

Beitschrift

für

Rechtswissenschaft

herausgegeben

von der juristischen Facultät

der

Universität Dorpat.

Zweiter Jahrgang.

Heft 2.

Dorpat.

Verlag von C. Mattiesen.

1870.

2576

Charles Canning

Est A-223

Im Namen der juristischen Facultät der Universität Dorpat heraus-
gegeben.

Dorpat, den 6. Mai 1870.

E. v. Hummel,
d. 3. Decan.

IV.

Zur Geschichte des livländischen Criminalprocesses während der Periode der schwedischen Herrschaft.

(Schluß.)

II. Die Criminalprocesspraxis in Livland während der schwedischen Herrschaft.

1. Inquisitionsprocess.

Die erste Erfahrung, die sich aus dem Studium der Acten der schwedischen Zeit ergibt, ist, daß ebenso wie die Gesetze über den Criminalprocess, auch die Praxis eine höchst unbestimmte und schwankende war. Besonders gilt dies von den ersten Decennien schwedischer Herrschaft. Das Verfahren bei den Landgerichten ist ein summarisches im weiteren Sinne, d. h. ein überaus kurzes. Großen Theils mußte hierzu auch die Einrichtung Veranlassung geben, daß die Landgerichte noch kein stehendes Gericht bildeten, sondern — wie sich aus den Acten ergibt ¹¹⁶⁾ — je nach Erforderniß, zu verschiedenen Zeiten sich auf den verschiedenen Höfen versammelten. Die Zeit reichte nicht aus, man mußte rasch zum Ziele kommen und die Verhandlungen tragen daher recht oft das Gepräge großer Flüchtigkeit. Ein schriftlicher, mit verschiedenen Förmlichkeiten verbundener Anklageprocess war unter diesen Umständen nicht

116) Vgl. auch D. Schmidt l. c. pag. 18.

Est. A.

möglich. Aber als vereinzelte Ausnahme finden wir auch schon seit der ältesten Zeit einen solchen.¹¹⁷⁾ Derartige vereinzelte Fälle¹¹⁸⁾ eines sich an den Civilproceß anlehenden accusatorischen Privatanklageprocesses kommen während der ganzen schwedischen Zeit vor. Eine bestimmte Regel für das Auftreten derselben läßt sich nicht geben, da sie die meisten, zur selben Zeit auch inquisitorisch verhandelten Verbrechen zum Gegenstande haben. Gewöhnlich gehören aber in diesen Processen die Parteien den besseren Ständen an oder zählen wenigstens nicht zum Bauerstande, so daß die Vermuthung nahe liegt, der schriftliche, förmliche Privatanklageproceß sei, der damit verbundenen Kosten wegen, in jener Zeit selten zur Uebung gekommen und allmählig ganz dem Drängen des Inquisitionsprocesses gewichen, obgleich er gesetzlich bei allen Criminalverbrechen und ohne Rücksicht auf den Stand des Verbrechers mindestens gestattet war.

Die Criminalacten, die mir vorgelegen haben, betreffen mit wenigen Ausnahmen schwerere Verbrechen von Delinquenten aus dem Bauernstande.¹¹⁹⁾ Die Processen werden mündlich zu Protokoll verhandelt und oft mit ganz erschreckender Schnelligkeit zu Ende gebracht. Ueber Leib und Leben des

117) So enthält z. B. eine Acte aus dem pernauschen Landgericht vom 6. Febr. 1635 einen Criminalproceß der Frau Gräfin Magdalena v. Thurn Balsafina Creuz contra Bernhard Stahl (kein Adelliger) peto. homicidii, welcher accusatorisch geführt wird und sich in rein civilprocessualischen Formen bewegt. — Ein ähnlicher Fall peto. stupri violenti findet sich aus dem Rtg. L.-G. vom 25. Juli 1637: Amtmann Lorenz gegen einen Schreiber Dluss Andersen. — Vom 31. Aug. 1641 Stephanus Dorenthal in Vollmacht David Schreibern contra Casper v. Bergen (scheint gleichfalls nicht adelig zu sein) absentem, peto. Gewaltthätigkeit. Accusatorischer Proceß mit Citation und Contumacialurtheil.

118) In den ersten 30 Jahren schwedischer Herrschaft kommen unter ca. 100 Processacten, die mir vorlagen, nur 12 solcher Processen vor.

119) In allen Fällen daher, wo bei Ausführung der Acten der Verbrecher nicht namentlich oder wenigstens nicht dem Stande nach bezeichnet ist, haben wir es mit Bauern zu thun.

A. 709

22208

Verbrechers wird gewöhnlich in einem Urtheil entschieden, dem nur zwei, ja nur eine Seite des breitgeschriebenen Protokolls vorausgeht. Ein Grund zu dieser Kürze lag freilich auch darin, daß dem Geständniß des Verbrechers ohne Weiteres unbedingte Beweiskraft zugesprochen wurde. Bei solcher Flüchtigkeit der Verhandlungen war selbstverständlich eine ängstliche Förmlichkeit nicht durchführbar und daher ist oft die Frage sehr schwer zu entscheiden, ob im vorliegenden Fall die inquisitorische oder die accusatorische Proceßform überwiege. Die Richtigkeit dieser Behauptung erweist sich am leichtesten in allen den Fällen, wo das Urtheil auf ein sofort abgelegtes Geständniß gegründet wird. Hier war kein Beweis nöthig und aus der Beweislast gerade läßt sich am sichersten der Schluß auf das Vorherrschen der einen oder der andern Proceßform ziehen. Bei weitem die meisten Proceßacten der älteren Zeit enthalten aber ein Urtheil, das ohne weiteren Beweis nur auf Grundlage des Geständnisses gefällt worden.

Von einem ausgebildeten Inquisitionsproceß andrerseits kann während der schwedischen Periode gar keine Rede sein, da die Voruntersuchung den Gerichten nicht oblag und in der ersten Zeit überhaupt gar nicht stattfand. Der Verbrecher wurde von den adeligen Gutsbesitzern, Pastoren, Arrendatoren, ¹²⁰⁾ oder aber, und zwar hauptsächlich, von denen, die durch das Verbrechen gelitten hatten, vor das Gericht gebracht. Polizeiliche vorbereitende Schritte waren unbekannt. Darin, daß der Verletzte mit dem Verbrecher vor den Richter trat und um Bestrafung, Genugthuung, Ersatz u. dgl. bat, liegt offenbar ein rein privatrechtliches Moment, das den Processen jener Zeit charakteristisch ist. Die ganze unvollkommene Gerichtsverfassung machte das Vorherrschen des privatrechtlichen, accusatorischen

120) Denen diese Verpflichtung gesetzlich oblag, cf. Landg.-Ord. von 1632 § 26 u. 27, königliche Resolution vom 6. August 1634 § 3 und Gouvernements-Placat vom 9. Mai 1689.

Principis in vieler Hinsicht nothwendig, da der Inquisitionsproceß bekanntlich zu seiner Realisirung viel umständlicherer Einrichtungen bedarf. Dieses accusatorische Princip gelangt aber durchaus nicht oft zu einem durchgreifenden Einfluß und der inquisitorischen Momente sind auch in den ältesten Acten schon genug vorhanden, um die Beurtheilung unsicher zu machen. Gehen wir näher auf diese Frage ein, so ergibt sich, daß der Gedanke, ein gerichtliches Verfahren könne auch im Criminalproceß nur auf Ansuchen einer verletzten Privatperson stattfinden, in jener Zeit so lebendig war, daß zuweilen sogar, wenn der Proceß entschieden ex officio begonnen und inquisitorisch durchgeführt wird, doch derjenige, den das Verbrechen am Meisten betrifft, im Urtheil oder Protokoll ganz grundlos als „Kläger“ bezeichnet wird.¹²¹⁾ Charakteristisch und gleichfalls ein entschieden privatrechtliches Moment ist die sehr häufig vorkommende Fürbitte des Verletzten, des „Klägers“, für den Verbrecher. Mitunter scheint darauf hin allein die gesetzliche Strafe erlassen zu werden.¹²²⁾ Jedenfalls wird es aber immer als ein für den Delinquenten sehr günstiger Umstand angesehen, wenn der „Kläger“ „auf seine Klage verzichtet“ oder sich mit dem Schuldigen „vertragen hat“, oder „für ihn bittet.“¹²³⁾ Beispiele hierfür finden sich in großer Anzahl und das Landgericht stellt, wenn es auch sich selbst das

121) Bernausches Landg. den 17. Juni 1642, pcto. fratric. — „die Beamten von Seßwegen“ bringen einen Bauern ein und bitten, daß das Gericht „die Sache verhören und was Recht darin verordnen wolle.“ Die betreffenden Zeugen sind auch gleich mitgebracht. Im Urtheil wird trotz des rein inquisitorischen Verfahrens die Wittve des Erschlagenen als „Klägerin“ aufgeführt, obgleich sie sich mit dem „Beklagten“ „vertragen“ hat und für ihn bittet.

122) So in einem Proceß aus dem bern. Landgericht vom 22. März 1639, in welchem der Kläger pcto. homicidii die ordentliche (Lebens-) Strafe erläßt und das Gericht seinem Wunsche willfährt.

123) Sunzell den 20. Juni 1641, pcto. adulterii. Bernau den 3. April 1639: „Beklagten Mutter und Weib pitten das Urtheil auff eine Geldstraffe zu setzen; Klägers aber verwilligen nicht darein.“ Todesurtheil.

Recht nicht zuspricht den „Beklagten“ zu absolviren, doch wenigstens dem Hofgericht ausdrücklich „die Fürbitte zur Beachtung anheim.“ Und doch, trotz dieses Vorwiegens accusatorischer Elemente, wird schon seit Anfang der schwedischen Zeit dem Inquisitionsprincip vielfach Rechnung getragen. Ja, selbst vereinzelt Fälle eines reinen Inquisitionsprocesses kommen schon sehr früh vor.¹²⁴⁾ Auch auf das „Gerücht“, die „Berüchtigung“, „Verdächtigung“ wird nicht wenig Gewicht gelegt, zuweilen sogar nur darauf hin ein Verfahren eingeleitet.¹²⁵⁾ Ein solches Einschreiten von Amtswegen scheint aber doch, obgleich es offenbar gestattet war, der Ueberzeugung der Richter nicht ganz entsprochen zu haben und die Anhänglichkeit an den Accusationsproceß zeigt sich häufig darin, daß in Fällen eines rein inquisitorischen Verfahrens das Gericht der Acte oder dem Protokoll eine gewissermaßen entschuldigende Bemerkung vorausschickt. So z. B. heißt es: *ex officio* wurde examinirt „weil kein Ankläger vorhanden,“ oder „weil der rechte Ankläger anigo nicht anwesend sei.“¹²⁶⁾ Jedoch wäre es entschieden falsch hieraus schließen zu wollen, daß der Inquisitionsproceß nun auch wirklich nur subsidiär in Ermangelung eines Anklägers zu Stande kam. Die genannten Ausdrücke sind vielmehr deshalb unwichtig, weil sie in sehr vielen vollkommen analogen Fällen gar nicht angewandt werden und auch in den Jahren, wo wir ihnen am häufigsten begegnen, verschiedene Beispiele

124) Der erste Fall ist vom 10. Jan. 1638: „ein gewisser Berner“, vom Landgericht „vorgefordert und *ex officio* befragt, wie es komme, daß sein Knecht so rasch verstorben und ob es wahr, daß er ihn getödtet.“ Die Sache wird ganz selbstständig vom Gericht, selbst ohne Nennung eines etwaigen Denuncianten, zu Ende geführt.

125) So 1638 den 4. Mai v. *Mig. L.-G. peto. infantic.*, 1639 den 6. März, Kirsholm, *peto. veneficii*, 1640 den 10. Juni desgl., 1646 den 13. Sept., Dorpat, *peto. incest.*, 1647 den 27. Nov. *peto. homie.* Dorpat.

126) *Mig. Landg.* den 19. Sept. 1644, *peto. homicidii* und daselbst 1646 den 1. Oct. *peto. venef.*

eines ohne Weiteres vom Gericht aufgenommenen Inquisitionsprocesses vorkommen.

Sehr bedeutend mußte die Verbreitung des Inquisitionsprocesses durch die auch bei uns recht ausgedehnte Anwendung der Tortur begünstigt werden, welche ¹²⁷⁾ gegen Nichtadelige mit Ausnahme des Militairs jederzeit gestattet war. Inquisitorische Momente lagen ferner den Bestimmungen ¹²⁸⁾ zu Grunde, durch welche dem Adel das jus apprehendi und incarcerandi, ein schwaches Surrogat für die fehlenden polizeilichen Anstalten, gegeben wurde, sowie in der Verpflichtung der Pastoren zur Anfertigung des sogenannten „Delinquentenzettels“, auf welchem alle in seinem Gebiet ihm zu Ohren gekommenen Verbrechen notirt waren. Dieser Zettel wurde vom Prediger dem Landgericht mit den Verbrechern, den Zeugen und sonstigen Beweismitteln eingeschickt. Am meisten wurde jedoch das stetige Vordringen des Inquisitionsprocesses in Livland gefördert durch die flüchtige und unvollkommene Form des Verfahrens in jener Zeit. Man war eben nicht an genaue, gesetzliche Formalitäten gebunden und so konnte der Richter, der schnell procediren mußte, sich sehr wohl nach Bedürfniß der Mittel bedienen, die dem Anklageproceß vollständig fremd waren, ohne dadurch ein wirkliches Recht des angeschuldigten oder des beschuldigenden „Parten“ zu verletzen. Dazu kam natürlich, daß die Anzulänglichkeit eines Criminalprocesses vom rein privatrechtlichen Standpunkt aus sich sehr bald als der öffentlichen Sicherheit gefährlich erweisen mußte und es war um so begreiflicher, daß die Praxis dem durch die Gesetzgebung zugelassenen Inquisitionsproceß immer mehr Eingang zu verschaffen wußte.

127) Eingeführt war sie durch die Landger.-Ord. v. 1632.

128) Vgl. Landger.-Ord. v. 1630 § 10 und Gouvernements-Placat v. 9. Mai 1689.

Bergegenwärtigen wir uns nun den Gang eines Criminalprocesses aus der schwedischen Zeit, wie er, besonders bevor die Fiscale häufiger auftraten, die Regel bildete. Sehr häufig beschließt und beginnt das Gericht die Sache in einer einzigen Sitzung. Am Anfang derselben erscheint ein „Kläger“ und trägt seinen Bericht vor, in welchem er den „Beklagten“ anschuldigt. Der Beklagte antwortet nun auf die Frage des Gerichts: ob dieses wahr sei? Dst ist die Antwort des Beklagten, etwa die Litiſcontestation, ganz genau nach den Klagepunkten abgefaßt, wenn deren mehrere waren. Geſteht der Schuldige, so folgt sofort das Urtheil. Ist Beweis nothwendig, so bringen die Partien ihre Zeugen auf Anordnung des Richters, etwa in der nächsten Sitzung, ein. Einige Male wird ihnen sogar „bei willkürlicher Strafe“¹²⁹⁾ in einem „Zwischenbescheide“, „Interlocutoria“, befohlen „besseren Beweis“ einzubringen, mit dem Zusatz: „alsdann erfolgen soll, was Rechtsens ist“¹³⁰⁾ u. dgl. m. Der Gegner verwirft zuweilen die Zeugen, wenn sie ihm verdächtig erscheinen, „verwilligt nicht darein“, wie es in den Acten heißt, und das Gericht entscheidet über die Zulässigkeit derselben. Hierauf werden nun die admittirten Zeugen auf Grund der „Interrogatoria generalia“ und „specialia“ befragt und über ihre Aussagen ein Zeugenſcrutinium angefertigt. Daneben kommen natürlich noch verschiedene Verhöre, Confrontationen u. vor. Das Urtheil wird von Land-Gericht *salva leuteratione* gefällt. — Dies wäre nun allerdings ein Privatanklageproceß in reinster Form. Aber, wenn sich auch allerdings diese einzelnen Bestandtheile zu einem accusatorischen Verfahren vereinigen ließen, so ist daraus doch durchaus nicht auf die Existenz eines Privatanklageprocesses in Livland während des 17. Jahrhun-

129) Bernau den 19. Febr. 1640 peto homie.

130) So am 28. Mai 1647 im Bern. L.-G. peto. venef.

derts zu schließen. Kaum ein Fall ließe sich aufführen, in welchem wirklich diese Vereinigung stattfindet. Einzeln finden wir dagegen fast in jedem Proceß eines von den aufgeführten accusatorischen Momenten eingestreut, aber, eben weil die Vereinigung fehlt, weil die Anwendung derartiger Grundsätze nicht nach einem System geschieht, konnte der Widerstand gegen die Verbreitung inquisitorischer Maßregeln nur ein ganz geringer sein und solch ein Widerstand mußte immer mehr aufhören, je mehr sich der Inquisitionsproceß als zweckmäßiger für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe erwies.

Wir müssen uns also ein ganz anderes Bild von dem gewöhnlichen Gange der Proceßverhandlungen jener Zeit machen. Daß ein Verfahren *ex officio* ohne jede „Klage“ einer etwa verletzten Privatperson, ja selbst ohne eine gerichtliche Denunciation¹³¹⁾ eingeleitet werden konnte, wurde schon oben erwähnt. Aber selbst wenn ein „peinlicher Ankläger“ auftritt, nimmt der Proceß zuweilen einen ganz anderen Gang, als sich hiernach erwarten ließe. „Kläger“ und „Beklagte“ treten oft zugleich mit ihren Zeugen auf und werden *promiscue* nach Gutdünken des Gerichts über den fraglichen Criminalfall befragt, darauf wird der Beklagte noch allein vernommen und „inquirirt“ und ebenfalls sehr häufig werden die Zeugen vom Gericht von Amtswegen durch Fragen an die „Parten“ in Erfahrung gebracht und gleichfalls *ex officio* „verschrieben“, d. h. das Gericht befiehlt den Gutsbesitzern, resp. Verwaltern die in ihrem Gebiete befindlichen Zeugen bei Strafe zu einem angegebenen Termin zu sistiren. Für gewöhnlich ist von einer Beweisspflicht der beiden Hauptpersonen im Proceß gar nicht die Rede. Ferner wird der Beklagte vom Gericht häufig gar nicht gleich zu einer speciellen Antwort auf die „Klage“ veranlaßt,

131) Mehr war wohl die damalige sog. „Klage“ nicht, da ihr fast immer jeder Klageantrag, das *petitum*, fehlte.

sondern erst der Bericht des Denuncianten und der von ihm vielleicht mitgebrachten Zeugen eingenommen und darauf folgt später, ganz ohne Mitwirken des Klägers, das „Verhör“, die „Inquisition“ von Amtswegen. Es geht hieraus hervor wie wenig wir für den Privatanklageproceß daraus folgern können, daß die Acten fast immer von „Klagen“ sprechen. Es ist jedenfalls unmöglich einen Proceß als accusatorisch zu bezeichnen, in welchem zu Anfang eine Privatperson auftritt, „klagt“, d. h. nur ganz kurz referirt, und darauf für die ganze weitere Verhandlung verschwindet, welche vom Richter ex officio mit Verhör, Confrontation, Zeugeneinforderung u. geführt wird. In ebenso incorrecter Weise lauten fast alle Ueberschriften der Acten und Protokolle, ganz ohne Rücksicht auf den Charakter der Verhandlung: „In Sachen (resp. peinlichen Sachen) des N. N. Klägers contra N. N. Beklagten.“ Wir haben es fast bei allen diesen Proceßten mit einer unfertigen Form des inquisitorischen Verfahrens zu thun, das gewöhnlich mit einer gerichtlichen Denunciation zu Anfang der Sitzung beginnt.

In der schwedischen Zeit selbst einen Zeitpunkt anzugeben, von dem an das inquisitorische Verfahren entschiedener und in größerem Umfang Verbreitung findet, ist nicht möglich. Ebenso unmöglich aber ist es mit W. v. Bock¹³²⁾ zu behaupten, daß nach dem Erscheinen der Executionsverordnung von 1669 eine Aenderung des Verfahrens zu Gunsten eines fiscalischen Accusationsprocesses eingetreten sei. Schon die flüchtigste Kenntnisaufnahme¹³³⁾ der Praxis, wie sie vor und nach diesem Gesetz sich gestaltete, beweist, daß die Executionsverordnung eine tiefer eingreifende Wirkung durchaus nicht gehabt hat. Eine wesentliche Aenderung des Criminalverfahrens vor und nach 1669 ist nicht zu entdecken. Wir begegnen während der ganzen schwe-

132) L. c. pag. 61.

133) Siehe die weiter unten gegebene Uebersicht.

dischen Zeit einer Praxis, die nach ihrem Gefallen und mit gesetzlicher, wenigstens stillschweigender Erlaubniß den Proceß so organisiert, wie es ihr zweckmäßig erscheint, und dieser langsam fortschreitende Entwicklungsgang wird durch keinerlei gesetzgeberische Einflüsse gehemmt oder in besondere Bahnen gelenkt. Regellos kommen, wie erwähnt, in verschiedenen Fällen ganz civilproceßualisch gestaltete Privatanklageproceße vor. Sie haben keinen allgemeinen Einfluß auf das Verfahren überhaupt und werden immer seltener. Das Verschwinden derselben ruft denn auch weiter keine Aenderung hervor, da dieselben Verbrechen, die hin und wieder accusatorisch verhandelt werden, zu gleicher Zeit auch häufig auf inquisitorischem Wege verfolgt werden. Daneben tritt dann seit den vierziger Jahren schon der Fiscal erst selten, später immer häufiger auf, die rein inquisitorisch verhandelten Fälle mehren sich schon gegen die Mitte des Jahrhunderts und in den letzten Decennien schwedischer Herrschaft bildet jedenfalls der Inquisitionsproceß mit alleiniger Thätigkeit des Richters die Regel, neben welchem auch recht häufig ein Verfahren unter Mitwirkung des Fiscals vorkommt. Wir finden somit die oben pag. 80 sub 1 aufgestellte Ansicht über die gesetzlichen Bestimmungen der schwedischen Zeit bezüglich des Criminalprocesses in vollstem Maaße bestätigt. Die Praxis ist durchaus nicht im Unrecht, wenn sie auf Gesetz und Gerichtsgebrauch der schwedischen Periode sich beruft und in allen Verbrechen Unadelstiger den Inquisitionsproceß als Regel aufstellt.

