet werden soll, an und für sich unzweifelhaft feststeht und daß der animus confitendi (die ernste Absicht des Aeußernden, die Wahrheit zu sagen) auch vorhanden und zwar in der Art erkennbar sei, daß sie einem Zweifel nicht unterliegt, da in letzterem Falle eine richterliche Ueberzeugung nicht erbracht und somit ein Beweis nicht bewirkt wird. Um nun aber zu erkennen, ob einer betreffenden Aeußerung jene Absicht in der That zu Grunde gelegen habe, ist es nothwendig, die begleitenden Umstände zu kennen, unter denen sie geschehen, und nach diesen abzumessen, ob jene ernstliche Absicht als vorhanden anzunehmen ist, was allein Sache der richterlichen Beurtheilung ist.“

II. „Es muß anerkannt werden, daß durch außergerichtliches Geständniß nicht minder als durch ein gerichtlich abgelegtes Geständniß vollkommener Beweis hergestellt wird, wenn es die Absicht des Bekennenden gewesen ist, durch die außergerichtlich abgegebene Erklärung anderen Personen gegenüber eine bestimmte Thatsache festzustellen. Die Beweisraft des in diesem Sinne abgelegten außergerichtlichen Geständnisses beruht, wie die Beweisraft des gerichtlichen Geständnisses, auf dem bei dem letzteren zu präsumierenden, bei dem außergerichtlichen Geständniß aber nachzuweisenden Willen, eine Thatsache als wahr gelten zu lassen . . .“

Obwohl aber ein Geständniß nur in dem Falle, daß der Wille des Bekennenden auf die Feststellung einer streitigen Thatsache gerichtet ist, vollen Beweis zu erbringen vermag, so können doch auch die im uneigentlichen Sinne des Wortes als Geständnisse bezeichneten Erklärungen, durch welche von einer Partei für sie nachtheilige Thatsachen dritten Personen gegenüber eingeräumt werden, für die Beweiserhebung als werthlos nicht angesehen werden, weil schwerlich jemand ohne eine besondere Veranlassung die Unwahrheit zu erzählen und namentlich für ihn nachtheilige Thatsachen dritten Personen einzuräumen geneigt sein dürfte und hieraus sich eine gewisse Wahrscheinlichkeit solcher Einräumung ergeben muß.

Das außergerichtliche Geständniß in dem Sinne, wie es nachweislich von der Klägerin abgelegt worden ist, kann daher nicht volle Wahrheit, sondern nur eine Vermuthung zu Gunsten der Beklagten ergeben."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 8. Februar 1880, Nr. 1023.)

Uebereinstimmend ist auch erkannt in dem Appellations-Erkenntnisse vom 16. Januar 1881, Nr. 406.

267. Beweis des animus constendi.

„Was den angeblich nicht nachgewiesenen Bekenntnißwillen des Appellanten bei seinen, den Zeugen gegenüber abgelegten, außergerichtlichen Geständnissen seiner Schuld betrifft, so ist ein solcher Bekenntnißwille als ein innerlicher Vorgang kaum jemals durch die sonst gewöhnlichen Beweismittel in Gewißheit zu setzen, sondern meist oder gar immer nur aus den das Geständniß begleitenden Umständen zu folgern. Diese begleitenden Umstände sind aber vorliegendenfalls der Art, daß an einem Bekenntnißwillen des Appellanten füglich nicht gezweifelt werden kann.“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 18. Januar 1878, Nr. 478.)

268. Irrthum bei Ablegung eines außergerichtlichen Geständnisses.

In einer Versteigerung, bei welcher Beklagter als Auctionator fungirt hatte, hatte Kläger eine Partie in Tonnen gepackter Nägel

gekauft. Bei der Versteigerung war nach Gewicht geboten worden und verweigerte der Beklagte bei später entstandener Meinungsverschiedenheit über die Höhe des zu zahlenden Preises dem Kläger die Herausgabe der erstandenen Waare. Nachdem Kläger den vom Beklagten geforderten Mehrbetrag baar deponirt, forderte er denselben gerichtlich zurück, und zwischen den nunmehrigen Proceßparteien handelte es sich jetzt um die Frage, ob in casu ein Verkauf nach einem Pauschquantum oder ein Kauf nach einem durch Zuwägung zu ermittelnden Quantum vorliege. Kläger behauptete das Erstere und berief sich zum Erweis dessen darauf, daß Beklagter vor Beginn der Versteigerung auf die Anfrage der Kaufliebhaber erklärt habe, jede Tonne solle zu 5 Pud brutto, wovon 10 Pfund Tara abzuziehen, fest gerechnet und nach Gewicht geboten werden. Dies sei auch in der vom Kläger beigebrachten, vom Beklagten aufgestellten schriftlichen Berechnung des zu zahlenden Kaufpreises, sowie in einer Auszahlungsordre des Beklagten an den die qu. Waare aufbewahrenden Fabrikdirector früher vom Beklagten eingestanden worden. Beklagter behauptete dagegen, es sei nur nach Gewicht verkauft worden; jene Aeußerung habe er (Beklagter) nur zur Befriedigung desfalliger Nachfrage gethan. Die Versteigerungsbedingungen seien dadurch nicht berührt worden und die Rückforderung des Klägers sei unberechtigt, weil ein späteres Nachwägen constatirt habe, daß die Quantität der gekauften Partie größer sei, als ursprünglich aus Irrthum vom Beklagten angegeben worden. Beklagter submittirte hierauf, indem er sich für den Fall, daß ihn nach richterlichem Ermessen in irgend einer Hinsicht die Beweislast treffen sollte, das Recht zur Beweisführung ausdrücklich vorbehielt, zugleich mit dem Kläger zur Entscheidung.

Das vogteigerichtliche Urtheil vom 18. September 1871, Nr. 85 bestätigte die klägerische Ansicht und verfügte die Auszahlung der zurückgeforderten deponirten Summe an den Kläger. Die Motivirung ging dahin: Kläger habe den historischen Klagegrund, dessen Beweis ihm oblag, durch Bezugnahme auf verschiedene außergerichtliche Geständnisse des Beklagten in juridische Gewißheit gesetzt, zumal der Irrthum, auf welchen sich Beklagter zur Entkräftung des Klagebeweises berufen, des Beklagten eigene Handlungen betreffe und einem solchen Irrthume keine Relevanz beigegeben werden könne.

Durch Appellations-Erkenntniß vom 31. März 1872, Nr. 2231 wurde indeß der Bitte des appellirenden Beklagten gemäß das untergerichtliche Erkenntniß aufgehoben und dem Beklagten der Gegenbeweis nachgegeben.

Den oberrichterlichen Motiven ist hierher gehörig Folgendes zu entnehmen:

„Die Geständnisse (des Beklagten) sind nicht dispositiver Natur, derart, daß dadurch ein neues Recht für den Kläger hat begründet werden sollen: es hat durch dieselben vielmehr nur anerkannt werden sollen, welche Rechte Kläger aus dem Steigerungskauf erworben hat. Daher haben diese Geständnisse auch nur so lange als Beweisgrund Werth, als die Voraussetzung, daß Beklagter mit Bewußtsein und Kenntniß die Wahrheit anerkannt hat, nicht in Zweifel gerathen ist. Die Beweiskraft des Geständnisses des Beklagten ist eben keine absolute, sondern eine an bestimmte Voraussetzungen gebundene, und daher muß der Gegenbeweis zugelassen werden.“ . . .

„Die Ansicht des Unterrichters, daß der Irrthum, auf welchen sich Beklagter berufen hat, irrelevant sei, weil er des Beklagten eigene Handlungen betreffe, kann für zutreffend nicht erachtet werden. Es handelt sich hier nicht um den nach den Normen des Privatrechts zu beurtheilenden Irrthum im Vertrage, der, wenn er über eigene Handlungen stattgefunden hat, in der Regel nicht entschuldbar ist. Es kommt im vorliegenden Fall darauf an, ob Beklagter dasjenige, was Kläger gegen ihn zur Begründung der Klage als Geständniß auszubeuten gesucht hat, mit voller Kenntniß der Wahrheit und im Bewußtsein derselben ausgesprochen hat; denn jeder Irrthum, durch welchen er an dem richtigen Erkennen der Wahrheit gehindert wird — von welcher Art derselbe auch sein mag — macht einen Wahrheitschluß aus dem ursprünglich abgelegten Geständnisse unmöglich.

Auch schon, weil nach den Grundsätzen des Civilprocesses der Gegenbeweis gegen ein außergerichtliches Geständniß stets zugelassen werden soll, hätte dem Beklagten, welcher sich das Recht des Gegenbeweises ausdrücklich vorbehalten hatte, nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden dürfen, einen Gegenbeweis zu führen.“

269. Ueber den Einfluß thatsächlicher Vermuthungen auf die Beweisauflage

finden sich in den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 23. Januar 1880, Nr. 563 folgende Ausführungen:

„In dem heutigen Proceßrecht ist es nicht mehr streitig, daß auch negative Behauptungen oder die Nichtexistenz von Thatsachen zum Beweise zu verstellen sind, sofern sie zur Begründung des verfolgten Anspruches gehören. Dagegen hätte Kläger allerdings Grund zur Beschwerde, wenn der erste Richter solche Thatsachen, die ihm aus anderen Acten bekannt geworden sind und die nur eine factische Vermuthung für den Beweisatz begründen, als eine Veranlassung dazu angesehen hätte, die Beweislast umzukehren oder den Beweisatz als bereits bewiesen anzunehmen. Denn factische Vermuthungen entbinden nicht von der Beweislast, sind nicht ein Beweisurrogat, sondern Beweismittel, die erst bei der Beweiswürdigung am Schlusse des Beweisverfahrens berücksichtigt werden können, und selbst wenn über die Prämissen der thatsächlichen Vermuthung bereits im ersten Verfahren der Beweis anticipirt ist und der Richter die Vermuthung für stark genug zur Herstellung des Beweises hält, hat er der Gegenpartei nicht den Beweis aufzuerlegen, sondern ihr nur den Gegenbeweis vorzubehalten. (Vergl. Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung, 2. Aufl. V §. 3 a. E. Langenbeck, Beweisführung, S. 198. Martin, Lehrbuch, §. 181 Note 1. Bayer, Vorträge, S. 717. Renaud, Lehrbuch, §. 107 Note 4 und 12.) Im Fragefalle hatten nun Beklagte nicht einmal den Beweis anticipirt, die Befreiung derselben von der Beweislast wegen factischer Vermuthungen, deren Prämissen nicht in den Proceßacten sich fanden, war daher allerdings unstatthaft.“

270. Indiciembeweis im Civilproceß (Beweis der Simulation).

Die Motive des Appellationsurtheils vom 25. Februar 1877, Nr. 1285 enthalten hierüber Folgendes:

„Im Civilproceß ist abweichend vom Criminalproceß der Indiciembeweis von untergeordneter Bedeutung und nicht geeignet, den in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erforderlichen formellen Beweis zu ersetzen. Allerdings darf die Pflicht zur Erbringung solchen

formellen Beweises dort in Wegfall kommen, wo das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen von solcher Beweisführung liberirt, weil es an solche Voraussetzungen an sich selbst schon eine praesumptio juris oder richtiger eine Fiction knüpft. Die gemeinen Vermuthungen aber, oder die sogenannten praesumptiones hominis und facti (d. i. solche logische Schlußfolgerungen, welche aus einer oder aus mehreren unzweifelhaften Thatsachen nach einem Erfahrungs- oder Vernunftsatz auf eine andere, processualisch strittige Thatsache mit größerer, oder geringerer Wahrscheinlichkeit gezogen werden) geben dem Civilrichter keine juridische Gewißheit und entheben — es sei denn, daß beide Thatsachen in einem solchen Verhältniß zu einander stehen, daß die eine ohne die andere undenkbar, oder aber nur im Verein mit der anderen denkbar ist, — der Beweispflicht nicht. Was nun insbesondere den Beweis der Simulation eines Rechtsgeschäfts anbelangt, so ist bei diesem Beweise nicht außer Acht zu lassen, daß er vornehmlich darauf zu richten ist, wie derjenige, gegen welchen die Einrede geltend gemacht wird, seinerseits an der Simulation Antheil genommen habe.“

(Im vorliegenden Falle wurde der Beweis der stattgehabten Simulation des fraglichen Geschäfts — obgleich nicht unbedeutende Wahrscheinlichkeitsgründe dafür sprachen — für mißlungen erklärt, weil directer Nachweis der Theilnahme der Proceßpartei, gegen welche der Einwand erhoben wurde, gerade nicht vorhanden war).

271. Wenn es sich um den Beweis abstracter Begriffe handelt, so brauchen die den Begriff darthnenden Thatsachen erst in der Beweisantretung speciell namhaft gemacht zu werden.

Gegen die Klage aus dem Verdingungsvertrage auf Bezahlung des Lohnes schützte Beklagter u. a. auch vor, „Kläger habe sich zur Leitung und Ausführung des übernommenen Baues als völlig untauglich erwiesen, indem alles dasjenige, was er selbst hergestellt, fehlerhaft angelegt und mangelhaft ausgeführt sei.“

Diese vom Gegner in Abrede genommene Behauptung wurde durch den Bescheid der II. Section des Landvogteigerichts vom 8. Juli, Nr. 132 nicht zum Beweise zugelassen, durch den Querel-

beſcheid des Rathes vom 3. September 1875, Nr. 5817 jedoch in das Beweissthema aufgenommen.

Die oberrichterlichen Motive führen hierher gehörig aus:

„Allerdings wird die Unfähigkeit als ein abstracter Begriff nicht unmittelbar Gegenstand des Beweises sein können, sondern es werden specielle concrete Thatfachen angeführt und dargethan werden müssen, aus denen durch eine begründete Schlußfolge sich jene ergibt. Es erscheint indessen nicht nothwendig, daß diese concreten Thatfachen schon mit dem Vorbringen der Einrede selbst speciell angeführt und auseinandergesetzt werden, sondern es muß als vollkommen genügend angesehen werden, wenn sie bei Einführung des Beweises aufgestellt werden. Der Ansicht des Unterrichters, daß die Angaben, welche Beklagter in dieser Beziehung aufgestellt hat, allgemein und unbestimmt gehalten seien und zu einer Beweisaufgabe nicht geeignet erscheinen, weil es an einem greifbaren Stoffe fehle, um einen seinem Inhalt nach genau abgegrenzten Streitsatz hinstellen zu können, kann daher nicht beigetreten werden; es erscheint vielmehr die behauptete Thatfache, daß das vom Kläger zur Ausführung des übernommenen Baues bereits hergestellte fehlerhaft angelegt und mangelhaft ausgeführt ist, genügend, um sie als Beweissthema aufzustellen. Allerdings wird Beklagter, um den Beweis dieses Themas zu erbringen, zugleich den Nachweis zu führen haben, einmal was Kläger zum Zweck des Hausbaues hergestellt hat, und sodann welches die Fehler und die Mängel sind, welche dabei von dem Kläger verschuldet sind. Dies sind auch mit dem Beweissthema zusammenhängende thatsächliche Voraussetzungen, die Theile der Beweisführung sein müssen, wenn die Bewahrheitung des Beweissthemas und der aus demselben je nach den Umständen vom Richter allein oder unter Zuziehung von Sachverständigen zu ziehende Schluß auf die Unfähigkeit des Klägers gelingen soll.“

272. Unzulässigkeit von Zeugen *ex audita*.

In einer Alimentationsklage wurde Beklagter, welcher die *ex plur. concumbentium* nicht erweisen konnte und mit seinem deminirten Zeugen präcludirt worden war, in beiden Instanzen verurtheilt. Aus den Motiven des oberrichterlichen Querelbescheides

vom 28. Januar 1872, Nr. 557 ist über die vorliegende Frage zu entnehmen:

„Es hat Querulant (Beklagter) mit der Querelrechtfertigung zugleich ein Beweismachgabegesuch verbunden, indem er zur Anzeige gebracht hat, daß er erst jetzt von den Schlossergesellen A. B. und H. G. erfahren, daß ihnen der von ihm, dem Beklagten, in der Unterinstanz benannte, aber nicht gestellte Zeuge K. mitgetheilt, daß zu der gleichen Zeit mit ihm, dem Beklagten, auch er, K., der Klägerin fleischlich beigewohnt habe, was erst nach geschlossenem Beweisverfahren ermittelt zu haben Querulant eidlich zu erhärten sich erbietet. Es kann indeß Querulant zu diesem Beweise nicht zugelassen werden, weil sein Resultat auch im für ihn günstigsten Fall ein irrelevantes sein würde, da die Aussagen von Zeugen über Thatfachen, welche sie nicht mit eigenen Sinnen wahrgenommen, sondern lediglich durch Erzählungen anderer erkundet haben, rechtlich gewichtlos sind. Auf die Beweismachgabebitte des Querulanten hat unter diesen Umständen keine Rücksicht genommen werden dürfen.“

273. Testimonium ex auditu oder Beweis des außergerichtlichen Geständnisses?

In einer Klagesache auf Auslieferung verkaufter Balken hatte Kläger den Beweis des geschehenen Verkaufs durch Vorlegung einer — zugleich mit der Quittung über den Empfang des vollen Kaufpreises versehenen — Verkaufsrechnung des Beklagten geführt. Beklagter hatte dagegen die Aussage zweier Zeugen für seine Behauptung beigebracht, daß ein Verkauf nur simulirt worden, eigentlich aber eine Verpfändung jener Partie Balken zur Sicherung einer klägerischen Forderung beabsichtigt worden sei.

In den Motiven des Appellationsurtheils vom 12. Januar 1872, Nr. 184 findet sich folgender Passus:

„Allerdings referiren die beiden Zeugen nicht über eine von ihnen mit eigenen Sinnen wahrgenommene Thatsache, denn sie sind beide eingestandenermaßen bei dem in Rede stehenden Geschäftsabluß nicht zugegen gewesen, sie bekräftigen vielmehr nur, was sie wie von dem Beklagten, so auch vom Kläger selber darüber vernommen haben und erheben damit mehr nicht zur Gewißheit, als ein außergerichtliches Geständniß. Aber auch in der Verkaufs-

rechnung . . . des Beklagten hat nichts anderes, als gleichfalls ein nach denselben Principien zu beurtheilendes außergerichtliches Geständniß Ausdruck gefunden. Injoweit dürfte sich das Gewicht des einen Beweises über das des anderen also wohl kaum erheben und kann der Argumentation des Unterrichters, derzufolge die Aussagen der Zeugen als ex auditu hervorgegangen, den beigebrachten Urkunden nachzustehen haben, nicht beigepflichtet werden, weil kein rechtlicher Grund vorliegt, die in den Urkunden enthaltene Willenserklärung des Beklagten höher zu stellen, als das durch zweier Zeugen übereinstimmende Deposition bewahrheitete Einbekenntniß des Klägers.“

274. Beurtheilung von Zeugenaussagen über juristische Begriffe.

Es handelte sich um den Beweis, daß das fragliche Verkaufsgeschäft einer Partie Balken nur ein Scheinkauf gewesen und in Wahrheit vielmehr nur die Verpfändung jener Balken zur Sicherstellung einer klägerischen Forderung bezweckt habe. Der Richter (Erkenntniß vom 21. August 1871, Nr. 791, Wettgericht) bemängelte die Aussagen zweier Zeugen, welche deponirt hatten, es habe ein simulirter Kauf, eigentlich eine Verpfändung stattgefunden, weil von den Zeugen, „als Laien kaum vorausgesetzt werden könne, daß sie die, juristisch allerdings streng scheidbaren, in ihrem praktischen Resultate aber einander nahe verwandten Rechtsbegriffe eines Verkaufs mit Rückkaufsrecht und einer Verpfändung genau zu unterscheiden und nicht mit einander zu verwechseln im Stande gewesen.“ Anders urtheilen die Motive des Appellationsurtheils vom 12. Januar 1872, Nr. 184 hierüber:

„Es erscheint nicht erlaubt, sich der Präsumtion des Unterrichters anzuschließen. Wenn die Unfähigkeit zu solcher Unterscheidung und eine stattgehabte Verwechslung jener Begriffe immerhin auch nicht außer dem Bereich der Möglichkeit liegen mag, so darf sie doch — zumal den Versicherungen der beiden Zeugen gegenüber, daß sie die Verschiedenartigkeit beider Rechtsbegriffe, wenn sie auch juristisch sie nicht gerade zu definiren vermöchten, doch sehr wohl einsähen und verstanden — keineswegs präsumirt werden, denn ein Rechtsirrtum oder ein Mißverständniß wird rechtlich nicht vermuthet, sondern bedarf des Beweises.“

275. Objective Glaubwürdigkeit des Zeugnisses.

Das Appellationsurtheil des Rathes vom 23. November 1873, Nr. 8767 führt in seinen Motiven aus, daß der vom Kläger (Appellanten) unternommene Zeugenbeweis, obgleich zwei Zeugen das Beweissthema strict bejahen, mißlungen sei. Die Zeugen sollten nämlich bewahrheiten, daß zum Bau bestimmter Ziegelöfen im Ganzen 168,500 Ziegel verbraucht worden seien und erklärten, dies sei ihnen, welche beim Bau der betr. Oefen vor 3 Jahren beschäftigt gewesen, erinnerlich, obgleich sie selbst sich keineswegs die Zahl der täglich verbrauchten Ziegel notirt hätten, sondern nur ihre Aufgaben dem Kläger zur Notirung gemacht hätten, sie hätten aber besondere Veranlassung gehabt von der Zahl der vermauerten Ziegel Kenntniß zu nehmen, weil der Maurerlohn nach der Zahl der verarbeiteten Ziegel berechnet worden sei. Ein derartiges Erinnerungsvermögen erklärt das obergerichtliche Erkenntniß für unmöglich und erachtet den Beweis daher für vollständig mißlungen. Es heißt daselbst u. a.:

„Da nicht etwa nur der Strafrichter, wie Appellant vermeint, sondern auch der Richter in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Pflicht hat von Amtswegen, wie die subjective, so auch die objective Glaubwürdigkeit der Zeugen zu prüfen und insbesondere die Art ihrer Aussage und ihren Wissensgrund in nähere Erwägung zu ziehen, so war, selbst abgesehen davon, daß Beklagter die Einreden wider der Zeugen Person und Aussagen sich ausdrücklich gewahrt und in der Gegendeuction auf die Beweisuntüchtigkeit der Zeugen hingewiesen hatte, der Unterrichter nicht nur befugt, sondern auch verbunden, behufs Gewinnung einer Basis für seine Ueberzeugung auf alle Umstände einzugehen, welche die Richtigkeit der Zeugendepositionen wahrscheinlich oder unwahrscheinlich machen, und konnte der Unterrichter, da für die Voraussetzung eines außergewöhnlichen und widernatürlichen Erinnerungsvermögens der klägerischen Zeugen kein Anhalt vorlag, füglich zu keinem anderen Resultat, als geschehen gelangen. Der Beweis mußte für vollständig mißlungen erachtet werden.“

276. Beweiskraft eines einzigen, jedoch gemeinschaftlichen Zeugen.

„Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 15. December 1876, Nr. 8158:

„Die Herstellung eines vollen Beweises durch ein Einzelzeugniß setzt eine Einigung der Parteien darüber voraus, daß diesem Einzelzeugnisse eine solche Wirkung beizumessen sei. Eine derartige Einigung der Parteien hat aber nicht stattgefunden, im Gegentheil hat Beklagter angegeben, daß der Zeuge nicht über allen Verdacht erhaben erscheinen möge, und nur die Unzulässigkeit dieser Einwendung gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen, nicht aber eine Verbindlichkeit, diesen einen Zeugen statt zweier gelten zu lassen, ergibt sich daraus, daß Beklagter in seinem Gegenbeweise ebenfalls sich auf denselben Zeugen berufen hat.“

277. Die Existenz eines Marktpreises wird durch das amtliche Zeugniß eines Maklers nicht vollständig erwiesen.

„Der Börsenmakler S. hat auf seinen Amtseid ausgesagt, daß er von dem Associé der klägerischen Handlung zum Ankauf von 1000 Tonnen H^h pfündiger Schlagfaat (wie sie Beklagter der Klägerin verkauft, aber zum Termin nicht geliefert hatte) beauftragt worden sei, jedoch Schlagfaat von dieser Qualität am Markte nicht habe ermitteln können und deshalb Saat im Gewicht von 108/109 Pfd. gekauft, deren Marktpreis am 1. November 1877 per Tonne 3 Rbl. 30 Kop. betragen habe. Diese Aussage hat der erste Richter als vollen Beweis angenommen, weil sie von einer Amtsperson abgelegt sei. Das Zeugniß eines Beamten liefert aber nur dort vollen Beweis, wo es sich auf Thatsachen bezieht, die er in amtlicher Eigenschaft und innerhalb seines amtlichen Berufes wahrgenommen hat, und die Feststellung des Marktpreises für eine bestimmte Waare gehört nicht zu dem amtlichen Wirkungskreise des einzelnen Maklers, welcher nur von den durch ihn selbst vermittelten Geschäften amtliche Kenntniß erlangt; sondern sie erfolgt auf Grund der Berichte sämmtlicher Makler, aus deren Zusammenstellung erst der Durchschnittspreis oder Marktpreis gewonnen wird. Nun findet sich in dem klägerischerseits beigebrachten Waarenpreis-

courant vom 29. October und vom 2. November 1877 eine Notirung bezüglich des Preises von Schlagfaat in loco überhaupt nicht, es kann also auch die Existenz eines „Marktpreises“ für diese Waare am 1. November 1877 als constatirt nicht angesehen werden.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 15. Juni 1879, Nr. 4193.)

278. Zeugen und Urkundenbeweis im Verhältniß zu einander.

Kläger forderte vom Beklagten die Auslieferung einer Anzahl angeblich von seinem Gegner ihm verkaufter Balken und producirte zur Begründung seines Anspruchs eine zugleich mit der Quittung über den Empfang des vollen Kaufpreises versehene Verkaufsrechnung des Beklagten betr. die fragliche Partie Balken. Beklagter behauptete, es habe nur ein Scheinkauf stattgefunden, in Wahrheit seien die in Rede stehenden Balken lediglich zur Sicherstellung einer judicatmäßigen klägerischen Forderung verpfändet worden. Zwei Zeugen bejahten diese Behauptung des Beklagten.

Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 12. Januar 1872, Nr. 184 ist hervorzuheben:

„Nach dem heutigen Standpunkte der Rechtswissenschaft kann als allseitig zugegeben anerkannt werden, daß im allgemeinen — einzelne Fälle, deren hier keiner vorliegt, ausgenommen — den Zeugenaussagen, wie den Urkunden — deren volle Beweiswürdigkeit selbstverständlich vorausgesetzt — gleiche Beweisraft innewohnt. Von dieser Regel bilden auch dispositive Urkunden, wie sie hier zur Begründung des Klageanspruchs beigebracht werden, keine Ausnahme, denn diese Urkunden beweisen zwar allerdings unumstößlich die geschehene Disposition, nicht aber deren unbedingte Giltigkeit, jodaß sie insbesondere auch durch den Beweis der Simulation wohl entkräftet werden können. Die Annahme eines Uebergewichts des Urkundenbeweises über den Zeugenbeweis oder vice versa wäre daher mindestens dieses Falls nicht zu rechtfertigen.“

279. **Urkundenbeweis.** Gegenbeweis gegen eine Schuldurkunde, nach deren Ausstellung die zweijährige Frist bereits abgelaufen ist.

Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 15. Octbr. 1875, Nr. 6787:

„Nach dem Art. 3678 Th. III des Prov.-Rechts liefert nach dem (hier eingetretenen) Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist die Schuldurkunde über ein Darlehen einen vollständigen Beweis dafür, daß dem Aussteller derselben diejenige Valuta ungekürzt dargeliehen worden ist, deren die Urkunde erwähnt. Das Recht zum Gegenbeweise ist dem Schuldner nicht versagt. Stellt sich, nachdem der Schuldner von dieser Befugniß Gebrauch gemacht hat, dem vollen Urkundenbeweis ein voller Gegenbeweis gegenüber, so mag dem Richter die Wahl freigegeben sein, die Streitfrage je nach seinem Ermessen durch die Auflage sei es eines Ergänzungsseides, sei es eines Reinigungsseides zum Austrag zu bringen. Anders gestaltet sich das Verhältniß aber, wenn dem vollen urkundlichen Beweise ein ungenügender, ja — wie in casu — kaum ein halber Gegenbeweis entgegensteht. Hier überwiegt der volle Beweis den nicht vollen Gegenbeweis und es kann, wenn mit Rücksicht darauf, daß auch der volle Urkundenbeweis durch einen nicht vollen Gegenbeweis einigermaßen abgeschwächt wird, ein Notheid Platz zu greifen hat, nur auf einen Reinigungsseid, nicht auf einen Erfüllungseid erkannt werden, indem widrigenfalls dem Unvollkommenen ein Uebergewicht über das Vollkommene gegeben und der in den Rig. Stadtrechten Lib. II Cap. XVIII, Art. 15 enthaltenen Regel entgegengetreten werden würde.“

280. **Fassung des Notheides bei der Alimentationsklage.**

Die Klägerin belangte Beklagten auf Alimentation des angeblich mit ihm außerehelich erzeugten Kindes und trat, als Beklagter leugnete, mit der Klägerin geschlechtlichen Umgang überhaupt gehabt zu haben, den Beweis der Vaterschaft des Beklagten durch Denomination von Zeugen an, von denen zwei nur Irrelevantes auszusagen mußten, während der Dritte ein außergerichtliches Geständniß der Vaterschaft vom Beklagten gehört zu haben behauptete. Das Landvogteigericht I. Section legte durch Erkenntniß vom 21. September

dem Beklagten den Reinigungsseid auf, daß er in der kritischen Zeit mit der Klägerin keinen fleischlichen Umgang gepflogen habe. Durch Querelbescheid vom 1. December 1872, Nr. 8552 änderte indes der Rath die untergerichtliche Entscheidung ab und legte der Klägerin den Ergänzungsseid darüber auf, daß Beklagter den von ihr geborenen Sohn außergerichtlich als sein Kind anerkannt habe.

Die oberrichterliche Motivirung lautet:

„Nach Art. 165 Th. III des Prov.-Rechts hat als Vater eines unehelichen Kindes der zu gelten, welcher sich entweder freiwillig, als solcher bekennt, oder vor Gericht dessen geständig oder überwiesen ist, der Mutter des Kindes in der Zeitdauer zwischen zehn Monaten und 128 Tagen vor der Geburt des Kindes fleischlich beigewohnt zu haben. Beklagter war gerichtlich der ihm zur Last gelegten Paternität nicht geständig. Nach den beiden anderen vom Gesetz angezeigten Richtungen erstreckte Klägerin aber ihren Beweis. Der versuchte Concumbenzbeweis mißlang ihr vollständig, denn beide in dieser Beziehung vernommenen Zeugen vermochten im wesentlichen mehr nicht zu bestätigen, als nur im allgemeinen, daß Beklagter die Klägerin mitunter besucht habe. Dieser Theil des Beweises muß daher als ein ganz und gar ergebnisloser betrachtet werden. Dagegen ist der Geständnißbeweis der Klägerin allerdings zur Hälfte gelungen. Denn die dritte Zeugin, gegen deren Glaubwürdigkeit kein Einwand erhoben worden, versichert, daß in ihrer Gegenwart Beklagter sich als Vater des Kindes und als alimentationsbereit erklärt habe. Da nun, wie vorher gezeigt worden, ein solches außergerichtliches Geständniß, für dessen erfolgte Ablegung ein halber Beweis geführt ist, zur Feststellung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes genügt, so kann der Appellantin nicht wohl verwehrt werden, den halben Beweis des außergerichtlichen Bekenntnisses des Beklagten durch einen ihrerseitigen Ergänzungsseid in rechtlich genügender Weise zu vervollständigen, während für den durch das untergerichtliche Erkenntniß dem Beklagten aufgegebenen Reinigungsseid es ganz eigentlich an einem wahren Halt gebricht, weil für den fleischlichen Umgang des Beklagten mit der Klägerin außer dem außergerichtlichen Bekenntnisse des Beklagten gar kein Beweis vorliegt.“

281. Notheid. Auswahl der eid schwörenden Partei nach richterlichem Ermessen.

I. „Nach Maßgabe der Bestimmungen der Stadtrechte ist allerdings in dem Falle, daß eine Proceßpartei ihr Vorbringen nur halb erwiesen haben sollte, die Wahl zwischen dem Ergänzungs- und dem Reinigungseide derart in das Ermessen des Richters gestellt, daß dieser hierbei einerseits auf „Anzeigen und Vermuthungen“, d. h. auf die objective Wahrscheinlichkeit, andererseits auf „Ansehen, Ehr und Würde“ jeder Partei, d. h. auf deren subjective Glaubwürdigkeit, entsprechend Rücksicht zu nehmen hat. Ungeachtet einer vom Probaten erbrachten *semiplena probatio* ist also nach den Stadtrechten, sobald Vermuthungen mehr gegen als für die Wahrheit seines Beweissatzes streiten, oder wenn der Probat größere Glaubwürdigkeit als der Probat in Anspruch nehmen kann, auf einen Reinigungseid zu erkennen.“

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 9. Juli 1875, Nr. 4744.)

II. Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 10. December 1876, Nr. 8032:

„Wenn nach den §§. 14 und 15 Lib. II Cap. XVIII der Stadtrechte es in das Ermessen des Richters gelegt ist, welcher Partei er bei mangelhaftem Beweise den Eid auflegen will, je nach den Umständen und der Persönlichkeit jeder Partei, und je nachdem für den einen oder anderen Theil nach dem erbrachten Beweise die bessere Vermuthung spricht, und wenn nun Beklagter dadurch, daß er auch solche Thatsachen in seiner Erklärung in Abrede gestellt hat, die durch den Beweis in volle Gewißheit gesetzt worden sind, die Vermuthung gegen sich gelenkt hat, so rechtfertigt es sich nach allem diesem, wenn in Abweichung von dem untergerichtlichen Erkenntnisse nicht dem Beklagten, sondern dem Kläger der Eid auferlegt wird.“ (Der beweisführende Kläger hatte nicht gerade halben Beweis erbracht und es war in der Unterinstanz dem Gegner der Reinigungseid aufgelegt worden.)

III. Durch Bescheid des Rathes vom 16. März 1877, Nr. 1782 wurde der appellirenden Beklagten der erbetene Novenbeweis über

die unsittliche Führung des Klägers — trotz des von diesem wegen der Irrelevanz des Beweissthema erhobenen Protestes — nachgegeben, „weil der Beweis keineswegs irrelevant erscheine, da er für die möglicher Weise sich herausstellende Frage ob die Entscheidung der Sache nicht etwa schließlich von einem dem einen oder dem anderen Theile aufzuerlegenden Eide abhängig zu machen sein werde, immerhin von Einfluß sein könne, zumal nach §. 15 Lib. II Cap. XVIII der Stadtrechte der Richter verpflichtet sei, bei der Auferlegung eines Notheides auch in Berücksichtigung zu ziehen, in was Ansehen, Ehr und Würde jede Partei sei.“

IV. Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 19. Mai 1876, Nr. 3319:

„Die Aussagen des Zeugen, soweit sie die bestrittene Quantität von den Klägern ausgebrochener Steine betreffen, sind durchaus geeignet, für dieselben einen halben Beweis zu liefern. Ist aber halber Beweis erbracht, so liegt kein Grund vor, von der in solchem Fall allgemein beobachteten Regel abzuweichen, nach welcher dem semiplene Probanden der Ergänzungszeit, nicht dem Probanden der Reinigungszeit zuerkannt wird. Denn weder schließt die über den Kläger W. verhängte Criminaluntersuchung, noch die Peregrinität des Klägers S. eine Eidesunwürdigkeit in sich. Allerdings ist durch die Rigaschen Stadtrechte in Lib. II Cap. XVIII §§. 14 und 15 dem Richter ziemlich freier Spielraum in Ansehung dessen gegeben, welcher Partei er den Notheid auferlegen will, doch ist er dabei nicht minder an einige gesetzliche Regeln gebunden. Nicht nur „Ansehen, Ehr und Würde“ der Parteien hat er dabei in Betracht zu ziehen, sondern gleichzeitig nicht außer Acht zu lassen, welche Partei von der Sache die beste Wissenschaft hat und was sie vor der anderen erwiesen und welche bessere Vermuthung sie für sich hat. Wenn daher immerhin auch Beklagter berechtigt sein mag für sich mehr „Ansehen, Ehr und Würde“ in Anspruch zu nehmen, als seinen Proceßgegnern zukömmt, so ist doch nicht zu übersehen, daß die Kläger, wie vorausgesetzt werden darf, von dem Maße der von ihnen ausgebrochenen Steine zuverlässigere Wissenschaft haben als Beklagter, welcher persönlich dabei nicht oder doch nur in oberflächlicher Weise thätig gewesen ist, und daß die Kläger das

Zeugniß eines unbescholtenen Mannes mindestens für das Quantum, welches zum Eide gestellt worden, für sich haben.“

282. Die Formulirung eines Notheides kann auch nach beschrittener Rechtskraft des Erkenntnisses noch abgeändert werden.

Durch rechtskräftiges Erkenntniß vom 4. April 1878 war dem Kläger der Ergänzungseid dahin auferlegt worden: „daß er die ganze ihm anvertraute Ladung Heu — 88 S Pfd. enthaltend — von Mitau nach Riga transportirt und dem Beklagten abgeliefert habe“. Kläger zeigte darauf an, daß er das Gewicht des Heues nicht selbst geprüft habe, und beantragte, entweder die Worte „88 S Pfd. enthaltend“ wegzulassen oder ihnen die Worte „nach Angabe des Expeditors Seiz“ voranzuschicken. Die II. Section des Landvogteigerichts entsprach durch Bescheid vom 3. Juni 1878, Nr. 136 dem letzteren Antrage und diese Entscheidung wurde durch den Querelbescheid vom 9. August 1878, Nr. 5259 aus folgendem Grunde bestätigt:

„Das Erkenntniß vom 4. April 1878 ist ein nach vorhergegangener zweiseitiger Verhandlung erlassenes Decisiodecret und als solches allerdings der Rechtskraft fähig. Allein diese Eigenschaft einer gerichtlichen Entscheidung kommt derselben stets nur in dem Umfange zu, in welchem der Richter sie zu geben, durch Parteianträge unmittelbar berufen war, sie erstreckt sich mithin nicht auf diejenigen Theile, in welchen der Richter unabhängig von Parteianträgen ex officio Feststellungen irgend welcher Art getroffen hat. Bei Beantwortung der Frage, wieweit der Umfang der Rechtskraft des Erkenntnisses vom 4. April reicht, d. h. in welchem Umfange dasselbe vom Gesichtspunkte der Wichtigkeit nicht mehr hat angefochten werden dürfen, kommt demnach wesentlich in Betracht, daß die Feststellung der Fassung, in welcher ein richterlich auferlegter Eid von einer Partei zu schwören ist, unabhängig von den Parteianträgen aus richterlicher Amtspflicht zu treffen ist, mithin kann wohl die Entscheidung über die Frage, ob überhaupt auf einen Ergänzungseid zu erkennen und welcher Partei derselbe aufzuerlegen sei, unanfechtbar werden, dagegen ist die Bestimmung der Worte, mit welchen ein solcher Eid zu leisten ist, ebensowenig wie über-

haupt eine proceßleitende Verfügung der Rechtskraft fähig. Einerseits hat also Beklagter vermöge der Rechtskraft des Erkenntnisses vom 4. April 1878 einen Anspruch darauf nicht erworben, daß der Eid dem Kläger in keiner anderen, als in der ursprünglich angenommenen Fassung abgenommen werde, andererseits ist dem Kläger durch jenes Erkenntniß ungeachtet dessen, daß er es hat rechtskräftig werden lassen, nicht die Möglichkeit abgeschnitten gewesen, eine andere Fassung des Eides, als die richterlich festgestellte, in Vorschlag zu bringen; wie denn auch beim Schiedsreihe den Parteien unbenommen ist, bis zum Schwörungstermin ihre Erinnerungen gegen die vom Richter vorgeschriebene Eidesformel vorzubringen (Bayer's Vorträge S. 977).“

283. Ergänzungs Eid über die durch Nachforschung erlangte Ueberzeugung von der Wahrheit gewisser Thatsachen.

In dem Appellations-Erkenntniß vom 13. August 1880, Nr. 5296 heißt es:

„Der in Frage kommende Ergänzungs Eid bedarf wegen seiner rechtlichen Qualification einer Abänderung. Es hat nämlich der Unterrichter bei der Eidesleistung die Wahrheitsform mit der des Wissens vereinigt, obgleich aus den Verhandlungen erhellt, daß Beklagter die zum Eide gestellten Thatsachen nicht auf Grund eigener Sinneswahrnehmung, sondern anderweitig gewonnener Ueberzeugung zu beschwören im Stande ist. Es scheint daher nothwendig, von der Wahrheitsform in casu ganz abzusehen und mit Rücksicht auf die Ueberzeugung, die Beklagter durch seine Handelsbücher, seine Correspondenz oder durch Vermittelung seines Handelspersonals sich über die in Frage kommenden Umstände gebildet haben mag, dem Eide folgende Fassung zu geben:

„Ich rede und schwöre, daß auf Grund von mir angestellter sorgfältiger Nachforschungen mir bekannt ist, daß Kläger in Pipory 8335 ganze, 1333 halbe, 49 Doppelsleeper und 568 Poltoriki zum Verflößen nach Riga erhalten und abgelöst hat.“

284. Ein Reinigungs Eid kann auch auf das Nichtwissen gestellt werden.

„In seiner Appellationsrechtfertigung behauptet Kläger, daß der ihm auferlegte Reinigungs Eid Thatsachen betreffe, von welchen er keine Kenntniß habe und deren Kenntniß nach Lage der Sache weder vorausgesehen, noch gefordert werden könne. Diese Umstände berechtigen aber keineswegs den Kläger den Eid vollständig abzulehnen und zu fordern, daß der beklagliche Beweis für durchaus mißlungen zu gelten habe, was doch mit dem factischen Resultate desselben in Widerspruch stehen würde. Wohl muß dem Kläger zugegeben werden, daß ein Wahrheitseid von einer Proceßpartei nur unter der Voraussetzung gefordert werden könne, daß sie von der zu beschwörenden Thatsache aus eigener Wahrnehmung Kenntniß habe... Dagegen muß darauf hingewiesen werden, daß nach gemeinrechtlicher Praxis und Doctrin auch Notheide nach Glauben und Nichtwissen auferlegt werden können (Seuffert's Archiv XXIV, Nr. 100, Renaud, Civilproceß, §. 142). Im hiesigen stadtrechtlichen Proceß muß zwar nach der für den defervirten Eid bestehenden analogen Bestimmung im Reg. Stadtrecht Lib. II Cap. XVIII §. 10. die Unzulässigkeit der Glaubensform auch bezüglich des Notheides anerkannt werden. Dagegen enthält das Stadtrecht hinsichtlich des Ignoranzeides keine Bestimmungen und hat daher in Bezug hierauf gemäß Lib. II Cap. IV das gemeine Recht einzutreten, was auch von der stadtrechtlichen Praxis wiederholt anerkannt ist.

cf. Querelbescheid des Rath's vom 20. December 1878, Nr. 8701. Es erscheint daher unter Abänderung des untergerichtlichen Erkenntnisses gerechtfertigt, dem Kläger die Ausschwörung des ihm auferlegten Reinigungs Eides in der Form der Ignoranz zu gestatten.“
(Appellations-Erkenntniß vom 16. November 1879, Nr. 7689).

285. Undeutlichkeiten im Urtheil sind zunächst durch ein Declarationsgesuch und nur eventuell durch Appellation zu beseitigen.

„Es fragt sich mit Rücksicht auf den Kostenpunkt, ob die interponirte Querel wegen der Ungenauigkeit der Entscheidungsworte des angefochtenen Erkenntnisses nicht einigermaßen gerechtfertigt sei.

Diese Frage muß indessen verneint werden, weil die Nichtübereinstimmung der Entscheidungsworte mit den Entscheidungsgründen in Gemäßheit der abg. Art. der Rtg. Stadtrechte Lib. II Tit. XXVII §. 1 zunächst nur zu einem Declarationsgesuch Anlaß geben könnte und erst, wenn der vorhandene Widerspruch durch die Declaration nicht gelöst wird, die Prosecution des ordentlichen Rechtsmittels gerechtfertigt erscheint.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 22. Februar 1880, Nr. 1355).

286. Beim Mangel der Unterschrift des Appellanten auf der Appellationsjustificationschrift wird die angemeldete Appellation desert.

(Bescheid des Rathes vom 18. Juni 1871, Nr. 4316).

287. Das Armenrecht befreit nicht von der Erlegung des Appellationschillings.

„Das Armenrecht befreit denjenigen, dem es zuerkannt worden, lediglich von der Vergütung der Kanzelleikosten und der Advokatengebühren, sowie nach dem neuesten Stempelgesetz von dem Gebrauche gestempelten Papiers. Der Appellationschilling, welcher in das Stadttarar fließt, gehört aber nicht zu den Proceßkosten, er ist vielmehr eine Abgabe zum Besten der Stadt und zur Entrichtung derselben ist jeder verbunden, der nicht durch Gesetz oder bewilligten Erlaß von ihr befreit ist“.

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 24. März 1876, Nr. 2068).

288. Appellationsformalien. Erscheinen sämmtlicher Streitgenossen im Appellationsanmeldungstermine. Der Appellationschilling ist von sämmtlichen Streitgenossen zusammen nur einmal zu erlegen.

Diese Fragen sind in den Motiven der Resolution des Rathes vom 21. Juni 1873, Nr. 4736 folgendermaßen entschieden:

„Der gerügte Mangel gehöriger Vertretung kann den beiden

Mitimpetranten als Unterlassungssünde nicht füglich angerechnet werden. Diese beiden Mitimpetranten waren mit der Anna J. behufs der Appellationseinlegung zu einer Parteirolle verbundene Streitgenossen. Sie alle drei hatten, wie das untergerichtliche Protokoll d. d. 9. Juni c. ausweist, ihre hinwiederum zu einer gemeinschaftlichen Parteirolle verbundenen Gegner behufs der Appellationsanmeldung vorbeistehen lassen, sie alle drei hatten den die Appellationsanmeldung enthaltenden Vocoreceß eigenhändig unterzeichnet. Ihr persönliches Ausbleiben im Appellationsanmeldungstermin und ihre Stellvertretung in demselben durch ihre allerdings von ihnen nicht weiter bevollmächtigte Streitgenossin A. J. konnte aber für sie das Präjudiz einer Veräumung der Appellationsformalien umsoweniger mit sich bringen, als nach der const. 2 Cod. de consort. 3, 40 und Clem. 3 de procur. 1, 10 ein Streitgenosse an sich und ohne Vollmacht befugt ist, die anderen mit ihm zu einer Parteirolle verbundenen Personen zu vertreten.

Endlich läßt sich die Vernachlässigung eines Appellationsformale auch darin nicht finden, daß die Impetranten nicht jeder für sich, sondern nur alle zusammen den Appellationschilling beigebracht haben. Das Gesetz (abgeänd. Artikel des Rig. Rechts zu Lib. II Tit. XXVIII §. 2) fordert allerdings auch von dem Appellaten, welcher einer Appellation zu inhärriren beabsichtigt, als von einem an sich selbständigen Appellanten, die Entrichtung des Appellationschillings. Daß aber auch Streitgenossen, welche sich zu derselben Appellation aus gleichen Gründen vereinigen, einen nach ihrer persönlichen Zahl vervielfältigten Appellationschilling zu erlegen haben, sagt kein Gesetz, wogegen die Rechtsübung einem solchen Grundsatz schnurstracks zuwiderläuft, für welchen Grundsatz es zudem an jedem Sinn umso mehr mangeln würde, als ja nach der l. 10 princ. Dig. de appell. 49, 1 und §. 4 ibid., const. 1 und 2 Cod. si unus ex plurib. appell. 7, 68 und nach Cap. 72 X. de appell. 2, 28 selbst die von nur einem der Streitgenossen ergriffene Appellation bei gleichen Verhältnissen auch den übrigen Streitgenossen zu Statten kommt.“

289. Stillschweigender Verzicht auf ein Rechtsmittel durch Forsetzung des Processes.

In Processachen S. wider B. wurde am 17. Januar den Parteien von der II. Section des Landvogteigerichts ein Bescheid publicirt, nach welchem S. binnen peremptorischer Frist von 8 Tagen Beweis anzutreten hatte. S. introducirte noch in derselben Verhandlung den Beweis durch Delation dreier Eide an B., worauf dieser von der Beweisantretung Abschrift bat und sich erbot, binnen 8 Tagen sub poena recusati auf die Eide sich zu erklären. Da es sich um einen Incidentstreit handelte, so wurde nur eine 48 stündige Präklusivfrist bewilligt, nach deren Ablauf am 19. Januar B. die Querel gegen das Beweisverfügen vom 17. Januar interponirte. Auf gegnerischen Protest wurde die Querelnachgabe verweigert. Die gegen das Denegationsdecret von B. erhobene Beschwerde wurde durch die Resolution des Rathes vom 12. März 1876, Nr. 1776 mit folgender Motivirung zurückgewiesen:

„Nach dem in Ermangelung specieller particularrechtlicher Bestimmungen für die vorliegende Frage maßgebenden gemeinen Recht ist es zunächst fraglos, daß ein Decret die Rechtskraft beschreitet, nicht nur nach erledigtem Appellationsverfahren resp. nach Ablauf des fatale zur Einwendung der Appellation, sondern auch vor letzterem Termin, wofern die Parteien auf die Interposition eines Rechtsmittels verzichten. In den Gesetzen ferner ist ausdrücklich ausgesprochen und daher auch in der Theorie nicht bestritten, daß der Verzicht auf ein Rechtsmittel sowohl ausdrücklich, wie auch stillschweigend (durch concludente Handlungen) geschehen kann. Es fragt sich somit nur, ob vorliegenden Falls aus dem Verfahren des Supplicanten in schlüssiger Weise der Verzicht auf die Interposition der Querel gefolgert werden konnte. Wenn keinerlei Parteierklärung vorliegt, so tritt die Wirksamkeit der in einem Decret enthaltenen Auflage für die betr. Partei erst nach Ablauf des Appellationsfatale ein; erfüllt die beauftragte Partei das Jubicat früher, so verzichtet sie damit ihrerseits auf Einwendung eines Rechtsmittels. Wenn S. dem Bescheide vom 17. Januar o. sofort nach der Publication entsprach, indem er durch Eidedelation an den Gegner den ihm im Bescheid aufgelegten Beweis antrat, so konnte er solches nur thun in der Voraussetzung,

der Bescheid werde sofort die Rechtskraft beschreiten, und in der Beweisantretung lag, wie der Verzicht des Introducenten auf die Anfechtung jenes Bescheides, so die Aufforderung an den Gegner sich seinerseits über die etwaige Einwendung eines Rechtsmittels zu erklären. Selbstverständlich konnte durch einen solchen Antrag das Recht des Gegners sich erst nach 48 Stunden über den einzuschlagenden Rechtsmittelweg zu entscheiden, nicht geschmälert werden; allein da die 48 stündige Deliberationsfrist eine Sistirung des gesamten Verfahrens, die Beweisantretung des S. aber eine Fortführung des Processes darstellt, so konnte Supplicant, wenn er nicht eine in sich selbst widerspruchsvolle Erklärung abgeben wollte, nur: entweder sein Recht zur Sistirung des Processes auf 48 Stunden verfolgen (dann mußte er gegen die verfrühte Beweisantretung protestiren, resp. sich die erste Aeußerung darauf ohne Commination bis zum Ablauf des Appellationsfatalis vorbehalten), oder aber mit Aufgebung jenes Rechts auf den gegnerischen Antrag sich einlassen und damit selbst die Zustimmung zur Fortsetzung des Processes geben. Beide Wege standen dem Supplicanten offen, da dieselben aber den directen Widerspruch zu einander bezeichnen, so mußte das Beschreiten des einen den Verzicht auf den anderen involviren. Erwägt man zumal noch, daß Supplicant nicht etwa nur eventuell sich die Erklärung auf die Beweisantretung vorbehielt, sondern selbst die Anberaumung einer peremptorischen Erklärungsfrist auf die ihm zugeschobenen Eide in Vorschlag brachte, also doch den sofortigen Beginn dieses Fristenlaufs wollte, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß er durch diese Erklärung sich mit dem Urtheil zufrieden gab („sententiae acquievit“ l. 5 Cod. 7. 52 de re judicata). Denn die Rechtskraft jenes Verfügens war eben die Voraussetzung für den Beginn des resp. Fristenlaufs.

Das Landvogteigericht war daher vollkommen im Recht, wenn es die vom Supplicanten am 17. Januar c. abgegebene Erklärung nach dem einzig ihr unterzuschiebenden Sinne als Genehmigung zur Fortsetzung des Processes und Verzicht auf die Einwendung eines Rechtsmittels gelten ließ. Folgerichtig mußte dann auch die im Widerspruch hierzu am 19. Januar c. angemeldete Interel, da sie eine unzulässige Rücknahme der früheren, bindenden Erklärung involvirte, auf gegnerischen Protest denegirt werden.“

290. Gravamina gegen die Motive der Entscheidung zu richten ist unstatthaft.

I. Die Motive des Querelbescheides des Rathes vom 20. April 1873, Nr. 2932 enthalten hierüber Folgendes:

„Die Beklagte hat durch ihren Mandatar ihre Beschwerde in neun besonderen Punkten formulirt und zwar in der Art, daß dieselben nicht gegen die Entscheidung selbst, sondern gegen die Motive der Entscheidung gerichtet sind. Eine solche Formulirung der gravamina ist aber processualisch unzulässig und daher nicht weiter zu berücksichtigen, sondern vielmehr, indem zugleich dem betr. Mandatar dies bemerkt wird, ganz abgesehen von dieser Formulirung, die Sache in oberrichterliche Beurtheilung zu ziehen.“

II. In den Motiven des Querelbescheides vom 22. Januar 1874, Nr. 572 findet sich u. a. über eines der vom Querulanten angemeldeten gravamina folgende Bemerkung:

„Dieses gravamen ist unstatthaft und schon deshalb ohne weitere Erörterung zurückzuweisen, weil dasselbe nicht gegen die verba decisiva des untergerichtlichen Bescheides, sondern nur gegen eine zur Begründung der Entscheidung vom Unterrichter in der Motivirung ausgesprochene Rechtsansicht gerichtet ist, woher denn dies gravamen schon der Voraussetzung entbehrt, daß, wie in demselben angegeben wird, in der That entschieden worden ist.“

III. Der Querelbescheid vom 18. November 1877, Nr. 7897 besagt:

„Wenn die untergerichtliche Entscheidung als Entscheidungsgrund anführte, daß es gerichtskundig sei, daß der Auftrag des Hauses noch nicht erfolgt sei, so ist diese Motivirung, welche allerdings nicht ganz zutreffend ist, doch für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung ganz irrelevant, da das Maßgebende nicht der Entscheidungsgrund, sondern die Entscheidung selbst ist und auch nur gegen diese, nicht aber gegen ihre Motivirung ein Rechtsmittel zulässig ist.“

291. Die Beschwerdepunkte sind bei der Appellation einzeln aufzuführen.

In den Motiven des Appellations-Erkenntnisses des Rathes vom 7. September 1873, Nr. 6842 wird gesagt:

Wider solches Erkenntniß legte Beklagter die Appellation ein unter Angabe des einzigen und in solcher Isolirtheit an sich schon unzulässigen Beschwerdepunktes „weil wie geschehen erkannt worden“.

292. Der Devolutiveffect der Appellation erstreckt sich nur auf diejenigen Festsetzungen der angefochtenen Entscheidung, welche als Beschwerdepunkte formulirt worden sind.

Der Appellant hatte sein gravamen unicum bei der Appellationsanmeldung dahin angegeben, „daß die seinen Kindern zu zahlende Alimentationsquote auf den Betrag von 12 Rbl. monatlich richterlich festgestellt worden sei.“ In dem Appellations-Erkenntnisse vom 1. Juli 1877, Nr. 4933 heißt es:

„Appellant hat in seiner Appellationsjustification das untergerichtliche Erkenntniß deshalb angegriffen, weil seine Einrede des von der Klägerin erklärten Verzichts auf die Alimentation für die Kinder nicht für bewiesen erachtet worden ist. Allein er hat bei seiner Appellationsanmeldung ein gravamen gegen diesen Theil der untergerichtlichen Entscheidung gar nicht gestellt. Nach den Regeln des geltenden Proceßrechts müssen nun aber diejenigen Festsetzungen des anzufechtenden Erkenntnisses, durch welche die Partei sich benachtheiligt glaubt, mittelst ordentlicher Beschwerdepunkte angezeigt werden (vgl. Nielsen, Proceßform §. 343, Samson, Institutionen des livl. Proceßes §. 609), da alle übrigen Festsetzungen der Entscheidung, gegen welche ein gravamen bei Interponirung des Rechtsmittels der Querel oder Appellation nicht verlautbart wird, mit dem Ablauf der Anmeldungsfrist in Rechtskraft übergehen und deshalb in der Oberinstanz nicht mehr Gegenstand der Verhandlung und oberrichterlichen Abänderung sein können.“

Uebereinstimmend ist erkannt in den Appellations-Erkenntnissen vom 7. Januar 1872, Nr. 69 und vom 13. Januar 1878, Nr. 302.

293. Justification der gravamina als formelles Erforderniß der Appellation.

I. In den Motiven des Querelbescheides vom 8. Januar 1875, Nr. 123 findet sich folgender Satz:

„Auf die in der Appellationsrechtfertigung enthaltene Motivierung der gravamina einzugehen verbietet sich aus dem Grunde, weil dieselbe aus einer Reihe neuer Behauptungen besteht. Es ist daher unabhängig von den Mitteln, mit welchen Beklagter (Querulant) die unterrichterliche Entscheidung angefochten hat, die Frage zu beantworten, ob die Einrede, durch welche Beklagter die Erfüllung der Forderung seines Gegners abzulehnen bestrebt ist, Berücksichtigung finden kann.“

II. Die Resolution vom 9. Juli 1871, Nr. 4775 lautet:

„Wenn nach den abg. Artikeln Lib. II Cap. XXVIII §. 5 und 6 die Justification einer Querel in einer vollkommenen Satzschrift enthalten sein und wofern das nicht geschehen, die Querel für desert erkannt, der Querulant aber auf Anhalten des Gegentheils in die Unkosten verurtheilt werden soll,

wenn dem widersprechend die Querulantin an Stelle einer Auseinandersetzung ihrer Beschwerdebegründe sich damit begnügt hat, in einer, allerdings auf dem vorschristmäßigen Stempelbogen eingebrachten, Eingabe lediglich auf ihre Erklärungen in dem Untergerichte sich zurückbeziehen, eine solche bloße Verweisung auf die Verhandlungen im Untergerichte aber, wie das schon in Appellations-sachen des J. Kronberg wider den E. Sternberg (Urtheil vom 9. Juni 1870, Nr. 127) festgestellt worden, nicht als die vorschristmäßige Prosecution des eingelegten Rechtsmittels, sondern nur als eine Verabsäumung desselben angesehen werden darf,

so ist die interponirte Querel für desert zu erachten und die Querulantin für schuldig zu erkennen, ihrem Proceßgegner die Kosten der Oberinstanz binnen 14 Tagen bei Strafe der Execution zu ersetzen.“

294. Appellationsprüfung in der Oberinstanz trotz unrechtfertiger Nachgabelung der Appellation seitens der Unterinstanz.

Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 8. Januar 1875, Nr. 121.

„Die Kläger forderten vom Beklagten den Kaufpreis für von ihm empfangene 49,100 Ziegelsteine mit 785 Rbl. 60 Kop. Der Beklagte erklärte, die geklagte Schuld habe ihre Richtigkeit und er wolle sie auch bezahlen, er habe aber über selbige keine Rechnung erhalten. Nachdem hierauf Beklagter zu der verlangten Zahlung verurtheilt worden war, brachte er zur Anzeige, daß er eine Gegenforderung von 3000 Rbl. habe. Damit schließen die untergerichtlichen Verhandlungen in der Hauptsache, denen nur noch weitere Verhandlungen über das von dem Beklagten gegen das ihn verurtheilende Erkenntniß eingelegte Rechtsmittel der Appellation folgen. Da nun die angemeldete Appellation, miewohl nach den Rig. Stat. Lib. II Cap. XII Art. 3 über gestandene Schuld kein Proceß zugelassen werden soll, dem Beklagten vom Unterrichter nachgegeben worden ist, so hat die oberrichterliche Prüfung des angefochtenen Erkenntnisses zwar nicht unterlassen, nichts destoweniger hier aber darauf hingewiesen werden müssen, daß, wo wie vorliegenden Falls ein unummundenes Eingeständniß der geklagten Schuld abgegeben worden, eine Reformirung des den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisses nach dem bestehenden Recht geradezu ganz unmöglich ist.“

295. Wirkung des Devolutiveffects im Falle der Aufhebung des angefochtenen Urtheils.

Das Amtsgericht hatte durch Bescheid vom 30. April 1874 in einer Streitsache die vorgeschützten Einreden als unzulässig verworfen, war auf das Beweismittelgesuch der Parteien nicht eingegangen und hatte dem Beklagten die directe Erklärung aufgegeben. Durch Erkenntniß des Raths vom 20. November 1874, Nr. 7257 wurde bei Aufhebung des untergerichtlichen Bescheides auf Beweis erkannt und das Beweisthema, wie die Beweislast festgestellt. Die Motive bemerken:

„Der Obergerichter darf nicht dabei stehen bleiben, die ange-

fochtene Entscheidung als unrechtfertig aufzuheben, oder sich damit begnügen, die Sache zur Abänderung des Spruches an die Unterinstanz zurückzuverweisen, ihm liegt vielmehr ob, falls keine Gründe der Zweckmäßigkeit dem entgegenstehen, das seiner Ansicht nach richtige Erkenntniß an die Stelle des beseitigten zu setzen und zu diesem Behufe alle spruchreifen Punkte durch die erforderliche Sentenz zu erledigen.“

296. Ueber die Regel: *contumax non appellat*.

„Die Verweigerung der Querel erscheint im vorliegenden Falle nicht begründet. Das Vogteigericht beruft sich auf den Satz: *contumax non appellat*, allein abgesehen davon, daß über den Umfang der Anwendbarkeit dieses Satzes die Theorie höchst streitig ist (vgl. z. B. Bayer §. 312 mit Renaud §. 158 und Wegell §. 54), so kann von der Gültigkeit der Regel*) doch nur dann die Rede sein, wenn die Thatsache des Ungehorsams, auf Grund dessen das Contumacialerkennniß ergeht, unzweifelhaft ist. Das Contumacialurtheil, insofern es die nothwendige rechtliche Consequenz aus einer unstreitigen Thatsache (dem Ungehorsam der Parteien) zieht, soll nicht im ordentlichen Rechtsmittelwege anfechtbar sein. Das hier in Frage kommende vogteigerichtliche Verfügungen aber enthält eine doppelte Entscheidung; einmal darüber, daß in der That ein Ungehorsam der Partei vorliege, und sodann darüber, welche Folge dieser Ungehorsam nach sich ziehe. Nur in seinem letzten Theile ist das Verfügungen als Contumacialbescheid aufzufassen, gegen den ersteren Theil aber mußte die Querel zugelassen werden; denn gegen die unrichtige Unterstellung des Ungehorsams muß die verletzete Partei offenbar durch Berufung an die Oberinstanz sich schützen können.“

(Aus den Motiven der Resolution vom 25. Januar 1878, Nr. 685).

297. In Wettgerichtssachen ist in der Appellationsinstanz jeder Partei nur ein Schriftsatz gestattet.

In Appellationsfachen wider das Erkenntniß des Wettgerichts vom 28. August 1871 erging vom Rathe auf den Antrag des

*) Diese ist anerkannt in der Resolution vom 13. October 1871, Nr. 6831.

Appellaten auf Actenschluß am 24. November 1871 sub Nr. 7890 nachstehender Zwischenbescheid:

„Wenn das Protokollverfügen dieses Raths vom 20. October c., demzufolge dem Appellanten von der gegnerischen Appellationswiderlegung die gebetene Abschrift nachgegeben und das weitere Verfahren reservirt worden, gegenüber der gemessenen und in der Gerichtspraxis stets gleichmäßig beobachteten Vorschrift der Rig. Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII §. 4 dahin gehend, daß in Wettgerichtssachen jedem Theile in appellatario nur ein schriftlicher Satz verstattet sein soll, selbstredend keinen anderen Sinn haben konnte, als daß dem Appellanten die Befugniß nicht hat abgeschnitten werden sollen, von dem Inhalte der Appellations-Refutation Kenntniß zu nehmen, damit er auf in ihr etwa vorhandene nova hinweisen und gegen dieselben bei der ihm sonst einzig nur noch zuständigen Submission zum Appellationserkenntniß protestiren könne, jenes Protokollverfügen dagegen keineswegs die Bedeutung haben sollte, daß ihm gegen die stricte Gesetzesvorschrift noch ein weiteres schriftliches Verfahren in dieser Appellationsache gewährt sei, so wird Appellant hiermit angewiesen, binnen 8 Tagen bei der Verwarnung auch seinerseits zur Entscheidung zu submittiren, daß widrigenfalls die Submission fingirt und die Parteien ohne weiteres behufs ihres Antrages wegen Relation der Acten vorgeladen werden würden.“

298. Appellation wegen der Kosten allein ist unstatthast.

Die Direction der baltischen Leinenmanufactur hatte wider ein verurtheilendes Erkenntniß des Vogteigerichts unter dem Erbieten den ihr abgesprochenen Betrag zu bezahlen, um Nachgabe der Appellation gebeten, weil sie sich durch die Entscheidung über die Proceßkosten gravirt fühlte. Dieselbe war ihr jedoch in dem Verfügen des Vogteigerichts vom 16. März 1871 denegirt worden. Die Beschwerde der beregten Direction über dieses Verfügen des Vogteigerichts wurde durch die Resolution vom 7. Juli 1871, Nr. 4693 aus nachstehenden Gründen verworfen:

„Der gemeine Civilproceß, welcher auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. IV für die Verhandlungen in civilrechtlichen Streitigkeiten bei den Rigaschen Stadtgerichten in unzweifelhafter Geltung ist, ist in Bezug auf die Frage, ob wegen der Proceßkosten eine

selbständige Appellation zulässig sei, keineswegs schwankend; dieselbe wird vielmehr von allen Proceßlehrern übereinstimmend verneint (vgl. Linde, Lehrbuch §. 403; Schmid, §. 228 Note 17; Wegell, §. 54 Note 69; Endemann, §. 232 Note 33; Renaud, §. 176 Note 35).

Der Grundsatz der Unstatthaftigkeit einer selbständigen Appellation wegen der Proceßkosten ist ferner auch in die Entwürfe aufgenommen worden, welche den provinziellen Civilproceß zum Gegenstande haben, und es ist damit Zeugniß dafür abgelegt, daß derselbe auch in der Anschauung der juristischen Doctrin, sowie in der Praxis der Provinzialgerichte feststeht (vgl. Entwurf des IV. Theiles des Pr.=Rechts der Ostseegouvernements, Civilpr.=Ordn. Riga 1865, §. 196 und 699. Bunge, Entwurf einer Ordnung des Gerichtsverfahrens in Civilsachen für Liv-, Est- und Kurland, Reval 1864, §. 19, 38 und 88.)

Daß die provinziellen Schriftsteller über den Proceß sich über diesen Gegenstand nicht ausgesprochen haben und daß die Praxis der städtischen Gerichte kein Präjudicat über denselben auffinden läßt, hat wohl darin seinen Grund, daß ein Zweifel bisher niemals erhoben und der Grundsatz in der Praxis niemals in Frage gestellt worden ist.

Muß nun aber nach Doctrin und Praxis des hier geltenden Civilprocesses es für feststehend erachtet werden, daß eine selbständige Appellation wider einen Nebenpunkt der Hauptsache, insbesondere die Proceßkosten unstatthaft ist, so kann die supplikantische Beschwerde wider das Verfügendes Vogteigerichts vom 16. März c. nicht für gerechtfertigt erachtet werden.“

299. Appellations-Adhäsion wegen der Proceßkosten.

Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 18. December 1874, Nr. 7948:

„Es ist hier schließlich noch zu erwähnen, daß Appellat unter Hinweis darauf, daß er allein wegen der ihm nicht zuerkannten Kosten ein ordentliches Rechtsmittel zwar nicht einlegen dürfe, nichtsdestoweniger aber dieserhalb bei dem Obergerichte Beschwerde zu führen befugt sei, gebeten hat, unter Abänderung des untergerichtlichen Erkenntnisses ihm die Kosten der ersten Instanz zuzusprechen. Diese Bitte hat indeß unberücksichtigt bleiben müssen, da eine selbst-

ständige Beschwerde von dem Appellaten, welcher der Appellation nicht adhärirt hat, mit der Appellationswiderlegung processualisch nicht verbunden werden darf und eine reformatio in pejus da ausgeschlossen ist, wo kein dem Untergericht angezeigtes und von ihm für zulässig erkanntes gravamen vorliegt.“

300. Das Beweismachgabegeſuch iſt mit der Appellationsrechtſertigung zu verbinden.

Hierüber enthalten die Motive des Beſcheides des Rathes vom 10. Januar 1873, Nr. 182 Folgendes:

„Es iſt gewiß, daß Appellant in dieſer Inſtanz mit einer Beweisführung nicht zugelassen werden kann, da er keineswegs, wie das unbedingt erforderlich geweſen wäre, mit ſeiner Appellationsrechtſertigung ein Beweismachgabegeſuch verbunden und noch viel weniger alle die vorſchriftsmäßigen Bedingungen erfüllt hat, von denen der Zulaß zur Beweisführung in der Appellationsinſtanz geſetzlich abhängig iſt.“

301. Unzuläſſiges Geſuch um Nachgabe des Novembeweises nach erfolgter Submiſſion.

Aus den Motiven des Erkenntniſſes des Rathes vom 24. Mai 1872, Nr. 3639:

„Es iſt noch zu bemerken, daß, nachdem längſt ſchon der Schluß der Verhandlungen in der Oberinſtanz und die Relation der Acten verfügt worden und während eben dieſe Acten behufs Abgabe einer Erklärung auf die (vom appellirenden Beklagten mit der Appellation verbundene) Wichtigkeitsbeſchwerde an das Untergericht remittirt waren, Appellant unzuläſſiger und unwirkſamer Weiſe um Nachgabe eines Beweiſes zur Introducirung neu aufgefundenener Beweiſsmittel gebeten hat. Auf dieſes Geſuch hat indeß hier nicht weiter eingegangen werden dürfen, weil nach längſt erfolgter Submiſſion zur Entſcheidung die actenmäßige Sachlage nicht weiter verrückt und den Parteien weiteres Vorbringen in dieſer Sache ebenſowenig geſtattet werden darf, als wenn die Sache bereits entſchieden worden wäre.“

302. Das beneficium novorum ist bei außerordentlichen Rechtsmitteln unanwendbar.

Hierüber sagen die Motive des Querelbescheides des Rathes vom 14. März 1873, Nr. 1970:

„Das beneficium novorum, welches eben nur im ordentlichen Rechtsmittelverfahren unter Umständen exceptionell statthaft ist, ist wie bei der simplen Beschwerde, so überhaupt bei jedem außerordentlichen Rechtsmittel unanwendbar.“

303. Allgemeine Voraussetzungen der appellatio ex capite novorum.

I. In Sachen H. wider W. hatte Kläger W., nachdem er von dem Unterrichter mit seiner Klage abgemiesen worden war, in seiner Appellationsjustification um das beneficium nondum probata probandi gebeten, welcher Bitte unter der Bedingung der Ableistung der Noveneides deferirt wurde. Die Motive des Bescheides vom 3. Februar 1871, Nr. 804 besagen hierüber Folgendes:

„Wenn das Ergebnis des in der Unterinstanz geführten Zeugenbeweises allein keineswegs für hinreichend erachtet werden kann, um eine Ueberzeugung für die wirklich geschehene Ablieferung des ganzen Quantums Balken zu gewinnen, somit das bereits An- und Ausgeführte allein nicht schon eine weitere Beweisführung unnötig macht, eine neue Beweisführung in der Oberinstanz in Berücksichtigung des zu berücksichtigenden materiellen Rechts nach den durch die Praxis festgestellten, auf die Königl. schwed. Revisionsverordnung vom 31. August 1682 §. 6 (pag. 384 L.O.) beruhenden Grundsätzen des hiesigen Proceßverfahrens dann zulässig erscheint, wenn es sich um solche Beweismittel handelt, welche von dem Producenten erst nach dem vollendeten Verfahren in der Unterinstanz aufgefunden sind, oder deren Nothwendigkeit und Dienlichkeit sich erst später herausgestellt hat, und der Producent diese Thatfachen und daß er sich des neuen Beweismittels nicht als Mittel der chicanösen Proceßverzögerung bedient, eidlich zu erhärten im Stande ist, das Vorhandensein dieser Voraussetzung von dem Appellanten auch behauptet wird und von ihm eidlich erhärtet werden will, so ist der Bitte des Appellanten in Bezug auf die neue Beweisführung und

zwar umsomehr, als von Seiten des Appellaten kein Widerspruch eingelegt worden, nachzugeben gewesen.“

II. Durch den Querelbescheid vom 23. April 1875, Nr. 2871 wurde die Zulassung zum Novembeweise verweigert, weil „die Befugniß eine Beschwerde durch neues thatsächliches Vorbringen zu begründen zur Voraussetzung habe, daß die hierzu zu verwendenden Momente, sie mögen neue selbständige Behauptungen, oder in Vorschlag gebrachte neue Beweismittel sein, von der Beschaffenheit sind, daß, wenn sie schon früher hätten geltend gemacht werden können, sie den Richter bewogen haben würden anders, als es geschehen ist, zu erkennen“, und weil diese Voraussetzung bei den vom Impetranten bezeichneten neuen Beweismitteln resp. neuen thatsächlichen Behauptungen nicht zutrefte.

III. „Die von Amtswegen richterlich zu prüfende Voraussetzung einer in der Oberinstanz zulässigen Beweisführung ist — wie durch zahlreiche Präjudicate des Raths festgestellt worden ist —, daß die neu zu beweisenden Thatsachen bzw. die neuen Beweismittel nicht schon während der Verhandlungen in der Unterinstanz dem Beweisführer zur Hand waren, d. h. es muß sich auf Grund der Acten als bescheinigt erachten lassen, demnächst aber noch eidlich erhärtet werden, daß die fraglichen Thatsachen bzw. Beweismittel dem Beweisführer vorher nicht bekannt gewesen seien, oder daß er ihre Einbringung deshalb unterlassen, weil er nicht vermeint, daß sie zur Sache dienlich seien, so daß in der nachträglichen Einbringung nicht eine arglistige Beeinträchtigung der Gegenpartei gefunden werden kann. Auf Grund der Parteiverhandlungen kann indessen im vorliegenden Falle als bescheinigt nicht angesehen werden, daß Beklagter aus entschuldbarer Unkenntniß diejenigen Beweismittel, welche er in dieser Instanz einzubringen wünscht, früher zu introduciren verabsäumt habe.“

(Appellations-Erkenntniß vom 29. April 1877, Nr. 2919).

IV. „Anlangend den erbetenen Novembeweis, so hat Querulant diese Bitte zu begründen unterlassen. Denn weder hat er die Gründe angegeben, um derentwillen er nicht in der Lage gewesen ist, innerhalb der in der ersten Instanz ihm für die Beweisführung

anberaumten präclusivischen Frist von dem Beweise, welchen er jetzt erst zu introduciren beabsichtigt, Gebrauch zu machen, noch hat er die Beweismittel bezeichnet, welche er jetzt in Anwendung zu bringen beabsichtigt, obwohl wie das eine, so das andere für die Beurtheilung der Zulässigkeit eines nachgesuchten Novenbeweises geradezu unentbehrlich ist. Bei dem solchergestalt vorhandenen Mangel an den Voraussetzungen, unter denen allein die Nachgabe eines Novenbeweises statthaft ist, hat auf die dahinzielende Bitte des Querulanten nicht eingegangen werden können.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 24. August 1877, Nr. 5788).

VI. „Die Revisionsordnungen vom 28. Juni 1662 und vom 31. August 1682, welche die Grundlage für die provincialrechtliche Beurtheilung des Novenbeweises abgeben, lassen zwar als eine besondere Vergünstigung im Interesse der Billigkeit und des materiellen Rechts die Einbringung neu aufgefundenener Documente und Beweismittel in der Oberinstanz zu, machen aber dieselbe theils von einer eidlichen Versicherung des Appellanten, anderntheils von einer Beprüfung des Oerrichters abhängig. Um solche möglich zu machen, ist die Bezeichnung der zu gebrauchenden neuen Beweismittel, wie sie auch vom gemeinen Recht (Renaud, Civilproceß, 1867 S. 505) gefordert wird, nothwendig. Denn ohne eine solche specielle Bezeichnung ist die Prüfung dessen, ob die neuen Documente und die neuen Zeugen in der That neu entdeckte und neu aufgefundene sind und in dem Verfahren der ersten Instanz gar nicht bekannt waren und sein konnten, überhaupt nicht ausführbar. Die Gewißheit darüber aber ist um so mehr nothwendig, als das beneficium des Novenbeweises nicht mißbräuchlich dazu benutzt werden soll, um in der Unterinstanz versäumte Beweismittel in der Oberinstanz nachzuholen und verfehlte Beweisführungen in der Oberinstanz zu verbessern.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 3. August 1879, Nr. 5258).

VI. „Ob und inwiefern gegen processualische Versäumnisse eine Restitution möglich ist, kommt hier nicht in Betracht, weil es sich hier gar nicht um eine Versäumniß des Klägers handelt, sondern

um ein neu aufgefundenes Beweismittel und in solchen Fällen eine Hilfe nur in zweiter Instanz durch das beneficium nondum probata probanti et nondum deducta deducendi gegeben werden kann. Auf Grund der schwedischen Revisionsordnung vom 28. Juni 1662 und der Revisionsordnung vom 31. August 1682, sowie auf Grund des dem gemeinen Prozesse zu Grunde liegenden J. R. U. vom Jahre 1654 §. 73 hat auch das städtische Proceßverfahren in Berücksichtigung des zu begünstigenden materiellen Rechts unter der Voraussetzung der Ableistung des in jenen Gesetzesbestimmungen vorgeschriebenen Eides jenes beneficium der Zulassung neuer Beweismittel in der Oberinstanz für zulässig erklärt und dasselbe nur da ausgeschlossen, wo in der Unterinstanz der Beweis für desert erklärt war oder wo der Novembeweis auf solche Thatsachen sich richtet, über die schon in der Unterinstanz ein Zeugenbeweis stattgefunden hat.“ (Bescheid vom 30. Mai 1880, Nr. 3769).

304. Ein Novembeweis ist unzulässig, wenn in der Unterinstanz der Beweis versäumt oder darauf verzichtet wurde.

Aus den Motiven des einen nachgesuchten Novembeweis denegirenden Urtheils des Raths vom 21. Juli 1876, Nr. 4697:

„Den Beweis, welchen Beklagter (Appellant) gegenwärtig zu führen beabsichtigt, hat er jedenfalls durch eigenes Verschulden einzubringen versäumt. Da nun Beklagter trotzdem ausdrücklich auf jeden seinerseitigen Gegenbeweis verzichtet hat, das beneficium nondum probata probandi sich aber nicht auf Beweise erstreckt, auf welche verzichtet oder welche verabsäumt worden, so ist um deswillen schon der gebetene Novembeweis dem Beklagten nicht zu verstatten.“

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Appellations-Erkenntniß vom 2. Juni 1876, Nr. 3571.

305. Novembeweis mit Beweismitteln, welche der Probant zwar kannte, aber beizubringen nicht die Möglichkeit hatte.

„Die Voraussetzung einer in der Oberinstanz zulässigen Beweisführung ist von Amtswegen richterlich zu prüfen. Sie ist

regelmäßig dann vorhanden, wenn auf Grund der Acten für beschienigt erachtet, demnächst aber noch eidlich erhärtet werden kann, daß die fraglichen Thatsachen bzw. Beweismittel dem Beweisführer vorher nicht bekannt waren, oder doch, daß er ihre Einbringung deshalb unterlassen hat, weil er nicht vermeinte, daß sie zur Sache dienlich seien, so daß in dem Unterlassen des früheren Einbringens nur eine entschuldbare Unkenntniß und in dem Nachholen nicht eine arglistige Beeinträchtigung der Gegenpartei gefunden werden kann. (Vgl. Appellations-Erkenntniß des Raths vom 29. April 1877, Nr. 2919.) Diese Voraussetzungen für den Novembeweis liegen im concreten Falle nicht vor. Denn nach Ausweis der Acten hat Beklagter schon in der Unterinstanz Kenntniß von dem jetzt vorgeschlagenen Beweismittel gehabt und seine Benutzung für dienlich gehalten. Wollte man aber — wie bisher hier nicht üblich — auch auf Grund des J. R. U. §. 73 weiter gehen und dem Probanden das Nachholen von neu aufgefundenen Beweismitteln gestatten, deren Existenz und Zweckdienlichkeit ihm bereits früher bekannt gewesen ist, die er aber aus von ihm unabhängigen Gründen in erster Instanz nicht einzubringen vermocht hat, so kann doch diese Befugniß ihm nur unter der Voraussetzung gewährt werden, daß ein Verschulden seinerseits beim Unterlassen des früheren Einbringens und eine arglistige Beeinträchtigung der Gegenpartei ausgeschlossen ist. Diese Voraussetzung trifft im Fragefalle gleichfalls nicht zu. Die Beibringung der vom Beklagten bezeichneten Urkunde kann im gegenwärtigen Rechtsstreit nur durch dreierlei Operationen erreicht werden: entweder durch den gegen die Kläger gerichteten Antrag auf Edition derselben, oder durch Exhibition seitens des Beklagten selbst, oder durch Requisition einer Behörde, die sich etwa in ihrem Besitze befindet. Das Editions-gesuch kann nun nicht statthaben, weil Beklagter unter Acceptation der Kläger auf dasselbe verzichtet hat. . . zu den beiden anderen Operationen aber kann Beklagter, wenn ihn nicht der Vorwurf der Chicane und der Protrahirung treffen soll, nur dann greifen, wenn er mit Bestimmtheit anzugeben vermag, daß er selbst oder die zu requirirende Behörde im Besitze der Beweisurkunde sei, denn sonst liegt der Begriff des noviter repertum nicht vor. Das Gegentheil gerade ergibt sich aber aus seinem Novengesuch, es kann daher von einem Nachholen eines früher zwar verloren

gegangen, aber jetzt wieder aufgefundenen Beweismittels nicht die Rede sein.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 11. April 1879, Nr. 2633.)

306. Novenbeweis gegen die Glaubwürdigkeit der in der Unterinstanz vernommenen Zeugen und gegen die Moralität des Proceßgegners.

I. Durch Bescheid des Raths vom 16. März 1877, Nr. 1782 wurde der wider das Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 1. Juni 1876, Nr. 110 appellirenden Beklagten unter Auflage des Noveneides der Novenbeweis mit folgender Motivirung nachgegeben:

„Gegen die Nachgabe des Novenbeweises ist von dem Appellaten protestirt worden, [weil derselbe eine irrelevante Thatsache betreffe, da, wenn es auch der Appellantin gelingen sollte durch den Novenbeweis die formelle Glaubwürdigkeit der Zeugen K. zu erschüttern, dies doch bei der Uebereinstimmung der Aussagen der Zeugen K. mit denen der übrigen Zeugen bedeutungs- und wirkungslos wäre. Außerdem stehe der von der Appellantin prätendirte Novenbeweis im Widerspruch zu Cap. XXII §. 1 der Stadtrechte und der constanten Praxis des Raths, derzufolge ein Gegenbeweis, welcher auf Anfechtung von Zeugen gerichtet ist, nach eröffneten Scrutinien durchaus unzulässig erscheine. Endlich habe der auf den unsittlichen Lebenswandel des Klägers gerichtete Novenbeweis nicht die mindeste Relevanz, da Kläger als solcher überhaupt und von vornherein keine Glaubwürdigkeit für sich in Anspruch nehme, sondern als Proceßpartei seine Klage zu beweisen habe.

Wenn Appellat behauptet, daß die Vorschrift des Rig. Stadtrechts Lib. II Cap. XXII §. 1

„Wer da gedenket der Zeugen Person durch andere Zeugen zu reprobiren und zu verwerfen, der soll nicht warten, bis er ihre Aussage, ob ihme dieselbe zuträglich oder nicht, erfahren, sondern seine reprobatorios testes probatoriorum balde nach geschahem Examine hervorbringen“

dem beabsichtigten Novenbeweis entgegenstehe, so ist dies keineswegs richtig. Sowohl nach gemeinrechtlicher Doctrin, als nach der stadt-

rechtlichen Praxis und der in subsidium geltenden königl. schwedischen Revisionsordnung vom 31. August 1682 ist die Zulassung neuer Behauptungen in der Appellationsinstanz sowohl zum Angriff, als zur Vertheidigung zulässig, und daraus ergiebt sich denn, daß sie auch zum Beweise zugelassen werden müssen, da sonst ihr Vorbringen zwecklos wäre. Aber auch selbst der bloße Vorschlag neuer Beweismittel über bereits früher aufgestellte, aber nicht gehörig bewiesene Behauptungen ist von Gesetz und Doctrin für zulässig erkannt worden. (cf. Bayer, 10. Aufl. S. 1020, 1021. Jordan in Weiske's Rechtslexikon I. S. 377.) Und auch in dem Falle werden neue Beweismittel gestattet, wenn in der vorigen Instanz eine peremptorische Beweisfrist festgesetzt worden war (Bayer, S. 1026. Langenbeck, S. 374 ff.). Wollte man auch in der obigen Vorschrift des Stadtrechts die Festsetzung einer peremptorischen Beweisfrist sehen, so würde in Folge dieser Doctrin dennoch dem nichts entgegenstehen, daß neue Beweismittel für die Reprobation der Zeugen in der Oberinstanz vorgebracht werden dürfen. Das vom Appellaten angezogene Präjudicat des Raths vom 6. März 1870, Nr. 1648, bestätigt auch keineswegs die appellatische Behauptung, da in demselben diese Frage nur gestellt, aber nicht entschieden ist. Dagegen ist in dem Appellationsbescheide des Raths vom 2. April 1869, Nr. 6383 der Beweis über die vom Unterrichter verworfene Habitität eines Zeugen auf Grund neu entdeckter Thatsachen zugelassen worden. Ein Präjudicat des Raths, durch welches ausgesprochen wäre, daß ein Beweis in der Oberinstanz gegen die Habitität der gegnerischen Zeugen ausgeschlossen wäre, findet sich unter den zahlreichen das beneficium nondum probata probandi betreffenden Entscheidungen nicht vor.

Appellat hat ferner zur Unterstützung seines Protestes darauf hingewiesen, daß die behaupteten neuen Thatsachen gänzlich irrelevant seien. Die Relevanz der Thatsachen ist nun allerdings eine Voraussetzung für die Zulassung derselben zum Beweise. In concreto können aber die behaupteten neuen Thatsachen keineswegs für irrelevant erachtet werden, da von ihnen die Glaubwürdigkeit der beiden Zeugen K., deren Aussagen einen entschiedenen Einfluß auf die Beurtheilung der Wahrheit der klägerischen Behauptung haben, abhängt. Inwiefern die Wahrheit dieser Behauptungen auch noch aufrecht zu erhalten sein wird auf Grund der alleinigen Aussagen

der übrigen Zeugen, ist Sache der Beweiswürdigung, die aber erst im Enderkenntnisse stattzufinden haben wird.

Ebenso wenig irrelevant erscheint auch der auf die unsittliche Führung des Klägers gerichtete Novenbeweis, da er für die möglicher Weise sich herausstellende Frage, ob die Entscheidung der Sache nicht etwa schließlich von einem dem einen oder dem anderen Theile aufzuerlegenden Eide abhängig zu machen sein werde, immerhin von Einfluß sein kann, zumal nach §. 15 Lib. II Cap. XVIII der Stadtrechte der Richter verpflichtet ist, bei der Auferlegung von Notheiden auch in Berücksichtigung zu ziehen, in was Ansehen, Ehr und Würde jede Partei sei."

II. Appellat hat behauptet, daß — wie er neuerdings in Erfahrung gebracht — die beiden hebräischen Zeugen maculirte Persönlichkeiten seien, als solche aber nicht volle Glaubwürdigkeit besitzen, und neue Momente, die sich auf die Habilität der Zeugen beziehen, begründen nach mehrfachen Präjudicaten des Raths (Appellationsbescheid vom 2. September 1864. Urtheil vom 4. März 1870, Nr. 1648) allerdings die Berechtigung zum Novenbeweise."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 22. November 1878, Nr. 7927.)

307. Novenbeweis findet wegen angeblichen Mißverständnisses der Zeugen in Betreff der ihnen vorgelegten Fragen nicht statt.

„Beklagter und Appellant hat neue Thatsachen, welche ihm zur Seite stehen und welche das behauptete Recht des Klägers widerlegen, nicht angeführt. Er will nur gegenwärtig erfahren haben, daß die Unklarheiten und Widersprüche namentlich in den Zeugenaussagen des S. ihren Grund in der mißverständlichen Auffassung der ihm vorgelegten Fragen haben. Allein einestheils ist es Sache des vernehmenden Gerichts, sich bei der Vernehmung zu vergewissern, daß der Befragte die Frage richtig auffaßte, und andererseits steht dem Producten zur Vorbeugung solcher unrichtigen Auffassung und zur Klarlegung des in Betracht kommenden Verhältnisses das Recht des Interrogirens zu. Es muß aber für unzulässig erachtet werden, daß nach eröffnetem Scrutinium und zumal nach in der Unter-

instanz vollendeter Proceßführung es einer Partei gestattet werde, unter dem Vorgeben, der vernommene Zeuge habe die Frage nicht richtig verstanden und daher auch nicht richtig beantwortet, eine neue Beweisführung in der Oberinstanz zuzulassen, da einerseits ein solcher Gegenstand der beabsichtigten Beweisführung nicht unter den Begriff neuentdeckter Thatfachen und Beweismittel fällt, andererseits zu Collusionen der Partei mit den Zeugen und zu einem chicanösen Verschlepp des Processes führen kann.“

(Aus den Motiven des Bescheides vom 19. August 1877, Nr. 5664.)

308. Novenbeweis über Thatfachen, über welche schon in der Unterinstanz Zeugen vernommen wurden, ist unzulässig.

I. Aus den Motiven des Rathßbescheides vom 13. September 1872, Nr. 6401, durch welchen der appellirende Kläger mit seiner Bitte um Nachgabe des Novenbeweises abgewiesen wurde, ist hervorzuheben:

„Anlangend die vom Appellanten beanspruchte Berechtigung zu weiterer Erweisung derjenigen Thatfachen durch Zeugen, welche er bereits in der Unterinstanz durch Zeugen in Gewißheit zu setzen bemüht gewesen, so ist es ein schon aus dem justinianeischen Recht (Nov. 90 cap. IV §. 1) hergeleiteter und im canonischen Recht (Clem. 2. de testib. 2. 8) noch directer und dürrender ausgesprochener Grundsatz, daß in der Appellationsinstanz über solche Thatfachen, über welche Zeugen bereits in der Unterinstanz abgehört worden, nicht dieselben oder auch andere Zeugen wiederum vernommen werden sollen. Dieser gemeinrechtliche Grundsatz hat auch in der hiesigen städtischen Praxis in Ermangelung eines abweichenden Particulargesetzes Anwendung gefunden, wie das insbesondere im Bescheide dieses Rathß vom 22. November 1867, Nr. 9845 Ausdruck gefunden hat.

Da nun Appellant einen angeblich neu entdeckten Zeugen genau nur über eben die von ihm articulirten Fragen abhören zu lassen beabsichtigt, über welche auf sein Verlangen von ihm bereits früher im Beweisstadio benominirte Zeugen verhört worden sind, so stellt sich ein solches Unternehmen als unstatthaft dar.“

II. „Der Rath hat bereits in früheren Erkenntnissen

vom 27. August 1875, Nr. 5690,

„ 24. März 1876, „ 2066,

„ 29. April 1877, „ 2919,

„ 17. Juni 1877, „ 4295,

„ 24. August 1877, „ 5784,

wiederholt ausgesprochen, daß über solche Thatfachen, über welche bereits in der Unterinstanz Zeugen vernommen sind, nicht noch in der Oberinstanz in einem Novembeweise neue Zeugen vernommen werden dürfen, weil sonst einer Subornation der Zeugen Raum gegeben werden würde. Es gründet sich dies auf die in der Novelle 90 cap. 4 §. 1 enthaltene und auch in die Rig. Stadtrechte Lib. II Cap. XX §. 9 und 10 übergegangene Bestimmung, nach welcher nach Publication der Zeugenaussagen neue Zeugen über dieselben Thatfachen, über welche bereits Zeugen vernommen sind, nicht mehr zuzulassen sind.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 2. Mai 1880, Nr. 2863.)

III. Uebereinstimmend wurde erkannt in den Appellations-Erkenntnissen vom 14. Mai 1880, Nr. 3156 und vom 23. Mai 1880, Nr. 3615.

309. Gegenbeweis gegen einen Novembeweis.

I. Appellantin hatte einen Novembeweis angetreten, Appellaten hatten um Nachgabe des Gegenbeweises gebeten und zu dessen An-tretung ein Consistorialerkenntniß beigebracht. Appellantin protestirte gegen dessen Berücksichtigung, weil ihr Novembeweis einzig und allein gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen und auf den Leumund des einen Appellaten gerichtet sei, der Gegenbeweis also auch nur diese Momente zum Gegenstande haben könne, anderen-falls aber unter Beobachtung der bezüglichen Formalien als selbständiger Novembeweis nachzusehen sei. Dieser Einwand wurde durch den Bescheid vom 31. August 1877, Nr. 5890, aus folgenden Gründen bestätigt:

„Nach der richtigen Theorie hat der Gegenbeweis nur den Inhalt und den Zweck, die von dem Producenten behaupteten

Thatsachen, deren Bewahrheitung Gegenstand des Hauptbeweises ist, in ihrer Wahrheit und Richtigkeit zu widerlegen und zu dem Behufe Thatsachen darzulegen und nachzuweisen, welche die Annahme der juristischen Gewißheit jener vom Producenten behaupteten und von ihm im Hauptbeweise nachzuweisen unternommenen Thatsachen verhindern oder ausschließen. Der Gegenbeweis ist daher durch die Grenzen beschränkt, welche ihm durch den Gegenstand des Hauptbeweises gegeben worden. Im vorliegenden Falle handelt es sich im Hauptbeweise um die Verdächtigkeit der appellatischen Zeugen und um den nachtheiligen Leumund des einen Appellaten. Nur diese von der Appellantin behaupteten Thatsachen sind zu widerlegen und können den Gegenstand des Gegenbeweises bilden. Appellaten sind aber darüber hinausgegangen, wenn sie eine Urkunde beibringen, welche mit jenem Gegenstande gar nichts zu thun hat, sondern dazu dienen soll, den schlechten Leumund der Appellantin darzuthun. Dies ist eine neu vorgebrachte Behauptung und kann nur Gegenstand eines von den Appellaten zu führenden Hauptbeweises sein. Ein solcher steht aber den Appellaten gegenwärtig nicht zu."

II. „Da der Gegenbeweis sich darstellt als Vertheidigung gegen den Hauptbeweis und da das Recht auf denselben gegenüber der Beweisführung unbestreitbar ist, so ist auch bei dem Novenbeweis dem Gegner unbedingt der Gegenbeweis offen zu lassen, und ferner hat der Gegner bei Zulassung einer Beweisführung auf den Grund neuer Beweismittel die Befugniß, in dem Gegenbeweise über dieselben Momente aller ihm zugänglichen Beweismittel, gleichviel ob dieselben neu aufgefunden worden, oder schon früher vorhanden waren, sich zu bedienen. Der Gegner mag von den ihm zu Gebote stehenden Beweismitteln nur so viel gebrauchen, als ihm zur Entkräftung des Beweises als nothwendig erscheint. Sein Verzicht auf einen Theil der Gegenbeweismittel ist nur ein bedingter, insofern nämlich es bei den Hauptbeweismitteln sein Bewenden hat. Fällt durch die Nachgabe des Novenbeweises diese Bedingung weg, so kann der Beweisführer jenen Verzicht des Gegners zu seinen Gunsten nicht weiter geltend machen.“

(Aus den Motiven des Bescheides vom 25. August 1878, Nr. 5691).

310. Bei Berechnung der Appellationsſumme ſind die Nebenforderungen an Zinſen und Koſten nicht zu berückſichtigen.

In der Reſolution vom 15. October 1875, Nr. 6779 iſt anerkannt, daß

„nach gemeinrechtlich kaum mehr ſtreitigen, in Grundlage des Lib. II Cap. IV der Stadtrechte auch im hieſigen Proceß giltigen, und bereits mehrfach in der ſtädtiſchen Praxis anerkannten Rechtsgrundsätzen — bei der Berechnung der Appellationsſumme nicht die *summa libelli*, ſondern die *summa gravaminis* in Betracht kommt, wobei gleichzeitig nur die Hauptforderung zu berückſichtigen, der Betrag der Accessionen (Proceß-Zinſen und Koſten) aber nicht zu veranſchlagen iſt (Reichsdep. Abſch. von 1600 §. 14. R. G. Gem. Beſch. v. J. 1603. J. R. U. §. 114. Appellationsurtheil des Rathes v. 8. Juli 1870, Nr. 3172. Reſol. v. 14. Februar 1875, Nr. 1262 und Reviſionsbeſcheid v. 10. October 1873, Nr. 7740).“

Uebereinſtimmend iſt erkannt in dem Reviſionsbeſcheide vom 9. Juli 1880, Nr. 4595.

311. Feſtſtellung der *Summa appellabilis*.

I. „Nach feſtſtehenden gemeinrechtlichen und provincialrechtlichen Grundsätzen entſcheidet bezüglich der Appellationsfähigkeit eines Erkenntniſſes nicht die *summa libelli*, ſondern vielmehr die *summa gravaminis*.“

(Reſolution des Rathes vom 14. Februar 1875, Nr. 1262.)

II. Die Administration der Gertrudkirche hatte gegen M. auf Zahlung einer Conventionalpön wegen nicht erfüllten Verdingungsvertrages geklagt und war in zweiter Inſtanz für den Fall eines vom Beklagten zu leiſtenden Ergänzungszeides abgewieſen worden. Der demnächſt von ihr geſtellte Antrag, die Sache gemäß Art. 621 des Kirchengefeßes auf dem Kronſintereſſewege dem Senate vorzuſtellen, wurde durch den Reviſionsbeſcheid vom 27. Auguſt 1880, Nr. 5570 aus folgenden Gründen verworfen:

„Nach dem von der Impetrantin angezogenen Art. 621 ſoll das Eigenthum der evang.-luth. Kirche mit dem Rechte des Kronseigenthums vertheidigt werden. Nach der richtigen Interpretation

welche auf die im Art. 829 Bd. X Th. II der Reichsgesetze (Ausg. von 1857 oder Art. 644 in der Ausgabe von 1876), sowie in der Anmerkung zu diesem Artikel enthaltene Bestimmung Rücksicht nimmt, sind aber unter dem im Kirchengesetze a. a. O. gebrauchten Ausdruck „Eigenthum“ nur kirchliche Sachen und vornehmlich das unbewegliche Vermögen der Kirche zu verstehen und hat in Uebereinstimmung mit dieser Auffassung der Rath in einem früheren Bescheide vom 1. Juli 1877, Nr. 4619 dahin erkannt, daß im Wege des Civilprocesses verhandelte Forderungsklagen der Kirchen nicht dem Dirig. Senate auf dem außergewöhnlichen sog. Kroninteressewege zur Revision vorzustellen seien. Da es sich im vorliegenden Fall aber um einen persönlichen Anspruch der klagenden Administration wider den Beklagten handelt, so kann dem Antrage der Klägerin nicht deferirt werden.

Bei der Frage, ob der Klägerin die Revision nachzugeben sei, kommt in Betracht, daß über ein Streitverhältniß erkannt worden, welches eine bestimmte Werthschätzung nicht zuläßt. Unter solchen Umständen ist aber nach den einschlägigen, dem gemeinen Recht entnommenen Proceßregeln (Renaud, Civilproceß, §. 176 Note 74 und 76) von dem Vorhandensein der Appellationssumme abzusehen und der Impetrantin das angemeldete Rechtsmittel nachzugeben.“

312. Summa revisibilis bei Alimentenforderungen.

Im Bescheide des Rathes vom 7. Mai 1876, Nr. 3034 heißt es:

„Da nach Art. 464 Th. I des Prov.-Rechts alle Erkenntnisse dieses Rathes allendliche und nicht revisionsfähige sind, wosern der Streitgegenstand, um welchen es sich handelt, den Werth von 600 Rbl. nicht übersteigt und

da der zwischen den Parteien in concreto obschwebende Streit sich um eine jedenfalls sehr viel geringere Summe dreht, indem durch das Urtheil des ersten Richters, welches in der Oberinstanz bestätigt worden, Impetrat zur Bezahlung von nur 1 Rbl. monatlich zur Alimentation des von der Impetrantin außer der Ehe geborenen Kindes für die Zeit vom 3. August 1874 bis zum 1. December 1875 und von 2 Rbl. monatlich vom 1. December 1875 bis auf weitere gerichtliche Bestimmung eventuell angewiesen worden, Impetrantin aber nicht über einen allzuniedrig bemessenen Alimen-

tenbetrag, sondern vielmehr einzig darüber Beschwerde geführt hat, daß an Stelle dessen, daß sie zum Ergänzungsseide hätte zugelassen werden sollen, die Entscheidung des Rechtsstreites von der Leistung oder Nichtleistung eines dem Beklagten von ihr eventuell zugesprochenen Schiedsseides abhängig gemacht worden,

so ist die interponirte Revision wegen der Sache in Ansehung ihres Werthbetrages mangelnder Revisionsfähigkeit zu denegiren."

313. Das Zusammenwerfen zweier Sachen zur Erzielung der revisionsfähigen Summe ist unstatthaft.

I. Hierüber sagen die Motive des Bescheides des Rathes vom 18. April 1873, Nr. 2871:

„Da der Betrag, über welchen ein jeder einzelne der beiden erwähnten Querelbescheide entscheidet, die revisionsfähige Summe nicht erreicht und da ein Zusammenwerfen zweier in verschiedenen, wenn auch unter denselben Litiganten verhandelten, Sachen getrennt ergangener Erkenntnisse zu dem Zwecke, um aus den zusammengerechneten Beträgen beider Sachen eine revisionsfähige Summe zu erzielen, an sich vollständig unstatthaft ist und zwar selbst dann, wenn es sich auch nicht, wie in concreto, um zum Theil andere That- und Rechtsfragen in beiden Sachen handeln würde, — so ist die nachgesuchte Revision zu denegiren.“

II. Zwischen den Parteien waren *pari passu* zwei Wechselproceffe über resp. 311 Rbl. 14 Kop. und 307 Rbl. 84 Kop. jedoch vollständig getrennt verhandelt und in den beiden ersten Instanzen mit durchweg gleichlautender Motivirung zu Gunsten des klagten Theiles entschieden worden. Gegen die bezüglichlichen Querelbescheide des Rathes vom 13. December 1874, Nr. 7781 und 7782 meldete Kläger, beide Proceffe zusammenziehend, die Revision an den Senat an. Auf Protest des Gegners wurde jedoch die Devolvirung der Sachen an die dritte Instanz durch Bescheid des Rathes vom 12. März 1875, Nr. 1953 mit folgender Motivirung denegirt:

„Einem begründeten Zweifel kann die Gewißheit nicht begegnen, daß die vom klägerischen Theile angestrebte Zusammenschmelzung zweier Judicate zu einem Judicat, oder richtiger der Werthbeträge, über welche in zweien verschiedenen Judicaten einzeln

erkannt wurde, zu einem Werthbetrage, um durch solche Operation die Höhe der Appellationssumme zu erreichen, ein durchaus unstatthafes Unternehmen ist. Ist heutzutage schon kaum mehr bestritten, daß, wenn in Folge objectiver Klagenhäufung über eine Mehrzahl von Ansprüchen in einem Erkenntniß entschieden worden, gleichwohl eine Abdirung der Beschwerdesummen nicht gerechtfertigt ist, so ist vollends über jede Controverse erhoben, daß mehrere, wenn auch auf gleichem thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende und zwischen denselben Litiganten, aber in getrennten Processen nebeneinander verhandelte und nur zufällig gleichzeitig entschiedene Streitsachen, über welche in nothwendiger Folge der getrennten Verhandlung mehrere nur zufällig gleichzeitig anfechtbare Erkenntnisse ergangen sind, nicht hinterher beliebig zusammengeworfen werden dürfen, um dadurch den Betrag der Appellationssumme zu erzielen, welcher jedem einzelnen der verhandelten Prozesse und der gefällten Entscheidungen mangelt. Einer solchen Zusammenwerfung stellt sich nicht nur der seither vollständige Mangel jeglicher formellen Verbindung der mehreren Ansprüche, sondern auch die äußerliche Mehrheit der Urtheilsprüche als unbefiegbares Hinderniß entgegen. Ist aber eine derartige Verschmelzung vorliegenden Falls, da Kläger seine vermeintlich ihm aus verschiedenen Wechselln an den Beklagten erwachsenen wechsellmäßigen Regreßansprüche in separirten Klagen zur Geltung zu bringen versucht hat und über jeden dieser Ansprüche ein für sich bestehendes Erkenntniß ergangen ist, rechtlich unausführbar und erreicht keiner dieser Ansprüche in seiner Einzelheit die Höhe derjenigen Geldsumme, von deren Vorhandensein der Art. 464 Th. I des Prov.-Rechts die Revisionsfähigkeit von civilgerichtlichen Erkenntnissen des Rigaschen Rathes abhängig macht, so muß das eingelegte Rechtsmittel regelmäßiger Revision für durch das Gesetz ohne alles Weitere ausgeschlossen erachtet werden.“

314. Statthaftigkeit der Revision gegen Beweisinterlocute.

I. „Durch den angefochtenen diesseitigen Querelbescheid wird allerdings das durch die Litiscontestation begründete Streitverhältniß nicht erledigt, wohl aber enthält derselbe eine Entscheidung über verschiedene unter den Parteien bestrittene Punkte, wegen deren sie das Gericht angerufen und ihre betreffenden Anträge vor Gericht

verlauthart haben. Denn während der Klageanspruch darauf gegründet ist, daß eine Obligation, zu deren Bezahlung klägerisches Theil im Executivproceffe verurtheilt worden war, nicht zu dem Zweck ausgestellt worden sei, um von dem Gemeinschuldner P. als Forderungsdocument gegen den Kläger benutzt zu werden, sondern um nach erhaltener Blancoauffschrift des P. gegen Hingabe dieses Instruments bei einer dritten Person ein Darlehen aufzunehmen, hat Beklagter die Relevanz dieser Thatsache aus verschiedenen Gründen bestritten und eben daher auch gegen die Nachgabe des gebetenen Klagebeweises protestirt. Da die Bestätigung dieses Protestes eine Abweisung der Klage hätte zur Folge haben müssen, die Abweisung des Protestes aber mit der Entscheidung zusammenfällt, daß die Klage im Falle des Nachweises jener zu ihrer Begründung angeführten Thatsache für gerechtfertigt zu erachten sei, so muß einleuchten, daß das von dem Beklagten angefochtene Erkenntniß dieses Raths, ohne eine Definitivsentenz zu sein, doch das Wesen der Sache, wegen deren die Parteien vor dem Richter certiren und seine Entscheidung angerufen haben, bereits eventuell entscheidet.

Wenn mithin das angefochtene Erkenntniß zu denjenigen Interlocutorien, welche *vim sententiae definitivae* haben, gerechnet werden muß, so ist nach Lib. II Tit. XXXI §. 2 der abgeänderten Artikel der Rtg. Stadtrechte die Protestation wider die Nachgabe der Revision als unrechtfertig zurückzuweisen.“

(Revisionsbescheid vom 3. Juni 1877, Nr. 3896).

II. In erster Instanz war die Klage angebrachtermaßen abgewiesen, in zweiter Instanz dagegen der Klägerin der von ihr nachgesuchte Beweis ihrer Replikbehauptungen nachgegeben worden. Als Beklagter wider die letztere Entscheidung Revision anmeldete, protestirte Klägerin gegen deren Nachgabe, weil das Urtheil zweiter Instanz kein Definitivurtheil sei. Gleichwohl wurde die Revision durch den Revisionsbescheid vom 9. Januar 1880, Nr. 163 nachgegeben.

„Wenn Beweisinterlocute, insofern durch dieselben über die rechtliche und thatsächliche Begründung derjenigen Anträge entschieden wird, auf welche sich die Beweisaufgabe bezieht, ihrem Wesen nach bedingte Endurtheile sind und demnach nicht zu denjenigen Interlocutorien gehören, von welchen nach Lib. II Tit. XXXI §. 2 der abg. Artikel der Rtg. Stadtrechte die Revision nicht verstattet

werden soll, so kann der aus dieser Bestimmung hergeleitete Protestationsgrund für begründet nicht erachtet werden.“

III. „Durch das gegenwärtige Appellations-Erkenntniß ist anerkannt, daß die Verjährungseinrede je nach dem Ergebnisse des Beweisverfahrens bestätigt oder zurückgewiesen werden könne, ohne den zu führenden Beweis aber nicht begründet erscheine. Dasselbe enthält somit allerdings ein bedingtes Enderkenntniß und gegen bedingte Enderkenntnisse findet, wie bereits in dem Bescheide vom 3. Juni 1877, Nr. 3896 ausgesprochen ist, die Revision an den Dirig. Senat nach Lib. II Tit. XXXI §. 2 der abg. Artikel der Stadtrechte allerdings statt.“

(Aus dem Revisionsbescheide vom 16. Januar 1880, Nr. 362).

315. Statthaftigkeit der Revision gegen Erkenntnisse, durch welche die Verurtheilung von der Ausschwörung von Eiden abhängig gemacht ist.

„Gegen die Nachgabe der Revision ist von dem Appellaten um deswillen protestirt worden, weil es sich in casu noch keineswegs um ein Definitiverkenntniß, sondern nur um einen Zwischenbescheid handle, durch welchen nur die Resultatlosigkeit des Hauptbeweisverfahrens festgestellt sei. Diese Ansicht des Appellaten ist jedoch eine unrichtige, denn das ergangene Urtheil ist ein definitives, indem es die Condemnation oder die Freisprechung von einer vorher noch vorzunehmenden Parteihandlung der beklagten Partei, der Ableistung der ihr angetragenen Eide abhängig macht und durch die Ableistung oder Verweigerung resp. Versäumung des Eides die Streitfache allendlich entschieden ist.“

(Revisionsbescheid vom 25. Mai 1877, Nr. 3626).

316. Unstatthaftigkeit der Revision, weil „auf gerichtliche Protokolle gesprochen worden.“

In dem Revisionsbescheide vom 14. Mai 1880, Nr. 3150 wurde die Zulässigkeit der Revision unter anderem damit begründet:

„Da der Einwand des Meistbieters G., die Revision sei unstatthaft, weil in vorliegender Sache auf gerichtliche Protokolle gesprochen worden, unbegründet erscheint, indem in jedem Prozesse

auf Grund gerichtlicher Protokolle gesprochen wird und die bezügliche Vorschrift des §. 2 der abg. Artikel Cap. XXXI daher nur auf solche Fälle bezogen werden kann, wo eine Partei das anstreitet, was durch das gerichtliche Protokoll liquid gestellt ist; da dies im Fragefalle aber nicht geschehen, sondern nur darüber Streit ist, ob der Reluent W. die Bedingungen der Relution rechtzeitig und gehörig erfüllt habe u. u."

317. In Bausachen und Servitutstreitigkeiten, welche das Bauwesen betreffen, ist die Revision an den Senat unzulässig.

I. Hierüber sagen die Motive des Revisionsbescheides des Raths vom 12. September 1873, Nr. 6964:

„Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß in eminenter Weise der zwischen den Parteien obschwebende Streit das Bauwesen betrifft, woher denn auch die Impetranten ihren Schutz fast ausschließlich in den baupolizeilichen Vorschriften gesucht haben, wie solche in den Bauordnungen dieser Stadt enthalten sind. Demnach ist denn aber auch für den Instanzenzug in dieser Sache der §. 2 Tit. XXXI Lib. II der Rig. Stadtrechte in den abgeänderten Artikeln maßgebend, welchem zufolge in Sachen, die das Bauwesen oder dessen Servituten betreffen, die Revision oder extraordinäre Appellation durchaus nicht zugelassen und verstattet werden soll.“

II. Aus den Motiven des Revisionsbescheides vom 27. August 1875, Nr. 5687:

„Gegenstand des zwischen den Parteien geführten Processes ist die Frage über die Rechtsbeständigkeit oder Richtigkeit einer stattgehabten Servitutbestellung und hat die Servitut in der Errichtung von auf den Hof des appellatischen Hauses ausschauenden Fenstern bestehen sollen.“

Nach dem Rigaschen Stadtrechte, abgeänderte Artikel Tit. XXXI §. 2, soll nun aber die Revision oder extraordinäre Appellation unter anderem in Sachen, die das Bauwesen oder dessen Servituten betreffen, durchaus nicht zugelassen und verstattet werden.

Da es sich in gegenwärtigem Falle nun um nichts Anderes als um eine mit dem Bauwesen verbundene Servitut handelt, so

ist die angemeldete Revision gesetzlich unzulässig und muß daher die Nachgabel derselben versagt werden.“

III. Der Bescheid des Rathes vom 17. November 1876, Nr. 7444 lautet:

„Da der zwischen den Parteien obschwebende Rechtsstreit einzig die Frage zum Gegenstande hat, ob Revisions-Impetrant verpflichtet ist oder nicht, die in seiner hart auf der Grenze des gegnerischen Grundstücks befindlichen Mauer vorhandenen verschiedenen Fenster, Lücken und Luft- oder Lichtöffnungen festmauern zu lassen;

da dieser Rechtsstreit nach der Auffassung des Rathes sich als eine Servitutestreitigkeit charakterisirt, jedenfalls aber das Bauwesen betrifft und ebendaher auch in erster Instanz bei dem Kämmerergericht verhandelt und entschieden worden ist;

da nach §. 2 der abg. Art. zu Tit. XXXI Lib. II der Reg. Stadtrechte in allen das Bauwesen und dessen Servituten betreffenden Sachen die Revision durchaus nicht zugelassen und gestattet werden soll, so ist die vom Impetranten im Uebrigen rite ac tempestive angemeldete Revision an E. Dirig. Senat zu denegiren“.

318. Die im Auslande sich aufhaltende Partei kann den Revisionsseid durch Unterzeichnung des Eidesformulars leisten.

Diese Entscheidung ist in dem Concessionalbescheide vom 20. December 1878, Nr. 8702 damit motivirt,

„daß die abgeänderten Artikel der Reg. Stadtrechte hinsichtlich der Formalien der Revision die Revisionsordnung vom 21. August 1682 zur Grundlage haben, daß diese Revisionsordnung für den Fall, daß eine Partei sich außerhalb des Reiches und dessen Provinzen aufhalten sollte, derselben gestattet, den Revisionsseid schriftlich durch eigenhändige Unterschrift unter dem Eidesformular zu vollziehen, und daß letztere Bestimmung sich deshalb als nothwendig erweist, weil kein Gericht eines auswärtigen Staates genöthigt werden kann, vor seinen Schranken die mündliche Abnahme des Revisionsseides zu vollziehen, dem Revisionsimpetranten aber die

Möglichkeit der Fortführung der ihm nachgegebenen Revision durch Unausführbarkeit der vorgeschriebenen Formalien nicht genommen werden darf."

319. Geht eine Forderung während des Processes auf einen anderen Gläubiger über, so hat den Revisionseid dieser zu leisten bzw. für eine Handlungsfirma deren Chef oder Procurant.

„Was die auszuschwörenden Revisionseide betrifft, so... kann als Streitpartei in dem obschwebenden Prozesse nach Maßgabe der actenmäßigen Vorgänge nicht mehr die klagende Handlung S. gelten. Denn, wie das Protokoll des Wettgerichts ausweist, hat die Handlung S. den seither von ihr geführten Rechtsstreit der Handlung L. und der Rig. Commerzbank zu deren gemeinschaftlichem Eigenthum übertragen und letztere haben die Fortführung des Rechtsstreites solidarisch für eigene Gefahr und Rechnung auf Gewinn und Verlust übernommen. Demgemäß haben die letzteren denn auch einzig für sich, und zwar als Nachfolger von S. die Appellationsrefutation unterschrieben. Die selbstverständliche Folge dieser Vorgänge ist aber die, daß auch nun die Handlung L. und die Rig. Commerzbank als derzeitige patroni causae die Revisionseide auszuschwören haben. Was die Handlung L. angeht, so hat für dieselbe nach dem seitherigen Gerichtsgebrauch der Chef oder Procurant einzutreten.“

(Revisionsbescheid vom 15. Juli 1877, Nr. 4937.)

320. Mitkläger, welche nach dem Urtheil ihren Antheil an der Klageforderung durch Cession veräußert haben, brauchen den Revisionseid nicht zu leisten.

„Die beklagte Direction hat erklärt, daß trotz der geschenehen Cession der Revisionseid von sämtlichen klägerischen Erben abgeleistet werden müsse und die Revision nur denjenigen nachzugeben sei, welche den Revisionseid geleistet hätten. Dieser Ansicht kann man indessen nicht beipflichten. Denn der Revisionseid ist nach §. 3 der abgeänderten Artikel der Rigaschen Stadtrechte Lib. II Cap. XXXI erst zu schwören, wenn die Sache appellabel befunden

und die Revision nachgegeben worden ist und zwar nach §. 4 daselbst von der Partei, d. h. von demjenigen, welcher hinsichtlich der Revisionsklage als Partei erscheint. Durch die von den Miterben des Klägers P. bewerkstelligte und der beklagten Direction angezeigte Cession sind nun die jenen Miterben zustehenden Antheile an der streitigen Forderung auf Grund des Art. 3474 des Prov. Rechts Th. III auf den Cessionar P. übergegangen, damit haben sie aufgehört Gläubiger aus dieser Forderung zu sein und weil Kläger nur jemand sein kann, der hinsichtlich der geklagten Forderung als Gläubiger erscheint, sind sie auch zur Zeit nicht mehr Proceßpartei. Das Verlangen der Beklagten, daß außer dem zur Zeit allein forderungsberechtigten P. auch noch dessen Miterben sämmtlich den Revisionsseid leisten, ist daher gesetzlich nicht begründet.“

(Revisionsbescheid vom 18. Juni 1880, Nr. 4055.)

321. Deponirung des in beiden Instanzen Aberkannten ist nicht erforderlich, wenn die Erkenntnisse bedingt gestellt waren.

Durch das mittelst Appellations-Erkenntnisses vom 27. Februar 1876, Nr. 1351 bestätigte Erkenntniß des Wettgerichts vom 20. November 1875, Nr. 943 war Beklagter für den Fall der Leistung eines Schiedseides seitens des Klägers verurtheilt worden, eine Partie Hafer vom Kläger zu empfangen und den Kaufpreis von 9840 Rbl. sammt Zinsen und den erweislichen Proceßkosten binnen 48 Stunden sub poena exee. zu bezahlen. Beklagter war demnächst ebenfalls in die erweislichen Kosten der Appellationsinstanz verurtheilt worden.

Der vom Kläger gegen die Bitte des Beklagten um Nachgabe der Revision erhobene Protest, welcher darauf gestützt war, daß Beklagter, obwohl er in beiden Instanzen seine Sache verloren, dennoch das Aberkannte nicht zu Gericht deponirt habe, wurde durch den Revisionsnachgabebescheid vom 7. Mai 1876, Nr. 3033 mit folgender Motivirung zurückgewiesen:

„Allerdings heißt es in Lib. II Cap. XXXI §. 8 der abgeänderten Artikel des Rigaschen Stadtrechts, daß, wer seine Sache wie bei dem Untergericht, so bei dem Rath verloren hat, aber

die Sache durch extraordinäre Appellation fortsetzen will, innerhalb der in dem Urtheil bestimmten Frist auch ohne Anregung des Gegentheils, was ihm aberkannt ist, bei Gericht deponiren oder seinem Gegentheile einzuräumen und in Besitz zu geben sich erbieten soll, und heißt es weiter im §. 16 *ibid.* daß, wenn irgend ein Prästandum vom extraordinäre Appellanten versäumt sein sollte, die Appellation *pro deserta* erkannt und das Urtheil des Rathes als in *rem judicatam* ergangen erachtet werden soll. Diese Gesetzesbestimmungen sind jedoch auf den vorliegenden Fall nicht zutreffend und ebendaher auch nicht anwendbar.

Denn, wie durch das untergerichtliche Erkenntniß, welches die oberrichterliche Bestätigung gefunden, dargelegt worden, ist der Beklagte keineswegs unbedingt, sondern nur bedingt und zwar für den bisher noch ungewissen eventuellen Fall, daß Beklagter den Gefährdeid, Kläger aber den von ihm freilich acceptirten Schiedseid künftig wirklich ausschwören würden, zur Empfangnahme und Bezahlung des gekauften Hafers sowie zum Ersatze der Proceßkosten angewiesen worden. Solange jene Eventualität nicht eingetreten, solange die Bedingung nicht erfüllt ist, von deren Erfüllung die Sachfälligkeit des Beklagten abhängig gemacht worden, so lange ist Beklagter überhaupt zu irgend welcher Leistung nicht verbunden und am wenigsten, ehe ihm noch irgend welcher Hafer geliefert, resp. die Lieferung desselben sichergestellt worden, indem urtheilsmäßig der Leistung des Beklagten eine gleichzeitige klägerische Gegenleistung gegenübergestellt worden.

Ebensowenig ist für den Revisionsimpetranten schon jetzt die Nothwendigkeit, ja selbst nur die Möglichkeit eingetreten, die ihm abgesprochenen Kosten der Oberinstanz niederzulegen oder gar zu berichtigen, da Appellat die Kosten seither zu specificiren, geschweige denn zu erweisen unterlassen hat, ihm aber bei versäumter Specification überhaupt nur die erweislichen Kosten zugebilligt werden können und zugebilligt worden sind. Wenn nichtsdestoweniger Impetrant noch vor Ablauf der anberaumten vierzehntägigen Frist nach Publication des Appellationsurtheils zur Sicherstellung muthmaßlich erweislicher Kosten den Betrag von 113 Rbl. 40 Kop. in Reichsschatzbilletes und baarem Gelde bei dem Wettgericht eingezahlt hat, so hat er schon mehr vollführt, als er der Sachlage nach zu vollführen schuldig war.

Wenn diesem allem nach der Einwand des Revisionsimpetranten als in jeder Hinsicht haltlos sich darstellt, so hat das Rechtsmittel der Revision dem Impetranten nicht versagt werden dürfen."

Ebenso der Revisionsbescheid vom 2. Juni 1876, Nr. 3577.

322. Die Verpflichtung zur Deposition des Aberkannten ist unabhängig von dem Verlangen bzw. Verzicht der Gegenpartei.

Auf die gegnerische Bitte die Revision nicht nachzugeben, weil sie desert sei, da Beklagter weder in der urtheilsmäßigen Frist, noch auch später das durch zwei gewonnene Urtheile dem Kläger Zuerkannte erfüllt, wandte Beklagter ein, indem er die ihm in der Oberinstanz aberkannten Kosten nachträglich beibrachte, daß bis dahin ihm diese Kostendeposition vom Impetraten gestundet worden.

Der Bescheid des Rathes vom 25. August 1872, Nr. 5954 erklärte das Rechtsmittel der Revision für desert.

Die Motive besagen:

„Nach Lib. II Tit. XXXI §. 8 der abgeänderten Artikel der Rig. Stadtr. hat derjenige, wer es auch sein mag, welcher in zwei Instanzen unterlegen ist, ohne einige Ausflucht und Einwendung, obgleich er die Sache durch interponirte extraordinäre Appellation fortsetzen will, sofort innerhalb der in dem Urtheil bestimmten Zeit das, was ihm aberkannt ist, zu Gericht zu deponiren oder sich zu erbieten, es seinem Gegner einzuräumen und in Besitz zu geben. Nur in dem einzigen Fall ist er von der Erfüllung dieser Verbindlichkeit befreit, wenn durch die Urtheilsvollziehung die extraordinäre Appellation oder deren Fortsetzung fruchtlos werden würde. Ein solcher ausschließlicher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

Impetrant hat zwar behauptet, daß solche Beibringung ihm vom Impetraten befristet worden sei, allein einestheils ist dem vom Impetraten widersprochen worden, anderentheils hatte Impetrat überhaupt nicht die Befugniß den Impetranten sei es auch nur zeitweise von der Erfüllung eines Revisionsprästandums zu entkleiden. Vielmehr ist von Amtswegen schon nach Maßgabe des §. 16 l. c. der Rath verbunden kein *remedium suspensivum* oder *devolutivum* weiter zu gestatten, sobald irgend ein *praestandum* nicht oder nicht

rechtzeitig erfüllt worden, sondern hat derselbe solchenfalls die Appellation ohne weiteres pro deserta zu erkennen.“

323. Deposition der aberkannten Kosten.

Gegen die Revisionsnachgabe hatte der Impetrat protestirt, weil der Gegner es versäumt habe, die ihm richterlich aberkannten Kosten bei Gericht zu deponiren resp. baar anzubieten. Der Impetrant vertheidigte sich durch den Hinweis darauf, daß die in zwei Instanzen aberkannten Kosten des untergerichtlichen Verfahrens gar nicht definitiv festgestellt seien. Zugleich brachte Impetrant den Betrag von 100 Rbl. bei.

Der Revisionsbescheid vom 12. Januar 1877, Nr. 193 verwarf die Protestation mit folgender Motivirung:

„Es ist gewiß, daß der Revisionsimpetrant insolange, als der Impetrat seinerseits seine Kostenforderung noch nicht vollkommen liquid gestellt hatte, zur Beibringung des betreffenden Betrages gar nicht in der Lage, geschweige denn zu ihr verpflichtet war. Für die Herbeiführung solcher Liquidität hatte der Impetrat, als der Forderungsberechtigte, nicht Impetrant, als der Zahlungspflichtige, Sorge zu tragen. So lange Impetrat dieser Obliegenheit nicht nachgekommen war, so lange mußte Impetrant von der Zahlung liberirt sein, da das Wieviel vollständig ungewiß war. Auch bis zu diesem Augenblick ist die Summe der erstinstanzlichen Kosten nicht festgestellt. Der Impetrat hat sich damit begnügt, jene Kostendesignation seiner in der Oberinstanz eingereichten Schlußschrift, von der Impetrant keine Kenntniß erlangt hat, hinzuzufügen. Damit ist überhaupt noch nichts geschehen. Um eine Liquidität herbeizuführen, hat der Impetrat vielmehr die Kosten specification in der Unterinstanz dem Impetranten vorzulegen und, falls sie von ihm bemängelt werden sollte, ein Erkenntniß des ersten Richters über den Kostenbetrag herbeizuführen. Impetrant hat demgemäß mehr geleistet, als wozu er rechtlich verbunden war, indem er und zwar rechtzeitig, weil binnen 14 Tagen nach gesprochenem Urtheil der Oberinstanz, den gemuthmaßten ungefähren Kostenbetrag einzahlte.“

II. Der Protest des Klägers gegen die Nachgabe der Revision an Beklagten war damit motivirt worden, daß letzterer die ihm aber-

kannten Proceßkosten binnen der urtheilsmäßigen Frist nicht deponirt habe. Die Revision wurde gleichwohl durch den Revisionsbescheid vom 7. December 1879, Nr. 8124 nachgegeben:

„da, obwohl Beklagter sich zur Berichtigung der Proceßkosten bisher nicht erboten hat, hieraus ein Nachtheil für ihn aus dem Grunde nicht erwachsen kann, weil Kläger seine Kosten bisher actenausweislich nicht designirt und liquide gestellt hat.“

Ebenso ist auch erkannt am 9. Januar 1876 sub Nr. 117 und am 2. Juni 1876 sub Nr. 3577.

324. Leistung des Aberkannten bei den sog. Feststellungs- klagen.

Die Motive des Revisionsbescheides des Rathes vom 19. Sept. 1873, Nr. 7168 sagen hierüber:

„Es handelt sich zur Zeit noch nicht um eine concrete Summe, welche Appellant zu zahlen hat, sondern zunächst nur um ein rechtliches Princip und eine abstracte Verpflichtung, wobei die eventuell zu zahlende Summe noch keineswegs feststeht; dies ist auch hinsichtlich der durch das Erkenntniß des Waisengerichts der Appellatin zugesprochenen Kosten der Fall, die noch von letzterer in Erweis zu setzen, somit noch nicht liquid und in Folge dessen auch noch nicht zahlbar sind.“

In dieser Hinsicht muß nun allerdings der Ansicht des Appellanten beigetreten werden, daß von ihm zur Zeit noch nichts geleistet werden kann und somit eine Erfüllung des Urtheils durch gerichtliche Deponirung des Aberkannten und Einräumung desselben an das Gegentheil als Voraussetzung der Revisionsnachgabe ausgeschlossen ist.

Dagegen ist aber der Revisions=Impetrant durch das Urtheil des Rathes verpflichtet worden der Gegnerin die Kosten dieser Instanz mit 20 Rbl. zu ersetzen und diese ihm auferlegte Verpflichtung vollkommen erfüllbar.“

(Da Impetrant diese Kosten nicht bezahlt hatte, wurde die nachgesuchte Revision wegen vernachlässigter Revisionsformalien auf Grund der abg. Artikel der Rtg. Stadtr. Lib. II Tit. XXXI §. 8 denegirt).

325. Der Revisionsimpetrant, welcher zur Lieferung bei Strafe der Rückzahlung des Vorschusses und des Erlasses der Preisdifferenz verurtheilt ist, braucht den ungewissen Betrag der Preisdifferenz nicht zu deponiren.

Beklagte waren durch Erkenntniß des Weltgerichts verurtheilt worden, der Klägerin Balken von bestimmter Länge bei der Verwarnung zu liefern, daß Klägerin widrigenfalls berechtigt sein solle, dieselben für beklagtische Rechnung anderweitig anzukaufen und die Beklagten wegen der Preisdifferenz und bzw. wegen Rückzahlung des ungedeckten Vorschusses von 1452 Rbl. sammt Zinsen in Anspruch zu nehmen. Als sie gegen das bestätigende Appellationsurtheil des Kig. Rathes die Revision anmeldeten, verlangte Klägerin, daß Beklagte außer dem Vorschuß noch 2000 Rbl. für die Preisdifferenz deponiren mögen. Dieses Verlangen wurde durch den Revisionsbescheid vom 16. November 1877, Nr. 7825 zurückgewiesen und die Revision nachgegeben:

„da, wengleich nach §. 8 der abg. Artikel Lib. II Tit. XXXI der Kig. Stadtrechte derjenige, welcher, nachdem er in zweien Instanzen gleichmäßig zu einer Leistung angewiesen worden, die Revision an die dritte Instanz interponirt hat, innerhalb der in dem Urtheil bestimmten Zeit auch ohne Anregung des Gegentheils die ihm aberkannte Sache zu Gericht deponiren oder seinem Gegenpart einzuräumen und in Besitz zu geben, sich er bieten soll, diese Vorschrift doch nur insoweit Erfüllung finden kann, als die judicamäßige Leistung qualitativ wie quantitativ resp. ziffermäßig vollständig festgestellt ist;

da vorliegenden Falls den Impetranten alternativ obliegt, entweder der Impetratin ein bestimmtes Fußmaß Balken in einer bestimmten Stückzahl zu liefern, oder aber der Impetratin den ungedeckt gebliebenen Vorschuß von 1452 Rbl. sammt Zinsen und die etwaige Differenz zu zahlen;

da, wofern die Impetranten es vorziehen sollten, in letzt-ermähnter Weise mit der Impetratin sich auseinander zu setzen, dieselben, weil eben für das wirkliche Vorhandensein einer Preisdifferenz aller Anhalt, umsomehr also für deren Betrag jeder Maßstab fehlt, nur den erwähnten Vorschuß sammt Renten, nicht aber die ganz ungewisse Preisdifferenz schon jetzt baar beizubringen haben.“

326. Der Revisionsimpetrant kann sich seiner Verbindlichkeit zur Deposition des Streitgegenstandes nicht durch Einwilligung in die Notirung eines Verbots auf sein Immobilien entledigen.

I. „Nach §. 3 des Cap. XXXI der abg. Art. des Rig. Stadtrechts hat derjenige, welcher sowohl beim Untergericht, als beim Rathe seine Sache verloren hat, wer er auch sein mag, ohne irgend welche Ausflucht und Einwendung, obgleich er die Sache durch die interponirte extraordinäre Appellation weiter fortsetzen will, sofort innerhalb der judicatsmäßigen Erfüllungsfrist, was ihm aberkannt ist, zu Gericht zu deponiren oder (falls nämlich der Streitgegenstand zur Deposition nicht geeignet ist) seinem Gegner einzuräumen und in Besitz zu geben, sich zu erbieten, welches alsdann die Gegenpartei auf hinlängliche und sichere Bürgschaft für alles, was sie unter die Hände bekommt, entgegen nehmen kann.

Die Regel, daß der in zwei Instanzen verlierende Schuldner das Urtheil durch Deposition des Aberkannten innerhalb der judicatsmäßigen Frist zu erfüllen hat, erleidet nach §. 11 *ibid.* eine Ausnahme für den Fall, daß der Schuldner so unvermögend ist, daß er die Execution nicht ausstehen kann; in solchem Falle hat er die judicatsmäßige Schuld durch Bürgen sicher zu stellen, oder wenn er auch dieses nicht vermag, in Anleitung des mittels Patentes der *Viol. Gouv.-Reg.* von 1806, Nr. 5684 publicirten Allerh. N. U. vom 26. Aug. 1806 sich zu reversiren, bis zur ausgemachten Sache nicht aus der Stadt zu entweichen und auf Verlangen der Gerichtsbehörde, die die Sache bepruft, sich unweigerlich vor dieselbe zu stellen.

Im vorliegenden Falle hat nun Beklagter der Vorschrift des allegirten §. 8 nicht Genüge geleistet. Ebensowenig ist von ihm das Vorhandensein der Voraussetzung für die Anwendbarkeit des allegirten §. 11 constatirt worden. . . Die Depositionspflicht des Revisionsimpetranten aber kann nicht durch die Bewilligung einer Verbotnotirung wider den Willen des Impetraten ersetzt werden, da solchenfalls letzterer von dem ihm durch den allegirten §. 8 gewährten Rechte zur Erhebung des Depositums gegen genügende Sicherheitsleistung keinen Gebrauch machen könnte.“

(Bescheid vom 4. Juni 1880, Nr. 3886.)

II. „Aus der imperativen Fassung der Vorschrift des §. 8 („ohne einige Ausflucht und Einwendung“ bzw. „auch ohne Anregung des Gegentheils“) erhellt schon deutlich, daß sie eine absolute, der Disposition der Parteien nicht unterliegende ist, und daraus folgt denn auch, daß die in ihr gegebene Zeitbestimmung allerdings den Charakter eines Fatale trägt. Beklagter, welcher in beiden Instanzen zur Zahlung von 3125 Rbl. 47 Kop. sammt Zinsen verurtheilt worden ist, war daher ohne Rücksicht auf einen bezüglichen Antrag oder eine Ungehorsamsbeschuldigung seitens der Kläger ipso jure verpflichtet, jene Summe binnen der urtheilsmäßigen Frist von 14 Tagen gerichtlich zu deponiren. Was dagegen die Kosten der Appellationsinstanz anbelangt, so bestand hinsichtlich dieser zwar die Depositionspflicht noch nicht, weil Kläger die Designation derselben nicht zu den Acten gegeben hatten und daher der Betrag derselben noch der Feststellung bedurfte; allein es liegt andererseits auf der Hand, daß die mangelnde Kostendesignation kein Hinderniß für die Hinterlegung der Schuldsomme von 3125 Rbl. 47 Kop. bildete.“

(Bescheid vom 15. October 1880, Nr. 6735.)

327. Bei einem Eigenthumsstreit braucht der in zwei Instanzen verurtheilte Beklagte im Falle der Revisionsanmeldung die streitige Sache dem Kläger nicht auszuliefern.

„Nach §. 8 Tit. XXXI der abg. Artikel der Rig. Stadtrechte soll der Revisionsimpetrant, wenn er, wie im vorliegenden Falle Beklagter, in zwei Instanzen den Proceß verloren hat, sich innerhalb der im Urtheil bestimmten Zeit zur Einräumung oder gerichtlichen Deposition des Aberkannten erbieten, worauf der Gegenpart auf hinlänglich sichere Bürgschaft für alles, was er unter Händen bekommt, in Besitz des Aberkannten gesetzt werden kann, wogegen, wenn solche Bürgschaft nicht bestellt wird, das Streitobject in gerichtlicher Deposition verbleiben oder unter Sequester gestellt werden soll. Diese vorläufige Urtheilsvollziehung unterbleibt indessen, wenn durch dieselbe die Verfolgung des Rechtsmittels fruchtlos gemacht werden würde.“

Das von Beklagtem im Wege der Revision angefochtene Er-

kenntniß ist wesentlich auf Anerkennung des Eigenthums des Klägers an den ihm verkauften und auf seinen Holzplatz übergeführten Brennholzpartieen gerichtet. Sollten die Schranken, welche der Disposition des Klägers bisher durch die Bewachung gestellt gewesen und deren Aufhebung das angefochtene Erkenntniß bezweckt, schon vor der Entscheidung E. Dirig. Senats beseitigt und Kläger sogleich in Stand gesetzt werden, das streitige Holz zu verkaufen, so würde Beklagter an der Verfolgung der angemeldeten Revision offenbar weiter kein Interesse haben. Daher ist es nach Maßgabe des angezogenen Gesetzes geboten, von der Urtheilsvollziehung in diesem Sinne Abstand zu nehmen. Der Bestimmung aber, daß der Revisionsimpetrant die etwaige Erfüllung des zu Gunsten seines Gegners ausgefallenen Urtheils durch Auslieferung des Streitobjects sicherzustellen habe, ist im vorliegenden Falle schon dadurch hinreichend Rechnung getragen worden, daß Beklagter die Detention des verkauften Holzes aufgegeben hat und dasselbe demnächst unter Wache gestellt worden ist.“

(Revisionsbescheid vom 18. October 1878, Nr. 7038.)

328. Erfüllung des Judicats bei Klagen auf Räumung einer Miethwohnung.

Der Revisionsbescheid vom 9. Januar 1876, Nr. 117 lautet wie folgt:

„Durch das Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts war Impetrant als Beklagter angewiesen worden, ein von ihm in dem klägerischen Hause gemiethetes Local zu räumen und die erweislichen Proceßkosten an den Kläger zu bezahlen. Dieses Erkenntniß, wider welches der Beklagte das Rechtsmittel der Appellation eingelegt und durchgeführt hatte, wurde unter Verwerfung der Appellation durch das Appellationsurtheil dieses Rathes vom 29. Octbr. 1875, Nr. 7152 bestätigt. Der Appellant, welcher sich durch das erwähnte Appellationsurtheil an seinen Rechten verlezt erachtet, hat wider dasselbe rechtzeitig die Revision an E. Dir. Senat angemeldet, Appellat aber wider die Nachgabe dieses Rechtsmittels protestirt, weil dem §. 8 der abgeänderten Art. zu Lib. II Tit. XXXI der Rig. Stadtrechte zuwider von Seiten des Impetranten, obwohl er in zwei Instanzen sachfällig geworden, dennoch unterlassen worden

den Besitz des in Rede stehenden Locals ihm, dem Impetraten, einzuräumen und die Gerichtskosten beider Instanzen ad depositum judiciale zu bringen. Diese Protestation des Impetraten kann indeß für gerechtfertigt nicht erachtet werden. Zu der wenngleich in zwei Instanzen ihm ebenmäßig aufgegebenen Räumung des klägerischen Locals, um deren willen der vorliegende Proceß geführt wird, war der Revisionsimpetrant nach Maßgabe des allegirten §. 8 in sine nicht verbunden, weil durch solche Räumung die interponirte Revision und deren Fortsetzung offenbar fruchtlos sein würde, indem ein geräumtes und Anderen in Besitz gegebenes Local nicht sofort wieder bezogen werden kann.“

Ebenso die Revisionsbescheide vom 16. Januar 1876, Nr. 3271 und vom 2. Juni 1876, Nr. 3577.

329. Revisionsprästanden in dem Falle, wo die von dem Impetranten geforderte Summe schon früher durch den Impetraten gerichtlich deponirt ist.

Klägerin hatte vom Beklagten einen Bergelohn von 10,000 Rbl. gefordert und zur Abwendung eines auf das beklagtische Schiff gelegten Arrestes war dieser Betrag von Beklagtem gerichtlich deponirt worden. In der ersten Instanz wurden der Klägerin 500 Rbl., in der zweiten Instanz 1000 Rbl. zugesprochen, worauf sie gegen letztere Entscheidung Revision anmeldete. Diese wurde nachgegeben und in dem Revisionsbescheide vom 31. October 1879, Nr. 7362 bemerkt:

„daß im vorliegenden Falle, in welchem der Revisionsimpetrant nicht im Besitze der streitigen Sache sich befindet, die Berechtigung zur Revision nicht von der vorhergehenden Leistung der Caution abhängig zu machen ist, sondern nach §. 9 des Tit. XXXI der abg. Art. des Reg. Stadtrechts in solchem Falle der Revisionsimpetrant die Caution nur vor Ertheilung der Concessionalien zu bestellen haben würde.“

330. Der Revisionsimpetrant hat nur die in dem angefochtenen Erkenntniß ihm aberkannten Kosten zu deponiren und braucht im Falle des §. 9 der abg. Art. Tit. XXXI die Cautio nicht schon bei der Revisionsanmeldung zu bestellen.