Noch auf einen Umstand sei hier hingewiesen, der es dem Inquisitionsproceß erleichterte, allmählig accusatorische Formalitäten aus dem Wege zu räumen. Wie wir sahen, existirte im schwedischen Livland bei mangelnder Voruntersuchungsbehörde die Einrichtung, daß adelige Gutsbesitzer, Arrendatoren, Prediger u. s. w. die Verbrecher, welche ihnen auf ihren Gütern bekannt oder als solche bezeichnet waren, festnehmen und

dem Landgericht nebst den etwa vorhandenen Beweismitteln einschicken mußten. Gewöhnlich geschah dies in Begleitung eines Briefes, der die Anschuldigung enthielt, über aufgefundenene Beweismittel referirte und auch wohl häufig Ausdrücke wie „ich klage“ und dgl. enthielt. Dieser Brief mochte wohl für gewöhnlich als formeller Grund zur Vornahme eines Verfahrens ex officio betrachtet werden. Man bezeichnete ihn als „peinliche Klage“, der an dem weiteren Verlauf des Processes jedenfalls gänzlich unschuldige Absender hieß „Kläger, peinlicher Kläger“ und den accusatorischen Formalitäten war damit gewöhnlich Genüge gethan. Solche ausführlichere Briefe kommen aber mehr und mehr in Abnahme. Die Delinquenten werden (wahrscheinlich mit einer ganz kurzen Anzeige) dem Landgericht übermittelt, inhaftirt und der Proceß beginnt häufig mit einer Mittheilung des Gefängnißaufsehers, welcher in der Sitzung dem Gericht erklärt, es sei ein Delinquent, der irgend eines Verbrechens angeeschuldigt ist, „eingeschickt.“ Der Beschuldigte wird darauf dem Landgericht „vorgestellt“ und „ex officio befragt“ und hierbei lautet die erste Frage des Inquirenten meist sehr einfach: „warum“ jener „hierher geschickt sei?“ Gegen Ende des 17. Jahrhunderts fallen auch diese Nachrichten über die Art und Weise, wie der Delinquent vor Gericht gebracht worden, fast immer fort. Das Bewußtsein des Gerichts, daß es ein gutes Recht habe inquisitorisch zu verfahren, zeigt sich auch darin, daß der Anfang der Criminalproceßacten, ohne weitere Motivirung oder Entschuldigung, jetzt einfach lautet: „N. N., vorgestellt und vom königlichen Landgericht ex officio befragt.“

Wie mit diesen Briefen ging es auch mit dem Delinquentenzettel der Prediger. Derselbe wurde an den Fiscal oder an das Landgericht eingeschickt. Dst leitete dann der Fiscal sein gerichtliches Verfahren ein, oft aber inquirirte auch das Landgericht ganz einfach ex officio. Dem Protokoll findet

sich dann wohl die Bemerkung vorangestellt: „das königliche Landgericht hatte in Erfahrung gebracht aus des Herrn pastoris eingeschicktem Delinquentenzettel, daß“ *ic.* Trotz der oft in Kleinigkeiten zur Schau getragenen Anwendung accusatorischer Formen hatte übrigens auch die Praxis selbst schließlich das Bewußtsein, daß der Inquisitionsproceß in Livland der herrschende sei. Dies geht schon daraus hervor, daß in der späteren schwedischen Zeit fast alle landgerichtlichen Acten, ohne Rücksicht auf das in ihnen geschilderte Verfahren, die Ueberschrift: „Acta Inquisitionalia“ tragen. Noch ein auffallenderes Beispiel aber giebt ein Criminalproceß der von 1683—1689 beim Wendenschen Landgericht verhandelt wird. Es ist ein Privatanklageproceß, der fast ganz nach civilproceßualischen Grundsätzen geführt wird. Nicht nur lautet aber auch hier die Ueberschrift: „Inquisitionsache“, sondern in den Schriften kommen mehrmals statt: königliches Landgericht, königlicher Landrichter die Ausdrücke vor: „königliches Inquisitionsgericht“, „königlicher Inquisitionsrichter.“

2. Proceß mit Betheiligung des Fiscals.

Wir kommen jetzt zur Lösung der zweiten pag. 80 aufgestellten Frage, zur Beurtheilung der fiscalischen Thätigkeit, wie sie sich in der Praxis zeigte. Zunächst muß auch hier auf die Praxis in den deutschen Territorien zurückgegangen werden.

Der Gedanke der öffentlichen Anklage war in Deutschland schon früh eingebürgert, jedoch hielt man noch immer an der Privatanklage als Regel fest und darum mußte der hauptsächlichste und natürlichste Fall für das amtliche Auftreten des Fiscals derjenige sein, wo er in Ermangelung eines über das Verbrechen klagenden Privatmannes den Verbrecher vor Gericht verfolgte. Der Fiscal richtete sich hierbei nach den Regeln des Accusationsprocesses. Später, als in Deutschland Anklage- und Untersuchungsverfahren neben einander bestanden, war der

Fiscal natürlich nur dann zur Erhebung der öffentlichen Anklage gezwungen, wenn ein Verbrechen vorlag, das gesetzlich nur im Wege des Anklageprocesses gestraft werden konnte und kein Privatankläger auftrat. Der Proceß ging hier „von Termin zu Termin, ordentlich, doch schleunig“ vor sich. Bei diesem reinen Anklageproceß konnte jedoch¹³⁴⁾ Verschiedenes „was im Untersuchungsproceß gleichfalls geschieht, zum Exempel vorläufige Untersuchung, Confrontation, Folter“ in Anwendung kommen, ohne daß der Proceß dadurch den entschieden accusatorischen Charakter verlor und kam dabei das „*officium supplementarium*“ des Richters insofern zur Geltung, als er vermöge seines Amtes dasjenige ergänzen konnte, was der Fiscal zu bitten unterlassen hatte und wenn der Fiscal den Proceßgang liegen ließ, so hatte er ihn von selbst weiter fortzuführen, welchen Falls sich dann der Anklageproceß in den Inquisitionsproceß verwandelte.¹³⁵⁾ Der zweite Fall des Auftretens des Fiscals ist im sächsischen sog. „Nachtproceß“, welcher in einigen Gebieten dann stattfand, (und sich nach besonderen Bestimmungen regelte) wenn bei einem Capitalverbrechen der Thäter entflohen war. Der Fiscal mußte hier vor dem „hochnothpeinlichen Nachtgericht“ die Anklage erheben. — In vielen deutschen Gebieten, (Westphalen, Holstein, Hessen, Bremen u.) wo sich der Untersuchungsproceß mehr eingebürgert hatte, trat die Thätigkeit eines Fiscals erst ein, nachdem der Richter von Amtswegen die völlige Generaluntersuchung „auch wohl eins und das Andere *ex officio* unternommen, was eigentlich zur Specialinquisition gehöret.“ Ergab sich nämlich hierbei Grund zu weiterer Verfolgung des Verbrechens, so reichte der Fiscal eine artikulirte peinliche Klage ein oder übergab bloße Artikel. Darauf folgte

134) Vgl. Meißner l. c. pag. 205.

135) Vgl. auch Quistorp „Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts“ pag. 430—445 § 799 und pag. 94.

die Einlassung und nun wurde wie im bürgerlichen, ordentlichen Proceß schriftlich verfahren und Beweis und Gegenbeweis geführt.¹³⁶⁾ Der Fiscal hatte ferner auf die zu den Acten gebrachte Vertheidigungsschrift des Inquiriten im Untersuchungsproceß in dem Fall eine Widerlegung zu verfassen, wenn die zur gesetzmäßigen Entscheidung nothwendigen Widerlegungsgründe in den Acten vorhanden waren, aber ohne besondern Hinweis von den Urtheilssassern voraussichtlich nicht bemerkt worden wären. Der Fiscal trat also nicht auf, wenn sich etwa neue Indicien fanden, — hier setzte der Richter die Inquisition fort, — oder wenn offenbar ungesetzliche Gründe von dem Defensor angeführt worden waren. Dieser Fall der fiscalischen Thätigkeit hing übrigens vielfach von dem jedesmaligen Gerichtsgebrauch ab. — An einigen Orten, wo der reine Untersuchungsproceß üblich war, kam es auch nicht selten vor, daß der Fiscal mit der bloßen Verfertigung von Inquisitionskarteln beauftragt wurde, falls z. B. die Unfähigkeit des Richters oder andere wichtige Ursachen dazu Veranlassung gaben. Die Inquisitionskartel vertraten gewissermaßen die Stelle der Klage, da sie vom öffentlichen Ankläger als solchem verfaßt waren. Den Gegensatz zu dieser letzteren Amtspflicht des Fiscals im Untersuchungsproceße bildet dann der Fall, wo der Fiscal eine peinliche Anklage übergiebt und dadurch den Untersuchungsproceß abschließt. Dieses Recht stand ihm nämlich zu und hatte eine solche Anklage den ordentlichen accusatorischen Proceß zur Folge, falls nicht ausnahmsweise, wie z. B. bei Notorität des Verbrechens ein summarisches Verfahren eintrat. — Abgesehen von dieser Thätigkeit des Fiscals als actor

136) Wir haben in dieser Schilderung ziemlich genau den fiscalischen Proceß, wie er noch gegenwärtig beim k. Hofgericht vom Oberfiscal als actor officiosus in Criminalsachen Adeliger geführt wird und in seiner Langsamkeit und Unbeholfenheit — besonders aber durch den Mangel an gesetzlicher Normirung — vielfach zur Verschleppung der Criminalproceße dient.

officiosus im engeren Sinne ist noch hervorzuheben, daß dem Fiscal, entsprechend der Natur seines Amtes, in allen Verordnungen zur Pflicht gemacht wurde, begangene Verbrechen zur Anzeige zu bringen, damit der Richter die nöthigen Anordnungen zur Untersuchung treffe. Dies ist die sog. „fiscalische Rüge“, welche jedenfalls ganz anderer Natur ist, als die Thätigkeit der römischen delatores. Letztere gingen nämlich geradezu auf die Ausspürung von Verbrechen aus, während der Fiscal nur schuldig war das ihm zu Ohren Gekommene zu melden, wobei er natürlich von aller Verantwortung frei war, wenn er bona fide gehandelt hatte.

Vorstehende Notizen ¹³⁷⁾ sind Alles, was sich über die Thätigkeit der Fiscale im Strafproceß in Deutschland findet. Fassen wir sie zusammen, so ergibt sich: das deutsche Fiscalat, wie es sich in den einzelnen Territorien verschieden ausbildete, ist ein Institut, welches zwischen Anklage- und Untersuchungsproceß steht und je nach den einzelnen Gebieten alle die verschiedenen proceßualischen Thätigkeiten zu seiner Amtspflicht zählt, die sich von der Erhebung der Anklage und der Durchführung eines civilproceßualisch geformten accusatorischen Proceßes bis herab auf die einfache Denunciation mit darauf folgendem Inquisitionsverfahren denken lassen. Ist es somit überhaupt nicht leicht die Grenzen der fiscalischen Thätigkeit im einzelnen deutschen Particularrecht festzustellen, so wird diese Aufgabe ungleich schwieriger in Bezug auf unser livländisches Recht, weil hier während der schwedischen Periode der Kampf zwischen Accusations- und Inquisitionsprincip ein viel schwankenderes Resultat giebt als in Deutschland. Beide Proceßarten waren noch nicht zu voller Entwicklung gelangt und darum war auch ein sicheres Auseinanderhalten derselben in

137) Sie sind eininommen den angeführten Abhandlungen von Ortloff und Meißner.

der Praxis kaum möglich. In diesen jugendlichen Criminalproceß setzte die schwedische Gesetzgebung nun noch zum Ueberfluß das Fiscalat hinein, das, an sich schon von wenig bestimmter Natur, die Verwirrung nur noch vermehren mußte. Berücksichtigt man, daß in der damaligen Zeit die Ideen des Anklageprocesses noch allgemein verbreitet waren und wenn auch oft nur in äußeren Formalitäten dem vielfach zweckmäßigeren Untersuchungsproceß Widerstand leisteten, so liegt der Gedanke nahe, die schwedische Gesetzgebung habe das Fiscalat geschaffen, um in einem accusatorischen Officialverfahren die Vortheile des Anklage- und Untersuchungs-Verfahrens zu vereinigen. Für diese Vermuthung läßt sich aber aus den Gesetzen gar kein, aus der Praxis nur sehr wenig Beweismaterial herbeischaffen. Kein accusatorisch und schriftlich geführte Criminalsachen, in denen der Fiscal als anklagende Partei fungirt, finden sich nur ausnahmsweise und in verschwindend kleiner Anzahl. Aus welchem Grunde solche Ausnahmen stattfanden, läßt sich wohl nicht allgemein feststellen. So wurden z. B. in den Jahren 1674 und 1693 im dörrptschen Landgericht zwei Todschlagproceße gegen Nichtadlige rein accusatorisch und schriftlich geführt, während das homicidium sonst immer im Inquisitionsproceß verfolgt wird. Wahrscheinlich ist wohl, daß der Fiscal ebenso berechtigt war, wie jede Privatperson, welche die Kosten nicht scheute, einen Anklageproceß mit Ausschließung des Inquisitionsprocesses einzuleiten¹³⁸⁾. Diese Vermuthung wird unterstützt durch die oben¹³⁹⁾ gemachte Erfahrung, daß in den deutschen Ländern, wo der Untersuchungsproceß herrschte, der Fiscal jederzeit durch Einreichung seiner ordentlichen Klage ein accusatorisches Verfahren erzwingen konnte. Daß der Fiscal, schon um der größeren Arbeit zu entgehen, sich nur sehr selten

138) Vgl. oben pag. 160.

139) Vgl. pag. 112.

zu dieser Maßregel entschloß, ist selbstverständlich und erklärt auch das vereinzelte Vorkommen derartiger Fälle ¹⁴⁰⁾.

Für die oben ¹⁴¹⁾ auf Grundlage der Geseze vertretene Ansicht, daß bei „Amtsvergehen u.“ die fiskalische peinliche Klage mit nachfolgendem Accusationsproceß die Regel war, lassen sich verschiedene Beispiele aufführen. Es finden sich fiskalische Proceffe wegen willkürlicher Inhaftirung eines Menschen gegen einen Amtmann (15. Juni 1672, Rig. Landg.), im Jahre 1680 (21. Decbr.) wird vom Wendenschen Land-Gericht dem Fiscal gegen den Pastor „ob exercitium jurisdictionis privatae“ „die actio salva reserviret“, 1640 am 3. Octbr. bestimmt das Hofgericht: es sei gegen das Landgericht, welches ohne Erlaubniß des Hofgerichts die Tortur angewandt hatte, der „processus per Fiscalem instituendus“ u. s. w. Hierher gehört gleichfalls die fiskalische Klage wegen Despectirung des Gerichts, frivolser Recusation u. dgl., wovon die Acten der schwedischen Zeit einige Beispiele liefern. In allen diesen Fällen bildet nach der Praxis die Regel der schriftliche Accusationsproceß, der jedoch auch Ausnahmen erleidet, denn selbst solche Fälle werden zuweilen mündlich zu Protocoll, oft ganz kurz und auch theilweise nach inquisitorischen Grundzügen verhandelt. Dieser Widerspruch mit dem Geseze wäre am leichtesten zu lösen, wenn man die Executionsverordnung von 1669 so auffaßte, als sei daselbst mit dem Ausdruck „anklagen“ nur allgemein eine fiskalische Thätigkeit, hauptsächlich die Denuncia-

140) Am häufigsten scheint der accusatorische, schriftliche Strafproceß durch den Fiscal beim dörptischen Rath vorgekommen zu sein. Aus demselben finden sich besonders im letzten Jahrzehnt des 17. Jahrh. einige ganz besonders ausführliche, geordnete und rotulirte fiskalische Proceßacten vor. Es ist wohl möglich, daß beim Rath zu Dorpat ein ganz specieller Gerichtsgebrauch in dieser Beziehung existirte. Bei den übrigen Gerichten war (nach der Praxis zu urtheilen) dieser modus procedendi ganz von der Willkür des Fiscals abhängig.

141) Vgl. pag. 63.

tionspflicht des Fiscals hervorgehoben. Sicher hierüber zu entscheiden ist, wie gesagt, kaum möglich, denn ebensowohl könnte man dies Abweichen der Praxis einer „pflichtwidrigen Bequemlichkeit“ der Fiscale zur Last legen, die den strict vorgeschriebenen Accusationsproceß unter dem Schutze einer sehr milden Gerichtspraxis umging. Mir scheint die letztere Ansicht richtiger, da sie sich strenger an die einfachen Worte des Gesetzes hält. Uebrigens ist es auch leicht begreiflich, daß die Fiscale die unbestimmten Begriffe und Bezeichnungen in Gesetz und Praxis benutzten, um sich ihr Amt, besonders in leichteren Fällen, zu vereinfachen. Die Herren Richter der damaligen Zeit waren jedenfalls nicht sehr schwierig in den Anforderungen, die sie an ein accusatorisches Verfahren stellten. So finden sich z. B. (und das gar nicht selten) im Urtheil die Worte: „Auf geschehene Klage des actor officiosus, des Beklagten darauf gethane Antwort, allseitig aufgeführte eydliche Zeugenaussagen u.“ und die Acte, die dem Urtheil vorangeht, schildert anstatt eines Anklageprocesses ein rein inquisitorisches Verfahren, in welchem der Fiscal nur mit kurzen Worten die Denunciation vorgebracht hat.

Wenn also, wie gezeigt, der förmliche accusatorische Proceß durch den Fiscal nur selten vorkam, meist in Fällen, die nicht unter den engeren Begriff des Criminalverbrechens fallen, so fragt es sich, wann denn im ordentlichen Criminalproceß der Fiscal aufzutreten hatte. Aus der Praxis ergibt sich, daß während der ganzen schwedischen Periode der Fiscal gegen Verbrecher aller Art procedirt. Der Fiscal tritt auf in Criminalsachen betreffend: homicidium, infanticidium, incest, adulterium, scortatio, Gewaltthätigkeit, furtum.¹⁴²⁾ Offenbar konnte also der Fiscal in allen Criminalfällen einschrei-

142) Hieraus ergibt sich auch, daß die v. Bunge'sche Ansicht, als seien hauptsächlich Fleischezbrechen vom Fiscal zu verfolgen gewesen (cf. oben pag. 74) jedenfalls zu verwerfen ist.

ten. Daß er es nicht überall mußte, folgt — außer dem oben Gesagten — daraus, daß wir in den Acten der schwedischen Zeit dieselben Verbrechen, die auch der Fiscal verfolgt, in ziemlich gleicher Anzahl auf rein inquisitorischem Wege behandelt finden. ¹⁴³⁾ Wollte man nun unter jedem Verfahren mit Thätigkeit eines Fiscals einen rein accusatorischen Proceß sehen, so müßte sich für die Form des Criminalprocesses im schwedischen Livland folgende Regel ergeben: Inquisitionsproceß und Accusationsproceß durch den Fiscal fanden abwechselnd, je nach der Laune des Fiscals statt. Daß ein solcher Zustand mit seinen Consequenzen nicht ein Jahrhundert lang bestehen konnte, liegt auf der Hand und die Erklärung jener Widersprüche ergibt sich einfach aus der näheren Erörterung des bis hierzu ganz allgemein so bezeichneten „fiscalischen Verfahrens.“ Dasselbe ist in der That, mit einzelnen wenigen Ausnahmen, ein entschieden inquisitorischer Proceß, bei dem nicht zur Wahrung einiger accusatorischer Förmlichkeiten, sondern zur Beaufsichtigung des Verfahrens, zur schnelleren Erledigung der Sachen u., ein besonderer Regierungsbeamte, der Fiscal, mitwirkte.

In Folgendem soll eine Schilderung dieses Verfahrens gegeben werden, wie es sich übereinstimmend aus vielen Acten jener Zeit darstellt. Der Fiscal, der gesetzlich zur Denunciation von Verbrechen verbunden war, erfährt, daß ein solches vorgefallen — z. B. aus dem Delinquentenzettel des Predigers — und bittet gewöhnlich das Gericht den Schuldigen zu sistiren und etwaige bekannte Zeugen herbei zu schaffen. Dies geschieht vor der eigentlichen Gerichtsitzung und bereitet dieselbe gewissermaßen vor. Ist der Delinquent auf Antrag des Fiscals gestellt, so dankt der Fiscal vorerst in der Sitzung dem Gericht „dienlichst dafür“ und stellt darauf seinen Antrag.

143) Vgl. die zum Schluß gegebene Uebersicht.

Dies ist wohl immer dann der Fall, wenn die Verbrecher direct an ihn eingeschickt wurden ¹⁴⁴). Der Fiscal macht sich indessen auch mit Delinquenten zu schaffen, welche direct an's Landgericht eingeschickt wurden, so z. B., wenn er der Ansicht ist, daß dieselben ungebührlich lange ohne Verhör im Gefängniß gehalten werden. — Die Acten oder Protokolle derjenigen Prozesse, in welchen der Fiscal auftritt, tragen häufig die Ueberschrift: „Actor officiosus dominus NN. . . contra Beklagten . . .“ oder: „In peinlichen Sachen Fiscalis . . . contra . . .“ Mindestens ebenso häufig und gegen das Ende des hier besprochenen Zeitraums entschieden regelmäßig, treffen wir die richtigere, allgemeine Bezeichnung: „Acta Inquisitionalia“. — Beim Beginn des Processes erscheint der Fiscal gewöhnlich in Person vor Gericht und trägt mündlich vor. Zuweilen findet sich auch die Notiz: „Actor gab seine Klage schriftlich ein“. Diese schriftliche „Klage“ unterscheidet sich aber durchaus nicht von dem mündlichen Vortrage. In dem mündlichen Vortrage nämlich stellt der Fiscal den Delinquenten vor und berichtet darauf, wie er „gehört habe“ oder „aus des Herrn pastoris Delinquentenzettel erfahren“ habe, daß der anwesende Verbrecher sich irgend eines Verbrechens schuldig gemacht habe und bittet dann das Gericht ihn zu vernehmen, „zu inquiren“ und „mediante sententia, sententionando u. gebühlich abzustrafen“. Dies ist die üblichste Einleitungsformel, welche dann noch zuweilen mit einigen weit-schweifigen Versicherungen, daß „das Verbrechen zum Himmel schreie“ und gefühnt werden müsse u. dgl. ausgeschmückt ist. Das *petitum* ist freilich auch zuweilen bestimmter gefaßt und wird die Strafe angegeben, mit der der Schuldige belegt werden soll. So sagt z. B. der Fiscal: „sein officialisches *petitum*“

144) Der Delinquentenzettel des Predigers wurde entweder an das Landgericht direct oder an den Fiscal eingeschickt.

gehe dahin, „ihn am Leben zu strafen“ — oder „ihn mit der poena ordinaria“ zu belegen — oder auch „exemplariter zu bestrafen“ u. dgl. Dies Alles kommt jedoch erst in zweiter Linie in Betracht. Das Hauptaugenmerk ist auf die Geschichtserzählung, die Begründung und Motivirung der „Klage“ zu richten. Könnte man nämlich hier einen accusatorischen Proceß vermuthen, so müßte sich doch eine, wenigstens einigermaßen ausführliche Darstellung der einzelnen Thatumstände im fiscalischen Vortrag finden. Es müßten z. B. Behauptungen darin enthalten sein, welche vom Fiscal zu beweisen oder vom Angeklagten zu widerlegen wären. Allein dies ist durchaus nicht der Fall. In den allersehrsten Fällen berichtet der Fiscal genauer über das, was er erfahren hat, gewöhnlich theilt er nur mit, ihm sei zu Ohren gekommen, daß die vorgestellte Person ein gewisses Verbrechen begangen habe — vielleicht noch mit Angabe des wahrscheinlichen Orts der That — und geht dann gleich auf die beschriebene fiscalische Bitte über. Ja, nicht selten lesen wir in den Protokollen nur die Bemerkung: „actor officiosus stellte den Delinquenten NN. vor, der eines (homicidii z. B.) beschuldigt war und bat darüber officiose zu inquiren.“ Also weder Geschichtserzählung, noch begründete Anschuldigung, eigentlich nur eine Anzeige, eine Mittheilung. — Zugleich mit der officialischen Bitte und seinem Bericht übergiebt ferner der Fiscal zuweilen sog. „Inquisition=Articul, articuli inquisitionales, inquisitionales, puncta inquisitionalia,“ bittet über dieselben zu verhören und giebt auch wohl (wenn z. B. mehrere Delinquenten vorhanden sind) genauer an, wen der Inquirent zuerst befragen solle.¹⁴⁵⁾ Unter diesen Inquisition=artikeln haben wir die Fraggunkte zu verstehn, nach welchen im articulirten Verhör inquiret

145) 21. Sept. 1685, Erla, peto. homic., 26. Febr. 1700, Dorp. L. G., peto. Rebellion.

wurde und die im Untersuchungsproceß zunächst vom Richter verfaßt wurden. Es ist dies also dieselbe Erscheinung, die wir oben bei Besprechung der deutschen Particularrechte beobachteten. Unzweifelhaft ist dabei, daß es bei uns, wie in Deutschland, dem Richter zustand, abgesehen von diesen durch den Fiscal zusammengestellten Fraspunkten, seinerseits „*quaestiones*“ an den zu Verhörenden zu richten¹⁴⁶). In allen Fällen finden wir daher, daß das Gericht zuerst die fiscalischen Inquisitions = Artikel erledigt und dann nach eigenem Gutdünken das Verhör fortsetzt. Eine directe Bestätigung dieses richterlichen Rechts findet sich in einer Acte vom 3. Jan. 1703 aus dem pernauschen Landgericht: der actor officiosus M. Hünge übergiebt nämlich in einer „*Criminalinquisition = Sache pecto. homic. articuli inquisitionales* und zum Schluß derselben heißt es: „*caetera pro exigentia causae dexteritati et sedulitati Dominorum Inquirentium committuntur.*“ Zu erwähnen ist noch, daß in seinem ersten Antrag der Fiscal oft gleich die ihm bekannten Zeugen nennt und sie zu verhören bittet oder nur angiebt, daß dieselben etwas aussagen können. Endlich schließt der fiscalische Antrag hin und wieder mit dem Gesuch um die ihm schon gesetzlich zustehende Actencommunication.