„Was den appellantischn Einwand des mangelnden Kostenersatzes betrifft, so kann es sich bei Erfüllung eines Revisionsprästandums immer nur um den Ersatz der Kosten handeln, welche dem Revisionsimpetranten durch das anzufechtende Enderkennntniß aberkannt worden sind. In dem in Rede stehenden Appellations-Erkennntniß sind aber die Kosten compensirt, also keine irgend einem Theile aberkannt worden. Die in einem vorhergegangenen Zwischenbescheide aberkannten Kosten kommen daher nicht in Betracht und zwar um so weniger, wenn sie, wie im vorliegenden Fall, nicht einmal liquid gestellt sind. . . .

„Es hat hier der §. 9 der abg. Art. Tit. XXXI zur Grundlage zu dienen, welcher den Fall voraussetzt, daß nicht der Revisionsimpetrant, sondern der Revisionsimpetrat sich in dem Besitze der streitigen Sache befinde. In diesem Falle hat der Revisionsimpetrant nur, ehe und bevor er die Revision wirklich genießen kann oder die mundirten Acten aus der Rathskanzellei erhält, eine hinlängliche Sicherheit durch Pfand oder Bürgen für die Expensen und allen daraus fließenden Schaden zu stellen. Zur Leistung der Cautio ist demnach dem Revisionsimpetranten eine Frist bis zur Ausreichung der mundirten Acten nebst Relation gegeben, daher die Berechtigung zur Revision nicht von der vorhergehenden Leistung der Cautio abhängig gemacht. Die Revisionsimpetranten haben sich zur Erfüllung aller Revisionsprästandent erboten und werden daher auch die Cautio zu leisten haben, ehe ihnen die Concessionen erteilt werden können.“

(Aus den Motiven des Revisionsbescheides vom 18. November 1877, Nr. 7895).

331. Zur Bestellung einer processualischen Sicherheit durch ein Immobil gehört der Nachweis, daß es im Verhältniß zu seinem Werthe nicht schon beträchtlich belastet ist, und die Aufschreibung der Cautionschrift oder eines Verbotes.

Der Revisionsimpetrant glaubte seiner Verbindlichkeit zur Bestellung der nach §. 9. der abg. Art. Tit. XXXI erforderlichen Sicherheit für Schäden und Kosten dadurch genügt zu haben, daß er ein angeblich ihm gehöriges Immobil als Sicherheit angeboten und in die Notirung eines Verbots darauf gewilligt hatte.

Dagegen sprach der Bescheid vom 26. März 1877, Nr. 2021 aus: „Gegen den Willen der Impetraten wird das Haus des Impetranten nur alsdann als ausreichende Sicherheit angesehen werden dürfen, wenn Impetrant zuvor dargethan haben wird, daß solches Haus auf seinen Namen aufgetragen worden und daß es im Verhältniß zu seinem Werthe nicht schon beträchtlich belastet ist, und wenn Impetrant ferner darauf zu Gunsten der Impetraten sei es eine Cautionschrift, sei es ein Verbot wird haben ingrossiren und aufschreiben lassen. Solange Impetrant nicht der Vorschrift des §. 9 l. c. genügt haben wird, müssen ihm die erbetenen Concessionales vorenthalten werden.“

332. Ueber die Bestellung der Sicherheit für Schäden und Kosten durch den Revisionsimpetranten im Falle der Armuth desselben

heißt es in dem Bescheide vom 22. April 1877, Nr. 2735:

„Impetrant hat sich erboten, wegen der von seinem Gegner zu fordernden Kosten und Schäden „juratorische Caution“ zu stellen, und daran die Bitte geknüpft, ihm daraufhin die erforderlichen Concessionales zu ertheilen, worauf am 29. März 1876 sub Nr. 1876 der Bescheid ergangen ist, daß eine Cautionsbestellung im juratorischen Wege für zulässig nicht zu erachten und Impetrant, auch wenn er das Armenrecht zu genießen hätte, nach Lib. II Tit. XXXI §. 13 der abgeänderten Art. der Rig. Stadtrechte von Bestellung der Caution für Expensen und Schäden nicht zu befreien sei, sondern, falls er selbige nicht leisten könne oder wolle, selbst Bürge zu

werden und seine Sache aus dem Gefängnisse auszuführen habe. In Folge einer von dem Impetranten am 30. April 1876 bei E. Dirig. Senat eingereichten Beschwerde hat E. Dirig. Senat mittelst Ukases an diesen Rath vom 31. Januar 1877, Nr. 118 die Entscheidung, durch welche dem Impetranten die Uebertragung der Sache zur Revision an den Senat abgeschlagen worden, aufgehoben und verfügt, daß dem Impetranten, wenn er seine Armuth in vorgeschriebener Ordnung beweise, das Armenrecht zu gewähren sei, wonach demselben die Concessionales nicht zu versagen seien, wofern er nur unter Bestellung von Bürgen oder durch seine Unterschrift sich verpflichte, die Stadt vor Beendigung der Sache nicht zu verlassen.

Nach Eröffnung des gedachten Senatsukases hat Impetrant am 4. März 1877 sich zur Ausschwörung des Armeneides erboten, wogegen von dem Impetranten eingewendet worden ist, daß ein solcher Eid noch nicht ausreiche, um den Impetranten des Armenrechts theilhaftig werden zu lassen; schließlich hat Impetrant gebeten, nach Maßgabe des vorerwähnten Senatsukases zu verfahren.

Nach Lib. II Cap. XXXI §. 12 der abg. Artikel soll derjenige, welcher des Armenrechts theilhaftig werden will, sowohl mit einem gerichtlichen Attestat, als auch mit seinem eigenen Eide bezeugen, daß er an beweglichem und unbeweglichem Gute nicht 150 Thl. Ab. im Vermögen habe. Zugleich wird darauf hingewiesen, daß unter Umständen die gerichtliche Feststellung der Vermögenslage auf Grund einer sub fide juramenti zu bewirkenden Bescheinigung zweier redlichen Männer zu erfolgen habe. Zufolge der hierauf gegründeten stadtrechtlichen Praxis hat die Gewährung des Armenrechts, welche von dem Rath zu erbitten ist, zur Voraussetzung, daß von zwei desfalls von dem Armenrechtsimpetranten in Vorschlag zu bringenden glaubwürdigen Zeugen bescheinigt und vor dem competenten Untergericht, an welches der Rath das Armenrechtsgesuch remittirt, an Eidestatt erklärt worden sei, daß Impetrant an beweglichem und unbeweglichem Vermögen nicht 200 Rbl. besitze, sowie daß eben dieses auch von dem Impetranten selbst vor dem Untergericht eidlich erhärtet worden sei.

Zwar hat Impetrant schon am 23. Januar 1876 den Antrag gestellt gehabt, nöthigenfalls zwei von ihm genannte Personen als seine Armuthszeugen zu vernehmen, seinem damaligen Gesuche hat

indessen nicht Folge gegeben werden können und vermag dasselbe umsoweniger einer gegenwärtig aufzunehmenden Verhandlung über die Gewährung des Armenrechts zu Grunde gelegt zu werden, als dasselbe nicht von der erforderlichen Armuthsbescheinigung seitens der aufgegebenen Armuthszeugen begleitet ist. Daher ist dem Impetranten aufzugeben gewesen, das zum Erlangen des Armenrechts Erforderliche gehörig wahrzunehmen.“

333. Revisionsprästandem der armen Partei im Falle des §. 11 der abg. Artikel Tit. XXXI.

„Für den Fall, daß der Revisionsimpetrant so unvermögend sein sollte, daß er weder Pfand noch Bürgen zu stellen vermag, soll er nach dem Artikel 11 l. c. selbst Bürge sein und seine Sache aus dem Gefängniß resp. aus dem Hausarrest führen. Diese Bestimmung ist aber durch den Allerh. Ukas vom 26. August 1806 (Patent der livl. Gov.-Reg. vom 17. September 1806, Nr. 5684) dahin abgeändert worden, daß die unvermögenden das Armenrecht genießenden Appellanten, wenn sie keinen Bürgen finden können, nicht dem Arrest zu unterziehen oder Wache auf ihre Kosten in ihre Wohnung zu nehmen gehalten sein sollen, sondern vielmehr statt Bürgen zu stellen, sich reversiren sollen, bis zur ausgemachten Sache nicht aus der Stadt zu entweichen und auf Verlangen der betreffenden Gerichtsbehörden sich unweigerlich vor dieselben zu stellen. Auf Befolgung dieses Reversals sollen die Stadtpolizeien sehen, die daher, wie sich von selbst versteht, davon und zwar auf Antrag der Interessenten zu benachrichtigen sind.“

(Aus den Motiven des Bescheides vom 10. März 1878, Nr. 1728.)

Uebereinstimmend ist erkannt im Revisionsbescheide vom 23. Februar 1879, Nr. 1360.

334. Die im §. 8 der abgeänderten Artikel Tit. XXXI vorgeschriebenen Revisionsformalien hat auch die das Armenrecht genießende Partei zu erfüllen.

„Da der Genuß des Armenrechts, um welches die Beklagte nachgesucht hat, sie nach den Bestimmungen des mittelst Patents der livl. Gov.-Regierung vom 17. September 1806, Nr. 5684 publi-

cirten Allerh. Befehls an E. Dirig. Senat vom 26. August 1806 zwar von der Bürgschaftsbestellung befreit haben würde, nicht aber die Wirkung hätte üben können, daß Beklagte, in deren Detention sich das streitige Immobil befindet und welche in zwei Instanzen zur Räumung verurtheilt worden ist, von der nach §. 8 der abg. Art. Lib. II Tit. XXXI der Stadtrechte in solchem Falle den Revisionsimpetranten, wer er auch sein mag, treffenden Auflage entbunden gewesen wäre; da sie mithin ohne Anregung ihres Gegners sofort sich zu er bieten hatte, innerhalb der Urtheilsfrist dasjenige, was ihr aberkannt worden, ihrem Gegner gegen Caution einzuräumen oder in Sequester zu begeben, ein solches Er bieten aber in ihrer Revisionsanmeldung nicht gefunden werden kann und erst am 4. März, also drei Monate später, erfolgt ist, so hat Beklagte ein Revisionsformale in der gesetzmäßigen Zeit zu prästiren verabsäumt und dadurch zufolge §. 16 der abg. Artikel Lib. II Tit. XXXI das Recht verloren, das Revisionsverfahren fortzusetzen."

(Revisionsbescheid vom 6. Mai 1877, Nr. 3123.)

335. Verbindung der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation.

I. „Im Anschluß an die gemeinrechtliche Doctrin gestattet zwar die hiesige Proceßpraxis eine Cumulation der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation, jedoch selbstverständlich nur dann, wenn die Voraussetzungen der Appellation gegeben sind (Renaud, Civilproceß, §. 187). Im vorliegenden Falle hat Querulant gemeint, mit der Querel wider ein Erkenntniß vom 18. October d. J. eine Nichtigkeitsbeschwerde wider ein im Februar d. J. ergangenes, ihm die Appellation benegirendes Verfügen verbinden zu können, während diese Nichtigkeitsbeschwerde mit einem ordentlichen Rechtsmittel cumulirt nur innerhalb der für das letztere vorgeschriebenen Fata lien hätte eingeführt werden können. Dazu kommt, daß die zu cumulirenden Rechtsmittel selbstverständlich gegen dasselbe Erkenntniß des Unterrichters gerichtet sein müssen, während in casu die Tendenz beider Rechtsmittel gegen ganz verschiedene und in der Zeit weit aus einander fallende Entscheidungen des Unterrichters gekehrt ist."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 30. November 1877, Nr. 8163.)

II. „Die Nichtigkeitsbeschwerde ist aus formellen Gründen zurückzuweisen, denn das Untergericht bemerkt mit Recht, daß, wie bereits früher im Querelbescheide des Rathes vom 30. Nov. 1877, Nr. 8163 anerkannt worden, eine Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation nur dann verbunden werden dürfe, wenn sie gegen dieselbe Entscheidung, wie letztere gerichtet ist, während im Fragefalle der Beklagte eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein fast ein Jahr früher ergangenes Erkenntniß aufgenommen hat.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 11. April 1879, Nr. 2633.)

III. „Nichtigkeitsbeschwerden, welche incident mit anderen Rechtsmitteln verbunden werden, sollen nach der R.G.D. vom Jahre 1555 Th. III Tit. XXXIV §. 2 (vgl. Renaud, §. 187) nicht getrennt von den ordentlichen Rechtsmitteln verhandelt und abgeurtheilt werden.“

(Aus den Motiven der Resolution vom 25. Januar 1878, Nr. 684.)

336. Inwiefern muß über die mit der Appellation verbundene Nichtigkeitsbeschwerde das betr. Untergericht gehört werden?

I. Zwischenbescheid des Rathes vom 23. Februar 1872, Nr. 1210:

„Da Appellant, wie sich allerst aus dem Vortrag der Acten ergeben, indem Appellant selber, wie im mündlichen Verfahren in dieser Instanz, so in den Rubriken seiner Appellationsrechtfertigung und Appellationsreplik beharrlich darüber geschwiegen, mit seiner Appellationsintroduction wider das Erkenntniß der Landvogtei I. Section vom 22. September 1871 eine Nichtigkeitsbeschwerde wider das Verfügen desselben Gerichts vom 15. April 1871, sowie wider alles und jedes darauf nachgefolgte Verfahren in der Unterinstanz verbunden hat und da das mit dem Appellationsurtheil nothwendig schon seines inneren Zusammenhangs wegen zu verbindende Erkenntniß über die eingebrachte Nichtigkeitsbeschwerde nicht eher ergehen kann, als bis das Gericht gehört worden, wider dessen Verfahren jene Beschwerde gerichtet ist, so ist allem zuvor, wie hierdurch geschieht, der I. Section des Landvogteigerichts eine

Erklärung auf die angebrachte Nichtigkeitsbeschwerde aufzugeben und sind zu dem Behuf zunächst die Acten an sie zu remittiren.“

II. Gleichlautend das Verfügen des Rathes vom 10. März 1872, Nr. 1606, woselbst ausdrücklich ausgesprochen ist, daß „auf eine Nichtigkeitsbeschwerde, auch wenn dieselbe mit einem ordentlichen Rechtsmittel in Verbindung gesetzt worden, oberrichterlich nicht eher erkannt werden darf, als bis dem Unterrichter Gelegenheit gegeben worden, die ihm Schuld gegebene Nichtigkeit zu rechtfertigen“; desgl. das Verfügen des Rathes v. 29. März 1872, Nr. 2117.

III. „Was den Nichtigkeitsgrund anlangt, so ist es zwar richtig, daß die Uebergang eines eventuellen Eidesantrages einen Verstoß gegen die Proceßvorschriften enthält, der die Nichtigkeit des angefochtenen Urtheils bewirkt (vgl. die Resolution vom 19. Januar 1872, Nr. 326), nicht ersichtlich ist aber, was Beklagter damit bezweckt, daß er mit der Appellation zugleich diese Nichtigkeit hervorhebt. Denn, da die Appellation das weitergehende Rechtsmittel ist und eine Remedur, welche durch die Nichtigkeitsbeschwerde herbeigeführt werden kann, immer auch durch die Appellation sich erreichen läßt, so ist die Verbindung der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation, soweit diese formell statthaft ist, ohne Bedeutung und hat jedenfalls praktisch keine andere Wirkung. Außerdem führt aber das Vorhandensein eines Nichtigkeitsgrundes noch nicht von selbst, sondern nur insofern die Vernichtung des betreffenden Urtheils herbei, als letzteres den Beschwerdeführer wegen der vorhandenen Nichtigkeit auch thatsächlich beschwert (Renaud, Civilproceß §. 187, Note 34 und 48. Schmid, Handbuch III, S. 516, Note 31. Wegell, System §. 60 vor Note 109).

Somit handelt es sich einzig darum, zu prüfen, ob die unterlassene Zulassung des Beklagten zur Ableistung des eventuellen Eides eine Beschwerde für ihn enthält, was nur dann der Fall ist, wenn im Falle der Eidesleistung das Urtheil zu Gunsten des Beklagten abzuändern wäre, und auch bei Bejahung dieser Frage hat keine andere Rechtsfolge einzutreten, als die, daß das Urtheil erster Instanz, soweit es den Beklagten beschwert, abzuändern ist (Wegell l. c. §. 60, Note 58. Schmid l. c. S. 522, 523, Note 7). Folglich ist die behauptete Nichtigkeit des Urtheils

wegen der Uebergangung des eventuellen Schiedsbeides hier nicht selbstständig, sondern in Verbindung mit der Appellation in der Hauptsache zu behandeln.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. Januar 1881, Nr. 409.)

Uebereinstimmend wurde erkannt in dem Querelbescheide vom 15. Mai 1881, Nr. 3303.

337. Zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde bedarf es der Anführung eines Nichtigkeitsgrundes.

I. „Supplicant hat das untergerichtliche Decret rechtskräftig werden lassen und will gegenwärtig, um diesen Fehler wieder zurechtzustellen, die formelle Nichtigkeitsbeschwerde durch den Nachweis der materiellen Unrichtigkeit der Entscheidung erster Instanz begründen. Es liegt auf der Hand, daß dieses Verfahren unstatthaft ist. Weber hat Supplicant angeführt, welches unzweideutige Gesetz vom Untergerichte außer Acht gelassen worden ist, noch kann er füglich construiren, daß ein wesentlicher Proceßgrundsatz übertreten wurde.“

(Aus den Motiven der Resolution vom 2. Mai 1880, Nr. 2860.)

II. „Was das Verfügendes Waisengerichts vom 30. October 1879 betrifft, so ist hier auf eine Erörterung dessen, ob und inwiefern dasselbe, nachdem Supplicant dasselbe in Rechtskraft hat übergehen lassen, noch anfechtbar ist, um deswillen nicht einzugehen, weil Supplicant seine Nichtigkeitsbeschwerde gegen dieses Verfügendes nicht gerichtet hat und der Oberrichter rechtskräftige Entscheidungen nur aufheben kann, sofern die durch sie beschwerte Partei dieselben wegen eines von ihr anzuführenden bzw. nachzuweisenden Nichtigkeitsgrundes mit der Nichtigkeitsbeschwerde angreift.“

(Aus den Motiven der Resolution vom 2. Mai 1880, Nr. 2864.)

338. Unrichtige Auffassung der factischen Begründung eines Parteiantrages ist kein Nichtigkeitsgrund.

Beklagter hatte auf die klägerischerseits aufgemachte Schadensberechnung erklärt: es sei möglich, daß Kläger solchen Schaden erlitten habe, doch wisse Beklagter davon nichts. Diese Erklärung

wurde vom Wettgericht als Zugeständniß aufgefaßt. Die vom Beklagten deshalb erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde durch Resolution vom 11. Februar 1872, Nr. 884 zurückgewiesen. Die Motive der Resolution enthalten unter anderm Folgendes:

„Die Nullitätsbeschwerde würde ungerechtfertigt sein, auch wenn der abgegebenen Erklärung des Beklagten eine andere Auslegung gegeben und das ergangene Erkenntniß als eine *sententia iniqua* angesehen werden dürfte. Denn da hier jedenfalls weder eine Verletzung der wesentlichen Erfordernisse des Proceßverfahrens, noch ein Auspruch wider eine klare und bestimmte Gesetzesvorschrift vorliegt, sondern es sich nur um die Auffassung und Würdigung eines factischen Parteienantrages handelt, so fehlt es an einem gesetzlichen Grunde, um das Erkenntniß mit einer Nichtigkeitsbeschwerde anzugreifen.“

339. Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nicht wegen unrichtiger Interpretation des Gesetzes erhoben werden.

„Es handelt sich um ein eingehend motivirtes richterliches Decret, welches als solches nicht den Vorwurf der Nichtigkeit erleidet, weil ein möglicher Weise vorhandener *error in iudicando* niemals den Angriff im außerordentlichen Rechtsmittelwege begründet. Supplicant meint freilich, der Unterrichter habe gegen den klaren Sinn des Gesetzes verstoßen und dadurch eine Nichtigkeit begangen, allein dies trifft hier nicht zu. Der Wortlaut der einschlägigen Gesetze kann jedenfalls nur auf künstlichem Wege so interpretirt werden, wie Supplicant wünscht, und Supplicant sagt daher selbst an anderer Stelle in seiner Eingabe: das Vogteigericht habe die Gesetze unrichtig interpretirt. Die Behauptung einer Interpretation ist aber, da sie die Prüfung der materiellen Nichtigkeit der Entscheidung darstellt, gegenwärtig ausgeschlossen.“

Aus diesem Grunde wurde die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde durch Resolution vom 2. Juli 1880, Nr. 4439 verworfen.

340. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist unzulässig, wenn das angegriffene Erkenntniß einen controversen Rechtsatz entscheidet.

Kläger hatte im Beweisverfahren dem Beklagten einen eventuellen Eid über den Inhalt der Beweisartikel, sowie überhaupt über alle von ihm zu erweisenden Momente unter Vorbehalt künftiger Formulirung derselben angetragen und hatte in einem gegen das Enderkennniß in dieser Sache angestellten Appellationsverfahren behauptet, der vogteigerichtliche Bescheid vom 15. April 1871, durch welchen jener Eidesantrag wegen unterlassener Substantiirung verworfen wurde, sei nichtig, weil er „in offenem Widerspruch zu den die desfalligen Eidesdelationen gestattenden Proceßgesetzen stehe.“

Diese Nichtigkeitsbeschwerde wurde im Appellations-Erkennniß des Raths vom 23. November 1873, Nr. 8769 mit folgender Motivirung zurückgewiesen:

„Ein Widerspruch gegen ein bestimmtes positives Gesetz ist weder von dem Appellanten nachgewiesen, noch überhaupt vorhanden und es muß der desfalligen Ausführung *fori a quo* in der ihm bemandirten Erklärung auf die Nullitätsbeschwerde obrichterlich beige stimmt werden.

Das einheimische Proceßgesetz — lautet die Erklärung des Untergerichts — enthält keine Normen über die Nichtigkeitsbeschwerde; gemeinrechtlich gilt der Grundsatz, daß wegen eines Verstoßes *contra manifesti juris formam* ein Decret nur dann nichtig ist, wenn der verletzete Satz einen Theil der inländischen Gesetzgebung bildet. In der hierorts gültigen Proceßordnung (wobei nur der Tit. XVIII des II. Buches der Rigaschen Stadtrechte in Frage kommt) ist über die Form, in welcher die Beweisantretung durch Eidesdelation zu geschehen hat, über die zu einer gültigen Eideszuschreibung nothwendige Substantiirung nichts enthalten. Auch das gemeine Recht weist keine bestimmte Vorschrift hierüber auf, im Gegentheil sind die Rechtsgrundsätze über den Umfang des richterlichen *Officiums* bei Beurtheilung eines von einer Partei formulirten Eidessatzes, namentlich aber über das Verfahren bei einer eventuellen Eidesdelation (und um eine solche handelt es sich vorliegenden Falls), höchst bestritten. Daß aber ein controverser Rechtsatz kein *manifestum jus clarum in thesi* ist, und daß die abweichende Ent-

scheidung einer Controverse nie einen Nichtigkeitsgrund involviren kann, ist selbstverständlich und daher auch überall in der Doctrin anerkannt.

Eine Nichtigkeit ist sonach bei dem Mangel eines bestimmten Gesetzes und eines richterlichen Verstosses gegen ein solches in dem angegriffenen Bescheide nicht zu finden und kann daher aus diesem Grunde weder dieser Bescheid noch das darauf folgende Verfahren und die Endentscheidung mit Recht angefochten werden."

341. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist unstatthaft gegen Entscheidungen, die von dem richterlichen Ermessen abhängen.

I. „Die gesetzlichen Erfordernisse der Arrestlegung waren vorhanden, nachdem der Arrestimpetrant seinen Anspruch durch eine notarielle Urkunde bescheinigt und außerdem eine vom Richter für genügend erachtete Caution geleistet hatte. Darüber, ob im einzelnen Falle diese Erfordernisse vorliegen, entscheidet naturgemäß das richterliche Ermessen und es ist selbstverständlich, sowie in vielfachen Rathschenscheidungen anerkannt, daß überall dort, wo der Richter durch das Gesetz oder die Natur der Sache angewiesen ist, sein freies Ermessen walten zu lassen, für das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde kein Raum übrig bleibt. Das gilt besonders für vorliegenden Fall, da Supplicand es gänzlich unterlassen hat, separate Anträge auf Hebung der provisorischen Arrestverfügung beim Unterrichter zu stellen."

(Resolution vom 9. August 1878, Nr. 5260.)

II. „Auf die in der Beschwerdeschrift aufgeworfene Frage, ob der vom L.B.G. festgesetzte Betrag des von der Supplicandin zu tragenden Schadens sachentsprechend sei, kann gegenwärtig nicht eingegangen werden. Da bestimmte Anhaltspunkte sich aus den Acten nicht ergeben, so hat das Untergericht nach billigem richterlichen Ermessen die Entschädigung auf den 5. Theil des klägerischen Anspruches festgesetzt und, was die Entscheidung über den Kostenpunkt anlangt, so ist in dieser Beziehung durch die Fassung der Vorschriften des Lib. II Cap. XXXIV der Stadtrechte gleichfalls dem freien Ermessen des Richters Spielraum gegeben. Alle Entscheidungen aber, welche wesentlich auf dem innerhalb gesetzlicher

Grenze thätigen richterlichen Ermessens beruhen, sind nur durch ein ordentliches Rechtsmittel, nicht aber, wie das vom Rathe bereits mehrfach anerkannt worden ist, im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar.“

(Aus den Motiven der Resolution vom 13. December 1878, Nr. 8511.)

Uebereinstimmend ist erkannt in den Resolutionen vom 21. August 1874, Nr. 5289; 7. Februar 1875, Nr. 1039; 16. Mai 1875, Nr. 3490; 28. Januar 1877, Nr. 632; 25. April 1879, Nr. 3036; 22. Februar 1880, Nr. 1349 u. s. w.

342. Ist ein Erkenntniß, das gegen eine frühere rechtskräftige Entscheidung unter denselben Parteien verstößt, eo ipso oder nur dann nichtig, wenn die *exc. rei judicatae* vorgeschützt war?

I. „Das Vorbringen des Klägers, daß er zur Auskehrung eines Antheils an der Versicherungssumme für die angeblich gemeinsamen Waaren im Betrage von 200 Rbl. sich unter der nicht eingetrossenen Voraussetzung, daß jene Summe 500 Rbl. betragen würde, verpflichtet gehabt habe, sieht das Erkenntniß der I. Section des L.B.G. vom 23. Mai 1878, Nr. 135 deshalb ohne weiteres für erledigt an, weil durch das rechtskräftige Erkenntniß vom 18. März 1876, Nr. 76 bereits festgestellt sei, daß Kläger G. an den Beklagten B. von der Asscuranzsumme 200 Rbl. zu zahlen habe, und Kläger nicht für befugt erachtet werden könne, in der Form einer selbständigen Klage die in Klagesachen seines Gegners wider ihn rechtzeitig nicht vorgebrachte Einrede, daß er nur unter einer bestimmten Voraussetzung zur Zahlung von 200 Rbl. verpflichtet sei, geltend zu machen und dadurch eine bereits rechtskräftig erledigte Frage abermals in Streit zu ziehen. Dabei glaubt der Unterrichter dem Einwande, daß Beklagter die *exc. rei judicatae* gar nicht vorgeschützt habe, dadurch begegnen zu können, daß es Richterpflcht sei, zu prüfen, ob nicht die Forderung Klägers dem rechtskräftigen Erkenntnisse vom 18. März 1876 zumiderlaufe, da eine einem früheren Urtheil unter denselben Parteien widerstreitende Entscheidung nichtig wäre und das Proceßgericht die

Vermeidung von Nullitäten sich müsse von Amtswegen angelegen sein lassen.

Allein da der Civilproceß Privatrechtsverhältnisse zum Gegenstande hat, so hängt es zunächst von der Privatdisposition der Parteien ab, ob nach einer bestimmten Richtung hin eine richterliche Entscheidung erfolgen müsse, oder ob dieselbe nicht vielmehr durch Uebereinkommen der Parteien dem Richter erspart werden solle. Daß der Richter bei Vermeidung der Nichtigkeit kein Urtheil fällen dürfe, welches einem unter den nämlichen Parteien ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisse widerspricht, ist demnach nur richtig, sofern nicht der übereinstimmende Wille der Parteien, daß von jenem rechtskräftigen Erkenntniß abgesehen werde, actenmäßig vorliegt. Wie die Geltendmachung von Einreden im allgemeinen von dem freien Willen des Berechtigten abhängt und es ihm nicht verwehrt ist, auf ein ihm zustehendes Vertheidigungsrecht zu verzichten, so erscheint der Richter auch in Beziehung auf die *exc. rei judicatae* an das Parteivorbringen gebunden. Der Verzicht auf diese Einrede schließt die Anerkennung in sich, daß über den gegnerischen Klageantrag unabhängig von der durch eine frühere rechtskräftige Entscheidung getroffenen Feststellung verhandelt und entschieden werden solle, und der Richter, welcher diesem Uebereinkommen der Parteien zufolge das Verhältniß der früheren Entscheidung zu der neuen Klage zu prüfen nach der Verhandlungsmaxime nicht berufen ist, schreitet, wenn er es gleichwohl thut, über seine Amtspflicht hinaus.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 23. August 1878, Nr. 5632.)

II. „Wie das Erkenntniß der I. Section des L.V.G. vom 3. April 1880, Nr. 121 ganz richtig bemerkt, ist die obige Frage unter den Schriftstellern des gemeinen Rechts controvers. Dagegen hat der Rath in dem Appellations-Erkenntniß vom 23. August 1878, Nr. 5632 sich für die Verneinung jener Frage ausgesprochen und die dagegen vom Unterrichter hervorgehobenen Bedenken erscheinen nicht erheblich genug, um eine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung zu rechtfertigen. Das Untergericht hat sich zur Berücksichtigung des früheren Urtheils durch die Erwägung bestimmen lassen, daß es Richterpflcht sei, alles dasjenige von Amts-

wegen zu beachten, durch dessen Nichtbeachtung eine Nullität des Verfahrens bzw. der Entscheidung veranlaßt werden würde, sowie daß jedes Urtheil ipso jure nichtig sei, das gegen ein in derselben Sache, d. h. über denselben Anspruch unter denselben Parteien, bereits rechtskräftig ergangenes Erkenntniß verstoße. So sehr man mit dem ersten Theil der unterrichterlichen Erwägung übereinstimmen muß, so wenig kann man den zweiten Satz in seiner Allgemeinheit als richtig zugeben. Vielmehr müssen diejenigen Fälle, in welchen zwei von einander ganz unabhängige Prozesse unter denselben Parteien geführt werden, von denjenigen unterschieden werden, in welchen das frühere Urtheil die rechtliche Basis für das weitere Verfahren in derselben Proceßsache oder für einen ganz neuen Proceß bildet. In den letzteren Fällen ist der Richter an das frühere rechtskräftig gewordene Urtheil — sei es ein Zwischenbescheid, der die Materie des Rechtsfalles behandelt und daher auf das künftige Enderkentniß zu influiren den Zweck hat, sei es ein einen Präjudicialstreit entscheidendes Definitiverkentniß, an welches ein neuer Proceß sich anknüpft — gebunden und würde dann sein zweites Urtheil, welches zu dem ersten in Widerspruch treten würde, allerdings ipso jure nichtig sein.*) Auf diese letzteren Fälle nur lassen sich nach der richtigen Ansicht die vom Unterrichter zur Motivirung des angefochtenen Erkenntnisses angezogenen Rechtsquellen l. 1 Cod. VII, 64. l. 9 Cod. VII, 45. l. 1 Cod. VII, 50. l. 6 Cod. VII, 53 beziehen. Der hiergegen vom Unterrichter gemachte Einwand, daß bei solcher Interpretation die allegirten Gesetzesstellen im Geltungsgebiete des römischen Rechts gar nicht zur Anwendung hätten gelangen können, weil das römische Recht nur dem Endurtheil die Bedeutung der unabänderlichen *res judicata* beilegte und zwei Endurtheile in demselben Prozesse nicht wohl vorkommen konnten, kann nicht als erheblich und zutreffend erachtet werden (dies wird dann näher ausgeführt).

Der hier vertretenen Ansicht ist auch noch aus einem anderen Grunde der Vorzug zu geben. Wollte man nämlich auf Grund der citirten Rechtsquellen dem Richter die Befugniß einräumen, von Amtswegen die *exc. rei jud.* auf Grund eines früheren Erkenntnisses, mit welchem der neue Proceß in gar keinem ursächlichen

*) So auch das Appellations-Erkentniß vom 20. März 1881, Nr. 2006.

Zusammenhange steht, zu suppliren, so würde man unfehlbar mit anderen Rechtsquellen und den aus denselben herfließenden rechtlichen Principien, deren Nichtbeobachtung Nullität zur Folge haben würde, in Conflict gerathen. Der Richter würde solchenfalls gegen den Grundsatz des wechselseitigen Gehörs (l. 1 pr. D. 48, 17. l. 3 Cod. VII, 43. Cap. 1 X. II, 12) verstoßen, da dann dem Kläger die Möglichkeit der Bertheidigung gegen die nicht gehörig und rechtzeitig vorgeschützte Einrede entzogen sein würde; er würde auch zur Verhandlungsmaxime, von welcher der gemeinrechtliche Civilproceß beherrscht wird und welche die Berücksichtigung nicht vorgebrachter Thatfachen untersagt, in Widerspruch treten. . . . Auch der Einwand des Unterrichters, daß die stadtrechtliche Bestimmung über die Urtheilsqual in Lib. II Cap. XXVII §. 1 sich mit der hier vertretenen Ansicht nicht vereinbaren lasse, ist hinfällig, da jene singuläre und daher strict zu interpretirende Gesetzesbestimmung — wie solches auch aus ihrer Quelle, dem S. C. vom 23. October 1668, unzweideutig hervorgeht (cf. Napierſky, Quellen des Rig. Stadtr. S. 326), nur die in einem Declarationsgesuch enthaltene abfällige Kritik über das publicirte Erkenntniß und dessen Entscheidungsgründe als strafbare Urtheilsqual ansieht, keineswegs aber hierunter auch den Fall subsumirt, in welchem in einem neuen Proceße eine früher rechtskräftig entschiedene Streitfrage von der Partei wieder aufgenommen wird.

Aus allen diesen Erwägungen ergiebt sich daher die Nothwendigkeit, in Uebereinstimmung nicht nur mit dem oben erwähnten Erkenntniß des Raths, sondern auch mit der gemeinrechtlichen Praxis (Seufferts Archiv XXXIII, 338. XV, 251) die aufgestellte Frage zu verneinen und anzuerkennen, daß das einzige Organ zur Realisirung der Wirkungen einer rechtskräftigen absolutorischen Sentenz, welche nach Art. 3617 des III. Theils des Prov.-Rechts den Aufhebungsgrund eines Forderungsrechts bildet, die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache ist, welche wie jede andere peremptorische Einrede (Zahlungs-, Verjährungseinrede etc.), um überhaupt berücksichtigt zu werden, rechtzeitig und gehörig vom Beklagten zur Geltung gebracht sein muß."

(Appellations-Erkentniß vom 23. Januar 1881, Nr. 621.)

343. Die Nichtigkeit einer Entscheidung verpflichtet den Richter noch nicht zum Kostenersatz.

„Wenn Beklagter gebeten hat, die Glieder des Vogteigerichts für ersatzpflichtig wegen der Kosten zu erkennen, weil das angefochtene Verfügen von einem incompetenten Gericht ergangen und daher nichtig sei, so ist auf diese Bitte, abgesehen davon, daß eine Verpflichtung zum Kostenersatz nicht schon aus der Nichtigkeit einer Entscheidung sich ergibt, sondern nur aus doloser Herbeiführung der Nichtigkeit durch den Richter, schon deshalb nicht einzugehen, weil die unrichtige Beurtheilung dessen, ob ein concreter Kaufvertrag sich als ein Handelskauf oder als ein civilrechtlicher Kaufvertrag qualificire, jedenfalls nicht als ein Verstoß gegen das jus clarum in thesi, sondern nur als eine irrige Subsumtion von Thatfachen unter das Gesetz ansehen läßt, deshalb also auch keine Nichtigkeit involvire, sondern nur durch ein ordentliches Rechtsmittel angefochten werden kann.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 13. April 1879, Nr. 2700.)

344. Nichtigkeitsbeschwerde findet gegen Entscheidungen über den Kostenpunkt nicht statt.

Nach ergangenem Beweisinterlocut hatte der Kläger erklärt, daß er den ihm auferlegten Beweis nicht führen könne und sich zum Kostenersatz erbiere. Die I. Section des L.V.G. compensirte gleichwohl die Kosten, da Kläger im Beweisinterlocut mit einem Theil des Klageanspruches abgewiesen worden war. Die dawider vom Beklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde durch Resolution vom 16. März 1879, Nr. 2003 verworfen und dabei bemerkt:

„Von einer Nichtigkeit des untergerichtlichen Verfügens kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil es sich um eine Bestimmung über den Ersatz der Proceßkosten handelt. Nach den einschlagenden Vorschriften der Stadtrechte Lib. II Cap. XXXIV ist nämlich die Entscheidung über die Kosten fast ganz in das billige Ermessen des Richters gestellt, welcher direct nur verpflichtet wird, „dem obstehenden Theile“ die Expensen zuzuerkennen, im Uebrigen aber, wenn es zum Mindesten zweifelhaft ist, ob eine Partei vollständig

obgesiegt hat, in ausgedehntem Maße zur Compensation der Kosten je nach Lage der Sache ermächtigt erscheint. Es ist aber ein bekannter, auch wiederholt vom Rath anerkannter Rechtsatz, daß in Sachen, welche dem richterlichen Ermessen anheimgestellt sind, die Wichtigkeitsbeschwerde unstatthaft ist."

Uebereinstimmend ist erkannt in den Resolutionen vom 10. Juli 1874, Nr. 4341; 28. August 1874, Nr. 5398; 14. Februar 1875, Nr. 1262; 25. April 1879, Nr. 3036 und vielen anderen.

345. Gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt ist weder die einfache Beschwerde, noch regelmäßig die Wichtigkeitsbeschwerde zulässig.

Klägerin war ein Theil der geklagten Forderung zugesprochen und die Proceßkosten waren compensirt worden. Die gegen letztere Verfügung gerichtete Beschwerde wurde durch die Resolution vom 16. October 1879, Nr. 7686 aus folgenden Gründen verworfen:

„Supplicantin meint augenscheinlich, im vorliegenden Falle zu einer gemeinrechtlich s. g. einfachen Beschwerde (*querela simplex*) berechtigt zu sein. Hierbei ist aber übersehen, daß dieses Rechtsmittel auch nach gemeinem Recht nur gegen einfache Decrete und proceßleitende Verfügungen, niemals aber gegen Decisivdecrete zulässig ist (vgl. Renaud, Civilproceß §. 193 II). Eine solche Einschränkung ist übrigens nach der Natur der Sache selbstverständlich, da anderenfalls die für das ordentliche Rechtsmittelverfahren gegen Decisivdecrete festgesetzten Schranken ihre wesentliche Bedeutung einbüßen würden. Die Entscheidung, gegen welche Supplicantin sich wendet, ist unzweifelhaft ein Decisivdecret und, wenn die Appellation gegen dasselbe ausgeschlossen ist, weil der Differenzpunkt sich nur auf die Kostenfrage bezieht, so kann ebensowenig von der Zulässigkeit einer einfachen Beschwerde die Rede sein.

Die Eingabe der Supplicantin kann hiernach nur unter dem Gesichtspunkt einer Wichtigkeitsbeschwerde in Betracht kommen. . . Ob die klägerische Mehrforderung *mala fide* erhoben wurde, ist gleichgiltig und ob durch die Mehrforderung Mehrkosten verursacht sind, ist eine concrete Frage, deren Entscheidung im Wege der Wichtigkeitsbeschwerde nicht anfechtbar ist. . . Nach den Stadtrechten darf der Richter bei der Entscheidung über die Proceßkosten „nach

Beschaffenheit der Sache und Personen“ urtheilen, d. h. sein billiges Ermessen walten lassen. Letztere Erwägung ist aber schon allein für die Hinfälligkeit der vorliegenden Beschwerde entscheidend, denn in allen Fragen, in welchen dem richterlichen Ermessen Spielraum gegeben ist, kann naturgemäß — wie solches auch seitens des Raths wiederholt anerkannt ist — die rein formelle Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt nicht Platz greifen.“

346. Justizverzögerung. Wann liegt Grund zur Beschwerde wegen solcher vor?

N. hatte sich wegen Justizverzögerung beschwert, weil das Landvogteigericht in einem auf Grund stattgehabten Verkaufes seines Hauses gegen ihn eingeleiteten Concurverfahren die Entscheidung der Frage über die vorhandene Bevollmächtigung des gegnerischen Mandatars zur Meistbotstellung des Immobilien bis zum Locationserkenntnisse hinausgeschoben hatte.

In der Resolution des Raths vom 21. Mai 1873, Nr. 3803 heißt es, nachdem die Rechtfertigkeit des stattgehabten Meistbotes und des in Folge dessen eröffneten Concurverfahrens anerkannt worden, weiter:

„Eine Justizverzögerung, welche Grund zu einer Beschwerde abzugeben vermag, kann nur dann als vorhanden angenommen werden, wenn durch die Verschleppung der Sache Seitens des Gerichtes einem der Betheiligten ein Schaden erwächst.“

Da es sich — in dem hinausgeschobenen Erkenntnisse — nicht um die Aufhebung des Concurverfahrens handeln, vielmehr ein Locationserkenntniß ergehen und die Vertheilung der Specialmasse unter die Gläubiger des Supplicanten erfolgen wird, so kann durch eine vor dem Locationserkenntnisse ergehende Entscheidung, durch welche das Verhältniß des Supplicanten zu N., so wie die Berechtigung des Mandatars des letzteren zur Meistbotstellung des supplicantischen Hauses betroffen wird, eine Veränderung der Stellung des Supplicanten zum eingeleiteten Concurverfahren gar nicht, sondern nur eine Entscheidung über die Rechtfertigkeit der von N. angemeldeten Forderung und über das Verhältniß des N. zu seinem Mandatar herbeigeführt werden. Da nun die Entscheidung dieser Fragen vor dem Locationserkenntnisse von keiner praktischen Bedeu-

tung für den Supplicanten sein kann, somit auch durch das Hinausschieben der Entscheidung bis zum Locationserkenntniß dem Supplicanten kein Nachtheil erwachsen kann, so ist in solchem Hinausschieben eine Justizverzögerung nicht zu erblicken.“

347. Supplik nach versäumter Appellation ist nur als Nichtigkeitsbeschwerde in Betracht zu ziehen.

Supplicant wünschte Abänderung des ihn verurtheilenden untergerichtlichen Erkenntnisses (Landvogteigericht II. Section, v. 4. Aug. 1871, Nr. 118) und bat um Zulassung zum Ergänzungsseide; die Appellationsanmeldung habe er aus Rechtsunkenntniß versäumt.

Der Rath wies mittels Resolution vom 19. Januar 1872, Nr. 325 die Beschwerde ab unter folgender Motivirung:

„Ausweislich der untergerichtlichen Verhandlungen ist Beschwerdeführer rechtzeitig mit den Förmlichkeiten der Appellation an das Obergericht bekannt gemacht worden. Wenn er dennoch die Beobachtung derselben unterlassen hat, so kann er solche Verabsäumung nicht mit Rechtsunkenntniß entschuldigen. Die nach verabsäumter Appellation dem Rathe unterlegte Supplik kann nur als Nichtigkeitsbeschwerde in Betracht gezogen werden. Da aber im angeführten Verfahren Nichtigkeiten weder vom Beschwerdeführer behauptet, noch oberrichterlich zu entdecken gewesen sind, so muß es beim Erkenntniß des Untergerichts . . . sein Bewenden haben.“

Uebereinstimmend die Resolution vom 29. September 1872, Nr. 6803, desgl. die Resolution vom 15. November 1872, Nr. 8146 u. a. m.

348. Ueber die Restitution gegen Versäumniß von Proceßfristen.

I. In dem Querelbescheide vom 23. Januar 1881, Nr. 622 heißt es:

„Auf die in den Entscheidungsgründen des Waisengerichts berührte Frage, ob die restitutio in integrum gegen ein rechtskräftiges richterliches Urtheil durch das erkennende Gericht, oder die Oberinstanz und nicht etwa nur durch den Herrscher könne herbeigeführt werden, ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen, weil das Gesuch der Beklagten nur auf die Restitution gegen die Folge

der Verjährung eines Appellations-Rechtfertigungsverfahrens innerhalb des 18tägigen Appellationsintroductionsfatale gerichtet ist.

Daß gegen die Folgen der Fristverjährung auch nach örtlichem Proceßrecht Restitution eintreten kann, unterliegt keinem Zweifel, jedenfalls aber muß als Voraussetzung dazu gefordert werden, daß ein genügender Restitutionsgrund vorhanden sei und daß sowohl dieser Restitutionsgrund, als auch die durch unverschuldete Verabsäumung herbeigeführte Läsion desjenigen, der um die Restitution nachsucht, vor dem zur Entscheidung über dieselbe angerufenen Richter dargelegt sei. . .

Einen Restitutionsgrund hat Beklagte nicht behauptet, geschweige denn wahrscheinlich gemacht. Sie hat aber noch weniger dargethan, daß für sie durch die Verabsäumung des Appellationsintroductionsfatale eine Läsion eingetreten sei, d. h. daß aus irgend welchen Gründen bei Verfassung der Appellation eine günstigere Entscheidung ihrerseits hätte in Aussicht genommen werden können.“

II. „Daß das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch im städtischen Prozesse rechtlich zulässig ist, geht schon aus dem Art. 3092 des III. Theils des Prov.-Rechts hervor. Hinsichtlich der näheren Bestimmungen über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand weist die Anmerkung zu diesem Artikel auf die Proceßordnung hin. Die nach dem Allerhöchsten Befehl an den Dirig. Senat vom 1. Juli 1845 in Aussicht genommene Codification des provincieellen Civilprocesses ist bis jetzt noch nicht realisirt worden und sind die Gerichte durch den Punkt 3 desselben Allerhöchsten Befehls angewiesen, sich unterdessen nach den geltenden Rechtsbestimmungen zu richten. Das Rig. Stadtrecht enthält über die *restitutio in integrum* keine besonderen Bestimmungen und es ist deshalb gemäß dem Cap. IV desselben auf das gemeine Recht zurückzugehen. Schon das römische Recht hat im Interesse des Principis der höheren Gerechtigkeit die Restitution für solche Fälle eingeführt, wo die Consequenzen des formellen Rechts zu einer Rechtsverletzung führen würden, und es besagt dasselbe in l. 1 Dig. IV, 1, daß der Nutzen dieses außerordentlichen Rechtsmittels sich selbst zeige und keiner Anpreisung bedürfe. Der Rath hat in seiner Rechtsprechung auch noch jüngst (Querelbescheid vom 23. Januar 1881, Nr. 623) ausgesprochen, daß es

keinem Zweifel unterliege, daß auch nach örtlichem Proceßrecht gegen die Folgen der Fristversäumung Restitution eintreten kann, jedoch die Voraussetzung derselben der Nachweis eines genügenden Restitutionsgrundes und einer durch unverschuldete Versäumung herbeigeführten Läsion sei.

Als Restitutionsgrund liegt im vorliegenden Falle die Behauptung des unverschuldeten Irrthums vor, der als solcher nach l. 2 Dig. IV, 1 zu gelten hat. Factischer Irrthum ist nach Art. 2954 und 2953 des III. Theils des Prov.-Rechts entschuldbar, wenn er nicht durch Nachlässigkeit selbst verschuldet worden ist."

Es folgt dann die Erörterung, daß der Impetrant, welcher den Revisor S. als Zeugen über das Resultat einer Vermessung aufgerufen hatte, während letztere thatsächlich von dessen Gehilfen ausgeführt worden war, sich allerdings in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe, als er nach Vernehmung des benannten Zeugen in den Schluß des Beweisverfahrens willigte, und darauf wird fortgefahren:

„Die durch solchen Irrthum herbeigeführte Läsion des Klägers liegt auf der Hand, da durch denselben veranlaßt worden ist, daß die Thatumstände, welche er zum Beweise seiner Klage nöthig zu haben glaubte und die allerdings von Relevanz sind, durch die Vernehmung eines anderen Zeugen, der von der Sache nichts wissen konnte, nicht haben bewahrheitet werden können und daß Kläger dadurch um den Beweis einiger zur Begründung seiner Klage erforderlichen Behauptungen gebracht worden wäre, was ihm ohne Zweifel nachtheilig sein mußte.“

Demgemäß wurde der Bitte des Querulanten gemäß gegen den decretirten Schluß des Beweisverfahrens ihm Restitution ertheilt und ihm die Benennung des Revisor-Gehilfen S. als Zeugen gestattet.

„Anlangend die Kosten des Restitutionsverfahrens — heißt es schließlich — so hat solche der Implorant immer selbst zu tragen, solange nicht nachgewiesen ist, daß dem Imploraten eine culpa beizumessen sei (Schmid, Civilproceß III, S. 556 §. 246 Note 18. Genzler, Handbuch S. 397), was vorliegend nicht der Fall ist.“
(Querelbescheid vom 8. Juli 1881, Nr. 4662.)

349. Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse, welche die Streitsache vollständig erledigen, ist unzulässig.

„Supplicantin hat eventuell gebeten, der Rath möge ihr für den Fall der Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde rücksichtlich der von ihr versäumten Frist zur Einreichung der Appellation über das waisengerichtliche Erkenntniß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewähren . . .

Bekanntlich ist aber nach hiesigem Proceßrechte der Rath als Gerichtshof zweiter Instanz zur Gewährung dieser Rechtswohlthat gegenüber rechtskräftigen Erkenntnissen der Untergerichte, durch welche Streitsachen ihre vollständige Erledigung gefunden haben, gar nicht competent, und auf das an falscher Stelle angebrachte Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann daher nicht eingegangen werden.“

(Resolution vom 12. Mai 1880, Nr. 3080).

349a. Gegen den Bescheid auf ein Restitutionsgesuch findet keine Revision statt.

Impetrantin hatte gegen ein Erkenntniß des Waisengerichts Appellation eingelegt, dieselbe jedoch nicht rechtzeitig introducirt. Das von ihr eingebrachte Restitutionsgesuch war in beiden Instanzen abgewiesen, worauf sie gegen den Bescheid des Rathes die Revision anmeldete. Diese wurde durch den Revisionsbescheid vom 12. Juni 1881, Nr. 3996 aus folgenden Gründen verweigert:

„Nach den abg. Art. des II. Buches der Stadtrechte Tit. XXXI §. 2 soll von solchen Interlocutoriis, die keine vim sententiae definitivae haben, d. h. welche nicht ein durch die Litiscontestation begründetes Streitverhältniß erledigen, die Revision durchaus nicht zugelassen werden. Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Frage, ob der Impetrantin, welche die Introductionsfrist versäumt hatte, processualische Restitution zu gewähren sei, und beide Instanzen haben der Impetrantin dieses außerordentliche Rechtsmittel versagen zu müssen geglaubt. Die bezüglichen Entscheidungen beziehen sich durchaus nicht auf dasjenige Streitverhältniß, welches zwischen der Impetrantin und der Klägerin durch die Streiteinlassung begründet wurde. . . . Sie qualificiren sich daher als Interlocutorien

ohne die Kraft einer definitiven Sentenz. . . . Daher kann der Impetrantin das von ihr erbetene Rechtsmittel der Revision nicht nachgegeben werden."

350. Die Einreichung eines Gesuches um Abänderung der Entscheidung des Dirig. Senates bei der Bittschriftencommission hemmt die Vollstreckung des Urtheils nicht.

„Der Artikel 242 Band I Theil 1 des Swod setzt in Uebereinstimmung mit Art. 509 Band X Theil 2, Ausgabe von 1876, fest, daß die Ausführung einer Entscheidung zu beanstanden sei, sobald Allerhöchst befohlen wurde, die im Departement erledigte Sache in der allgemeinen Versammlung des Senates durchzusehen. Da nun Supplicant nicht einmal behauptet hat, daß ein solcher Allerhöchster Befehl in dieser Sache ergangen sei, sondern nur angiebt, ein Gesuch an die Bittschriftencommission Sr. Majestät gebracht zu haben, und da dem Rath über den Erlaß des zur Beanstandung des Verfahrens erforderlichen Allerhöchsten Befehls bisher noch keine Eröffnung zugegangen ist, so fehlt es zunächst an jeder Grundlage für die Erfüllung des [auf Beanstandung der Execution gerichteten] Gesuches.“

(Resolution vom 13. Juni 1880, Nr. 4053).

Uebereinstimmend wurde erkannt in der Resolution vom 18. Juli 1880, Nr. 4791.

351. Executionsmaßregeln werden nur auf ausdrücklichen Antrag des Executionsimpetranten vorgenommen.

Die Resolution des Rathes vom 11. Mai 1873, Nr. 3484 sagt hierüber:

„Da nach hierorts herrschendem Gerichtsgebrauche sämtliche Executionsmaßregeln nur auf ausdrücklichen Antrag des Executionsimpetranten vorgenommen werden, Supplicant auch zugesteht, daß seine Executionsanträge vom Landvogteigerichte entgegengenommen und ausgeführt worden sind, so hat Supplicant, falls er zur Verfolgung seines Rechtes es für nöthig erachten sollte, noch anderweitige Executionsmaßregeln gegen N. eintreten zu lassen, solche bei der competenten Behörde zu beantragen, welche über deren Zulässigkeit zu entscheiden haben wird.“

352. Der Executionsimpetrant ist verpflichtet, Executionsobjecte nachzuweisen.

Die Beschwerdeführerin rügte, daß ihre judicatsmäßige Forderung nicht beigetrieben werde, sie vielmehr von dem Vogteigericht verpflichtet worden sei, Executionsobjecte nachzuweisen.

Die Beschwerde wurde durch Resolution vom 1. Juli 1877, Nr. 4629 unter folgender Motivirung verworfen:

„Da nach Art. 13 Cap. XXXII Lib. II der Stadtrechte die Gegnerin der Supplicantin als Frau wegen ihrer Schuld nicht in Haft genommen werden durfte, so waren sämtliche Executionsmaßregeln erschöpft, nachdem durch den Rapport des Gerichtsministers festgestellt war, daß bei der Schuldnerin keine Executionsobjecte vorhanden seien. Das Gericht konnte daher weitere Schritte zur Beitreibung der Schuld erst thun, nachdem von der Supplicantin das Vorhandensein von Executionsobjecten bei der Schuldnerin nachgewiesen war. Diesen Nachweis zu beschaffen, ist nicht — wie Supplicantin irrig angenommen hat — Sache des Gerichts, auch nicht Sache des Advocaten der Supplicantin, sondern allein Pflicht der Supplicantin selbst.“

353. Die gerichtliche Pfändung beweglicher Sachen begründet für den Gläubiger kein Faustpfand.

„Appellant behauptet, daß das durch die Executionsvollstreckung erworbene gerichtliche Pfandrecht sich als ein Faustpfandrecht construiren lasse, und beruft sich hierbei auf den von der baltischen Central-Justizcommission ausgearbeiteten Entwurf einer Concursordnung, welcher im Art. 1035, Punkt I das gerichtliche Pfandrecht dem Faustpfande in der Wirkung gleichstellt. Diese Bestimmung ist aber im Stadium des Entwurfes stecken geblieben und hat bisher keine gesetzliche Kraft erlangt. Die stadtrechtliche Gerichtspraxis lehrt, daß gerichtliche Pfandgläubiger, wenn sie nicht aus dem Erlös der Executionsobjecte vor der Concursöffnung bereits Befriedigung erhalten haben, gleich den Hypothekengläubigern ihre Forderungen im Concurse zu liquidiren haben. Und in der That hat das durch die Executionsvollstreckung vom Executionsimpetranten an Mobilien erworbene gerichtliche Pfandrecht die Natur einer

Hypothek (vgl. Art. 1336 des Prov.-Rechts Th. III). Denn der Executionsrichter ist keineswegs als Mandatar des Gläubigers anzusehen, er nimmt vielmehr die beweglichen Executionsobjecte in seine Detention und Custodia, und veräußert sie kraft seiner obrigkeitlichen Machtbefugniß (vgl. l. 2 Cod. XXIII, 2). Daher wird der Gläubiger durch die Zwangsversteigerung weder berechtigt, noch verpflichtet. Nicht er hat, wenn der Meistbieter die Zahlung verweigert, einen Anspruch auf diese Zahlung, sondern der Richter nimmt in solchem Falle dem Meistbieter die Sache, wenn sie bereits in seinen Besitz gelangt ist, ab und versteigert sie auf's Neue (Art. 3968 l. c.). Ebenso wenig hat der Gläubiger dem Meistbieter und Käufer Gewähr zu leisten (Art. 3217 l. c.). Wäre der Richter bei der Execution einfach Stellvertreter des Gläubigers, so müßte bei der Einzahlung des Kaufpreises an das Gericht das Eigenthum daran sofort dem Gläubiger erworben werden. Dem ist indessen nicht so; denn nach Art. 1434 l. c. wird der gelöste Kaufpreis nur vom Pfandrechte des Gläubigers, bis derselbe befriedigt worden, bestrickt. Vor der Auszahlung an den Gläubiger gehört der Kaufpreis noch zum Vermögen des Schuldners, und wenn mittlerweile über das letztere der Concurß ausbricht, ist er zur Concurßmasse zu ziehen und hat der Gläubiger dann nur die Befugniß, seine Forderung unter Geltendmachung des von ihm erworbenen, in seiner Wirkung einer Hypothek gleichkommenden gerichtlichen Pfandrechts im Concurße zu liquidiren.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 15. October 1880, Nr. 6727.)

354. Execution in Immobilien.

In der Resolution des Rathes vom 16. October 1874, Nr. 6480 ist ausgesprochen, daß die Bestimmung des Art. 2045 Bd. X Th. II des Codes der russischen Reichsgesetze, wonach Immobilien, deren zweijährige Revenüen die Höhe der betr. Schuld erreichen, dieser Schuld wegen nicht zum öffentlichen Verkauf gestellt werden dürfen, hieselbst keine Anwendung findet und daß hier vielmehr, gemäß dem allein maßgebenden §. 6 Cap. XXXII Lib. II der Stadtrechte, beim Mangel beweglicher Executionsobjecte der Gläubiger

auch die Deckung einer geringen Forderung aus dem Verkaufe des unbeweglichen Vermögens des Schuldners beanspruchen darf.

355. Der Pfandgläubiger ist nicht verpflichtet, behufs Meistbotstellung des ihm öffentlich verpfändeten Immobils den Besitztitel desselben zu berichtigen.

A. hatte dem B. zur Beficherung eines Darlehens sein Haus verpfändet und die Schuldschreibung darauf ingrossiren lassen. A. war verstorben, ohne das Darlehn zurückerstattet zu haben. B. klagte gegen die Wittve des A. auf Bezahlung des Darlehens und bat, nachdem die Wittve zur Bezahlung verurtheilt worden und die Execution in ihr Mobilienvermögen kein Resultat ergeben hatte, um Nachgabe des An- und Aufbots des ihm verpfändeten Immobils. Die II. Section des Landvogteigerichts verweigerte die gebetene Nachgabe, bevor B. nicht die Uebertragung des qu. Immobils auf den Namen der Wittve oder der berechtigten Erben des A. bewerkstelligt haben würde. Gegen solches Verfüg. wandte B. sich beschwerdend an den Rath. Durch Resolution des Rathes vom 4. Juli 1873, Nr. 5042 wurde das untergerichtliche Verfüg. aufgehoben, und heißt es in den Motiven, wie folgt:

„Da im vorliegenden Falle die Hypothekenbücher dieser Stadt als Eigenthümer des qu. Hauses den verstorbenen A. aufführen, also eine Uebertragung des Eigenthums an diesem Hause auf die berechtigten Erben bisher noch nicht stattgefunden hat, so kann es jedenfalls als eine Verpflichtung des Supplicanten, von deren Erfüllung die Ausübung seines Pfandrechts abhängt, nicht angesehen werden, für die Berichtigung des Besitztittels Sorge zu tragen. Denn um sein Pfandrecht auszuüben, hatte Supplicant nur nachzuweisen, daß er dasselbe in gehöriger Weise erworben habe, was die Hypothekenbücher durch den Vermerk der stattgehabten Ingrossation darthun, und daß die Forderung, für welche das Pfand bestellt worden, fällig und nicht befriedigt sei, was durch das Urtheil des Landvogteigerichts anerkannt ist. Als Sache derjenigen, die als Erben des verstorbenen A. durch den Verkauf des Hauses beeinträchtigt zu werden meinen, muß es angesehen werden, ihre etwaigen Rechte zu wahren. In der Wahrung ihrer Rechte werden solche Personen aber durch die vom Supplicanten nachgesuchte An-

und Aufbotstellung des Hauses nicht beeinträchtigt. Durch die öffentliche Bekanntmachung des ertheilten An- und Aufbots, durch die bis zur Meistbotstellung laufende Frist von Jahr und Tag ist jedem Betheiligten genugsame Gelegenheit geboten, sein Recht zu wahren."

356. Executionsvollstreckung durch Einsetzung einer Administration zur Verwaltung des dem Schuldner gehörigen Immobils ist unzulässig.

Die Wittwe P. L. verlangte unter dem Vorgeben, daß der ihr wegen einer judicatmäßigen Forderung nachgegebene Beschlag auf die Miethen des Hauses ihres Schuldners M. durch die von letzterem getroffenen Dispositionen den beabsichtigten Zweck nicht erreiche, eine etwaige Zwangsversteigerung des impetratischen Immobils wegen dessen Ueberbürdung mit Schulden aber gleichfalls kein für sie befriedigendes Resultat in Aussicht stelle, es möge ihrem Schuldner M. die Verwaltung seines Hauses entzogen und dieselbe einem gerichtlich einzusetzenden Curator übertragen werden. Durch Erkenntniß vom 19. November 1874 entschied die 1. Section des Landvogteigerichts dahin, daß der Antrag der Impetrantin für gesetzlich begründet zu erachten und daß der Impetrantin aufzugeben sei, einen geeigneten Administrator in Vorschlag zu bringen.

Auf erhobene Querel des Impetraten wurde dieses Verfügungen durch den Querelbescheid vom 14. Februar 1874, Nr. 1260 gänzlich aufgehoben und Impetrantin mit ihrem Antrage abgewiesen.

Die oberichterlichen Motive führen zuerst aus, daß die Thatfachen, auf welche der Unterrichter die decretirte Maßregel stütze, theils unerheblich seien, weil sie unrechtliche Machinationen des Impetraten wider den verhängten Miethbeschlag keineswegs zur nothwendigen Voraussetzung hätten, theils unerwiesen seien. Es heißt sodann:

„Wie dem auch sei. Konnte wirklich aus der Handlungsweise des Impetraten der Schluß auf betrügerische Operationen desselben gezogen werden, so wäre es begründet gewesen, eine strafrechtliche Untersuchung gegen ihn herbeizuführen; solche civilrechtliche Folgen waren daran nicht geknüpft, welche den Impetraten hindern durften, über sein Eigenthum, soweit nicht der Arrest auf die Miethen ihm darin eine Schranke zog, nach Belieben zu schalten und zu walten.

Nicht minder wie die Parteien es sind, ist auch der Richter im Civilproceß an bestimmte, scharf gezeichnete Regeln und Normen gebunden, wo nicht ausnahmsweise gesetzlich für sein arbiträres Ermessen ihm freierer Spielraum vergönnt ist. Ein Ueberschreiten dieser Grenzmarken würde nothwendig unstatthafter Willkür Thür und Thor öffnen. Auch in dem Vollstreckungsverfahren hat dem Richter eine feste gesetzliche Ordnung, über welche er nicht hinausgehen darf, als Richtschnur zu dienen. Vorliegenden Falls handelt es sich um die Vollstreckung in die aus einem dem Schuldner unbeschränkt angehörigen Immobil künftig zu gewinnenden Früchte. Diese kann nach Maßgabe der Rigaschen Stadtrechte nicht anders effectuirt werden, als durch Beschlagnahme auf die Früchte in Anlehnung der im Lib. II Cap. XV enthaltenen Vorschriften oder durch Immission des Gläubigers in das fruchtbringende Immobil in Anlehnung der in Lib. II Cap. XXXII enthaltenen Vorschriften. Eine andere Vollstreckungsmaßregel in die Miethen eines Hauses kennt weder unser Statutarrecht, noch unser Hülfrecht, das gemeine Recht. Insbesondere aber muß, wie überall, so auch hier, als durchaus ausgeschlossen die Stellung eines Schuldners wider seinen Willen unter eine fremde Administration, wenn damit immer auch den Interessen der Gläubiger am Meisten gedient sein möge, erachtet werden, solange nicht die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse eines Schuldners — Unmündigkeit, Geisteskrankheit, Verschwendung, Verschollensein — eine gesetzliche Handhabung zur Einsetzung einer Curatel über ihn oder sein Vermögen bieten. Wäre dem nicht so, so wäre die doch unantastbare und zugleich unschätzbare persönliche Freiheit eines jeden Individuums über das ihm unbeschränkt angehörige Vermögen und über jedes einzelne Bruchstück desselben frei zu verfügen und mit ihm durchaus nach eigenem Gutdünken zu schalten und zu walten, nicht nur aufs Aeußerste gefährdet, sondern ganz eigentlich vollständig vernichtet. Wie wenig ein in den Verfall seines Vermögens gerathener Gemeinschuldner, wenn er nicht damit einverstanden, von seinen Gläubigern genöthigt werden kann, zur Abwendung eines ihm etwa nicht erwünschten Concurseß sein Vermögen künftig von einer Administration verwalten zu lassen, so wenig kann auch ein Schuldner wider seinen Willen von einem einzelnen Privatgläubiger gezwungen werden, ein ihm gehöriges Vermögensstück einer Administration zur Verwaltung zu überlassen,

weil dieser Privatgläubiger für sich aus solcher Verwaltung sich größere Vortheile verspricht, als aus der ihm sonst nur gestatteten Beschlagnahme der Einkünfte des Vermögensstücks und aus der Zmission in ein unbewegliches Gut, welcher nach Jahresfrist eben die Zwangsversteigerung dieses Guts zu folgen hat."

357. Ueberweisung eines Immobils zur Verwaltung an den Gläubiger als Executionsmittel.

Impetrantin hatte wegen ihrer urtheilmäßigen Forderung einen Beschlag auf die Miethgelder des Immobils des Impetraten, das jedoch auf seinen Namen noch nicht aufgetragen war, erwirkt. Da dieser Beschlag indessen zu keinem Resultate führte, wurde durch Erkenntniß der II. Section des L.V.G. vom 18. October 1877, Nr. 259 der Impetrantin die Verwaltung des Immobils übertragen und sie ermächtigt, die eingehenden Miethen auf ihre urtheilmäßige Forderung zu verrechnen, unter der Verpflichtung zur bezüglichen Rechnungslegung.

Diese Entscheidung wurde durch den Querelbescheid vom 30. November 1877, Nr. 8163 aus folgenden Gründen aufgehoben:

„Die Pfändung eines Nießbrauchsrechts erheischt, daß Detention und Verwaltung der im Nießbrauch des Exequenden stehenden Sache ihm entzogen werde, wozu eine bloße Arrestanlage nicht ausreicht, sondern eine mit positiver Einwirkung auf die Sache verbundene Sequestrirung nothwendig ist. Nach den dafür bestehenden Grundsätzen kann aber durch Sequestration nicht die dadurch betroffene Sache der Einwirkung der einen Partei entzogen werden, um statt dessen unter die Einwirkung der anderen Partei gebracht zu werden, sondern es hat die Rechtfertigkeit der bezüglichen Maßregel zur Voraussetzung, daß die zu sequestrirende Sache entweder in gerichtliche Verwahrung, oder doch in eine unter gerichtlicher Aufsicht auszuübende Administration durch eine dritte Person gebracht werde.

Die Impetrantin hat dagegen darauf angetragen, daß sie selbst in die Verwaltung desjenigen Immobils eingesetzt werde, dessen Nießbrauch sie dem Impetraten eingeräumt hatte. Ihr Verlangen ist nicht auf Sequestration zum Zwecke der Pfändung des Nießbrauches ihres Gegners, sondern auf Wiedererlangung des Besitzes und Fruchtgenusses gerichtet, welchen sie dem Impetraten noch vor

Auszahlung des vollen Kaufpreises und vor Corroboration des Verkaufcontracts eingeräumt hatte. Sie dringt auf eine Immission in ein Immobil, während eine solche nach den Bestimmungen des Stadtrechts erst in Folge der Vollstreckung der Execution in das Immobil selbst eintritt und als die Wirkung der an dem Immobil selbst vorgenommenen Pfändung aufzufassen ist. Diese Wirkung kann aber nicht eintreten, so lange es sich nur um Pfändung des Nießbrauchsrechts an einem Immobil handelt, welche nicht die eigene Verwaltung des Immobil durch die Impetrantin, sondern nur eine durch eine dritte Person zu übernehmende Verwaltung desselben unter gerichtlicher Aufsicht zur Folge haben kann.

Wenn mithin Impetrantin, um selbst wieder in die Verwaltung des dem Impetraten verkauften Immobil eingesetzt werden zu können, die Execution in dieses zuvor jedoch auf den Namen des Impetraten aufzutragende Immobil beantragt haben muß, so kann der von ihr erhobene Antrag zur Zeit für gerechtfertigt nicht erachtet werden.“

358. Ueber die Beschlagnahme von Forderungen

heißt es in dem Querelbescheide vom 30. Januar 1881, Nr. 808:

„Nach Art. 1412 und 1413 des Prov.-Rechts Theil III wird erst durch den Act der Executionsvollstreckung, welche nach dem Rig. Stadtrecht Lib. II Cap. XXXII §. 1 die Executionsansage voraussetzt, ein gerichtliches Pfandrecht zum Besten des Executionsimpetranten begründet. Alle der Sicherung eines Klageanspruches dienenden gerichtlichen Maßregeln, welche vor der Executionsvollstreckung, wenn auch nach eingetretener Rechtskraft des condemnatorischen Erkenntnisses ergriffen werden, fallen dagegen unter den Begriff des Sicherheitsarrestes, durch welchen der Impetrant kein Pfand- oder Vorzugsrecht auf das Arrestobject erhält (Bayer, summar. Proc. §. 28).