Nach dem Obigen muß man sich nun ein Bild machen von dem, was in den Acten als „*peinliche officialische Anklage*“ bezeichnet wird und wie dieser Ausdruck aufzufassen ist. Alle Erfordernisse für eine wirkliche peinliche Anklage mangeln absolut und nur die erwähnten inquisitionales wären dahin zu rechnen. Denselben ist aber nur geringe Bedeutung beizumessen, da einerseits das *officium suppletorium* des Richters dabei immer eine große Rolle spielte und andererseits oft Kürze

146) Letzterer wird übrigens abwechselnd in solchen Processen „*accusatus*“ und „*inquisitus*“ genannt.

und Unvollständigkeit sie als werthlose Formalitäten erscheinen lassen. Im Ganzen ist der erste Antrag des Fiscals höchstens (wie oben die sog. „Privatanklage“) als gerichtliche Denunciation aufzufassen, besser noch als die Thätigkeit eines neben dem Gericht stehenden Beamten, der dasselbe veranlaßt ein Verfahren gegen einen Schuldigen einzuleiten. Aus keinem Umstande aber läßt sich schließen, daß dem Fiscal wirklich eine Parteistellung gegenüber dem Angeklagten zukam, wie sie nachgewiesen werden müßte, wenn man dem Fiscal den Charakter eines wirklichen actor officiosus — eines v. Bock'schen „Staatsanwaltes“ beilegen wollte.

Folgen wir nun dem Gange des Processus, so sehen wir, daß der Richter gemäß der Bitte des Fiscals den Delinquenten verhört, inquirirt. Dies geschieht, falls Inquisitionspunkte übergeben waren, nach der Ordnung derselben, gewöhnlich aber sofort nach eigenem arbitrium des Richters. Waren dann Zeugen gleich anfangs vom Fiscal angegeben, so werden sie ebenfalls vom Richter genommen, nach Erforderniß mit dem Beklagten confrontirt u. und schließlich folgt das Urtheil des Landgerichts. Der Fiscal aber kommt in den meisten Fällen im weiteren Gange der Verhandlung garnicht mehr vor, sondern die Sache wird ex officio beendet und zur Reiteration eingeschickt, ohne daß auch nur die geringste Mitwirkung des Fiscals zu entdecken wäre. Von einem hier herrschenden accusatorischen Princip dürfte unter solchen Umständen wohl kaum die Rede sein. — Nicht viel anders gestaltet sich die Sache bei denjenigen Processen, wo der Fiscal noch im späteren Verlauf der Verhandlungen thätig wird. Der Fiscal führt nämlich zuweilen während des Processus Zeugen auf oder bittet das Gericht solche zu verschreiben. Doch auch diese Thätigkeit trägt durchaus nicht den Charakter einer Parteihandlung, denn nur sehr selten (mir ist nur ein derartiger Fall aufgestoßen) bringt der Fiscal Fragstücke ein für die von ihm denominirten Zeugen. Nach den Acten

scheint es sogar, als ob der Fiscal ebenso für den Beklagten durch Herbeischaffung von Zeugenaussagen sorgt, als gegen ihn. Sind die Zeugen erschienen, so bittet der Fiscal sie zu verhören, jedoch selten, denn gewöhnlich thut der Richter dies von vornherein, indem er ihnen nach Ermessen allein oder in Gegenwart des Delinquenten Fragen vorlegt. Daneben kommt überaus häufig vor, daß das Gericht ganz von sich aus Zeugen einberuft und befragt. Die Beweispflicht also — und dies hätte zu einem Schlusse für die Geltung des Anklageprocesses führen können — lag dem Fiscal nicht, oder doch in einem andern Sinne ob, als dies beim accusatorischen Verfahren der Fall ist. Der Fiscal hatte dafür zu sorgen, daß dem Gericht möglichst vollständiges Material zur Entscheidung der Criminalsachen vorlag und insofern war es seine Pflicht die Richter darauf aufmerksam zu machen, wenn ihm bei Durchlesung der ihm jederzeit zu communicirenden Acten eine Unvollständigkeit der Verhandlung aufstieß. Nicht selten bittet er daher nachträglich noch einen wichtigen, übergangenen Zeugen zu verhören oder proponirt „ulterius inquirendo zu verfahren“, weil das Material zur Urtheilsfällung noch nicht genüge.

Diese Resultate werden auch nicht erschüttert durch die Beobachtung einiger Fälle, die auf den ersten Blick allerdings eine Beweispflicht des Fiscals anzudeuten scheinen. So erklärt der Fiscal einmal: „wenn reus es aufs Längnen ankommen lassen sollte, so werde er es beweisen“. ¹⁴⁷⁾ Hierin liegt nichts weiter, als daß der Fiscal von der Schuld des Delinquenten überzeugt ist und sich erbietet, diese Ueberzeugung dem Landgericht gleichfalls beizubringen. Dazu aber hat er Recht und Pflicht, weil er dem Gericht, das er beaufichtigt, jede Art Hilfe zur richtigen Entscheidung an die Hand geben muß. Schwieriger, als der vorhergehende, ist wohl ein Fall

147) Wenden L.-G. den 21. Juni, pcto. furti.

zu erklären, wie wir ihn aus dem Jahre 1680 v. 21. Febr. haben. Hier sagt der Fiscal, er habe „keine genügende Probation um die Delinquentin *tanquam convictam officiose* anzulagen“, bitte das Landgericht zu *inquiriren* und ihm *Communication* zu erteilen — „oder, wenn sich in *actis et actitatis* etwas finden sollte“, so *reservire* er sich die *Action* gegen den Schuldigen. Solche Fälle sind aber ganz vereinzelt und schon deshalb ohne Beweiskraft. Bei ihrer Interpretation kann man sich nicht strict an die hier gebrauchten Worte halten. Mir scheint aus jenen Sätzen nur hervorzugehn, daß der Fiscal in diesem Proceß, anders als im vorhergehend behandelten, erklärt, er habe sich keine Ueberzeugung von der Schuld des fraglichen Delinquenten aneignen können und übergebe daher die Sache dem Urtheil des Landgerichts, d. h. er will in einer, ihm selbst sehr zweifelhaften Sache nicht die Ursache zur Vornahme eines Criminalverfahrens geben. Mehr thut er nie wenn er „*officiose* anklagt.“ Daß der Fiscal zu einem solchen Vortrage ein Recht hat, d. h. befugt ist nicht nur ein Criminalverfahren hervorzurufen, sondern auch die Niederschlagung desselben wenigstens zu beantragen, liegt in dem ganzen bisher entwickelten Charakter seiner Stellung und kann bewiesen werden durch einen Passus aus einer landgerichtlichen Acte vom 21. Septbr. 1685, Erla, peto. homic., in welchem der Fiscal erklärt: „er *prätendire* nicht, daß er (sc. der Delinquent) länger in Haft bleibe.“ Dem Gericht stand natürlich immer noch die endgiltige Entscheidung zu. Was endlich den Ausdruck: „*reservire* mir *actionem salvam contra NN.*“ anbetrifft, so läßt sich aus demselben auch durchaus kein Schluß auf ein *accusatorisches* Verfahren ziehen, das etwa durch nicht rechtzeitige Thätigkeit *präcludirt* wird. Vielmehr geht aus dem häufigen, grundlosen Gebrauch unzweifelhaft hervor, daß dieß eine ziemlich inhaltlose Clausel war, die der Kanzleystyl jener Zeit als willkommene Ausschmückung adoptirt hatte und pflegte.

Sie bedeutet nur, daß der Fiscal die Möglichkeit zugiebt, er könne in Zukunft in derselben Sache noch Schritte thun.

Nach dem Zeugenverhör, resp. nach dem Geständniß, tritt der Fiscal nur selten noch auf und nur in einer Weise, die zur Bekräftigung der hier vertretenen Ansicht dient. Die „Schlußdeduction“ des Fiscals ist selten und hat wenig von dem Charakter einer „Widerlegung des Angeklagten“, wie sie nach Meister im deutschen Recht mitunter dem Fiscal aufgetragen wurde (vgl. oben Seite 112). Es ist dies allerdings ein aus dem Accusationsproceß herübergenommenes Moment, das aber durchaus nicht im Stande ist den Inquisitionsproceß in seiner Eigenthümlichkeit zu beeinträchtigen. Diese Schlußschrift, welche im Anlageproceß zur Widerlegung des Beklagten und zur nochmaligen Bekräftigung der klägerischen Behauptung dienen soll, wird hier im Untersuchungsverfahren zur Deduction eines den Richter bei seiner Thätigkeit unterstützenden Beamten. Sie hat den Zweck, Sichtung und Aufklärung über das vorliegende Material zu schaffen. Die Fälle sind zu zählen, in denen der Fiscal ausdrücklich um Actencommunication bittet, „um deduciren zu können“¹⁴⁸⁾. Ueblicher ist seine einfache Bitte „zu sententioniren“ oder „da die Sache klar“¹⁴⁹⁾, sententionando zu verfahren.“ Die Formel mag wohl mit dem Gedanken einer *submissio ad sententiam* zusammenhängen und in einer Zeit, wo das Verfahren so unbestimmt war, ist dies sehr wahrscheinlich. In den von mir beobachteten fiscalischen Proceßten schwindet jedoch dieser Charakter ganz. Der Fiscal spricht die Worte nicht, um sich als Parte der Entscheidung des Richters zu fügen, sondern um ein Verfahren zu beenden, das ihm genügend vollständig erscheint, bei dem er aber selbst oft gar nicht weiter betheilig

148) Wenden, den 3. Juli 1691, pct. adult. dupl. und 11. Febr. 1691, pcto. venef.

149) 1. Juni 1678, pcto. homie.

ist. Der Fiscal kam eben hierdurch nur seiner Pflicht nach, auf Beschleunigung der Inquisitionsprocesse zu sehn. Dies ist noch deutlicher ausgesprochen in anderen Fällen, wo der Fiscal, wenn der Proceß schon recht lange gedauert hat, geradezu das Gericht ersucht, die Sache „schleunig zu beendigen.“¹⁵⁰⁾

Was nun noch das Urtheil betrifft, welches den Schluß dieser „fiscalischen Processe“ bildet, so haben wir bereits oft Gelegenheit gehabt die große Ungenauigkeit hervorzuheben, mit der in demselben das vorhergehende Verfahren charakterisirt wird. Es ist oben darauf hingewiesen worden, daß die Ausdrücke „erhobene peinliche Klage“, „des Beklagten Antwort“ u. dergl. nach ganz eigenthümlichen Regeln zu interpretiren sind.

Jetzt sei noch zum Schluß die Ausdrucksweise jener Zeit selbst zum Fürsprecher für die hier vertheidigte Ansicht gemacht. Schon damals ist es den Gerichten zum Bewußtsein gekommen, daß der bei ihnen verhandelte Criminalproceß am Allerwenigsten ein accusatorischer war. Wir finden gegen das Ende des 17. Jahrhundert immer häufiger in Fällen, die sonst als „peinliche Klagesachen“ bezeichnet wurden, die Ausdrücke „Inquisition“, „ad instantiam actoris officiosi angestellte Inquisition“, „auf Denunciation des act. off. vorgenommene Inquisition“ u. dergl. Also im Inquisitionsproceß, welcher auf Antrieb des fiscalischen Beamten, auf seine Denunciation hin vorgenommen wurde. Dies ist die richtige Bezeichnung für das Verfahren unter Mitwirkung des Fiscals, wie es bei den livl. Landgerichten der Regel nach neben dem Inquisitionsproceß ohne Thätigkeit des Fiscals stattfand. Die Denunciation, die Rügepflicht, war die wichtigste Pflicht des Fiscals. Es ist leicht verständlich, daß man bei dem Mißbrauch, der mit dem Wort „Klage“ getrieben wurde, die einfache Denunciation des Fiscals als Klage bezeichnete, dieses auch sonst noch mit den

150) Bernau, 1703, peto. sodomiae.

Rechten des Fiscals im Criminalproceß in Verbindung brachte und vielleicht geglaubt hat, anfänglich einen wirklichen Anklageproceß in Livland zu besitzen, während schlechterdings nichts weiter vorhanden war, als ein sehr unentwickelter Inquisitionsproceß. Bei demselben war aber der Fiscal speciell dazu bestellt, während der Verhandlung der Criminalsachen ein wachsameres Auge zu haben, dafür zu sorgen, daß dem Gericht richtiges und vollständiges Material vorliege, daß schleunig procedirt werde u. s. w., kurz, der Fiscal war ein Beamter, der dem Richter bei der Instruction der Criminalsachen behilflich sein sollte. Gewiß haben dem Gesetzgeber bei Errichtung dieses Instituts mancherlei Anknüpfungspunkte an den Anklageproceß, an die Stellung des öffentlichen Anklägers in demselben, als Partei, vorgeschwebt, aber schon von Anfang an tritt dies zurück. Der Inquisitionsproceß war, wie wir gesehen haben, in Gesetz und Praxis während der ganzen schwedischen Zeit wohl bekannt und breitete sich immer mehr aus. Derselbe sollte auch durch Bestellung des Fiscalats nicht aufgehoben, sondern nur beaufsichtigt werden. So erklärt sich auf die ungezwungenste Weise die auffallende Erscheinung, daß zur selben Zeit die Gerichte Livlands dieselben Verbrechen, scheinbar ganz regellos, mit oder ohne Thätigkeit des Fiscals verhandelten und bestrafte. Der Fiscal konnte in jedem Criminalproceße mitwirken. Oft war seine Thätigkeit durchaus überflüssig, so z. B. in einfacheren Fällen oder wenn der Richter schon ohne ihn den Proceß begonnen und genügend durchgeführt hatte. Der Fiscal mußte nur da auftreten, wo er zur Durchführung der Sache seine Thätigkeit für nothwendig hielt.

Wozu aber — könnte hier eingeworfen werden — wurde, wenn der Inquisitionsproceß doch schon bei uns die Regel bilden sollte, dieser Beamte mit seinen unbestimmten Befugnissen überhaupt eingeführt, warum wurde der Richter nicht allein beauftragt den Inquisitionsproceß vollständig in allen seinen

Theilen durchzuführen? Die Antwort ergibt sich leicht aus dem, was oben (Seite 101) über den Mangel an genügenden Einrichtungen für die Voruntersuchung gesagt worden ist. Für die Instruction eines systematischen Untersuchungsprocesses ist die Voruntersuchung unentbehrlich. Die dürftigen Vollmachten, die den adeligen Gutsbesitzern, resp. den Pastoren von der schwedischen Regierung gegeben waren, konnten nicht durchgreifend wirken und zur Ergänzung der dadurch entstehenden Lücken im Verfahren sollte das Fiscalat eintreten. Nicht, als ob der Fiscal ein Beamter sein sollte, der speciell die Voruntersuchung zu führen hatte. Er sollte nur während des eigentlichen Verfahrens fortwährend für die Ergänzung alles Desjenigen sorgen, was durch Abwesenheit einer ordentlichen Generalinquisition den eigentlichen gerichtlichen Verhören, der Specialinquisition, mangelte. Unzweifelhaft hat denn auch das hier besprochene Institut, das mit der öffentlichen Anklage des Staatsanwalts kaum irgend welche Aehnlichkeit hat, in der hier geschilderten Weise sehr segensreich gewirkt und vielfach zu einer gründlicheren und gerechteren Criminalrechtspflege beigetragen. Selbstverständlich mußte es in späterer Zeit bei entwickelterer Gerichtsorganisation auch in dieser Richtung vielfach an Bedeutung verlieren.

Die Praxis bestätigt also die oben (Seite 80, 2.) aufgestellte Ansicht über die Wirksamkeit der FISCALen im livländischen Strafproceß.

Recapituliren wir nochmals kurz an der Hand der Gerichtspraxis die Verpflichtungen, die dem livl. Fiscal oblagen, so können wir zur Richtschnur dabei die verschiedenen Bezeichnungen nehmen, unter denen diese Beamten in den Acten aufgeführt werden.

1. Die Benennungen, die wir in Deutschland fanden, treten uns auch in Livland entgegen. Weitans die meisten charakterisiren den Beamten als Vertreter des Fiscus. Danach

heißt er: „Fiscal, Fiscaladvocat, Advocatus fisci, königlicher Sachwald, königlicher Anwalt, mandatarius regius, mandatarius ex officio.“ Der Fiscal hat überall das Interesse des Landesherrn und des Gemeinwesens zu vertreten, muß für ordentliche Ausführung der Gesetze sorgen und hat allen hier entstandenen Schaden durch die entsprechende Thätigkeit entweder zu verhindern oder wieder zurechtzustellen. Zu dem Zweck hat er die königliche Vollmacht, welche in seiner Bestelung liegt, er ist mandatarius regius. Daneben stand dem Fiscal unbedingt das Recht zu, für Privatpersonen zu advociren und wir finden bei verschiedenen Processen ihn in einer solchen Stellung. Dem Oberfiscal stand dies Recht gesetzlich zu nach der Instruction von 1630 und in den Acten der schwedischen Periode finden sich mehrere Fälle, in denen er sogar im Criminalproceß für einen Parten auftritt.¹⁵¹⁾ Daß den Kreis-, Unter- oder Landfiscalen gleichfalls nach der Praxis das Recht der Advocatur zustand, geht aus verschiedenen Proceßacten hervor. — Sehr oft begegnen wir dem Ausdruck: „N. klagt in Assistenz des königlichen Sachwalds.“ Hierunter ist freilich kein eigentliches Patrociniren des Fiscals zu verstehen. Solche Worte bedeuten nur eine Unterstützung der Behauptung eines Anderen.¹⁵²⁾ In allen Fällen, wo eine Privatperson „in Assistenz“ des Fiscals „klagt“, entwickelt der Fiscal denn auch weiter gar keine Thätigkeit, als gewöhnlich. Diese Worte kommen übrigens nur in den Einleitungsworten des Urtheils vor und werden vom Gericht überall dort angewendet, wo der Fiscal bei einem auf private, gerichtliche Denunciation begonnenen Inquisitionsproceße sich später in irgend einer Weise selbständig betheiligt, z. B. durch die Bitte Zeugen

151) Im Jahre 1641 führt der Oberfiscal beim Kottenhusenschen Landgericht sogar in einem Todschlagproceß die Sache des Beklagten.

152) Ebenso, wie z. B. bei einer Privatdenunciation auch einmal der Satz vorkommt: „N. N. klagt in assistenz ihrer Mutter.“

zu sistiren, die Verhandlung zu schließen, abzurtheilen u. s. w. Aehnliche Bedeutung haben die gleichfalls recht oft vorkommenden Worte: „Fiscalis abhärirte (oder inhärirte) der Klage“. Sie besagen durchaus nicht, daß der Fiscal, etwa in einem Privatanlageproceß, dem Proceß wirklich als Parteibeztritt, sondern meistens wird diese Wendung gebraucht, wenn in einem anhängig gemachten Criminalproceß der Fiscal durch sein Auftreten der Denunciation größeres Gewicht zu geben sucht. „Actor inhärirt der Klage (einmal mit der Motivirung: „weil ein schweres Verbrechen vorliege“) und bat mit hoher Strafe zu belegen“ — dieser Satz findet sich in einigen Acten, welche sonst des Fiscals gar keine Erwähnung thun. Das Wort inhäriren ist hier entschieden ein terminus technicus jener Zeit, der damals um so beliebter sein mußte, als er sich durch eine exemplarische Unbestimmtheit auszeichnet.

2. Der Fiscal ist „actor officiosus, accusator officiosus.“ In wieweit dieser Ausdruck strict als Anklage von Amtswegen zu nehmen ist und daß dies nur in den seltensten, leider nicht schematisch fest zu stellenden Fällen möglich ist, wurde bereits erwähnt. Wir müssen uns also hier dem unpräcisen Sprachgebrauch der schwedischen Herren Richter anschließen und unter actio, Klage, Anklage, nichts weiter verstehn, als die Denunciation, die mit der Klage nur das Gemeinsame hat, daß beide den Anfang des Criminalprocesses bilden können. Der Namen „actor officiosus“ bezieht sich also hauptsächlich auf die Rügepflicht des Fiscals, welche sich auf alle vorfallenden Criminalverbrechen erstreckte.

3. Der Fiscal heißt auch „instigator¹⁵³⁾ regius“. Dies ist die am häufigsten in den Criminalproceßacten jener

153) Von instigare, anreizen, antreiben. Ursprünglich rührt diese aus Deutschland herübergenommene Bezeichnung wohl daher, daß der Fiscal die öffentlichen Einkünfte „einzutreiben“ hatte.

Zeit vorkommende Benennung und sie hebt auch die wichtigste Pflicht des Fiscals im Strafproceß hervor: der instigator regius hat im Namen des Königs für die Betreibung, die regelmäßige, schleunige Durchführung und Beendigung der Criminalprocesse zu sorgen.

Mit diesen drei Namen: mandatarius regius, accusator officiosus, instigator regius ist der Kreis der Amtspflichten des livländischen Fiscals vollständig erschöpft.

Um die Richtigkeit der von mir bezüglich der schwedisch-livländischen Praxis gezogenen Schlüsse zu erweisen, gebe ich in Folgendem eine kurze Uebersicht der hauptsächlichsten von mir durchgesehenen Processe. Auf statistische Genauigkeit kann dieselbe allerdings nicht Anspruch machen, da ich nur aus den Jahren 1630—50 circa alle mir unter die Hände gekommenen Acten durchlesen konnte. Doch wird auch schon diese Zusammenstellung genügen, um zu zeigen, in welcher Weise sich die verschiedenen Strafproceßformen auf die einzelnen Sachen vertheilen.