Da die Proceßordnung (Rig. Stadtrecht Lib. II Cap. XXXII §. 12) in Bezug auf den Zeitpunkt der Executionsvollstreckung in ausstehende Forderungen keine von dem Vollstreckungsverfahren in bewegliche Sachen abweichende Normen enthält, so muß auch der Grundsatz zur Geltung kommen, daß die Vollstreckung, durch welche ein gerichtliches Pfandrecht an ausstehenden Forderungen erworben

wird, die Executionsanfrage voraussetzt. Daß in Bezug auf ausstehende Forderungen das processualische Verfahren beim Sicherheitsarrest und bei der Executionsvollstreckung ein gleiches ist (civilrechtl. Entsch. I, S. 80), kann selbstverständlich an dem oben ausgesprochenen Grundsatz nichts ändern. Gesah hiernach die Beschlagnahme der ausstehenden Forderung vor dem Zeitpunkte der Executionsvollstreckung, so hat der Executionsimpetrant, wenn er an diesem Arrestobject ein gerichtliches Pfandrecht erwerben will, die förmliche Executionsvollstreckung in dasselbe oder, wenn der Drittschuldner die arrestirte Forderung mittlerweile bei Gericht eingezahlt haben sollte, in die deponirte Summe zu beantragen bzw. zu erwirken.

Haben im gegebenen Falle mehrere Gläubiger durch die förmliche Executionsvollstreckung ein gerichtliches Pfandrecht an einer und derselben Forderung ihres gemeinschaftlichen Schuldners erworben, dann hat allerdings nach Art 1612 des Prov.-Rechts Theil III das ältere Pfandrecht dem jüngeren vorzugehen.

Im vorliegenden Falle hat Beklagter zweifelsohne ein gerichtliches Pfandrecht an der auf seinen Antrag arrestirten B.'schen Forderung erworben, dagegen hat Kläger für sich ein gerichtliches Pfandrecht . . . in Anspruch weder genommen, noch nehmen können, da zur Zeit, als er den Arrest beantragte und erwirkte, die Sache für die Executionsvollstreckung noch gar nicht reif war, ihm mithin nur ein Sicherheitsarrest zur Seite steht, welcher ein Pfandrecht an dem Arrestobject nicht begründet und daher dem gerichtlichen Pfandrecht des Beklagten weichen muß, falls man das Arrestobject in dem einen und in dem anderen Fall als identisch ansehen will."

359. Der Grundsatz, daß nur der dritte Theil einer Gage mit Beschlag belegt werden darf, greift nur in den Fällen Platz, wo der Beschlag als executivisches Zwangsmittel angewandt wird.

Hierüber enthält die Resolution des Raths vom 2. Mai 1873, Nr. 3291 Folgendes:

„Es ergiebt sich aus der dargestellten Sachlage, daß N. dem Supplicanten das Recht auf die Erhebung der ihm zu Weihnachten zukommenden Gagenquote bis zum Betrage von 40 Rbl. cedirt

hatte. Das Recht einer solchen Cession steht aber, selbst wenn dieselbe den ganzen Sagenbetrag betreffen sollte, unbestritten jedem zum Empfange einer Gage Berechtigten zu. Zur Sicherung der stattgehabten Cession ist dann von dem competenten Forum dem Supplicanten mit ausdrücklicher Einwilligung des N. ein Beschlag auf dessen Gage bei dem Kammereigerichte bis zum Betrage von 40 Abl. nachgegeben worden. . . . Die Ansicht des Kammereigerichts, daß der Beschlag nicht den dritten Theil der auszahlenden Gage übersteigen dürfe, kann für den vorliegenden Fall als gerechtfertigt nicht anerkannt werden, denn die Beschränkung auf den dritten Theil der Gage greift nur in den Fällen Platz, wo die Beschlaglegung ein executivisches Zwangsmittel zur Befriedigung eines Forderungsberechtigten bildet, kann aber keine Anwendung auf Fälle, wie der vorliegende, finden, in denen der zur Hebung der Gage Berechtigte in freier Vereinbarung einen Theil oder auch die ganze Summe seiner Gage einem Dritten cedirt.“

360. Die Arretirung des Schuldners zum Zweck der Schuldhast ist von der an seinem Wohnorte befindlichen Behörde zu bewerkstelligen.

„Nicht zweifelhaft ist der vom Vogteigerichte bezogene Rechtsatz, daß zur Arretirung des Schuldners nur eine am Wohnorte des letzteren befindliche Behörde competent sei. Die Berufung des Supplicanten auf die Art. 3499 u. 3500 des Prov.-Rechts Th. III ist vollkommen hinfällig, da diese Gesetze nur von dem Erfüllungsorte der Leistung reden, nach welchem sich das forum contractus bzw. solutionis bestimmt. Es handelt sich aber hier gar nicht etwa um den Gegensatz zwischen dem Gerichtsstande des Wohnorts und einem anderen Gerichtsstande im allgemeinen, sondern um die specielle Frage, ob eine Gerichtsbehörde competent ist, die Arretirung des nicht im Gerichtssprengel wohnhaften oder anwesenden Schuldners zu decretiren. In dieser Beziehung kann dem Supplicanten nur abermals entgegengehalten werden, daß derartige Arrestanträge nicht vor eine auswärtige Behörde competiren. Wenn Supplicant noch den Satz herbeizieht, jede urtheilende Behörde sei verpflichtet, ihre rechtskräftigen Judicate selbst zu erequiren, so ist hierbei übersehen, daß diese Pflicht bzw. dieses Recht eben nur in-

sofern feststeht, als es sich um Personen handelt, welche im Gerichtsprängel domiciliren oder anwesend sind, sowie um daselbst befindliches Vermögen (vgl. u. a. Art. 546 Punkt 2 des Prov.-Rechts Th. I). Da nun Supplicant keineswegs behauptet hat und auch nicht zu behaupten vermag, daß der Kaufmann G. hier selbst sich aufhalte, so konnte ein Antrag auf Arretirung des letzteren auch von Seiten des Vogteigerichts nicht in Erfüllung gesetzt werden.“

Aus diesen Gründen hat die Resolution vom 9. August 1878, Nr. 5261 das Verfügendes Vogteigerichts, wodurch der Antrag des Executionsimpetranten auf Erlaß einer Requisition wegen Sistrirung des Schuldners bei dessen etwaniger Habhaftwerdung abgelehnt worden war, bestätigt.

361. Der Schuldarrest bewirkt keine Tilgung der Schuld.

„Nach bekannten Rechtsgrundsätzen erlischt durch Verbüßung der Schuldhast seitens des Schuldners die Zahlungspflicht des letzteren nicht, indem vielmehr dem Gläubiger unbenommen bleibt, wosern sich Vermögensobjecte vorfinden, aus denselben auch noch nachträglich die Befriedigung seiner Forderung zu beanspruchen.“

(Resolution vom 1. November 1878, Nr. 7416.)

362. Nach bereits abgehüßter Schuldhast ist auch der Beschlag auf den Paß des verurtheilten Schuldners zu heben.

Der Handlung R. war von der II. Section des Landvogteigerichts wegen einer judicatmäßigen Forderung von 104 Rbl. ein Beschlag auf den Paß und die Abreise des G. nachgegeben worden. In der Folge war G. auf Antrag derselben Handlung einer 28tägigen Schuldhast unterzogen und nach deren Ablauf aus der Haft entlassen worden. Nun trug G. auf die Hebung des auf seinen Paß und seine Abreise gelegten Beschlages an, wurde jedoch von der II. Section des Landvogteigerichts auf den Protest der Handlung R. mit diesem Antrage abgewiesen, weil er seine judicatmäßige Schuld bisher nicht bezahlt hatte. Dieses Verfügendes wurde jedoch durch Resolution

des Rathes vom 15. December 1871, Nr. 8462 auf Beschwerde des G. als ungesetzlich aufgehoben. Die Motive lauten:

„Im bürgerlichen Verfahren ist die Beschlagnahme der Legitimationspapiere des Schuldners ein Mittel sowohl zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners, als auch zur Sicherung der Schuldhast. Ist die Schuldhast, welche erst dann eintritt, wenn die Execution in das Vermögen des Schuldners fruchtlos war, beendet, so kann die gerichtliche Zurückhaltung der Legitimationspapiere nur unter der Voraussetzung gestattet werden, daß der Gläubiger nachweist oder mindestens bescheinigt, daß der Schuldner inzwischen executionsfähige Vermögensobjecte erworben hat. Ist solcher Beweis oder solche Bescheinigung nicht beigebracht, so kann auch von einer Sicherstellung der Execution in des Schuldners Vermögen nicht die Rede sein. Wird dennoch die Zurückhaltung des Passes des Schuldners angeordnet, so hat der Passbeschlag seinen Charakter als Sicherungsmittel verloren und die Natur eines Executionsmittels angenommen. Ein derartiges Executionsmittel ist aber weder gesetzlich, noch gewohnheitsrechtlich gestattet und erscheint demnach als unzulässige Freiheitsberaubung. Hat nun im vorliegenden Fall nach beendeter Schuldhast das Untergericht die Zurückhaltung des Passes des Supplicanten mittels Verfügens vom 7. September c. aufrecht erhalten, so ist solche Anordnung ungesetzlich und demnach, wie geschehen, als nichtig aufzuheben.“

363. Die Vorenthaltung eines neuen Passes anstatt des abgelaufenen ist zum Zwecke des Personalarrestes unstatthaft.

Der Executionsimpetrant hatte beim Vogteigerichte beantragt, den kurländischen Gouverneur behufs Beschlagnahme auf die fernere Erneuerung des Passes des verurtheilten Wechselschuldners zu requiriren, wurde aber abgewiesen, weil die zur Ausfertigung von Pässen befugten Behörden diejenigen Personen, welche sich mit Pässen zu versorgen hätten, an der Erfüllung dieser Pflicht zu verhindern gesetzlich nicht berechtigt seien.

Auf seine Beschwerde resolvirte der Rath am 9. August 1878 sub Nr. 5261:

„Supplicant bemerkt, er habe gar nicht die Absicht gehabt, die Erneuerung des Passes des Executionsimpetranten thatsächlich zu verhindern, er habe nur den Kaufmann G. auf diesem Wege zur Liquidation seiner Wechselschuld anhalten wollen. Es ist aber nicht verständlich, wie Supplicant diesen Zweck hat erreichen wollen, wofern er nicht beabsichtigte, die Erneuerung bzw. die Ausreichung des Passes des Gegners zeitweilig zu verhindern. Vollends ist in der Beschwerde die Bitte wiederholt, eine Beschlagnahme auf den Paß des G. herbeizuführen, obgleich im Eingange der Supplik ausdrücklich zugegeben wird, daß die bezüglichen Behörden ein Recht zur Verzögerung oder Verweigerung der Paßausgabe nicht hätten. Solchen Widersprüchen gegenüber kann nur auf die vogteigerichtliche Motivierung verwiesen werden, welche durchaus auf gesetzlicher Grundlage ruht und daher auch obrichterlich nur gebilligt werden kann.“

364. Gegen Entscheidungen im Executionsverfahren, welche Einreden des Schuldners zurückweisen, finden suspensive Rechtsmittel nicht statt.

I. Der verklagte Schuldner bat um Sistirung des Executionsverfahrens, weil er sich mit dem Kläger verglichen habe, wurde jedoch mit seinem Antrage, wie mit der dagegen angemeldeten Querel zurückgewiesen. In der Resolution vom 15. Februar 1878, Nr. 1189 heißt es:

„Durch den in Beschwerde gestellten Bescheid ist ein Incidentproceß im Executionsverfahren beendet worden und gegen derartige Bescheide sind nach bekannten Proceßgrundsätzen suspensive Rechtsmittel durchaus unzulässig, weil sonst die Bedeutung eines jeden rechtskräftigen Urtheils in Frage gestellt werden könnte. Das Vogteigericht war somit verpflichtet, die Appellationsnachgabebitte abschlägig zu bescheiden.“

II. Aus der Resolution vom 19. Juni 1874, Nr. 3899:

„Da die Geltendmachung des supplicantischen Relutionsrechts nur als ein Incidentverfahren im vorliegenden Specialconcurso proceß aufzufassen ist, welcher seinerseits sich unzweifelhaft als ein auf Antrag des hiesigen Hypothekenvereins wegen Nichtbezahlung

einer Forderung desselben eingeleitetes Executionsverfahren darstellt; da in einem solchen, gegen das Immobilienvermögen gerichteten Executionsverfahren ebensowenig, wie bei der Execution gegen Mobilienvermögen des Schuldners ordentliche Rechtsmittel mit Suspensiveffect zulässig sind, wie das durch Gesetz und Praxis anerkannt ist (vgl. Cap. XXXII Lib. II der Rig. Stat., namentlich daselbst §. 11 und den Querelbescheid des Rathes vom 3. October 1869, Nr. 6909 — in dessen Motiven diese Grundsätze ausführlich erörtert sind), so ist das Appellationsdenegationsdecret der I. Section des Landvogteigerichts vom 16. Mai 1874 (welches das Rechtsmittel gegen den Adjudicationsbescheid vom 11. Mai 1874, Nr. 99 verweigerte) als durchaus rechtmäßig aufrecht zu erhalten und demgemäß die dawider erhobene Beschwerde als unbegründet abzuweisen.“

365. Appellation im Executionsverfahren. Wann ist dieselbe zulässig?

Hierüber enthalten die Motive der Resolution des Rathes vom 21. Juni 1873, Nr. 4736 Folgendes:

„Hiernächst ist es aber auch an sich nicht richtig, daß im Zwangsvollstreckungsverfahren die Anwendung ordentlicher Rechtsmittel absolut und ganz im allgemeinen ausgeschlossen ist. Im Gegentheil ist nach den Gesetzen auch im Executionsverfahren eine Appellabilität der gerichtlichen Verfügungen insbesondere dann anzuerkennen, wenn diese Verfügungen auf unrichtiger Auslegung der geschehenen Verurtheilung beruhen (l. 4 princ. Dig. de appell. 49. 1, Const. 5 Cod. quorum appell. non recip. 7. 65), oder wenn sie die Art und Weise der Hilfsvollstreckung betreffen, oder wenn sie auch nur bei den sonstigen Voraussetzungen der Appellabilität überhaupt beschwerend sind.

Das nach vorausgegangenem processualischem contradictorischen Verfahren ergangene untergerichtliche Erkenntniß kann demnach aus dem einzigen Grunde, weil es nach der Ansicht des Unterrichters als ein im Executionsproceß gefälltes anzusehen ist, nicht als durch ordentliche Rechtsmittel unanfechtbar gelten.“

366. Ein im Executionsverfahren von dritten Personen verlaubarter Interventionsantrag ist nach den Regeln des summarischen Processus zu verhandeln.

Hierüber besagt der Querescheid des Raths vom 13. October 1871, Nr. 6830 Nachfolgendes:

„Ueber den Interventionsantrag der Querulantin war nach den Regeln des summarischen Processus zu verfahren. Ihr zur Disposition stehende Urkunden hatte Intervenientin bei der Klage beizubringen, im Uebrigen ihre sämmtlichen Beweismittel bei Strafe des Verlustes der nicht vorgebrachten in der peremptorischen Beweisfrist zu produciren. Ein Additionalbeweis war gesetzlich ausgeschlossen.“

367. Intervention des Eigenthümers bei einem Dritten gepfändeter Executionsobjecte.

I. In Executionsfachen der E. R. wider ihren abgesehenen Ehemann R. R. intervenirte L., indem er angab, die beim Executionsimpetraten aufgenommene Nähmaschine stehe noch im Eigenthum des Intervenienten, welcher sie an R. unter einer eingetretenen Resolutivbedingung (resp. mit Vorbehalt des Eigenthums) verkauft habe. Der Executionsimpetrat gestand die Richtigkeit der Angaben des Intervenienten zu und erkannte die von L. beigebrachte bezügliche Kaufbescheinigung an. Die II. Section des Landvogteigerichts wies aber durch Verfügungen vom 20. Januar 1875, Nr. 2 den Interventionsantrag zurück. Die Beschwerde des L. wurde vom Rath durch Resolution vom 30. April 1875, Nr. 3076 gleichfalls zurückgewiesen. Die Motive des letzteren Decrets enthalten u. a. Folgendes:

„Es steht gemeinrechtlich fest, daß nur solche Objecte zur Erequirung eines Judicats in Anspruch genommen werden sollen, welche thatsächlich zum Vermögen des Executionsimpetraten gehören. Es kann daher ein Dritter, welcher selbst Eigenthümer eines Executionsobjectes zu sein behauptet, in das Executionsverfahren interveniren und die Freigebung dieses Executionsobjectes verlangen. Letztere wird dann erfolgen müssen, sobald der Intervenient in einem summarischen Verfahren bescheinigt hat, daß das qu. Executionsobject ihm angehöre (l. 15. §. 4 Dig. de re judicata 42, 1. Renaud,

Civilproceß, S. 497 und 498. Wezell, System 2. Aufl., S. 579. Planck, Mehrh. der Rechtsstreit., S. 468, 2). Diese gemeinrechtlichen Grundsätze sind in Lib. II Cap. XXXIII §. 4 der Rigaschen Statuten für das stadtrechtliche Proceßrecht vollständig adoptirt und muß daher die Praxis der II. Section des Landvogteigerichts, welche ihrer Angabe zufolge die summarische Cognition nur für die Frage der Inhibition einer Executionsmaßregel gelten läßt, während sie über die Frage der Freigebung eines Executionsobjects auf Antrag des Intervenienten, resp. der Verweigerung derselben ein vollständiges Beweisverfahren zuläßt, als den Gesetzen widersprechend bezeichnet werden.

Stellt man sich auf den im Vorhergehenden fixirten Standpunkt des gemeinen und provinziellen Proceßrechts, so hatte Supplicand als Intervenient in casu die von ihm zur Geltendmachung seines Eigenthumsrechts an der qu. Nähmaschine behaupteten Thatsachen zu bescheinigen. Da nun aber Executionsimpetrat von vornherein die Richtigkeit derselben zugestanden hatte, so erscheint im concreten Fall nur die Executionsimpetrantin als Proceßgegnerin des Intervenienten (Bayer, Vorträge, S. 134, Planck, l. c. S. 463). Es kommen daher sowohl das mündliche Zugeständniß des Executionsimpetranten, als auch die angeblich von ihm ausgestellte schriftliche Bescheinigung über das zwischen ihm und dem Intervenienten bezüglich der qu. Nähmaschine abgeschlossene Rechtsgeschäft processualisch nicht als „Geständnisse des Proceßgegners“ in Betracht. Vielmehr enthält die Behauptung des Executionsimpetranten, daß Supplicand Eigenthümer der qu. Nähmaschine sei, nur ein, dazu unbeeidigtes Zeugniß einer an dem Ausgange des Processes im höchsten Maß beteiligten Person.“ (Ebenso wird die erwähnte Bescheinigung als schriftliches Privatzeugniß für beweisuntüchtig erklärt). „Es war somit das Untergericht durchaus berechtigt, durch die vom Supplicanden gewählten Beweismittel die ihm obliegende Bescheinigung seiner Eigenthumsansprüche an der qu. Nähmaschine nicht als genügend erbracht anzusehen. Von der Auferlegung eines Notheides zur Ergänzung der ungenügenden Bescheinigung mußte aber in casu ebenfalls abgesehen werden, weil dieselbe nach feststehenden processualischen Grundsätzen im vorliegenden Falle unzulässig ist. (Renaud a. a. O. S. 265)“.

II. „Voraussetzung der Rechtsgiltigkeit einer gerichtlichen Pfändung ist, daß die gepfändeten Sachen Eigenthum des Exequenden sind. Daher hat, wenn ein Dritter das Eigenthum eines Executionsobjects für sich in Anspruch nimmt und in das Executionsverfahren intervenirt, der Executionsrichter die Verpflichtung, den Eigenthumsanspruch des Dritten summarisch zu prüfen und falls der Dritte sein Eigenthum an dem Executionsobjecte zu bescheinigen im Stande ist, letzteres freizugeben. Dies summarische Verfahren findet darin seine Berechtigung, daß eine Schädigung der Interessen Dritter durch das Executionsverfahren möglichst vermieden werden soll. Das die Executionsobjecte freigebende Erkenntniß des Executionsrichters ist indessen einer späteren, im ordentlichen Proceß anzustellenden Klage des Executionsimpetranten, welcher sein besseres Recht an den fraglichen Executionsobjecten darzuthun vermag, keineswegs präjudicial. Wenn daher im vorliegenden Falle Interveniens sein Eigenthum an den in Frage kommenden Executionsobjecten zu bescheinigen vermocht hat, so kann dem Unterrichter nur darin beigepflichtet werden, daß er diese Objecte vorläufig von der Execution erimirte und den Interventem mit seinen etwanigen Ansprüchen an denselben auf den Weg des ordentlichen Rechtsstreites verwies.“

(Querelbescheid vom 27. August 1880, Nr. 5571).

368. Beweislast darüber, ob das Eigenthum an der arrestirten Sache dem Schuldner oder einem Dritten zusteht, im Rechtsstreit zwischen dem Arrestimpetranten und Interveniens.

H. hatte eine Bootsladung Getreide wegen einer Forderung an A. mit Beschlag belegt, worauf die Handlung G. intervenirte und behauptete, daß das beschlagene Getreide gar nicht dem A., sondern L. gehört habe und ihr von letzterem verkauft und übergeben worden sei. Auf Appellation des H. gegen das, die Arrestirung aufhebende Erkenntniß des Vogteigerichts wurde durch Appellations-Erkennniß vom 27. August 1880, Nr. 5567 ausgesprochen:

„Es muß der Ansicht des Beklagten H. entgegengetreten werden, als habe er in seiner Eigenschaft als Arrestimpetrant allen Ansprüchen dritter Personen an das Arrestobject gegenüber sich einfach

abwehrend zu verhalten. Diese Ansicht verkennt durchaus das Wesen des Realarrestes, unter welchem man die Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Schuldners über sein Vermögen zur Sicherstellung des Gläubigers versteht (Bayer, summar. Prozesse §. 39). Es kann der Realarrest eben nur an dem Vermögen des Schuldners vollzogen werden und sind, wie im vorliegenden Falle, bewegliche Sachen Gegenstand des Realarrestes, so muß vor Allem festgestellt werden, daß dieselben Eigenthum des Schuldners sind. Den Beweis dieser letzteren Thatsache aber hat nach dem processualischen Grundsatz, daß jede Partei diejenigen Umstände, durch welche sie ihren Anspruch begründet, zu beweisen hat, unter allen Umständen der Arrestimpetrant zu übernehmen, da er sein Arrestgesuch nicht anders, als durch die Behauptung, daß das in Aussicht genommene Arrestobject zum Vermögen des Schuldners gehöre, substantiiren kann. Unter Umständen ist der Arrestimpetrant einer förmlichen Beweisführung in der angegebenen Richtung überhoben, wenn die arrestirte bewegliche Sache sich im Besitze des Schuldners selbst befindet und eine factische Vermuthung dafür spricht, daß sie Eigenthum des Besitzers sei. Ist dagegen — wie im vorliegenden Falle — das Arrestobject in den Händen eines Dritten und leugnet letzterer, daß es Eigenthum des Schuldners des Arrestimpetranten sei, so schwindet jede Grundlage für jene *praesumptio facti* und dem Arrestimpetranten liegt dem Dritten gegenüber der Beweis des Eigenthumsrechts seines Schuldners in der gleichen Weise ob, wie wenn letzterer (dessen processualische Rechte er sich aneignet) die *Vindication* ausgeübt haben würde (vgl. Art. 917 des P.-R. Th. III).

Auch das etwanige Zugeständniß des Schuldners, daß die im Besitze des Dritten befindliche Sache sein Eigenthum sei, entbindet den Arrestimpetranten keineswegs von seiner Beweispflicht. Denn dieses Geständniß würde nicht dasjenige des Proceßgegners sein und kann dem dritten Besitzer, der in der fraglichen Beziehung der eigentliche Proceßgegner des Arrestimpetranten ist, nicht nachtheilig sein. Andererseits muß, da nach Art. 682 des III. Theils des P.-R. der Besitz als solcher zu schützen ist, im Falle des Mißlingens des vom Arrestimpetranten zu führenden Eigenthumsbeweises der Arrest sofort gehoben und das Arrestobject oder der an seine Stelle getretene Werth dem bisherigen dritten Besitzer oder demjenigen, welchen

letzterer zum Empfange autorisirt hat, wieder zurückerstattet bzw. freigegeben werden.

Gelingt dem Arrestimpetranten der Eigenthumsbeweis, so kann nach Analogie der Art. 917 und 919 l. c. der dritte Besitzer die Klage durch den Beweis zurückweisen, daß der Schuldner des Arrestimpetranten wieder aufgehört habe, Eigenthümer zu sein, oder daß ihm selbst das Eigenthum an der Sache zustehe.“

369. Begründung des Antrages auf Herausgabe im Executionswege gepfändeter Sachen.

„Zur Herbeiführung der Herausgabe von Executionsobjecten, die nicht Eigenthum des Schuldners sind, bedarf es keineswegs der Anstellung einer Eigenthumsklage, sondern es genügt die Anführung solcher Thatsachen, welche die der Pfändung zu Grunde liegende Vermuthung eines Eigenthums des Schuldners zu zerstören geeignet sind, und namentlich die Behauptung des Besizes. Denn die Execution darf nach Lib. II Cap. XXXII §. 1 der Rig. Stadtrechte nur in Sachen des Schuldners stattfinden und der Beweis, daß die gepfändeten Sachen diejenigen des Schuldners sind, liegt nach dem processualischen Grundsätze, daß jede Partei diejenigen Umstände, durch welche sie ihren Anspruch begründet, zu beweisen hat, an sich dem Gläubiger ob. Von dieser Beweislast wird er zwar regelmäßig befreit, sofern die gepfändeten Sachen bei der Pfändung sich im Gewahrsam des Schuldners befanden, weil dieser Umstand nach Art. 689 in Verbindung mit Art. 917 eine Vermuthung für den rechtmäßigen Besitz bzw. das Eigenthum begründet. Wird aber nachgewiesen, daß bei der Pfändung die gepfändeten Sachen sich nicht im Gewahrsam des Schuldners, sondern eines Dritten befanden, so ist damit jene Vermuthung beseitigt und es tritt die Regel, daß der Beweis dem Vindicanten, d. h. hier dem Gläubiger obliegt, wiederum in Kraft. Diese Grundsätze sind bereits in dem dießseitigen Appellations-Erkenntnisse vom 27. August 1880, Nr. 5567 zur Anwendung gelangt. In dem Querelbescheide vom 27. August 1880, Nr. 5571 ist aber ferner auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. XXXIII §. 4 und l. 15 §. 4 Dig. 42, 1 ausgesprochen worden, daß der Intervenient die von ihm behaupteten Thatsachen nur zu bescheinigen hat und bei erbrachter Be-

scheinigung die Pfändung aufzuheben und der Impetrant auf den Weg des ordentlichen Rechtsstreites zu verweisen ist.“

(Querelbescheid vom 8. Mai 1881, Nr. 3112.)

370. Voraussetzungen des Executivprocesses, insbesondere bei der Pfandklage.

„Der Executivproceß setzt voraus, daß sämtliche Thatfachen, welche zur Begründung des Klageanspruches gehören, schon bei der Klage durch Urkunden liquid gestellt werden (Appellations-Erkenntniß vom 28. Juli 1871, Nr. 5164), und zwar müssen die betreffenden Urkunden nach Lib. II Cap. XII §. 3 und Cap. XXIV §. 2 der Stadtrechte guarentigierte, d. h. gerichtlich bzw. durch einen öffentlichen Notar vollzogen oder mindestens beglaubigt sein (Resolution vom 25. Januar 1878, Nr. 682 und Erkenntnisse der II. Section des L.V.G. vom 11. Mai 1876, Nr. 103, der I. Section vom 3. Februar 1877, Nr. 41). Wenn also der Executivproceß in einer Klagesache für zulässig erklärt wird, so ist damit zugleich ausgesprochen, daß für sämtliche zum Klagegrunde gehörigen Thatfachen ein Beweis durch guarentigierte Urkunden vorliege. Das Zutreffen dieser Voraussetzung hat Beklagter für den Fragefall mit Recht bestritten . . .

Kläger beantragen die Anerkennung ihres Pfandrechts an dem Immobil des Beklagten, sowie die Herausgabe und die Verkaufstellung des letzteren behufs Befriedigung ihrer Forderung. Nach Art. 1441 des Prov.-Rechts Th. III darf der Pfandgläubiger die Veräußerung der Pfandsache aber erst verlangen, wenn der Zahlungstermin eingetreten und gleichwohl die Zahlung nicht erfolgt ist. Die Anstellung der Pfandklage ist also durch die Fälligkeit der Forderung bedingt (Dernburg, Pfandrecht II, S. 297) und es muß daher, wo dazu eine Kündigung erforderlich ist, der Gläubiger anführen und nachweisen, daß die Kündigung erfolgt und die Kündigungsfrist verstrichen sei. Diesen Nachweis haben Kläger nicht nur nicht erbracht, sondern sie haben im Gegentheil selbst erklärt, daß sie erst jetzt die Obligationen kündigten. Bei dieser Sachlage ist nach Art. 1442 l. c. der Klageanspruch überhaupt zur Zeit nicht begründet und kann daher umsoweniger zur Verhandlung im Executivproceße zugelassen werden, wenngleich die Anwendbarkeit dieser

Proceßart auf die gegen den Schuldner selbst gerichtete Pfandklage nicht zu bestreiten ist (vgl. Bayer, summar. Proceß §. 42a, Note 4a), indem es sich bei dieser, wenn nicht unmittelbar, so doch mittelbar um Befriedigung der Schuld handelt, zu welcher der Beklagte sich in der Pfandverschreibung verpflichtet hat (vgl. die oben angezogenen Stellen der Stadtrechte).“

(Querelbescheid vom 2. Juli 1880, Nr. 4441.)

371. Executioprocess aus notariell beglaubigten Urkunden, welche von Schreibensunkundigen ausgestellt sind.

„Kläger hat auf Grund einer von ihm beigebrachten quarentigirten Schuldburkunde Klage erhoben, welche nach dem Reg. Stadtrecht Lib. II Cap. XXIV §. 2 und Cap. XII §. 3 zur Einleitung des Executioprocesses befähigt. Daß Beklagte diese Schuldburkunde wegen Schreibensunkunde mit dreien Kreuzen unterzeichnet hat, schwächt die Beweisraft der Urkunde und die Wirksamkeit des in derselben aufgezeichneten Vertrages nicht ab, da der öffentliche Notar die Echtheit der gezeichneten drei Kreuze auf der Urkunde selbst bezeugt hat (vgl. Art. 3038 des Prov.-Rechts Th. III). Der Executioprocess, welcher ein weitläufiges Verfahren abschneiden soll, bringt es seiner Natur nach mit sich, daß die der Klage entgegengesetzten Einreden, um überhaupt im Executioprocess Berücksichtigung zu finden, sofort liquid gestellt werden müssen. Der sofortige Beweis der Einreden kann sowohl durch Beibringung gesonderter Urkunden, als auch unter Umständen durch Berufung auf den Inhalt der Klageurkunde selbst geführt werden.“

(Aus den Gründen des Appellations-Erkenntnisses vom 22. April 1881, Nr. 2687.)

372. Die Einleitung des Executioprocesses setzt einen ausdrücklichen Antrag nicht voraus.

„Feste Regeln für den Executioprocess, wie sie gemeinrechtlich anerkannt sind, haben sich in unserer Praxis, welche auf Grund des Art. 2 Cap. II und Art. 2 Cap. XXIV des II. Buches der Stadtrechte operirt, noch nicht ausgebildet. Es ist daher auch dem Supplicanten nicht zuzugeben, daß der Einleitung eines Executioprocesses

bei uns die specielle bezügliche Bitte des Klägers voranzugehen habe, vielmehr wird, wofern der Kläger, wie das hier geschehen ist, aus einer der Klage beigefügten öffentlichen Urkunde klagt, auf Grund der bezogenen Vorschriften der Stadtrechte ein summarisches Verfahren eingeleitet, das dem gemeinrechtlichen Executivproceß nachgebildet ist, häufig aber mit Rücksicht auf die Verhandlungsmaxime davon abweicht, sobald die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend sich über die Zulassung längerer Fristen u. s. w. einigen.“
(Resolution vom 2. Mai 1880, Nr. 2865.)

373. Zur Liquidstellung durch Urkundenbeweis im Executivproceß bedarf es der Producirung der Urkunden.

Die I. Section des Landvogteigerichts hatte sich in ihrem Erkenntniß vom 18. December 1873, Nr. 241 auf eine Urkunde bezogen, welche in einem vor etwa 10 Monaten bei demselben Gericht zwischen denselben Parteien verhandelten Prozesse, ebenso wie in dem augenblicklichen Rechtsstreit von entscheidender Bedeutung war und im ersteren Prozesse, der unterdessen auf dem Wege der Revision an den Dirigirenden Senat gelangte, zu den Acten gebracht worden war. Diese Urkunde erklärte das Landvogteigericht als gerichtskundig für ein im zweiten Proceß (ein Executivproceß, wobei die Urkunde nicht producirt worden war) benutzbares, liquides Beweismittel.

Der Rath verwarf diese Anschauung in dem die untergerichtliche Entscheidung aufhebenden Appellations-Erkenntnisse vom 24. April 1874, Nr. 2634 mit folgender Begründung:

„Es handelt sich gegenwärtig in erster Reihe um die Entscheidung der Frage, ob Beklagter, welcher nach den hier zu beobachtenden Regeln des Executivprocesses sich nur liquider Einreden gegen die Klage mit Erfolg zu bedienen vermag, seine Einreden gehörig liquid gestellt habe. Diese Frage muß aber nothwendig verneint werden. Soll ein Beweis durch Urkunden geführt werden, so hat der Producent dieselben im Original vorzulegen, eine bloße Beziehung auf dieselben genügt bloß in dem Falle, daß sie sich schon bei den Acten des vorliegenden Rechtsstreites befinden. Eine Verweisung auf andere Acten kann dagegen in keinem Falle die Vorlegung der Urkunde, von deren Vorhandensein, Echtheit und

Inhalt der Richter, sowie die Gegenpartei sich zu überzeugen Gelegenheit finden muß, ersehen. Nach diesem allgemein geltenden Proceßgrundsatz vermag der Umstand, daß der Inhalt einer Urkunde dem Richter bekannt ist, auch nicht die Wirkung zu üben, daß die sich auf dieselbe Urkunde berufende Partei von der Verpflichtung zur factischen Vorweisung derselben befreit wäre. Denn gerade darauf kommt es beim Urkundenbeweise wesentlich an, daß dem Producten die Urkunde im Original vorgelegen habe, damit er selbst die Tragweite des sich aus ihr ergebenden Beweises zu ermessen im Stande sei. Dagegen können die durch Urkunden festzustellenden Thatsachen auch nicht um deswillen für notorisch erachtet werden, weil der Richter in einer anderen Streitsache jene Urkunden kennen gelernt hat; etwa nur was von den Gerichtspersonen officiell durch Sinneswahrnehmung recipirt worden, oder was als von dem Gericht der Amtsnotiz wegen öffentlich beurkundet vorliegt, kann als gerichtskundig angesehen werden; auf solche Thatsachen aber, welche der Richter vermöge eines guten Gedächtnisses als das Beweisergebnis in einem vor längerer Zeit vor ihm geführten Proceße noch zu kennen glaubt, kann die Gerichtskundigkeit nicht ausgedehnt werden.

Wenn nun Beklagter zum Beweise seiner Einreden lediglich auf Urkunden Bezug nimmt, die von ihm in einem ganz anderen Proceße beigebracht und zu den in diesem Rechtsstreite geführten Acten gar nicht gelangt sind, so sind seine Einreden als dadurch liquid gestellt nicht anzusehen."

373a. Auch aus einem zweiseitigen Vertrage kann im Executivproceße geklagt werden.

Kläger hatte mittelst notarialiter beglaubigten Contractes dem Beklagten ein Haus vom 1. Februar 1876 auf 6 Jahre vermietet und zugleich sich verpflichtet, für jeden Tag, welchen Beklagter später in den Miethbesitz gelangen würde, eine Conventionalpön von 25 Rbl. zu zahlen. Als Kläger im Executivproceße auf Bezahlung des am 1. Februar 1877 fällig gewordenen Vierteljahrszinses klagte, wendete Beklagter ein, das Haus sei ihm erst am 1. August 1876 übergeben worden und die deshalb vom Kläger verwirkte Conventionalpön von 4500 Rbl. sei auf den Miethzins

zu verrechnen. Das Vogteigericht legte darauf dem Kläger Beweis darüber auf, daß er dem Beklagten das Haus am 1. Februar 1876 übergeben habe, und die dawider gerichtete Beschwerde wurde durch den Querelbescheid vom 2. Juli 1877, Nr. 4623 aus folgenden Gründen verworfen:

„Nicht weil der Zeitpunkt, von welchem ab der Miethvertrag in Wirksamkeit getreten, wohl aber weil der Zeitpunkt, von welchem ab der Miethzins baar zu entrichten und nicht etwa auf eine verwirkte Geldpönn zu verrechnen war, ungewiß geblieben ist, kann die klägerische Forderung nicht für eine liquide und im Executivproceße klagbare erachtet werden und eben darum ist der vom Kläger anhängig gemachte Rechtsstreit im ordentlichen Proceßverfahren zu verhandeln, welches dem Beweispflichtigen die Anwendung aller und jeder gesetzlich überhaupt zulässigen Beweismittel gestattet.“

374. Einrede des im Executivproceße vom Cessionar belangten Schuldners, die Cession sei fingirt.

Der Einwand des Beklagten, die Cession der geklagten Forderung an den Kläger sei fingirt, um dem Beklagten die ihm gegen den Cedenten zustehenden Einreden zu entziehen, war durch Bescheid der I. Section des L. B. G. vom 10. October 1878, Nr. 259 verworfen worden, weil der behauptete Zweck der Cession nach Art. 3480 des Prov.-Rechts Th. III überhaupt nicht erreicht werden könne. Auf beklagliche Beschwerde wurde in dem Querelbescheide vom 8. December 1878, Nr. 8354 ausgesprochen:

„Es muß anerkannt werden, daß auch der Cessionar gegen den debitor cessus im Executivproceße, wenn die sonstigen Bedingungen für dessen Einleitung vorhanden sind, Klage zu erheben berechtigt ist, und es kann durchaus nicht zugegeben werden, daß solchenfalls die Lage des Schuldners verschlimmert werde. Denn die Verpflichtung des im Executivproceße belangten Schuldners, seine Einreden sofort liquid zu stellen, wäre auch dann vorhanden, wenn der ursprüngliche Gläubiger die Klage erhoben hätte. Ferner schreibt der Art. 3467 des III. Theils des Prov.-Rechts ausdrücklich vor, daß Forderungsrechte jeder Art, mithin auch solche, welche aus quarentigürten Urkunden, die zum Executivproceße befähigen, hergeleitet werden, Gegenstand der Abtretung sein können. Endlich

werden dem debitor cessus in Folge Einleitung des Executivprocesses die ihm aus der Person des Cedenten zustehenden Einreden keineswegs vollständig entzogen, sondern er wird mit den nicht sofort liquid gestellten nur zur separaten Ausführung, der f. g. Nachklage verwiesen, welche sich als *condictio sine causa* qualificirt und mittelst welcher er in die Lage versetzt wird, die Grundlosigkeit des im Executivproceße gegen ihn zur Geltung gebrachten Anspruchs im ordentlichen Proceße darzulegen und zu beweisen.“

375. Ueber Einreden im Executivproceß ist nur ein Urkundenbeweis gestattet.

Aus den Entscheidungsgründen des Querelbescheides vom 8. Mai 1874, Nr. 2998:

„Nach der bezogenen Stelle des Stadtrechts (Lib. II Cap. XXIV §. 2) sollen *instrumenta guarentigionata* die Kraft eines Urtheils, so in *rem judicatam* ergangen, in sich haben und zur schleunigen Hilfe gezogen werden. Damit ist ausgesprochen, daß auf solche Urkunden basirte Forderungen im Executivproceß sollen geltend gemacht werden können, indem durch die Urkunde der Beweis anticipirt und die Forderung klar gelegt ist. Da hierbei die Absicht besteht, den Gläubiger rasch zu seiner Befriedigung gelangen zu lassen, so würde dieser Zweck vereitelt werden, wenn man zur Geltendmachung von Einreden einen Beweis zulassen und dem Schuldner die Möglichkeit bieten würde, den Proceß in's Weite zu verschleppen. Peremptorische Einreden können daher nur in dem Falle in Berücksichtigung kommen, wenn sie sofort in gleicher Weise, wie dies vom Kläger geschehen, durch Urkunden bewiesen werden.“

376. Beweisaufgabe über die Einrede der Litispendenz im Executivproceße.

„Nach des Beklagten Meinung soll die Beweisaufgabe bezüglich der beklagterseits vorgeschützten Einrede der Litispendenz dem Executivproceße präjudicirlich sein und die Annahme rechtfertigen, daß der Unterrichter dadurch selbst das Vorhandensein des ordentlichen Processes anerkannt habe. Allein dieser Ansicht kann nicht beige-
pflichtet werden. Zunächst hat der Unterrichter in den Motiven des

angezogenen Bescheides ausdrücklich anerkannt, daß die vorliegende Sache im Executivproceße verhandelt werde. . . Ueberdies hat er dadurch, daß er die Einrede der Litispandez zum Beweise stellte, sich keiner Inconsequenz schuldig gemacht, sondern nur der in der gemeinrechtlichen Doctrin herrschenden Ansicht gehuldigt, wonach bei gewissen dilatorischen Einreden, so namentlich den gerichtssablehnenden, der exc. desic. legitim. ad processum und dergl., deren Außerachtlassung eine Nullität zur Folge haben könnte, ein schneller Beweis, wie bei den peremptorischen Einreden nicht nothwendig ist (vgl. Bayer, summar. Proceße §. 46). Wenngleich zugegeben werden mag, daß in der letzteren Beziehung sich in den städtischen Gerichten noch keine einheitliche Praxis ausgebildet hat, so steht doch für den vorliegenden Fall fest, daß der Unterrichter durch seine Beweisaufgabe der Fortführung des Executivproceßes nicht hat präjudiciren wollen, und ist daher die Ansicht des Beklagten, daß durch jene Beweisaufgabe der Executivproceß stillschweigend in den ordentlichen Proceß übergegangen und ihm daher zu gestatten sei, im obschwebenden Streite seine peremptorischen Einreden in Beweis zu stellen, zu verwerfen."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 8. December 1878, Nr. 8354.)

377. Die richterliche Entscheidung über die Proceßart, in welcher verhandelt werden soll, ist als proceßleitendes Decret nicht durch ordentliche Rechtsmittel anfechtbar. (Executivproceß.)

Aus den Motiven der Resolution vom 5. Juni 1874, Nr. 3563: „Die Verfügung des Richters, durch welche er den modus procedendi anordnet, wenn derselben immerhin auch ein contradictorisches Verfahren vorausgegangen, charakterisirt sich wesentlich als proceßleitendes Decret, da es nicht die Materie des Rechtsstreits, sondern eben nur die Form der Proceßführung berührt, ein proceßleitendes Decret aber nach der auch von der hiesigen Rechtspflege recipirten gemeinrechtlichen Proceßtheorie nicht durch ein ordentliches Rechtsmittel, sondern nur auf dem vom Beklagten seither nicht betretenen Wege der einfachen Beschwerde anfechtbar ist. Diese Beschränkung rechtfertigt sich denn auch umso mehr, als ja unverkennbar die von

dem Gesetz beabsichtigte Wohlthat des für einige Proceßgattungen angeordneten abgekürzten Verfahrens zu einer fast illusorischen werden würde, wenn durch ein schleppendes Rechtsmittelverfahren schon die Vorverhandlung darüber, ob im gegebenen Falle diese oder jene Proceßform einzutreten habe [in casu handelte es sich um einen Executivproceß], in die Länge gezogen werden dürfte."

378. Rechtsmittel im Executivproceß.

Die Resolution des Rathes vom 18. October 1874, Nr. 6562 besagt:

„Da Supplicant das untergerichtliche Verfügum um deswillen angreift, weil dasselbe in einer im Executivproceß verhandelten Streitsache auf gegnerischen Protest dem Supplicanten die Nachgabe eines Rechtsmittels mit Suspensiveeffect verweigert hat;

da nach der in neuester Zeit constanten Praxis der Mehrzahl der städtischen Untergerichte im Executivproceß Rechtsmittel, wenigstens solche mit Suspensiveeffect, nicht nachzugeben sind und diese Praxis, welche sich auf §§. 2 und 3 des Cap. XXIV Lib. II der Rigaschen Stadtrechte stützt, noch soeben vom Rathe in dessen Resolution vom 5. Juni e. Nr. 3563 als richtig anerkannt ist;

da endlich die Berufung auf dem entgegenstehende Entscheidungen des Rathes und der städtischen Untergerichte aus früherer Zeit, in Grundlage des Art. XXVI der Einleitung zum III. Th. des Provinzialrechts, nicht ohne weiteres maßgebend sein kann, die Thatsache aber, daß auch in neuester Zeit im Executivproceß verhandelte Sachen zur oberrichterlichen Prüfung gelangten, nicht beweisend ist, weil die oben aufgestellte Regel, nach der von dem stadtrechtlichen Proceß in ausgedehntem Maße geübten Verhandlungsmaxime, mit Uebereinstimmung beider Parteien jeder Zeit durchbrochen werden kann, sodas der §. 2 Tit. XXXI der abg. Art. der Rig. Stat., welcher das Rechtsmittel der Revision in Executivproceßsachen ausschließt, (mithin die Zulässigkeit der Verhandlung solcher Sachen in der Appellationsinstanz voraussetzt) hiernach seine Erklärung findet, so ist die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen."

II. In den Motiven der Resolution vom 9. Juli 1875, Nr. 4743 ist anerkannt, daß

„nach der Praxis der hiesigen Stadtgerichte gegen Erkenntnisse im Executivproceße keine ordentlichen Rechtsmittel zulässig sind (Resolution des Raths vom 5. Juni 1874, Nr. 3563 und vom 18. October 1874, Nr. 6562).“

Derjelbe Satz ist ausgesprochen in der Resolution vom 2. Mai 1880, Nr. 2865.

III. Der Bescheid des Raths vom 15. November 1872, Nr. 8742 verwarf unter Bestätigung des gegnerischen Protestes das rechtzeitig und gehörig interponirte Revisionsnachgabegesuch, weil das anzufechtende Erkenntniß des Raths „nur ein Protokollverfügen der zweiten Section des Landvogteigerichts bestätigt, mittelst dessen der Beklagte (Impetrant) im Executivproceß und zwar in contumaciam zur Bezahlung eines Capitals von 1500 Rbl. nebst anhängigen Renten verurtheilt worden ist, nachdem der Kläger durch die Beibringung einer von dem öffentlichen Notar S. amtlich beglaubigten und sodann beim Hofgericht ingrossirten Obligation sein Forderungsrecht beurkundet hat, und weil nach dem §. 2 Tit. XXXI Lib. II der abgeänderten Artikel des Rigaschen Stadtrechts keine Revision nachgegeben werden soll in Sachen, in denen „auf offenbare, unleugbare Handschriften, Verschreibungen, Contracten und zugestandene Schulden, auf Stadtbücher und gerichtliche Protokolle gesprochen worden“.

379. Das im Executivproceße ergangene Urtheil ist als ein bloß vorläufiges anzusehen.

Der Curator der B.'schen Concurssmasse hatte gegen E. im Executivproceße die Verurtheilung erwirkt, worauf E. gegen den Concurscurator die Nachklage auf Herausgabe der Urtheilssumme anstellte. Der Einwand des beklagten Concurscurators, daß die Klage abzuweisen sei, weil der betreffende Anspruch nicht vor dem Ablaufe des Concursproclams angemeldet worden, wurde in dem Appellations-Erkenntniße vom 29. April 1881, Nr. 2898 aus folgenden Gründen verworfen:

„Die Behauptung des Beklagten beruht auf der irrthümlichen Auffassung, als ob hier ein selbständiger Anspruch klageweise verfolgt werde, während es sich doch nur um die Zurückweisung eines

Anspruches der Concurssmasse an den Kläger handelt. Wie oben referirt, hat der Concursscurator im Executivproceße die Verurtheilung des Klägers erwirkt, wobei dem letzteren die Ausführung der schon damals von ihm vorgebrachten Einreden ausdrücklich offen gelassen worden ist. Da nun das Erkenntniß im Executivproceße bloß ein vorläufiges ist und durch die von dem Schuldner später angestellte Nachklage mit allen seinen Folgen wieder beseitigt werden kann (Wittermaier, summar. Proceße, S. 190. Querelbescheid des Raths vom 8. April 1877, Nr. 2271. Seuffert's Archiv XX, 276. XXI, 171), so enthält die Nachklage lediglich die Fortsetzung des vorausgegangenen Executivproceßes, bei welcher eben darüber gestritten wird, ob der Gläubiger das ihm dort Zuerkannte zu behalten oder dem Schuldner zurückzuerstatten habe. Folglich hat der gegenwärtige Kläger auch nicht einen neuen Anspruch gegen die Concurssmasse erhoben, sondern er bezweckt nur, daß die von dem Concursscurator herbeigeführte Verurtheilung wieder rückgängig gemacht werde, und daher kann von einer Präclusion dieses Anspruchs auch nicht die Rede sein.“

380. Summarische Natur des Wechselprocesses, Unzulässigkeit der Cautionseinrede in demselben.

„Die russ. Wechselordnung vom 28. Juni 1832 (publicirt durch Patent der livl. Gouvern.-Verwaltung vom 19. September 1832) enthält in ihrer zweiten Abtheilung auch Bestimmungen über den Wechselprotest und die Gerichtsform der Wechselbeitreibung. Sie verordnet, daß das Klagegesuch unter Beilegung des Wechsels nebst Protest bei der Polizeiverwaltung anzubringen und die Beitreibung der Wechselforderung aus dem Vermögen des Schuldners sofort zu bewerkstelligen sei, falls nicht vom Beklagten die Einrede der Fälschung, oder die durch gerichtliche Bescheinigung sofort liquid gestellte Einrede der bereits geschenehen Zahlung oder aber die der Unfähigkeit zur Wechsellausstellung vorgeschützt worden. Während im ersten Falle die Sache dem Criminalgericht überwiesen, im Falle der zweiten Einrede die Klage zurückgewiesen, in dem dritten Falle aber unter Einstellung der Beitreibung die Sache zur weiteren Verhandlung an das Commerzgericht gewiesen wird, soll nach §. 110 bei Opponirung anderer Einreden, wie in Bezug auf die

Abfassung und Erfordernisse des Wechsels oder dessen Bezahlung laut Rechnung, Bücher und Quittungen, ohne Berücksichtigung derselben die Execution fortgesetzt, dem Beklagten aber die Ausführung seiner Einreden beim Commerzgericht offengelassen und diesem Gericht das Verfüggen über die Aufhebung oder Einstellung der Beitreibung anheimgegeben sein.

Dieses von der allgemeinen russischen Wechselordnung vorgeschriebene Verfahren erleidet in den Ostseegouvernements, resp. in der Stadt Riga insofern eine Abänderung, als nach dem Prov.=Recht Theil I §. 545 und 554 Wechselsachen nicht der Polizeiverwaltung, sondern dem gewöhnlichen Gerichte, dem Vogtei- und Landvogteigericht competiren und die übrigen Bestimmungen über das Proceß- und Beitreibungsverfahren insofern einer Modification unterliegen, als auch für die Verhandlung der Wechselsachen das provinzielle, resp. stadtrechtliche Proceßverfahren einzuhalten ist.

Es enthält nun das Stadtrecht zwar keine besondere Wechselproceßordnung, indessen hat die Praxis festgestellt, daß Wechselsachen auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. XII §. 4 als solche, „die ihrer Eigenschaft nach langen Verzug nicht leiden können“ und als „Commerziensachen“ anzusehen und daher im summarischen Proceß zu verhandeln sind, für welchen die Grundsätze im bezogenen Cap. XII angegeben sind, und in dem zugleich auf das gemeine Recht verwiesen wird.

Dem städtischen Proceßverfahren in Wechselsachen liegen daher die Bestimmungen der russischen Wechselordnung, die statutarischen Bestimmungen über das summarische Verfahren und das gemeine Proceßrecht zu Grunde.

Wenn nun in Folge dessen an Stelle der von der russischen Wechselordnung vorgeschriebenen Behörden, der Polizeiverwaltung und des Commerzgerichts, die ordinären Behörden treten und somit diese auch die von der russischen Wechselordnung dem Commerzgericht zugewiesenen Functionen zu übernehmen haben, so liegt ihnen auch die Entscheidung darüber ob, ob die in der Wechselordnung §. 109 und 110 erwähnten Einreden sofort zurückzuweisen oder zu weiterem Verfahren zuzulassen und in Folge dessen die Beitreibung der ausgeklagten Wechselforderung, d. h. die Entschei-

bung über die Verurtheilung und Execution bis zur Erledigung der Einreden aufzuschieben sei.“

(Querelbescheid vom 13. August 1871, Nr. 5447.)

381. *Cautio pro reconventione et pro damnis et expensis im Wechselproceß.*

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 9. Juli 1875, Nr. 4745 ist hierüber zu entnehmen:

„Die Cautio für Schäden, Kosten und Widerklage gehört ihrer Gattung nach zu den processualischen Cautionen, d. i. zu solchen, durch welche die der einen Partei durch die Proceßführung der anderen drohenden Vermögensnachtheile sichergestellt werden sollen, und zwar gehört sie zu den processualischen Cautionen, welche der Kläger regelmäßig dann zu bestellen hat, wenn Grund zu der Besorgniß vorliegt, daß er im Falle seines Unterliegens das nicht leisten oder erfüllen werde, wozu er rechtlich oder judicatsmäßig verpflichtet ist. Daß diese Cautio nicht von jedem Kläger überhaupt und ohne weiteres bestellt zu werden braucht, sondern eben nur von dem Kläger, welcher zu der erwähnten Besorgniß Anlaß giebt, das hat, wie es schon im gemeinen Recht seine Grundlage hat, unverholenen Ausdruck im Rigaschen Stadtrecht gefunden, wenn es daselbst Lib. II Cap. XVIII Art. 1 heißt, daß der Beklagte vom Kläger den Vorstand begehren dürfe, „wenn die Sache es erfordert“. Wann eine solche Eventualität als eingetreten oder m. a. W. wann eine Gefahr für den Beklagten als naheliegend zu betrachten ist, darüber gebietet es mit der einzigen Ausnahme, daß der im Jurisdictionbezirke des Proceßgerichts mit unbeweglichem Gut besitzliche Kläger stets von der Cautionsleistung entbunden sein soll (Rig. Stat. I c. Art. 3), an einer durchgreifenden festen Regel und darüber hat eben daher in jedem einzelnen Falle das richterliche Ermessen unter Inbetrachtung der concreten Umstände zu entscheiden. Das gilt ebensowohl von der *cautio pro damnis et expensis*, wie von der *cautio pro reconventione*. Einzelne Particularrechte, nicht aber unser Stadtrecht und ebensowenig dessen Hilfsrecht, das gemeine Recht, entheben zwar theils subjectiv gewisse Personen (wie den Fiscus, Kirchen, Gemeinden, Corporationen, die zur Klage Provocirten), theils objectiv in gewissen

Proceßgattungen (wie in Concurß-, in Stuprations- und Alimenten-, in Ehe- und Bagatellsachen, mitunter auch im Executiv- und im Wechselproceß) von der Bestellung der einen oder anderen der sonst vom Kläger zu leistenden Cautionen. Indes die Particularrechte fremder Staaten können uns als Richtschnur nicht dienen; in jedem vor den hiesigen Gerichten geführten Proceß hat vielmehr der Richter arbiträr darüber zu erkennen, ob das von dem Beklagten ausgesprochene Cautionsverlangen der Person des Klägers und der Sachlage nach begründet ist, oder nicht. Im Executiv- und mehr nach — in Rücksicht auf die ohnehin die Mehrzahl aller verzögerlichen Einreden von selbst ausschließende Wechselstrenge — im Wechselproceß wird ein solches Verlangen, soweit es den Kostenvorstand betrifft, allerdings stets als unbegründet sich herausstellen, aber nur dann, wenn eine vollständig unanfechtbare Schuldburkunde oder ein reines unbedingtes Schuldgeständniß des Beklagten oder ein allen Requisiten des Wechselrechts entsprechender, auch gehörig protestirter Wechsel das Klagefundament bildet, weil solchenfalls sich von vornherein klarstellt, daß der Kläger überhaupt gar nicht zu einem Kostenersatz an seinen Proceßgegner wird verurtheilt werden können, daher denn auch in mehreren Proceßlehrbüchern der Wegfall der cautio pro expensis im Wechselproceß als Regel sich verzeichnet findet.

Ebenso gewiß ist es andererseits, daß der Vorstand wegen anzustellender Widerklage, da dieser seiner Natur und seinem Wesen nach nicht eine cautio judicatum solvi, sondern einzig eine cautio judicio sisti ist, oder mit anderen Worten dieser Vorstand nur dafür Sicherheit geben soll, daß der Kläger bezüglich einer gegen ihn anzustellenden und gesetzlich mit der Vorklage nicht gleichzeitig zu verhandelnden Nachklage dem an sich gegen ihn nicht zuständigen foro reconventionis sich nicht entziehen werde, in dem Fall durchaus gegenstandslos ist, wenn der Kläger wie seinem Domicil, so der Natur der wider ihn anzubahnenden Nachklage nach ohnehin demselben Gerichtsstand unterworfen ist, vor welchem die Haupt- oder Vorklage verhandelt wird.

Von diesen Gesichtspunkten aus betrachtet, kann das Ansinnen des Beklagten, von den verlangten Cautionen befreit zu sein, vorliegenden Falls richterliche Billigung nicht finden. Im Gegentheil muß anerkannt werden, daß Kläger, weil der von ihm beigebrachte

Wechselprotest den an einen solchen zu stellenden formellen Erfordernissen nicht genügt und sonach die erhobene Wechselklage noch nicht wie erforderlich unterstützt ist, immerhin möglicher Weise zum Kostenersatz wird herangezogen werden dürfen und daß ebensowenig jede Wahrscheinlichkeit dessen ausgeschlossen ist, daß der Beklagte zu einer Widerklage wider den Kläger Veranlassung haben sollte, indem es gesetzlich freisteht, Einwendungen, welche wider das klägerische Forderungsrecht im Wechselproceß ihrer illiquiden Natur wegen nicht geltend gemacht werden dürfen, durch eine Nachklage zum rechtlichen Austrag zu bringen und das nach Wechselrecht Aberkannte ganz oder theilweise zurückzugewinnen. Im Hinblick darauf, daß Kläger ein Ausländer ist, eine Beitreibung aberkannter Proceßkosten von ihm daher mit Weitläufigkeiten und Schwierigkeiten verbunden sein würde und daß ebenso ein anderer ihn zur Einlassung auf eine hierorts wider ihn anzustellende Nachklage nöthigender Zwang an sich unausführbar ist, rechtfertigt es sich vollkommen, daß dem Beklagten von Gerichtswegen die Befugniß nicht abgeschnitten werde auf legalem Wege eine Sicherstellung, wie wegen der Proceßkosten, so wegen seiner Einlassung auf eine bei den hiesigen Gerichten wider ihn anzustellende Widerklage zu verlangen. Ungeachtet seines principiellen Sträubens sich dem klägerischen Sicherheitsverlangen zu fügen, hat nun zwar für jeden Fall der klägerische Mandatar die beantragte Caution auf sich genommen, der Beklagte indeß erklärt, zwar wegen der Schäden und Kosten mit solcher Bürgschaft sich begnügen zu wollen, anlangend die Einlassung auf eine Reconvention aber solche Bürgschaft als nicht ausreichend ablehnen zu müssen. Hiernach darf denn die cautio pro damnis et expensis als erledigt betrachtet werden. Dagegen wird Kläger, um auch der cautio pro reconventionem zu genügen, seinem Mandatar unwiderriefliche Vollmacht zu seiner vollständigen Vertretung auf Gewinn und Verlust der künftigen etwanigen Reconvention gegenüber in beglaubigter Urkunde zu ertheilen und sein Mandatar solches Mandat unter Verzicht auf jegliche Kündigung rechtsförmlich zu übernehmen haben. Mehr als eben dieses wird aber allerdings vom Kläger zur Beseitigung der Cautionseinrede nach allen ihren Richtungen hin nicht zu beanspruchen sein.“

382. Im Wechselproceße dürfen abgeseondert von der Einlassung nur proceßhindernde Einreden vorgesehütet werden.

I. Der durch Erkenntniß der II. Section des L.V.G. vom 9. August 1877, Nr. 189 trotz der von ihm erhobenen Einrede der Wechselunfähigkeit zur Bezahlung des Wechsels verurtheilte Beklagte beschwerte sich darüber, daß ihm die directe Erklärung auf die Klage abgeschnitten worden sei, wurde jedoch mittelst Resolution vom 18. Januar 1878, Nr. 480, aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Im Wechselproceße, als einer besonders schleunigen Art des Executivproceßes, hat der Beklagte nach bekannten und hier stets in Uebung gewesenen Proceßgrundsätzen die Verpflichtung, sein gesamntes Vertheidigungsmaterial bei dem Rechtsnachtheil des fingirten Zugeständnisses gleichzeitig vorzubringen. Bedient sich daher der Beklagte mit Außerachtlassung der directen Einlassung nur einer Einrede, so verzichtet er damit auf eine etwaige negative Litiscontestation ebenso, wie auf die Geltendmachung anderer Vertheidigungsmittel, und seine Verurtheilung muß erfolgen, sobald die einzig vorgebrachte Einrede verworfen wird. Der von der Partei verlaublichte Vorbehalt der directen Einlassung ist bedeutungslos, weil das Proceßrecht in dieser Richtung nicht der Willkür der Parteien unterworfen ist. Eine Ausnahme hiervon ist nur hinsichtlich der sog. proceßhindernden Einreden zulässig, zu denen der Einwand des Supplicanten, er sei wechselunfähig aber nicht gerechnet werden kann.“

II. Beklagter hatte gegen die Wechselklage, ohne sich über die Echtheit des Wechsels zu äußern, nur eingewendet, derselbe sei nicht gehörig protestirt worden. Die I. Section des L.V.G. verwarf diesen Einwand und verurtheilte zugleich den Beklagten zur Zahlung. Die dawider von ihm erhobene Nichtigkeitsebeschwerde wurde durch die Resolution vom 6. Februar 1880, Nr. 968 aus folgenden Gründen verworfen:

„Supplicant hält das Verfügen für nichtig, weil das L.V.G. trotz der allein abgegebenen exceptivischen Erklärung den Beklagten unter Ausschluß der directen Erklärung ohne weiteres verurtheilt habe. Die Beschwerdeschrift übersieht indessen, daß es sich um einen Wechselproceß handelt, in welchem — wie überhaupt

im Executivproceße — gleichzeitig mit den etwaigen dilatorischen und peremptorischen Einreden auch die directe Einlassung, d. h. die Erklärung über die Echtheit oder Unechtheit der Unterschrift, vorzubringen war. Nur für gerichtssablehnende Einreden — und eine solche lag hier nicht vor — besteht die Ausnahme, daß der Beklagte durch Vorschüzung derselben von der sofortigen Einlassung befreit wird, während sonst bei versäumter gleichzeitiger Einlassung diese zu Gunsten des Klägers fingirt wird und die Klagehatsachen als zugestanden angenommen werden.“

383. Einreden im Wechselproceße sind nur im Falle ihrer Liquidität zu berücksichtigen.

„Nach §. 109 der russ. W.O. darf das Polizeiamt, durch welches die Wechselbeitreibung erfolgt, nur drei, die sog. privilegirten, nach §. 110 *ibid.* das Commerzgericht alle anderen Einreden, selbst auch Zahlungseinreden, die nicht durch ein gerichtliches Attestat bescheinigt werden, berücksichtigen. Zufolge §§. 545 Pkt. 4 und 555 des I. Theils des Prov.-Rechts gehören aber hierorts Streitigkeiten aus Wechselverträgen einzig zur Competenz der Vogteigerichte, welche daher die in der russ. W.O. gekennzeichneten Functionen des Polizeiamts und des Commerzgerichts zu übernehmen, mithin auch die in §. 110 l. c. genannten Einreden zu berücksichtigen haben. Da nun aber der Wechselproceß eine Art des Executivprocesses ist, so steht in Anbetracht der für den letzteren bestehenden Grundsätze fest, einerseits daß die Urkunde, auf Grund welcher geklagt wird, ihrem Inhalte und ihrer Form nach dazu geeignet sein muß, die in Frage stehende Forderung in allen Beziehungen als vollkommen klar und liquid darzustellen, andererseits die der Klage im Executiv- oder Wechselproceß entgegengesetzten Einreden nur dann zu berücksichtigen sind, wenn sie in gleicher Weise, wie die Klage liquid gestellt werden können.“ (Bayer, *summar. Proceße* §§. 43 u. 46. *Rig. Stadtrechte* Lib. II Cap. XII §. 3, Cap. XXIV §§. 2 und 3. *Querelbescheid* vom 20. November 1874, Nr. 7258.)

Diese Regeln gelten nach §§. 2 und 110 der russ. W.O. auch für die Form der Beitreibung nach russischem Wechselrecht. Nur

*) Vgl. unten Nr. 389.

eine Ausnahme läßt die russ. W.O. für den Fall gelten, wenn der Schuldner erklärt, daß die Unterschrift auf dem Wechsel nicht die seinige, sondern falsch sei, dann soll die Sache dem Criminalgericht übergeben werden. Hiernach kann die im vorliegenden Falle beklagterseits vorgeschützte Einrede, daß dem Kläger nur ein Wechselblanquet übergeben und daß mit dem Blanquet Mißbrauch getrieben worden sei, nur dann den Wechselproceß hemmen und die Beitreibung aufhalten, wenn die Einrede sofort liquid gestellt wird. Dies zu thun hat Beklagter nicht vermocht, . . . daher kann dem Unterrichter nur darin beigespflichtet werden, daß er den Beklagten zur Zahlung nach Wechselrecht verurtheilte und ihm alles gegen den Kläger im gesonderten Verfahren geltend zu machende Recht vorbehielt.“

(Querelbescheid vom 2. Mai 1880, Nr. 2859.)

384. Im Wechselproceße geht das Verfahren während einer Beweisführung in den ordentlichen Proceß über.

„Es kann nicht übersehen werden, daß die der Herbeiführung einer schnellen Entscheidung und Execution zugewandten Formen des Wechselproceßes sich auf ein eigenartiges Beweisverfahren nicht erstrecken. Daher kann, wenn im Wechselproceße eine Beweisnachgabe nicht zu umgehen ist, bis zur Beendigung des Beweisverfahrens nach anderen Normen, als nach denen des ordentlichen Proceßes nicht verhandelt werden. Dadurch wird nicht der einmal eingeleitete Wechselproceß unterbrochen, sondern er wird in das Beweisverfahren des ordentlichen Proceßes zeitweilig hinübergelenkt und, sobald das Beweisverfahren erledigt ist, kommen wieder nur die strengen Formen des Wechselproceßes zur Geltung.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 17. October 1879, Nr. 7023.)

385. Beweisführung über illiquide Repliken im Wechselproceß.

„Klägerin greift die Ansicht des ersten Richters an, wonach den liquiden Einreden des Wechselbeklagten gegenübergestellte illiquide Repliken abgewiesen werden müssen, ohne daß dem Wechselkläger der Beweis auferlegt werden dürfte.

Wenngleich der Wechselproceß als eine Art des Executivproceßes erscheint, so ergeben sich doch mehrfache Abweichungen beider Proceßarten von einander daraus, daß der zur Geltendmachung eines Wechselversprechens unerläßliche Wechselbrief den Voraussetzungen der Unanfechtbarkeit in gleicher Weise, wie die im Executivproceß zur Beweisanticipirung benutzten Urkunden, regelmäßig nicht entspricht. Der Proceßgang ist daher im Wechselproceße nicht in gleichem Maße, wie im Executivproceß auf das Dasein schneller Liquidität durch Urkunden gegründet. Zum Beweise der von dem Beklagten angestrittenen Echtheit des bei der Klage beigebrachten Wechsels muß der Kläger nothwendig zugelassen werden, weil sonst die Verfolgung von Wechselansprüchen auf Grund nicht attestirter Wechsel illusorisch werden würde. Ebenso wenig aber, wie dem Wechselinhaber zugemuthet werden kann, die Unanfechtbarkeit des Wechsels durch gerichtliche Attestation sicher zu stellen, kann auch von ihm gefordert werden, daß er für die zur Zerstörung der Wechseleinreden seines Gegners geeigneten Repliken liquide Beweismittel in Bereitschaft halte.

Der Wechselproceß hat mit dem Executivproceß allerdings gemein, daß regelmäßig nur solche Einreden berücksichtigt werden, welche sofort liquid erbracht werden. Wollte man dagegen im Wechselproceße, ebenso wie im Executivproceße, den Kläger auf den Gebrauch derjenigen Repliken beschränken, welche er durch Urkunden sofort außer Streit setzen kann, so würde man ihm mit Unrecht die Möglichkeit abschneiden, das im Wechsel liegende Wechselversprechen als ein solches zu verfolgen. Der im Executivproceße angebrachtermaßen abgewiesene Kläger kann den abgewiesenen Anspruch wider seinen Gegner im ordentlichen Proceße verfolgen. Der angebrachtermaßen abgewiesene Wechselkläger kann zwar auch zur Rechtsverfolgung im ordentlichen Proceße greifen, aber er kann, wenn seine Klage eben deshalb abgewiesen ist, weil sie auf Geltendmachung seiner Forderung als Wechselforderung gerichtet war, im ordentlichen Proceße nicht die Wechselforderung, sondern nur sein Recht aus dem im Wechsel liegenden Geldzahlungsversprechen verfolgen. Die Verweisung des Klägers von der Executivklage auf den Weg des ordentlichen Proceßes berührt nicht das Wesen der Forderung, welche durch Klage zur Geltung gebracht werden soll. Die Klageabweisung, welche angebrachtermaßen nur aus dem

Grunde erfolgt, weil durch die Klage eine Wechselforderung (statt einer Forderung aus dem im Wechsel liegenden Geldzahlungsverprechen) hat verfolgt werden wollen, greift dagegen das Wechselrecht des Klägers an. Dieses Wechselrecht ist aber nicht von der Liquidität seines Nachweises abhängig und gehört zum Wesen der klägerischen Forderung.

Damit nun das dem Kläger etwa zustehende Wechselrecht nicht unter Umständen ihm mit Unrecht abgeschnitten werde, so kann es nicht genügen, ihn im Wechselproceße zum Beweise der angefochtenen Echtheit seines Wechsels zuzulassen, sondern es muß dem Kläger im Wechselproceße auch gestattet werden, in Verfolgung der einmal angestellten Wechselklage solche Replikten in Erweis zu setzen, durch welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehende Einreden des Wechselbeklagten zerstört werden sollen.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 17. October 1879, Nr. 7023.)