In den Jahren 1630—50 kommen vor:

Keine Privatanklageprocesse	11
Gemischte Processe ¹⁵⁴⁾ ohne Mitwirkung des Fiscals	22
Keine Inquisitionsprozesse	18
Inquisitionsprozesse mit fiscalischer Thätigkeit . .	1
Kein accusatorische Processe durch den Fiscal . .	1
1650—69.	
Keine Privatanklageprocesse , . . .	2
Gemischte Processe ohne Fiscal	12
Keine Inquisitionsprozesse	7
Inquisitionsprozesse mit fiscalischer Thätigkeit . .	9
Fiscalische accusatorische Processe	1

154) Vgl. oben pag. 100 ff.

1669—80.

Keine Privatanklageproceſſe	4
Gemiſchte Proceſſe ohne Fiſcal	16
Keine Inquiſitionsproceſſe	21
Inquiſitionsproceſſe mit fiſcaliſcher Thätigkeit	23
Kein accuſatoriſche fiſcaliſche Proceſſe	2

1680—90.

Gemiſchte Proceſſe ohne Fiſcal	1
Keine Inquiſitionsproceſſe	30
Inquiſitionsproceſſe mit fiſcaliſcher Thätigkeit	12
Kein accuſatoriſche fiſcaliſche Proceſſe	1

1690—1700.

Gemiſchte Proceſſe ohne Fiſcal	3
Keine Inquiſitionsproceſſe	45
Inquiſitionsproceſſe mit fiſcaliſcher Thätigkeit	26
Kein accuſatoriſche fiſcaliſche Proceſſe	6

1700—1710.

Gemiſchte Proceſſe ohne Fiſcal	6
Keine Inquiſitionsproceſſe	57
Inquiſitionsproceſſe mit fiſcaliſcher Thätigkeit	46
Kein accuſatoriſche fiſcaliſche Proceſſe	3

Die Art des Verbrechens hat auf die Form des Proceſſes gar keinen Einfluß. Von den hier aufgeführten 386 Proceſſacten aus der ſchwediſchen Zeit von 1630—1710 enthalten alſo:

Keinen Privatanklageproceß	17
Gemiſchten Proceß ohne Fiſcal	60
Keinen Inquiſitionsproceß	178
Inquiſition unter fiſcaliſcher Mitwirkung	117
Fiſcaliſchen rein accuſatoriſchen Proceß	14

Wenn v. Bock in der oft angeführten Schrift zu ganz entgegengesetzten Resultaten gelangt, obgleich auch er die Praxis der schwedisch=livländischen Zeit berücksichtigt, so läßt sich dies leicht erklären. Ohne mich auf eine ausführlichere Besprechung der einzelnen Acten einzulassen, welche v. Bock abdruckt¹⁵⁵⁾, will ich nur kurz die Gründe hervorheben, aus denen das „Fragment aus der Praxis der drei letzten schwedisch=livländischen Decennien“ (l. c. Seite 80 ff.) für die vorliegende Frage vollständig werthlos erscheint.

W. v. Bock hat¹⁵⁶⁾ aus seinen Angaben über das im pernauschen Archiv aufgefundenene Urtheilsbuch („Specification“) „alle Fälle ausgeschieden, in denen entweder der Stand des Angeklagten oder die Form des Processes ungewiß blieb. Letzteres war namentlich überall, wo das Rubrum scheinbar das inquisitorische Verfahren anzeigt, der Fall“. Sehr richtig bemerkt derselbe Verfasser darauf: „Bei der Sprachverwirrung, die in dieser Hinsicht jene Zeit beherrscht, läßt sich ohne selbstständige Einsicht in die Acten, aus einem solchen Rubrum nichts schließen.“ Trogdem folgt aber gleich darauf als bezeichnend für die livländische Praxis ein Rubrum nach dem andern, das den Accusationsproceß durch den Fiscal andeutet. Nähere Einsicht in die Acten erweist bald, daß ein solches Rubrum ebenso werthlos ist, wie ein den Inquisitionsproceß anzeigendes. Denn ein accusatorisches Rubrum vor einer Inquisitionsproceßacte ist ebenso häufig, wie das Umgekehrte zu finden. Nicht selten giebt aber das Rubrum auch ganz mit Recht den Inquisitionsproceß an und somit ist v. Bock's Darstellung durchaus willkürlich und einseitig. Beweiskraft können „bei der Sprachverwirrung jener Zeit“ nur Originalacten haben. Solcher Originalacten bringt uns die Schrift

155) Sie sind übrigens nur aus dem pernauschen Landgerichtsarchiv.

156) Seite 79. l. c.

v. Bod's 22. Davon sind auszuscheiden 5 Prozesse, die gegen adelige Verbrecher geführt werden, 2 Prozesse, in denen der Fiscal wegen „Despectirung des Gerichts“¹⁵⁷⁾ accusatorisch verfährt und 9 weitere Prozesse, welche inquisitorisch verhandelt werden. Es bleiben noch 6 accusatorisch verhandelte Fälle. Von diesen Acten ist eine „unvollständig“¹⁵⁸⁾, eine andere besteht nur aus einem „Urtheilsconcept“¹⁵⁹⁾ und von einer dritten ist nur das Rubrum, nicht einmal mit Angabe des fraglichen Verbrechens, angegeben.¹⁶⁰⁾ Mit den nun noch übrigen drei Proceßacten wäre jetzt der Beweis zu führen, daß in Livland während der 80 Jahre schwedischer Herrschaft oder mindestens seit 1669 ausschließlich der reine Staatsanklageproceß durch den Fiscal galt.

Heidelberg am 11. Aug. (30. Juli) 1869.

J. C. Schwarz.

157) Nach der Executionsverordnung von 1669 § 26 cf. oben pag. 62, 3 und v. Bunge l. c.

158) W. v. Bod l. c. pag. 81.

159) L. c. pag. 82.

160) L. c. pag. 86.

V.

Die Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden, nach dem Privatrechte, Liv-, Ebst- und Kurlands.

Nachdem sich seit mehreren Jahrhunderten der Sieg des römischen Rechts über das deutsch-nationale als vollendete Thatsache dargestellt, hat die Gruppierung des Civilrechts ihre Haupttrichtung von dem ersteren erhalten. Wenn auch zwei der Rechtsquellenensammlungen der Römer, die Digesten und die Institutionen, lange um den Vorrang hinsichtlich der Eintheilung des Rechtsstoffs in Gesetzbuch und Doctrin unter einander gestritten haben, so hat dieser interne Zwist die Thatsache nicht zu alteriren vermocht, daß dem Wesen nach die römische Stoffeintheilung Wurzel in Codification und Theorie geschlagen hat. Nur eine wesentliche Veränderung romanistischer Gruppierung vermag der Rechtsgelehrte der letzten Jahrhunderte auch für das Privatrecht aufzuweisen, die Ausscheidung und Voranstellung des sog. allgemeinen Theils. Das Aufrecht-erhalten der Stellung desselben möchte allerdings rationell und historisch geboten erscheinen.

Rationell, weil bei der vorhandnen Eintheilung der Rechte, sei es nach der Institutionenreihenfolge oder nach dem üblichen System der meisten Pandectenlehrbücher, eine nicht unbedeutende Anzahl rechtlicher Zustände heimathlos im System umherirren und vergebens eine Stätte suchen

würde, die sie aufzunehmen bereit wäre (ich erlaube mir hier bloß auf die Dogmen von der Nativität der Klage und von den juristischen Personen hinzuweisen), weil die Gleichheit der Grundsätze anderer Lehren schleppende Wiederholungen in der Darstellung erheischen würde, falls man dieselben getrennt unter den verschiedenen Gruppen des Rechts aufführen wollte, (wie es z. B. bei der Lehre von den Rechtsgeschäften, von der Schenkung u. s. w. der Fall ist), mit einem Wort, weil es mathematisch erforderlich ist, mehrfach in einer Gleichung sich wiederholende Größen in einen Werth zusammenzuziehen.

Historisch, weil das Recht sich an die genannte Art der Systematisirung gewöhnt hat, weil eine Modification in dieser Beziehung den Gesetzgeber leicht zu Vergesslichkeiten verleiten, — da scheinbar selbstverständliche Dinge mehrfach codificirt werden müßten, — dem Richter falsche Restriktionen und falsche Extensionen nahe legen, dem Rechtslehrer die Pflicht auflegen würde, den Rechtsstoff anders zu gruppiren, als seine jüngste Quelle es thut.

Fast übereinstimmend haben daher die neuern aus dem gemeinen Recht abgeleiteten Particulargesetzbücher die angegebene Eintheilung befolgt.¹⁾ Abgesehen von einigen andern hier irrelevanten Ausnahmen²⁾ hat aber der baltische Jurist insbesondere die Sonderstellung der jüngsten Codification des einheimischen Privatrechts, wie sie im dritten Theil des „Provincialrechts der Ostseegouvernements“ aufgezeichnet worden, zu registriren. Dasselbe kennt keinen allgemeinen Theil. Die Veranlassung dieser abweichenden Systematisirung dürfte in der Analogie des russischen Rechts zu suchen sein. In Folge

1) Vgl. Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Bayern; Lange über denselben, S. 32 ff.; Allg. preuß. Landrecht, Thl. I; L. v. Mönne, Ergänzungen und Erörterungen zu den preuß. Rechtsbüchern durch Gesetzgebung und Wissenschaft, Einl. S. 5.

2) Vgl. z. B. Destr. Gesetzbuch.

dessen finden sich die sonst im allgemeinen Theil untergebrachten Lehren zerstreut im ganzen Gesetzbuch. Dem durch diese Zerspaltung entstehenden, auch in der Praxis sich schon fühlbar machenden Mangel an richtiger Definition abzuhelpfen und wenigstens für einzelne Dogmen die abgebrochne Brücke zum gemeinrechtlichen System neu zu schlagen, möchte daher nicht ungerechtfertigt erscheinen.

Seit Erscheinen des dritten Bandes des Provincialgesetzbuches ist die rechtswissenschaftliche Arbeit unsrer Provinzen (natürlich nur, soweit sie das Privatrecht betrifft) in neue Bahnen getrieben worden. So wie früher die Gestaltung des geltenden Rechts aus dem Wust des verschiedenartigsten Materials, so ist es jetzt die Commentarisirung des einmal als geltend hingestellten, was den nächsten Vorwurf der privatrechtlichen Arbeit in den Ostseeprovinzen zu bilden hätte. Die gesetzgeberischen Gedanken in ihrer Klarheit hinzustellen, den Zusammenhang derselben mit den Rechtsquellen und namentlich mit dem gemeinen Recht nachzuweisen und so die Verbindung mit den aus derselben Quelle strömenden Particularrechten Deutschlands stets im Gange zu erhalten, um die Resultate deutscher Arbeit auch für das provincielle Recht nicht bloß als zugänglich, sondern als direct practisch verwerthbar zu erhalten, das ist das wahrlich ernster Anstrengung werthe Ziel, das sich der Jünger der Themis bei uns zu stellen haben wird. Hierzu einen geringen Beitrag zu bieten, hat die vorliegende Arbeit unternehmen wollen.

Den Reiz eigenartiger Quellen bietet die Bearbeitung der Lehre von den Bedingungen nach baltischem Recht nicht. Ja, wäre die neue Codification nicht eingetreten, so würde ein Versuch, das provincielle Recht über Bedingungen darzustellen, sich mit einer Erörterung der gemeinrechtlichen Theorie derselben decken, da von einem nennenswerthen Gewohnheitsrecht in dieser Beziehung ebenso wenig die Rede sein kann, wie von besondern

geschriebenen Quellen. Es würde sich daher, da unser neues Gesetzbuch in der Hauptsache nur eine Aufzeichnung geltenden Rechts sein soll, für unser Thema hauptsächlich um einen Nachweis der Identität des gemeinen und des neuen particulairen Rechts, um die Erörterung und Entscheidung der bekanntlich grade in Betreff der Frage der Wirkung der Resolutivbedingung entstandnen lebhaften Controverse und nur im äußersten Fall um die Annahme einer neuen legislativen Bestimmung handeln, wenn nämlich der klare Sinn des Gesetzes eine solche verlangt.

Das römische Recht ist somit alleinherrschend in dieser ganzen Lehre. Und wo sollte es diese Rolle eher übernehmen als hier? Der Natur seines Bildungsganges zufolge, nach welcher wissenschaftliche Denkarbeit mehr zur Ausbildung seiner Bestimmungen beigetragen hat, als dies bei irgend einem andern Rechte der Fall ist, muß die Ausarbeitung derjenigen Theile des Civilrechts, welche mehr logische Consequenzen aus einem Grundgedanken, als Ausdruck des Volksrechtsbewußtseins über concrete Lebensverhältnisse sind, demselben in viel höherem Grade eigen sein, als dem deutschen Rechte³⁾. Das letztere hat dem Uebergewicht der römischen Civilistik zu einer Zeit erliegen müssen, als die allgemeinen Eigenschaften der Rechtsverhältnisse, die Abstractionen aus dem Concreten, noch nicht von der deutschen Rechtsarbeit erreicht waren, noch erreicht werden konnten. Es würde somit dem provinciellen Recht eine Abweichung von dem Inhalt des gemeinen Rechts kaum möglich geworden sein, wenn nicht grade der Reichthum der römischen Quellen in der uns vorliegenden Lehre sich widersprechende Anschauungen nach verschiedenen Seiten hin hervorgerufen und Controversenentscheidungen durch die Provincialgesetzgebung, vielleicht abweichend von der *communis doctorum opinio* ermöglicht hätte. — Es

3) Vgl. Sbering, Geiſt des röm. Rechts Bd. I, pag. 77 ff.

hat somit der Bearbeiter einer Controverse aus der Bedingungslehre einen modificationslosen und unvermittelten Uebergang römischer Rechtsgrundsätze in das provincielle Recht zu registriren, eine Reception, wie sie in Betreff des gesammten Obligationenrechts, zu welchem die Hauptgrundsätze über Bedingungen bei uns geschlagen worden sind, auch durch die alten einheimischen Quellen ⁴⁾ sanctionirt worden ist.

Der Stoff, aus welchem daher die vorhandenen Sätze unserer Codification zu interpretiren wären, ist bekannt; den Nachweis der Nothwendigkeit dieser Interpretation soll das Folgende zu liefern versuchen.

§ 1.

Eine kurze Erwähnung der Hauptgrundsätze, welche unser Provincialrecht über das Wesen und die Wirkung der Bedingung im Allgemeinen aufstellt, dürfte behufs Orientirung über den Ausgangspunkt unsrer Frage erforderlich sein.

Der dritte Theil unsres Gesetzbuchs erklärt die Bedingung ⁵⁾ für

„diejenige Nebenbestimmung, durch welche die Gültigkeit „und Wirksamkeit eines Vertrages von einem künftigen, ungewissen (oder doch als künftig und ungewiß gedachten) Ereignisse willkürlich abhängig gemacht wird.“

Derselbe entscheidet damit den zwischen Windscheid ⁶⁾ und den meisten andern Civilisten ⁷⁾ entstandenen Streit, ob die Existenz des Gewollten, d. h. des Rechtsverhältnisses

4) Vgl. namentlich Esthl. Ritter- und Landrecht Buch IV, tit. 1.

5) Vgl. Art. 3150.

6) Vgl. Lehrbuch d. Pandekten, I S. 209; Schönemann, Ueber das Wesen des suspensiv bedingten Rechtsgeschäfts in der Gieß. Zeitschr. N. F. XIX, S. 1 ff.; Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel, 1851.

7) Vgl. z. B. Arnolds, Lehrbuch d. Pand. § 66; Rudorff zu Puchta § 59a; Unger, Deft. Erbrecht § 16 Anmerk.; Bangerow Pandekten, S. 133.

oder des Willens selbst von dem in der Bedingung gesetzten Umstände abhängig gemacht werde, in Ausdrücken, welche mehr der erstern Anschauung anzugehören scheinen („Gültigkeit und Wirksamkeit“). Ob die von Windscheid aus seiner Theorie gezogene practische Consequenz der Unmöglichkeit jeder Rückziehung der Bedingung wirklich eine nothwendige Folgerung aus derselben bildet, werden wir später sehen.

Wichtiger und mit Entschiedenheit zu betonen ist der Umstand, daß das Provincialgesetzbuch in der angeführten Definition bloß von dem bedingten Vertrage redet, ohne der Bedingung bei der Tradition und bei letztwilligen Verfügungen zu gedenken. Derselbe wäre allerdings einfach aus dem Mangel eines allgemeinen Theils zu erklären, welcher genöthigt hat, die Lehre von der Bedingung nach der verschiedenen Qualität der bedingten Geschäfte zu zerlegen. Allein eine nähere Durchsicht der bezüglichen Artikel des Provincialgesetzbuchs erweist, daß der Gesetzgeber diese Zerlegung nicht streng durchgeführt hat und daß in die Art. 3150—3194 incl. nicht bloß specieell die bedingte Obligation tangirende Bestimmungen, sondern die meisten derjenigen Sätze, welche allen Gattungen der Bedingung gemein sind, aufgenommen worden⁸⁾, daß somit die Bedingungslehre im Obligationenrecht als generelles Gesetz den Singularbestimmungen im Erbrecht und Sachenrecht gegenübersteht. Ja, die Gewöhnung an die Stellung des ganzen Dogma's im allgemeinen Theil hat sogar mehrere Sätze in das Obligationenrecht hineingebracht, welche streng genommen hier garnicht am Plage sind, sondern die bedingte Tradition tangiren. Es sind dies namentlich die Art. 3171 und 3175, welche einen Theil des Thema's gegenwärtiger Abhandlung bilden werden⁹⁾.

Daß ferner der viel mißdeutete Ausdruck: „Nebenbe-

8) Vgl. Art. 3151—3159 incl ; Art. 3161—3165 incl. 3167, 3168 u. f. w.

9) Siehe unten § 6.

stimmung“ in der Begriffsdefinition der Bedingung von dem Provincialrecht nicht in dem Sinn genommen worden ist, als liege hier ein trennbares, für sich bestehendes, Nebengeschäft vor, eine Annahme, die bekanntlich zu den irrigsten Consequenzen¹⁰⁾ in Betreff der Beweislast und anderer Grundsätze geführt hat, geht wohl schon aus der Thatsache hervor, daß die Gültigkeit des Vertrages von dieser Nebenbestimmung abhängig gemacht wird, daß in concreto gemeinte Rechtsgeschäft daher nicht wohl ohne die Bedingung denkbar, beziehungsweise von derselben trennbar sein würde. Auch die Resolutivbedingung, welche, wie wir noch näher zu betrachten Gelegenheit haben werden, nach der richtigen Anschauung als ein Nebengeschäft, d. i. ein zweites Geschäft zu betrachten ist, ist nicht zugleich als ein Nebensächliches, von dem ersten Geschäfte Trennbares aufzufassen, sondern bildet einen integrierenden Theil des Gesamtrechtsverhältnisses.

Die Lehre von den uneigentlichen und falschen Bedingungen, von den Arten und der Erfüllung der Bedingung übergehen wir hier, als unser Thema nicht unmittelbar berührend. Nur die Eintheilung der Bedingung in die suspensive und resolutive wäre eigentlich als eine wesentliche Vorfrage schon hier zu erledigen; allein der Zusammenhang wird es nothwendig machen, den Unterschied und die Wesensgleichheit der beiden Bedingungsarten (siehe unten § 3) erst bei der Darstellung des eigentlichen Gegenstandes dieser Erörterung auszuführen.

Wenn wir auch die Wirkung der Bedingung während der Schwebezeit, die sog. „Vorwirkung“, wie Fitting¹¹⁾ sie nennt, hier ohne nähere Besprechung lassen, so geschieht dies weniger, weil diese in keiner Beziehung zu der Nachwirkung steht, — vielmehr läßt sich, wie sich zeigen wird, durch dieselbe

10) Vgl. Windscheid, Pandecten, Bd. I S. 210, Anmerk. 12.

11) Zeitschrift für Handelsrecht, II S. 253 cf. 77.

Manches erklären, was anders aufgefaßt zu falschen Schlüssen führen würde, — sondern weil bei der Erörterung unsrer Hauptaufgabe selbst sich schon eine Erwähnung der bei derselben nothwendigen Punkte aus der genannten Lehre ergeben wird. Wir betonen hier nur, daß das Provincialrecht in verschiedener Weise die Hauptäußerung dieser „Vornwirkung“, insbesondere die Willensgebundenheit des Promittenten, die „rechtliche Hoffnung“ des Promissar's¹²⁾, den Uebergang dieser beiden Rechtszustände auf die beiderseitigen Erben¹³⁾, die Cautionen, welche beide Theile zu leisten haben¹⁴⁾, die Grundsätze über die Gefahrübernahme während schwebender Bedingung¹⁵⁾, dem gemeinen Recht analog lehrt.

§ 2.

Ist die Bedingung erfüllt, d. h. ist der in ihr bezogene thatsächliche Umstand eingetreten, so tritt die Willenserklärung, der sie hinzugefügt worden war, in ihre volle Rechtswirkung ein. Sowohl die Art dieses Eintritts als die Ausdehnung desselben sind von Alters her der Gegenstand einer so lebhaften Controverse gewesen, daß der Kampf, der auf der ganzen Linie der Bedingungslehre gestritten worden, hier seine Gipfelung zu erreichen scheint.

Wir haben soeben die Art der Wirkung von der Ausdehnung derselben unterschieden, obgleich wir uns wohl bewußt sind, daß die letztere auch unter die erstere subsumirt zu werden vermag. Aber im Gegensatz zu der viel verbreiteten Anschauung, als involvire eine bestimmte Stellung in der einen Frage eine entsprechende in der zweiten, als müsse derjenige, der in Bezug auf die Art des Bedingungseintritts die Unmittelbarkeit, somit dessen größere Stärke betont, auch den-

12) Vgl. Art. 1280, 3935, 3167, 3168.

13) Vgl. Art. 3166.

14) Vgl. Art. 3169, 2378, 2379, 3177.

15) Vgl. Art. 3866.

selben soweit als möglich ausdehnen, beziehungsweise zurückbeziehen, glauben wir nicht Unrecht zu thun, wenn wir die beiden, dogmengeschichtlich schon disparat gewordenen Lehren von einander trennen.

Um nun die Art, in welcher die erfüllte Resolutivbedingung wirkt, genauer definiren zu können, müssen wir Allem zuvor das Verhältniß derselben zu dem Gegenstande, auf welchen gewirkt wird, näher in's Auge fassen. Was ist überhaupt direct vom Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung abhängig?

Im Allgemeinen antwortet die Theorie und antwortet auch unser Provincialgesetzbuch: das Geschäft selbst ist das Abhängige, und in dieser allgemeinen Fassung ist die Antwort keine unrichtige, denn das Geschäft entsteht und vergeht mit der gesetzten Bedingung. Wenn man also Geschäft mit „Existenz des Geschäfts“ und „Dauer des Geschäfts“ identisch setzen würde, so wäre an der eben erwähnten Definition Nichts auszusetzen. Allein es würde vielleicht nahe liegen, unter Geschäft auch dessen Inhalt zu verstehen und in diesem Sinne ist die Abhängigkeit des Geschäfts von der Bedingung, welche ja selbst regelmäßig einen Theil seines Inhalts bildet, also die Abhängigkeit des Inhalts von sich selber, eine Absurdität. Logischer ist es daher denjenigen Act, dessen Erzeugung Resultat des Bedingungseintritts ist, als directen Gegenstand der Wirkung des letztern zu betrachten. Dies ist der Act der Entstehung des Geschäfts bei der Suspensiv-, der Auflösung desselben bei der Resolutivbedingung. Diese Unterscheidung giebt uns daher den Anhalt zu einer nähern Zusammenstellung der beiden Bedingungsarten.

Die Entstehung des Geschäfts ist zur Existenz desselben erforderlich, die Auflösung nicht. Daher beherrscht die Suspensivbedingung wirklich das ganze Geschäft in directer Weise: es entsteht mit seinem ganzen Inhalt erst nach Erfüllung der

ersteren. Daher nennen die Quellen nur das unter einer solchen contrahirte Geschäft ein *negotium conditionale* ¹⁶⁾. Daher werden die Grundsätze der Bedingung von den ältern Theoretikern mit Vorliebe auf die Suspensivbedingung angewandt und mit Beziehung auf dieselbe erörtert ¹⁷⁾. Die Resolutivbedingung hingegen läßt das Geschäft unbedingt entstehen. Sie macht nicht unmittelbar das Geschäft, sondern nur seine Auflösung von ihrem Eintritt abhängig. Daher sprechen die Quellen von einem „*negotium purum, quod resolvitur sub conditione*“ ¹⁸⁾.

Thibaut in seinen civilistischen Abhandlungen ¹⁹⁾ war der erste, welcher diese Auffassung auf's schärfste betonte und sie in der Theorie zur Herrschaft brachte. Er setzt ein unter einer Resolutivbedingung contrahirtes Rechtsgeschäft aequal einem unbedingten Hauptgeschäft mit einem bedingten Nebengeschäft, gerichtet auf Auflösung des erstern. Hiergegen möchte aber doch, um irrthümliche Consequenzen nach der andern Seite hin zu vermeiden, zu erinnern sein, daß es sich nicht wesentlich um zwei Geschäfte, sondern um eines handelt, welches allerdings unbedingt, pure, entsteht aber nicht unbedingt ist. Nur in diesem Sinn ist das „*negotium purum*“ der Quellen zu fassen ²⁰⁾. Wie wir bei der Suspensivbedingung schon auf die gefährliche Verwechslung zwischen „Geschäft“ und „Ge-

16) Conf. l. 2 § 3 in fin. Dig. pro emt. (41, 4): sed videamus, utrum conditio sit an conventio? si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur.

17) D. Balduini comm. de conditionibus (in Heineceii jurispr. Romana et Attica. T. 1); F. Bruselii tract. de conditionibus et P.; Durani tr. de condit. et modis impossibilitibus, Frankfurt und Leipzig, 1700; J. Ravensberg de condit. convent. et ultim. voluntatum, Sena, 1752.

18) l. 2. 4. pr. Dig. de in diem add. (18, 2); l. 1 Dig. de l. com. (18, 3); l. 2 § 4. 5. Dig. pro emt. (41, 4).

19) Civilistische Abhandlungen XVII, 1.

20) Dieselben setzen daher auch stets den Zusatz, quod resolvitur sub conditione, hinzu; vgl. die oben angezogenen Stellen.

schäftsentsstehung“ hingewiesen, so müssen wir auch hier betonen, daß das Geschäft als ein purum, in unbedingter Weise entsteht, aber in seinem ganzen, in der „conventio“ liegenden Inhalt, zu welchem nothwendig die Resolutivbedingung als Theil²¹⁾ gehört. Daher wenden die Quellen die allgemeinen Grundsätze über Bedingung als Theil des Inhalts der Rechtsgeschäfte, z. B. über Willensgebundenheit u. s. w. auch auf diese Bedingungsart an, was bei Annahme eines besondern zweiten Rechtsgeschäfts nicht wohl erklärlich wäre²²⁾.

Es ist diese Untrennbarkeit der Resolutivbedingung von dem Hauptgeschäft namentlich der im Verlauf der Abhandlung²³⁾ zur Erörterung gelangenden Rießerschen Theorie gegenüber zu betonen, und nur in ihr die wahre Mitte zwischen zwei sich leicht ergebenden fehlerhaften Auffassungen der auflösenden Bedingung zu finden. Die eine Auffassung möchte in der Resolutivbedingung einen eignen, von dem Inhalt des Hauptgeschäfts los gelösten, wenn auch gleichzeitig mit demselben entstehenden Vertrag auf Auflösung des ersteren sehen, eine Idee, welcher der Resolutivbedingung die Qualität der *conditio*, eines Inhaltstheils des Rechtsgeschäfts völlig entzieht und zu mannigfachen Verwechslungen Veranlassung giebt, wie sie z. B. schon bei *Cujacius*²⁴⁾ vorkommen, wenn derselbe das *pactum de retrovendendo* in seiner regelmäßigen Form als Resolutivbedingung faßt. Die andere Auffassung²⁵⁾ dagegen sieht durch die Resolutivbedingung das Geschäft als solches, beziehungsweise dessen Inhalt, also nicht bloß dessen

21) Vgl. *Arndt's*, *Pandekten* § 66, *Vangerow*, *Pandekten* § 96, *Savigny System* Bd. III. S. 116 ff., *Böding*, *Lehrbuch* I. § 111.

22) § 4 *J. de verb. obl.* (3, 16); § 8 *pr. Dig. de peric. et comm.* (18, 6); *l. 41 Dig. de re jud.* (42, 1) u. a. m.

23) Vgl. unten § 4.

24) *conf. Observationes* XXIV, c. 36; vgl. weiter unten.

25) Vgl. z. B. *Unger*, *Dest. Erbrecht*, III § 82 *Not.* 30. 30a.

Auflösung, bedingt und vermag daher nicht die (sogleich von uns zu besprechende) Analogie der Suspensivbedingung auf die erstere auszudehnen.

Wenn nun also die Auflösung des Geschäfts das wesentliche Object der deshalb „resolutiv“ genannten Bedingung bildet, so fällt der begriffliche Unterschied zwischen dieser und der aufschiebenden Bedingung weg; denn die Auflösung wird ja eben durch die Bedingung aufgeschoben, sie steht somit unter einer suspensiven *conditio*. Es ist mit andern Worten die resolutive Bedingung nichts Andres als eine suspensive, auf Vernichtung des Geschäfts (dessen Inhaltstheil sie bildet) gerichtete. Die beiden Bedingungsarten sind somit wesentlich identisch, nur in dem Gegenstande ihrer Wirkung verschieden, und alle aus dem Wesen derselben entspringenden Grundsätze sind in gleicher Weise auf beide anzuwenden²⁶⁾. Es erklärt sich hieraus auch naturgemäß die dürftige Behandlung der Resolutivbedingung durch Quellen und Theorie, da man dieselbe als in der Suspensivbedingung enthalten ansehen muß.

Aus diesem Grunde dürfte es angemessen erscheinen, in gedrängten Worten die gemeinrechtliche und provinzielle Lehre von der Wirkung der erfüllten Suspensivbedingung zu erörtern, um so ihre wichtigen Consequenzen auf unser Specialthema besser im Auge behalten zu können.

§ 3.

Durch die Setzung der aufschiebenden Bedingung hat der Promittent seinen Willen für die Zukunft gebunden. Er spricht aus, daß er bei Eintritt eines gewissen Umstandes auch eine gewisse Rechtswirkung wolle. Dieser Wille bedarf somit zur Gestaltung des eventuell gewollten Rechtszustandes nur

26) Vgl. Thibaut, l. c. S. 360 ff.: Sell: „Ueber bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingung im Allgemeinen“. Zürich 1839. S. 181 ff.

der fehlenden Thatsache; mit Eintritt derselben ist das Rechtsverhältniß ebenso ²⁷⁾ existent, als wenn es von Anfang an ein unbedingtes gewesen wäre. Die fehlende Thatsache läßt also bei ihrem Erscheinen das Rechtsgeschäft unmittelbar, gleichsam ohne Hinzuthun der sonst erforderlichen Willensäußerung in's Leben treten, eben weil diese letztere schon früher vorhanden war. Die Bedingung wirkt somit bei ihrem Eintritt unmittelbar oder, wie namentlich in Beziehung auf die bedingte Eigenthumstradition gesagt zu werden pflegt, „dinglich“.

Am prägnantesten äußert sich diese, übrigens auch theoretisch nie bestrittene Unmittelbarkeit, diese Wirkung des Willens in die Ferne, bei der eben berührten bedingten Tradition, welche unser Provincialgesetzbuch ²⁸⁾ zusammen mit der Theorie von der Wirkung der erfüllten Bedingung bei Verträgen bespricht. Regelmäßig bleibt der Besitz der Sache, um deren Eigenthumsübergang existente conditione es sich handelt, bei dem Promittenten. Dies ist jedoch nicht unumgänglich; vielmehr kann auch bei der Suspensivbedingung eine Tradition der Sache an einen Dritten ^{*)} vorkommen ²⁹⁾. Nun kann diese ganz ohne Rücksicht auf den bedingten schon vorher bestehenden Vertrag, als Ausfluß des Willens des Eigenthümers erfolgen; dann erzeugt sie sofort volles Eigenthum und erhält überhaupt nicht den Character der bedingten Tradition. Der Promissar erhält in diesem Fall, da er nicht auf Grund einer bedingten Uebergabe, sondern eines bedingten Vertrages gegen den Promittenten, welcher an einen Dritten veräußert hat, klagt, bloß die obligatorische *actio ex stipulatu*, nicht die *Vindication*. — Hat aber der Promittent unter Hinweis auf einen vorher bestehenden bedingten Vertrag oder ganz einfach unter Setzung

27) Ebenso = in der Art, nicht mit derselben Wirkung.

28) Vgl. Art. 3170.

29) Vgl. *Seil* I. c. S. 182 ff.

*) beziehungsweise an den Promissar.

einer Bedingung dem Promissar eine Sache tradirt, so entsteht, eben der beabsichtigten Suspension der Wirkung halber, anfänglich gar kein Eigenthum. Die bloße Tradition nämlich, ohne vorausgehende *justa causa*, erzeugt als reines *Factum* kein dingliches Recht; die *justa causa* verleiht derselben erst rechtliche Qualität. Diese wird hier durch den bedingten Vertrag oder die bei der Tradition gesetzte Bedingung repräsentirt, ist somit selbst eine bedingte, schwebende. Damit ist die Bedingtheit der Tradition selbst ausgesprochen — sie wirkt vorläufig nur Besitz an einer fremden Sache, eventuell erst Eigenthum, aber dann unmittelbar³⁰⁾.

Diese Unmittelbarkeit der Wirkung, mag dieselbe nun in einem bloßen Fälligwerden der Forderung oder in einem Uebergang dinglicher Rechte bestehen, lehrt nun auch unser Provinzialrecht, wenn es z. B. in Art. 1349 sagt:

„Wird das Pfandrecht für eine bedingte Forderung bestellt,
 „so ist dasselbe während obschwebender Bedingung wirkungslos. Tritt aber die Erfüllung der Bedingung ein,
 „so ist das Pfandrecht schon in dem Augenblick als
 „entstanden zu betrachten, in welchem es bestellt
 „wurde.“

Sehen wir für's Erste von der hier enthaltenen sog. Rückziehung der Bedingung ab und verwerthen wir den Artikel jetzt bloß für das so eben aufgestellte Princip der dinglichen Wirkung, so zeigt uns das selbstständige „Entstandensein“ des Pfandrechts, im Gegensatz zu einer etwa noch zu verlangenden besondern Bestellung, daß die Dinglichkeit des Rechts unangefochtnermaßen auf die erste Einräumung sich stützt. Ebenso lehrt Art. 1350:

„Ist nicht die Forderung, sondern das Pfandrecht selbst
 „von einer Bedingung oder Zeitbestimmung abhängig

30) Vgl. Sell l. c. p. S. 183 ff.

„gemacht, so wird es nur von dem Eintritt der Bedingung
 „oder des Termins an wirksam,“
 und ganz direct Art. 817:

„Die Uebergabe kann auch unter einer aufschiebenden
 „Bedingung erfolgen, in welchem Falle erst mit dem Ein-
 „tritt der Bedingung das Eigenthum auf den Em-
 „pfänger übergeht.“

Vgl. auch Art. 837, sowie für letztwillige Verfügungen
 Art. 2190, 2193 und 2377.

Indem wir die Ausdehnung der unmittelbaren Wirkung
 der erfüllten Suspensivbedingung einer spätern Erörterung im
 Zusammenhang mit der Lehre von der Ausdehnung, beziehungs-
 weise von der Rückziehung der erfüllten Resolutivbedingung vor-
 behalten, haben wir jetzt die Consequenz der vorausgeschickten
 Grundsätze bei der erfüllten Resolutivbedingung zu betrachten.

§ 4.

Die Frage, ob bei Eintritt der auflösenden Bedingung
 der Rückerber unmittelbar das zeitweilig verloren gegangene
 Recht wieder erwirbt oder bloß ein obligatorisches Recht auf
 Rückbestellung erhält, ist bis auf Thibaut allerdings vielfach
 angeregt, aber nicht mit vollständiger Klarheit entschieden worden.
 Cujacius schwankt in dieser Beziehung zwischen den verschie-
 denen Auffassungen; während er in den *Observ. XXIV, c. 36*
ad leg. 4 et 3 Dig. de in diem add. (18, 2) die stärkere
 Wirkung, den unmittelbaren Uebergang des dinglichen Rechts³¹⁾
 an den Rückerber anerkennt, verbi:

...facto alterius, qui pignus non contraxit, veluti
 facto ejus, qui meliorem conditionem offert, per-
 imi, non etiam facto ejus, qui id contraxit: unde nec

31) Wenn hier nur von der bedingten Uebertragung dinglicher Rechte
 die Rede ist, so rührt dies daher, daß hier allein eine prägnante Wirkung,
 ein Rückfall von Rechten vorkommt.

si rem emtam et ab emtore pigneratam, emtor redhibeat venditori ob vitium aliquod latens, pignus exstingui placet, dehnt er dieselbe auch auf den bloßen Nebenvertrag des pactum de retrovendendo in den darauf folgenden Worten aus und verwechselt somit Resolutivbedingung bei der Rechtsübertragung und Nebenvertrag auf Auflösung; während er einerseits das Vindicationrecht des Rückerverbers, wenn auch nur „per utiles et fictitias actiones“ aufrecht erhalten will³²⁾, läßt er daselbe an einer andern Stelle fallen³³⁾. Dagegen betont Donellus³⁴⁾ mit Entschiedenheit, jedoch ohne speciell auf die bezüglichen Quellaussprüche einzugehen, die dingliche Wirkung der conditio existens. Die Anschauung, als erwerbe der Promittent bei Eintritt der Resolutivbedingung nur eine persönliche Forderung auf Retradition, wird dagegen von Brunnemann³⁵⁾ und Cocceji³⁶⁾, jedoch nur für den Fall vertreten, daß der Promittent die Bedingung in indirecter Redeweise gesetzt hat, also z. B. ut fundus inemtus fieret, ut res reddatur u. s. w. Lauten die Worte dagegen direct: ut fundus inemtus sit u. s. w., so gestatten auch sie die Vindication ohne Retradition. Nur wenige, unter diesen Mussel³⁷⁾ nahmen eine ausschließlich obligatorische Wirkung in dem gegebenen Fall an.

Gegen diese vagen und zweifelhaften Anschauungen trat nun namentlich Thibaut in den angeführten Abhandlungen³⁸⁾ auf, wies darauf hin, daß die von Brunnemann

32) Vgl. comment. ad Tit. Dig. de rei vind. ad l. 42.

33) Vgl. comment. ad Lib. 4 Cod. de pact. int. emt. et vend. (p. 1025.)

34) Comment. l. 16 c. 18. 19.

35) Ad codic. L. 4. T. 54 ad const. 1. 2. 4.

36) Jus contr. l. 18. T. 2. qu. 5. T. 3. qu. 5.; vgl. auch Thibaut, Pandecten, Syst. § 124.

37) Vgl. observ. quaedam de conventionibus ad conditionem initis, Weßlar 1813, p. 4—26.

38) L. c. Abhandlung XVII, 2 u. 3.

und Cocceji, sowie ihm selbst früher vertretene Anschauung in den Quellen keinen Boden habe, daß vielmehr die Unmittelbarkeit der Rechtswirkung der nachgewiesenen und auch von uns besprochenen Analogie der Suspensivbedingungen der Natur der Sache und den Quellen am meisten entspreche. Thibaut's Ansicht, welcher Glück³⁹⁾, Wenig⁴⁰⁾, Seuffert⁴¹⁾ sofort beitraten, ist denn auch im Allgemeinen die herrschende geblieben. Die Aufstellung von Zimmern⁴²⁾, welcher namentlich Frig⁴³⁾ beitrug, wornach der bei Bedingungen so wesentlichen Willensinterpretation gemäß zu unterscheiden sei zwischen einem auf Revindication gerichteten bedingten Uebertragungsact und einer auf bloße Retradition gerichteten Abmachung, ist schon deshalb nicht als eine wahre Einschränkung der Thibaut'schen Ansicht zu betrachten, weil, wie wir gesehen, der auf Retradition gerichtete bloße Nebenvertrag keine wahre Resolutivbedingung bildet. Dagegen wird von Gesterding⁴⁴⁾ die eigenthümliche Ansicht aufgestellt, daß das Eigenthum des Promissar's durch Eintritt der Resolutivbedingung zwar nicht ipso jure untergeht, die von demselben constituirten dinglichen Rechte aber nicht allein bei dem resolutiv bedingten Eigenthum, sondern auch bei andern Arten bloßer auflösender Verträge, wie der laesio enormis, dem pactum de retrovendendo u. s. w., von selbst erlöschen. Diese ganz vereinzelt gebliebene, von den entgegengesetzten Parteien angegriffene und verworfene Darstellung beruhte bloß auf einer, namentlich von Frig⁴⁵⁾ in ihrer Haltlosigkeit nachgewiesenen Quelleninterpretation.

39) Pandectencommentar Bd. XVI, zu den Titeln de in diem ad-
dictione und de lege commissoria.

40) Civilrecht, zweite Auflage Buch II § 7.

41) Erörterungen S. 92—95.

42) Archiv für Civ.-Pr. V, S. 234 ff.

43) Archiv für Civ.-Pr. VIII, S. 293 ff.

44) Lehre vom Pfandrecht § 39.

45) Archiv für Civ.-Pr. VIII, S. 288.

Gegenüber der nunmehr herrschend gewordenen Theorie, welche durch Hineinziehung der der Praxis (s. weiter unten) so lästigen Rückziehungstheorie sich in's Extrem verstiegen, trat bald eine, wenn auch nicht nachhaltige Reaction ein. Eingeleitet wurde dieselbe durch die Abhandlung von G. Rieffer: Ueber Resolutivbedingungen⁴⁶⁾.

Geleitet wurde Rieffer bei Veröffentlichung seiner Abhandlung von dem Motiv, daß die Dinglichkeit der Wirkung bei Erfüllung der Resolutivbedingung eine practisch unerträgliche Ausdehnung des Gebiets der an sich schon dem deutschen Rechtsgefühl vielfach widersprechenden gemeinrechtlichen Bindication involvire. Hierdurch bewogen nahm er die von Thibaut selbst durchgeführte These, daß die Resolutivbedingung weiter Nichts sei als ein bedingter Nebenvertrag über die Auflösung eines Geschäfts, zum Ausgangspunkt, wies darauf hin, daß die Bedingung an sich ja die Frage der dinglichen Rechtsübertragung nicht tangire, daß der Vertrag ohne dazu gehörige Tradition zur Eigenthumsübertragung nicht stark genug sei, da „*dominia rerum pactis non transferuntur*“, erklärte, daß die gegen seine Anschauung angeführte Regel: „*resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*“ auf einer durch die Quellen nicht gestützten *petitio principii* beruhe und suchte endlich durch eine eingehende und mit großer Schärfe vertheidigte Quelleninterpretation durchzuführen, daß, um mit seinen eignen Worten zu reden „es der entschiedene Character der Resolution Eigenthum „übertragender Geschäfte (zu denen er auch unsern Fall der „Eigenthumsübertragung unter einer Resolutivbedingung zählt) „ist, daß der Eigenthumsstand nur durch persönliche Klagen „unter den Contrahenten, unbeschadet der vom interimistischen „Eigenthümer ausgegangenen Rechte Dritter, wiederhergestellt „werden kann.“

46) Zeitschr. für Civilrecht u. Proc. II, S. 1 ff. S. 270 ff.

Wenn Rieffer's Ansicht hauptsächlich darauf ausging, die Unbilligkeit, welche darin liegt, daß der wahre Eigenthümer nicht im Stande sein soll einen wirklichen Genuß von seinem Eigenthum zu ziehen und daß der redliche Erwerber einer Sache aus den Händen des wahren Eigenthümers dieselbe ohne seine Schuld jederzeit zu verlieren im Stande sein soll, zu beseitigen, so war ihm diese Absicht nur zum Theil gelungen. Obgleich er nun allerdings den Dritten im Besitz seiner wohl-erworbenen Rechte schützte, so hat er doch den Grundcharacter jener Unbilligkeit, welcher in der Rückziehung der Bedingung und in der aus derselben resultirenden Consequenz liegt, daß der wahre Eigenthümer die Früchte der von der Bedingung tangirten Sache nie ruhig genießen kann, da er ihre jederzeitige Rückforderung zu gewärtigen sich genöthigt sieht, nicht getroffen. Denn eine Rückforderung aller Vortheile der Zwischenzeit, wenn auch bloß auf dem Wege der obligatorischen Klage, ist auch nach seiner Ansicht stets möglich und ist auch, wie wir sehen werden, nach ihm vertheidigt worden⁴⁷⁾.

Einen Augenblick schien es, als ob Rieffer's Deduction das ganze mühsam errungene Resultat der herrschenden Lehre in's Schwanken bringen würde. Wenig trat in der vierten Auflage seines Lehrbuchs zu ihm über und schon schien die bisherige Theorie in Gefahr, als gleichzeitig, doch unabhängig von einander, Thibaut im Archiv für civilistische Praxis⁴⁸⁾ und W. Müller in seinen civilistischen Abhandlungen⁴⁹⁾ gegen die Anschauungen Rieffer's auftraten, welchen sich allmählig die *doctorum opinio* wieder anschloß, so daß Rieffer isolirt blieb. Welchen Einfluß die Aufstellung seiner Theorie und die dadurch hervorgerufene Revision der ganzen Lehre auf das

47) Windscheid, Lehrbuch, zweite Auflage S. 225, 226 Anmrlg. 2 u. 3; f. unten § 7.

48) L. c. Bd. XVI, № 14.

49) Civ. Abhandlungen, Gießen 1833, № 7.

Dogma von der Rückwirkung der Resolutivbedingung gehabt hat, ist im § 7 erwähnt.

Die Wichtigkeit, welche die eben geschilderte Controverse für die Doctrin unsres Provincialgesetzbuchs und für dessen Auffassung erlangt hat, nöthigt uns nunmehr eine eingehendere Erörterung der Berechtigung der Hauptanschauungen und zwar sowohl vom Standpunkt der Natur der Sache als der Quellen zu versuchen.

§ 5.