386. **Ausstatthaftigkeit der ordentlichen Rechtsmittel im Wechselproceße.**

„Daß es sich vorliegenden Falls um einen Wechselproceß handelte, welcher auf Grund einer formell als Wechsel qualifizirten Urkunde eingeleitet und demnächst nach Verwerfung der allein vom Beklagten vorgebrachten Einrede der Wechselunfähigkeit, durch Verurtheilung des Beklagten definitiv erledigt war, bedarf ebensowenig des speciellen Nachweises, wie die processualische Regel, daß ein ordentliches Rechtsmittel im Wechselproceß ausgeschlossen ist. Das Untergericht war daher verpflichtet, die vom Supplicanten angemeldete Querel zu denegiren.“

(Aus den Motiven der Resolution vom 18. Januar 1878, Nr. 480.)

387. **Gegen einen Bescheid, der die im Wechselproceße vorgeschützte Einrede der Incompetenz verwirft oder bestätigt, findet die Querel mit Suspensiveffect statt.**

„Ausdrückliche Gesetzesvorschriften für das Rechtsmittelverfahren speciell im Wechselproceß existiren in unserem Rechte nicht und es ist daher in hohem Grade zweifelhaft, ob etwanige Schwankungen

der Praxis in dieser Richtung überhaupt mit der formellen Nichtigkeitsbeschwerde zurechtzustellen wären.

Das aber ist nach dem Erörterten [daß nämlich die Frage der Zuständigkeit keine Frage des Wechselprocesses im eigentlichen Sinne sei] jedenfalls zweifellos, daß ein hiesiges Gericht, welches über eine im Wechselproceße geltend gemachte Incompetenzrede entschieden hat, keinerlei Nichtigkeit begeht, wenn es gegen diese Entscheidung das ordentliche Rechtsmittel der Querel an den Rath mit Suspensiv-effect nachgiebt.“

(Aus der Resolution vom 18. Juli 1880, Nr. 4790.)

388. Unzulässigkeit der Revision gegen die Verurtheilung im Wechselproceße.

„Nach Lib. II Tit. XXXI §. 2 der abg. Artikel des Reg. Stadtrechts soll die Revision in Sachen, „da auf offenbare unlegbare Handschriften und zugestandene Schulden gesprochen worden, durchaus nicht zugelassen und verstattet werden.“ Unzulässig ist m. a. W. die Revision wider im Wechselproceße, welcher nur eine Art des Executivprocesses ist, ergangene condemnatorische Sentenzen. Eine materielle Schädigung des im Executiv- oder Wechselproceße Verurtheilten tritt hiedurch keineswegs ein, da demselben freisteht, im Wege der im ordentlichen Proceße zu verhandelnden Nachklage die im Executiv- oder Wechselproceße wegen ihrer Illiquidität unberücksichtigt gebliebenen Einreden aufs Neue zur Geltung zu bringen, resp. in Erweis zu stellen und somit die im Wechselproceße gefällte, mit dem materiellen Recht etwa nicht übereinstimmende Entscheidung und deren Consequenzen zu redressiren. Im vorliegenden Falle war nun auf Grund ordnungsmäßig protestirter Wechsel die Wechselklage wider Beklagten erhoben worden und war bei der Verurtheilung desselben im Wechselproceße dem Beklagten ausdrücklich das Recht zur Erhebung der Nachklage offen gelassen worden: es treffen daher die Voraussetzungen für die Zurückweisung der beklagischen Revisionsnachgabebitte nach Maßgabe des allegirten §. 2 der abg. Artikel vollkommen zu.“

(Bescheid vom 2. Juli 1880, Nr. 4436.)

Uebereinstimmend ist erkannt im Revisionsbescheide vom 14. Aug. 1874, Nr. 5147.

389. Unzulässigkeit der Eidesdelation im Wechselproceße.

„Würden die beklagterseits angeführten Momente eine Arglist der Klägerin zu begründen geeignet sein, so wäre der bezüglich der Einwand doch nicht zu berücksichtigen, weil die ihm zu Grunde liegenden Behauptungen nicht durch Urkunden liquid gestellt sind und die vom Beklagten als Beweismittel vorgeschlagene Eidesdelation im Wechselproceße nach feststehender Praxis nicht stattfindet.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 8. Juli 1881, Nr. 4661).

390. Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Versagung des Suspensiveffects bei Rechtsmitteln im Wechselproceß.

„Mit der Querelrechtfertigung hat Beklagter eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Versagung des Suspensiveffects verbunden und um Aufhebung des betreffenden Verfügens gebeten. Zur Begründung derselben führt er an, daß, wenn man auch im Wechselproceße die ordentlichen Rechtsmittel ausschließe, dieselben doch dann zugelassen werden müßten, wenn gerade darüber gestritten werde, ob die Voraussetzungen einer Wechselklage überhaupt vorlägen. Allerdings hat die Praxis von dem feststehenden Grundsatz, daß im Wechselproceße Rechtsmittel mit Suspensiveffect nicht stattfinden, in dem vom Querulanten bezeichneten Falle häufig keine Anwendung gemacht. Da aber kein bestimmter Rechtsatz darüber existirt, wann dies zu geschehen habe, vielmehr die Verurtheilung im Wechselproceß auch die Zulässigkeit dieser Proceßart ausspricht, so ist gegen die Versagung des Suspensiveffects keine Nichtigkeitsbeschwerde, sondern nur die einfache Beschwerde bzw. das Gesuch um ein Inhibitorium zulässig, in Folge dessen die Oberinstanz die Urtheilsvollstreckung aufzuheben bzw. zu sistiren hat, wenn dies nach der Sachlage geboten erscheint.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 8. Juli 1881, Nr. 4661).

391. **Provisorische Natur der im Wechselproceß erfolgenden Verurtheilung. Nachklage auch ohne bezüglichen Vorbehalt in dem Erkenntniß. Voraussetzungen der *condictio sine causa*.**

„Im Wechselproceß, in welchem die Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung einer Wechselschuld geschehen, ist der Beklagte in seiner Vertheidigung gegen die wider ihn erhobene Klage erheblich beschränkt. Er kann nur solche Einreden geltend machen, welche aus dem Wechselrecht selbst herfließen, oder welche ihm unmittelbar gegen die Person des Wechselklägers zustehen, und selbst von diesen allerdings zulässigen Einreden hinwiederum nur die, welche er sofort liquid zu stellen vermag, nicht auch die, zu deren Durchführung es eines weiltläufigen Beweisverfahrens bedarf. Es mußte daher den einzig wegen Mangels liquider Beweismittel verurtheilten Querulanten die Betretung des Rechtsweges im ordentlichen Proceßverfahren ermöglicht werden, um diejenigen Vertheidigungsmittel, welchen sie im Wechselproceße dessen eigenthümlicher Natur nach Berücksichtigung zu schaffen nicht vermochten, in besonderem Proceße zum rechtlichen Austrag zu bringen, oder m. a. W. um das wieder zurückzugewinnen, was sie nicht aus einem materiellen, sondern rein formellen Grunde zu leisten angewiesen worden waren. Die Rechtskraft einer solchen *sine justa causa* erfolgten, eben nur den Zwecken und den zur Erzielung dieser Zwecke bestehenden Einrichtungen des Wechsel- und resp. Executivproceßes Rechnung tragenden richterlichen Anweisung ist gewissermaßen an sich nur eine interimistische, die Rückforderung dessen, was einstweilen nach den Regeln jenes Proceßes geleistet werden mußte, mittelst einer *condictio sine causa* nicht ausschließende.

Querulant versteht nun zwar die Anschauung, als ob die Voraussetzungen einer *condictio sine causa* vorliegenden Falls nicht zutreffen, allein mit vollständigem Unrecht. Ein Haben ohne Grund ist nicht nur dann vorhanden, wenn die Obligation überhaupt gar nicht rechtlich entstanden, oder wenn sie, nachdem sie entstanden, wieder erloschen war; es ist ein Haben ohne Grund vielmehr auch dann jedesmal vorhanden, wenn die Wirksamkeit der Obligation durch eine gegen sie erwachsene zerstörende Einrede, wie in diesem Falle die Einrede der Zahlung, hätte ausgeschlossen werden können. Es fehlt auch dann nicht minder an der *justa causa debendi* des

Geleisteten und die *condictio sine causa* ist somit begründet. Denn die Conditionen, welche aus dem Haben ohne Grund entstehen, haben keinen anderen Zweck als den der Rückgängigmachung einer Bereicherung, welche weder beabsichtigt ist — wie etwa bei Liberalitätshandlungen —, noch ihren Ursprung hat in einem den Austausch gegenseitiger Leistungen bezweckenden Geschäft, sondern welche als eine Bereicherung zum Schaden des Anderen sich darstellt. Nach diesem, das ganze System der Conditionen beherrschenden Princip, daß die unbillige Bereicherung des Einen zum Nachtheil des Anderen verhütet werde, welches auch in unserem Provinzialrecht ausdrückliche Anerkennung gefunden hat (vgl. die Anmkg. zum Art. 3734 des III. Theils), muß durch eine Nachklage das Unrecht ausgeglichen werden können, welches Jemandem lediglich dadurch widerfahren ist, daß er nach der Beschaffenheit des wider ihn anhängig gemachten Processes in der Benutzung der ihm zur Seite stehenden Vertheidigungsmittel beschränkt war. Selbst dann, wenn das untergerichtliche Decret den Querulanten die Rückforderung dessen, wozu sie verurtheilt worden, nicht ausdrücklich offen gelassen hätte, wäre demnach die Nachklage dennoch rechtlich begründet.“

(Querelbescheid vom 8. April, Nr. 2271, ergangen in Bestätigung des vogteigerichtlichen Bescheides vom 20. Januar 1877, Nr. 6).

392. Der Arrest kann sowohl beim *forum domicilii*, als auch beim *forum contractus* beantragt werden.

Aus den Entscheidungsgründen des Appellations-Urtheils vom 26. October 1873, Nr. 8137 ist hervorzuheben:

„Die gemeinrechtliche Doctrin geht bekanntlich über die Frage auseinander, bei welchem Gerichte der Arrest nachgesucht werden muß. Während die Einen als Regel aufstellen, daß das Arrestgesuch überhaupt nur bei dem für die Hauptklage, deren Object eben durch den Arrest gesichert werden soll, competenten Gericht angebracht werden muß, und Ausnahmen nur dem flüchtigen Schuldner und dem Ausländer gegenüber gelten lassen, und zwar dem Letzteren gegenüber nur dann, wenn voraussichtlich das ausländische Gericht die Rechtsverfolgung verweigern oder allzu erheblich erschweren würde, vertheidigen die Andern den Grundsatz, daß die Arrestlegung jedem Gericht zusteht, in dessen Bezirk der Schuldner oder dessen

Sachen angetroffen werden, ohne irgend welche Rücksicht auf die Competenz in der Hauptsache, vorzugsweise aber dann, wenn irgend eine Gefahr vorliegt, deren Abwendung durch das für die Hauptsache zuständige Gericht nicht, oder doch nicht in der erforderlichen Geschwindigkeit zu erwarten ist. Die hiesigen Stadtrechte haben sich nun allerdings den ersteren, enger begrenzten Gesichtspunkt angeeignet. Sie verlangen ausdrücklich, daß derjenige, gegen welchen eine Sicherheitsmaßregel durch Arrestschlag in Ausführung gebracht werden soll, auch vor diesem Gericht der Anforderung halber zu stehen schuldig sei (Lib. II Cap. XV, Art. 1), und sie sagen ferner, daß „diejenigen, welche anderswo seßhaftig und zahlbar, auch sich durch Contracten und Obligationen oder in andere Wege an dies Gericht nicht haben verbunden, in dasselbe nicht willigen, oder sich gutwillig untergeben, oder dahin nicht verpflichtet, daß ihre Gläubiger sie arrestiren oder anhalten mögen“, mit einigem Kummer nicht zu belegen sind (l. c. Art. 6).

Durch diese Bestimmungen der Stadtrechte ist indeß deutlich und klar genug ausgesprochen, daß für die Arrestlegung nicht eben einzig das *forum domicilii* des Impetraten, sondern ebensowohl auch das *forum prorogatum* und das *forum contractus* zuständig ist. Ob dann, wenn dieses letztere *forum* zur Verhängung eines Arrestes angerufen wird, dasselbe nothwendig zu verlangen hat, daß auch die Hauptsache wegen ihres Zusammenhanges mit der die Vollstreckung des künftigen Endurtheils sichernden Maßregel vor seinen Schranken ausgeführt werde, darüber würde sich bei dem Mangel eines bezüglichen Gesetzes vielleicht streiten lassen, obwohl kein eigentlicher Grund ersichtlich ist, warum dem Kläger die ihm gesetzlich zuständige Wahl zwischen dem *foro domicilii* des Beklagten und dem *foro contractus* einzig wegen des Dazwischentritts eines Arrestes verkümmert werden sollte, und obwohl die hiesige Praxis, vom Bedürfniß geleitet und der oftmaligen Schwierigkeit, in den weiten Räumen des Reichs Recht zu suchen, Rechnung tragend, sich längst und häufig wiederholt im entgegengesetzten Sinne entschieden hat, wie das aus vielfältigen Richtersprüchen zu entnehmen ist, welche den Arrestimpetranten angewiesen haben, die Hauptsache in *foro domicilii* des Beklagten anhängig zu machen und einzig binnen einer ihm anberaumten Präklusivfrist nachzuweisen, daß solches geschehen. Allein darauf kommt es in concreto zunächst nicht an,

da ja nichts dem entgegensteht, daß auch die Hauptsache hier in foro contractus verhandelt werde u. s. w.“

393. Die Arrestanlage setzt Zuständigkeit des Arrestgerichts zur Verhandlung der Sache voraus, begründet sie aber nicht.

Kläger hatte wegen einer Forderung an das Warschauer Handlungshaus L. und N. einen Arrest auf ein Guthaben des letzteren bei der russ. halt. Waggonfabrik gelegt. Gegen die Rechtfertigungsklage wurde von der Beklagten eingewendet, dieselbe sei nicht in Riga, sondern in Warschau bei dem forum domicilii der Beklagten zu erheben. Diese Einrede wurde durch den Querelbescheid vom 8. Juni 1879, Nr. 4061 aus folgenden Gründen verworfen:

„Die Rig. Stadtrechte Lib. II Cap. XV §§. 1 und 6 besagen zwar, daß ein Arrest nur gegen solche Schuldner nachgegeben werden soll, für welche wegen des durch den Arrest sicherzustellenden Anspruchs ein Gerichtsstand bei den städtischen Gerichten begründet ist; nirgend findet sich aber eine Bestimmung des Inhalts, daß der hierorts nachgegebene Arrest vor einem anderen Gericht zu justificiren sei, sondern es erhellt im Gegentheil aus den §§. 3 und 4 a. a. O., daß die Justification gerade bei demjenigen Gericht zu erfolgen hat, das den Arrest verhängte. So ist auch in dem Ukas E. Dirig. Senates vom 27. September 1861, Nr. 2156 i. S. Kugel wider Korff — welcher der Querulantin muthmaßlich vorgeschwebt hat — keineswegs die von ihr verteidigte Rechtsregel zum Ausdruck gelangt, sondern lediglich ausgesprochen, daß eine Forderungsklage, wenn contractlich nicht ein anderer Gerichtsstand begründet ist, bei dem Gerichte des Wohnortes des Schuldners erhoben werden muß und daß die Arrestanlage keinen besonderen Gerichtsstand begründet, sondern einen solchen als bereits vorhanden voraussetzt.

Hiernach ist die Frage, ob das Vogteigericht für die Anlage des Arrestes zuständig war, identisch mit der Frage, ob daselbst ein Gerichtsstand der Beklagten in Bezug auf den streitigen Anspruch bestanden hat, und mit ihrer Bejahung oder Verneinung steht und fällt der angefochtene Bescheid. Nach Cap. II §. 2 a. a. O., womit

Cap. XV §. 6 vollkommen übereinstimmt, ist aber der Gerichtsstand des Erfüllungsortes wegen aller Ansprüche, die mit der Contractsklage verfolgt werden, für den Schuldner an dem Orte begründet, wo er den der Klage zu Grunde liegenden Vertrag zu erfüllen hatte (siehe auch das Appellations-Erkenntniß des Raths vom 2. März 1871, Nr. 1434 und den Querelbescheid vom 20. Juni 1875, Nr. 4302), wobei letzteres sowohl ausdrücklich abgemacht, als auch stillschweigend beabsichtigt sein kann (Art. 3493 des Prov.-Rechts Th. 3).

Vorliegenden Falls handelt es sich um die Forderung einer Provision für ein Geschäft, welches die Beklagte hier in Riga durch des Klägers Vermittelung mit der russ. balt. Waggonfabrik geschlossen und angeblich auch bereits abgewickelt hat. Solchenfalls muß im Zweifel allerdings in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter angenommen werden, daß die Provision alsbald nach Abschluß oder bzw. nach Abwicklung des vermittelten Geschäfts, mithin am Orte des letzteren zahlbar sei, wie das auch der kaufmännischen Uebung entspricht. Dazu kommt aber noch, daß Beklagte — und zwar augenscheinlich in Anerkennung dieser kaufmännischen Uebung — in ihrem Briefe an den Kläger vom 6. März 1877 ausdrücklich erklärt hat, sie werde „nach completer Abwicklung der Geschäfte die dem Kläger zukommenden . . . 3 % einsenden“, so daß Beklagte auf Grund ihres eigenen Versprechens in Riga die streitige Zahlung zu leisten verpflichtet ist.“

394. Formelle Erfordernisse des Arrestantrages.

Hierüber sagen die Motive des Revisionserkenntnisses des Raths vom 23. Mai 1873, Nr. 3862 Folgendes:

„Es fehlt in dem klägerischen Antrag, wenn dieser überhaupt als eine Arrestlegungsbitte sollte aufgefaßt werden dürfen, die Angabe solcher thatsächlicher Momente, aus denen eine bestimmte Forderung hergeleitet wird, während das Gesetz eine Bescheinigung der Ansprüche des Arrestimpetranten erheischt; es fehlt ferner die Angabe der Summe, auf welche der klägerische Forderungsbetrag sich beziffert, während doch eine Arrestirung fremden Gutes über solchen Betrag hinaus unstatthaft ist; es fehlt endlich die Angabe dessen, worin das Arrestobject besteht und wo es zu finden ist,

während es doch nicht Sache des Arrestgericht sein kann, das Arrestobject aufzusuchen.“

395. Die Höhe der Arrestcaution bestimmt der Richter nach freiem Ermessen.

I. Die Motive der Resolution des Raths vom 21. Februar 1873, Nr. 1308 sagen: „Die Höhe einer solchen Caution zu bestimmen ist beim Mangel desfalliger gesetzlicher Bestimmungen durch eine feststehende Praxis dem richterlichen Arbitrium überlassen.“

II. Marie P. war mit dem Antrage auf Notirung eines Verbots auf ein Immobil ihres Schuldners abgewiesen worden, sofern sie nicht eine Caution von 300 Rbl. bestellen würde. Die gegen dieses Verfüg gerichtete Beschwerde wurde durch Resolution vom 2. März 1879, Nr. 1558 zurückgewiesen und dabei bemerkt:

„Die Bestimmung der Höhe einer heizubringenden Caution ist in das Ermessen des Richters gestellt und nicht ohne weiteres von der Oberinstanz zu ermäßigen, namentlich da nicht nur die Höhe des Streitgegenstandes, sondern überhaupt die ganze Sachlage in Betracht gezogen werden muß.“

Uebereinstimmend erkannte die Resolution vom 25. April 1879, Nr. 3037.

396. Die Arrestcaution ersetzt nicht die Bescheinigung des Anspruchs und der causa arresti im Justificationstermin.

„Impetrantin verkennt, daß nach Lib. II Cap. XV §. 1 der Stadtrechte bei Impetirung des Sicherheitsarrestes die Bestellung einer Caution nicht den Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen des Arrestes zu ersetzen, sondern das Vorhandensein derselben sicherzustellen bestimmt ist und daß die zur Arrestwirkung erforderliche Bescheinigung einer Forderung des Impetranten und einer für deren Realisirung vorhandenen Gefahr dem Impetranten bei Bestellung genügender Caution nicht erlassen, sondern nur befristet werden

kann. Wenn mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit einer unverzüglichen Vornahme jener Bescheinigung bei Bestellung genügsamer Caution auch vorläufig von dieser Voraussetzung der Arrestverfügung abgesehen werden darf, so kann, nachdem der Impetrant Gelegenheit gefunden hat, „mit Darlegung seiner Documente oder anderer Beweisungen“ seinen Anspruch gegen den Impetraten zu verfolgen, also nach Ablauf der Justificationsfrist (Lib. II Cap. XV §. 3 der Stadtrechte) nicht die Rücksicht auf die von ihm bestellte Caution, sondern nur das Ergebnis der ihm obliegenden Bescheinigung für die Zulässigkeit des Arrestes und seiner ferneren Aufrechterhaltung maßgebend sein (vgl. den Querelbescheid vom 15. Januar 1875, Nr. 356 i. S. Hinrichsen :/; Klujew). Demnach hängt die Entscheidung der Frage, ob der von der Impetrantin erwirkte Arrest aufrecht zu erhalten oder zu heben ist, einzig und allein davon ab, daß sie durch ihre Bezugnahme und Anführung einige Wahrscheinlichkeit dafür hergestellt hat, daß ihr gegen den Impetraten ein Anspruch zustehe und daß eine dringende Gefahr für die Realisirung dieser Forderung eingetreten sei und nur durch Arrest abgewandt werden könne.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 16. März 1879, Nr. 2005).

397. Die sofortige Festsetzung eines peremptorischen Justificationstermins im Arrestdecret ist unbedingtes Erforderniß. Arrest auf Handelswaaren. Competenz des Wettgerichts.

Die Handlung H. stellte beim Wettgericht folgenden Antrag:
 „Der an die Impetrantin adressirte Dampfer Kello habe soeben verschiedene Waaren für die hiesigen Handlungen G. und L. hierher gebracht. Ablader und Schiffer sahen sich veranlaßt, die Waare anzuhalten resp. bis zur Zahlung der Fracht zurückzuhalten. Da nun das Zollamt sofort nach Löschung der Waare dieselbe in Besitz nehme und in der Regel ohne Rücksicht auf etwaige Ansprüche des Abladers resp. Schiffers dem Conossementsinhaber ausliefere, so bitte die Impetrantin, indem sie für allen hieraus etwa entstehenden Schaden die Caution übernehme, das Wettgericht möge das Zollamt schleunigst ersuchen, die vorbezeichnete Waare den

Vorzeigern der betr. Conossemente bis auf weiteres nicht auszuliefern.“

Das Wettgericht gab mittels Verfügens vom 21. August 1875 diesem einseitigen Antrage „mit Rücksicht auf die von impetrantischer Handlung geleistete Bürgschaft“ sofort Folge und erließ die bezügliche Requisition an das Zollamt.

In Folge der Wichtigkeitsbeschwerde der durch diese Handlung mitbetroffenen Handlung G. hob der Rath durch Resolution vom 19. November 1875, Nr. 7628 das untergerichtliche Verfügens auf und gab dem Wettgerichte auf, die zur Arresthebung erforderliche Requisition an das Rigasche Zollamt zu erlassen.

Die oberrichterlichen Entscheidungsgründe besagen:

I. „Das Wettgericht hat den Standpunkt vertreten: es handele sich hier gar nicht um ein eigentliches Arrestverfügen, sondern um eine nach Art. 567, Punkt 3 des I. Bandes des Prov.-Rechts dem Wettgerichte speciell obliegende handelspolizeiliche Sicherungsmaßregel. Die ganze bezügliche Deduction ist aber rechtlich unhaltbar. Grundlage der Thätigkeit einer Polizeibehörde ist direct das öffentliche Interesse; soweit dieses gerade zur betr. Zeit mit Privatrechten collidirt, kann die Beschränkung resp. Außerkraftsetzung der letzteren Folge einer polizeilichen Maßregel sein. Der Schutz der Privatrechte gegenüber collidirenden Privatrechten ist aber Sache der Gerichte und daher ist die Polizei z. B. zur Arrestlegung überhaupt nur dann und insoweit ermächtigt, wenn und inwieweit die Rechtshülfe der für den Arrestproceß übrigens einzig zuständigen Civiljustizbehörden nicht erreichbar ist. Die Hülfe des Wettgerichts war indessen nicht rascher erreichbar als die der Civiljustizbehörden. Namentlich aber handelt es sich im vorliegenden Falle auch nach der wettgerichtlichen Erklärung selbst um den Schutz eines dem Schiffer gegenüber dem Empfänger zustehenden Retentions-, also eines reinen Privatrechts. Die „eigenthümlichen Verhältnisse unseres Handelsplatzes“, welche die Ausübung dieses Rechts dem Schiffer erschweren, berechtigen das Wettgericht noch nicht, qua Handelspolizeibehörde für den Schiffer einzutreten, und wenn es im Pkt. 3 des Art. 567 Bd. I des Prov.-R. heißt: zur Competenz des Wettgerichts gehöre „die Handelspolizei, also: die Aufsicht über Wage, Waage, Maß und Gewicht, über Märkte, Speicher und Börse“ — so ist nicht abzusehen, wie unter eine

dieser Befugnisse sich die Fürsorge für die bequeme Ausübung des Retentionsrechts der Schiffer am Frachtgut unterordnen ließe. Von einer handelspolizeilichen Maßregel kann also hier nicht die Rede sein. Bedurfte der Schiffer polizeilichen Schutzes, so hatte er sich an die allgemeine Polizeibehörde zu wenden; das Wettgericht, welches in Bezug auf seine polizeiliche Thätigkeit durch die im Art. 567 Pkt. 3. 4. 5 l. c. vorgezeichneten Grenzen beschränkt war, konnte ihm den beanspruchten polizeilichen Schutz nicht angedeihen lassen. Allein es handelte sich hier, wie soeben gezeigt wurde, um eine rein civilrechtliche Arrestverfügung, welche, wofern sie begründet sein soll, den civilrechtlichen Vorschriften über die Arrestlegung entsprechen muß.

In dieser Beziehung hält nun aber das angefochtene Protokollverfügen des Wettgerichts in der That die Kritik nicht aus. Erstes Erforderniß zur Rechtfertigung einer Arrestlegung ist, daß das angerufene Gericht zur Arrestirung competent war. Mit Grund bezweifelt die Beschwerdeführerin vorliegenden Falls die Competenz des Wettgerichts. Das Arrestgesuch muß in der Regel bei demselben Gerichte angebracht werden, welches für die Hauptklage competent erscheint. Ausnahmen hiervon sind nur durch gefahrdrohende Umstände gerechtfertigt. Sieht man von der Betheiligung des Abladers am Arrestgesuch ab — da nach der wettgerichtlichen Erklärung dieser seinen bezüglichen Anspruch nachgehendts aufgegeben hat — so stellt sich die in Frage kommende Hauptklage als die Klage des Schiffers aus dem Seefrachtvertrage gegen den Waarempfänger dar. Derartige Klagen gehören aber nach Art. 545 Pkt. 3 und 5, Art. 555 l. c., welche die Competenz in Streitigkeiten aus Verbriefungen jeder Art und insbesondere Schiffssachen den allgemeinen Civilgerichten (Vogtei, Landvogtei) zuweisen, nicht vor das specielle Handelsgericht, das nach Art. 567 Pkt. 1 nur Streitigkeiten über Handelsachen zu entscheiden hat. Die Deduction der wettgerichtlichen Erklärung: der Seefrachtvertrag sei ein Handelsgeschäft und als solches vor dem Wettgericht zu erledigen, ist wohl nicht aufrecht zu erhalten, wenn man erwägt, daß die citirte Gesetzesstelle dem Wettgericht offenbar eine ausschließliche Competenz einräumen will, jedoch dieselbe auf Handelsachen beschränkt. Wollte man hierher auch alle mit dem Handel nur entfernt zusammenhängenden Geschäfte rechnen, so wäre in unserer

Stadt, welche unzweifelhaft den Charakter der Handelsstadt trägt, weitaus die Mehrzahl sämmtlicher civilrechtlicher Geschäfte vor dem Wettgericht zu verhandeln. Nach der richtigen Interpretation des Artikels, wie sie auch stets von der Praxis der Untergerichte geübt worden ist, kann aber der Frachtvertrag, welcher eben nur mit dem Transport der Waare — einerlei, ob dieselbe gekauft oder geschenkt war — zu thun hat, offenbar nicht als ein der wettgerichtlichen Competenz unterliegendes Handelsgeschäft aufgefaßt werden und das für die Hauptklage nicht zuständige Gericht war mithin auch zur Arrestlegung nicht competent, denn ein specieller Grund, weshalb gerade das Wettgericht und nicht die allgemeinen Civilgerichte vorliegenden Falls den Arrest nachgeben sollte — ein solcher Grund ist weder von der Impetrantin angeführt, noch aus dem übrigen Actenmaterial ersichtlich und überdies bei der räumlichen Lage des Gerichts im selben Hause wie die Vogtei und Landvogtei schwer denkbar. Mit Unrecht zieht die untergerichtliche Erklärung bei Besprechung der Competenzfrage den Pkt. 2 des Art. 567 l. c. an, nach welchem es zu den Befugnissen des Wettgerichts gehört, „Arrest auf Handelswaaren zu legen“, denn nach dem ganzen Zusammenhange kann die Bedeutung dieser Vorschrift nicht sein, daß ein Handelswaaren betreffender Arrest nur vom Wettgericht nachzugeben sei, sondern vielmehr die, daß ein auf Handelswaaren nachgegebener Arrest vom Wettgericht zu effectuiren sei. Der Sinn der Vorschrift ergibt sich dann einfach, wenn man berücksichtigt, daß namentlich zur Zeit der obligatorischen Wrake und Wage, also zur Zeit der Codificirung des ersten Bandes des Provinzialrechts, die Mehrzahl aller Handelswaaren im Gewahrsam der dem Wettgericht unterstellten verschiedenen Handelsämter (Liggeramt u. s. w.) stand.

II. Wollte man aber auch auf Grund der immerhin allgemeinen Fassung des besprochenen Gesetzes die Competenz des Wettgerichts zur Nachgabe des von der Impetrantin erbetenen Beschlages gelten lassen, so müßte doch jedenfalls die Beschlagnachgabe selbst, wie sie stattgefunden hat, als nicht gehörig begründet, resp. als unförmlich bezeichnet werden.

Nach dem hier maßgebenden Cap. XV der Reg. Statuten Lib. II ist „kein Arrest zulässig, es habe denn der Arrestant seinen Anspruch“ (die zu sichernde Forderung) und „daß sein Schuldner in

der Stadt Botmäßigkeit nicht seßhaftig, oder mit vielen Schulden beladen“ u. s. w. (die causa arresti) „eßlichermaßen beglaubigt.“ Der vom Wettgericht ohne weiteres genehmigte Antrag der Handlung H. verstößt gleich gegen diese beiden Erfordernisse. Die Forderung der Arrestimpetrantin ist nicht nur nicht „eßlichermaßen beglaubigt“, sondern überhaupt gar nicht einmal ihrem Betrage nach näher substantiirt. Auch von einer causa arresti ist in jenem Antrage nichts erwähnt, denn da die Arrestimpetrantin „in der Stadt Botmäßigkeit seßhaftig“ ist, so wäre mindestens die Behauptung zu erwarten gewesen, daß dieselbe nicht in der Lage sei, den im Verhältniß zum Werthe des Frachtguts offenbar geringfügigen Frachtlohn rechtzeitig zu bezahlen.

Indessen schließt das Fehlen dieser beiden Momente noch nicht in jedem Falle die Zulässigkeit der Arrestnachgabe absolut aus, denn nach Art. 1 Cap. XV l. c. ist unter Umständen, „wofern das in der Eile nicht sein könnte“ „auf des Arrestantis genugsame Caution der Kummer zu verstaten.“ Die Impetrantin H. hat bei ihrer Bitte um Nachgabe des Arrestes sich zugleich für allen durch die Arrestnachgabe entstehenden Schaden verbürgt und speciell mit Rücksicht auf diese Caution hat das Wettgericht den Antrag genehmigt. Der Einwand der Beschwerdeführerin: Impetrantin habe nicht mit ihrem eigenen Vermögen Bürgschaft übernehmen dürfen, da sie selbst den Antrag verlautbart habe, ist nicht stichhaltig, denn Impetrantin handelte nicht in eigenem Namen, sondern im Auftrage des Schiffers, welcher, wie sich aus der untergerichtlichen Erklärung ergibt, alsbald auch formell zu Protokoll des Wettgerichts die Antragstellerin bevollmächtigt, resp. ihr Vorgehen ratihabirt hat. Was aber die Frage betrifft, ob die Uebernahme der Bürgschaft ohne Deposition einer Summe Geldes genügt habe, so kann nur der wettgerichtlichen Ausführung beigetreten werden, daß die Entscheidung hierüber dem richterlichen Ermessen anheimgegeben ist und aus diesem Grunde nicht durch eine Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden darf. Es ist allerdings in der Praxis der Untergerichte üblich in Fällen, wie der vorliegende, Realcaution zu fordern, diese Praxis bindet aber kein Gericht für alle Fälle und zwar das umsoweniger, als ja das Gericht selbst durch Zulassung einer geringeren oder weniger sicheren Caution nur die eigene Haftbarkeit für den dem Impetranten möglicherweise erwachsenden

Schaden steigert, wie solches gleichfalls in der wettgerichtlichen Erklärung ausdrücklich anerkannt ist.

Der Mangel der Bescheinigung der Forderung des von der Impetrantin vertretenen Schiffers, sowie der *causa arresti* ist hiernach der Rechtsbeständigkeit des wettgerichtlichen Protokollverfügens vom 21. August c. ebensowenig absolut hinderlich, wie die Art der vom Wettgericht zugelassenen Sicherstellung. Ganz entscheidend ist dagegen die vollständige Außerachtlassung der Art. 3 ff. des Cap. XV Lib. II der Stadtrechte, in welchen dem arrestlegenden Gerichte vorgeschrieben wird, dem Impetranten stets einen Termin zur Rechtfertigung des Beschlages anzuberaumen und, falls die Rechtfertigung nicht resp. nicht im Termin erfolgt, den Beschlag wiederum zu heben. Diese, überall wo ein Arrestproceß besteht, unerläßliche Verfügung giebt dem Beschlagverfügen den rechtlichen Charakter wieder, welcher ihm durch die Außerachtlassung des wesentlichen Proceßgrundsatzes: *audiatur et altera pars* genommen ist. In schleunigen Fällen, wo die Einhaltung dieses Grundsatzes mit unbilliger Schädigung einer Partei verbunden sein könnte, kann von demselben abgewichen werden, aber nur provisorisch, nur unter den gesetzlichen Cautelen, weil sonst das richterliche Ermessen sich als richterliche Willkür darstellen würde. Die oberste Cautel ist nun, daß dem durch den Beschlag Betroffenen das ihm bei der Beschlaglegung verjagte rechtliche Gehör nachträglich gewährt werde. Wie sehr die Stadtrechte dies Moment betonen, ergiebt sich aus der Fassung des Schlusssatzes in Art. 4 l. c.: „Würde der Arrestant diesem nicht nachkommen, soll der Arrest hiermit *ipso jure* erloschen erkannt werden.“

Die Arrestjustification ist im angefochtenen wettgerichtlichen Verfügen der Impetrantin nicht zur Pflicht gemacht worden und die Richtigkeit des richterlichen Decrets ist damit außer Zweifel gestellt. Das Wettgericht hat freilich in seiner Erklärung versucht, die Nichtanberaumung des Justificationstermins damit zu entschuldigen, daß bei der Uebertragbarkeit der Conossemente die Impetrantin, resp. der durch sie vertretene Schiffer gar nicht wissen konnten, gegen welchen Empfänger (Conossementsinhaber) der gelegte Arrest zunächst wirken, resp. zu justificiren sein werde. Dies ist jedoch unrichtig. Manifest und Chartepartie bezeichnen die Handlung G. als Empfängerin eines Theiles der mit dem Dampfer

Kelso hier angelangten Waaren. Das bezügliche Conossement mußte also nothwendig auch auf den Namen der Handlung G. lauten und war nur durch deren Cession übertragbar. Dem Cessionar blieb aber die Ceditin für die rechtzeitige Auslieferung des Frachtguts verhaftet und der auf das Frachtgut gelegte Arrest mußte daher auch die Handlung G. betreffen. Gegenüber dieser, als der dem Schiffer zur Ablieferung der Waare bekannten Empfängerin, war hiernach der vom Wettgericht nachgegebene Arrest zu justificiren.

Die Anschauung des Wettgerichts, es liege hier eine handelspolizeiliche Maßregel vor, ist schon oben als unrichtig zurückgewiesen worden. Hier ist nur noch zu bemerken, daß, wofern die Arrestlegung in der That als polizeilicher Act aufgefaßt werden könnte, es um so nothwendiger gewesen wäre, denselben in seiner Wirkung auf das äußerste Zeitmaß zu begrenzen. Sieht eine Polizeibehörde sich veranlaßt, durch sofortige Arrestlegung dem darum Nachsuchenden Schutz zu gewähren, so ist diese Maßregel nicht weiter reichend, als bis eben dahin, wo der ordentliche Richter um Schutz angerufen werden kann, und jedenfalls wird sie nicht über die Zeitdauer von 24 Stunden ausgedehnt. Eine Arrestjustification kann zwar bei der Polizei wegen der ihr mangelnden judiciären Gewalt nicht ausgeführt werden und zu einer solchen kann daher die Polizei den Impetranten auch nicht anweisen, wohl aber hat sie den Impetranten bei dem Rechtsnachtheil der sofortigen Relaxation des Arrestes zu veranlassen, eine Arrestnachgabe von Seiten des ordentlichen Richters zu erwirken und zwar binnen der kürzesten Frist, d. i. einer solchen von längstens 24 Stunden, was vom Wettgericht, wenn es sich als Polizeibehörde geriren zu dürfen glaubte, nicht versäumt werden durfte, gleichwohl aber versäumt worden ist.

Die zeitlich nicht begrenzte Beschlaglegung der per Dampfer Kelso (für die Handlung G.) hierher gelangten Waaren ist auf Grund vorstehender Erörterung, als ohne Beachtung der einschlagenden Proceßvorschriften vorgenommen, oberrichterlich zu annulliren.“

398. Aufhebung des Arrestes wegen unterbliebener Rechtfertigung.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 15. Januar 1875, Nr. 356:

„Durch das Arrestnachgabedecret des Landvogteigerichts d. d. 3. November 1873 war der Klägerin als Arrestimpetrantin aufgegeben, den von ihr nachgesuchten und ihr nachgegebenen Beschlag bis zum 6. November sub poena relaxationis zu justificiren. Als nun die Klägerin am 6. November ihre Klage hieselbst angebracht, zugleich aber auch sich ermittelt hatte, daß der Beklagte hier nicht ortsanwesend war, gab das Landvogteigericht die Insinuation der schriftlichen Klage an den Beklagten in seinem Heimathsort nach und erachtete bei der Ungewißheit, wann diese Insinuation stattfinden werde, den Arrest bis auf Weiteres für fest. Diese von dem Beklagten bemängelte Maßregel kann nur Billigung finden. Denn da die Arrestimpetrantin derzeit von der Ortsabwesenheit des Wechfelschuldners möglicher Weise keine Kenntniß gehabt hatte und selbst, wenn sie davon unterrichtet war, glauben mochte, daß der von ihr zu Beklagende gutwillig sich hieselbst auf die Klage einlassen werde, wie andererseits auch das Landvogteigericht keinen Grund hatte, ehe die Incompetenzeinrede vorgeschützt war, sich als unzuständig für die Hauptsache zu erachten, schon weil es sich prorogiren lassen durfte, so lag derzeit auch keine die einstweilige Festigkeit des gelegten Arrestes erschütternde Unterlassung der Arrestimpetrantin vor. Anders aber gestaltete sich die Sachlage, nachdem die Incompetenzeinrede vom Beklagten nicht nur vorgebracht war, sondern auch die richterliche Bestätigung gefunden hatte. Der Arrest erwies sich dadurch als ein im anberaumten Termin nicht justificirter und hatte nunmehr der für die im anberaumten Termin unterbliebene Arrestjustification angedrohte Rechtsnachtheil einzutreten, denn eine Verfolgung des Arrestes an unrichtiger Stelle stellt sich wesentlich einer Nichtverfolgung desselben gleich. Der Unterrichter hat, wie er in seinen Entscheidungsmotiven sich darüber ausgesprochen, die durch die Nichterfüllung der der Arrestimpetrantin auferlegten Obliegenheiten bedingte Wiederaufhebung des Arrestes deshalb unterlassen, weil er darauf hinzielende begründete Anträge vermißt. Allein es bedurfte solcher Anträge nicht, da nach den

Rig. Stadtrechten Lib. II Cap. XV Art. 4 der Arrest, wenn der Arrestant seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, ipso jure erlöschten soll . . .

Es kann sonach nicht gebilligt werden, daß der Unterrichter die ihm schon amtlich obliegende Arresthebung anzuordnen unterließ.“

399. Die Arrestjustification kann durch bloße Einreichung einer Klageschrift im Laufe der Rechtfertigungsfrist nicht geschehen.

Am 13. Januar war dem Impetranten ein binnen 8 Tagen sub poena rel. zu justificirender Arrest auf ein Guthaben des Impetraten nachgegeben worden. Als Impetrant erst am 3. Februar nach vorgängiger Citation des Gegners bei Gericht anzeigte, daß er zur Rechtfertigung seines Arrestantrages am 20. Januar einen Klageantrag in der Kanzlei übergeben habe, hob das Wettgericht durch Bescheid vom 18. März 1876, Nr. 159 den Arrest wegen mangelnder Justification auf und verurtheilte den Impetranten zum Ersatz der Kosten. Diese Entscheidung wurde, bestätigt durch den Querelbescheid vom 7. Mai 1876, Nr. 3036, dessen Motiven folgende Erörterung zu entnehmen ist:

„Der Sicherungsarrest bezweckt nur eine provisorische Beschränkung des Besitzstandes und der Rechtsausübung des vermeintlich Verpflichteten zu Gunsten des angeblich Berechtigten, behufs Sicherstellung einer von letzterem in Anspruch genommenen Forderung. Weil durch den Arrest kein definitiver Zustand geschaffen werden soll, so ist es auch möglich, ihn eintreten zu lassen, bevor dem Impetraten Gelegenheit zur Vertheidigung geboten und ohne daß von dem Impetranten voller Beweis seiner sicherzustellenden Forderung erbracht worden ist. Es geschieht dieses jedoch dann nur unter der Resolutivbedingung, daß der Impetrant binnen bestimmter Frist das zur Begründung seines Eingriffs in die Rechtssphäre des Impetraten erforderliche Verfahren nachhole, bzw. seinen Anspruch an den Impetraten binnen bestimmter Frist durch eine Klage verfolge und in dem zu entamirenden Rechtsstreite beweislich feststelle.

Hiermit stimmen die Grundsätze des stadtrechtlichen Processes vollkommen überein. Nach Lib. II Cap. XV §. 1 genügt zur Erlangung des Sicherungsarrestes, daß der Arrestant ehlichermaßen seinen Anspruch beglaubigt habe; alsdann aber muß nicht nur dem Arrestanten der Arrest vermeldet (notificirt) werden (§. 2 l. c.), sondern es ist auch der Arrestant gehalten, innerhalb 8 Tagen seinen Rechtsanspruch durch Anstellung einer Klage zu verfolgen, bzw. durch Darlegung von Beweisen zu begründen (§. 3 l. c.). Hierbei wird eine Abweichung von dem durch die Regeln des Citationsprocesses normirten gewöhnlichen Klageverfahren nur insofern gestattet, als die sog. Kummerklage innerhalb der zu ihrer Anstellung bestimmten stägigen Frist auch vermittelt einzelner Citation angebracht werden kann, ihre Entgegennahme also, wenn der Impetrat auch nur einmal citirt worden ist, wegen seines Nichterscheinens auf die erste Citation nicht hinausgeschoben zu werden braucht; während der Impetrant, falls sich herausstellt, daß der Impetrat ortsabwesend ist, ungesäumt d. h. noch innerhalb der achttägigen Präklusivfrist eine schriftliche Citation desselben zu erwirken hat (§. 4 l. c.), an deren Stelle bei Personen unbekanntem Aufenthalts nach Lib. II Cap. IX §. 8 die öffentliche Ladung zu treten haben würde.

Dieses Citations- und Klageverfahren nimmt also auch nach dem Stadtrecht zu der Arrestnachgabe die Stellung einer Resolutivbedingung ein, so daß, wenn der Arrestant dem, was in dieser Beziehung vorgeschrieben ist, nicht nachkommt, der Arrest ipso jure erloschen sein soll (Lib. II Cap. XV § 4).

Bei Anwendung der stadtrechtlichen Bestimmungen auf den vorliegenden Fall hat man daher vor allem die Frage aufzuwerfen, ob Impetrant innerhalb der achttägigen Justificationsfrist eine Klage angestellt, oder auf eine schriftliche Citation bzw. eine öffentliche Ladung des Impetraten angetragen habe. Diese Frage ist zu verneinen.

Wenngleich nach der Praxis der Stadtgerichte verschiedene Fristen, wie namentlich die peremptorische Erklärungsfrist und die Beweisantretungsfrist, durch bloße Uebergabe des bezüglichen Verfahrens in der Kanzlei gewahrt werden können, sodaß bei späterer Bezugnahme auf das übergebene Verfahren der Tag der Uebergabe als der der Bewerkstellung aufzufassen ist, so muß die Zurückbeziehung der Klageanstellung auf einen Termin, zu welchem der

Beklagte nicht citirt war und über die Klage gar keine Gerichtsverhandlung stattgefunden hatte, für unmöglich erachtet werden, weil die Litispandez, welche nach den Regeln des Citationsprocesses schon durch Anstellung der Klage begründet wird, nicht eintreten kann, bevor dem Beklagten Gelegenheit geboten war den Inhalt der Klage kennen zu lernen, und eine Klage auch nicht früher als an gestellt anzusehen ist, als nachdem sie gerichtlich zum Vortrage gelangt ist.

Impetrant, welcher innerhalb der achttägigen Präklusivfrist weder eine Kummerklage zum Vortrage gebracht, noch eine schriftliche oder eine öffentliche Ladung des Impetraten beantragt, noch innerhalb dieser Frist überhaupt bei Gericht angezeigt hatte, daß er seines Gegentheils nicht habe habhaft werden können, hat mithin nicht diejenige Bedingung erfüllt, von welcher die Aufrechterhaltung des ihm am 10. Januar c. nachgegebenen Arrestes über eine achttägige Frist hinaus abhängig gemacht war. Der Arrest ist daher ipso jure erloschen, Impetrant aber auf seines Gegners Anhalten zum Kosten-erlage verpflichtet.“

400. Der Befreiungsgrund vom Arrest aus Lib. II Cap. XV §. 8 der Reg. Stadtrechte fällt auch weg, wenn es sich um bewegliche Sachen oder Forderungen handelt, an denen der Arrestimpetrant ein Pfandrecht hat.

R.'s Erben hatten den Betrag ihrer Schuld an S. bei dem Weltgericht eingezahlt und auf die eingezahlte Summe einen Arrest erwirkt. S. beantragte darauf die Arresthebung, weil er Hausbesitzer sei, wogegen die R.'schen Erben Protest erhoben, weil ihnen an der Forderung des S. wegen ihrer Gegenansprüche ein Pfandrecht zustehe. Durch den Querelbescheid vom 13. August 1880, Nr. 5291 wurde darauf der Antrag des S. aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Der §. 8 der Stadtrechte Lib. II Cap. XV schließt die Befreiung des Schuldners vom Realarrest auch dann aus, wenn der Arrestimpetrant ein dingliches Recht an das arrestirte Gut hat. In dieser Lage befinden sich aber gerade die Kläger. Nach Art. 1335 des Prov.-Rechts Th. III ist das Pfandrecht das Recht auf eine fremde körperliche oder unkörperliche Sache, vermöge dessen diese dem

Berechtigten zur Sicherung einer Forderung in der Art haftet, daß er sich daraus bezahlt zu machen befugt ist. Nun aber war nach . . . §. 3 des zwischen K. und dem Beklagten S. geschlossenen Contracts der Vertragswille darauf gerichtet, daß die Schuldforderung, die dem Beklagten an K. zustand, zur Sicherung der dem letzteren durch den etwaigen Vertragsbruch des S. entstehenden Ersatzansprüche derart haften sollte, daß K. aus der S.'schen Forderung sich bezahlt zu machen befugt sei. Mithin war für K. resp. seine Erben zur Sicherstellung der zur Klage gebrachten Ersatzansprüche ein Pfandrecht an dem Forderungsbetrage, dessen Auszahlung Beklagter an ihn beantragt hat, begründet. Es kann daher dem ersten Richter darin nicht beigespflichtet werden, daß Beklagter S. als hiesiger Hausbesitzer im vorliegenden Falle vom Arrest principiell befreit sei, es kann vielmehr vor ausgemachter Sache eine Hebung des von den Klägern impetrirten Beschlages nur mit ihrer Zustimmung richterlicherseits genehmigt werden."

401. Der Arrest ist zu heben, wenn der Schuldner anderweitige Sicherheit für die Erfüllung des Anspruches bestellt.

„Daß von dem Unterrichter die Hebung des von ihm verhängten Arrestes vor der Erledigung der Hauptsache nur unter der Bedingung, daß Impetrat die gegnerische Forderung sicherstellen sollte, in Aussicht genommen war, ist kein Grund zur Beschwerde. Der Arrest bleibt solange wirksam, bis ein besonderer Grund der Wiederaufhebung oder Abänderung eintritt. Sobald von dem Impetranten eine Sicherheit dafür bestellt wird, daß er die Forderung des Impetranten, wenn sie als rechtmäßig erkannt werden würde, erfüllen wolle, so darf der Arrest nicht aufrecht erhalten werden, denn derselbe dient nur subsidiär zur provisorischen Sicherung gefährdeter Rechtsansprüche.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 9. August 1878, Nr. 5263.)

402. Der Rigaer Hypothekenverein ist den Gerichten gegenüber, wo nicht ausdrückliche Ausnahmen durch das Statut gemacht sind, als Partei und nicht als Amtsstelle zu behandeln. Arrestanträge desselben können nur unter den allgemeinen processualischen Voraussetzungen von den Gerichten effectuirt werden.

Die Direction des Hypothekenvereins zeigte dem Landvogteigerichte (I. Section) durch ein Schreiben an, daß das R.'sche, dem Verein verpfändete Immobil durch Abbruch der Dafen und Schornsteine am Fabrikgebäude ohne Genehmigung der Direction „demolirt“ werde, und bat bei dem Bemerken, daß die Polizeiverwaltung die Placirung einer Wache bei dem betr. Immobil ohne specielle gerichtliche Weisung abgelehnt habe, das Landvogteigericht möge der Polizei die bezügliche Weisung ertheilen. Dieses Gesuch wurde abschlägig beschieden, weil die beantragte Maßregel unter den Gesichtspunkt eines Arrestes falle und die processualischen Voraussetzungen eines solchen nicht nachgewiesen seien. Die von der Direction des Hypothekenvereins gegen dieses Verfahren des Gerichts erhobene Beschwerde wurde durch Resolution des Raths vom 12. Mai 1876, Nr. 3147 als gänzlich unbegründet mit folgender Motivirung zurückgewiesen:

1. „Die Supplicantin beruft sich darauf, daß der Vorstand des Vereins in Eid und Pflicht genommen sei und als Vertretung eines öffentlichen Instituts in Bezug auf seine amtlichen Angaben vollen Glauben zu genießen habe. Diese Behauptung ist falsch, denn aus dem §. 85 (vgl. §. 15) der Statuten des Vereins ergibt sich, daß die Direction z. B. rücksichtlich der Behauptung, ein Immobil sei dem Verein verpfändet, keinen vollen Glauben genießt, sondern dieselbe durch eine Bescheinigung des Raths (Krepost-expedition) zu bewahrheiten hat. Es ist also unrichtig, wenn die Supplicantin behauptet, nach ihrem Schreiben sei es nicht zweifelhaft gewesen, daß das R.'sche Immobil dem Verein verpfändet sei und demolirt werde. Von der Gewißheit, daß das betr. Haus „demolirt“ werde, konnte umsoweniger die Rede sein, als letzterer Ausdruck von der Direction selbst dahin erläutert wird, daß Dafen und Schornsteine daselbst abgetragen seien. Es läßt sich wohl kaum gegen die einfache Bemerkung des Untergerichts etwas einwenden:

„daß das Abtragen von Dafen und Schornsteinen an sich weder etwas Rechtswidriges sei, noch auch als Demolirung angesehen werden könne.“

2. Die Supplicantin beruft sich ferner auf den §. 56 der Statuten, welcher die Creditverbundenen verpflichtet „den Anordnungen der Direction in Bezug auf die Beaufsichtigung der verpfändeten Immobilien ohne Widerrede Folge zu leisten.“ R. habe sich unbedingt, wenigstens vorläufig, die Aufstellung einer Wache gefallen lassen müssen und es hätte ihm nur vielleicht freistehen können, seine etwaigen Rechte gegen eine derartige Maßregel im contradictorischen Wege gegen den Hypothekenverein geltend zu machen. Die Unrichtigkeit dieser Deduction ergibt sich aus Folgendem. Der §. 56 der Vereinsstatuten soll die Vereinsglieder in den betr. Beziehungen durchaus nicht des Rechts auf ein ordentliches Proceßverfahren berauben, sondern setzt nur ihre Verpflichtungen dem Verein gegenüber fest. Die Durchführung dieser Verpflichtungen kann der Verein erzwingen, aber nur auf dem gesetzlichen Wege im contradictorischen Verfahren, nicht aber durch einseitige Exportirung von Zwangsmaßregeln, gegen welche dem Verletzten nur offen bleibt, sich nachträglich durch Betreten des Rechtsweges zu schützen. Das Landvogteigericht bemerkt überdies mit Recht in der Erklärung, daß aus dem Schreiben des Hypothekenvereins keineswegs zu ersehen sei, R. habe der Aufforderung der Direction mit dem Abbruch einzuhalten, nicht Folge geleistet. Das gerichtliche Einschreiten würde aber doch wohl eine derartige Aufforderung zur Voraussetzung haben müssen.

3. Ebenjowenig stützt die Berufung auf den §. 61 der Statuten das Anverlangen der Supplicantin. Ihr Recht, Werthverminderungen der verpfändeten Immobilien zu verhindern, kann die Direction nur auf Grund der Gesetze verfolgen. Um die außerordentliche Maßregel, welche im erwähnten Schreiben erbeten wird, zu motiviren, war daher mindestens in plausibler Weise zu behaupten, eventuell zu beschweigen, daß Gefahr im Verzuge war, daß ohne Aufstellung einer Wache das Mobil in einer seinen Werth herabsetzenden Weise demolirt werde zc.

4. Desgleichen dürfte es selbstverständlich sein, daß der §. 63 der Statuten, welcher der Direction vorschreibt, im Falle der Werthverminderung eines dem Verein verpfändeten Mobils „die erforder-

derlichen Maßregeln zur Sicherstellung der Schuld zu ergreifen“, nicht die Gerichte verpflichtet, jede von der Direction etwa ersonnene „Maßregel“, sei sie im Uebrigen auch noch so wenig begründet, sofort in Vollzug zu setzen. Jener Satz kann vielmehr nur die Bedeutung haben, daß die Direction betreffenden Falls alle ihr gesetzlich zustehenden Maßregeln ergreifen soll, und da die Direction unter dem allgemeinen Proceßgesetze steht, so konnte sie eine Arrestmaßregel auch nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen beanspruchen.

5. Die irrige Rechtsauffassung der Direction des Hypothekenvereins bezüglich der vorliegenden Sache offenbart sich am deutlichsten im letzten von derselben formulirten gravamen, welches dahin geht: es handele sich in casu nicht um einen processualischen Arrest, sondern um „Verhinderung der Schädigung von in Allerhöchst bestätigten Statuten gewährten Interessen.“ Wenn dieser allgemeine Satz bedeuten soll, daß die Direction des Hypothekenvereins, wo sie die Vereinsinteressen vertritt, aller Proceßgesetze überhoben ist, so bedarf es wohl kaum eines ernstlichen Hinweises darauf, daß die Vereinsstatuten als Privilegien strict zu interpretiren sind und daß es einer (in den Statuten eben nicht vorhandenen) ausdrücklichen Vorschrift bedurfte, um die mit der Direction in Conflict gerathenen Vereinsglieder aller nach den allgemeinen Gesetzen ihnen zustehenden Rechte (z. B. des Rechts ihr Eigenthum nur durch richterliches Urtheil sich schmälern zu lassen) zu berauben. Diese Rechte sind in eben derselben Weise gewährleistet, wie die „Interessen“ des Hypothekenvereins.

Nach allem Vorerörterten kann es nicht zweifelhaft sein, daß es sich vorliegenden Falls um eine von der Supplicantin beantragte Arrestmaßregel handelte, welche, da die gesetzlichen Erfordernisse nicht vorhanden waren, vom Untergericht nicht nachgegeben werden durfte. Sache der Supplicantin war es, um alle möglichen Zweifel zu heben, zur Durchführung des Arrestanspruchs 1) die Forderung (durch das vorgeschriebene Attestat) nachzuweisen oder doch wenigstens 2) die dem Verein drohende Gefahr in bündiger und schlüssiger Weise auseinanderzusetzen und das zwar durch ihren dazu gehörig bevollmächtigten Vertreter; denn die Direction des Hypothekenvereins correspondirt mit den Gerichten nur in den ausdrücklich im Statut vorgesehenen Fällen, steht aber im Uebrigen und zwar überall, wo sie als Proceßpartei einer Privatperson gegen-

übertritt, unter den Gerichten und den von diesen anzuwendenden Proceßgesetzen.“

403. Der Arrest ist für den Arrestimpetranten lediglich Sicherungsmittel, begründet aber weder ein Pfandrecht an dem Arrestobject, noch hat letzteres dem Impetranten nothwendig als Executionsmittel für seine Forderung zu dienen.

Die Handlung M. & Co. hatte wegen einer Forderung von 13,566 Rbl. S. auf ein zu Gunsten ihres Schuldners D. beim Vogteigerichte deponirtes Guthaben im Betrage von 855 Rbl. S. einen Arrest nachgegeben erhalten. Nachdem hierauf D. von den geforderten 13,566 Rbl. 1110 Rbl. S. als richtig zugestanden hatte und zur Bezahlung derselben verurtheilt worden war, trug er darauf an, daß nunmehr die arrestirten 855 Rbl. S. zur Befriedigung dieser judicatmäßigen Forderung verwendet und klagender Handlung ausgezahlt würden. Die Handlung M. & Co. protestirte dagegen, weil sie jenen Arrest zur Sicherung ihrer ganzen Forderung vor 13,566 Rbl. S. nachgegeben erhalten hatte, und D. wurde mit seinem Antrage in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Motiven des Querelbescheides vom 20. Januar 1871, Nr. 436 entnehmen wir Folgendes:

„Querulant D. ist in seiner Quereljustification von der zweifachen unrichtigen Auffassung ausgegangen:

1. daß durch den Arrest zu Gunsten des impetrantischen Theils ein Pfandrecht an dem arrestirten Guthaben entstanden sei und

2. daß der von dem impetrantischen Theile zur Sicherung seiner Ansprüche erwirkte Realarrest ein Executionsmittel sei. Unter Anwendung der für den Sicherungsarrest durchaus nicht maßgebenden Grundsätze, welche sich auf das Pfandverhältniß und auf das Executionsverfahren beziehen, gelangt Querulant zu dem Verlangen, daß wider den Willen der impetrantischen Handlung dieser das arrestirte Guthaben überwiesen und der Arrest dadurch gegenstandslos gemacht werde.

Seinem Wesen nach besteht aber der zur Sicherung von Rechtsansprüchen verfügte Realarrest lediglich darin, daß die jenen Ansprüchen gegenüber verpflichtete Person in der Disposition über ihr

Vermögen beschränkt wird. Die Verhängung des Arrestes bewirkt, daß der Impetrat über die arrestirte Sache wider den Willen des Impetranten nicht zu disponiren befugt ist, weder aber begründet der Realarrest ein Pfand- oder Vorzugsrecht des Impetranten, noch ist der Sicherungsarrest das Mittel zur Vorausbezeichnung der durch die künftige Execution zu ergreifenden Vermögensobjecte.

Nicht also die Frage, ob eine von dem Impetraten intendirte Abtretung eines Arrestobjectes für den Impetranten günstig oder ungünstig sei, entscheidet über die hierzu erforderliche Berechtigung, sondern einzig und allein der Wille des Impetranten, den Arrest aufrecht zu erhalten oder denselben durch Entgegennahme der betreffenden Objecte aufzuheben.

Eine zwangsweise herbeigeführte Abtretung des Arrestobjectes liegt an und für sich nicht in der Tendenz eines Arrestantrages und zum Objecte der Executionsvollstreckung wird ein arrestirtes Vermögensobject immer erst durch ein speciell darauf gerichtetes Executionsmandat resp. durch gerichtliche Pfandbestellung. Es steht mithin dem Impetraten auch nur dann das Recht zu, vom Impetranten zu fordern, daß er seine Befriedigung aus der arrestirten Sache suche, wenn letztere in Folge specieller Pfandbestellung die Natur des Pfandes erlangt hat. Hiervon ist im vorliegenden Falle nicht die Rede; das vermögensrechtliche Interesse, welches impetrantische Handlung an der Nichtauszahlung der arrestirten Summe bzw. an der Aufrechthaltung des von ihr impetirten Arrestes hat, geht zur Zeit weithinaus über die Sicherstellung eines Executionsobjectes im Werthe von 855 Rbl.; es kann ihr mithin gegen ihren Willen nicht zur Pflicht gemacht werden, den von ihr impetirten Arrest in eine Execution umzuwandeln.

Wenn mithin das Verlangen des Impetraten, daß das von der klagenden Handlung arrestirte Guthaben von 855 Rbl. an dieselbe ausgezahlt werde, eines gesetzlichen Grundes vollständig entbehrt, so erweist sich damit der erste Beschwerdepunkt als hinfällig.

Was aber den zweiten Beschwerdepunkt des Querulanten anbelangt, so kann, da die beantragte Auszahlung einer arrestirten Summe wider den Willen des impetrantischen Theiles schon an und für sich unstatthaft ist, eine Bestimmung darüber, zur Deckung welcher Schuld jene Auszahlung stattfinden solle, nicht weiter in

Betracht kommen, womit dann auch der zweite Beschwerdepunkt in sich zusammenfällt.“

404. Erfordernisse der Zulässigkeit des Arrestes auf den Paß des Beklagten.

Kläger forderte als Incassomandatar eines Smolensker Kaufmannes vom Beklagten, einem in W. seßhaften Gebräuer, die Bezahlung eines von letzterem ausgestellten Wechsels und erhielt auf seinen Antrag, als Beklagter — wie sich später herausstellte, durch die Sabbathfeier verhindert — im ersten Termin nicht erschien, einen Beschlag auf den Paß des Beklagten und eine Verhinderung der Abreise desselben vom Landvogteigericht II. Section nachgegeben. Auf Citation mittelst Protokolls erschien Beklagter, schützte die Einreden der mangelnden Actiolegitimation, der Präjudicirung des Wechsels und des incompetenten Gerichts vor, und bat auf die gleichzeitig versuchte Arrestjustification des Impetranten, da nach Maßgabe der abgegebenen Erklärung die Klage unbegründet erscheine, den Arrest zu heben. Der untergerichtliche Bescheid bestätigte am 5. October 1871 sub Nr. 146 den Arrest. Auf erhobene Querel des Beklagten wurde, nachdem der Arrest auf Antrag des Impetranten bereits inzwischen gehoben war und es sich nur noch wegen des Kostenersatzes um die Rechtfertigkeit der Arrestverhängung handelte, durch Querelbescheid vom 22. März 1872, Nr. 1943 der untergerichtliche Bescheid gänzlich aufgehoben, die Impugnatio wider das durch Paßbeschlag erwirkte Verbot für gerechtfertigt anerkannt und Impetrant bei Compensation der Kosten der Oberinstanz in den Ersatz der unterinstanzlichen Kosten verurtheilt.

Die oberrichterlichen Motive besagen:

„Die Beschränkung der persönlichen Freiheit durch ein Verbot der Abreise zu dem Zweck, um die Einleitung eines Processes zu ermöglichen, ist ein Sicherheitsarrest und muß in Ermangelung anderer speciell diesen persönlichen Arrest betreffender Vorschriften nach den in den Rig. Stadtrechten Lib. II Cap. XV für die Kummerklage enthaltenen allgemeinen Vorschriften beurtheilt werden. Nur insofern, als die Beschränkung der persönlichen Freiheit gemeinhin eine stärkere und tiefer einschneidende Maßregel ist, als die Ent-

ziehung der Disposition über bestimmte einzelne Vermögensgegenstände, wird bei der Verfügung von Abreiseverboten sorgfältiger noch als bei der bloßen Arrestanlegung auf einzelne Sachen darüber gewacht werden müssen, daß in der That ein zureichender Arrestgrund vorhanden ist. Wie das nun in einem erst ganz kürzlich publicirten Querelbescheide dieses Rath's Ausdruck gefunden hat, ist die Statthaftigkeit eines Arrestes alternativ davon abhängig (nach den Riga. Stadtrechten Lib. II Cap. XV §. 1), daß entweder 1. das Forderungsrecht des Arrestklägers an einen hier nicht seßhaften, vermögenslosen, dingpflichtigen Schuldner genügend bescheinigt, oder, wenn das nicht sofort ausführbar, 2. bei gleichzeitiger Erlegung genugsamer Caution eine Gefahr nachgewiesen wird, welche durch den Arrest sich beseitigen läßt.

Den letzteren Arrestgrund hat der Unterrichter selber, wenn er auch die Existenz einer Gefahr für den Impetranten in decreto unde darzulegen bemüht gewesen, doch offenbar für vorliegenden Fall nicht hinreichend zutreffend erachtet, da er nicht angestanden hat, den nachgesuchten Arrest auch ohne vorgängige Sicherheitsleistung von Seiten des Impetranten zu bewilligen.

Es stellt sich demnach einzig in Frage, ob die vorstehend sub 1 erwähnten, eine Arrestnachgabe auch ohne vorgängige Sicherheitsleistung zulassenden Bedingungen in concreto vorliegen. Das aber muß entschieden verneint werden. Zwar kann nicht in Abrede gestellt werden und ist auch vom Querulanten selber in seiner Querelrechtfertigung ausdrücklich zugestanden, daß durch die beigebrachten Wechsel, vorausgesetzt auch, dieselben wären präjudicirt gewesen, ein Anspruch des Impetranten an den Impetraten immerhin einigermaßen beglaubigt war und daß es als notorisch gelten könnte, wie der W.'sche Kaufmann (Beklagter) in unserer Stadt Botmäßigkeit nicht seßhaft war. Allein jedenfalls mangelte vollständig die für den ersten sub 1 erwähnten Fall nach Art. 1 und 5 l. c. unerläßliche Dingpflichtigkeit des Impetraten. Die Stadt Riga war weder das bleibende Domicil des Impetraten, noch der Ort der Ausstellung und der Zahlbarkeit der exhibirten Wechselbriefe. Impetrant konnte daher wider seinen Willen zur Einlassung auf aus solchen Wechseln hier wider ihn angestellte Klagen nicht genöthigt werden und, daß er sich dem hiesigen Gerichtszwange nicht freiwillig unterwerfen wollte, hatte er zur Zeit der Impugnirung des Arrestes

schon mit dürren Worten zu erkennen gegeben. Von der Frage, ob Impetrat auf die wider ihn erhobene Klage vor den hiesigen Gerichten sich zu vertheidigen hatte, konnte umsoweniger abgesehen werden, als die beantragte Arrestmaßregel nicht die Sicherstellung eines hier befindlichen Vermögensobjects, sondern im Gegentheil lediglich die Zurückhaltung der (übrigens durch einen ausreichend Bevollmächtigten hierselbst vertretenen) Person des Impetraten betraf, diese Zurückhaltung aber mindestens mit dem Augenblick sich als ferner unhaltbar ergeben hatte, nachdem vom Impetraten die Prorogation des hiesigen Gerichts ausdrücklich abgelehnt worden war. Sonach war die vom Querulanten verlaubliche Bitte um sofortige Wiederaufhebung des wider ihn verhängten Personalarrestes allerdings eine rechtlich wohlbegründete und ist auch seine Beschwerde darüber, daß dessen ungeachtet der Arrest bestätigt worden, als eine gerechtfertigte anzuerkennen."

405. Der Arrestimpetrant haftet dem Schuldner für die Folgen einer unrichtigen Arrestvollstreckung.

Der von S. impetirte Arrest auf Hölzer des N. war als unrechtfertig aufgehoben und darnach von N. eine Schadensersatzklage wegen des Arrestes erhoben worden. In diesem Rechtsstreite lehnte S. die Haftung für gewisse Hölzer ab, weil er eine Beschlagnahme derselben gar nicht beantragt habe. In dem Appellations-Erkenntniß vom 27. März 1881, Nr. 2161 heißt es:

„Das Wettgericht hat auf bezüglichen Antrag von S. mit der Vollziehung des Arrestes das Anterneckenamt betraut und den Arrest für alleinige Gefahr und Rechnung des Impetranten nachgegeben. Da Impetrant sich mit diesem Arrestverfügen zufrieden gab, so hatte er damit stillschweigend das mit dem Arrest verbundene Risiko und die Verpflichtung übernommen, nicht nur für die richtige Vollziehung des Arrestes einzustehen, sondern auch für den Fall, daß der Arrest dereinst als unrechtmäßig sich herausstellen sollte, allen Nachtheil, welchen das Arrestobject durch Zufall oder mangelhafte Beaufsichtigung und Bewachung treffen würde, dem Eigenthümer des arrestirten Gutes zu vergüten (vgl. Art. 3863 des Prov.-Rechts Th. III). Diese Verantwortung und Verpflichtung des Arrestimpetranten dem durch den Arrest benachtheiligten Eigen-

thümer gegenüber entspricht auch durchaus der Natur der concreten Verhältnisse. Die Art der Vollziehung des Realarrestes hängt von der Beschaffenheit des Objectes ab. Ein Arrestobject von größeren Dimensionen, wie eine Partie Holzwaaren, eignet sich weder zur gerichtlichen Deposition, noch zur directen Ueberwachung durch das Proceßgericht, da demselben die dazu erforderlichen Unterorgane fehlen. In solchem Falle hat der Arrestimpetrant den nach seiner Meinung unparteiischen Dritten zu bezeichnen, welchem die Sicherstellung und Bewachung des Arrestobjectes aufzutragen sei. Allerdings kann der Arrestimpetrant wegen Arglist und Fahrlässigkeit des Dritten bei Vollziehung des Arrestes gegen denselben seinen Regreß nehmen, allein in erster Reihe steht der Arrestimpetrant, welcher ja aus diesem Grunde eine Arrestcaution zu erlegen hat, dem Arrestimpetranten für die richtige Vollziehung des Arrestes ein."