Der innerliche Grundfehler der Rießler'schen Anschauung ruht auf dem Vergessen der schon früher von uns angedeuteten Untrennbarkeit der Resolutivbedingung von dem Hauptgeschäft. Nach Rießler's Ansicht sind die Wirkungen der unter einer Resolutivbedingung vollzogenen Tradition völlig identisch mit denen eines Nebenvertrages auf Wiederauflösung, etwa des *pactum de retrovendendo*. Der so scheinbar richtig von ihm angeführte Grundsatz, daß der bloße Vertrag kein Eigenthum zu übertragen im Stande sei, trifft aber um deswillen hier nicht zu, weil es sich hier gar nicht um den bedingten Vertrag, sondern um die bedingte Tradition handelt. Ganz wie bei der Suspensivbedingung (s. oben S. 20) durch die *justa causa* des bedingten Vertrages die auf Grund desselben vollzogene Tradition in ihrer Rechtswirkung eine eventuelle Ausdehnung erhielt, ganz so beschränkt die *justa causa* der gesetzten Resolutivbedingung die ihr gefolgte Tradition in ihrem Wesen derartig, daß sie ihre Rechtswirkungen nur auf eine bestimmte Zeit erstreckt. Wie wir doch jedenfalls befugt sind von einer Eigenthumsübertragung unter wesentlichen Modalitäten und Beschränkungen, z. B. von einer Tradition des Eigenthums *sub die* zu reden, so können wir doch zweifellos auch eine Eigenthumsübergabe derartig in ihrer Dauer be-

schränken, daß sie nur bis zum Eintritt eines bestimmten Umstandes ihre Kraft behalten soll⁵⁰⁾.

Liegt aber eine bedingte Tradition vor, so ist das Eigenthum nur in soweit übertragen, als der in der Resolutivbedingung bezogne Umstand nicht eingetreten ist; mit dessen Eintritt fällt das Eigenthum nicht eigentlich ohne Reträditiön zurück, sondern es zeigt sich die andere Seite der für diesen Fall chamaeleontischen Tradition, welche nicht Reträditiön, vielmehr Reservatiön des Eigenthums war.

Während nun Rießler, ausgehend von der allgemeinen Theorie der Unübertragbarkeit des Eigenthums durch bloßen Vertrag, seinen Gegnern die Beweislast der von ihm hier interpretirten Ausnahme zuschieben will, ist er seinerseits eigentlich zur strikten Beweisführung verpflichtet. Denn, wie wir oben bei der Suspensivbedingung gesehen, wirkt der Eintritt derselben stets unmittelbar. Dasselbe wird unangefochtnermaßen von der resolutiv bedingten Obligation gelehrt — nur die resolutiv bedingte Tradition soll eine Ausnahme machen. Blicken wir von diesem Standpunkt aus auf den von Rießler versuchten Beweis.

Allem zuvor weisen wir diejenigen Argumente, welche gegen die Rückziehung der Bedingung gerichtet sind, wie die S. 19 ff. erwähnte Thatsache, daß das resolutiv bedingte Vindicationslegat während schwebender Bedingung im Eigenthum des Erben verbleibt⁵¹⁾ und mehrere andere Quellenstellen, als nicht die dingliche Wirkung, sondern bloß die Retractiön negirend, hier zurück.

Die erste und Hauptstelle, welche Rießler⁵²⁾ für sich anführt, ist die l. 19 Dig. de usucap. (41, 3):

50) Vgl. Fitting, zur Lehre von der Rückziehung, Erlangen 1856 S. 62 ff.

51) j. B. l. 66 Dig. de rei vind. (6, 1).

52) L. c. S. 20 ff.

Si hominem emisti, ut, si aliqua conditio exstiteret, inemptus fieret, et is tibi traditus est et postea conditio emtionem resolvit: tempus, quo apud emtorem fuit, accedere venditori debere existimo, quoniam eo genere retro acta venditio esset redhibitioni similis, in qua non dubito tempus ejus qui redhibuerit venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest.

Favolenus statuir hier für den Fall eines Eigenthumsrückfalls nach erfüllter Resolutivbedingung, daß der Rückerber sich die Besitzzeit des Promissars in seine Usucapionszeit anrechnen dürfe, analog dem Rückerber bei der actio redhibitoria. Rieffer betont nun diese Analogie, sucht aus ihr die Consequenz weiterer Gleichheit in den Grundsätzen beider Institute zu ziehen und weist darauf hin, daß ja, wenn die Ansicht der dinglichen Rechtswirkung die des Favolen gewesen wäre, er die Einrechnung der Besitzzeit des Zwischenerwerbers viel leichter aus der absoluten Rückziehung der Bedingung hätte erklären können, da ja nach derselben das Recht des Verkäuferers nie wirklich verloren gegangen sei.

Trifft nun einerseits der Hinweis auf die Rückziehung unsre Anschauung nicht, so müssen wir andererseits dem Ausdruck Favolen's jede Entscheidungskraft in Betreff unsrer Frage absprechen, da derselbe speciell nur in der „retroacta venditio“ die „similitas“ der redhibitorischen Klage und der Resolutivbedingung sucht. Vielmehr dürfte sich in der Voraussetzung der Stelle, daß nothwendig bei Eintritt der Bedingung das Eigenthum der Sache sich wieder beim Verkäufer befinde, eher ein Anklang an die Anschauung unmittelbaren Rückfalls desselben finden⁵³⁾.

Ferner weist Rieffer auf eine Reihe von Nebenverträgen hin, bei welchen nach Eintritt der Bedingung nicht von der

53) Vgl. auch W. Müller, l. c. § 6.

rei vindicatio des Rückerverbers, sondern von einer bloßen *Condictio* die Rede ist. Dies sei namentlich der Fall bei l. 15 Dig. de cond. causa data (12, 4):

Quum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id reperi- tum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit prae- fecto vigilum, quasi in facinore deprehensum: praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit. Ages cum Attio, dare eum tibi oportere; quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait, posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit, quominus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses ejus hominem.

Rieser sieht in dem vorliegenden Fall eine Eigenthums- übertragung des Sklaven an Attius unter der Resolutivbedin- gung, daß, wenn die Unschuld des Sklaven erwiesen würde, er zurückzugeben wäre. In dem Nebensatz, daß der Erwerber auch „ante mortem dare oportueris,“ ic. existente con- ditione, findet er dann den Nachweis, daß der Veräußerer keine *Vindicatio*, sondern bloß die *condictio* erhält.

Sehen wir nun auch von der Frage ab, ob unter der *causa* der l. 15 eine wahre Bedingung, ob nicht vielmehr eine einfache Voraussetzung⁵⁴⁾ gemeint ist, wie sie grade bei der *condictio causa data, causa non secuta*, von welcher der vorliegende Digestentitel handelt, die Regel bildet, so zeigt sich doch grade in dieser Stelle Rieser's falsche Identifici- rung der Resolutivbedingung und der bloßen unter einer Sus- pensivbedingung ausbedungenen Retradition in ihrer ganzen Schärfe. Obgleich es sich hier nach den ausdrücklichen Worten der Stelle:

ut, si id reperi tum in eo non esset, redderetur tibi

54) Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850. S. 1 ff., S. 25.

nur um die letztere handelt, der Veräußerer selbstverständlich also nur dies „reddere“ zu verlangen im Stande ist, worauf auch die zugleich gestattete Exhibitionsklage hindeutet, so will er doch hier eine wirkliche Resolutivbedingung angenommen wissen.

Derselbe Einwand richtet sich auch gegen die von ihm citirten Stellen l. 2 Dig. de cond. indeb. (12, 6), l. 12 Dig. praescr. verb. (19, 5) und l. 9 pr. Dig. de cond. causa d. causa n. sec. (12, 4).

Kieser wendet sich hierauf⁵⁵⁾ zur Prüfung der einschlägigen Gesetze über diejenigen Verträge oder Nebenverträge, welche er in seine Definition der Resolutivbedingung hineinzieht. Der erste derselben ist das *pactum de retrovendendo*. So entschieden in Gemäßheit der l. 12 Dig. praescr. verb. (19, 3) und der c. 2 Cod. de pact. int. emt. et vend. (IV, 54) diese Convention in ihrer regelmäßigen Form als ein bloßer, die Tradition durchaus nicht innerlich afficirender Vertrag auf Rückverkauf zu betrachten ist, so entschieden paßt sie auch in Kieser's weitere Umgrenzung der Resolutivbedingung. Da Kieser sich der Schwierigkeit wohl bewußt wird, diesen Vertrag mit der unmittelbar wirkenden Resolutivbedingung auf gleiche Linie zu stellen, sucht er aus den Quellen eine Gleichstellung beider abzuleiten und will eine günstige Entscheidung in der c. 7 Cod. de pact. int. emt. (IV, 54) finden:

Si a te comparavit is, cujus meministi, et convenit. ut si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inempta, remitti hanc conventionem rescripto nostro non jure petis. Sed si se subtrahat, ut jure dominii eandem rem retineat, denuntiationis et obsignationis depositionisque remedio contra fraudem potes juri tuo consulere.

55) Vgl. l. c. §. 30 ff.

Es wird hier der Fall vorausgesetzt, daß ein Kauf unter der Nebenbedingung abgeschlossen worden, derselbe solle rückgängig werden, wenn der Verkäufer innerhalb einer bestimmten Frist dem Käufer eine gewisse Quantität fungibler Sachen liefere. Schon aus dieser Supposition ist ersichtlich, daß es sich hier nicht um den technischen Begriff des Rückverkaufs, welcher hier gar nicht erwähnt wird, sondern um die Auflösung des ursprünglichen Kaufs handelt („sit res inempta, nicht retrovendatur“). Es liegt hier also allerdings eine wahre Resolutivbedingung vor; aber es ist von Nieffer eine *petitio principii*, wenn er dieselbe mit dem *pactum de retrovendendo* verwechselt. Für den hier angegebenen Fall soll nun, wenn der Käufer versuchen sollte (nämlich durch Nichtannahme des Restes der Lieferung) sich der Bedingungserfüllung zu entziehen („subtrahere“) und dann sich auf sein Eigenthumsrecht, da die Bedingung nicht existent geworden, zu stützen, der Verkäufer durch Deposition des Nichtacceptirten die Bedingung erfüllen und sein Recht der „*fraus emptoris*“ gegenüber wahren. So übersetzt, schwindet auch die von Nieffer betonte Unerklärlichkeit des „*petis*“, das er durch „*petit*“ erlangen will, da er nicht verstehen könne, wie der Verkäufer je um Hülfe gegen einen ihm so günstigen Vertrag als den vorliegenden nachsuchen würde. In dem hier supponirten Fall ist er dieser Hülfe nur zu sehr bedürftig⁵⁶⁾.

Schwieriger ist die Erklärung der Grundsätze über das durch l. 3 Dig. de contrah. emt. (18, 1) und l. 2 § 5 Dig. pro emt. (41, 4) als Resolutivbedingung anerkannte *pactum displicentiae*, für welches namentlich die c. 4 pr. Cod. de aed. act. (IV, 58) lehrt:

Si praedium quis sub ea lege comparavit, ut si dis-

56) An eine Stelle wie diese muß auch das Provincialgesetzbuch gedacht haben, wenn es in Art. 3923 den Vorbehalt des Wiederkaufs als Resolutivbedingung behandelt; s. unten § 5.

plenerit, inemptum sit: id, utpote sub conditione venditum resolvi et redhibitoriam actionem adversus venditorem competere palam est, also die Anwendung einer persönlichen Klage nach Eintritt der Bedingung vertheidigt. Diese Klage ist jedoch, ebenso wie die in l. 6 pr. Dig. de rescind. vend. (18, 50) erwähnte actio emti immer nur gegen den Verkäufer gerichtet; nirgends steht es direct ausgesprochen, daß auch gegen den Käufer die Vindication bei erfüllter Bedingung cessirt. Wohl aber wird im Gegensatz zu der in diem addictio, bei welcher, wie sich zeigen wird, der Eintritt der Bedingung die dritten Personen in der Zwischenzeit bestellten dinglichen Rechte vernichtet, in der l. 3 in fine Dig. quib. mod. pign. (20, 6) von dem Neuvertrage gelehrt:

. . . quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet . . .

so daß also das Nichterlöschen der dritten Personen bestellten dinglichen Rechte zweifellos erscheint.

Die Einwendung *Lhibaut's*⁵⁷⁾, es handle sich hier um eine von der Willkür des Verpflichteten abhängige Bedingung, die deßhalb bekannten Grundsätzen gemäß⁵⁸⁾ keine Rückziehung verträge, ist einerseits schon deswegen nicht am Platze, weil der Käufer bei dem *pactum displicentiae* nicht den Verpflichteten, sondern grade den Vortheilziehenden repräsentirt; andererseits würde sie in jedem Fall nur beweisen, daß hier keine Retraction stattfinden darf, nicht aber die Möglichkeit der Vindication ausschließen⁵⁹⁾.

Vielmehr handelt es sich hier dem Käufer gegenüber um gar keine wahre Bedingung, wenigstens in so fern derselbe in Bezug auf das ihm übertragne Eigenthumsrecht gar keiner

57) Vgl. Civ. Abh. XVII, 12. S. 364 ff.

58) Vgl. l. 17. l. 46 § 3. l. 108 § 1 Dig. de verb. obl. (45, 1.)

59) Kieffer S. 35.

wahren Beschränkung unterworfen wird. Denn wenn ich eine Sache unter der Bedingung tradire, daß das Geschäft und dessen Fortexistenz ganz in die reine Willkühr des Erwerbers gestellt wird, so habe ich die Sache gar nicht in das wider- rufliche Eigenthum desselben übertragen, sondern ihm unum- schränkt überliefert, insofern er nur selbst die Sache behalten will. Dieses „Behaltenwollen“, d. i. die Fortdauer des animus do- mini, ist als solches schon *conditio tacita* des Eigenthums und somit für den Käufer keine wahre Beschränkung seines Rechts⁶⁰⁾. Derselbe überträgt vielmehr dritten Personen ebensoviel Recht, als er selbst besitzt, d. i. unwiderrufliches *jus in re*.

Nachdem Nieffer auf diese Weise die zu der von ihm construirten Resolutivbedingung gehörigen Nebenverträge be- handelt hat, gelangt⁶¹⁾ er zu denjenigen, welche auch nach unsrer Anschauung eine derartige Bedingung involviren. Vor- ausgesandt wird von ihm eine Widerlegung der damals viel- fach auf Grund von l. 8 Dig. de jure dotium (23, 3) und l. 1 § 2 Dig. pro dote (41, 9) aufgestellten allgemeinen Prä- sumption, wornach bei entstehendem Zweifel über die wahre Absicht des unter einer Bedingung Tradirenden für eine von ihm gewollte Resolutivbedingung die gesetzliche Vermuthung spreche. Wenn wir auch mit ihm die Allgemeinheit dieser Präsumption leugnen können, so steht doch laut l. 2 § 4 Dig. pro emt. (41, 4):

Si in diem addictio facta sit, id est, nisi si quis me- liorem conditionem attulerit, perfectam esse emtionem et fructus emtoris effici, et usucapionem procedere Julianus putabat; alii et hanc sub conditione esse contractam; ille non contrahi sed resolvi dicebat, quae sententia vera est,

60) l. 69 Dig. de condit. (35, 1); l. 65 § 1 Dig. de leg. I (30).

61) C. 270 ff.

für die in diem addictio und laut l. 1 Dig. de lege commiss. (18, 3):

Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio quam sub conditione contrahi videatur,

für die lex commissoria zweifellos fest, daß in den Fällen dieser beiden Nebenverträge in der Regel für eine Resolutivbedingung zu präsumiren sei⁶²). Rießler sieht sich trotzdem genöthigt, um den seiner Anschauung total widersprechenden l. 9 Dig. de aq. plus. acc. (39, 3) und l. 8 Dig. de lege comm. (18, 3) die Anwendbarkeit auf unsre Frage absprechen zu können, dieselben der Suspensivbedingung zuzuweisen. Die erstere Stelle lautet:

In diem addicto praedio et emtoris et venditoris voluntas exquirenda est, ut, sive remanserit penes emtorem, sive recesserit, certum sit, voluntate domini factam aquae cessionem.

Daß die hier verlangte Zustimmung des Veräußerers zur Constituirung einer Wassergerechtigkeit während schwebender Bedingung durchaus unnöthig ist, wenn Rießler's Anschauung die wahre, ist ebenso einleuchtend, als daß es sich hier schon deswegen um keine Suspensivbedingung handeln kann, weil von dem möglichen Verbleib des Eigenthums beim Käufer („sive remanserit penes emtorem“) die Rede ist. Ebenso erklärt die c. 1 Cod. de pact. int. emt. (IV, 5) bei der lex commissoria direct gegen Rießler:

ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtor arrham perderet et dominium ad venditorem pertineret,

lehrt also expreß den Rückfall des Eigenthums an den

⁶²) Vgl. Thibaut, Civil. Abhandlungen, XVII, Nr 3, Glüd XVI, S. 271 ff.

Verkäufer, eine Thatsache, die bei Annahme einer Suspensivbedingung gar keinen Sinn erhalten würde. Hierher gehört auch l. 8 Dig. de lege commiss. (18, 3), in welcher dem Verkäufer direct die rei vindicatio für den Fall der nicht rechtzeitigen Preisentrichtung zugesprochen wird, sowie die dasselbe besagende c. 4 Cod. de pact. int. emt. (IV, 54):

Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui, post praestitutum pretii solvendi diem, non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit,

in welcher also dem Verkäufer die Wahl zwischen der Vindication und der Klage auf Kaufpreis und Verzugszinsen gelassen wird.

Auch in der l. 3 Dig. quib. mod. pign. (20, 6):

Si res distracta fuerit sic: nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. V. Dig. ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet

will Kieffer, um der ihn widerlegenden Consequenz der Erlöschung des Pfandrechts bei eintretender Bedingung zu entgehen, eine Suspensivbedingung annehmen, obgleich für diese von einer Erlöschung des Pfandrechts gar keine Rede sein kann, ein solches vielmehr, als vom Nichteigenthümer bestellt, nie zu entstehen vermocht hat. Außerdem zeugt ein anderes, in den Digesten enthaltenes, Citat derselben Stelle des Marcellus, in l. 4 § 3 Dig. de in diem add. (18, 2):

Sed et Marcellus lib. V. Dig. scribit „pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset,“

mit klaren Worten sowohl dafür, daß hier eine Resolutivbedingung, als dafür, daß hier ein Erlöschen des Pfandrechts ipso jure gelehrt wird; Niesser muß in dieser zweiten Stelle vor *desinere* ein *non* hinzufügen, um sich gegen die Tragweite derselben einigermaßen schützen zu können.

Endlich spricht von den, die erwähnten Nebenverträge erörternden Stellen noch für die dingliche Wirkung des Eintritts der Bedingung die l. 41 Dig. de rei vind. (6, 1) in *verbis*:

Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit, indem sie nach Eintritt der Bedingung dem Zwischeneigenthümer die *Vindication* versagt. Niesser⁶³⁾ muß hier zu der erzwungenen Conjectur einer nach erfolgtem Eintritt der Bedingung zwangsweise geschehenen Cession der *Vindication* an den Veräußerer seine Zuflucht nehmen.

Gegen diese Reihe klarer Gesetzesausprüche will sich nun Niesser⁶⁴⁾ in dem ganzen Gebiet der in diem addictio und *lex commissoria* vorzugsweise auf eine Reihe von Gesetzen stützen, welche dem Veräußerer in Betreff der ihm hier zu restituirenden Früchte der Zwischenzeit die *rei vindicatio* absprechen und ihn auf die *actio venditi* verweisen. Daß hiermit gegen unsre Anschauung, welche der Rückziehung der Bedingung widerspricht und eine *Vindication* der Früchte der Zwischenzeit nicht verlangt, Nichts bewiesen wird, liegt auf der Hand. Die *Vindication* der Hauptsache wird dem Veräußerer aber nirgendswo abgesprochen; vgl. l. 5 Dig. de lege comm. (18, 3):

63) Vgl. S. 295 ff.

64) Vgl. S. 277 ff.

Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit: de fructibus, quos interim emtor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emtor interim eas sibi suo quoque jure perciperet: sed si fundus revenisset, Aristo existimabat, venditori de his iudicium in emtorem dendum esse: quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset, wo ausdrücklich bloß von den Früchten die Rede ist; vgl. ferner l. 4 pr. Dig. eodem und l. 6 § 1 Dig. de contrah. emt. (18, 1), sowie l. 4 § 4 l. 16 Dig. de in diem add. (18, 2).

Die endlich noch von Rießler angeführte l. 3 Cod. de pact. int. emt. (IV, 54), hat, wie Rießler selbst zugiebt⁶⁵), Thibaut schon in völlig genügender Weise in ihrer Irrelevanz für unsre Anschauung erklärt⁶⁶).

Von den eben besprochenen Nebenverträgen wendet sich Rießler noch schließlich der mortis causa donatio zu und hebt bei diesem Rechtsgeschäft eine Reihe von Stellen hervor, die dem Schenker im Fall des Widerrufs oder der Auflösung der Schenkung wegen Nichteintritt des erwarteten Todesfalls u. s. w. eine *condiction* zusprechen⁶⁷). Daß der Schenker aus der mortis causa donatio auch eine solche anstellen kann und häufig (besonders in den Fällen, wo die mortis causa donatio nicht direct auf Sachen sich bezogen hatte oder die Sachen untergegangen waren) mit besserem Erfolge, als die dingliche Klage, ist ebenso unleugbar, als indifferent. Daß er aber außerdem bei Existenz der Resolutivbedingung auch die rei vindicatio anzustellen vermochte, lehrt l. 29 Dig. de m. c. don. (39, 6) so klar:

Si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet, si con-

65) Vgl. S. 277.

66) Civ. Abh. XVII, 2. S. 377.

67) Vgl. l. 19, l. 30, l. 35 Dig. de m. c. don. (39, 6); l. 12 Dig. de cond. causa d. (12, 4); l. 38 § 3 Dig. de usur. (22, 1).

valuisse, vel de proelio vel peregre rediisset: potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset: interim autem ei, cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori,

daß Kieffer selbst hier eine „Absonderlichkeit“ Ulpian's, die er nur schüchtern (verb. „defendi potest“) ausspreche, sehen muß⁶⁸⁾, dabei vergessend, daß die „Schüchternheit“ des Juristen durch die Reception in das Gesetzbuch gehoben worden, ganz abgesehen davon, daß dieser Ausdruck sich aus der Antwortform der Aussprüche römischer Juristen leicht erklären läßt.

§ 6.

Wir haben uns veranlaßt gesehen, näher in die Widerlegung der Theorie Kieffer's um deswillen einzugehen, weil dieselbe dem äußern Anschein nach auch in einzelne Stellen unsres Gesetzbuchs den Weg gefunden hat. Daß Kieffer's Anschauung in der Theorie fast ganz ohne Anhänger geblieben ist, haben wir erwähnt. Um so auffallender müßte es erscheinen, wenn ein neueres Gesetzbuch die bereits verworfne und fast vergessne Lehre wieder hervorsuchen und mit ihrer Inconsequenz und Quellenwidrigkeit in die Praxis einzuführen versuchte. Und dennoch scheint der Fall hier vorzuliegen.

F. Seraphim⁶⁹⁾ gebührt das Verdienst, auf den Widerspruch hingewiesen zu haben, welcher mehrere Stellen unsres Provincialgesetzbuchs zu beherrschen scheint und auf dessen erforderliche Lösung er in der genannten Abhandlung aufmerksam macht.

68) Vgl. S. 311 ff.

69) Vgl. Dorpater jurist. Zeitschrift, Jahrgang I, Heft 3: Bemerkungen über die Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung nach dem Rechte der Ostseeprovinzen.

Der die Wirkung der Resolutivbedingung expreß behandelnde Art. 3175 lautet nämlich:

„Tritt die Bedingung ein, so ist es — so weit dies überhaupt möglich ist — so anzusehen, als wenn der Vertrag gar nicht vorhanden gewesen wäre. Beide Theile haben dann Alles zurückzugeben, was sie vermöge des Vertrages von einander erhalten haben. Die in der Zwischenzeit bezognen Früchte bleiben übrigens demjenigen, der sie während der Dauer des Vertrages erhoben hat. Hat ein Theil in der Zwischenzeit Dritten Rechte an der Sache bestellt, so bestehen diese zwar, ungeachtet des Eintritts der auflösenden Bedingung fort; der Besteller ist jedoch dem andern Theile gegenüber verpflichtet, diese Rechte zu beseitigen und wenn dies nicht möglich ist, Schadensersatz zu leisten.“

Hier scheint die Rießler'sche Theorie mit directen Worten anerkannt zu sein. Die inzwischen bestellten dinglichen Rechte bleiben bestehen und der Rückwerber hat bloß einen obligatorischen Anspruch auf Befreiung von denselben durch den Zwischeneigentümer, beziehungsweise auf das *id quod interest*.

Hält man die angezogene Stelle zusammen mit Art. 3910: „Tritt die auflösende Bedingung ein und wird der erste Kauf rückgängig, so erstattet der Käufer mit der Sache selbst auch die von derselben gezognen Nutzungen, sowie den etwaigen Zuwachs, wogegen ihm der Kauffchilling nebst Zinsen, sowie der Betrag der auf die Sache gemachten nothwendigen Verwendungen zu entrichten ist. Auch muß der Käufer die Sache von allen Lasten befreien, mit denen er sie etwa in der Zwischenzeit beschwert,“

wo gleichfalls bloß eine persönliche Verpflichtung zur „Befreiung“, nicht das Zusammenfallen der inzwischen entstandenen Rechte Dritter *ipso jure* ausgesprochen wird, so wie mit Art. 3926 pr.:

„Wenn der Käufer die Sache an einen Dritten veräußert

„hat, so hat der zum Wiederkauf⁷⁰⁾ Berechtigte bloß
 „einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den
 „Käufer“,

so scheint die Reception der Rießler'schen Anschauung keinem Zweifel zu unterliegen.

Allein es bleibt, wie wir zu zeigen hoffen, beim Scheine. Beim Durchlesen des entscheidenden Art. 3175 fallen dem Leser zwei Umstände in's Auge, die sofort Bedenken gegen die Haltbarkeit der Annahme, als sei hier die Rießler'sche Anschauung recipirt, einflößen.

Der eine dieser Umstände ist folgender. Allerdings ist in dem Wortlaut des Art. 3175 von dem Schicksal der durch den Zwischeneigenthümer dritten Personen bestellten dinglichen Rechte, nicht aber von dem Schicksal des Eigenthums selbst, insofern es in der Hand des Zwischenerwerbers bleibt, die Rede. Ja es möchte aus dem Beginn des fraglichen Gesetzespunkts:

„Tritt die Bedingung ein, so ist es — soweit dies über-
 „haupt möglich ist — so anzusehen, als wenn der
 „Vertrag garnicht vorhanden gewesen wäre“,

geschlossen werden müssen, daß eine Vernichtung des begründenden Rechtsgeschäfts ipso jure, ähnlich einem „Nichtvorhandensein des Vertrages“ stattzufinden hat, eine Thatsache, welche sich mit Rießler's Anschauung um so weniger verträgt, als auch der weiter folgende Ausdruck:

„Beide Theile haben dann Alles zurückzugeben“

vielleicht eher auf ein Zurückgeben von Vertrags wegen, also eine unmittelbar aus demselben entstehende Pflicht der Besitzübertragung, als auf eine erst nach Klage des Rückerwerbers

70) Daß unter dem Wiederkauf des Provincialrechts nicht das römisch-rechtliche bloße pactum de retrovendendo, sondern wirklich eine Resolutivbedingung gemeint wird, lehrt ausdrücklich Art. 3923, sowie Art. 3926 am Schluß.

zu erfolgende Retradition schließen läßt. Jedenfalls wäre bei einem Gesetz, welches die Folgen des Bedingungseintritts speciell zu erörtern unternommen, zu verlangen gewesen, daß es die erste und directeste Folge desselben, welche dasselbe außerdem in einer von dem bisherigen Recht total abweichenden Weise kennzeichnen will, auch direct ausspricht und nicht aus andern Ausdrücken erst vermuthen läßt. Auch der Art. 3910 (s. Seite 39) betont die obligatorische Verpflichtung zur Befreiung von den inzwischen auferlegten Lasten nur Dritten gegenüber und unterläßt es zu erörtern, ob die Rückerstattung der Sache der Vindication oder der actio venditi gegenüber zu erfolgen habe. Die von demselben citirte l. 4 § 3 und § 4 Dig. de in diem adv. (18, 2) ist grade jene so entschieden gegen Nieffer sprechende Stelle des Marcellus. Die l. 16 Dig. de in diem add. aber, welche gleichfalls von dem Gesetzesartikel als Quelle angeführt wird, handelt, wie wir bereits oben⁷¹⁾ gesehen, von der Rückforderung der Früchte durch die actio venditi, tangirt also die Frage nach der Vindication der Hauptsache nicht.

Jedenfalls steht jetzt die Sachlage so, daß wir nur aus der Bestimmung über das Nichterlöschen der Dritten eingeräumten dinglichen Rechte⁷²⁾ auf die Verweigerung der Vindication der Hauptsache und die Reception der Nieffer'schen Anschauung schließen dürfen. Gelänge es uns daher, eine Auffassung der bezüglichen Gesetzesstellen zu ermöglichen, nach welcher das Nichterlöschen der dinglichen Rechte Dritter und das unmittelbare Wiedererlangen der Vindication dem Zwischenerwerber gegenüber zusammen vorkommen können, so wäre jede Schwierigkeit der Interpretation derselben gehoben.

71) Seite 37.

72) Worunter auch das Dritten übertragene Eigenthum an der Sache mitzuverstehen ist.

Der zweite Umstand, der Zweifel an der Reception der Rieffer'schen Anschauung durch Art. 3175 fassen läßt, liegt in den Quellencitaten desselben. Statt sich auf irgend eine der von Rieffer für seine Ansicht angezogenen Stellen zu berufen, citirt der Artikel einerseits ganz allgemein den entschieden der Rieffer'schen Anschauung entgegenstehenden ganzen Titel *de lege commissoria*, aus welchem, wie wir gesehen, eine ganz andre Darstellung der Wirkungen der erfüllten Resolutivbedingung erhellt; andererseits ruft er sogar das „Gewohnheitsrecht“ als Quelle hier zu Hülfe. „Gewohnheitsrecht“ finden wir aber in dem ganzen Provincialgesetzbuch mit Recht nur dann citirt, wenn eine Abweichung von dem gemeinen Recht und dessen Quellen gelehrt werden soll. Es wäre daher auch hier darauf zu schließen, daß speciell provincialrechtliche Grundsätze eine Abweichung von der gemeinrechtlichen Theorie für unsre Frage verlangten.

Den Schlüssel zu dieser provincialrechtlichen Modification glauben wir aber in dem Schlusssatz des Art. 3926 zu finden. Dieser Artikel lautet vollständig:

„Wenn der Käufer die Sache an einen Dritten veräußert hat, so hat der zum Wiederkauf Berechtigte bloß einen „Anspruch auf Schadenersatz gegen den Käufer. Gegen „den Dritten, welcher die Sache oder ein dingliches Recht an „derselben erworben, kann das Wiederverkaufsrecht⁷³⁾ nur „dann geltend gemacht werden, wenn ihm bei der Erwerb- „bung das Verhältniß bekannt war, dergleichen, „wenn ein Immobil Gegenstand des Wiederkaufs- „rechts und letzteres in die öffentlichen Gerichts- „bücher eingetragen ist.“

Also nach provinciellm Recht cessirt die Vindication der

73) Welches, wie wir gesehen, laut Art. 3923 eine auflösende Bedingung ist.

unter einer Resolutivbedingung übertragenen Sachen bei Mobilien, wenn dieselben bona fide von dem Zwischenerwerber veräußert worden waren und bei Immobilien, wenn der Erwerbstitel des Rückfalls, d. h. die Resolutivbedingung, nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen worden ist. Dies sind aber grade diejenigen Beschränkungen, welche die gemeinrechtlichliche vindication bei uns überhaupt erfahren. Denn laut Art. 923 fällt jede vindication von Mobilien dem redlichen Erwerber gegenüber, der die Sache aus der Hand eines vom Eigenthümer selbst eingefetzten Zwischenbesizers erhalten hat, total weg, — da man in den Ostseeprovinzen „seinen Glauben wieder suchen muß, wo man ihn gelassen hat“ und „Hand Hand wahr“ — und laut Art. 809, auf welchen sich Art. 3926 ausdrücklich beruft, begründet die einfache Uebergabe eines Immobiles

„noch kein Eigenthumsrecht: dieses wird vielmehr erst „dadurch bewirkt, daß die zuständige Behörde die Eintragung „des betreffenden Rechtsgrundes“⁷⁴⁾ und der darüber ausgefertigten Urkunde in die zu diesem Zweck eingerichteten „öffentlichen Gerichtsbücher verfügt.“

Und zwar muß laut Art. 810 nicht nur jede Veräußerung eines Immobiles, sondern jede Veränderung in der Person des Eigenthümers, wie sie auch bei Erfüllung der Resolutivbedingung eintritt, dieser Eintragung unterzogen werden. Vor Verfügung dieser Eintragung aber hat der Erwerber, in unserem Fall der Rückerverber, dritten Personen gegenüber gar keine Rechte, sondern bloß eine Entschädigungsflage gegen den bisherigen Eigenthümer⁷⁴⁾.

Hier läge also die Entscheidung. Die gemeinrechtlichliche Eigenthumsvindication kann bei Erfüllung der Resolutivbedingung um deswillen nicht Platz greifen, weil sie überhaupt

74) Vgl. Art. 813; desgl. Art. 3002 ff.

nach den Grundsätzen unsres Provincialrechts nur in beschränktem Maaße Geltung erlangt hat. Selbstverständlich ist es daher, daß die Erfüllung der auflösenden Bedingung Dritten gegenüber keine dinglichen Ansprüche gewährt, daß man vielmehr bei Mobilien „seinen Glauben suchen muß, wo man ihn gelassen,“ daß man ohne Corroboration des ganzen Rechtsgeschäfts mit seiner Bedingung keine Vindication eines Immobiles gegen den Dritten oder gegen den Zwischenerwerber erhält, wie überhaupt keine Vindication ohne Corroboration möglich ist (da der neue Erwerber durch seinen rite eingetragenen Besitztitel sich als der stärkere zeigt), daß man endlich den Besteller, resp. Zwischeneigenthümer bloß auf Corroboration, beziehungsweise auf Befreiung von den Rechten Dritter oder auf das *id quod interest* in Anspruch nehmen kann. Naturgemäß findet hier aber eine Unterscheidung statt. Bei Mobilien wird die Vindication bloß Dritten gegenüber und zwar nur für den Fall redlichen Erwerbs versagt, so daß dieselbe gegen den Zwischeneigenthümer ohne Zweifel jederzeit anstellbar ist. Processualisch stellt sich die Sache sogar so, daß auch der Dritte mit der Eigenthumsklage belangt werden kann, unter gleichzeitiger Behauptung des unredlichen Erwerbes oder auch, indem replicando der unredliche Erwerb behauptet und bewiesen wird⁷⁵).

Anders steht die Frage bei Immobilien. Hier wird dem Rückrerwerber erst durch die Corroboration überhaupt Eigenthum und damit die Eigenthumsklage gewährt; er erhält somit die Vindication auch gegen den Zwischeneigenthümer erst mit Vollziehung dieses Actes und muß sich bis dahin mit einer persönlichen Klage, gerichtet auf Vollzug der Eintragung, begnügen.

Ist aber die Corroboration vollzogen gewesen oder wird

75) Vgl. *Libl. Ritterr. Cap. 172*; *Grhl. R. u. LR. Bd. IV, tit. 2, Art. 7*; vgl. auch *Bunge, Liv- u. Grhl. Privatrecht, B. II S. 286*.

ſie ſpäter vollzogen, — iſt andererseits die bewegliche Sache bei dem Zwischeneigenthümer unbelastet verblieben, ſo ſpricht kein Geſetz die Vindication ab, ſo fällt das Eigenthum ipso jure an den Rückerverwerber zurück.

Und dies wird von dem Geſetzbuch ſelbſt unzweideutig gelehrt. Hierher gehört der Art. 868, 4:

„Wenn das Eigenthum nur auf eine beſtimmte Zeit oder
 „unter einer auflöſenden Bedingung erworben war,
 „ſo erliſcht es durch den Ablauf der Zeit oder durch
 „den Eintritt der Bedingung,“

welcher den Eintritt der Bedingung in einer Reihe mit dem Untergang der Sache, dem Eigenthumserwerb durch einen Andern, dem richterlichen Erkenntniß im Theilungsproceß, dem Entkommen wider Thiere und der Expropriation, als Endigungsgründen des Eigenthums, nennt.

Ebenſo beſtimmen die Art. 1417 und 1418:

„Selbſt beim Fortbeſtehen der Hauptſchuld kann das
 „für dieſelbe beſtellte Pfand aufhören:

1. „Durch den Eintritt einer auflöſenden Bedingung oder der Zeit, an welche die Dauer des Pfandrechts geknüpft iſt.“

2. „Durch daß Aufhören des Rechts, welches der Verpfänder aus einem an ſich wiederruflichen Grunde oder in ſonſt beſchränkter Weiſe an der verpfändeten Sache hatte. Wurde jedoch eine bewegliche Sache unbedingt verpfändet, ſo bleibt das Recht des Faustpfandgläubigers, der das Pfand in gutem Glauben empfing, ungekränkt.“

Die letzten Worte des Art. 1418 ſind ein neuer Beleg für die Richtigkeit unſrer Anſchauung, daß nur rein provincialrechtlicher Grundſätze halber dem Rückerverwerber aus der bedingten Tradition die Vindication gegen Dritte verſagt wird. Auch hier wird die Regel „Hand muß Hand wahren“ als

Grund dafür angeführt, daß trotz Aufhörens der Eigenthumsrechte des Verpfänders die durch denselben bestellten dinglichen Rechte dem redlichen Erwerber nicht verloren gehen. Andererseits wird die Nichtcorroboration des Erwerbstitels an Immobilien hier nicht als zweite Ausnahme von der Vindication angeführt, weil vor der Corroboration überhaupt das Recht des Verpfänders an der Sache gar nicht aufhörte, die Prämisse also gar nicht eingetreten ist, von welcher das dingliche Recht des Pfandnehmers abhängen soll.

Ganz direct lehrt ferner der Art. 3942 das Zusammenfallen des Eigenthums bei eintretender Resolutivbedingung:

„Der Vorbehalt des Eigenthums oder Miteigenthums „der verkauften Sache kann vom Verkäufer entweder der Art „geschehen, daß das Eigenthum bis zu völliger Bezahlung des „Kaufpreises bei ihm bleibe, oder daß das Eigenthum auf den „Verkäufer zurückfalle, wenn der Käufer seiner Zahlungs- „verbindlichkeit nicht nachkommt. Im erstern Fall hat der Vor- „behalt die Kraft einer aufschiebenden, im letzteren die „einer auflösenden Bedingung.“

Prägnanter als durch den Ausdruck: „Zurückfallen des Eigenthums“ hätte der Uebergang ipso jure wohl kaum bezeichnet werden können.

Das Zusammenfallen der vom Zwischenberechtigten innegehabten Rechte wird endlich auch noch bei Gelegenheit der Erörterung der *lex commissoria* durch den Art. 3900 angedeutet, wenn er sagt:

„Ist ein bestimmter Zahlungstermin festgesetzt, so wird „das Recht des Käufers durch dessen Ablauf von selbst „verwirkt,“

denn wenn auch in dem hier gemeinten Fall zuvörderst der bestimmte Zahlungstermin, als „von selbst“ wirkend, der etwa erforderlichen Mahnung des Verkäufers entgegengesetzt wird,

so deutet doch der unabhängig davon gebrauchte Ausdruck „verwirkt werden“ auf ein Erlöschen des Rechts ipso jure.

Das practische Resultat der Untersuchung nach dieser Richtung hin wäre also folgendes.

Wenn eine Resolutivbedingung der Uebertragung einer beweglichen Sache hinzugefügt worden war, so fällt mit Eintritt der Bedingung das Eigenthum ipso jure an den Tradenten zurück und derselbe ist befugt, die Eigenthumsklage auch gegen den Dritten formell anzustellen, die jedoch der Dritte, wenn er die Sache gutgläubig erworben hat, durch die exceptio dominii entkräften kann, wogegen dem Kläger dann nur noch die Replik des Erwerbs mala fide offen bleibt⁷⁶⁾.

Bei Immobilien dagegen ist vor Allem schon bei der Tradition an den Promissar darauf zu sehen, daß die Bedingung ordentlich in die Gerichtsbücher eingetragen wird. Ist dies geschehen, so fällt das Eigenthum ipso jure an den Promittenten zurück, sobald die auflösende Bedingung eingetreten ist. War aber die Corroboracion ausgeblieben, so hat der Rückerber bis zur Nachholung derselben nur einen persönlichen Anspruch gegen den Zwischeneigenthümer auf Befreiung von den inzwischen auferlegten dinglichen Lasten und auf Vollzug der Corroboracion.

Die Rießler'sche Lehre hat nie Eingang in das Provinzialgesetzbuch gefunden.

§ 7.

Wir haben soeben die Art kennen gelernt, in welcher die erfüllte Resolutivbedingung ihre Wirkung äußert; es erübrigt uns noch die Beantwortung der andern Frage, in wie weit diese Wirkung sich rückwärts auf den Zeitpunkt der Bedingungssetzung ausdehnt oder, um sich eines technischen Aus-

76) Dieselbe Wirkung tritt natürlich auch anderweitigen dinglichen Rechten Dritter gegenüber ein.

drucks zu bedienen, in wie weit bei der Resolutivbedingung eine Rückziehung anzunehmen ist.

Der § 2 dieser Untersuchung hat uns auf die beiden entscheidenden Momente in der Definition der Resolutivbedingung bereits aufmerksam gemacht, auf die Untrennbarkeit derselben von dem Hauptgeschäft und auf die Wesensgleichheit mit der Suspensivbedingung. Wenn wir in der so eben besprochenen Frage nach der Wirkungsart der erfüllten auflösenden Bedingung mehr das erste Merkmal, die Zusammengehörigkeit mit dem Hauptgeschäft betonen mußten, so ist es jetzt vor Allem die Analogie der Suspensivbedingung, welche geeignet erscheint uns eine Handhabe für die Entscheidung über Rückziehung oder Nichtrückziehung der auflösenden Bedingung zu bieten. Wenn wir die letztere als identisch mit einer der Auflösung des Hauptgeschäfts zugesetzten aufschiebenden Bedingung erkannt haben, so liegt es nahe, zuerst die Wirkung der letzteren nach der Richtung der Rückziehung zu prüfen.

Von der Mehrzahl der ältern Theoretiker wurde in dieser Beziehung gelehrt, die Rückziehung der Bedingung sei im Allgemeinen Grundsatz des römischen Rechts. Cujacius unterschied zwischen Geschäften unter Lebenden und Verfügungen auf den Todesfall und beschränkte die Rückziehung auf die ersteren. Die ratio dieser Unterscheidung sah er in dem rein persönlichen Character der Erbeinsetzung und des Legats, bei welchen an eine Transmiffion an die Erben von dem Erblasser nicht gedacht werde. Gerade die Absicht, das bedingte Recht auch den Erben zugänglich zu machen, bewirke aber die Rückziehung der Bedingung auf den Moment des geschlossnen Vertrages⁷⁷). Cujacius vergißt hier, daß die bloße Absicht den Erben das bedingt stipulirte Recht zu verschaffen, den Gesetzgeber noch nicht zu veranlassen braucht, die Obligation schon

77) Bgl. Comm. ad Tit. de verb. obl., L. LXXVIII.

während schwebender Bedingung als vorhanden, mehrfache Operationen mit ihr (s. S. 52) als zulässig und den bedingt Berechtigten als Gläubiger zu benennen, da der bloße Uebergang auf die Erben sich schon durch die Willensgebundenheit des Promittenten und das derselben gegenüberstehende Recht des Promissars auf Nichtänderung des ausgesprochenen Willens erklären ließe. Auch stimmt mit Cujacius' Anschauung nicht die Erklärung des Gesetzes, daß schon während schwebender Bedingung der Uebergang auf die Erben stattfindet⁷⁸⁾.

Die Mehrzahl der ältern Civilisten⁷⁹⁾ sah es nun von Alters her so an, als lehre das gemeine Recht in Bezug auf die Erfüllung der Bedingung, daß mit dem Eintritt derselben das ganze Geschäft als pure abgeschlossen und die Bedingung als nie vorhanden angesehen werde; die Quellen zwingen dann die Meisten, von dieser absoluten Rückziehung mehrfache, mehr oder weniger schwer zu begründende Ausnahmen zu machen.

Allein schon zu Zeiten Thibaut's fing das Rechtsgefühl der Civilisten an, sich gegen die Consequenzen dieser Lehre zu sträuben. Es möchte wohl auch kaum eine andere, angeblich aus dem gemeinen Recht geschöpfte Theorie mehr Unzuträglichkeiten in der practischen Ausführung mit sich führen, als diese. Obgleich mit Entschiedenheit von den Gesetzen betont wird, daß während schwebender Bedingung eine andre Person in Bezug auf das bedingte Recht für besitz- und genußberechtigt angesehen wird, als nach erfüllter Bedingung der Fall ist, so vermag dieselbe doch nie einen wirklich ungestörten Genuß zu erlangen — es findet eine völlige Lahmlegung der Verkehrsfähigkeit der mit einer Bedingung begnadeten Güter statt. Wie sollte auch Jemand, der eine bewegliche Sache, ein Landgut,

78) Vgl. bes. l. 8 pr. Dig. de peric. et comm. (18, 6).

79) Balduinus, tract. de condit.; Glück, Commentar Bb. XLI, S. 49; Mühlenbruch, Pandecten Bb. II Not. 13; Puchta, Pandecten § 61; Böfsen, Bb. I § 95, a. a. ff.; Savigny l. c. S. 150.

ein Capital besitzt, eine Ausnutzung dieser Güter versuchen wollen, wenn er bei Eintritt eines gewissen Umstandes nicht nur die Güter selbst, sondern auch die bereits consumirten Früchte mit Allem, was sie früher an Vortheil gebracht und was sie früher werth gewesen, restituiren muß? In einzelnen Consequenzen mußte diese Lehre so weit gehn, daß ihre eignen Anhänger aequitatis causa dieselben zu streichen anfangen, allerdings ohne zu bedenken, daß die von ihnen zu Hülfe gerufene aequitas dem ganzen Institut feindlich gegenüberstand, nicht bloß den einzelnen Folgerungen. So erkennt z. B. Wächter⁸⁰⁾ an, es sei widersinnig zu sagen: „daß ein Schuldner, der in „einem gewissen Zeitraum garnicht zu zahlen verbunden war, „hinterher so zu behandeln sei, als ob er in diesem Zeitraum „hätte zahlen sollen,“ schließt aber hieraus nicht auf die Unbilligkeit der Rückziehung an sich, sondern nur auf die Unzulässigkeit der Annahme einer rückwärts eingetretenen Fälligkeit der bedingten Schuld.