406. Gegen die Abweisung eines Arrestantrages oder die Aufhebung des Arrestes sind Rechtsmittel mit Suspensiveffect zulässig.

In der Resolution vom 30. Mai 1880, Nr. 3768 heißt es: „Daß im Arrestproceße gegen ein den Arrestantrag zurückweisendes bzw. den vorläufig nachgegebenen Arrest aufhebendes Verfügen Rechtsmittel mit Suspensiveffect ausgeschlossen seien, ist eine mit der constanten Praxis der Stadtgerichte in Widerspruch stehende Behauptung.“

407. Handelsfachen werden im summarischen Proceß verhandelt, wenn Gefahr im Verzuge ist.

Gegen das Verfügen des Wettgerichts, durch welches dem Beklagten die im ordentlichen Verfahren übliche Frist zur Erklärung gegeben worden war, legte Kläger bei dem Bemerken, daß eine Handelsfache vorliege, und unter Berufung auf §. 4 Cap. XII Lib. II der Stadtrechte sowie auf die bisherige Praxis des Wettgerichts die Wichtigkeitsbeschwerde ein, weil entgegen dem jus clarum in thesi kein summarischer Proceß in dieser Angelegenheit zugelassen worden sei. Die Resolution vom 29. September 1872, Nr. 6804 verwarf die Nullitätsquerel und bemerkte in den Motiven:

„Aus der Erklärung des Untergerichts ergibt sich, daß der vom Supplicanten erwähnte Klageantrag eine Forderung wegen Waarenlieferungen betraf, die aus dem Jahre 1862 her datirt. Zufolge Art. 4 Cap. XII Lib. II der Stadtrechte soll das summarische Verfahren dort Platz greifen, wo die Sache ihrer Natur nach keinen Verzug leidet, wie namentlich in Handelsjachen. Im vorliegenden Falle kommt aber eine derartige unaufschiebbare Handelsjache gar nicht in Frage, es handelt sich vielmehr nur um eine Forderungsklage aus vermeintlichen Waarenlieferungen, die vor mehreren Jahren bereits erfolgt sein sollen. Solchem nach konnte der angezogene Art. 4 Cap. XII Lib. II der Stadtrechte hier nicht in Anwendung gebracht werden und ist daher vom Wettgerichte der klägerische Antrag auf Einleitung des summarischen Verfahrens zurückzuweisen gewesen.“

408. Summarischer Proceß bei Verhandlung von Bausachen.

J. (Querulat) beabsichtigte ein Fenster im Erdgeschoß seines Hauses anzulegen und dagegen wurde von W. (Querulanten) Protest erhoben, weil das Fenster auf einen Durchgang gehen würde, der im alleinigen Eigenthum des W. sei. Gegen das Vorbringen des W. in der Oberinstanz, die vorliegende Sache sei eigentlich keine Bausache und nur theilweise summarisch zu verhandeln, bemerkten die Motive des Querelbescheides vom 21. Januar 1872, Nr. 381 Folgendes:

„Nach den Stadtrechten Lib. II Cap. XII Art. 4 und 5 leidet es keinen Zweifel, daß die Bausachen im summarischen Prozesse zu verhandeln und alle Verzögerungen dabei zu vermeiden sind. Querulant meint nun . . . daß die hauliche Frage die nebensächliche und, weil es sich um die Anlage eines Fensters handle, nicht dringlicher Natur sei, während die Hauptfrage in dem beanspruchten Eigenthum an dem Durchgange bestehe . . . Diese Gründe sind offenbar ganz hinfällig, da der Charakter der Klage von dem Inhalte derselben, nicht aber von dem Inhalte der Bertheidigung abhängt, somit, da es sich hier um die Gestattung einer Bauausführung handelt, eine Bausache vorliegt. Eine solche soll aber nach dem Art. 4 Cap. XII Lib. II der Stadtrechte im summarischen Proceß verhandelt werden.“

409. Bei Streitigkeiten wegen Räumung von Miethwohnungen ist der summarische Proceß einzuleiten und für die Räumung eine achttägige Frist anzuberäumen.

„Räumungsklagen werden ihrer Natur nach summarisch verhandelt. Dem summarischen Proceß sind im Verhältniß zum ordentlichen Proceß durchweg gekürzte Fristen eigen. Demzufolge pflegt die längste zur Räumung eines Miethlocales gerichtlich anzuordnende Frist bei sämmtlichen Stadtgerichten eine achttägige zu sein und lag sonach kein Grund vor, dem Appellanten eine längere oder gar, wie er jetzt beansprucht, eine sechswochentliche Frist zu bewilligen.“

(Aus den Motiven eines Appellationsurtheils vom 12. October 1877, Nr. 6957).

410. Das Gericht der Handelsniederlassung ist auch zuständig für die Concurseröffnung.

„Die Beschwerde findet die Incompetenz des Vogteigerichts darin, daß K. seinen Wohnort und sein Geschäftslocal nicht in Riga, sondern in Gorekolno gehabt hat. Daß er dort besitzlich war, wohnte und Geschäfte betrieb, hat nach der Erklärung des Vogteigerichts seine Richtigkeit. Dieser Umstand ist indessen für die Unzuständigkeit desselben noch nicht entscheidend. Nach Art. 3073 des Prov.-Rechts Th. III kann man nämlich an zwei und mehreren Orten zugleich domicilirt sein, wenn man sie gleichmäßig als Hauptpunkte seiner Verhältnisse und Geschäfte behandelt. Für den Geschäftskreis und das Rechtsverhältniß des Kaufmanns tritt aber nach dem Handelsrecht der persönliche Wohnsitz zurück gegen den geschäftlichen, oder m. a. W. das Domicil gegen die Handelsniederlassung: der Ort der letzteren ist bei dem Kaufmann maßgebend (anstatt des sonst entscheidenden Wohnorts) nicht nur für die Erfüllung der Handelsgeschäfte, sondern auch für die Begründung des Gerichtsstandes (vgl. Brinckmann, Handelsrecht, §. 23. Endemann, Handelsrecht, §. 16 Note 14), wie das schon im baltischen Entwurf einer Civilproceßordnung §. 45 ausgesprochen und ebenso in der hiesigen Praxis anerkannt ist (vgl. den Querelbescheid des Rathes vom 3. Juni 1877, Nr. 3902). Während also sonst der bürgerliche Wohnort den allgemeinen Gerichtsstand und damit auch das Gericht,

welches zur Eröffnung des Concurfes befugt ist, bestimmt, entscheidet bei dem Kaufmann der geschäftliche Wohnort oder die Handelsniederlassung sowohl über den allgemeinen Gerichtsstand, als auch über denjenigen des Concurfes (Brinckmann a. a. O. §. 23, Note 5. Endemann, a. a. O. Note 18) und, wenn festgesetzt werden soll, ob K. neben seinem Domicil zu Gorekolno auch ein solches in Riga hatte, so kommt es nicht darauf an, ob er für seine Person hier ansässig, sondern ob hier eine Handelsniederlassung von ihm begründet war. Läßt sich letzteres annehmen, so ist damit auch die Zuständigkeit des Vogteigerichts zur Concurseröffnung gegeben, weil beim Vorhandensein mehrerer Wohnsitze des Schuldners der Concurß bei dem Gericht eines jeden eröffnet werden kann.“
(Aus den Motiven der Resolution vom 18. Mai 1879, Nr. 3609.)

411. Die Concurseröffnung setzt eine vorgängige Vernehmung des Schuldners nicht nothwendig voraus.

„Das die Voraussetzungen des kaufmännischen Concurfes feststellende Bankrotreglement vom 22. November 1819 weist die Gerichte im §. 1 an, den Concurß über das Vermögen eines Kaufmanns zu eröffnen, sobald auf irgend eine Weise seine Insolvenz offenbar wird, erfordert also keineswegs unumgänglich die vorhergehende Vernehmung des Schuldners, sondern nur die Feststellung seiner Insolvenz. Zu diesem Ende wird allerdings regelmäßig der Schuldner gehört, nothwendig aber ist solches nicht und am wenigsten, wenn derselbe flüchtig geworden ist oder sonst der Vernehmung sich entzieht und die concreten Umstände ein sofortiges Einschreiten zur Abwendung von Sondermaßregeln der einzelnen Gläubiger erheischen, was auch gemeinrechtlich nicht streitig ist (vgl. Bayer, Concurßproceß, §. 45 Note 14. Schmid, Handbuch III, §. 216 Note 22).“

(Aus den Motiven der Resolution vom 18. Mai 1879, Nr. 3609.)

412. Concurseröffnung auf einseitigen Antrag des Schuldners.

„Supplicanten greifen die Praxis des Vogteigerichts an, nach welcher das Concurseröffnungsdecret sogleich auf den einseitigen Antrag des Creditors hin erlassen werde, während nach dem ge-

meinen Recht zunächst die Gläubiger über den Concurſsantrag zu hören ſein . . .

Die weſentlich auf das gemeine Recht geſtützte Erörterung der Beſchwerdeſchrift über die Unzweckmäßigkeit der gegenwärtigen vogteigerichtlichen Praxis bei Eröffnung von Concurſen dürfte hier nicht weiter in Betracht kommen, da notoriſch nach der conſtanten Praxis des Vogteigerichts auf den einſeitigen Antrag des Creditars, welcher unter Beibringung eines Status um das beneficium cessionis honorum nachſucht, ſofort das Concurſeröffnungsdecret erlaſſen wird. Dieſe Praxis ſtützt ſich augenſcheinlich auf die §§. 1 und 4 des Concurſreglements vom Jahre 1819 und wohl auch auf die ältere gemeinrechtliche Doctrin, welche wenigſtens im Falle einer cessio honorum ein präparatoriſches Verfahren (Befragung der Gläubiger) für überflüſſig hielt. Daß das Vogteigericht auch im vorliegenden Falle dieſe Praxis eingehalten hat, kann offenbar dem Gerichte nicht zum Vorwurfe dienen und rechtfertigt nicht die Beſchwerde der Supplicanten, und zwar letzteres umſoweniger, als die nachträgliche Hebung des Concurſes, falls geeignete Gründe dazu vorhanden ſind, bekanntlich jederzeit erfolgen kann, ſodaß eine Schädigung der Gläubiger durch das Eröffnungsdecret allein kaum denkbar iſt.“

(Aus den Motiven der Reſolution vom 15. Februar 1878, Nr. 1187.)

413. Der Schuldner hat nicht das Recht, gegen den Willen der Gläubiger die Eröffnung des Concurſes zu verlangen.

I. Aus der Reſolution vom 29. November 1874, Nr. 7466:
 „Supplicant hat in ſeiner Beſchwerde zwar angegeben, es habe auf die von ihm verlautbarte Inſolvenzerklärung nur ein Gläubiger, welcher gegen den Supplicanten eine Wechſelforderung eingeklagt und zur Execution derſelben bereits die Inhaftnahme des Supplicanten erlangt hatte, gegen die Eröffnung des Concurſes über das Vermögen deſſelben proteſtirt, während die übrigen 5 im Status des Supplicanten angegebenen Gläubiger gegen die Concurſeröffnung nichts eingewandt hätten. Aus der vom Untergerichte abgegebenen Erklärung geht jedoch hervor, daß von den 6 vom Supplicanten

in ſeinem Status aufgeführten Gläubigern 2 überhaupt auf jegliche Betheiligung an dem Concurſe verzichtet, die übrigen 4 aber gegen die Eröffnung deſſelben aus dem Grunde proteſtirt haben, weil bei einer Unterbilanz von 1009 Rbl. 54 Kop. die vom Supplicanten auf 20 Rbl. angegebenen Activa nicht einmal zur Deckung der Concurſtkoſten hinreichen würden. Daraufhin hat das Untergericht (II. Section des Landvogteigerichts) den Supplicanten mit ſeiner Bitte um Eröffnung des Generalconcurſes über ſein Vermögen mittels Protokollverfügens vom 10. October 1874 abgewieſen. Dieſes Verfügen des Untergerichts muß als durchaus gerechtfertigt anerkannt werden. Nach gemeinrechtlichen Grundſätzen hat nämlich der Schuldner niemals das Recht, die Gläubiger zur Eröffnung des Concurſes über ſein Vermögen zu zwingen, ſondern es liegt lediglich in ihrem Willen, einen ſolchen herbeizuführen (Bayer, Concurſproceß, §. 46 Anm. 8). Auch ſcheint die Inſolvenzerklärung des Supplicanten nur aus der Abſicht hervorgegangen zu ſein, das gegen ihn bereits eingeleitete Executionsverfahren wiederum in's Stocken zu bringen. Da nun zudem alle Gläubiger des Supplicanten theils gegen die von ihm beabſichtigte Concurſeröffnung proteſtirt, theils aus dem künftigen Concurſe ausſcheiden zu wollen erklärt haben, ſo liegt zur Eröffnung des Concurſes über das Vermögen des Supplicanten durchaus keine Veranlaſſung vor und erſcheint es vollſtändig begründet, wenn das Untergericht den Supplicanten mit ſeiner Bitte um Eröffnung des Generalconcurſes abgewieſen hat.“

II. Nob. B. hatte unter Vorlage eines Vermögenſtatus, nach welchem ſeine Activa außer einigen zweifelhaften Außenſtänden in 125 Rbl. beſtanden, auf Eröffnung des Concurſes über ſein Vermögen angetragen, war jedoch damit von der I. Section des Landvogteigerichts zurückgewieſen worden. Er wandte ſich darauf mit einer Beſchwerde an den Rath, in welcher er ausführte, die eingezahlte Summe ſei zur Deckung der Concurſtkoſten ausreichend, eventuell aber ſei der Maſſe das Armenrecht zu ertheilen.

Die Reſolution vom 28. October 1877, Nr. 7389 ſprach aus:
 „Die vom Supplicanten angeregte Frage, ob ſchon der einmüthige Proteſt der Gläubiger genüge, um die Bitte des Schuldners wegen Eröffnung des Concurſes zurückzuweiſen, kann füglich unbeantwortet bleiben, da die der Entſcheidung des Untergerichts

in erſter Reihe zu Grunde gelegte Erwägung, daß keine Activa vorhanden ſeien, aus denen die Gläubiger eine wenigſtens theilweiſe Befriedigung erwarten könnten, ſchon ausreicht, um die Unrechtfertigkeit der erhobenen Beſchwerde klarzulegen. Das Armenrecht iſt dem Supplicanten für ſeine Concurſmaſſe noch nicht bewilligt worden und werden daher die vom Antragſteller ſ. B. eingeſchossenen 125 Rbl., welche in Ermangelung erigibler Außenſtände den ganzen Activbeſtand bilden, vorauſſichtlich zum großen Theil zur Deckung der Concurſkosten verbraucht werden, ſodaß wenn überhaupt etwas, ſo doch nur ein zu geringfügiger Betrag übrig bleiben dürfte, um unter mehrere mit einander concurrirende Gläubiger vertheilt zu werden. Die Beurtheilung deſſen, ob der Concurſ im Hinblick auf die Größe des vorhandenen Vermögens verhängt werden ſolle, iſt in das jedesmalige Ermessen der betreffenden Concurſbehörde zu ſtellen und es kann nicht a priori beſtimmt werden, worauf ſich der liquide oder doch liquidabele Activbeſtand einer inſolventen Maſſe belaufen müſſe, um die Eröffnung des Concurſes zu erzwingen.“

III. „Supplicant iſt im Irrthum, wenn er den Satz aufſtellt, ſämmtliche Rechtslehrer ſeien der Anſicht, daß bei conſtatirter Inſolvenz die Concurſeröffnung nicht verweigert werden dürfe. Gerade der in der Beſchwerdeſchrift bezogene Schriftſteller (Bayer, Concurſproceß, §. 46 Note 8) ſpricht ſich ausdrücklich dahin aus, daß dem Schuldner nicht das Recht zustehe, die Gläubiger zum Concurſproceſſe zu zwingen, und dieſe in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis vorwiegende Auffaſſung iſt auch vom Rath und ſeinen Untergerichten ſtets vertreten worden (vgl. die Reſolutionen des Rathes vom 29. November 1874, Nr. 7466 und vom 28. October 1877, Nr. 7389). . . .“

Das Untergericht iſt von dem auch ſeitens des Rathes mehrfach anerkannten Satze ausgegangen, daß ein Concurſ ſeinem Begriffe nach einen Gegenſtand vorausſetzt, um welchen concurrirt wird, alſo das Vorhandenſein eines Vermögens, welches den Gläubigern (und nicht etwa bloß einem Pfandgläubiger) die wenigſtens theilweiſe Deckung ihrer Forderungen in Ausſicht ſtellt. Der vom Supplicanten eingeliſerte Status weiſt aber bei einem Activbeſtande von angeblich 2133 Rbl. 92 Kop. Paſſiva im Betrage

von 11375 Rbl. 28 Kop. auf. Die Activa bestehen, abgesehen von 255 Rbl. baar, in Forderungen, welche von den protestirenden Gläubigern als nicht realisirbar bezeichnet worden sind. Der Hauptschuldner, welcher mit 1500 Rbl. im Status aufgeführt ist, domicilirt nicht einmal hier am Orte. . . .

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß das beneficium cessionis honorum überall dort ausgeschlossen ist, wo der Vermögensverfall des Provocanten durch eigenes Verschulden desselben eingetreten ist. Wenn aber, wie im vorliegenden Falle, die an sich schon zweifelhaften Activa noch nicht den 5. Theil der aufgegebenen Passiva erreichen, so dürfte die Präsuntion wohl mindestens für ein leichtsinniges Verfahren des Schuldners sprechen.“

Aus diesen Gründen wurde durch die Resolution vom 11. Mai 1879, Nr. 3419 die Beschwerde über das die Concurseröffnung benegirende Verfügen der I. Section des L.V.G. verworfen.

Ebenso ist erkannt in der Resolution vom 2. Mai 1879, Nr. 3197.

414. Inwiefern gehört die Lebensversicherungssumme zur Concurssmasse des Versicherten?

„Ist die Versicherungspolice nicht auf den Namen einer bestimmten dritten Person, sondern auf den Inhaber gestellt, so ist der Inhaber derselben der Versicherungsgesellschaft gegenüber zwar als Gläubiger legitimirt, ein selbständiges Recht auf die Versicherungssumme hat er aber vermöge der Innehabung anderen Personen gegenüber nicht schlechthin, sondern nur präsumtiv und diese Präsuntion kann jederzeit durch den Nachweis zerstört werden, daß die Police von dem Inhaber nicht aus einem zum Eigenthums-erwerbe geeigneten Rechtsgrunde, sondern in anderer Veranlassung erworben sei (Art. 3122 und 3127 des Prov.-Rechts Th. III). Gerade dieser Fall liegt aber hier vor, denn Kläger hat selbst eingeräumt, daß ihm die Police nur für den Fall der Nichtbezahlung des ihm von dem Cridar W. ausgestellten Wechsels und alsdann auch nur zur Sicherstellung seiner Forderung hat übergeben werden sollen, woraus klar erhellt, daß von einem selbständigen Gläubigerrecht auf Seiten des Klägers gar nicht die Rede sein kann, sondern daß ihm nur ein Pfandrecht an der Versicherungsforderung bestellt ist, welche selbst bei dem Cridar verblieben und nach seinem Tode

nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf seinen Nachlaß (Art 1692) bzw. auf die denselben antretenden Erben übergegangen ist (Art. 2622, 2639 und 3114 l. c.). Da der Nachlaß aber insolvent und eine Antretung desselben durch die Erben von keiner Seite behauptet ist, so bildet die dem weiland Eridar W. zuständige Versicherungsforderung oder die jetzt an ihre Stelle getretene Versicherungssumme unzweifelhaft einen Bestandtheil der Nachlassmasse.

Ergeben somit die Grundsätze des Privatrechts, daß die Lebensversicherungspolice und die auf Grund derselben erhobene Versicherungssumme zum Vermögen nicht dritter Personen, sondern des Nachlassers gehören, so muß nach den Grundsätzen des Concurssrechts wiederum angenommen werden, daß der durch die Hebung der Versicherungssumme gemachte Erwerb zur Concurssmasse zu ziehen ist, soweit nicht Rechte Dritter eine besondere rechtliche Behandlung desselben mit sich bringen. Denn ein nach der Concurseröffnung gemachter Erwerb ist jedenfalls dann zur Concurssmasse zu ziehen, wenn dessen Rechtsgrund bereits vor diesem Zeitpunkt entstanden war (Fuchs, Concurssverfahren S. 75), und die Versicherungsforderung, welche durch Zahlung der Versicherungssumme erfüllt worden ist, hatte der Eridar eben schon vor der Concurseröffnung erworben. Es ist also dem Erkenntniß erster Instanz durchweg beizutreten, wenn es angenommen hat, die streitige Police bzw. die streitige Versicherungssumme bilde an sich und abgesehen von dem seitens des Klägers daran beanspruchten Faustpfandrechte einen Bestandtheil der Concurssmasse.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 19. November 1880, Nr. 7536.)

415. Befugniß des Eridars die Belassung des Handwerkszeuges sowie des unentbehrlichsten Hausrathes zu verlangen und sein Geschäft fortzuführen.

„Supplicant führt darüber Beschwerde, daß dem Eridar nach der Freilassung vom Vogteigerichte gestattet worden sei, sein Geschäft fortzuführen, ohne daß doch der Geschäftsgewinn successive zur Concurssmasse gezogen werde. Hiergegen ist zunächst zu bemerken, daß dem Eridar eine förmliche Erlaubniß zur Fortführung bzw. Wiederaufnahme seines Geschäfts vom Gericht gar nicht er-

theilt worden ist. Der Eridar konnte aber füglich nicht gehindert werden, für sich und die Seinigen durch Arbeit und neue Unternehmungen den Lebensunterhalt zu verdienen; das Recht hierzu ist ihm ausdrücklich durch den Art. 3526 Pft. 8 des III. Theils des Prov.-Rechts gewährleistet. Freilich muß der Eridar den Erwerb, soweit er seine nothwendigen Bedürfnisse übersteigt, zur Concurssmasse einliefern, es ist jedoch weder vorgeschrieben, noch auch durchführbar, daß das Concurssgericht direct sich davon überzeuge, ob der Eridar mehr, als zu seinem Lebensunterhalt erforderlich ist, verdient. Hierüber haben zunächst die Gläubiger entweder selbst, oder durch den gerichtlich bestellten Curator zu wachen. Supplicand hätte mithin, falls er glaubte, daß der Eridar mehr erwerbe, als er zum Lebensunterhalt brauche, durch den Concursscurator die geeigneten Anträge wegen Hinzuziehung dieses Mehrerwerbes zur Masse stellen müssen.

Nach der ausdrücklichen Vorschrift der Stadtrechte Lib. II Cap. XXXII §. 4 sollen bei der Execution in bewegliches Vermögen dem Schuldner und ebenso also auch dem Eridar die zum Betriebe des Handwerks und zum täglichen Gebrauch im Hause nothwendigen Geräthe gelassen werden. Im einzelnen Falle wird über den Umfang der Anwendung dieses Gesetzes das richterliche Ermessen zu entscheiden haben. Es liegt daher durchaus kein Grund zur Beschwerde vor, wenn das Vogteigericht außer dem Handwerkszeuge des Eridars in vorliegender Sache auch einige Mobilienstücke (nach dre untergerichtlichen Erklärung im Werthe von höchstens 50 Rbl.) vorläufig von der Versteigerung eximirte und dem Eridar und seiner Familie zur Benutzung überließ.“

(Resolution vom 13. Mai 1877, Nr. 3305.)

416. Ein nach Befriedigung der im Locationsurtheil festgestellten Forderungen verbleibender Ueberschuß fällt dem Eridar zu und ist nicht unter die Gläubiger zu vertheilen.

In dem Locationsurtheil der I. Section des L.V.G. vom 10. Februar 1876, Nr. 29 waren den Gläubigern Zinsen nur bis zum Tage der immissio ex 2do decreto zugesprochen, während bei der im November 1876 erfolgten Concurssausrechnung sich ein Ueber-

Schuß der Activa über die angemeldeten Forderungen im Betrage von 120 Rbl. ergab. Als nunmehr die Gläubigerin S. klagend die Auszahlung dieses Betrages an sie behufs Deckung der vom Tage der immissio ex 2do decreto bis zur Ausschüttung der Masse aufgelaufenen Zinsen forderte und diesem Antrage von dem L.V.G. auch entsprochen wurde, wandte der Schuldner ein, daß der Ueberschuß höchstens unter sämtliche Gläubiger zur Tilgung ihrer Zinsforderungen habe vertheilt werden dürfen. Dagegen wurde in dem Appellations-Erkenntniß vom 7. Februar 1879, Nr. 947 ausgeführt:

„Zu dem nicht zur Concurssmasse gezogenen, anderweitigen Vermögen des früheren Creditars gehört nicht nur das neu erworbene, sondern auch der Ueberschuß, welcher nach Befriedigung aller im Concurse angemeldeten und im Locationserkenntniß als begründet anerkannten Forderungen sich etwa ergibt. Denn das hierorts geltende Concurssrecht sieht mit der nach Maßgabe des Concursurtheils erfolgten Vertheilung der Masse den Concurss für gehoben an und weist keine Bestimmung auf, wonach der sich etwa ergebende Ueberschuß zu einer ergänzenden Distribution unter die Concurssgläubiger wegen deren weiterer Zinsenansprüche oder Liquidationskostenforderungen zu verwenden wäre. Within ist das Concurssgericht keineswegs berechtigt oder sogar verpflichtet, ex officio den Ueberschuß auf die einzelnen Concurssgläubiger zur Deckung ihrer im Concurse unbefriedigt gebliebenen Ueberforderungen zu repartiren; es hat vielmehr den Ueberschuß dem wieder in den Vollgenuß seiner Dispositionsbefugnisse getretenen Creditar zur freien Verfügung zu halten, welche eben nur (wie in Bezug auf jedes andere Vermögensstück desselben) an einer neu erwirkten Beschlagnahme oder neu eingetretenen Particularexecution ihre Schranken findet. Für den letzteren Fall gilt aber der Grundsatz: qui prior tempore, potior jure und wenn daher im vorliegenden Fall außer der Klägerin keine anderen Gläubiger des Beklagten einen Anspruch an den in Frage kommenden Ueberschuß geltend gemacht haben, so würde es als ein Verstoß gegen die Verhandlungsmaxime anzusehen sein, wenn der Unterrichter dem eventuellen Verlangen des Beklagten nachgebend, auch andere Gläubiger des letzteren, welche eine Nachforderungsklage gar nicht angestellt haben, im Auszahlungsdecret berücksichtigt haben würde.“

417. Anwendbarkeit des Art. 3947 des Prov.-Rechts auf Immobilien, die im Inneren des Reiches liegen.

Zur Concurssmasse des Kaufmanns S. gehörte ein im Wohlischen Gouvernement belegenes Landgut. Die Concursscuratoren beantragten einen privaten Verkauf desselben, welchem ein Theil der Gläubiger auch zustimmte, während der andere Theil unter Hinweis auf den Art. 3947 Pkt. 4 dagegen protestirte. Das Vogteigericht genehmigte durch Bescheid vom 29. März 1880, Nr. 57 den Privatverkauf, indem es davon ausging, daß über die Form des Verkaufes das Reichsrecht entscheide, welches dieselbe in Art. 1974, 1994 und 1995 Bd. XI Th. II Handelsgesetzb. der Gläubigerversammlung überlasse. Auf Beschwerde des Rig. Comptoirs der Reichsbank wurde dagegen der Einspruch des letzteren gegen den Privatverkauf für gesetzlich begründet erklärt. In dem Querelbescheide vom 9. April 1880, Nr. 2455 heißt es:

„Für den Conkurs, der nichts anderes ist als eine General-execution in das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners, gilt ebenso wie für die Execution überhaupt, die Regel, daß die Art und Weise der Vollstreckung sich nach den Gesetzen des Ortes richtet, wo sie erfolgt (Bar, das internationale Privat- und Strafrecht, S. 487—91), woraus folgt, daß die Form des Verkaufes eines in den inneren Gouvernements des Reiches belegenen Immobiles, wenn dasselbe auch einer Person gehört, über deren Vermögen der Conkurs in den Ostseeprovinzen eröffnet wurde, durch die Bestimmungen des Reichsrechts gegeben ist, womit auch der Art. 3948 des Prov.-R. übereinstimmt, indem er besagt, daß die Versteigerung von Immobilien unter der Autorität des für die Sache competenten Richters geschehe. Allein die Querulanten betonen mit Recht, daß es sich hier nicht um die Form handelt, nach welcher die Behörde, unter deren Jurisdiction das Gut Uno steht, zu procediren hat, sondern um die Art und Weise, wie das hiesige Concurssgericht seinerseits verfahren muß, wenn es die Realisirung der Activa der Concurssmasse selbst in die Hand nimmt. Dafür ist aber nach demselben Grundsatz, daß jedes Gericht nach den eigenen Proceßgesetzen verhandelt, eben der Art. 3947 a. a. O. entscheidend, welcher inhaltlich keine bloß civilrechtliche, sondern wesentlich eine processualische Norm aufstellt.“

418. Der Cridar muß die in seinem Hause bewohnten Räumlichkeiten auf Verlangen des Concursscurators räumen.

Der Curator der Concurssmasse des Fuhrmanns B. war von der I. Section des L.V.G. mit seinem Antrage, die Ehefrau des Cridars zur Räumung der von ihr in dessen Hause eingenommenen Localitäten anzuhalten, zur Zeit zurückgewiesen worden, weil nach Lib. II Cap. XXXII §. 10 der Stadtrechte der Schuldner erst nach erfolgter Versteigerung seines Immobilien das letztere zu räumen verpflichtet sei und diese Vorschrift auch auf den Concurss, welcher eine Generalexecution enthalte, Anwendung zu finden habe.

Auf seinerseits erhobene Querel wurde jedoch dem Antrage durch Querelbescheid vom 8. Februar 1880, Nr. 1022 aus folgenden Gründen entsprochen:

„Gerade weil generelle Execution der Zweck des Concurssverfahrens ist, können Rücksichten, welche bei der Einzelerexecution für die Person und das Interesse des Schuldners genommen werden müssen, in gleicher Weise zu Gunsten des Cridars nicht Platz greifen. Der Gläubiger, welcher im Wege der Einzelerexecution durch den Auf- und Anbot des schuldnereischen Immobilien zwangsweise Deckung seiner Forderung herbeiführt, hat bis zum Tage der Versteigerung des Immobilien bzw. bis zur Distribution des Meistbotschillings auf Befriedigung zu warten und erst dem Meistbieter räumt der Schuldner das bis dahin von ihm selbst benutzte Immobil. Die generelle Execution muß den Nutzen, welchen der Schuldner bis zur Versteigerung seines Immobilien aus demselben ziehen könnte, als einen Theil seines greifbaren Vermögens behandeln und im Interesse der Gläubiger verwerthen; sie wäre, wenn das nicht geschähe, nicht ein gegen des Schuldners ganzes Vermögen gerichteter Angriff und würde ihm eine Schonung zu Theil werden lassen, deren Voraussetzung nur so lange vorliegt, als das Gläubigerinteresse sich nicht damit im Widerstreite befindet. Die vom ersten Richter angezogene Bestimmung der Stadtrechte, wonach der Eigenthümer eines zur Versteigerung gebrachten Immobilien dasselbe dem Meistbieter zu räumen hat, ist umsoweniger geeignet, ein Recht des Gemeinschuldners auf eine bis zur Versteigerung fortzusetzende Benutzung seines Wohnhauses zu begründen, als nach anerkannten Grundsätzen die Wirkungen der Concursseröffnung für den Cridar eben darin be-

stehen, daß er zwar Eigenthümer einzelner Vermögensstücke erst durch deren Verkauf zu sein aufhört, die Detention und Nutzung seines Vermögens aber in Folge der Concurseröffnung verliert, damit dasselbe im Interesse seiner Gläubiger verwaltet und bis zur Veräußerung genutzt werden könne.

Daher ist das Verlangen des Curators, daß die von der Ehefrau des Cridars in dem gemeinschuldnerischen Wohnhause eingenommenen Localitäten geräumt würden, vollkommen begründet.“

419. Der Faustpfandgläubiger braucht seine Forderung nicht binnen der Proclamsfrist zur Concursmasse anzumelden.

„Bei Beantwortung der Frage, ob Kläger seines Anspruches deswegen verlustig gegangen sei, weil er die Anmeldung desselben während der Proclamsfrist unterlassen hat, ist die Vorinstanz (Bescheid des Vogteigerichts vom 12. April 1880, Nr. 68) unter Bezugnahme auf die Ausführungen Kupffer's in der Dorpater Zeitschr. für Rechtsw. V. Heft 3 S. 26 und 39 davon ausgegangen, daß der Faustpfandgläubiger trotz seines Rechtes auf gesonderte Befriedigung doch zu den Concursgläubigern gehöre und deshalb seine Forderung bei Vermeidung der Präclusion gleichfalls zur Concursmasse binnen der Proclamsfrist anmelden müsse. Diese Ansicht erscheint indessen nur dann berechtigt, wenn man den Faustpfandgläubiger zur Theilnahme am Concurse für verpflichtet hält, indem er dann die allgemeinen Voraussetzungen dieser Theilnahme, insbesondere also die Anmeldung zur Concursmasse, gleich jedem anderen Gläubiger zu erfüllen hat. Greift dagegen die den Grundsätzen des germanischen Rechts entsprechende Auffassung Platz, daß der Faustpfandgläubiger seine Befriedigung aus dem Faustpfande außerhalb des Concurses zu suchen und zu finden habe, so erfordert es die Consequenz, ihn auch von der Anmeldung zur Concursmasse für befreit zu erachten.

Denn das Concursproclam soll die dem Gericht unbekanntem Concursgläubiger feststellen, welche Anspruch auf Befriedigung aus der Concursmasse, d. h. aus dem Vermögen des Cridars als Ganzem, fordern: wer nicht Concursgläubiger ist und nicht aus der Concursmasse, sondern selbständig und unabhängig von dieser aus gewissen einzelnen Sachen seine Befriedigung sucht, ist also

zur Anmeldung nicht verpflichtet und zu einer solchen, wenn er sich für die Befriedigung außerhalb des Concurſes entschieden hat, auch nicht einmal berechtigt (Fuchs, Concurſverfahren, S. 30, 40 und 41; vgl. Schweppe, System, S. 87 Ziffer 5. Endemann, Civilproceßrecht, S. 1145 Note 14). Vielmehr hat er seinen Anſpruch gegen den Concurſcurator in derſelben Weiſe und mit denſelben Rechtsmitteln geltend zu machen, wie er es vor der Concurſeröffnung gegen den Schuldner ſelbſt gethan hätte.

Nun hat der Rath bereits in der Reſolution vom 1. September 1876, Nr. 5500 (civilrechtl. Entſcheid. IV, Nr. 517) die Anſicht adoptirt, daß die materiellen Befugniſſe des Faustpfandgläubigers durch das Concurſverfahren in keiner Weiſe beeinträchtigt werden und daß derſelbe deſhalb für ſeine Pfandforderung unabhängig vom Concurſe aus ſeinem Faustpfande zu befriedigen iſt, ſofern einerſeits die Forderung und andererſeits das Faustpfandrecht liquid ſind, während anderenfalls dieſe Liquidſtellung erſt im Proceßwege herbeigeführt werden muß. Von dieſem Ausgangspunkte aus iſt dann die Conſequenz unvermeidlich, daß der Faustpfandgläubiger ſeine Klage wider die Concurſverwaltung nicht wegen einer Vorſchrift des Concurſrechts, ſondern lediglich in ſeinem eigenen Intereſſe ſo zeitig anzubringen hat, daß deren Erfolg nicht etwa durch eine — wo dieſes thatſächlich möglich iſt — inzwiſchen bereits erfolgte Veräußerung der Pfandſache bzw. Ausſchüttung des Erlöſes vereitelt wird. Der letztere Umſtand liegt im Frageſalle nicht vor . . .

Kläger iſt alſo berechtigt, für ſeine Forderung Befriedigung aus der Verſicherungssumme zu ſuchen, und hat nur den Ueberſchuß der Concurſmaſſe abzuliefern bzw. zu überlaſſen.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntniſſes vom 19. November 1880, Nr. 7536.)

420. Wahl des Concurſcurators. Nicht nur die im Vermögensſtatuſ des Creditars aufgeführten, ſondern überhaupt die gerichtskundigen Gläubiger haben zu wählen und zwar nur nach Stimmenmehrheit, nicht nach der Größe der Forderungen.

Einige Gläubiger der B.'ſchen Concurſmaſſe hatten über die Beſtätigung des Advocaten B. als Curator Beſchwerde geführt,

weil bei der bezüglichen Verhandlung vor der I. Section des Landvogteigerichts die Mehrzahl der im Status aufgegebenen, mithin allein zu berücksichtigenden, Gläubiger und jedenfalls diejenigen Gläubiger, welche den weitaus überwiegenden Forderungsbetrag repräsentirten, einen anderen Advocaten zum Curator gewählt hätten.

Die Resolution des Rathes vom 21. Mai 1876, Nr. 3367, welche die Beschwerde verwarf, weist in den Motiven u. a. darauf hin, daß von denjenigen Gläubigern, die für den Adv. B. gestimmt hatten, einige allerdings nicht im Status des Creditars aufgeführt, dem Gerichte aber auf anderem Wege (aus früheren Gerichtsverhandlungen) „kundbar geworden“ waren. Diese Gläubiger seien auch zur Wahl berechtigt gewesen. Die Ansicht der Supplicanten, als seien nur die im Status genannten, resp. die mit liquiden Forderungen auftretenden Gläubiger zur Curatorenwahl zuzulassen — werde widerlegt durch die Bestimmungen des §. 2 des Concurſreglements vom Jahre 1819. Die Motive bemerken ferner:

„Auf die Größe der einzelnen creditorischen Forderungsbeträge kann bei der bereits im präparatorischen Verfahren vorzunehmenden Wahl eines Concurſcurators schon um deswillen nicht gesehen werden, weil allererst das dem präparatorischen nachfolgende Liquidationsverfahren entscheidet, welche Concurſgläubiger und wieviel sie aus der Concurſmasse zu fordern haben. Daher macht denn auch im Uebrigen in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht der vorhin erwähnte §. 2 des Concurſreglements vom Jahre 1819, wofern die einstweilen dem Gerichte kundbar gewordenen ortsanwesenden Gläubiger über die Person des zu erwählenden Curators sich nicht einigen können, diese Wahl durchaus nicht von einer nach der Größe der einzelnen noch ungewissen Forderungsbeträge zu berechnenden Entscheidung, sondern von einer nach dem Ermessen des Gerichts zu bewerkstelligenden Ernennung abhängig. Wenn bei solcher Ernennung das Gericht in Ermangelung eines anderen Maßstabes mindestens dem Wunsche der Mehrzahl der Gläubiger zu entsprechen sucht, so übt dasselbe eine billige Rücksicht, welche wohl nur zu loben ist, jedenfalls aber nicht eine Beschwerde der Minderzahl der Gläubiger zu rechtfertigen vermag. Da nun die Mehrzahl der Gläubiger der B.'schen Concurſmasse den Adv. B. zum Concurſcurator gewählt hat und da es ungewiß und irrelevant ist,

ob die bei der Curatorenwahl überſtimmten Gläubiger die überwiegenden Forderungsbeträge repräsentirten oder nicht, ſo erweiſt ſich das (den Advocaten B. als Curator beſtätigende) Protokollverfügen der I. Section des Landvogteigerichts als durchaus dem Proceßrecht entſprechend.“

421. Befugniß des Concurſcurators zur ſelbſtändigen Ergreifung der die Regelung der Concurſmaſſe betreffenden Maßregeln.

Zur Concurſmaſſe des Michel B. gehörte die Einrichtung einer Druckerei, welche aus zwei verſchiedenen Beſtandtheilen zuſammengeſetzt war. Der früher erworbene war dem Buchbinder U. wegen einer Forderung von 1000 Rbl., der ſpäter erworbene dem Meſſer S. für eine Forderung von 5000 Rbl. verpfändet. Nach Verſteigerung der Druckerei beantragte der Concurſcurator, die beiden Beſtandtheile geſondert abſchätzen zu laſſen, welchem Antrage von der I. Section des L.V.G. ſtattgegeben wurde. Die dawider von dem Meſſer S. erhobene Querel wurde durch den Querelbeſcheid vom 25. Mai 1877, Nr. 3620 aus folgenden Gründen verworfen:

„Die zur Concurſmaſſe gehörige Buchdruckerei iſt unbeſtritten aus zweien verſchiedenen Hypothekeneinheiten, von denen jede für ſich eine beſondere Sachengeſamtheit bildete, zuſammengeſetzt worden. Daburch wird es geboten, aus jeder dieſer beiden Hypothekeneinheiten eine von dem übrigen creditariſchen Vermögen getrennte Specialmaſſe herzuſtellen, zur Ermöglichung einer ordnungsmäßigen Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche an ſolche Specialmaſſe ein vorzüglicheres Recht haben. Die Sorge für eine ſolche Ermöglichung gehört unzweifelhaft zu den curatoriſchen Pflichten. Demgemäß iſt der im vorliegenden Concurſe vom Curator verlautebarte Antrag auf eine Werthermittlung jener beiden Hypothekeneinheiten in Anlehnung an den für beide gezahlten Geſamtpreis vollſtändig gerechtfertigt und es bedurfte zu ſolchem Antrage keineswegs, wie Querulant dafürhält, einer dahinzielenden Anregung von Seiten der zunächſt intereſſirten Gläubiger. Denn in allem dem, was die Regelung einer Concurſmaſſe, alſo auch die etwa erſprießliche Zerlegung in Specialmaſſen angeht, hat der Concurſcurator eine durchaus ſelbſtändige, von dem Einfluß der einzelnen Concurſgläubiger

unabhängige, einzig der Concurshbehörde untergeordnete Handlungsfähigkeit.“

422. Formelle Erfordernisse der Anmeldung einer Wechselforderung im Concurse.

„Die Anmeldung einer Wechselforderung im Concurse vertritt (abgesehen von den Fällen, wo es sich um bedingte Regreßansprüche handelt, die nur eventuell angemeldet werden) die Anstellung der Wechselklage, sie unterliegt daher auch hinsichtlich ihrer Begründung ganz denselben Grundsätzen, wie diese. Da aber eine Wechselklage nur auf Grund des sammt dem Protest im Original oder zum Mindesten in beglaubigter Abschrift vorzulegenden Wechsels ange stellt werden kann, so bedarf auch die Anmeldung der Wechselforderung zur Concursmasse des Schuldners, wenn sie anders rechtlich begründet sein soll, der Vorlage der Wechselurkunde nebst dem Protest. Wenn gleichwohl Angaben von bereits klagbaren Wechselforderungen im Concurse ohne letztere mitunter entgegengenommen werden, so erklärt sich das nur daraus, daß die Ueberreichung der Angaben bei uns regelmäßig in der Gerichtskanzlei erfolgt und eine Prüfung derselben, abgesehen von einem eintretenden Streitfalle, erst in dem Locationsurtheil vorgenommen wird.“

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 28. Februar 1879, Nr. 1475.)

423. Eine Forderung, für die zwei Schuldner haften, kann im Concurse beider angemeldet, aber nur einmal beige trieben werden.

Das Reichsbankcomptoir hatte eine Wechselforderung im Concurse des H. (Trassanten) angemeldet. Gleichzeitig war S. (Remittent) im Concurse. Der Wechsel war während des Concurses in Verfall gekommen.

Im Revisionserkenntniß vom 28. Januar 1872, Nr. 558 findet sich hierüber Folgendes:

„Daß die Forderung des Bankcomptoirs nur insoweit bei der Distribution der Concursmasse Berücksichtigung finden soll, als nicht etwa dieselbe Forderung schon aus der Concursmasse des aus dem-

selben Wechsel verpflichteten, gleichfalls insolvent gewordenen Kaufmannes S. ganz oder theilweise gedeckt wird, bedarf keiner weiteren Erläuterung, da selbstverständlich Niemand auf mehr Anspruch hat, als eben auf die volle Befriedigung für seine Forderung, wonach denn das Bankcomptoir allerdings den vollen Betrag seiner Wechselforderung in beiden Concurssmassen der ihm aus denselben Wechseln verpflichteten Personen H. und S. zur Geltung bringen, aus beiden Massen zusammen jedoch jedenfalls nicht mehr, als die einmalige Zahlung des ganzen Forderungsbetrages verlangen darf.“

424. Im Concurse kann die Anfechtung einer Forderung nicht gegen eine Person erfolgen, welche sie zur Masse nicht angemeldet hat.

H. hatte zur Concurssmasse des S. zwei Wechselforderungen angemeldet und stellte darauf gegen N., zu dessen Besten auf das Immobilien des Eridders G. eine Obligation von 6000 Rbl. eingetragen war, eine Klage an, in welcher er bat, diese Forderung, die auf einem Scheingeschäft beruhe, bei Vertheilung der Masse nicht zu berücksichtigen. Der Beklagte N. erklärte, die Obligation sei bereits öffentlich versteigert und L. als Meistbieter zugeschlagen worden, er sei daher zur Sache nicht legitimirt. Die Klage wurde hierauf durch Erkenntniß der II. Section des R.W.G. vom 1. Juli 1878, Nr. 170 abgewiesen und die vom Kläger dawider ergriffene Appellation durch Appellations-Erkennitß vom 10. Januar 1879, Nr. 203 aus folgenden Gründen verworfen:

„Zunächst kommt in Betracht, daß regelmäßig den Anlaß zu einer Klage, wenn auch nicht immer ihren Grund, eine Rechtsverletzung bildet, deren Redressur durch richterliche Hilfe der Kläger anstrebt. Da aber eine Rechtsverletzung nur von einer Person ausgeübt werden kann, so bedarf es bei Anstellung der Klage der näheren Bezeichnung und Benennung dieser Person: der Kläger muß m. a. W. seine Klage gegen einen bestimmten Gegner richten, nach dessen Vernehmung erst der angerufene Richter sein Urtheil fällen darf. Es ist daher der Anschauung des Appellanten entgegenzutreten, als ob die Anstellung einer Civilklage möglich sei, ohne die Person des Beklagten bestimmt zu bezeichnen . . .“

Ferner hängt es von dem Belieben jedes Concursgläubigers ab, ob er die ihm etwa gegen den Cridar zustehende Forderung im Concurse liquidiren will, oder nicht. Ebenso ist es nach Art. 3461 des Prov.-Rechts Th. III gestattet, das Forderungsrecht gegen den Cridar durch ein die Abtretung bezweckendes Rechtsgeschäft, gleichviel ob der Gläubiger dasselbe zufolge gesetzlicher Verpflichtung oder freiwillig eingegangen ist, auf einen neuen Gläubiger übergehen zu lassen und diesem die freie Disposition über das Forderungsrecht einzuräumen. Wenn daher im vorliegenden Falle Beklagter N. in seiner Antwort auf die auf Nichtberücksichtigung der N.'schen Obligation im Concurse gerichtete Klage die (nachträglich als thatsächlich wahr sich herausstellende) Erklärung abgab, daß er nicht mehr Besitzer der Obligation, dieselbe vielmehr auf einen Anderen übergegangen sei, so lag hierin ein Verzicht, seinerseits am Concurse zu participiren, und die Klage, insofern sie gegen ihn gerichtet war, fand dadurch ihre Erledigung. Glaubt sich Kläger trotz alledem durch das dem Beklagten N. zur Last gelegte Delict in seinem Interesse verletzt, so wäre nur noch eine Ersatzklage gegen den Beklagten denkbar, nicht aber kann Beklagter zur Aufgabe eines Rechts genöthigt werden, über welches die Disposition ihm entzogen ist.“

425. Die auf die Priorität einer Concursforderung bezüglichen Behauptungen brauchen erst im Prioritätsverfahren vorgebracht zu werden.

„Die Wittve B. hat sich in ihrer Angabe alles Vorzugsrecht und Pfandrecht bewahrt. Wenngleich damals nicht zugleich der Zeitpunkt, in welchem das Pfandrecht zur Existenz gelangt war, fixirt wurde, so ist doch hierin nicht eine Versäumung zu erblicken, die nicht nachträglich redressirt werden könnte. Denn über die Stelle, welche der einzelne Pfandgläubiger einzunehmen hat, wird erst nach Aufmachung des Classificationsplanes im Prioritätsverfahren certirt, das letztere ist daher eigentlich dasjenige Proceßstadium, in welchem die den Locus begründenden Umstände, die sog. Prioritätsanträge, zur Geltung zu bringen sind, und es kann daher der Liquidant, wenn er nur rechtzeitig innerhalb der Angabefrist das Vorzugs- oder Pfandrecht bewahrt hat, nicht mit den das

Alter seines Pfandrechts begründenden Behauptungen als verspätet zurückgewiesen werden, weil dieselben erst im Prioritätsverfahren vorgebracht sind (cf. Bayer, Concurssproceß, §§. 65 und 66).“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 22. Februar 1880, Nr. 1352.)

426. Location der erst nach ausgebrochenem Concurse entstandenen Wechselprotestkosten.

Von dem in Generalconcurssachen des P. ergangenen Locationsurtheil des Vogteigerichts vom 6. April 1871, Nr. 26 hatte der Kreisfiscal als Vertreter der Reichsbank die Appellation ergriffen, u. a. weil die Protestkosten mehrerer von der Reichsbank angemeldeter, unter die chirographarischen Forderungen locirter Wechsel dem Bankcomptoir nicht zugesprochen waren. Das Appellationsurtheil des Rathes vom 26. April 1872, Nr. 2824, entschied dahin, daß die in Rede stehenden Protestkosten an derselben Stelle, wie die aufgeführte Wechselforderung zu lociren seien.

Die Motive besagen:

„Es läßt sich nicht verkennen, daß wohl mit Unrecht die, die erwähnten Wechsel betreffenden Protestkosten nicht neben den Wechselbeträgen im Locationsurtheile Platz gefunden haben. Denn nicht nur waren dieselben in dem Locationsplane des Concursscurators aufgeführt und war von keiner Seite hiergegen ein Bemerkten gestellt worden, sondern es kann auch der vom Vogteigerichte für die Nichtberücksichtigung dieser Kosten geltend gemachte Grund, daß die Proteste erst nach Ausbruch des Concursses verlautbart worden und während des Concursses den einzelnen Creditoren erwachsene Kosten denselben rechtlich nicht zugesprochen werden dürfen, darum für zutreffend nicht erachtet werden, weil die Kosten des zur Wahrung des Wechselrechts nur zu ganz bestimmter Zeit möglichen und gebotenen Protestes anderen Kosten nicht gleichgestellt werden dürfen.“

427. Das einer Forderung zustehende Concurprivilegium erstreckt sich nicht auf die durch Beitreibung der Forderung erwachsenen Gerichtskosten.

Die Motive des Appellationsurtheils des Rathes vom 13. Juni 1873, Nr. 4422 sagen hierüber:

„Es ist der Ansicht des Appellanten beizutreten, daß nämlich das in Lib. III Cap. X der Stadtrechte gegebene Vorzugsrecht nicht auch auf die mit 25 Rbl. aberkannten Gerichtskosten auszudehnen ist, da die desfallige Forderung nicht als ein Theil des der Appellatin zustehenden Erbtheils aus dem mütterlichen Nachlasse, resp. des ihr an dem Immobile qu. zustehenden Kauffchillings anzusehen, sondern eine spätere, gegen ihren Bruder entstandene und jedes Vorzugsrechts entbehrende Forderung ist.“

428. Von Behörden beizutreibende Strafgeelder lociren im Concurse an letzter Stelle.

Das St. Petersburger Commerzgericht hatte in dem über das Immobile der Wittwe G. S. verhängten Specialconcurse rückständige Strafgeelder wegen unrechtfertiger Appellation an den Senat zur Berücksichtigung angemeldet und waren dieselben von der II. Section des L.V.-Gerichts in dem Locationsurtheil vom 17. November 1870 an letzter Stelle locirt worden. Mit diesem Erkenntniß hatte das St. Petersburger Commerzgericht sich unzufrieden erklärt und gebeten, die Sache auf dem für Sachen des Kroninteresses vorgeschriebenen Wege an den Rath gelangen zu lassen. Letzterer hatte jedoch im Revisionsurtheil vom 8. Januar 1871, Nr. 112 das untergerichtliche Erkenntniß lediglich bestätigt: Aus den Motiven ist zu entnehmen:

„Wenn das beanspruchte Vorzugsrecht nur auf ein jus singulare der Krone in Ansehung der ihr gebührenden Strafgeelder, welches indeß nicht besteht, oder aber auf ein stillschweigendes Pfandrecht, welches indeß nach Art. 1396 des Th. III des Prov.-Rechts in Ansehung solcher Strafgeelder ausdrücklich ausgeschlossen ist, sich zurückführen lassen würde, die gesetzlichen Gründe für das verlangte Vorzugsrecht also vollständig mangeln, während nach den Locationsregeln Strafgeelder ganz allgemein den letzten Platz im Concurse sich gefallen lassen müssen, wie das nicht nur im gemeinen

Rechte und dem Gerichtsgebrauch, sondern auch, was der Richter wohl begründet hervorgehoben, in §. 25 der Verordnung über die von den Friedensrichtern zu verhängenden Strafen Anerkennung gefunden hat, so hat das untergerichtliche Locationsurtheil nur als den bestehenden Rechten entsprechend anerkannt und bestätigt werden dürfen.“

429. a) Öffentliche Hypotheken sind nur aus dem Erlöse des verpfändeten Immobils, nicht aus dem Mobilienvermögen des Schuldners ohne Anmeldung zu befriedigen.
 b) In den Allegationsterminen, die nach Versteigerung des zu einer Concurssmasse gehörigen Immobils anberaumt werden, können Forderungen an die Mobilienmasse nur gemeldet werden, wenn die Präclusion des Zulasses noch nicht stattgefunden hat.

Zur Concurssmasse des E. gehörte ein im Jurisdictionsbezirke der I. Section des L.V.G. belegenes Immobil. Von dem Vogteigerichte war das Concurssproclam erlassen und am 12. Januar 1877 der Zulass zur Anmeldung geschlossen worden, dagegen waren nach der Versteigerung des Immobils die Allegationstermine von der I. Section des L.V.G. auf den 15., 22. und 29. Mai 1878 anberaumt. J., welchem für eine Darlehensforderung von E. ein Generalpfandrecht und daneben eine öffentliche Hypothek an seinem Immobil bestellt war, hatte seine Forderung nur zur Specialmasse und zwar erst am 30. September 1877 angemeldet, worauf er von dem Vogteigerichte durch Locationsurtheil vom 12. Mai 1879, Nr. 72 auch nur in der Immobiliarmasse berücksichtigt, von der Mobilienmasse aber ausgeschlossen wurde. Die wider diese Entscheidung von ihm ergriffene Appellation wurde durch Appellationsurtheil des Rig. Raths vom 16. November 1879, Nr. 7685 aus folgenden Gründen verworfen:

„Appellant macht geltend, öffentliche Hypotheken seien nach dem Ukas Es. Dirig. Senats vom 14. Juni 1877, Nr. 1399*) selbst ohne jede Anmeldung zu berücksichtigen und, da er eine öffentliche Hypothek erworben habe, so müsse diese gemäß der Bestimmung der Stadtrechte Lib. III Tit. X Pkt. 12 auch schlechthin, also ohne

*) Civilrechtliche Entscheidungen IV, Nr. 630a.

Unterschied zwischen der Immobiliar- und der Mobilarmasse den Privatpfandgläubigern vorgehen.

Allein der erste Richter bemerkt mit Recht, daß die in dem bezogenen Senats-Urtheil gegebene Entscheidung, wonach die öffentlichen Hypotheken bei der Vertheilung des Meistbotshillings für das verpfändete Mobil schon von Amtswegen zu berücksichtigen sind, sich nur auf den Specialconcurse, mit anderen Worten auf die Befriedigung aus dem Mobil bezieht. Das ergibt sich nicht bloß daraus, daß als Grund für die genannte Entscheidung darauf hingewiesen wird, die Forderungen der Hypothekengläubiger und die Ordnung ihrer Befriedigung seien aus dem öffentlichen Hypothekenbuche zu ersehen, sondern insbesondere aus dem in dem Senatsurtheil vorfindlichen Passus: „die Nichtanmeldung der Forderung binnen der Proclamsfrist kann für den mit einer öffentlichen Specialhypothek ausgerüsteten Gläubiger einzig in dem Falle nachtheilige Folgen haben, wenn die bei dem öffentlichen Verkaufe des ihm verpfändeten Mobils erzielte Meistbotsumme zur Deckung seiner Forderung nicht ausreicht.“ Darin ist ausgesprochen, daß außerhalb des verpfändeten Mobils eine öffentliche Hypothek nicht besteht, und in der That läßt der Art. 1604 des Prov.-Rechts Th. III auch keinen Zweifel darüber, daß nach Rig. Stadtrecht eine Ingressation, welche nach Art. 1569 a. a. O. die rechtliche Voraussetzung einer „öffentlichen“ Hypothek bildet, nur auf ein bestimmtes Mobil erfolgen kann und daß im Falle der Ingressation einer Generalhypothek diese eben dadurch zu einer Specialhypothek wird. Kennt das Gesetz aber öffentliche Hypotheken nur an Immobilien, so folgt daraus unabweislich, daß solche Forderungen, welche mit einer Generalhypothek ausgestattet sind, aus dem anderweitigen Vermögen des Schuldners (außer dem Mobil, worauf die Ingressation erfolgte) nicht als öffentliche, sondern nur als private Pfandforderungen befriedigt werden können (vgl. die Appellations-Erkenntnisse des Raths vom 21. Juli 1872, Nr. 5122 und vom 15. Dezember 1872, Nr. 9111). Dem steht auch die Bestimmung des Pkt. 12 der Stadtrechte Lib. III Tit. X nicht entgegen, weil sie nur bestimmt, daß die öffentlichen Hypotheken den privaten vorgehen, wogegen die Feststellung dessen, was eine „öffentliche“ Hypothek sei, in dem Privatrecht zu suchen und zu finden ist. Da es hier aber heißt, daß öffentliche Hypotheken nur

an Immobilien entstehen können, so ist damit auch gesagt, daß in der Mobilarmasse das Vorkommen von „öffentlichen“ Hypotheken rechtlich unmöglich ist, oder mit anderen Worten, daß eine Concurrenz zwischen öffentlichen und Privathypotheken nur denkbar ist bezüglich des Meistbotschillings für ein Mobil.

Kann demnach dort, wo es sich um die Befriedigung aus der Mobilarmasse handelt, von einer „öffentlichen“ Hypothek überhaupt nicht die Rede sein, so darf auch einerseits die Vorschrift, daß öffentliche Hypotheken ohne besondere Anmeldung zu befriedigen sind, nicht auf die Mobilarmasse angewendet werden und ersetzt andererseits eine Anmeldung zur Specialmasse, die aus der Meistbotsumme für das Mobil besteht, nicht eine Anmeldung zur allgemeinen Concursmasse. Unzweifelhaft ist dies wenigstens dann der Fall, wenn die erstere Anmeldung — wie hier — erst geschah, nachdem die Frist zur Anmeldung überhaupt aller Forderungen zur Concursmasse bereits abgelaufen und der Zulaß zu derselben für geschlossen erklärt war. Denn damit ist das Recht auf Befriedigung aus der Masse bereits ausgeschlossen und die Befriedigung des Hypothekengläubigers aus dem verpfändeten Mobil nur noch möglich, wenn und soweit besondere Rechtsvorschriften sie gestatten. Die Entscheidung des ersten Richters, daß die Forderung des Appellanten, weil sie binnen der Proclamsfrist nicht angemeldet worden, von der Theilnahme an der Mobilarmasse auszuschließen sei, war daher wohl begründet.

Wenn ein Mobil zu einer Concursmasse gehört, so beziehen sich die Allegationstermine, die nach der Versteigerung unabhängig von dem allgemeinen Concursproclam angelegt werden, auch nur auf Ansprüche an das Mobil bzw. an die aus der Meistbotsumme zu bildende Mobilarmasse, nicht aber auf anderweitige Forderungen. Auch letztere noch zur Anmeldung zuzulassen, nachdem das Concursproclam abgelaufen und der Zulaß geschlossen ist, wäre widersinnig, weil damit das Proclam jegliche Bedeutung verlieren und zu einer nichtsagenden Förmlichkeit gemacht werden würde, der allenfalls nur der Zweck bliebe, unnöthige Kosten zu verursachen. Dagegen ist die öffentliche Ladung der Concursgläubiger durch das Concursproclam zur Feststellung der Passivmasse gerade gesetzlich vorgehrieben (Lib. III Tit. X der Stadtrechte zu Anfang) und die Nichtbefolgung dieser Ladung hat von Rechtswegen den Ausschluß der nicht gemeldeten Forderungen zur Folge.“

Auf die von dem Gläubiger J. gegen diese Entscheidung ergriffene Revision wurde durch Ukas des Dirig. Senates (3. Departement 2. Abtheilung) vom 22. Mai 1881, Nr. 1236 das Urtheil des Rathes vollständig bestätigt.

430. Einbehaltung des Betrages streitiger Forderungen bei Vertheilung der Concurssmasse.

„Dem Concurssrichter liegt die Verpflichtung ob, daß zur Sicherung der Concurssmasse Erforderliche anzuordnen, so daß diejenigen Gläubiger, welche nach der allendlichen Entscheidung eine Befriedigung ihrer Forderung ganz oder zum Theil zu erhalten haben, auch das Entsprechende in der Masse vorfinden. Zu diesem Zweck ist dem Concurssrichter anheimgegeben, die erforderlichen Sicherungsmaßregeln von sich aus anzuordnen. Dazu muß unter anderem auch gerechnet werden die Einbehaltung solcher Summen, von denen es noch streitig ist, welchem der gemeldeten Gläubiger sie nach schließlicher richterlicher Entscheidung zuzufallen haben. Wenn nun im vorliegenden Falle der Concurssrichter von dieser Befugniß Gebrauch gemacht hat, so ist er dabei im vollen Recht und das Anverlangen des Appellanten, daß ihm schon jetzt das auf die angemeldete Obligationsforderung ihm Zukommende ausbezahlt werde, ist für unberechtigt zu erachten, da die Rechtsbeständigkeit seiner Forderung in Zweifel gezogen und im Streite befangen ist, so daß erst durch ein künftiges Urtheil entschieden werden wird, ob seine Forderung auf Grund dieser Obligation eine berechnete und die wider letztere erhobene Einsprache zurückzuweisen ist, bzw. ob er überhaupt etwas aus der Concurssmasse zu empfangen haben wird.“

(Appellations-Erkenntniß vom 13. März 1881, Nr. 1823.)

431. Voraussetzungen der Auszahlung von Forderungen vor der Rechtskraft des Locationserkenntnisses. Der Revisionsimpetrat kann gegen genügende Caution die Auskehrung des ihm Zugespprochenen verlangen.

I. „Wie in dem beschwerenden Protokollbescheide des Untergerichts (II. Section des Landvogteigerichts) ausführlich deducirt worden, sind nach feststehender örtlicher Praxis Auszahlungen aus

der Concurssmasse an die Gläubiger, bevor die Locationssentenz rechtskräftig geworden ist, nur unter bestimmten Voraussetzungen statthaft. Entweder muß es zweifellos sein, daß die bezügliche Forderung unter allen Umständen zur Auszahlung gelangen wird, in welchem Falle die Auszahlung nicht versagt und eine vorgängige Bürgschaftsstellung nicht verlangt werden darf. Diese Voraussetzung trifft vorliegenden Falles für die absolut privilegirten Forderungen zu, welche bei dem den Betrag derselben weitaus überragenden Massenbestande unbedingt zur Perception gelangen müssen, daß aber in der Locationssentenz des Untergerichts eine Forderung unter die absolut privilegirten gesetzt worden, welche diesen Platz nicht einzunehmen berechtigt sei, ist von keiner Seite und auch nicht vom Beschwerdeführer behauptet worden. Gegen die Befriedigung der absolut privilegirten Gläubiger läßt sich also etwas zu Recht Bestehendes nicht einwenden.

Es kann aber auch bei nicht absoluter Gewißheit der Perception eine Forderung zur Auszahlung gelangen, wenn für den Fall, daß die allendliche Entscheidung die Befriedigung der Forderung ganz oder zum Theil ausschließen sollte, eine genügende Caution für die Rückzahlung bestellt wird. Der Forderung der Handlung C. & Z. ist bereits durch zwei Instanzen ein Platz unter den Gläubigern angewiesen worden, welcher die volle Befriedigung derselben aus der Masse sichert, und es läßt sich nicht annehmen, daß die Entscheidung des Senats anders ausfallen werde. Für jeden möglichen Fall hat die Handlung C. & Z. eine Bürgschaft offerirt, welche die Beitreibung nicht nur der ausgezahlten Summe, sondern auch von 5% Renten für die Zeit von der Auszahlung bis zur etwaigen Rückzahlung vollständig sicherstellt. Es handelt sich bei dem Antrage der Handlung C. & Z. um nichts mehr, als um Umwandlung des bei Gericht deponirten Baarbestandes der Masse in einen Bestand von Werthpapieren, welcher jenem als mindestens gleichkommend anzusehen ist. Durch die Entscheidung des Untergerichts ist mithin auch für den Fall einer Abänderung des Locationserkenntnisses das Interesse keines der Gläubiger irgend gefährdet.

Wie also eine Vorausbefriedigung der Handlung C. & Z. in der referirten Weise durch kein entgegenstehendes Interesse der Gläubiger verboten ist, so ist dieselbe vielmehr durch die Vorschrift der Rig. Stadtrechte unter den gegebenen Umständen strict geboten. In

den abgeänderten Artikeln des Reg. Stadtrechts Titel XXXI Pft. 8 ist festgesetzt, daß der Revisionsimpetrat, welcher in zwei Instanzen obtinirt hat, die Ausreichnung des zu Gericht beigebrachten Streitgegenstandes verlangen kann, wenn er hinlängliche und sichere Bürgschaft für alles, was er unter Händen bekommt, bestellt. Einer Abweisung des C. & Z.'schen Antrages hätte diese Bestimmung strict entgegengestanden."

(Resolution vom 26. Mai 1871, Nr. 3662.)

II. Die Impetrantin P. hatte gegen eine cautio de restituendo Auszahlung ihrer Obligationsforderung aus der G.'schen Concursmasse vor dem Distributionsbescheide verlangt. Da das hiesige Comptoir der Reichsbank bei der Concurssache theilhaftig war, so war in Gemäßheit der Resolution des Rathes vom 16. Aug. 1868 der Bestand der Concursmasse bis zur allendlichen Entscheidung an das Bankcomptoir übersendet worden und entschied das Vogteigericht im Bescheide vom 30. October 1871 dahin, daß zunächst zur Vernehmung auf den Antrag der P. gemäß dem curatorischen Einwande der Kreisfiscal als Vertreter des hiesigen Comptoirs der Reichsbank zu adcitiren sei. Die P. querulirte, weil nicht die Concurscuratoren zur directen Erklärung auf ihren Antrag angewiesen worden seien.

Aus den Motiven des den untergerichtlichen Bescheid bestätigenden Querelbescheides vom 19. Januar 1872, Nr. 324 ist hierher gehörig Folgendes zu entnehmen:

„Es ist allerdings richtig, daß, wenngleich die Distribution der Concursmasse erst dann stattfinden soll, wenn alle Forderungen für liquid erkannt und in ihrem Range festgestellt sind, doch häufig schon früher, sobald nur erst voranzusehen ist, ob und wie weit einzelne Forderungen zur Befriedigung gelangen werden, mit oder ohne Caution den betreffenden Gläubigern ihre Forderungsbeträge aus der Masse ausgezahlt werden. Für eine solche Ausnahme, welche das Concursgewicht unter eigener Verantwortung eintreten lassen kann, giebt es keinen anderen als nur den Zweckmäßigkeitsgrund, daß die Befriedigung ganz unanfechtbarer Ansprüche nicht in Folge der Rangwierigkeit des wegen anderer Forderungen gebotenen Liquidations- und Prioritätsprocesses aufgehalten werde. Ein Rechtsgrund steht dem Gläubiger, welcher vorzeitige Befriedigung

im Concurſe in Anſpruch nimmt, nicht zur Seite. Sie kann ihm mithin aus Zweckmäßigkeitgründen überhaupt verſagt werden. Schon um der Verantwortung willen, welche das Concurſgericht für die Folgen einer vorzeitigen Befriedigung einzelner Concurſgläubiger trägt, wird daſſelbe hierbei ſtets mit der größten Vorſicht verfahren müſſen und pflegt eine ſtückweiſe Vertheilung der Concurſmaſſe vor dem Locationſurtheile bei den ſtädtiſchen Untergerichten auch nur dann ſtattzufinden, wenn der Conſenſ der übrigen Gläubiger dazu vorliegt, ſei es nun, daß dieſer Conſenſ von den Intereſſenten ſelbſt, oder von den Concurſcuratoren, als Vertretern der Gläubigergemeinſchaft declarirt worden iſt, oder von dem Concurſgericht als unzweifelhaft hat vorausgeſetzt werden können.

Wenn mithin ein derartiger Rechtsanſpruch, wie ihn Impetrantin auf Auszahlung ihres angemeldeten Forderungsbetrages noch vor Erlaß und vor eingetretener Rechtskraft des Locationserkenntniſſes geſtellt hat, der Impetrantin durchaus nicht zur Seite ſteht, ſo erſcheint ſie auch nicht um deſswillen in ihrem Rechte gravirt, weil von dem Concurſgerichte für nöthig erachtet worden iſt, allem vorgängig über ihren Antrag den Vertreter des hieſigen Comptoirs der Reichsbank zu vernehmen. Eine ſolche Vernehmung hat umſomehr geboten erſcheinen müſſen, als das hieſige Comptoir der Reichsbank regelmäßig für die von ihm in einem Concurſe angemeldeten Forderungen, ohne Rückſicht auf die rechtliche Qualität derſelben einen Vorzug vor den anderen Gläubigern in Anſpruch nimmt und eine Geneigtheit, die von der Impetrantin beantragte Auszahlung zu genehmigen, bei ihr ſchwerlich vorauszuſetzen iſt, woher denn ein contradictoriſches Verfahren und eine auf ein ſolches gegründete, der Rechtskraft fähige Entſcheidung nothwendig erſcheinen.“

432. Aufhebung des Concurſes auf Antrag einzelner Gläubiger wegen Geringsfügigkeit der Activmaſſe.

„Supplicanten haben einen Antrag auf Hebung des über das Vermögen des Buchbinders L. verhängten Generalconcurſes geſtellt und es fragt ſich daher, ob die vom Vogteigerichte verſügte Zurückweiſung dieſes Antrages begründet war.

Zu den Gründen, welche die nachträgliche Hebung eines Con-

curſverfahrens motiviren, gehört u. a. auch die Geringsfügigkeit der Maſſe: ſofern nachweisbar kein irgend erheblicher Gegenſtand für die Vertheilung unter die Gläubiger übrig bleiben kann, iſt der Concurſ als zweckloſ aufzuheben, wobei jedoch nicht überſehen werden darf, einerſeits daß die Concurſmaſſe unter Umſtänden berechtigt iſt, das Armenrecht zu beanspruchen, und andererseits, daß durch die Hebung des Concurſes dem Cridar, welcher ſein Vermögen abgetreten hat, das ihm geſetzlich (Art 3526 Pkt. 8 des III. Theils des Prov.-Rechts) gewährleiſtete *beneficium competentiae* nicht geſchmälert werden kann.

Da die Gläubiger ein weſentliches Intereſſe daran haben können, daß ein zweckloſes und koſtſpieliges Concurſverfahren gegen ihren Schuldner nicht fortgeführt werde, ſo muß es ihnen freitehen, auch ihrerſeits — abgesehen von der dem Gerichte ſchon amtlich zuſtehenden Befugniß — auf Hebung des Concurſes zu dringen. Ein ſolcher Antrag kann nach der Natur der Sache in jedem Stadium des Concurſproceſſes vorgebracht werden, da die Hebung des Concurſes jederzeit, ſobald das Gericht die Ueberzeugung von der Zweckloſigkeit des Verfahrens gewonnen hat, erfolgen kann. Das eingeleitete Verfahren aber darf nicht ſchon allein auf einen ſolchen Antrag hin — vorausgeſetzt, daß derſelbe nicht gehörig beſcheinigt iſt — aufgehoben oder unterbrochen werden, denn dadurch könnten die Intereſſen anderer, die Fortſetzung des Verfahrens wünſchender Gläubiger geſchädigt werden und überhaupt iſt die größtmögliche Beſchleunigung der Concurſproceſſe amtliche Pflicht des Concurſgerichts. Inſofern alſo die Supplicanten mit ihrem Antrage eine Siſtirung des bereits eingeleiteten Executionsverfahrens bezwecken, waren ſie im Unrecht. Das Vogteigericht konnte die Siſtirung des Verfahrens nicht anordnen, weil die Behauptungen der Supplicanten gänzlich unbeſcheinigt waren und überdies die Majorität der erſchienenen Gläubiger die Fortſetzung des Concurſes wünſchte.

Das vogteigerichtliche Verfügen bezweckt aber ſeinem Wortlaute nach anſcheinend die definitive Abweiſung der Supplicanten mit jedem Antrage auf Concurſhebung. In dieſer Ausdehnung iſt die untergerichtliche Entſcheidung nicht begründet, vielmehr war eine Abweiſung nur „zur Zeit“ oder „angebrachtermaßen“ zuläſſig und den Supplicanten bleibt es offen, ihre bezüglichen Anträge aber-

maß zu stellen und durch Beibringung der erforderlichen Beweismittel näher zu begründen.“

(Resolution vom 15. Februar 1878, Nr. 1187.)

433. Zwangsaccord im Concurse. Erfordernisse desselben.

Der Cridar Z., welcher den verhängten Concurse durch einen Nachlaßvertrag mit seinen Gläubigern zu beseitigen wünschte, wurde in Folge des Widerspruchs des Rechnungsgläubigers P. in beiden Instanzen (Bescheid der I. Sect. des Landvogteigerichts vom 27. Mai und Querelbescheid vom 16. Juli 1876, Nr. 4574) mit seinem Antrage angebrachtermaßen zurückgewiesen.

Die Motive der oberrichterlichen Entscheidung bemerken Folgendes:

„Wenn immer auch in Grundlage des Ukases vom 5. September 1784 sich hierorts ein Gewohnheitsrecht ausgebildet hat, demzufolge Concursegläubiger einem projectirten Accorde zu widersprechen nicht befugt sein sollen, wenn $\frac{2}{3}$ gleichartiger Gläubiger mit $\frac{3}{4}$ gleichartiger Forderungen, oder umgekehrt $\frac{3}{4}$ gleichartiger Gläubiger mit $\frac{2}{3}$ gleichartiger Forderungen dem Accorde beigetreten sind, so muß doch, um die betreffende Berechnung veranstalten zu können, das Forderungsrecht der einzelnen Gläubiger überhaupt, deren Zahl, die Höhe ihrer Forderungsbeträge und deren Natur allem zuvor von den sämtlichen Mitconcurrenten anerkannt, resp. gerichtlich festgestellt sein. Eine solche Anerkennung resp. gerichtliche Feststellung hat im gegebenen Falle nicht stattgefunden. Es liegt eben nur eine Anzahl gemeldeter Forderungen vor. Ob diese Forderungen überhaupt, ob sie in dem angegebenen Betrage und der ihnen von den Forderern beigelegten Eigenschaft nach wirklich giltig sind, darüber mangelt es zur Zeit an jeglichem Nachweise.“

Dazu kommt nun aber noch, daß nach den eigenen Angaben des querulirenden Cridars schon die Forderung des P. thatsächlich nicht durch die ihr gegenüberstehenden gleichartigen Forderungen majorisirt wird, welche $\frac{2}{3}$ des Betrages der P.'schen Forderung, also da diese auf 1300 Rbl. beziffert worden, mindestens 2600 Rbl. repräsentiren müßten. Es belaufen sich aber die Gesamtforderungen an die Masse des Cridars mit Ausschluß der Forderung des Hypothekenvereins, wie Querulant selber hervorhebt, nur auf 8552 Rbl.,

die der Rechnungsgläubiger, nach Abzug von 4900 Rbl. an Obligationsforderungen also auf im Ganzen nur 3652 Rbl. Wird von dieser letzteren Summe die P.'sche Forderung in Abzug gebracht, so bleiben an Stelle der 2600 Rbl. rechnungsmäßiger Forderungen, welche vorhanden sein müßten, um einen Zwang auf die P.'sche Forderung ausüben zu können, nur 2352 Rbl. übrig. Querulant meint zwar auf die Natur der einzelnen Forderungen keine Rücksicht nehmen zu müssen, sondern den Gesamtbelauf der sämtlichen Forderungen dem P.'schen Guthaben gegenüberstellen zu dürfen. Dem aber widerspricht nicht nur das hier bestehende Gewohnheitsrecht, die einzige Basis für den Zwangaccord, sondern auch das Gesetz der Logik, wenn, wie auch in diesem Fall in Aussicht genommen worden, die hypothekarischen Forderungen vor den Rechnungsforderungen erheblich begünstigt werden. Wollte man das nicht gelten lassen, so wären ja die hypothekarischen Gläubiger in der Lage, die etwa in der Minderheit befindlichen chirographarischen Gläubiger wider ihren Willen zur Annahme der ungünstigsten Bedingungen zu zwingen, lediglich um selber die größtmöglichen Vortheile zu erzielen. Sonach erscheint die Zurückweisung des Eridars mit seinen Anträgen, wie sie angebracht worden, als eine vollständig gerechtfertigte.“

434. Der zwangsweise Nachlaß kann nicht dadurch umgangen werden, daß der Betroffene mit seiner Forderung aus dem Concurse ausscheidet.

Der Eridar B. hatte mit seinen sämtlichen Concursgläubigern, bis auf den Kaufmann B., einen Nachlaßvertrag zu Stande gebracht und bat um Hebung des Concursverfahrens. B. erklärte, daß er mit der einen Hälfte seiner Forderung von zusammen 30 000 Rbl. dem Accorde beitreten, mit der anderen Hälfte aber, wegen deren er sich alles Recht wider die Person des Eridars für die Zukunft vorbehalte, aus dem Concurse gänzlich ausscheiden wolle.

Die I. Section des Landvogteigerichts bestätigte hierauf durch Erkenntniß vom 8. Januar 1877, Nr. 1 den proponirten und von der weit überwiegenden Mehrzahl der Gläubiger acceptirten Accord mit auch für die ganze Forderung des Kaufmanns B. verbindlicher Kraft.

Die von B. erhobene Querel wurde durch den Querelbeſcheid des Rathes vom 18. Februar 1877, Nr. 1121 u. a. mit folgender Motivirung zurückgewieſen:

„Zur Erledigung der Beſchwerde iſt die Frage in Erwägung zu ziehen, ob ein Gläubiger, welcher ſeine Forderung an eine Concurſmaſſe geltend gemacht hat, dem Zwange einem von der Mehrheit der Gläubiger mit dem Gemeinſchuldner abgeſchloſſenen Nachlaßvertrage beizutreten, ſich durch die Erklärung entziehen kann, daß er auf eine accordmäßige Befriedigung aus der Concurſmaſſe verzichten wolle unter dem Vorbehalt, dieſe Forderung künftig außerhalb des Concurſes geltend zu machen. Dieſe Frage aber muß mit dem erſten Richter verneint werden. Zwar erſcheint das Geſetz, auf welches der erſte Richter ſeine Entſcheidung gegründet hat, nicht wohl anwendbar. Denn jenes Geſetz (Prov.-Recht Th. III Art. 3570) handelt von dem Verzicht auf ein beſtehendes Forderungsrecht und macht die Wirkſamkeit ſolchen Verzichts von der Annahme deſſelben durch den Schuldner abhängig. Im vorliegenden Falle will dagegen Querulant ſein Forderungsrecht ſelbſt keineswegs aufgeben, ſondern einzig die Geltendmachung deſſelben im Concurſe zurückziehen, das Forderungsrecht aber will er aufrechterhalten wiſſen und von demſelben künftig auch Gebrauch machen.

Allein, wenn auch jenes Geſetz dem Querulanten nicht präjudicial iſt, ſo erſcheint nichtsdeſtoweniger doch ſein Anſinnen als ein nicht zu rechtfertigendes.

Das in dem Senats-Urtheil vom 5. September 1784 ausgeſprochene Princip, demzufolge der Majorität von $\frac{2}{3}$ der Gläubiger und $\frac{3}{4}$ der Forderungen oder aber von $\frac{3}{4}$ der Gläubiger und $\frac{2}{3}$ der Forderungen bei der Abwendung eines drohenden oder Beſeitigung eines ſchwebenden Concurſes die Minorität von $\frac{1}{3}$ der Gläubiger und $\frac{1}{4}$ der Forderungen, oder $\frac{1}{4}$ der Gläubiger und $\frac{1}{3}$ der Forderungen ſich zu fügen hat, iſt ſeit dem Erlaß jenes Urtheiles und ſonach bald ein volles Jahrhundert hindurch hier unbeſtrittenes Gewohnheitsrecht. Dieſes Princip würde aber durchbrochen, ja es würde geradezu außer Wirkſamkeit geſetzt werden, wofern der diſſentirenden Minorität geſtattet würde, jener gewohnheitsrechtlichen Norm einfach ſich dadurch zu entziehen, daß ſie von ihren an die Concurſmaſſe geltend gemachten Anſprüchen zurücktrete, um bei eintretenden etwanigen beſſeren Glücksumständen des

Creditor's mit ihrer aus dem Concurse zurückgezogenen Forderung wieder hervortreten. Der Zweck jener durch das Gewohnheitsrecht begründeten Unterwerfung der hartnäckigeren Minorität der Gläubiger unter den Willen der nachsichtigeren Majorität der Gläubiger würde offenbar illusorisch werden, wofern der Minorität gestattet würde, durch Ausschcheidung aus dem Gläubigercorps eine solche Unterwerfung vollständig zu inanisiren und sich bei der Besserung der Vermögenslage des Schuldners einen Vortheil vor den milder gesinnten Gläubigern zu verschaffen.

Wenn nun aber Gesetz und Recht das Vorhaben des Querulanten keineswegs unterstützen, so steht demselben auch die Doctrin (vgl. Dabelow, Concurse, S. 562. Schweppe, Concurse, §. 21. Heffter, im civ. Archiv Bd. 10, S. 344. Fuchs, Concurseverfahren, S. 887) und die Rechtsprechung (vgl. besonders Seufferts Archiv Bd. 22, Nr. 195 Pft 7. Bd. 23 Nr. 101) durchaus entgegen."

435. a) Bei dem Zwangsnachlaßvertrage hängt die Größe der Accordquote einzig von dem Majoritätsbeschlusse der Gläubiger ab.
- b) Bei Bestimmung der Majorität sind die bestrittenen Forderungen mitzuzählen.
- c) Der Zwangsnachlaß findet nur zu Gunsten desjenigen statt, der ohne grobes Verschulden insolvent geworden ist.
- d) Er ist für alle Concursegläubiger verbindlich, welche sich rechtzeitig gemeldet haben und nicht zu einer Zeit aus dem Concurse ausgeschieden sind, wo der Anspruch auf einen Zwangsnachlaß noch gar nicht in Frage stand.

Das Appellations-Erkenntniß vom 11. October 1878, Nr. 6831 enthält folgende Ausführungen :

„Die römischrechtlichen Bestimmungen über den Zwangsnachlaßvertrag wurden durch Doctrin und Praxis des gemeinen Rechts auch auf insolvente Lebende Schuldner ausgedehnt und bilden gegenwärtig die Grundlage zur Beurtheilung der einschlagenden Verhältnisse. Dazu tritt für das provinzielle Recht der Senats-Ukas vom 5. September 1784, welcher das Verhältniß feststellt, welches erforderlich ist, um die Minorität zu zwingen, sich der Majorität

zu unterwerfen, und welcher das absolute Majoritätsverhältniß des römischen Rechts abändert. Dieser Ukas bestimmt nun, daß, wenn $\frac{3}{4}$ der Gläubiger mit $\frac{2}{3}$ aller Forderungen, oder $\frac{2}{3}$ der Gläubiger mit $\frac{3}{4}$ aller Forderungen einen Accord mit dem Schuldner abschließen wollen, sodann der geringere dissentirende Theil der Gläubiger zum Beitritt zu dem Accorde gezwungen werden soll. Der Zwang kann bei der Divergenz unter den Gläubigern nur durch gerichtliches Verfügen herbeigeführt werden und es fragt sich, welche causae cognitio das Gericht vor Erlaß seiner Entscheidung anzustellen hat. Nach dem römischen Recht war der Prätor gehalten, seinen Ausspruch lediglich nach dem Willen des größeren Theils der Gläubiger zu richten, und auch der Senats-Ukas fordert nichts weiter als das Vorhandensein der bestimmten Majorität. Der Unterrichter (Vogteigericht, Erkenntniß vom 13. Juni 1878, Nr. 112) ist der Ansicht, daß die gerichtliche Prüfung sich im Falle dissentirender Stimmen auch darauf zu erstrecken habe, ob durch den Accord das Interesse der Gläubiger etwa benachtheiligt erscheine, und kommt im Hinblick darauf, daß der Cridar ein Mann von nur 40 Jahren ist, daß bei diesem seinem Alter ein künftiger überschüssiger jährlicher Erwerb von 3000 Rbl. von ihm erwartet werden und daß eine Accordquote von 2 pCt. nicht als ein Equivalent für den Anspruch an die in Aussicht zu nehmenden dereinstigen besseren Umstände des Cridars betrachtet werden könne, zur Verſagung der Beſtätigung des proponirten Accordes ungeachtet der vorhandenen Majorität der consentirenden Gläubiger und ihrer Forderungen. . . . Was die Behauptung der Unangemessenheit der Accordquote betrifft, so ist diese Quote allerdings eine höchst geringe. Ob aber gegenüber der Masse und gegenüber den aus einer Fortsetzung des Concurſsverfahrens zu erwartenden bedeutenden Kosten und einer weit hinausgeschobenen Beendigung des Concurſes nicht auch die Annahme der geringen Accordquote dem gemeinsamen Interesse entspricht, das muß lediglich der Beurtheilung der Majorität der Gläubiger anheim gestellt werden, zumal diese die betreffenden Verhältnisse und ihr Interesse am Besten zu beurtheilen und zu wahren wissen werden.

ad b) Die Frage, ob beim unfreiwilligen Nachlaß etwas auf die Ursache des Vermögensverfalls ankomme, ist eine bestrittene. Es verdient jedoch die Meinung den Vorzug, nach welcher die Aus-

übung eines solchen Zwangsrechts gegenüber den Gläubigern dem Schuldner nur dann eingeräumt werden soll, wenn seine Zahlungsunfähigkeit ohne eigenes großes Verschulden entstanden war. Der Begriff eines zwangsweisen Vergleiches verstößt schon an sich so sehr gegen das allgemeine Rechtsprincip, daß die Zulassung einer Ausnahme sich nur aus besonderen Gründen der Billigkeit rechtfertigen läßt. Wenn nach einheimischem Recht schon die mit der Güterabtretung verbundene (Art. 3526 des prov. Privatrechts) Rechtswohlthat der Competenz einem betrügerischen oder gewissenlosen Schuldner zu versagen ist (Art. 3529 l. c.), so liegt es nahe, den Zwangsnachlaß, durch welchen ja die Forderung gänzlich getilgt und alle Nachhaftung des Schuldners aufgehoben wird, an die gleiche Bedingung eines tadelfreien Verhaltens zu knüpfen. Anhaltspunkte für die Annahme einer böswilligen oder leichtfertigen Vermögensverschleuderung seitens des Creditors liegen jedoch in casu nicht vor; vielmehr ist von den Bücherrevidenten constatirt worden, daß aus ihrer Revision sich keinerlei Verdachtsgründe ergeben haben, die auf einen betrügerischen oder leichtsinnigen Bankrott schließen lassen.

ad c) Was die bestrittenen und noch nicht liquid gestellten Forderungen der Gläubiger bei einem Zwangsaccord betrifft, so sind sie nach Ansicht der Rechtslehrer mit hinzuzuziehen und dem Zwangsaccord zu unterwerfen (vgl. Fuchs, das deutsche Concurverfahren 1877, S. 144). Falls sie für die Majoritätsberechnung keinen Ausschlag geben, werden sie unter Vorbehalt der Liquidmachung mit eingerechnet; haben sie dagegen einen präjudiciellen Einfluß auf die Majoritätsberechnung, so ist den dissentirenden Gläubigern zu überlassen, zuvor sie anzustreiten und ihre Liquidität herbeizuführen.

ad d) Es sind alle Concursgläubiger des Creditors genöthigt, sich den Bestimmungen über den Zwangsaccord zu unterwerfen. Der Rath hat sich über diese Verpflichtung der Concursgläubiger bereits in dem Querelbescheide vom 18. Februar 1877, Nr. 1121 ausgesprochen und dieselbe anerkannt. Zu den dortigen Gründen kommt noch die Erwägung, daß der Zwangsnachlaßvertrag das Concurverfahren abwenden soll, die Gestattung des Austritts dissentirender Gläubiger und die spätere Geltendmachung ihrer Forderungen aber einen neuen Concur herbeiführen und solchen verewigen würde. Das

grovamen einzelner Gläubiger, daß ſie mit ihrem Antrage auf Austritt aus dem Concurſe abgewieſen worden, iſt daher nicht gerechtfertigt.

Ebendaſſelbe gilt auch von dem Comptoir der Reichsbank, welches ſich demſelben Privat- und Proceßrecht zu unterwerfen hat, wie jeder andere Gläubiger, da es in dieſer Beziehung keine beſondere Privilegien genießt. Es hat ſich demnach im Fall eines von der geſetzlich beſtimmten Mehrheit der Gläubiger angenommenen Accordes demſelben gleichfalls zu unterwerfen, wie das auch durch den Ukas der allgemeinen Verſammlung des Dirigirenden Senats vom 18. Juni 1874 anerkannt worden iſt. . . .

Vom Nachlaßvertrage iſt immer nur im Zuſammenhange mit einem Concurſsverfahren die Rede. Während nach gemeinrechtlicher Anſchauung der Accord vorwiegend als ein Mittel zur Abwendung eines erſt bevorſtehenden Concurſes angeſehen wird, hat der Zwangsnachlaß in unſerem Rechtsgebiete den excluſivlichen Zweck die Hebung eines bereits eröffneten Concurſes herbeizuführen. Der Kononowiſche Ukas iſt in einer Concurſſache erlaſſen worden und ſollen die in demſelben aufgeſtellten Grundſätze nach ſpäteren Entſcheidungen des Senats (Samſon, Inſtitutionen, §. 1255 Anm.) lediglich bei Concurſen in kaufmänniſchen Verbindlichkeiten und Handlungsvorfällen zur Anwendung gelangen, alſo nicht einmal in allen gleichviel wie gearteten Concurſen. Hieraus ergiebt ſich, daß — da anderweitige geſetzliche Beſtimmungen über den Zwangsnachlaß nicht beſtehen — außerhalb des Concurſes überhaupt von derartigen Verträgen keine Rede ſein kann. Innerhalb des Concurſes aber kommen nur diejenigen Gläubiger in Betracht, welche ſich gehörig und rechtzeitig angemeldet haben (vgl. das Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 15 September 1877, Nr. 237) und ihre Befriedigung aus der Concurſmaſſe erwarten. . . . Die Berliner Actiengeſellſchaft für Pappenfabrication hat . . . jedoch noch innerhalb der Proclamsfrist und geraume Zeit bevor der Gemeinſchuldner ſeine Accordpropoſitionen verlautbarte, ihre angemeldeten Forderungen unter Zuſtimmung des Creditars wieder zurückgezogen. Sie hat alſo auf eine Befriedigung aus der Maſſe zu einer Zeit verzichtet, in welcher das Recht des Schuldners auf eine zwangsweiſe Betheiligung aller Concurſgläubiger an der Ausſchüttung der Maſſe noch gar nicht in Frage ſtand.“

436. Rechtliche Natur eines von der Getreide- und Saatjury der Rig. Börse abgegebenen Schiedsspruches.

„Die Ansicht des Beklagten, daß die bei dem Rig. Börsencomité bestehende Getreide- und Weinsaatzjury an Stelle der ordentlichen Gerichte alle Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden habe, welche aus Verträgen entstehen, bei deren Abschluß die Contrahenten übereingekommen sind, Differenzen aus dem abgeschlossenen Geschäfte von der Jury entscheiden zu lassen, ist nicht begründet.

Schiedsgerichte, welche das ordentliche Gericht vollständig ersetzen und deren Entscheidungen daher auch gleiche Vollstreckbarkeit, wie die Urtheile der ordentlichen Gerichte genießen, können nach den dafür maßgebenden Bestimmungen der russ. Schiedsgerichtsordnung (Patent der Civl.-Gouv.-Reg. vom 11. April 1833, Nr. 50) nicht ohne Mitwirkung des ordentlichen Gerichts zustandekommen. Nur in dem Falle, daß unter Beobachtung der entsprechenden Formen ein das ordentliche Gericht ersetzendes Schiedsgericht niedergesetzt worden ist, kann aber das von einer Partei zur Verhandlung und Entscheidung einer Streitsache aufgerufene ordentliche Gericht sich der Verpflichtung bzw. Berechtigung, die Sache zu verhandeln und zu entscheiden, für enthoben erachten.

Die bei dem Rig. Börsencomité bestehende Getreide- und Weinsaatzjury, deren Aussprüche für sich gelten zu lassen, die Contrahenten ohne „förmliche Verreversirung“ übereinzukommen pflegen, läßt dagegen in der Regel den Interessenten Entscheidungen zukommen, ohne zuvor seitens des ordentlichen Gerichts als das für den concreten Fall berufene Schiedsgericht anerkannt worden zu sein. Die Entscheidungen der Jury erlangen daher in der Regel auch nicht die Bedeutung vollstreckbarer Erkenntnisse, sie sind vielmehr nur fachmännische Gutachten und das Uebereinkommen zweier Contrahenten, sich den Entscheidungen der Jury unterwerfen oder ihre Differenzen von der Jury allendlich entscheiden lassen zu wollen, hat daher im Zweifel nur die Tragweite der vertragsmäßigen Anerkennung eines unanfechtbaren Beweismittels, dessen Geltung und Einfluß schließlich nicht anders, als durch das ordentliche Gericht erzwungen werden kann.

Hieraus ergibt sich, daß Beklagter durch Berufung auf die vertragsmäßige Unterwerfung beider Theile unter eine Entscheidung

der Getreide- und Weinsaatjury beim Börsencomité die Einrede der Incompetenz des Wettgerichts nicht substantiirt hat.“

(Querelbescheid vom 22. März 1880, Nr. 1354.)

In dem Querelbescheide vom 22. März 1880, Nr. 1355 ist vollkommen übereinstimmend erkannt und nur noch hinzugefügt:

„Zwar bestimmt §. 1 der Schiedsgerichtsordnung, daß die Schlichtung der Prozesse und Rechtsansprüche durch Schiedsrichter ohne förmliche Verreversirung laut freiwilliger Uebereinkunft der litigirenden Theile nach Grundlage der hierüber bestehenden Gesetze ganz dem freien Willen überlassen sei und daß diese Schlichtung zum Unterschiede derselben von anderen freiwillige Vergleichsstiftung heiße. Allein — wie bereits im Querelbescheide vom 13. Juli 1879, Nr. 4832 anerkannt — kann die Erfüllung eines derartigen Schiedsvertrages, wenn letzterer den Vorschriften der Schiedsgerichtsordnung nicht entspricht, nicht im Wege der Klage bzw. Einrede erzwungen, sondern einzig gemäß Art. 3370 des P.-R. Th. III durch eine Conventionalpön gesichert werden, während sie anderenfalls von dem guten Willen der Parteien abhängt. Das ergibt sich daraus, daß der bezogene §. 1 in dieser Beziehung alles dem freien Willen der Parteien überläßt. Der Ausspruch eines ohne Verreversirung zustande gekommenen Schiedsgerichts, welchem die Parteien sich freiwillig unterworfen haben, ist aber nicht ohne weiteres vollstreckbar, sondern bildet, wenn die eine Partei ihn nicht erfüllt, für die andere nach dem Rechte der Anerkennung einen Grund zur Klage beim ordentlichen Gericht.“

437. Die Bestimmung des Obmannes durch die Parteien oder die Ueberweisung seiner Wahl an die Schiedsrichter gehört zur Perfection eines Compromisses über vorliegende Streitigkeiten.

„Die Entscheidung über die Relevanz der Einrede des Beklagten hängt von der Beantwortung der Rechtsfrage ab: ist ein Vertrag, in welchem die Contrahenten die Entscheidung bestimmter bereits anhängiger, nicht etwa künftig eintretender, Streitigkeiten dem Spruche zweier bestimmter Schiedsrichter zu überlassen sich verpflichten, dabei aber weder einen Obmann selbst ernennen, noch

dessen Wahl den Schiedsrichtern anheimstellen, als ein rechtsverbindliches Compromiß anzusehen?

Die Parteien haben in der gegenwärtigen Instanz sich eingehend mit der Erörterung dessen beschäftigt, ob gemeinrechtlich die Ernennung eines Obmannes ein Essentiale des Compromißes bilde. Das kann hier jedoch auf sich beruhen, da die für das russ. Reich erlassene Schiedsgerichtsordnung vom 15. April 1831 auch in Riga recipirt worden ist und ihre Bestimmungen deshalb die Anwendbarkeit des gemeinen Rechts ausschließen. Nach §. 5 der Schiedsgerichtsordnung muß aber in der Compromißurkunde, welche zur gerichtlichen Bestätigung des Schiedsgerichts unerlässlich ist, der von beiden Theilen ernannte Obmann, oder statt dessen die den Schiedsrichtern ertheilte Bewilligung enthalten sein, einen solchen für den Fall der Meinungsdivergenz nach ihrem Ermessen zu wählen. Fehlt diese Bestimmung, so ist das Compromiß nach §. 14 a. a. O. ungültig; ist aber die Wahl des Obmannes den Schiedsrichtern überlassen und diese können sich weder über den Schiedsspruch, noch über einen Obmann verständigen, so gilt nach §. 23 a. a. O. das Compromiß als nicht zu Stande gekommen. Hiernach ist es unzweifelhaft, daß die oben aufgeworfene Rechtsfrage verneint werden muß.

Freilich ist nach Art. 3030 des Prov.-Rechts Th. III auch aus einem mündlich geschlossenen Compromiß eine Klage auf förmliche Vollziehung der Compromißurkunde bzw. deren gerichtliche Bestätigung gegeben; da jedoch eine solche Klage ein im übrigen rechtsverbindlich abgeschlossenes Rechtsgeschäft voraussetzt (Art. 3015 a. a. O.) und ein Compromiß ohne Vereinbarung über den Obmann eben nicht als perfecter und rechtsverbindlicher Vertrag angesehen werden kann, so ist in dem Falle, wo eine Bestimmung über die Wahl des Obmannes mangelt, auch eine Klage auf förmliche Vollziehung bzw. gerichtliche Bestätigung der Compromißurkunde nicht gegeben.

Beklagter hat sich dagegen auf den §. 1 der Schiedsgerichtsordnung berufen, demzufolge neben dem auf Grund eines schriftlichen Reversals und unter gerichtlicher Bestätigung eingesetzten Schiedsgericht ein solches auch laut freiwilliger Uebereinkunft der Betheiligten auf Grund der darüber bestehenden Gesetze ohne schriftliches Reversal möglich ist. Allein die Erfüllung eines derartigen

Schiedsvertrages kann, wenn letzterer den Vorschriften der Schiedsgerichtsordnung nicht entspricht, nicht im Wege der Klage bzw. Einrede erzwungen, sondern einzig gemäß Art. 3370 a. a. O. durch eine Conventionalpön gesichert werden, während sie anderenfalls vom guten Willen der Parteien abhängt. Das ergibt sich daraus, daß der bezogene §. 1 in dieser Beziehung alles dem freien Willen überläßt.

Der erste Richter verweist seinerseits darauf, daß nach Art. 3214 a. a. O. jedes den Gesetzen oder guten Sitten nicht zuwiderlaufende Rechtsgeschäft Gegenstand eines verbindlichen Vertrages sein und folgerecht auch die Vereinbarung einer schiedsrichterlichen Entscheidung ohne Verständigung über die Person der Schiedsrichter rechtsverbindlich geschlossen und aus ihr auf Erfüllung geklagt werden dürfe. Wenn aber auch aus dem angeführten Grunde ein Hinderniß gegen einen solchen Vertrag sich nicht ergibt, so kann doch nach Art. 2907 Gegenstand eines Forderungsrechts (dessen Entstehung der Art. 3214 allein im Auge hat, wie aus Art. 3105 erhellt) nur eine Handlung sein, die einen Vermögenswerth hat. Ein „Vermögenswerth“ der Verpflichtung des Gegners, den Streit nicht durch das ordentliche Gericht, sondern durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen, ist aber schwer anzunehmen und noch schwerer festzustellen, weshalb es ganz richtig erscheint, daß das baltische Privatrecht gleich anderen neueren Civilgesetzbüchern den Schiedsvertrag ganz ausgeschlossen und seine Regelung dem Proceßrecht überlassen hat.“

(Querelbescheid vom 13. Juni 1879, Nr. 4832, durch welchen der Bescheid des Vogteigerichts vom 12. April 1879, Nr. 65 aufgehoben wurde.)

438. Bei constituirtem Schiedsgericht hat das ordentliche Gericht nicht die Befugniß, auf einseitigen Antrag von sich aus die für die Entscheidung festgesetzte Frist zu verlängern.

In einer Compromißsache war nach Ablauf der zur Entscheidung der Sache anberaumten viermonatlichen Frist einer der Litiganten vor dem Wettgericht erschienen und hatte gebeten, da die obschwebende Streitigkeit noch nicht entschieden sei, die Frist um

weitere vier Monate zu verlängern. Das wettgerichtliche Verfüg. vom 29. Januar 1872, welches, ohne dem Gegentheil Gehör zu gewähren u. a. auch mit Rücksicht darauf, daß Impetrant durch Krankheit am Erscheinen vor dem Schiedsgericht verhindert gewesen, die gebetene Fristerstreckung bewilligte, wurde auf Supplik des anderen Compromittenten durch Resolution des Rathes vom 5. Mai 1872, Nr. 3111 als nichtig aufgehoben. Die Motive besagen u. a.:

„Das Wettgericht behauptet in seiner Erklärung, daß an der Berechtigung des Wettgerichts zur Salvirung der Frist bis nach erfolgter Herstellung des Klägers kein Zweifel entstehen könne, daß es sich somit in casu höchstens um die Länge der Fristerstreckung handele und deshalb von einer Nullität nicht die Rede sein könne.

Diese vom Wettgerichte als unzweifelhaft hingestellte Berechtigung muß jedoch durchaus in Abrede genommen werden. Wäre eine solche Berechtigung vorhanden, so müßte angenommen werden, daß es also auch Fälle geben könne, in denen eine Verlängerung der den Schiedsrichtern gesetzten Frist gegen den Willen der Litiganten eintreten könnte.

Diese Möglichkeit ist aber durch den §. 32 der Schiedsgerichtsordnung von 1831 ausgeschlossen, der, ohne eine Ausnahme zu statuiren, die Zustimmung der Litiganten zur Fristverlängerung als durchaus erforderlich hinstellt. Außerdem ist nicht abzusehen, warum die Krankheit eines der Litiganten einen verzögernden Einfluß auf die Verhandlungen des Schiedsgerichts auszuüben im Stande wäre, da nach §. 40 der Schiedsgerichtsordnung die Verhandlungen auch durch Bevollmächtigte geführt werden können... Es ist daher das Verfüg. des Wettgerichts, weil den bestehenden Gesetzen zuwiderlaufend, als nichtig aufzuheben gewesen.“

439. Ist ein freiwilliges Schiedsgericht nach der Schiedsgerichtsordnung als erloschen und nicht zu Stande gekommen anzusehen, so können die Parteien sich an den ordentlichen Richter wenden.

Das Appellations-Erkenntniß vom 26. Juli 1878, Nr. 4996 sprach in Bestätigung des wettgerichtlichen Erkenntnisses vom 11. März 1878, Nr. 151 aus:

„Appellant giebt zwar zu, daß nach §§. 23 und 33 der Schieds-

gerichtsordnung v. J. 1831 das Schiedsgericht als geschlossen und als nicht zu Stande gekommen anzusehen sei, wenn die erwählten Schiedsrichter sich über die Person des Obmanns nicht haben einigen können, oder wenn sie innerhalb der gesetzlichen Frist ihr Urtheil nicht zu Stande gebracht haben... Nach seiner Ansicht ist jedoch den Parteien der Antrag auf Constituirung eines neuen Schiedsgerichts offen zu lassen, nicht aber seien sie nunmehr an die ordentlichen Gerichte zu verweisen. Diese Ansicht des Appellanten kann auch die oberrichterliche Billigung nicht finden. Seit Emanation der Schiedsgerichtsordnung ist in der vom Appellanten hervorgehobenen Beziehung in der Praxis kein Zweifel entstanden und in der That kann nach dem Inhalt und den betreffenden Worten der Schiedsgerichtsordnung auch kein Zweifel entstehen. Denn wenn diese für das freiwillige Schiedsgericht auch eine Erstreckung der angeordneten viermonatlichen Frist bei Uebereinstimmung der Parteien für zulässig erklärt, so erfordert doch die Verwirklichung des Rechtsanspruches, daß der schiedsrichterliche Proceß einmal ein Ende nehme, entweder durch Fällung eines Erkenntnisses oder durch Aufhebung des constituirten Schiedsgerichts. Ist nun aber das constituirte Schiedsgericht aufgehoben, so sind die Parteien von ihrer eingegangenen Verbindlichkeit, ihren Ausgleich durch ein schiedsrichterliches Urtheil festgestellt zu wissen, befreit und es tritt demnach das allgemeine Recht für sie wieder ein, wonach ein Jeder bei dem ordentlichen Gericht in Anspruch zu nehmen ist. Unter den Worten „alsdann wird das Schiedsgericht als geschlossen und nicht zu Stande gekommen betrachtet“ kann daher nichts anderes verstanden werden, als daß das Schiedsgericht ganz und für immer aufgehoben und der concrete Fall überhaupt dem schiedsrichterlichen Verfahren gänzlich entzogen ist.“

440. Wichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile des Schiedsgerichts.

In der Resolution vom 15. October 1875, Nr. 6781 ist anerkannt, daß „nach §. 42 der Schiedsgerichtsordnung v. J. 1831 gegen die Entscheidungen inappellabler Schiedsgerichte — wofern eine Verletzung des §. 48 l. c. nicht vorliegt — keinerlei Beschwerden, auch nicht Wichtigkeitsbeschwerden, angenommen werden sollen.“

441. Ueber die Anwendbarkeit der Vorschriften der Schiedsgerichtsordnung über das gesetzliche Schiedsgericht.

„Querulant hat auszuführen gesucht, daß die Allerh. bestätigte Schiedsgerichtsordnung vom 15. April 1831 hier am Orte ebenso wenig verbindlich sei, wie andere reichsrechtliche Proceßgesetze. Dieser Ansicht kann aber um deswillen nicht beigetreten werden, weil die Schiedsgerichtsordnung vom 15. April 1831 seit Jahren sowohl von dem Rath, als auch von seinen Unterbehörden als hieselbst recipirtes Gesetz anerkannt und angewendet worden ist und zwar auch hinsichtlich derjenigen Bestimmungen, welche von dem gesetzlichen Schiedsgericht handeln, wie nachstehende Präjudicate lehren:

Querelbescheid des Rathes	vom 16. Juni 1872,	Nr. 4192
do. „ „	„ 18. Febr. 1877,	„ 1128
do. „ „	„ 26. Juli 1878,	„ 4999
Erk. des Vogteigerichts	„ 12. „ 1877,	„ 120
do.	„ 10. Octbr. 1878,	„ 189
Erk. der I. Section des L.V.G	„ 24. Febr. 1875,	„ 43
„ des Wettgerichts	„ 18. Decbr. 1876,	„ 941.

Sind mithin die Vorschriften der Schiedsgerichtsordnung allerdings maßgebend, so fragt es sich nur noch, ob die vorliegende Streitsache unter jene Vorschriften fällt. Querulant bestreitet das, weil unter den im §. 51 der Schiedsgerichtsordnung genannten Theilhabern nur offene Gesellschafter zu verstehen seien, zumal das russische Privatrecht stille Gesellschafter überhaupt nicht kenne. Diese Behauptung ist indessen belehre der Art. 772—76 des Handelsgesetzbuches Band XI Thl. II Ausgabe von 1857 unrichtig und unter einem „Theilhaber“ im Sinne des Art. 51 der Schiedsgerichtsordnung sind daher nicht nur die offenen Handelsgesellschafter sondern auch die stillen Gesellschafter zu verstehen.“

(Querelbescheid vom 10. Januar 1879, Nr. 201.)

441. Bedeutung der reichsgesetzlichen Bestimmungen über die nothwendigen Schiedsgerichte. Interpretation der Art. 2138 und 2187 des Reichsgesetzbuchs Band X Th. I und Art. 1185 Bd. X Th. II.

Der Rig. Börsencomité forderte von der Direction der Riga-Bolberaer Eisenbahn, deren Director N. der klagende Theil Pläne zum Brückenbau übergeben hatte, die Rückerstattung der dafür gemachten Auslagen mit 4300 Rbl. Die beklagte Direction schützte die *exc. fori incompt.* vor „weil alle Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaften und Actiencompagnieen und Actiengesellschaften auch mit Privatpersonen zufolge gesetzlicher Bestimmungen nicht bei dem für derartige Streitigkeiten sonst competenten Civilgerichte, sondern bei einem gerichtlich zu bestätigenden Schiedsgerichte zu verhandeln und zu entscheiden sind und weil ferner die Statuten der Rig.-Bald. Eisenbahngesellschaft §. 31 ausdrücklich noch besagen, daß Streitigkeiten der Direction mit anderen Gesellschaften und Privatpersonen in stricter Anwendung der Art. 2138 und 2187 Band X Th. I des Reichsgesetzb. und der Ann. 2 zum Art. 2138 (dsgl. Ausg. von 1868) zum Austrage gebracht werden sollen, die genannten Artikel aber nur ein Schiedsgericht zur Erledigung solcher Sachen für competent erachten.“ Durch vogteigerichtliches Erkenntniß d. d. 17. Februar 1872 und auf ergriffene Querel des beklagten Theils durch Querelbescheid des Rathes vom 16. Juni 1872, Nr. 4192 wurde die vorgeschützte Einrede ab- und die bekl. Direction angewiesen sich vor dem Vogteigericht auf die Klage einzulassen. Die Motive des oberrichterlichen Decrets lauten folgendermaßen: „Was zunächst die zur Begründung jener Einrede aufgestellte Behauptung der querulantischn Direction betrifft, daß überhaupt alle zwischen einer Actiengesellschaft und dritten Personen entstehenden Streitigkeiten nach allgemeiner gesetzlicher Bestimmung durch ein Schiedsgericht, nicht aber durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden sind, so ist diese Behauptung unrichtig. Es hat zwar die Schiedsgerichtsordnung vom 15. April 1831 in Folge der geschenehen Publication durch das Regierungspatent vom 11. April 1833 auch im Jurisdictiongebiete der Stadt Riga Geltung erlangt, jedoch schreibt dieselbe das gesetzliche, d. h. unfreiwillige Schiedsgericht nur für Streitigkeiten vor, welche unter den Theilhabern einer

und derselben Handelsgesellschaft entstehen. Eine gesetzliche Verordnung, welche alle Streitigkeiten aller Art von Gesellschaften, auch solche mit dritten Personen, ausschließlich den Schiedsgerichten zuweist, existirt nicht.

Es kann daher nur in Frage kommen, in wie weit die Einrede der querulantischn Direction durch die Allerh. bestätigten Statuten der Riga-Bolderaaer Eisenbahngesellschaft begründet und gerechtfertigt wird.

Der §. 31 dieser Statuten besagt: Alle Streitigkeiten unter den Actionären über die Angelegenheiten der Gesellschaft, Streitigkeiten der Actionäre mit der Direction, desgleichen mit anderen Gesellschaften und Privatpersonen werden in stricter Anwendung der Art. 2138 und 2187 Band VIII (soll heißen Band X) Th. I des Reichscod. (Ausg. von 1857) und der Anm. 2 zum Art. 2138 (nach der Forts. von 1868) zum Austrage gebracht.

Nach dem Art. 4266 Anm. Band III des Prov.-Rechts sollen die Actiengesellschaften zunächst nach den für sie bestehenden besonderen Statuten beurtheilt werden und in Folge dieser gesetzlichen Bestimmung wird der Inhalt des §. 31 der Allerh. bestätigten Statuten der Riga-Bolderaaer Eisenbahngesellschaft maßgebend zu sein haben und werden deshalb die in demselben angezogenen Bestimmungen des allgemeinen Reichscodex auch für den vorliegenden Fall in Anwendung zu bringen sein.

Der Art. 2138 Band X des Reichsgesetzbuches handelt nur von den Streitigkeiten der Theilnehmer einer Gesellschaft unter einander und ist daher hier außer Berücksichtigung zu lassen. Die Anmerkung 2 zu diesem Artikel in der Fortsetzung von 1868, welche sich zugleich auf den Art. 2187 bezieht, setzt fest, daß ohne Ausnahme alle Streitigkeiten der Actiencompagnieen nach der Civilproceßordnung vom 20. November 1864 zu verhandeln und zu entscheiden sind, und bestimmt hinsichtlich derjenigen Gesellschaften, in deren Statuten bestimmt ist, daß ihre Streitsachen vor dem gesetzlichen Schiedsgericht zu führen sind, als allgemeine Regel, daß in denjenigen Gebieten, wo der Ustaw vom 20. November 1864 eingeführt ist, solche Streitigkeiten entweder vor der Generalversammlung der Gesellschafter, falls beide Theile darüber einig sind, oder vor einem Schiedsgericht auf Grund der Civil-P.O. vom 20. November 1864, oder aber endlich nach der allgemeinen in

dieser C.P.D. festgesetzten Ordnung zu verhandeln und zu entscheiden sind. Diese Gesetzesbestimmung hebt demnach überall da, wo der Ustaw vom 20. November 1864 eingeführt ist, das gesetzliche und zwangsweise Schiedsgericht auf und läßt dasselbe nur noch für diejenigen Provinzen bestehen, in welchen der alte Civilproceß des Reichscoder noch in Kraft geblieben ist.

In den Ostseegouvernements hat weder der alte Civilproceß des Reichscoder Band X in Geltung bestanden, noch ist der Ustaw vom 20. November 1864 hieselbst eingeführt. Die auf die Abänderung des alten reichsrechtlichen Civilprocesses durch den Ustaw vom 20. November 1864 sich beziehende Bestimmung des Art. 2138 und der Anmerkung zu diesem Artikel in der Fortsetzung von 1868 haben daher, obgleich sie in den §. 31 der Statuten der Riga-Bol-deraaer Eisenbahngesellschaft aufgenommen sind, hieselbst keine Anwendung. Es kommt daher allein der dritte der angezogenen Artikel noch in Betracht. Dieser Art. 2187 lautet:

Alle Streitigkeiten unter den Actionären über Angelegenheiten der Gesellschaften und ihrer Directoren werden endgiltig entschieden entweder in der Generalversammlung der Actionäre, wenn mit dieser Wahl beide streitenden Theile einverstanden sind, oder aber durch das gesetzlich verordnete Schiedsgericht auf Grund der über letzteres im 2. Buch der Civilproceßordnung festgestellten Regeln. Streitigkeiten der Gesellschaft und ihrer Mitglieder mit dritten Personen werden, wenn der Gegenstand des Streites eigentlich (собственно) zu den Angelegenheiten der Gesellschaft gehört, jedenfalls durch das gesetzlich verordnete Schiedsgericht entschieden. In dieser Ordnung werden auch Streitigkeiten entschieden, welche entstehen könnten vor definitiver Bildung der Gesellschaft unter denjenigen, welche die Erlaubniß zur Gründung derselben erhalten haben.“

Bei Prüfung dieser Gesetzesstelle kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dieselbe zweierlei Streitigkeiten der Gesellschaften mit dritten Personen unterscheidet, nämlich solche, bei denen der Gegenstand des Streites eigentlich — собственно — zu den Angelegenheiten oder Geschäften der Gesellschaft gehört, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist. — Nur für die Fälle der ersteren Art wird bestimmt, daß sie durch das gesetzlich verordnete Schiedsgericht entschieden werden sollen, während über die Behandlung der Fälle

der zweiten Art nichts ausgesprochen wird, diese also der allgemeinen Ordnung unterworfen, daher der Competenz der gewöhnlichen Gerichte vorbehalten bleiben.

Die querulantische Direction hat nun unter Heranziehung lexikalischer Citate behaupten wollen, daß unter dem Worte „собственно“ zu verstehen seien die eigenen Angelegenheiten der Gesellschaft im Gegensatze zu Angelegenheiten Fremder. Eine solche Auslegung ist aber deshalb ausgeschlossen, weil der gebrauchte Nebensatz nach seiner grammatischen Fassung unzweifelhaft nicht auf eine Beschränkung des Hauptsatzes hinweist, und weil ferner bei der querulantischen Auslegung dieser Nebensatz nichtsagend und überflüssig wäre, eine solche Ausdrucksweise seitens des Gesetzgebers aber nicht angenommen werden darf. Daß nun aber auch der Gesetzgeber zweifelsohne den Gedanken gehabt hat, daß es auch solche Streitigkeiten der Actiengesellschaften geben dürfe und könne, welche dem gesetzlichen Schiedsgerichte nicht unterliegen, das weist der vom Unterrichter bezogene Art. 1185 nach, welcher bei der Festsetzung, daß Streitigkeiten unter den einzelnen Actionären und Gesellschaftstheilhabern einzig und allein von dem gesetzlichen Schiedsgerichte entschieden werden sollen, in den Worten: „welcher Behörde auch die übrigen Rechtsfachen eines solchen Ganzen competiren“ ausdrücklich anerkennt, daß es Streitfachen der Actiencompagnieen geben könne, welche auch von anderen Gerichten, als den gesetzlichen Schiedsgerichten verhandelt und entschieden werden können.

Hat das Gesetz aber gewisse Streitfachen der Actiengesellschaften lediglich den gesetzlichen Schiedsgerichten zugewiesen, andere aber auf allgemeiner Grundlage den gewöhnlichen Gerichten zur Verhandlung und Aburtheilung überlassen, so ist in jedem concreten zur richterlichen Beurtheilung kommenden Falle die Qualität der Sache und ihre Hingehörigkeit zu prüfen. Bei solcher Prüfung ist aber an dem Grundsätze festzuhalten, daß Privilegien und Sonderrechte möglichst stricte zu interpretiren und (cf. Art. XIX der Einleitung zu Bd. III des Prov.-Rechts) in dem Sinne zu interpretiren sind, welcher am wenigsten von dem für die übrigen Personen geltenden Rechte abweicht.

Es ist abweichend von dem allgemeinen Rechte, wenn dritte Personen bei Streitigkeiten sich gegen ihren Willen den allgemeinen Gerichten entzogen sehen müssen, und es sind daher diese Fälle nicht

weiter auszudehnen, als es die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen fordern.

Die Actiengesellschaften werden daher nur da berechtigt sein, ihre Gegner unter das für ihre Streitigkeiten besonders geschaffene gesetzliche Schiedsgericht zur Verhandlung und Entscheidung zu ziehen, wo der Gegenstand des Streites unzweifelhaft zu solchen gehört, welche nach dem Art. 2187 als eigentlich auf die Angelegenheiten der Gesellschaft sich beziehende anzusehen sind, zu solchen können aber nur diejenigen gerechnet werden, die unmittelbar aus dem Inhalt und Wesen des Geschäftsbetriebes der Actiengesellschaft ihren Ursprung nehmen.

Zu dieser Kategorie ist jedoch der vorliegende Klagegegenstand nicht zu rechnen.“

443. Das im §. 51 der Schiedsgerichtsordnung angeordnete gesetzliche Schiedsgericht bezieht sich nicht auf die sog. Gelegenheitsgesellschaft, d. h. nicht auf eine Vereinigung zu einzelnen Geschäften.

„Zunächst muß in Uebereinstimmung mit früheren Präjudicaten (Querelbescheid des Rathes vom 10. Januar 1879, Nr. 201) anerkannt werden, daß die Vorschriften der russischen Schiedsgerichtsordnung vom 15. April 1831 auch insofern sie das gesetzliche Schiedsgericht behandeln, hierorts maßgebend sind und daß unter einem „Theilhaber“ im Sinne des Art. 51 der Schiedsgerichtsordnung nicht nur die offenen Handelsgesellschafter, sondern auch die stillen Gesellschafter zu verstehen seien. Ueberdies lehrt der Wortlaut des Art. 51, daß der Schiedsgerichtszwang nur auf diejenigen Fälle zu beschränken sei, in welchen die Absicht der Beteiligten, durch gemeinschaftliche Geschäftsthätigkeit einen Vermögensgewinn zu erzielen, nicht auf einzelne Geschäfte handelsrechtlicher Natur, sondern auf eine fortlaufende Geschäftsthätigkeit gerichtet ist, wie sie in der Handelsgesellschaft oder Gewerbegeossenschaft sich bekundet. Auch die jener Bestimmung der Schiedsgerichtsordnung zu Grunde liegende Ratio spricht für diese Auffassung, denn nach der offenbaren Meinung des Gesetzgebers (vgl. §. 68 a. a. O.) erfordert die Complicirtheit der betreffenden Rechtsverhältnisse eine ganz außerordentliche auf die eingehendste Prüfung

der Handelsbücher, Rechnungen und Correspondenz, sowie auf die Berücksichtigung der einschlägigen Handelsgewohnheiten gerichtete Thätigkeit der mit der Auseinandersetzung betrauten Personen, wie sie den ordentlichen Gerichten billigerweise nicht zugemuthet werden kann. Jene besondere Complicirtheit wird aber regelmäßig nicht bei einzelnen auf gemeinschaftliche Rechnung betriebenen Geschäften, wohl aber bei den während längerer Dauer bestanden habenden Societätsverhältnissen vorhanden sein.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 23. Januar 1880, Nr. 567.)

444. a) Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage gehören vor das gesetzliche Schiedsgericht, auch wenn sie von den Erben eines Gesellschafters erhoben werden.
 b) Eine Edictalladung außerhalb des Concurfes verändert den Gerichtsstand für die Klageerhebung nicht.

„In den Motiven des vogteigerichtlichen Erkenntnisses vom 10. October 1878, Nr. 189 ist ausgeführt, nach den §§. 51—53 der Schiedsgerichtsordnung bestehe ein Schiedsgerichtszwang nur für die Theilhaber der Societät, die Erben eines Gesellschafters würden aber nach Art. 4332 des Prov.-Rechts Th. III nicht an seiner Statt Theilhaber, selbst wenn dies ausdrücklich vorher verabredet sei. Allein diese Bestimmung schließt die Eigenschaft der Erben als Gesellschafter nur für die Zukunft aus, wogegen die zur Zeit des Todes eines Gesellschafters bereits begründeten Ansprüche und Verpflichtungen nach Art. 4334 a. a. O. auch auf seine Erben übergehen, so daß letztere in dieser Beziehung allerdings an die Stelle des Verstorbenen treten (Art. 2639 ff.) und die Auseinandersetzung mit den übrigen Gesellschaftern gerade so, wie jener, durch die actio pro socio herbeizuführen haben (L. 63 §. 8 Dig. XVII, 2. Keller, Vorlesungen, §. 348. Götschen, Vorlesungen III, S. 410 und 411). Wenn nun die §§. 51 und 52 der Schiedsgerichtsordnung Streitigkeiten zwischen den Theilhabern eines Handlungshauses dem gesetzlichen Schiedsgericht überweisen, so ist diese Vorschrift nicht wohl anders als dahin auszulegen, daß die mit der Klage aus dem Gesellschaftsvertrage geltend zu machenden Ansprüche von dem Schiedsgericht erledigt werden sollen, sei es auch

daß die Klage nicht von dem Gesellschafter selbst, sondern von seinen Erben angestellt wird. Wollte man im Gegensatz hierzu davon ausgehen, daß nicht überhaupt Klagen aus dem Gesellschaftsvertrage, sondern nur die Klagen derjenigen Personen gemeint seien, die zur Zeit der Klageanstellung noch „Theilhaber“ m. a. W. Gesellschafter sind, so würde das zu der Consequenz führen, daß auch der ausgestretene Gesellschafter wegen Befriedigung seiner Forderungen aus dem Gesellschaftsvertrage nicht bei einem Schiedsgericht, sondern bei dem Civilgericht klagen müsse. Solchenfalls würden aber die §§. 51 und 52 der Schiedsgerichtsordnung gerade in der großen Mehrzahl der Anwendungsfälle nicht zur Anwendung gelangen, was schwerlich als die Intention des Gesetzes gelten kann.

Muß demnach abweichend von der Ansicht des ersten Richters anerkannt werden, daß die beklagte Handlung auf Grund der Schiedsgerichtsordnung die Klage an ein Schiedsgericht zu verweisen wohl berechtigt ist, so fragt es sich nur noch, ob sie diese Befugniß etwa — wie klägerischerseits behauptet wird — deshalb verloren habe, weil auf ihren Antrag eine Edictalladung ihrer sämmtlichen Gläubiger vor das Vogteigericht erfolgt ist. Das ist aber in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter zu verneinen, weil das erlassene Proclam die Gläubiger nur auffordert, ihre Forderungen bei Vermeidung des Ausschlusses anzumelden, ein Rechtsatz aber, welcher für die Klageerhebung dasjenige Gericht, welches die Edictalladung erlassen hat, als ausschließlich competent hinstellt, einzig für den Fall des Generalconcurres existirt, während sonst die allgemeinen Vorschriften über den Gerichtsstand durch den Erlaß einer Edictalladung nicht verändert werden.“

(Appellationsurtheil vom 7. Februar 1879, Nr. 944.)

445. Zu Schiedsrichtern behufs der Auseinandersetzung unter Gesellschaftern können nicht blos Kaufleute, sondern auch andere Personen gewählt werden.

Durch Bescheid des Vogteigerichts vom 14. Juni 1879, Nr. 111 war der Advocat G. als Schiedsrichter der Kläger für das zwischen ihnen und der beklagten Handlung zu constituirende gesetzliche Schiedsgericht trotz des Protestes der letzteren zugelassen worden. Beklagte querulirte dawider und behauptete, daß nach den §§. 51,

58 und 68 der Schiedsgerichtsordnung nur Kaufleute als gesetzliche Schiedsrichter wählbar seien. Durch Querelbescheid vom 12. October 1879, Nr. 6932 wurde jedoch die Entscheidung erster Instanz aus folgenden Gründen bestätigt:

„Sämmtliche von der Beklagten angeführten §§. der Schiedsgerichtsordnung ergeben nur soviel, daß der Gesetzgeber die Besetzung des gesetzlichen Schiedsgerichts mit Personen aus dem Handelsstande als das Regelmäßige vorausgesetzt hat, nicht aber, daß er sie als nothwendig angesehen oder gar für geboten erklärt hat.

Was die generelle Vorschrift des §. 51 anlangt, so läßt sich für die Verweisung der Streitigkeiten aus dem Verhältniß der Handelsgesellschafter an ein obligatorisches Schiedsgericht das gesetzpolitische Motiv wohl zum Theil darin finden, daß es hierbei auf die Kenntniß der kaufmännischen Gebräuche ankomme, aber sicherlich ist das nicht das einzige Motiv zum Erlaß dieser Vorschrift gewesen. Denn jener Kenntniß bedarf es bei Streitigkeiten aus einem Kaufvertrage, einer Commission u. s. w., wenn die Betheiligten Kaufleute sind, gerade ebenso wie bei denjenigen aus einem Gesellschaftsvertrage und es wäre umfoweniger abzusehen, weshalb das gedachte Motiv den Gesetzgeber veranlaßt haben sollte, gerade nur Ansprüche der Handelsgesellschafter gegen einander dem Schiedsgericht zu überweisen, als ja für die inneren Gouvernements des Reiches, auf welche die Schiedsgerichtsordnung doch zunächst berechnet ist, für Handelsfachen Commerczerichte mit lauter kaufmännischen Gliedern bestehen. Auf der anderen Seite hätte es, falls die Vertraulichkeit mit den Handelsgeschäften als die ratio des §. 51 gelten sollte, wohl sehr nahe gelegen, die Entscheidung des Schiedsgerichtes als eine allendliche hinzustellen, während die §§. 66 und 75 der Schiedsgerichtsordnung umgekehrt als Regel eine Appellation von dem Schiedsspruche an das ordentliche Gericht zweiter Instanz gestatten, mit anderen Worten die Prüfung dessen, ob das kaufmännische Schiedsgericht richtig entschieden habe, einem Tribunal anheimgeben, in welchem möglicher Weise nicht ein einziger Kaufmann sitzt. Das von der Beklagten herangezogene Motiv ist also schwerlich das Ausschlaggebende gewesen, sondern dieses dürfte eher darin zu finden sein, daß die Auseinandersetzung zwischen Handelsgesellschaftern die Durchsicht und Prüfung umfangreicher Bücher und Correspondenzen erheischt, welche rascher und billiger

bei dem Schiedsgericht, als in dem ordentlichen Proceßwege zu bewerkstelligen ist.

Auf dieses Motiv deutet auch der Eingang des §. 68 der Schiedsgerichtsordnung hin. Wenn dieser §. aber weiter besagt, daß die Schiedsrichter, weil es auf die Prüfung im Handel gebräuchlicher Bücher, Rechnungen und sonstiger Urkunden ankomme, sich nach den einschlägigen Handelsgebräuchen richten sollen, so darf daraus nicht gefolgert werden, daß die Schiedsrichter die Kenntniß der Handelsgebräuche nothwendig selbst besitzen müssen, sondern der Sinn dieser Gesetzesstelle ist vielmehr der, daß die Schiedsrichter die Handelsgebräuche bei ihrer Entscheidung nicht nur berücksichtigen dürfen, sondern auch sollen, während dies den ordentlichen Gerichten in den inneren Gouvernements des Reiches untersagt war und zum Theil noch ist, indem sie einzig nach dem Buchstaben des Gesetzes zu erkennen haben.

Der §. 58 der Schiedsgerichtsordnung endlich enthält lediglich eine Anweisung für das Gericht in dem Falle, wo eine Partei die Wahl der Schiedsrichter verweigert und letztere deshalb gemäß §. 56 durch das Gericht erfolgt. Er führt aber keineswegs zu dem Schlusse, daß auch die Partei, welche ihren Schiedsrichter selbst wählt, hierbei an die Wahl eines Berufsgenossen gebunden sei. Eine solche Beschränkung würde auch gar keinen Zweck haben, weil der nicht-kaufmännische Schiedsrichter durch die Vernehmung Sachverständiger die erforderliche Kenntniß der etwaigen Handelsgebräuche sich verschaffen kann und weil anderentheils bei Entscheidung der Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern es nicht allein auf die Kenntniß des kaufmännischen Geschäftsbetriebes, sondern nicht minder auch auf die Kenntniß des Rechts ankommt, so daß es im Interesse der Sache nicht bedauert werden kann, wenn das Schiedsgericht sich aus Kaufleuten und Juristen zusammensetzt.“

446. Freiwilliges oder gesetzliches Schiedsgericht?

G. und S. hatten einen Societätsvertrag behufs gemeinsamer Fabrication und Verkaufes von Ziegeln geschlossen. In dem diese Societät auflösenden Vertrage vom 29. Januar 1875 war u. a. festgesetzt, daß im Falle eintretender Differenzen bei Abwicklung des Geschäfts ein Schiedsgericht, zusammengesetzt aus Rigaschen Kauf-

leuten, inappellabel nach bestem Wissen und Gewissen entscheiden solle. Das Schiedsgericht wurde darauf, als Streitigkeiten zwischen den Parteien entstanden waren, niedergesetzt. Während dasselbe sich mit der Durchsicht der Bücher beschäftigte, kam der Schiedsrichter des G. beim Wettgericht mit der Anzeige ein, daß er sein Amt niederlege, weil das Schiedsgericht seine Thätigkeit nicht in einmonatlicher Frist beendigt habe; übrigens sei er (der Schiedsrichter) auch anderweitig verhindert, den Sitzungen beizuwohnen. Der Beklagte G. verlangte nun Constituirung eines neuen Schiedsgerichts, namentlich auch Wahl eines neuen Obmanns, weil das bisherige durch Ausscheiden eines Schiedsrichters aufgehoben sei. Nach erfolgtem Widerspruche des Klägers entschied das Wettgericht durch Bescheid vom 23. November 1876 dahin, daß der vom Beklagten G. neubenannte Schiedsrichter binnen acht Tagen das vorschriftsmäßige Reversal zu unterzeichnen (den bisherigen Obmann anzuerkennen) habe, widrigenfalls von Amtswegen ein anderer Schiedsrichter für den Beklagten ernannt werden würde.

Dieser vom Beklagten durch das Rechtsmittel der Querel angegriffene Bescheid wurde vom Rathe durch Querelbescheid vom 18. Februar 1877, Nr. 1123 mit folgender Motivirung vollständig bestätigt:

„Die Rechtfertigung seiner Querel sucht Querulant in der Behauptung, daß das durch die Vereinbarung der Litiganten vom 29. Januar 1875 eingesetzte Schiedsgericht, da es inappellabel nach bestem Wissen und Gewissen entscheiden solle, ein freiwilliges und nicht ein nothwendiges Schiedsgericht sei, für welches letztere nach §. 51 der Schiedsgerichtsordnung erfordert werde, daß die socii unter einem gemeinschaftlichen Namen einer Societät handelten. Er ist ferner der Meinung, daß das gesetzlich verordnete Schiedsgericht nur nach den Gesetzen zu entscheiden habe und ein solches hier deshalb ausgeschlossen sei, weil nach getroffener Vereinbarung das von den Litiganten eingesetzte Schiedsgericht nach bestem Wissen und Gewissen zu entscheiden habe. Auf Grund dessen will Querulant das frühere Schiedsgericht als aufgehoben angesehen und ein neues freiwilliges Schiedsgericht eingesetzt wissen.

Alle diese Anführungen sind jedoch durchaus unbegründet und es muß mit dem untergerichtlichen Bescheide anerkannt werden, daß das eingesetzte Schiedsgericht ein gesetzlich verordnetes ist, daß

dasselbe noch fortbauert und durch Ernennung eines neuen Schiedsrichters von Seiten des Beklagten und Querulanten statt seines ausgetretenen Schiedsrichters das eingefetzte Schiedsgericht lediglich zu completiren ist, und daß die bisher stattgehabten Verhandlungen des Schiedsgerichts in Geltung zu bleiben haben und weiter zu führen sind.

Denn laut dem (ursprünglichen, das Gesellschaftsverhältniß begründenden) Contracte sind die Litiganten in ein Societätsverhältniß mit einander getreten, um gemeinschaftlich die Fabrication von Ziegeln zu betreiben und die erzielten Fabrikate gemeinsam zu verkaufen. Sie haben sich also zu einer Genossenschaft vereinigt, um ein Gewerbe gemeinschaftlich zu betreiben. Nach dem §. 51 der Schiedsgerichtsordnung von 1831 sollen aber Streitigkeiten, welche zwischen Theilnehmern solcher Genossenschaften entstehen, von dem gesetzlich verordneten Schiedsgericht verhandelt und entschieden werden. *)

Querulant meint zwar, daß für die Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung das von derselben geforderte Requisit, daß die socii unter einem gemeinschaftlichen Namen einer Societät handelten, fehle. Dies kann jedoch keineswegs anerkannt werden, denn die Litiganten haben sich zum gemeinschaftlichen Betriebe eines Gewerbes verbunden, sie sind zu einem Ganzen vereinigt und handeln unter dem gemeinschaftlichen Namen einer Genossenschaft, der, da keine andere Bestimmung unter ihnen verabredet ist, nur in der Vereinigung ihrer beiden persönlichen Namen bestehen kann.

Es muß daher das gesetzliche Schiedsgericht auf ihre Genossenschaft Anwendung finden. Wenn sie in dem Contract vom 29. Januar 1875 festgesetzt haben, daß die zwischen ihnen entstehenden Streitigkeiten von einem Schiedsgericht verhandelt und abgeurtheilt werden sollen, so wiederholten sie einfach nur das, was bereits von dem Gesetz vorgeschrieben war, und diese Festsetzung hatte nur insofern eine Bedeutung, als sie von der ihnen durch das bezogene Gesetz (§. 65) gestatteten Erlaubniß Gebrauch machten, zu bestimmen, ob das schiedsrichterliche Erkenntniß ein definitives, nicht appellationsfähiges sein solle.

Unbegründet ist auch die querulantische Ansicht, daß ein gesetzlich

*) Querelbescheid vom 16. Juni 1872, Nr. 4192.

verordnetes Schiedsgericht nur nach den Gesetzen und nicht nach dem Gewissen entscheiden dürfe.

Der §. 67 verordnet, daß das Reversal zur Bildung eines gesetzlich verordneten Schiedsgerichts bei derjenigen Behörde producirt wird, welcher die Rechtsfachen eines solchen Vereins competiren, daß im Uebrigen aber alles conform demjenigen ist, was hinsichtlich der Producirung des Reversals für ein freiwilliges Schiedsgericht verordnet ist. Es hat daher bei einem gesetzlich verordneten Schiedsgericht die Bestimmung des §. 6 Pkt. 2 Anwendung zu finden, nach welcher nach dem Ermessen der Parteien im Reversal anzugeben ist, ob das Schiedsgericht nach dem Gesetz oder laut Gewissen zu entscheiden hat.

Muß nun aber hiernach das von den Parteien eingesetzte Schiedsgericht als ein gesetzlich angeordnetes anerkannt werden, so haben auch die übrigen für dasselbe erlassenen Bestimmungen einzutreten. Nach dem §. 70 l. c. wird nun aber das gesetzlich angeordnete Schiedsgericht nicht aufgehoben und aufgelöst, wenn einer der Schiedsrichter aus irgend einem Grunde — Tod, Krankheit oder Entfernung — austritt. Es ist vielmehr in solchem Falle in gegebener Frist ein anderes Schiedsgericht zu errichten und, im Fall die Parteien den neuen Schiedsrichter nicht erwählen, ein solcher von der betreffenden Behörde zu ernennen.

Nach dem wahren Sinne des §. 70 l. c. hat daher das bestehende Schiedsgericht fortzudauern und ist nur durch den neu zu erwählenden Schiedsrichter zu ergänzen. Daraus folgt denn, daß die bisherigen Handlungen des Schiedsgerichts aufrecht erhalten bleiben und das Schiedsgericht unter Betheiligung des neu eingetretenen Schiedsrichters dieselben fortzuführen und zu Ende zu bringen hat.

Die Ansicht des Unterrichters, daß der klägerische Schiedsrichter als noch im Amte befindlich anzuerkennen sei, muß daher für begründet erachtet werden.

Damit hängt auch das gravamen des Querulanten zusammen, welches sich darauf bezieht, daß von dem Untergericht ausgesprochen worden ist, daß sämtliche Handlungen des bisherigen Schiedsgerichts für den neuen Schiedsrichter als bindend zu erachten seien. Wenn das Schiedsgericht als rechtlich fortbestehend hat angesehen werden müssen, so haben auch die bisherigen Handlungen des Schiedsgerichts als bestehend und nicht annullirbar erkannt werden müssen.

Es ist dies derselbe Fall, wie er auch bei den staatlichen Gerichtsbehörden durch den Wechsel des Personals eintritt, wo durch den Eintritt eines neuen Richters keineswegs das bisher in den Processen Geschehene aufgehoben und annullirt wird, während doch dem neu eintretenden Richter keineswegs die Freiheit genommen wird, nach seiner Ueberzeugung zu votiren und zu entscheiden.

Auch das gravamen des Querulanten, daß sein Schiedsrichter L. angewiesen worden, den vorschriftsmäßigen Revers zu unterzeichnen, bei der Commination, daß widrigenfalls das Wettgericht einen anderen Schiedsrichter für den Beklagten ernennen werde, kann nicht als begründet anerkannt werden. Querulant glaubt sein Wahlrecht beeinträchtigt und diese Bestimmung durch keine gesetzliche Vorschrift begründet. Dem Appellanten ist das Wahlrecht jedoch keineswegs genommen, vielmehr hat er solches durch die Ernennung des L. bereits ausgeübt, wie denn auch dieser seine Bereitwilligkeit zur Uebernahme des Amtes erklärt hat. Wenn Querulant aber seine Wahl in der Weise getroffen haben sollte, daß der Erwählte sich der Unterzeichnung des Reversals weigerte, so kann dies nur dem Falle gleichgeachtet werden, daß Querulant die Wahl eines Schiedsrichters selbst verweigere, und es muß dann dieselbe Bestimmung eintreten, die für den letzteren Fall gesetzlich vorgeschrieben ist, nämlich die Einsetzung des fehlenden Schiedsrichters durch das Gericht gemäß der Bestimmung des §. 56 l. c. Es würde sonst in die Hand des Querulanten gegeben sein, durch Wahl solcher Personen, die die Unterzeichnung des Reversals verweigern, das Zustandekommen des Schiedsgerichts zu vereiteln und somit den Kläger um sein Recht zu bringen. Dies ist aber nicht zulässig und es hat das Gericht auf Grund gesetzlicher Bestimmungen solche Anordnungen zu treffen, daß solchen Eventualitäten vorgebeugt werde. Daß das Schiedsgericht seiner Verpflichtung nachkomme und die ausstehende Definitiventscheidung in möglichst kürzester Frist treffe, dafür hat das Wettgericht in Gemäßheit des §. 71 l. c. durch Anwendung der dort vorgeschriebenen Zwangs- und Beahndungsmittel zu sorgen.“

Dieser Querelbescheid ist bestätigt durch Ukas des Dirig. Senats 3. Departement 2. Abtheilung vom 27. October 1877, Nr. 2212 und der Plenarversammlung der 3 ersten und des Heroldie-Departements vom 12. Juli 1879, Nr. 702.