Thibaut⁸¹⁾ erzählt, wie einer seiner geistvollsten Freunde, der Jurist Trendelenburg, obgleich der eifrigste Bewunderer des römischen Rechts, nie ohne Bitterkeit über die Rückziehung der Bedingung zu reden vermochte, und fügt selbst hinzu: „in „der That läßt sich auch kaum ein mittelmäßig guter Grund „ahnen, wodurch man zu dieser Sonderbarkeit veranlaßt wird.“

Das Bewußtsein der Unbilligkeit der sog. absoluten Rückziehung der Bedingung sollte bald Früchte tragen. Von zwei Seiten fing man an das ganze Dogma anzugreifen. Die Einen, an ihrer Spitze Fitting in der bereits citirten Schrift⁸²⁾, untersuchten das Wesen der Bedingung und glaubten in der-

80) Lehrb. der w. Privatr. II, S. 708.

81) Civ. Abh. XVII, N^o 1 Not. 14.

82) Zur Lehre von der Rückziehung der Bedingung, Erlangen 1856; Vangerow, Pandecten I S. 144 ff.; vgl. auch F. Seraphim l. c. S. 210 Not. 12.

selben eine bisher übersehene Seite zu entdecken, nämlich das regelmäßige Vorhandensein des dies, der Zeitbestimmung im technischen Sinne des Worts. Diese Annahme, welche sie durch eine Reihe von Quellenstellen zu stützen suchten, führte sie dann zu dem Schlusse, die Wirkungen des dies, namentlich also die Verschiebung der Rechtsausübung, auch auf die Bedingung auszu dehnen und zu lehren: soweit die Bedingung in dem Geschäfte wirke, erfolge die Rückziehung; soweit dagegen die Zeitbestimmung ihre Wirkung ausdehne, bleibe es bei der Verschiebung⁸³⁾.

Dagegen versuchten Andere, und unter ihnen besonders Windscheid⁸⁴⁾, Krig⁸⁵⁾ und schon vor ihnen Schweppe⁸⁶⁾ das ganze Princip der Rückziehung zu negiren. Von dem schon erwähnten⁸⁷⁾ Sag ausgehend, daß nicht die Existenz des Willens selbst, sondern die des Gewollten von der Bedingung abhängt, daß somit schon während schwebender Bedingung ein Wille existire und wirke, sucht besonders Windscheid aus diesem bereits vorhandnen Willen alle diejenigen quellenmäßigen Ausdrücke zu deduciren, aus welchen man die Rückziehung bisher zu beweisen versucht hatte. Und in der That würde materiell die Wirkung der erfüllten Bedingung nach rückwärts hin sich völlig aus dem Princip der Willensgebundenheit während schwebender Bedingung erklären lassen; allein die Ableitung dieser Wirkungen in den Quellen spricht es zu entschieden aus, daß nicht schon pendente conditione dieselben als vorhanden angesehen werden, sondern erst mittelst besonderer Präsumtion durch den Act des Bedingungseintritts erzeugt wurden.

Eine kurze Erwähnung der Hauptpunkte nach den einzelnen

83) Bangerow S. 144.

84) Die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1851.

85) Rechtsfälle, IV, S. 324.

86) Handbuch I S. 257.

87) Vgl. oben § 1.

Gattungen der bedingten Rechtsgeschäfte wird den jetzigen Stand dieser Frage in Bezug auf die Suspensivbedingungen in Erinnerung bringen.

1. Die Rückziehung der Bedingung bei rein obligatorischen Geschäften, also abgesehen von einer dazwischentretenden Tradition, hat noch am meisten Vertheidiger gefunden. Und in der That scheinen sich für diesen Fall die Quellen auf's Entschiedenste für die Retraction auszusprechen; vgl. z. B. l. 16 Dig. de solut. (46, 3):

Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus.

Vgl. auch l. 11 § 1 Dig. qui pot. in pign. (20, 4); l. 3 pr. Dig. de peric. et com. (18, 6); l. 47 pr. Dig. de obl. et act. (44, 7) u. v. a.

Aus diesem Grunde wird auch wegen bedingter Vertragsschulden eine alienatio in fraudem creditorum angenommen⁸⁸⁾, wird ferner das bedingte Forderungsrecht dem Gewalthaber erworben, auch wenn zur Zeit des Bedingungeintritts das Gewaltverhältniß bereits gelöst war⁸⁹⁾; ebenso kann Novation⁹⁰⁾ und Acceptilation⁹¹⁾ während schwebender Bedingung rechtsgültig erfolgen⁹²⁾ u. s. w.

Diesen Aussprüchen gegenüber stehen aber andere, die ihrer offenbaren Zusammengehörigkeit wegen nicht wohl als vereinsamte Ausnahmen erklärt werden können. Hierher gehört die Thatsache, daß der inzwischen eintretende Tod des Promittenten oder Promissar's die Folgen der Bedingungserfüllung durchaus nicht in der Weise verändert, wie eine

88) Vgl. l. 27 pr. Dig. qui et quib. (40, 4).

89) Vgl. l. 78 pr. Dig. de verb. obl. (45, 1).

90) L. 18 Dig. de req. jur. (50, 17)

91) Vgl. Art. 3584 und die daselbst citirten Gesetze.

92) Eine nähere Erörterung dieser Fragen kann hier, als über unser Specialthema hinausgehend, nicht erfolgen.

Rückziehung derselben auf den Moment des Geschäftsabschlusses erfordern würde⁹³), daß der richtigen Anschauung nach die Früchte der Zwischenzeit dem Zwischenberechtigten verbleiben⁹⁴), und daß die Fälligkeit der Forderung, die Nativität der Klage und die Klagenverjährung erst mit Eintritt der Bedingung ihren Anfang nehmen⁹⁵).

Windscheid sucht, wie bereits erwähnt, diese Bestimmungen aus der während schwebender Bedingung vorhandenen Willensgebundenheit des Promittenten zu erklären. Allein die eben angeführten Quellenstellen sprechen es in ihrer Ausdrucksweise klar aus, daß es erst „*existente conditione*“ und „*postea*“ so angesehen werde, als sei „*jam olim*“⁹⁶) und „*quasi jam contracta emtione in praeteritum*“⁹⁷) die angeführte Rechtswirkung eingetreten. Wenn Windscheid ferner betont⁹⁸), daß regelmäßig von dem die Bedingung Setzenden präsumirt werden müsse, er habe abgesehen von der Stellung in's Ungewisse auch eine Verschiebung der Wirkung gewünscht, so trifft er hier mit Fitting, Bangerow und den übrigen Anhängern der Anschauung, daß in der *conditio* stets ein dies liege, zusammen.

Die letztangeführten Civilisten haben einen vielleicht nicht ganz glücklichen Ausdruck für eine gewiß berechnete Annahme gewählt. Der dies ist ebenso wie die *conditio* ein technischer Begriff mit ausgesprochenen Rechtswirkungen; wir erinnern hier nur an die Berechnung desselben, an die Unzulässigkeit der Hinzufügung desselben bei der Erbeinsetzung u. s. w. Derselbe wird daher nicht mit Unrecht der Bedingung häufig entgegen gesetzt, kann also nicht wohl als das minus im majus der

93) § 4 J. de verb. obl. (3, 15) und l. 57 Dig. de verb. obl. (45, 1).

94) Vgl. Bangerow l. c. I, S. 143, c.

95) Vgl. l. 7 § 4 Cod. de praesc. XXX vel XL com. (VII, 39).

96) L. 16 Dig. de volunt. (46, 3).

97) L. 8 pr. Dig. de peric. et com. (18, 6).

98) Lehrbuch der Pand. S. 225 Anm. 1.

letztern enthalten sein⁹⁹⁾. Allein dieser technisch sog. dies ist wohl auch von den angeführten Civilisten nicht gemeint worden; sie haben nur in richtiger Interpretation des Willens des die Bedingung Setzenden (auf den es bekanntlich in der Bedingungslehre hauptsächlich ankommt)¹⁰⁰⁾ angenommen, daß derselbe, wenn er die Bedingung gesetzt, dabei naturgemäß auch an die Verschiebung der Wirkung des Rechtsgeschäfts gedacht, daß er, wenn er eine Suspensivbedingung hinzugefügt, auch die Suspension der Wirkungen des Geschäfts gewollt habe. Die natürliche Folge dieser Aufschiebung ist aber, daß die Ausübung des bedingten Rechts erst mit dem Bedingungseintritt beginnt. Rückwärts vernichtet wird also nur die Stellung in's Ungewisse; das bedingte Recht wird als von Anfang an gewiß betrachtet und deshalb für Obligationen, bei welchen das Forderungsrecht als Vermögensobject schon vor seiner Ausübung, beziehungsweise seiner Fälligkeit in Betracht kommt, als schon mit dem Zeitpunkt der Bedingungssetzung erworben angenommen¹⁰¹⁾. Der Rechtserwerb findet daher ähnlich statt, wie bei einer unbedingten, aber betagten Forderung.

Practisch trifft diese Ausführung mit der oben erwähnten Windscheid'schen völlig zusammen; sie hat vor derselben nur den Vorzug, der Schilderung der Quellen treuer zu folgen.

Da die Ausübung des Rechts also nicht retrahirt wird, so werden die nothwendigen Erfordernisse derselben auch bloß nach dem Zeitpunkt der Bedingungserfüllung beurtheilt; aus diesem Grunde verriethet z. B. der inzwischen erfolgte Untergang der zu tradirenden Sache das ganze Geschäft. Nicht zu vergessen ist, daß es sich hier nicht um die bedingte Tradition, sondern nur um ein bedingtes Versprechen handelt, daher bei

99) Vgl. auch Götting: Ueber das Wesen der Suspensivbedingung in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. I S. 268 ff.

100) Vgl. l. 19 pr. Dig. de cond. (35, 1).

101) Vgl. Gajus, III, 124; l. 9 § 2 Dig. ususfr. quemadm. (7, 9).

Eintritt der Bedingung natürlich nicht dingliches Recht entsteht, sondern bloß Forderungsrecht fällig wird. Da die Klage das Hauptmerkmal der Ausübung einer Obligation bildet, so folgt aus der Verschiebung dieser letztern auch der spätere Beginn der Klagenverjährung u. s. w.

Unser Provincialrecht lehrt nun, übereinstimmend mit der Fitting'schen Anschauung in Bezug auf die erfüllte Suspensivbedingung der Verträge (Art. 3171):

„Sobald die Bedingung eingetreten ist, ist es so anzusehen, als wenn der Vertrag von Anfang an unbedingt abgeschlossen wäre, vorausgesetzt, daß beim Eintritt der Bedingung der zu leistende Gegenstand noch existirt. Die inzwischen erfolgte Verschlechterung der Sache muß sich der Gläubiger gefallen lassen; auch darf er vom Schuldner nicht die in der Zwischenzeit bezognen Früchte der Sache fordern. Uebrigens nimmt die Verjährung der Klage aus dem Vertrage erst nach dem Eintritt der Bedingung ihren Anfang.“

Derjenige Punkt dieses Artikels, welcher insbesondere nachweist, daß unser Provincialrecht sich nicht der ältern absoluten Rückziehungstheorie angeschlossen hat, liegt in dem Satze:

„auch darf er vom Schuldner nicht die in der Zwischenzeit bezognen Früchte der Sache fordern“

und in dem bestimmten Anfangstermin der Klagenverjährung. Ist die Ausübung des Rechts, wie Fitting, Vangerow u. A. wollen, bis zur Erfüllung der Bedingung definitiv aufgeschoben, so hat der Promissar auch kein Recht auf die Folgen dieser Ausübung, die Früchte¹⁰²⁾.

Auch der bereits citirte Art. 1349 erkennt die Rückwirkung bei Verträgen im Princip dadurch an, daß er das für eine bedingte Forderung bestellte Pfandrecht rückwärts mit dem

102) Vgl. Vangerow l. c. S. 143 ff.

Tage der Bestellung in's Leben treten läßt und zwar nur als Consequenz der retrahirten Forderung; denn an und für sich wird dem bedingten Pfandrecht (vgl. Art. 1350) alle Rückziehung abgesprochen.

Practisch gestaltet sich demnach die Rückziehung in folgender Weise. Die während schwebender Bedingung mit der bedingten Forderung vollzognen Operationen, soweit dieselben bloß das Recht an sich tangiren, wie Cession, Novation, Erwerb abhängiger Personen und Stellvertreter für ihre Gewalthaber und Principale, bleiben in diesem Schwebezustande bis zu dem Zeitpunkte, in welchem über Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung Gewißheit vorhanden ist. Erfüllt sich die Bedingung, so stellt sich zugleich heraus, daß die erwähnten Acte von Anfang an rechtsgültig gewesen; erfüllt sie sich nicht, so haben dieselben nie Rechtskraft erlangt.

Die anderen mit einer Obligation vorzunehmenden Handlungen aber, welche das Recht selbst unberührt lassen, wie namentlich Zinsenbezug, Zahlungsempfang u. s. w. müssen, wenn sie von dem Promissar genossen werden, dem Promittenten, als dem einzigen Ausübungsberechtigten der Zwischenzeit, bis zum Betrage der Zwischenzinsen und bei Zahlungen bis zum Betrage des Interusuriums restituirt werden. Die Zahlung pendente conditione kann nur als Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld betrachtet und nach den Grundsätzen der vorzeitigen Solution beurtheilt werden.

2. Ganz anders steht die Frage bei der bedingten Tradition. Hier sind Fitting¹⁰³⁾ und Wangerow¹⁰⁴⁾ zu der Windscheid'schen Anschauung übergetreten und zwar aus dem schon entwickelten Grunde, weil in der Bedingung regelmäßig ein Aufschub der Ausübung des bedingten Rechts beabsichtigt

103) Zeitschrift für Handelsrecht, I S. 155 Anmfg.

104) L. c. I, S. 144.

wird, bei der Uebertragung dinglicher Rechte aber eine Trennung von Rechtserwerb und Ausübung nicht in gleicher Weise möglich erscheint, wie bei bedingten Forderungen. Wie wir oben gesehen ¹⁰⁵⁾, ist die sog. bedingte Tradition immer Folge eines, die *justa causa traditionis* vertretenden, bedingten Vertrages, in dessen Vollziehung, also in Ausübung des aus demselben entspringenden Rechts, die Tradition vollzogen wird. Der Vertrag wirkt wie alle andern Obligationen; die Ausübung desselben, somit die Tradition und deren Folgen, erfahren also keine Rückziehung; der Eigenthumsübergang geht daher „*ex nunc*“, nicht „*ex tunc*“ vor sich; die in der Zwischenzeit von dem Promittenten (der ja trotz der Tradition an den Promissar Eigenthümer geblieben ist) bestellten dinglichen Rechte erlöschen zwar *ipso jure*, nicht aber ihre inzwischen erfolgten Rechtswirkungen, insbesondere der Vortheil, welchen ihre Inhaber in der Zwischenzeit bereits gezogen haben u. s. w.; vgl. z. B. l. 1 pr. Dig. de donat. (39, 5):

.... dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, quum aliquid secutum fuerit

Vgl. auch l. 11 § 1 und l. 9 Dig. de donat. int. vir. et ux. (24, 1); l. 29 Dig. de m. c. don. (39, 6) u. v. a.

Es bleibt demnach der Tradent wahrer Eigenthümer in der Zwischenzeit; nur er bestellt dingliche Rechte an der Sache, die, wenn sie auch der Dauer nach beschränkt sind, da „*nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*“, doch ihre Rechtswirkung und ihre Vortheile unangefochten für die Schwebezeit besitzen und behalten; die von dem zukünftigen Erwerber getroffenen Dispositionen gelten stets als vom Nichteigenthümer ausgehend ¹⁰⁶⁾ und können daher auch nach Erfüllung der Bedingung vom Promittenten, soweit er noch ein Interesse daran besitzt, angefochten werden.

¹⁰⁵⁾ s. oben.

¹⁰⁶⁾ Vgl. l. 11 § 9 Dig. de don. int. vid. et ux. (24, 1).

Unser Gesetzbuch folgt auch hier treu der von uns eben geschilderten Meinung; vgl. bes. Art. 617:

„Die Uebergabe kann auch unter einer aufschiebenden „Bedingung erfolgen, in welchem Fall erst mit dem Eintritt „der Bedingung das Eigenthum auf den Empfänger übergeht.“

Dieser Bestimmung entsprechend erfolgt auch die Corroboration des Besitztittels erst nach Eintritt der Bedingung ¹⁰⁷⁾ und erhält auch der Erstkende erst nach diesem Eintritt einen wirksamen Usucapionstitel ¹⁰⁸⁾. Daß auch die Früchte während schwebender Bedingung dem Tradenten gehören, geht aus Art. 3170 hervor, wornach der Promissar, dem *pendente conditione* tradirt worden, nur als Verwalter einer fremden Sache angesehen wird.

3. Daß die anderen dinglichen Rechte analog dem Eigenthum zu behandeln sind, ist im Allgemeinen unbestritten und daher, obgleich kein besondrer Gesetzesartikel es ausdrückt, als für unser Provinzialrecht feststehend anzunehmen. Nur in Bezug auf das Pfandrecht betont insbesondere Bangerow ¹⁰⁹⁾ die accessorische Natur des Pfandrechts und lehnt dasselbe mehr an die Forderungen an als an die dinglichen Rechte. Es läßt sich diese Anomalie, welche um so auffallender ist, als die von Bangerow citirten Stellen, die l. 9 § 1 und die l. 11 § 1 Dig. *qui pot. in pign.* (20, 4) gar nicht von dem bedingten Pfandrecht, sondern von der bedingten Forderung, für welche ein unbedingtes Pfand bestellt worden, (welches dann allerdings als mit der Hauptforderung zusammen entstehend angesehen wird) reden, wohl nur aus der Adoption der Büchel'schen ¹¹⁰⁾ Ansicht durch Bangerow, nach welcher das Pfandrecht eine *obligatio rei* sein soll, erklären und wird bei der geringen

107) Vgl. Art. 818.

108) Vgl. Art. 837.

109) L. c. S. 146 ff.

110) Civilistische Erörterungen, Marburg 1832—1839.

Verbreitung, welche diese Anschauung gewonnen, auch natürlich erscheinen, daß das Provincialgesetzbuch das Pfandrecht nicht von den übrigen dinglichen Rechten getrennt, sondern die Frage nach der Rückziehung desselben verneint hat ¹¹¹⁾).

Eine detaillirtere Besprechung der Rückziehung der Suspensivbedingung für Rechtsgeschäfte unter Lebenden kann, so anziehend ein näheres Eingehen in die speciellen Controversen dieser Frage erscheint, nicht in unsrer Absicht liegen. Die Gesichtspunkte, welche wir bei der Wesensgleichheit der beiden Bedingungsarten aus einer kurzen Darstellung derjenigen Bedingung, welche häufiger vorkommend und von den Gesetzen genauer erörtert erscheint, zu gewinnen hofften, sind jetzt in Kürze hingestellt und ihre directe Anwendung ermöglicht worden. Ein specielleres Eingehen in das Gebiet der Rückziehung der Suspensivbedingung wäre dem unmittelbaren Vorwurf dieser Abhandlung fremd.

§ 8.

In wie weit ist der erfüllten Resolutivbedingung rückwirkende Kraft zuzuschreiben?

Die Schlussfolgerung ist nach dem Vorausgeschickten eine einfache. Die Resolutivbedingung ist aequal einer Suspensivbedingung, gerichtet auf Auflösung des Hauptgeschäfts ¹¹²⁾. Diejenigen Wirkungen also, welche das aus dem Hauptgeschäft abgeleitete Recht von der rückwirkenden Suspensivbedingung erfährt, dieselben erfährt das aus dem Auflösungsgeschäft entspringende Recht von der Resolutivbedingung. Im ersteren Fall ist das Wirkende, bez. Rückwirkende das Recht des Promissar's, im zweiten Fall das des Promittenten.

Einfach und theoretisch unbestritten macht sich die Anwendung auf Obligationen, wenn keine Tradition dazwischen-

111) Vgl. Art. 1350.

112) S. oben § 2.

tritt. Das aus der bedingten Auflösung originirende Recht des Promittenten wird als solches zurückbezogen, in seiner Ausübung dagegen auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts beschränkt, ganz wie uns die Suspensivbedingung ¹¹³⁾ gelehrt hat. Direct spricht dies Art. 3175 in seinem ersten Theil aus, wenn er erklärt:

„Tritt die Bedingung ein, so ist es — soweit dies überhaupt möglich ist — so anzusehen, als wenn der Vertrag garnicht vorhanden gewesen wäre. Die in der Zwischenzeit bezognen Früchte bleiben übrigens demjenigen, der sie während der Dauer des Vertrages erhoben hat.“

Also findet sich hier fast wörtlich die entsprechende Rehrseite des Art. 3171 bei der aufschiebenden Bedingung. Was übrigens die im Art. 3175 angeführten „Früchte“ betrifft, so ist die Theorie derselben nicht direct hierher gehörig. Dieselbe gehört vielmehr der sofort zu erörternden Lehre von der Rückwirkung der Resolutivbedingung bei Uebertragungen dinglicher Rechte an — da eine Fruchtziehung ja erst in Folge einer Besitzübertragung Gegenstand der Controverse werden kann.

In hohem Grade bestritten ist seit Alters her die Frage, ob und in wie weit die Resolutivbedingung der bedingten Eigenthumstradition rückwirkende Kraft äußere oder nicht, ob die Vortheile des Genusses der Zwischenzeit gleichfalls dem Rückerverber zu Gute kämen oder den Zwischenberechtigten verblieben, ob nach den jetzt häufig gebrauchten Ausdrücken ein *dominium revocabile ex tunc* oder *ex nunc* hier vorliege. In der ältern Theorie ¹¹⁴⁾ ward unter dem letzteren häufig das von Niesser gelehrte bloße obligatorische Recht des Rückerverbers auf Retradition verstanden, obgleich es klar ist, daß

113) S. oben S. 54.

114) Vgl. W. Müller l. c. S. 253 ff.

für diesen Fall von einem widerruflichen Eigenthum des Promissar's, beziehungsweise Zwischeneigenthümers garnicht die Rede sein kann, das Eigenthum und die anderweitig von ihm constituirten dinglichen Rechte vielmehr an sich unbeschränkt sind. Ebenso muß aber der noch jetzt gewöhnlich gebrauchte Ausdruck: *dominium revocabile ex tunc* für die Rückziehung der Bedingung unsres Falls als unrichtig bezeichnet werden; denn, da es sich bei dem Eintritt der Bedingung in Folge der Retraction so herausstellen soll, als sei das Geschäft, beziehungsweise die Tradition von Anfang an gar nicht vorhanden gewesen, so kann eben auch gar kein Eigenthum, weder ein widerrufliches noch ein unwiderrufliches für den Zwischenberechtigten entstanden sein. Es entsteht vielmehr bloß ein Schwebezustand, bei dessen Endigung es rückwärts klar wird, ob Eigenthum übertragen worden oder nicht, ein Zustand, der viel bezeichnender *dominium pendens*¹¹⁵⁾ als *dominium revocabile* genannt wird und sich von dem letzteren wesentlich unterscheidet.

Nach dem schon im vorhergehenden Paragraphen geschilderten Stand der Streitfrage ist es selbstverständlich, daß Diejenigen, welche eine absolute Rückziehung für die Suspensivbedingung der Tradition lehren, auch hier dieselbe in