447. Unterschied der Folgen der verzögerten Entscheidung bei dem freiwilligen und bei dem gesetzlichen Schiedsgericht.

I. Ein am 22. März 1877 constituirtes Schiedsgericht zur Erledigung der Differenzen zweier Kaufleute aus einer Handelsgesellschaft war wiederholt und zwar zuletzt bis zum 22. März 1878 durch Uebereinkunft der Parteien erstreckt worden. Als auch zu diesem Termin der Schiedsspruch nicht abgegeben war, beantragte Kläger eine abermalige Fristerstreckung, während Beklagter dagegen protestirte und namentlich erklärte, daß er das Vertrauen zu den Schiedsrichtern verloren habe. Das Wettgericht wies den Antrag des Beklagten, das Schiedsgericht für erloschen zu erkennen, am 25. April 1878 sub Nr. 260 ab und gab den Schiedsrichtern auf, binnen 2 Monaten bei Vermeidung der gesetzlichen Beahndung das schiedsrichterliche Erkenntniß abzugeben. Dieses Erkenntniß wurde durch den Querelbescheid vom 26. Juli 1878, Nr. 4999 unter folgender Motivirung bestätigt:

„Während das freiwillige Schiedsgericht als nicht zustandegeworden zu betrachten ist, sobald in der supplementarischen Frist kein Erkenntniß erfolgt (§. 33 der Schiedsgerichtsordnung), wird nach §. 70 eod. die Verhandlung einer Sache bei dem gesetzlich verordneten Schiedsgericht nicht vor deren Erledigung eingestellt. Denn selbst der Tod eines Schiedsrichters oder dessen Erkrankung oder Entfernung geben nur Veranlassung zu seiner Ersetzung durch einen anderen neu zu erwählenden Schiedsrichter und nach §. 71 eod. ist das gesetzlich verordnete Schiedsgericht wegen Verzögerung der Entscheidung über die supplementarische Frist hinaus nicht zu schließen; oder als nicht zu Stande gekommen zu betrachten, sondern es soll diejenige Behörde, unter welche die Angelegenheiten der Handelsgesellschaft fortiren, gegen die der Verzögerung schuldigen Schiedsrichter die durch die allgemeinen Gesetze in Bezug auf die Behörden vorgeschriebenen Zwangs- und Beahndungsmittel in Anwendung bringen. . . Darin, daß das Wettgericht am 22. November 1877 nicht mit solchen Mitteln gegen die Schiedsrichter vorging, kann eine Anerkennung dessen, daß das Schiedsgericht ein freiwilliges sei, nicht gefunden werden. Ein solches Vorgehen hätte nach §. 71 der Schiedsgerichtsordnung zur Voraussetzung gehabt, daß die Ver-

zögerung den Schiedsrichtern zur Schuld anzurechnen sei; ein bezügliches Verschulden ist aber bisher nicht angezeigt gewesen, bisher konnte also von der Anwendung von Zwangsmitteln auch nicht die Rede sein.

Auf den Einwand des Beklagten, daß er das Vertrauen zu dem constituirten Schiedsgericht verloren habe und daß der Schiedsrichter M. sich von dem Schiedsgerichte losgesagt habe, ist weiter nicht einzugehen, weil es schon bei dem freiwilligen Schiedsgericht (§. 18 eod.), umsomehr also bei dem gesetzlich verordneten, den Parteien untersagt ist, beliebig ihre Schiedsrichter zu wechseln, und weil die Schiedsrichter nach Producirung des Reversals sich von der übernommenen schiedsrichterlichen Vermittelung loszusagen, nicht berechtigt sind“.

II. „Die Verzögerung der Entscheidung einer Schiedsgerichtssache kann, wenn letztere vor ein gesetzlich verordnetes Schiedsgericht gehört, nach Art. 71 der Schiedsgerichtsordnung vom Jahre 1831, welcher sich die Litiganten ausdrücklich unterworfen haben, nicht die Aufhebung des Schiedsgerichts oder die Unwirksamkeit des verspätet ergangenen Schiedsspruches zur Folge haben, sondern nur zur Anwendung geeigneter Zwangs- und Beahndungsmittel gegen die säumigen Schiedsgerichtsmitglieder führen. Die vorliegende Streitsache gehört aber zu denjenigen, in welchen das Schiedsgericht nicht als freiwilliges, sondern in Anleitung des §. 51 a. a. D. als gesetzlich verordnetes zu fungiren, berufen ist. Der Umstand, daß dasselbe bis zur Fällung bzw. Publication des angefochtenen Erkenntnisses mehr als vier Monate Zeit gebraucht hat, berührt mithin die Wirksamkeit dieses Erkenntnisses nicht.“

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 19. December 1880, Nr. 8273.)

448. Nachtrag zu Nr. 53. Caution für die Widerklage bestellt durch Ertheilung einer unwiderruflichen Vollmacht an einen hiesigen Bevollmächtigten.

„Es herrscht unter den Parteien darüber Einverständnis, daß nach der städtischen Gerichtspraxis der auswärtige Widerbeklagte seiner Verpflichtung zur cautio pro reconventionem durch Bestellung

eines unwiderruflichen Bevollmächtigten in Riga, welcher seinerseits auf eine vorzeitige Kündigung der Vollmacht verzichtet, genügend nachkommt, und in der That wird hierdurch die Durchführung des durch die Widerklage entstehenden Processes bis zu rechtskräftiger Entscheidung regelmäßig gesichert sein. Die Clausel der Unwiderruflichkeit der Vollmacht ist nicht dahin zu verstehen, daß der Vollmachtgeber unter allen Umständen, selbst für den Fall betrügerischen Handelns des Bevollmächtigten an letzteren gebunden ist, sie bezweckt vielmehr nur, die einseitige und willkürliche Lossagung des Vollmachtgebers vom Vollmachtsvertrage und die dadurch für den Proceßgegner entstehenden Weiterungen zu verhindern. Dagegen bleibt es dem Vollmachtgeber unbenommen, etwaiges Mißtrauen, welches in ihm gegen seinen Mandatar entstehen würde, zur Kenntniß des Proceßrichters zu bringen und bei demselben eine Ersetzung des bisherigen Mandatars durch einen anderen unwiderruflichen Bevollmächtigten zu erwirken.

Uebrigens darf nicht übersehen werden, daß der oben erwähnte, durch die städtische Gerichtspraxis bestimmte Modus der Cautionsbestellung lediglich eine Vergünstigung für den Widerbeklagten enthält, welchen eine Realcaution, beispielsweise die Deposition einer nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Geldsumme, durch welche nach gemeinem Rechte die cautio pro reconventionem bestellt wird (Bayer, Civilproceß S. 102), viel eher drücken müßte. Demnach erscheint die Argumentation des Klägers, wonach die erwähnte Clausel der Unwiderruflichkeit eine Unsittlichkeit involviren soll, durchaus hinfällig, abgesehen davon, daß ihre Statthaftigkeit bei Proceßvollmachten sowohl durch die Praxis auswärtiger Gerichtshöfe (Seufferts Archiv XXIV, 291 sub 1 a. G.), als auch durch das Rig. Stadtrecht selbst Anerkennung findet, insofern im Buch II Cap. VII §. 1 daselbst die Proceßpartei, welche während schwebenden Processes zu verreisen beabsichtigt, zur Bestellung eines Bevollmächtigten auf Gewinn und Verlust der Sache verpflichtet wird, letztere aber eine gegenseitige Abrede zwischen dem Mandanten und dem Mandatar voraussetzt, vor rechtskräftiger Entscheidung des Processes das Vollmachtsverhältniß nicht lösen zu wollen. . . .

Im vorliegenden Falle, wo die Bevollmächtigung des Advocaten N. zur Vertretung des Klägers in der Widerklagesache nicht direct von letzterem ausgegangen ist, sondern von seinem General-

mandatar J., fällt die Bevollmächtigung des Advocaten K. unter den rechtlichen Gesichtspunkt einer theilweisen Vollmachtssubstitution (Art. 4379 und 4380 des Prov.-Rechts Th. III). Da nach Art. 4382 *ibid.* der erste Mandatar die Grenzen des ihm ertheilten Auftrages nicht überschreiten darf, widrigenfalls das Geschäft, soweit es dem Auftrage nicht entspricht, ungültig wird (Art. 4386), so hängt die vom klägerischen Generalmandatar J. erklärte Unwiderruflichkeit der dem Advocaten K. ertheilten Machtvollkommenheit davon ab, daß jener selbst eine unwiderrufliche Vollmacht erhalten hat oder doch durch die Generalvollmacht zu einer solchen Erklärung legitimirt erscheint. Ersteres ist nicht der Fall und ebensowenig ist beim Mangel ausdrücklicher Ermächtigung in dieser Beziehung das letztere anzunehmen, da nicht vorausgesetzt werden kann, daß Kläger, welcher auf den Widerruf der seinem Generalmandatar ertheilten Vollmacht nicht verzichtet hat, seine Zustimmung dazu habe geben wollen, daß dem ihm vielleicht gänzlich unbekanntem Dritten (dem vom Generalmandatar bestellten Substituten) eine weitergehende und umfangreichere Ermächtigung zur Proceßführung eingeräumt werde, als jener sie erhalten hat. Unter solchen Umständen erscheint das Anverlangen des Beklagten, daß der Verzicht des Klägers auf den Widerruf durch eine gehörig beurkundete Erklärung des Klägers selbst nachgewiesen werde, vollkommen gerechtfertigt.“

(Querelbescheid vom 12. Juni 1881, Nr. 3998.)

449. Nachtrag zu Nr. 370. Der Executivproceß ist nur zulässig gegen den Aussteller der Schuldenkunde, nicht gegen den dritten Besitzer des verpfändeten Immobilien.

„Eine der Grundregeln des gerichtlichen Verfahrens, das Princip des wechselseitigen Gehörs, hat den Zweck, der angegriffenen Proceßpartei die rechtliche Gelegenheit zu ihrer vollständigen Vertheidigung gegen den Anspruch des Gegners zu gewähren. Der Grund, weswegen von jener Regel im Executivproceße abgewichen wird, liegt nicht in einer zwingenden Vorschrift des Gesetzes für bestimmte Rechtsfachen (denn der Executivproceß ist nicht obligatorisch), sondern die Partei kann ihn wählen, er ist vielmehr darin

zu finden, daß die angegriffene Partei bzw. der Beklagte durch einen früheren Act freiwillig auf das ihr sonst zustehende uneingeschränkte Vertheidigungsrecht wenigstens provisorisch verzichtet hat. Dieser Act besteht in der Ausstellung vollbeweisender Vertragsurkunden zu Gunsten des anderen Contrahenten, durch welche dieser seine Forderung sofort liquid zu stellen in die Lage versetzt wird und damit das Recht der paraten Execution gegen den Schuldner erwirbt. Ursprünglich war die *s. g. confessio in jure*, ein interrogatorisches Verfahren vor dem ordentlichen Richter üblich, welcher nach vernommenem Schuldgeständniß den Zahlungsbefehl erließ, an welchen sich nöthigenfalls die Execution angeschlossen. Später wurde zur Vereinfachung des Verfahrens die das Schuldbekennniß enthaltende Urkunde vor dem Notar ausgestellt, welcher von sich aus den Zahlungsbefehl (das *s. g. praeceptum guarentigiae*) der Urkunde einverleibte, die darnach *instrumentum guarentigiatum* genannt wurde. Im Laufe der Zeit endlich legte man überhaupt öffentlichen Urkunden, die ein Schuldbekennniß, wenn auch keinen Zahlungsbefehl enthielten, die Beweisraft der *instrumenta guarentigiata* und die Befähigung zum Executivproceß bei (Bayer, *summar. Proceß* §. 41). Auf diesem Grunde steht denn auch die stadtrechtliche Civilproceßordnung. Das *Rig. Stadtrecht* bezeichnet als Urkunden, welche eine schnelle Rechtshilfe gewähren, die *instrumenta guarentigiata* „in welchen einer vor Notarien und Gezeugen eine Schuld gestehet“, ferner Siegel und Briefe „so unstrittbar“, auch hier zur Erklärung das Moment der gestandenen Schuld hinzufügend (*Lib. II Cap. XXIV* §§. 2 und 3, *XXII* §. 3. *Lib. III Tit VI* §. 1). Daß übrigens auch in anderen älteren Landesgesetzen der Ausdruck „klare Brief und Siegel“ nur als Umschreibung für „*instrumenta guarentigiata*“ gebraucht wurde, darf als bekannt vorausgesetzt werden (Schmid, *Handbuch III*, §. 206 Note 15).

Hält man den oben erwähnten Entstehungsgrund des Executivproceßes mit den einschlägigen Bestimmungen des *Rig. Stadtrechts* zusammen, so muß man als hier geltendes Recht den Grundsatz anerkennen, daß der Executivproceß nur gegen den Aussteller der öffentlichen Schuldurkunde, aus welcher der Kläger seinen Anspruch herleitet, eingeleitet werden kann, wobei es allerdings regelmäßig keinen Unterschied macht, ob der zur Klage gebrachte Anspruch aus einem persönlichen oder aus einem dinglichen Rechts-

verhältniß herrührt. Hieraus folgt, daß sich die hypothekarische Klage zum Executivproceß zwar eignet, insofern sie gegen den Verpfänder selbst angestellt wird, nicht aber wenn sie gegen den dritten Besizer des verpfändeten Immobilien gerichtet wird, der zum Kläger in gar kein Vertragsverhältniß getreten ist (vgl. Bayer a. a. O., §. 42 Note 4a).“

(Querelbescheid vom 12. August 1881, Nr. 5490.)

450. Nachtrag zu Nr. 164. Feststellung der Existenz oder Nichtexistenz eines Handelsgebrauches durch das Handelsgericht selbst.

Beklagter wollte den Beweis eines von ihm behaupteten Handelsgebrauches durch Sachverständige führen, wurde mit seiner Beweisantretung aber vom Handelsgericht zurückgewiesen. Die dazwider erhobene Beschwerde wurde durch Querelbescheid vom 15. Juli 1881, Nr. 4840 aus folgenden Gründen verworfen:

„Berücksichtigt man, daß über das Bestehen eines fraglichen Handelsgebrauches durch richterliches Urtheil zu erkennen ist und, wenn es sich um die unmittelbare Wahrnehmung und nicht um bestimmte Thatfachen handelt, aus denen erst auf die Existenz des Handelsgebrauches geschlossen werden soll, die dem Handelsstande angehörigen Gerichtsglieder in erster Reihe und unabhängig von den Ansichten dritter Personen berufen sind, durch sachkundige Wahrnehmung die Existenz eines Handelsgebrauches festzustellen, so muß einleuchten, daß das Gericht nur in solchen Fällen den Beweis eines Handelsgebrauches durch die denselben unmittelbar betreffenden Aussagen sachkundiger Personen zuzulassen veranlaßt sein kann, wo es über das Bestehen desselben sich im Zweifel befindet.“

Dieser Fall trifft aber hier nicht zu, weil nach dem übereinstimmenden Ausspruche der handelskundigen Beisitzer des Wettgerichts, wie auch des Raths hier am Orte eine Usance, wie diejenige, welche Beklagter beweisen will, gar nicht besteht.“

Berichtigung.

Bei dem Präjudicate Nr. 380 ist auf S. 410 durch ein Versehen der Schluß weggelassen worden, welcher lautet:

... der Einreden aufzuschieben sei ...

In Berücksichtigung des von den Stadtrechten bezogenen gemeinen Rechts sind die von diesem für den Wechselproceß festgestellten besonderen Eigenthümlichkeiten in Anwendung zu bringen. Dazu gehört aber vor allem, daß der Beklagte von dem Wechselkläger keine Caution verlangen kann, und in Berücksichtigung der Stadtrechte Lib. II Cap. VIII §. 1 und Cap. XII §. 4 müssen Wechselfachen zu denen gerechnet werden, welche den Vorstand nicht erfordern."

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bezeichnen die Seite.)

Abgaben der Krone, deren Beitreibung 1. 9.
Abwesenheit, Curatelbestellung wegen solcher 23.
— Contumacialverfahren gegen Abwesende 131.
— als Restitutionsgrund 133.
— des Eidespflichtigen vom Proceßorte 5. 256. 346.
Acceptation des Schiedsrides steht dessen Widerruf nicht entgegen 288.
Accessorien der Klageforderung sind nicht von Amtswegen zuzusprechen 134.
— bei Berechnung der Revisionssumme 339.
Accord im Concurse auf Grund des sog. Kononowschen Ukases 476—482.
Actiengesellschaft, Eidesleistung derselben 253.
— Schiedsgericht bei Streitigkeiten solcher 490.
Adicitat ist zum Zeugniß unfähig 197.
— bei der Eideszuschreibung 275.
Additionalbeweis setzt einen vorliegenden Beweis voraus 189.
— seine Nachgabe steht im richterlichen Ermessen 189. 191.
— im summarischen Proceße 190.
— s. auch Superadditionalbeweis.
Adhäsion des Appellaten 326.
Administration, Einsetzung einer solchen als Executionsmaßregel 384.
Adversative, deren Aufnahme in die Eidesformel 283.
Advocaten, Gerichtsstand der Rathsadvocaten 17.
— ihre ausschließliche Befugniß zur Proceßvertretung 62.
— präsumtives Mandat derselben 64.

Agenten von Versicherungsgesellschaften 23—25.
Allegationstermine im Concurse 470.
Amtsgericht, dessen Competenz 33.
Amtsthätigkeit d. Richters 133 ff. 284 ff.
Androhung der Ungehorsamsfolgen 129. 138. 259. 261.
Aenderung der Klage 87—92.
Anerkennung, Klage aus derselben 484.
— Revision gegen Urtheile, welche die Existenz der Klageforderung anerkennen 352.
Angebrachter Maßen, Abweisung der Klage a. M. 139—142. 147.
Animus constitendi bei dem außergerichtlichen Geständniß 297. 298.
Anmeldung im Concurse ist nur bei Concursforderungen nothwendig 459.
— entspricht der Klageanstellung 463.
— in mehreren Concursmassen gleichzeitig 463.
— während der Proclamsfrist, bzw. Allegationstermine 459. 470.
Annotation der Proceßkosten s. Armenrecht.
Antretung des Beweises s. Beweisantretung.
Anwalt, präsumtives Mandat derselben 64.
Appellation bei Undeutlichkeit des Urtheils 316.
— Erforderniß der Unterschrift auf der Appellationschrift 316.
— Erlegung des Appellationschillings 316. 317.
— eines der mehreren Streitgenossen 317.
— stillschweigender Verzicht auf dieselbe 318.

Appellation, Formulirung der gravamina 320. 321.

— **Justification der gravamina** 322.

— **Devolutiveffect derselben** 142. 287. 321. 323.

— **gegen Contumacialurtheile** 324.

— **in Wettgerichtssachen** 324.

— **gegen die Entscheidung über die Proceßkosten** 325.

— **Berechnung der Appellationssumme** 339—342.

— **ex capite novorum** 328 ff.

— **in Verbindung mit der Nichtigkeitsbeschwerde** 362—364.

— **im Executionsverfahren** 392.

— **im Executivproceße** 405 ff.

— **im Wechselproceße** 417 ff.

— **im Arrestproceße** 446.

Armenrecht, Voraussetzungen desselben 360.

— **befreit nicht von der juratorischen Caution** 69.

— **befreit nicht von der Erlegung des Appellationschillings** 316.

— **befreit nicht von der Urtheils Erfüllung bei der Revisionsanmeldung** 361.

— **sein Einfluß auf die Sicherheitsleistung bei der Revisionsanmeldung** 359. 361.

— **einer Concursumasse** 451. 475.

Arrest auf ausstehende Forderungen 387.

— **auf das Gehalt des Schuldners** 388.

— **auf den Paß** 391. 443.

— **ist im Falle anderweitiger Sicherheitsleistung zu heben** 437.

— **begründet für den Impetranten kein Pfandrecht** 442.

— **die Befreiung des Immobilienbesizers vom Arrest fällt weg, wenn der Impetrant ein Pfandrecht an den arrestirten Sachen hat** 436.

— **auf Handelswaaren** 429.

— **Haftung des Impetranten für unrichtige Arrestvollstreckung** 445.

Arrestproceß, Gerichtsstand 421 ff.

— **Erfordernisse des Arrestantrages** 424. 430.

— **Höhe und Wirkung der Arrestcaution** 425. 430.

— **Nothwendigkeit der Justification** 431. 433. 434.

— **Rechtsmittel** 446.

— **Arrestanträge des Rig. Hypothekenevereins** 438 ff.

Articulans non fatetur 182.

Artikel s. Beweisartikel.

Aufhebung des Arrestes 433. 434. 437.

— **des Concurses** 450. 474. 476 ff.

Auftrag von Immobilien, Protest dagegen 35.

Augenschein ex officio 136.

Aushändigung der Urkunde durch den Aussteller 237.

Ausländer, Cautionspflicht derselben 79. 80.

— **Leistung des Revisionsseides durch sie** 346.

Ausländisches Proceßrecht 4 ff.

Außerordentliche Proceße 399 ff.

Auszahlung von Concurzforderungen vor eingetretener Rechtskraft des Locationsurtheils 471—474.

Auszüge aus Kirchenbüchern 243.

Bausachen 345. 447.

Beerdigung des Handelsbuches 242.

— **des Wafferbuches** 240.

Befreiung der Immobilienbesizer vom Arrest 436.

Beglaubigung der Urkunden 399. 400.

Begründung der Klage 83. 85. 139 bis 141. 303.

— **des Arrestgesuches** 424. 430.

Beichtgeheimniß 194.

Beitreibung von Kronsabgaben 1. 9.

Beneficium novorum s. Novenbeweis.

— **cessionis honorum** 450. 453.

Berechnung der Appellationssumme 339—342.

Berufung s. Appellation.

Bescheinigung des Interventionsanspruchs 394. 395. 396. 398.

— **des Anspruchs im Arrestproceße** 424. 426.

Beschlagnahme s. Arrest und Pfändung.

Beschwerde gegen die Entscheidung über die Kosten 374.

— **wegen Justizverzögerung** 375.

— **nach veräumter Appellation** 376.

— **gegen proceßleitende Decrete** 405.

Beweis, das Beweisverfahren ist im ordentlichen Proceße von dem vorbereitenden Verfahren getrennt 105. 106.

— **hat nur die formelle Wahrheit festzustellen** 136. 274.

— **künstlicher** 301. 302.

— **äquipollenter** 172.

— **darf nur relevante Thatfachen betreffen** 173.

— **muß das ganze Beweisthema umfassen** 175.

Beweis, der Einredeweis ist gleichzeitig mit dem Klagebeweis zu führen 178.

— über die Wirkung der Beweismittel ist erst im Endurtheil zu erkennen 238.

— durch Zeugen 193 ff.

— durch Sachverständige 222 ff.

— durch Urkunden 229 ff.

— durch Eid 250 ff.

— Schluß des Beweisverfahrens 135. 180.

— Ergebnis des Beweises, Nothwehr 303 ff.

— in der Appellationsinstanz s. Koppenbeweis.

— im Executivproceß 404. 405.

— im Wechselproceß 415. 419.

Beweisantretung ohne vorgängige Nachgabe des Beweises 179.

— durch Bezugnahme auf actenmäßige Geständnisse 180.

— durch Zeugen 215. 216.

— durch Urkunden 229.

— beim künstlichen Beweise 302.

— Prüfung ihrer Relevanz 173. 238.

— wiederholte innerhalb der Beweisfrist 215.

Beweisartikel, deren Abfassung 216.

— ob sie ein Geständniß enthalten 182.

Beweisfrist ist ipso jure peremptorisch 174. 176. 177.

— Erstreckung derselben 123.

— wiederholte Beweisantretung innerhalb der Beweisfrist 215.

— für den Einredeweis ist zugleich mit der für den Klagebeweis anzuberaumen 178.

Beweisinterlocut in Nachlasssachen 45.

— schließt die Geltendmachung von nova nicht aus 112; vgl. 170.

— darf auch ohne bezüglichen Antrag erlassen werden 169. 178.

— Wirkung der Rechtskraft desselben 170—172.

— ist durch Revision anfechtbar 342.

Beweislast darüber, daß der Unterzeichner den Inhalt der Urkunde nicht gekannt habe 235.

— über die Aushändigung der Urkunde 237.

— wird wegen tatsächlicher Vermuthungen nicht verschoben 301.

— über das Eigenthum im Streite zwischen dem Arrestimpetranten und Intervenienten 396. 398.

Bittschriften-Commission, Einreichung des Gesuches an sie betreffend Revision der Senatsentscheidung hat keinen Suspensiveffect 380.

Buchseid ist ein Ergänzungsseid 243.

Calumnieneid s. Gefährdeid.

Candidatengrad begründet keinen privilegierten Gerichtsstand 16.

Cautionsleistung, Form derselben 81.

— über sie ist im summar. Proceß zu verhandeln 82.

— als Revisionsprästandum 356. 358 ff.

— bei der Erwirkung eines Arrestes 425. 430.

— bei der vorzeitigen Auszahlung von Concursforderungen 472. 473.

Cautio pro damnis et expensis ist von den Organen der Communalverwaltung nicht zu leisten 47.

— Voraussetzungen 67.

— Betrag 73.

— Folgen der Verweigerung 72.

— muß auch von der armen Partei juratorisch geleistet werden 71.

— seitens des Widerklägers 72.

— Erklärung, solche „eventuell“ übernehmen zu wollen 71.

— processualische Behandlung der Cautionsrede 101 sub III. 103.

— im Executiv- und Wechselproceß 410. 411. 509.

Cautio pro reconventionem ist nur de judicio sisti zu leisten 73. 76. 411.

— durch Ertheilung einer unwiderrieflichen Proceßvollmacht an einen Anwalt 75. 412. 504.

— seitens des Widerklägers 72.

— im Executiv- und Wechselproceß 410. 411. 509.

— fällt weg, wenn der Widerbeklagte ohnehin dem Proceßgericht unterworfen ist 411.

Cautio judicatum solvi 79—81.

Cedent als Zeuge zu Gunsten des Cessionars 198. 199.

— Eidesdelation an den Cedenten im Proceß des Schuldners mit dem Cessionar 270 ff.

Cessio honorum 450. 453.

Circumduction der Termine 128.

Citation mittelst Protokolles muß dem Borgeladenen persönlich zugestellt werden 117.

— der Gegenpartei z. Eidesleistung 264.

— mehrere Verhandlungen auf eine Citation 119.

- Collision** der Proceßgesetze 1. 4. 457.
 — zwischen Proceßrecht und Privat-
 recht 3.
- Commination** der Ungehorsamsfolgen
 ist Vorbedingung des Contumacial-
 decretes 129. 259. 261.
 — ist von Amtswegen festzusetzen 138.
- Comparatio litterarum** 237.
- Compensation**, Substantiirung der
 Compensationseinrede 113.
 — Verweisung der Gegenforderung
 ad separatum 143.
 — der Proceßkosten 159—169.
- Competenz** der Gerichte bei Steuer-
 forderungen 1. 9.
 — des Handelsgerichts 30-32. 427-429.
 — des Amtsgerichts 33.
 — des Waisengerichts 34—45.
 — für die Verhängung des Arrestes 421.
- Compromiß** muß in den durch die
 Schiedsgerichtsordnung vorgeschrie-
 benen Formen geschlossen werden
 483. 484. 486.
 — muß eine Bestimmung über den
 Obmann enthalten 484.
 — die Frist zur Urtheilsfällung darf
 ohne Zustimmung der Parteien nicht
 erstreckt werden 486.
 — nach dessen Erlöschen können die
 Parteien sich an die ordentlichen
 Gerichte wenden 488.
 — Nichtigkeitsbeschwerde gegen den
 Schiedspruch 488.
- Concurs** über insolvente Nachlaß-
 massen 39.
 — dessen Einfluß auf die Dispositi-
 onsfähigkeit des Cridars 152. 232.
 269. 459.
 — Gerichtsstand für die Eröffnung 448.
 — kann ohne Vernehmung des Schuld-
 ners eröffnet werden 449.
 — eröffnet auf einseitigen Antrag des
 Schuldners 449.
 — Eröffnung desselben beim Wider-
 spruche der Gläubiger 450—453.
 — gehört die Lebensversicherungss-
 summe zur Concursmasse? 453.
 — Erwerb des Cridars während des
 Concurses 454. 455.
 — Behandlung des Ueberschusses der
 Activmasse 456.
 — Verkauf von Immobilien die im
 Innern des Reiches liegen 457.
 — Bedeutung des Concursproclams
 459. 470.
 — Separationsrecht des Faustpfand-
 gläubigers 459.
- Concurs**, Erforderniß der Meldung
 im Concurse 463.
 — Anfechtung einer Forderung gegen
 eine Person, die sie nicht ange-
 meldet hat 464.
 — Prioritätsverfahren 465 ff.
 — Location der Proceß- und Wechsel-
 protestkosten 466. 467.
 — Location der Strafgeelder 467.
 — öffentliche Hypotheken sind in der
 Mobilarmasse nicht von Amtswegen
 zu berücksichtigen 468.
 — Auszahlung von Forderungen vor
 dem Locationsurtheil 471—474.
 — Aufhebung wegen Geringsfügigkeit
 der Masse 450. 474.
 — Zwangsnachlaß 476 ff.
- Concurscurator** hat die Liquidations-
 proceße zu führen 152. 269.
 — seine Pflicht zur Recognition vom
 Cridar ausgestellter Urkunden 232
 462.
 — seine Wahl und Bestätigung 460.
- Condictio sine causa** des im Exe-
 cutiv- oder Wechselproceße verur-
 theilten Schuldners 407. 418. 420
- Confessio** s. Geständniß.
- Confrontation** des Zeugen mit dem
 Producten 220.
- Contradictor** s. Concurscurator.
- Contumacia non accusata non
 nocet** 90. 126. 128.
- Contumacialfolgen** 121. 129.
 — müssen genau der Androhung ent-
 sprechen 128. 259. 261.
- Contumacialverfahren** auf ergangene
 Protokollcitation 117.
 — gegen Abwesende 130. 132.
 — die Verurtheilung setzt rechtliche
 Begründung der Klage voraus 145.
 — Zulässigkeit der Appellation 324.
- Conventionalpön** zur Sicherung der
 Erfüllung eines Compromisses 484.
 486.
- Conventionalproceß** 56. 406.
- Creditverein der Hansbesitzer**, Ver-
 steigerung ihm verpfändeter Immo-
 bilien 40.
- Cridar**, dessen vermögensrechtliche
 Stellung 152. 232. 269. 455. 459.
 — ist zur Räumung der Immobilien
 verpflichtet 458.
 — hat Anspruch auf Belassung seines
 Handwerkszeuges und notwendigen
 Hausrathes 454.
 — Fortführung seines Geschäfts 455.

- Eridar** ist durch das Vocationsurtheil nicht gebunden 152.
 — Geständniß desselben 181. 182.
 — als Zeuge 182. 204.
 — Eidesdelation an ihn 269.
- Criminalurtheil**, dessen Bedeutung im Civilproceße 154.
- Cumulation** der Klagen 85. 86.
 — widersprechender Einreden 109.
- Cura absentis**, von welchem Gericht einzusehen 34.
- Decrete**, Insinuation und Publication derselben 260.
 — Rechtskraft derselben 132. 313.
 — im Uebrigen s. Urtheil.
- Delation** des Eides s. Eideszuschiebung.
- Deposition** des Auerannten bei der Revisionsanmeldung 348 ff.
- Designation** der Proceßkosten 169. 351.
- Devolutiveffect** der Appellation 142. 287. 321. 323.
- Diffessionseid** 231. 234.
- Dilation** der Fristen 121—124.
- Dilatorische Einreden** 98. 99. 101. 104.
- Dispositionsbefugniß** ist Voraussetzung der Eidesleistung 251. 273.
 — des Eridars 152. 232. 269. 459.
 — der Proceßparteien 56. 406.
 — der Wittwen 53.
- Dispositiv** des Urtheils 149.
- Distribution** der Concursumasse 471 ff.
- Documentum guarentigiatum** 399. 400. 507.
- Domicil** des Eidespflichtigen 256.
 — des Schuldners bei der Concurs-eröffnung 448; bei der Arrestlegung 422.
- Dritte**, Eidesdelation an dritte Personen 253. 270 ff.
- Duplik**, Folgen der Versäumung derselben 114.
- Echtheit** der Urkunden 230—237.
 — Beweis der Echtheit im Wechselproceße 415. 416.
- Edictalladung** im Concurse 459. 470.
 — im Mortificationsverfahren 132.
 — außerhalb des Concurse bewirkt keine Aenderung des Gerichtsstandes 496.
- Edition** von Urkunden, die sich im Besiz eines Dritten befinden 229.
 — vom Beflagten im vorbereitenden Verfahren beantragt 104—107.
 — Verpflichtung dazu 247—249.
- Ehesfreitigkeiten** der Raskosniken 19.
- Eid**, Beweis durch Eid 250 ff.
 — Unzulässigkeit des Glaubenseides 232. 234. 281.
 — de ignorantia 281.
 — Verwerfung unnützer Eide von Amtswegen 285 ff.
- Eidesfähigkeit** der zum Verlust aller Standesrechte Verurtheilten 250.
 — der Minderjährigen 250 ff.
- Eidesformel** braucht nicht mit dem Beweisthema übereinzustimmen 282.
 — Aufnahme der s. g. Adversative 283.
 — deren unrichtige Fassung bewirkt nicht die Verwerfung des Eidesantrages 284.
 — ist von Amtswegen festzustellen 284. 285.
- Eidesleistung** muß regelmäßig vor dem Proceßgericht erfolgen 5. 256. 346.
 — bei den Behörden Englands 7.
 — juristischer Personen 253. 268.
 — einer Handlungsfirma 255. 268.
 — von Juden 257.
 — außerhalb des Proceßgerichts 256.
 — ohne Vorladung der Gegenpartei 264.
 — nicht in der gesetzlichen Form 267.
- Eidesmündigkeit** 250. 252.
- Eidetermin** muß vom Gericht anberaumt werden 259. 261.
 — Versäumung desselben 262—264.
- Eidesvertretung** 252—256.
- Eideszuschiebung**, Wesen derselben 270—273.
 — über die Prämissen eines künstlichen Beweises 283.
 — im Gegenbeweise 186.
 — an eine Handlungsfirma 268; vgl. 255.
 — an dritte Personen 253; insbesondere an den Eridar 270 ff.
 — nicht an den Eridar, sondern den Concurscurator 269.
 — Widerruf nach erfolgter Acceptation 288.
 — die Erklärung auf den Eid darf nicht nur im Verlangen des Gefährdeides bestehen 279.
 — Einreden des Delaten 280.
 — seitens des Wechselbeklagten 419.
 — Unzulässigkeit einer Gewissensvertretung im Eidetermin 288.
 — eventuelle 289—292.
 — Unanfechtbarkeit des geleisteten Eides vor dem Civilrichter 293.

- Einlassung** braucht mit peremptorischen Einreden nicht verbunden zu werden 104.
- muß im Executiv- und Wechselproceſſe mit den Einreden verbunden werden 413.
 - Folgen der verſäumten Einlaſſung 93.
 - muß deutlich und beſtimmt erfolgen 94—96.
 - mit Nichtwiſſen gilt als Verneinen 97.
- Einſetzungsrecht**, Friſt zu deſſen Geltendmachung 122.
- Einreden**, Zeitpunkt des Vorbringens derſelben 98. 101. 108.
- proceſſhindernde 100.
 - gerichtſablehnende 98. 100. 103. 410.
 - der fehlenden Proceſſcaution 102. 410.
 - illiquide peremptoriſche 104.
 - neuentſtandene 106. 329. 334.
 - Cumulation widerſprechender E. 109.
 - Subſtantiirung der Zahlungseinrede 110.
 - Subſtantiirung der Compensations-einrede 113.
 - gegen die Eideszuſchiebung 280.
 - im Executivproceſſe 404.
 - im Wechſelproceſſe 410. 413. 414.
- Entſchädigung** ſ. Schadenserſatz.
- Entſcheidungsgründe**, Rechtskraft derſelben 149. vergl. 320.
- Ergänzung** des Klagevortrages 92.
- Ergänzungseid** über die Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatſache 314.
- ſeine Auflage iſt vom richterlichen Ermessen abhängig 311.
 - Abänderung trotz der Rechtskraft des Urtheils 313.
- Ermessen** des Richters bei Auflage von Notheiden 311.
- bei der Entſcheidung über den Koſtenpunkt 373. 375.
 - bei Feſtſtellung der Entſchädigungssumme 137.
 - iſt durch Nichtigkeitsbeſchwerde nicht anſechtbar 368.
- Eröffnung** des Concurſes 449 ff.
- Erſtes Verfahren** iſt getrennt vom Beweisverfahren 106.
- Erſtreckung** von Präcluſivfriſten 121. 124. 126.
- von Beweis- und Nothfriſten 123.
- Erwerb** des Creditors während des Concurſes 454—456.
- Eventualmaxime** 100. 108. 109.
- Eventuelle Eidesbelation** 289—292.
- Exceptio deficientis legitimacionis** 109.
- deficientis cautionis ſ. Cautio.
 - fori incompetentis 27. 98. ff.
 - litiſ pendentis 13; im Executivproceſſe 404.
 - rejudicatae 13. 149—153. 370. 371.
 - im Uebrigen ſ. Einreden.
- Execution** muß mit der Executionsanſage beginnen 387.
- wird nur auf Antrag des Gläubigers bewerkſtelligt 380.
 - die Hilfsobjecte ſind vom Gläubiger nachzuweiſen 381.
 - in Mobilien begründet kein Faupſpfand 381.
 - in Immobilien 382—387.
 - in ausſtehende Forderungen 387—389.
 - durch Perſonalarreſt 389—392.
 - Rechtsmittel im Executionsverfahren 392. 393.
 - Intervention Dritter 394 ff.
- Executivproceß** findet nur aus qualifizirten Urkunden ſtatt 399. 507.
- erfordert keinen ausdrücklichen Antrag 400.
 - ſetzt Beibringung der Urkunden voraus 401.
 - bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen 402.
 - bei der Pfandklage 399. 506.
 - Zuläſſigkeit der Cautionseinrede 410. 411.
 - Einlaſſung muß mit den Einreden verbunden werden 413.
 - Beweis der Einreden 404.
 - Einrede des Schuldners, die Ceſſion ſei fingirt 403.
 - Rechtsmittel 405—407.
 - proviſoriſche Natur des Urtheils, Nachklage 407.
- Executores negotiorum** als Zeugen 211.
- Experten** ſ. Sachverſtändige.
- Fähigkeit** zum Zeugniſſe ſ. Zeugniß-
- zum Proceſſe 48—54.
 - zur Eidesleiſtung 250 ff.
- Fallenlaſſen** der Klage 92.
- Faupſpfand** wird durch Mobilienpfändung nicht erworben 381.
- der Faupſpfandgläubiger braucht am Concurſe nicht Theil zu nehmen 459.
- Feiertage** als Endpunkte von Friſten 121.

Feindschaft zwischen dem Zeugen und Producten 206.

Firma, Eidesdelation an sie 268; vgl. 255.

— Eidesleistung derselben 255.

Forideclinatorische Eureden 98. 100 bis 103. 410.

Forum solutionis 21. 424.

— prorogatum 25.

— reconventionis 28. 29. 411.

— arresti 421 ff.

— domicilii 22. 422. 448.

Frauenzimmer s. Weiber.

Frist, Erstreckung 121. 124. 126.

— deren Endpunkt auf einen Feiertag fällt 121.

— Versäumung 124. 126.

— Beginn, wenn gegen den Bescheid ein Rechtsmittel eingelegt wird 120.

— peremptorischer Charakter der Beweisfrist 123. 174. 176.

— zur Stellung von Zeugen 218.

— zur Urtheilserfüllung 355. 362.

— zur Erklärung auf den Gefährdeeid 280.

— zur Reluotion von Immobilien 121.

— zur Erklärung über den Schluß des Beweisverfahrens 135.

Gefährdeeid, dessen Forderung befreit nicht von der Erklärung auf den Eidesantrag 279.

— zur Erklärung über dessen Annahme wird keine Frist gewährt 280.

Gegenbeweis im Gegensatz zum Einredebeweis 178.

— ist gleichzeitig mit dem Hauptbeweis zu führen 185.

— ohne vorgängige Nachgabe angetreten 179.

— kann auch Thatfachen betreffen, die im vorbereitenden Verfahren nicht vorgebracht sind 188.

— durch Eidesdelation 186.

— gegen einen Gegenbeweis 187.

— gegen einen Novenbeweis 237.

— gegen einen Sachverständigenbeweis 228.

— gegen ein außergerichtliches Geständniß 300.

— gegen eine 2 Jahre alte Darlehnsurkunde 309.

— gegen ein gerichtliches Protokoll 246.

— gegen Abgabensforderungen der Krone 1.

Gegenfachverständige 224. 228.

Geistliche, deren Befreiung vom Zeugnisse 193.

Gemeinschaftliche Urkunden 248. 249.

Gemeinschuldner s. Cridar.

Gericht, dessen Befetzung bei collegialischer Verfassung 13.

— kann die Existenz einer Handelsunfance selbst feststellen 185. 508.

— Competenz bei Steuerforderungen der Krone 1. 9.

Gerichtsablehnende Eureden 98. 100 bis 103. 410.

Gerichtskundigkeit 183. 184. 402.

Gerichtskundsfähigkeit der Weiber 3. 50. ff.

— der einzelnen Organe der städtischen Communalverwaltung 47.

— minderjähriger Handwerksgefallen beim Amtsgericht 48.

Gerichtsstand von Personen, die gleiche Rechte mit dem persönlichen Adel genießen 15.

— der Rathsadvocaten 17.

— der Handelniederlassung 19. 448.

— des Erfüllungsortes 21. 424.

— für Klagen aus Wecheln, in denen kein Zahlungsort angegeben ist 22.

— vertragsmäßiger 24—28.

— des Wohnortes 22. 422. 448.

— der Agenten von Versicherungsgesellschaften 23—25.

— der Widerklage 28. 29. 411.

— des Arrestes 421 ff.

— für Ehefachen der Sectirer 19.

Geschlechtsvormundschaft 50 ff.

Gesellschaften, gesetzliches Schiedsgericht für Streitigkeiten derselben 489 ff.

Gesetzliche Beweisstheorie 136. 274.

Gesetzliches Schiedsgericht kann durch Prorogation nicht ausgeschlossen werden 26.

— gilt nach Maßgabe der Schiedsgerichtsordnung vom 15. April 1831 auch in Riga 489.

— bei Streitigkeiten von Actiengesellschaften 490.

— findet keine Anwendung auf die Gelegenheitsgesellschaft 494.

— bei Ansprüchen der Erben eines Gesellschafters 495.

— braucht nicht aus Kaufleuten zu bestehen 496.

Geständniß vor Gericht ist kein Beweismittel 181.

— eines Cridars 181. 182.

- Geständniß** in einem früheren Proceß derselben Parteien 296.
 — Beweisraft des außergerichtlichen Geständnisses 297. 304.
 — Irrthum bei dessen Ablegung 299.
 — sündigt wegen unterlassener Beantwortung gegnerischer Behauptungen 93—96. 111. 114. 413.
- Getreide- und Saat-Jury** der Rigaer Börse 483.
- Gewissensvertretung** darf im Eidestermine nicht mehr stattfinden 288.
- Glaubenseid** ist unzulässig 232. 234. 281. 315; vgl. aber 314.
- Gravamina** bei der Appellation 320—322.
- Gutachten** Sachverständiger s. Sachverständige.
- Handelsbücher** als Beweismittel 241—243.
 — sind gemeinschaftliche Urkunden 249.
- Handelsgebrauch**, dessen Feststellung 185. 508.
- Handelsgericht**, dessen Competenz 30—32; speciell bei der Arrestlegung 428.
- Handelniederlassung** begründet einen Gerichtsstand 19. 448.
- Handlungscommiss** als Zeuge zu Gunsten des Principals 199. 210.
- Handwerksgesellen** sind trotz der Minderjährigkeit fähig zur Verhandlung vor dem Amtsgericht 48.
- Handwerkzeug** des Eridars ist aus der Concursumasse auszuscheiden 455.
- Häufung** der Klagen 85. 86.
 — der Einreden 109.
- Hausbücher** als Beweismittel bzw. gemeinschaftliche Urkunden 248.
- Hypotheken**, öffentliche im Concurse 468.
- Hypothekenverein** zu Riga, Versteigerung ihm verpfändeter Immobilien 40.
 — Arrestanträge desselben 438 ff.
- Ignoranzeid** 281. 315.
- Immobilien**, Protest gegen den Auftrag solcher 35.
 — die zu einem Nachlaß gehören und bei einem Creditverein verpfändet sind 40.
 — Meißbotstellung eines Immobilien, das nicht auf den Namen des Besitzers aufgetragen ist 383. 387.
 — Administration über ein Immobilien als Executionsmahregel 384.
- Immobilien**, Ueberweisung derselben zur Verwaltung an den Gläubiger ist unstatthaft 386.
 — des Eridars müssen von ihm geräumt werden 458.
 — Verkauf von Immobilien, die zu einer hiesigen Concursumasse gehören, aber im Innern des Reiches belegen sind 457.
- Inhabilität** der Zeugen 195 ff.
- Injunation** s. Zustellung.
- Insolvenzerklärung** 449. 450. 452.
- Interesse** des Zeugen am Ausgange des Proceßes 195. 198. 200. 202. 213.
- Interlocutoriae vim definitivae habentes** 343. 344. 379.
- Intervention** ist summarisch zu verhandeln 394.
 — erfordert nur eine Bescheinigung des Eigenthums 394—396.
 — Beweislast über das Eigenthum im Streite zwischen dem Arrestimpetranten und Intervenienten 396. 398.
 — auf Grund juristischen Besitzes an der Pfandsache 398.
- Irrthum** bei der Ablegung eines außergerichtlichen Geständnisses 298.
 — als Restitutionsgrund 377.
- Judex** ne eat ultra petita partium 134. 139.
- Jury** der Rig. Börse für Streitigkeiten über Getreide und Weinsaat 483.
- Justification** der gravamina in der Appellationschrift 332.
 — des Arrestes 426 ff.
- Justizverzögerung**, Beschwerde wegen solcher 375.
- Kanzellei**, Einreichung von Schriftstücken in derselben 115. 435.
- Kirchen**, ob Streitfachen derselben ex officio dem Senat zur Revision vorzustellen sind 339.
- Kirchenbücher** als Beweis der ehelichen Geburt 243.
- Klage** kann nur gegen eine bestimmte Person erhoben werden 464.
 — Erforderniß der Angabe des Zeitmomentes 84.
 — Cumulation widersprechender Klagebitten 86.
 — spätere Erweiterung der Klageforderung 87—90.
 — Aenderung derselben 90—92.
 — Fallenlassen derselben nach der Diliscontestation 92.

Klage, deren Begründung 83. 85. 139—141. 303.
 — Abweisung angebrachter Maßen von Amtswegen 139—142.
 — Abweisung angebrachter Maßen und zugleich definitiv 146.
 — Vorbehalt der Separatklage braucht nicht in den Decisivworten ausgesprochen zu werden 146.
Klagenhäufung 85. 86.
Klagesteuer 82.
Kosten, Grund der Erzapflicht 160.
 — Umfang der zu erziehenden R. 155.
 — Designation 169. 351.
 — Nachweis derselben 156.
 — des Nothleidenden sind vom Eidespflichtigen zu tragen 157.
 — dürfen nicht dem Proceßvertreter auferlegt werden 157.
 — eines Zwischenverfahrens 158.
 — der Oberinstanz, wenn beide Theile appellirt haben 159.
 — des Restitutionsverfahrens 378.
 — Compensation derselben 159—169.
 — Appellation wegen derselben 325. 326.
 — Wichtigkeitsbeschwerde gegen die Entscheidung über die Kosten 373. 374.
 — Beschwerde ihretwegen 374.
 — sind bei Berechnung der Appellationssumme nicht mitzuzählen 339.
 — bei der Deposition des Aberkannnten 351.
 — eines nichtigen Erkenntnisses sind nicht eo ipso vom Richter zu tragen 373.
 — des Protestes von Wechseln nach der Concurseröffnung 466.
 — genießen nicht das Privilegium der Hauptforderung 467.
Krankheit als Grund der Versäumung des Eidetermins 262.
Kriegerische Vormundschaft 50—54.
Krone, Abgaben derselben 1. 9.
 — welche Sachen derselben dem Senat zur Revision vorzustellen sind 339.
Ladung mittelst Protokoll 117.
 — der Gegenpartei zur Eidesleistung 264.
 — öffentliche im Concurse 459. 470.
 — öffentliche im Mortificationsverfahren 132.
Lebensversicherungssumme, ob sie zur Concursmasse gehört 453.
Legitimation zum Proceße 60. 65. 67.
 — zur Sache ist von Amtswegen zu prüfen 54.
 — Einrede der mangelnden L. 109.

Liquidationsproceß bei Schadensersatzklagen 12.
Liquidität der Einreden im Executivproceße 404.
 — der Einreden im Wechselproceße 414. 419.
 — der Replikten ist im Wechselproceße nicht erforderlich 415.
 — der Forderungen bei der Abstimmung über den Zwangsnachlaß 481.
Litiscensorten s. Streitgenossen.
Litiscontestation braucht mit der Vorzüglichung von Einreden nicht verbunden zu werden 99. 101. 104.
 — Erforderniß der Bestimmtheit 93 ff.
 — mit Nichtwissen 97.
Litisdenuciation 57—59.
Litispfand 13. 404.
Litteraten, deren Gerichtsstand 15.
Location von Strafgebern im Concurse 467.
 — der nach der Concurseröffnung entstandenen Wechselprotestkosten 466.
 — der Proceßkosten 467.
Locationsurtheil ist nicht maßgebend für die spätere Nachforderung an den Schuldner 151.
 — Behandlung des Ueberschusses der Activa 455.
 — Auszahlung von Forderungen vor dem L. 471—474.

Makler, dessen Zeugniß über den Marktpreis 307.
 — Bedingungen der Beweiskraft des Maklerbuchs 240.
Mandatar als Zeuge 207; vgl. 200.
Mandatsproceß bei Steuerforderungen 2.
Mandatum praesumptum des recipirten Anwalts 64.
Manifestationseid des Rechnungspflichtigen 295.
Marktpreis wird durch das Zeugniß eines Maklers nicht bewiesen 307.
Mehrheit der Streitenden bei der Appellationsanmeldung 316.
 — der Klagegründe 85. 159.
Meineid 293.
Weißbottstellung eines verpfändeten Immobils, das nicht auf den Namen des Besitzers aufgetragen ist 383.
 — von Immobilien, die zu einem Nachlasse gehören und bei einem Creditverein verpfändet sind 40.

Minderjährige, Eidesleistung derselben 250—252.

— Gerichtsstandsfähigkeit 49.

Mortificationserkenntniß ist ein Contumacialurtheil 131.

Nachforderung an den Schuldner nach beendigtem Concurse 151. 456.

Nachfrage des im Executiv- oder im Wechselproceße verurtheilten Schuldners 407. 418. 420.

Nachlässen, deren Begriff 34—36. 39. 41.

Ne eat iudex ultra petita partium 134. 138—140.

Nichtigkeit des rechtskräftigen Beweisinterlocuts 171.

— eines Urtheils, das gegen ein anderes Urtheil unter denselben Parteien verstößt 369.

— ist von Amtswegen zu vermeiden 371. 405.

Nichtigkeitsbeschwerde in Verbindung mit der Appellation 362—364.

— erfordert Anführung des Nichtigkeitsgrundes 365.

— setzt voraus, daß die Nichtigkeit thatsächlich eine Beschwerde enthält 364.

— ist unstatthaft bei Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse 365, unrichtiger Gesetzesinterpretation 366, überhaupt gegen Entscheidungen die vom richterlichen Ermessen abhängen 368.

— gegen die Verjagung eines suspensiven Rechtsmittels im Wechselproceße 419.

— gegen das Urtheil eines inappellablen Schiedsgerichts 488.

Nichtwissen, Erklärung des N. gilt als Verneinen 97.

— Eid über das Nichtwissen 281. 315.

Notar, Zeugenvernehmung durch einen solchen 4.

— Eidesleistung vor demselben 4 ff.

Nothwehr 309—315.

— deren Einfluß auf den Kostenersatz 165.

— sind unzulässig bei der Bescheinigung 395.

Notorietät 183. 184.

Nova in erster Instanz 87 ff. 108. 111.

— in der Appellationsinstanz 329. 334.

Novembeweis gegen die Glaubwürdigkeit gegnerischer Zeugen 334.

— durch Zeugen 331. 336.

— Gegenbeweis dawider 337.

— findet bei den außerordentlichen Rechtsmitteln nicht statt 328.

Oberappellation s. Revision.

Obmann des Schiedsgerichts 484. 499.

Objective Klagenhäufung 85. 159.

Oeffentliche Hypotheken sind nur in der Immobilienmasse von Amtswegen zu berücksichtigen 468.

Oeffentliche Ladung s. Edictalcitation.

Offenbarungskleid s. Manifestationskleid.

Ordentliche Rechtsmittel 316—362.

Originalurkunden 229 ff. 401.

Parteiauträge, deren thatsächliche Begründung 83.

Parteien, deren Disposition im Proceße 56. 406.

Passebeschlagnahme 390. 391. 443.

Peremptorische Einreden 98. 104. 108.

Peremptorische Fristen 120 ff. 174.

Personalarrest ist vom forum domicilii anzuordnen 389.

— bewirkt keine Tilgung der Schuld 390.

— durch Beschlagnahme des Passes 390. 391. 443.

Pfandklage im Executivproceß 399. 506.

Pfändung von Mobilien begründet kein Faustpfand 381.

— eines Nießbrauchsrechts 386.

— ausstehender Forderungen im Gegenseze zum bloßen Sicherheitsarrest 387.

Pluspetitio ratione rei 143.

— ratione temporis 144.

— Einfluß derselben auf den Kostenpunkt 160—164.

Poena deserti muß ausdrücklich angedroht sein 259.

— praecclusi, confessi, convicti 101. 120. 128.

Präclusion, wann dieselbe beantragt werden darf 125. 261.

— setzt eine entsprechende Androhung voraus 129. 259. 261.

— der Klagebeantwortung 93. 97. 101. 118. 128.

— der Einreden 98 ff. 108.

— der Replik 111.

— der Duplik 114.

— der binnen der Proclamsfrist nicht gemeldeten Forderungen 459. 470.

- Präclufion** der Einwendungen gegen die Mortification einer Urkunde 131.
- Präclufivfrist** zur Erklärung auf die Klage 120.
- in Befcheiden, gegen welche Appel- lation eingelegt ift 120.
 - deren Erftreckung 121. 124. 126.
 - deren Endpunkt auf einen Feier- tag fällt 121.
- Präjudicate**, deren Bedeutung für spätere Fälle 153.
- Präfamtion** für die Bevollmächtigung des recipirten Anwalts 65.
- deren Einfluß auf die Beweislaft 301.
 - juris et de jure 236.
- Prävention**, Einrede der Pr. 103.
- Prioritätsverfahren** im Concurfe 465 ff.
- Probatio per aequipollens** 172.
- Proceßcautionen** f. Caution.
- Proceßfähigkeit** minderjähriger Hand- werksgejellen beim Amtsgericht 48.
- der Weiber 50 ff.
- Proceßhindernde** Einreden 98. 103.
- im Wechfelproceffe 413.
- Proceßkosten** f. Koften.
- Proceßleitung** des Richters 135 ff.
- Proceßordnung**, Verhältniß derselben zum Privatrecht 3.
- ift öffentliches Recht 4; vgl. 56. 406.
- Proceßvertreter** 59—67. 317.
- Proceßvollmacht**, Umfang derselben 60.
- Mangel derselben 61.
 - kann vom recipirten Anwalt nach- geliefert werden 64.
 - unwiderrüfliche zum Zwecke der Cautionßbeftellung 75. 412. 504.
- Proclam** im Concurfe 459. 470.
- in Nachlafsfachen wird vom Waijen- gericht verfügt 43.
 - im Mortificationsverfahren 132.
 - bewirkt keine Aenderung des Ge- richtsftandes für die Hauptfache 496.
- Procurant**, deffen Eidesleistung für die Firma 255. 268.
- Prorogation**, deren Vorausfetzungen 25—28.
- Protokoll** braucht im Verhandlungster- mine nicht vorgelefen zu werden 116.
- Beweis von Auslaffungen darin 246.
 - einer Eifenbahnverwaltung als ge- meinfchaftliche Urkunde 249.
- Protokollcitation** muß dem Geladenen perfonlich zugeftellt werden 117.
- Publication** der gerichtlichen Decrete 260.
- Purgatio contumaciae** 126. 128.
- Querela protractae justitiae** 375.
- Quittung** über Urkunden braucht das Gericht nicht zu ertheilen 230.
- Rasfoluiten**, Gerichtsftand für Ehe- ftreitigkeiten derselben 19.
- Rathhabition** der Proceßführung des nicht bevollmächtigten Vertreters 61.
- Recalcantion** 81.
- Rechnungsbücher** als Beweismittel 237 ff. 248.
- Rechnungsfehler** im Urtheil 155.
- Rechtskraft** der Decrete überhaupt 132. 313.
- des Urtheils 149—153. 313.
 - des Beweisinterlocuts 170—172.
 - des Mortificationserkenntnißes 132.
 - des Locationsurtheils ift bedeut- ungslos für die Nachforderungs- klage 151.
 - eines früheren Urtheils unter den- selben Parteien, ob von Amtswegen zu berückfichtigen 369—372.
 - im Executiv- oder Wechfelproceffe 418. 420.
- Rechtsmittel** 316 ff.
- im Executivproceffe 405—407.
 - im Wechfelproceffe 417—419.
 - im Executionsverfahren 392. 393.
 - im Arrestproceffe 446.
- Rechtsvermuthung** 302.
- Recognition** der Urkunden 231 ff.
- einer Urkunde durch Zeugen 236.
- Reconvention** f. Widerklage.
- Reformatio in pejus** ift als Regel unftatthaf 327.
- durch Abweijung der Klage ange- brachter Mafsen 142.
 - durch Streichung unnützer Eide 287.
- Reinigungseid** auf das Nichtwiffen geftellt 315.
- Relution** Frist zu deren Ausübung 122.
- Replik**, wieweit die Klage in ihr ge- ändert werden darf 87—92.
- muß die gefammte Erklärung auf den Exceptionßfaß umfaffen 110.
 - neuentstandene 111.
 - Beweis illiquider Repliken im Wechfelproceffe 415.
- Res judicata** f. Rechtskraft.
- Reftitution** gegen Fristverfäumniß 118. 124. 376.
- wegen Abwejenheit 133.
 - wegen entfchuldbaren Irrthums 377.
 - ift unftatthaf gegen Urtheile, welche die Sache vollftändig erledigen 379.

- Restitution**, Kosten des Restitutionsverfahrens 378.
- Revision**, Berechnung der Revisionssumme 339—342.
- gegen Beweisinterlocute 342.
 - gegen Urtheile, welche durch eine Eidesleistung bedingt sind 344. 348.
 - in Sachen, wo auf gerichtliche Protokolle gesprochen worden 344.
 - in Bau und Servitutssachen 345.
 - Revisionseid 346—348.
 - sonstige Prästanben im Einzelnen 348—362.
 - gegen den Bescheid auf ein Restitutionsgesuch 379.
 - gegen die Verurtheilung im Executionsproceß 407.
 - gegen die Verurtheilung im Wechselproceß 418.
- Richter**, dessen Verantwortlichkeit 46. 373.
- Recht der Proceßleitung 134 ff. 285.
 - Befugniß zur Streichung bzw. Umstüßung von Eiden 284 ff.
 - dessen Ermessen bei Auflage von Notheiden 311; bei der Entscheidung über die Kosten 373. 375.
 - hat unbegründete Klagen von Amtswegen abzuweisen 139—142.
- Sachlegitimation** 54. 109.
- Sachverständige**, Begriff derselben 222. 245.
- Einholung ihres Gutachtens von Amtswegen 137.
 - müssen vom Probanden namentlich bezeichnet werden 223.
 - Vernehmung durch den Richter 225.
 - Vereidigung 227.
 - haben ihr Gutachten nur über die ihnen vorgelegten Thatfachen zu erstatten 226.
 - Beweiskraft des Gutachtens 227.
 - widersprechende Gutachten bei einer Schätzung 227.
 - Gegenbeweis gegen einen Sachverständigenbeweis 227.
- Schadensersatz** nach richterlichem Ermessen fixirt 137.
- Trennung des Verfahrens über die Ersatzpflicht und den Schadensbetrag 11.
 - bei Handelsgeschäften competirt dem Handelsgericht 30.
- Schätzungseid** 293—395.
- Schiedsleid** s. Eideszuschreibung.
- Schiedsgericht** s. Compromiß und Gesetzliches Schiedsgericht.
- Schiedsspruch** eines nicht gemäß den Vorschriften der Schiedsgerichtsordnung eingesetzten Schiedsgerichts 484.
- Schluß** des Beweisverfahrens muß stets von den Parteien beantragt werden 180.
- Frist zur Erklärung auf den bezüglichen Antrag 135.
- Schriftsätze**, in der Kanzlei eingebracht 115. 435.
- Schriftvergleichung** 237.
- Schuldhaft** 389. 390.
- Schwägerschaft** zwischen dem Producenten und dem Zeugen 209.
- Senat**, Vollstreckung der Entscheidungen desselben 380.
- Sequestration** eines Immobiliens im Executionswege 300; vgl. 384.
- Sistrung** des Proceßes 116. 380.
- der Zeugen 217. 218.
- Statutencollision** 1. 4. 457.
- Stellvertretung** im Proceße 59—67. 317.
- Steuerforderungen der Krone**, deren Beitreibung 1. 9.
- Stillschweigen** gilt als Zugeständniß 93—96. 111. 114.
- Strafgelder** im Concurse 467.
- Strafurtheil** im Civilproceß 154.
- Streitgenossen** 58.
- bei der Appellationsanmeldung 317.
- Streitverkündigung** 57—59.
- Submission**, späteres Verfahren der Parteien 117. 327.
- Subornation** der Zeugen 337.
- Subscriptio tenet subscribentem** 234—236.
- Substantiirung** der Parteianträge 83—85. 110. 303.
- der Zahlungseinrede 110.
 - der Compensationseinrede 113.
 - der Klage ist von Amtswegen zu prüfen 139—141.
- Summa appellabilis**, deren Berechnung 339—342.
- Summarischer Proceß** 399 ff.
- über Cautionsgesuche 82.
 - bei Interventionsstreitigkeiten 394.
 - bei Handelsachen 446.
 - bei Dausachen 447.
 - bei Miethstreitigkeiten 448.
 - Zulässigkeit des Additionalbeweises 190. 193.
- Superadditionalbeweis** 191—193.

Suspensiveffect der Appellation im Executionsverfahren 392.

— im Executivproceſſe 405—407.

— im Wechſelproceſſe 417—419.

— im Arrestproceſſe 446.

Syndicatsklage 46.

Taxation, Meinungsdiverſenz der Sachverſtändigen 227.

Taufſchein, deſſen formelle Erforderniſſe 244.

Tenor ſententiae 149.

Termin, Circumduction deſſelben 128.

— zur Eidesleiſtung 258—264.

— deſſen Ablauf, wenn keine Stunde feſtgeſetzt war 262.

Testes ignoti 207.

— in propria causa 195 ff.

— ex auditu 303 ff.

— im Uebrigen ſ. Zeugniß.

Thatsächliche Subſtantiirung der Partheianträge 83—85. 110. 303.

Theilbetrag, Verurtheilung in ſolchen 133.

Tutorium, deſſen Mangel bei der Klageanſtellung durch den angeblichen Vormund 59.

Ueberſchuß der Concurſmaſſe über die Paſſiva 456.

Unbekannte als Zeugen 207.

Unfähigkeit der Zeugen 195 ff.

Ungehörſam, Anſchuldigung deſſelben 90. 126. 128. 261.

— Folgen deſſelben 121. 129. 145. 259.

— Purgation deſſelben 126. 128. 259.

Unterschrift auf einer Urkunde 234. 235.

— des Appellanten auf der Appella-
tionsſchrift 316 No. 286.

Urkunden, deren Edition 104—107. 229. 247—249.

— Beweiſanretung durch Urkunden, die ſich nicht bei den Acten befinden 229. 401.

— zerriffene oder beſchädigte 230.

— Recognition 231—234; durch Zeu-
gen 236.

— ſubſcriptio tenet ſubſcribentem 234—236.

— Feſtſtellung der Echtheit durch
Schriftvergleichung 237.

— gemeinſchaftliche 248. 249.

— Beweiſlaſt über die Ausreichung
der Urkunden 237.

— Beweiſkraft gegen Dritte 239.

— Verhältniß des Urkundenbeweiſes
zum Zeugenbeweiſe 308.

Urkunden, Rechnungsbücher 238 ff. 248.

— Handelsbücher 241. 249.

— Kirchenbücher 243.

— als Grundlage des Executivpro-
ceſſes 399—401.

— Quittung über deren Einreichung
bei Gericht 230.

Urtheil im Allgemeinen 142 ff.

— deſſen Wichtigkeit wegen mangel-
hafter Beſetzung des Gerichts 14.

— über den unſtreitigen Theilbetrag 133.

— über Accessorien der Klageforde-
rung 134.

— ob es die Forderung auch gegen
Dritte beweift 148.

— Rechtskraft deſſelben 149 ff. 313.

— Bedeutung für künftige Fälle 153.

— der Oberinſtanz, Bedeutung für
den Unterrichter 154.

— des Strafrichters, Bedeutung im
Civilproceſſe 154.

— Rechnungsfehler darin 155.

— Undeutlichkeit deſſelben 315.

— Publication 260.

— im Widerſpruche zu einem frühe-
ren Urtheile unter denſelben Par-
theien 369—372.

— im Executiv- oder Wechſelproceß
iſt nur ein proviſoriſches 407. 418. 420.

Urtheilsqual 372.

**Uzancen, deren Feſtſtellung durch das
Handelsgericht** 185. 508.

Veränderung der Klage 87—92.

Verantwortlichkeit des Richters 46.
373.

Verba decisiva 149.

**Verdächtigkeit der Zeugen, Gründe
derſelben** 206—212.

— ob von Amtswegen zu berückſich-
ſichtigen 212.

— kann vom Producenten nicht gel-
tend gemacht werden 213.

— Beweiſkraft verdächtiger Zeugen-
ausſagen 214.

Vereidigung der Zeugen 219.

— der Sachverſtändigen 227.

**Vergleich, Verſäumung des Eides-
termines wegen angeblichen Ver-
gleiches** 263.

Vergleichung der Koſten 159—169.

Verhandlungsmarime 134 ff. 176. 222.
285. 287. 372.

Verlängerung der Friſten 124—127.

Verlegung eines Termins 128.

**Vermuthungen, deren Einfluß auf die
Vertheilung der Beweiſlaſt** 301.

Vermuthungen, deren Bedeutung für das Urtheil 302. 306.

Vernehmung der Parteien unter dem Eide nach englischem Rechte 7.

— von Zeugen durch einen Notar 4.

— der Sachverständigen 225—227.

Versäumung von Fristen 124. 126.

— des Eidestermineß 262—264.

— Restitution dagegen 118. 124. 376.

Verurtheilung in den unstreitigen Theilbetrag 133.

Verzicht auf die Appellation durch Erfüllung des Urtheils 318.

Verzögerung der Justiz 375.

Vindication gepfändeter Sachen 394 bis 398.

Vollmacht zur Proceßführung 60—67.

— unwiderrufliche zur Bestellung der cautio de iudicio sisti 75. 412. 505.

Vormundschaft, kriegerische 50—54.

— Legitimation des Vormundes zur Proceßführung 59.

— Eidesleistung des Vormundes für den Pupillen 251. 252.

Wahrheitseid 232. 234. 281. 314. 315.

Waifengericht, dessen Competenz 34 bis 45.

Wechselforderung, deren Anmeldung im Concurse 463; insbesondere in mehreren Massen gleichzeitig 463 No. 422.

— Location der Protestkosten im Concurse 466.

Wechselproceß, Gerichtsstand für Klagen aus Wechseln, in denen kein Zahlungsort angegeben ist 21.

— Unzulässigkeit der Cautionseinrede 410. 411. 509.

— erfordert Verbindung der Einlassung mit den Einreden 413.

— Echtheitsbeweis 415.

— Beweis illiquider Replikten 415.

— Eidesantrag über Einreden ist unstatthaft 419.

— Rechtsmittel 417—419.

— Nachklage des verurtheilten Schuldners 418. 420.

Wechselfeitiges Gehör 2. 372.

Weiber bedürfen im Proceße der kriegerischen Vormundschaft 50—54.

Wettgericht s. Handelsgericht.

Widerklage, Gerichtsstand 28. 29. 411.

— Caution für die W. s. cautio pro reconventione.

— Cautionspflicht des Widerklägers 72.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand s. Restitution.

Widerruf der Eideszuschreibung nach der Acceptation 288.

Wittwen, Klagen derselben gegen ihre Rathsfreunde 38. 39.

— Dispositionsbefugniß derselben 53.

Wohnort des Eidespflichtigen 256.

— des Schuldners, welcher dem Personalarrest unterzogen werden soll 389.

— Gerichtsstand des Wohnortes 22. 422. 448.

Würdungsseid 293—295.

Zahlbar aller Orten 22.

Zeit, Angabe des Zeitpunktes in der Klage 84.

Zerstörlige Einreden 98. 104. 108.

Zeugnenbeweis muß auf einmal angetreten werden 215.

— Fassung der Beweisartikel 216.

— Verhältniß z. Urkundenbeweise 308.

— in der Appellationsinstanz 331. 336.

Zeugenvernehmung durch einen öffentlichen Notar im Auslande 4.

— Verpflichtung des Producenten zur Stellung der Zeugen 217. 218.

— Nichtigkeit wegen unterlassener Vertheidigung 219.

— Wiederholung wegen Widerspruches oder Unklarheit 219. 221.

Zeugniß in eigener Sache 195. 198. 200. 202.

— Befreiung der Geistlichen vom Zeugnisse 194.

— des Adcitaten 196.

— des Cedenten zu Gunsten des Cessionars 198. 199.

— des Commis zu Gunsten des Principals 199. 210.

— des Hauptschuldners zu Gunsten des Bürgen 201.

— des Directionsgliedes zu Gunsten der Direction 202.

— der Ehefrau zu Gunsten des Ehemannes 203.

— der Stiefmutter gegen die Stiefkinder 204.

— der Ascendenten und Descendenten 204 Note *

— des Cridars 182. 204.

— des Mandatars für den Mandanten 207.

— unbekannter Personen 207.

— der executores negotiorum 211.

— Berücksichtigung actenmäßiger Verdachtsgründe 212.

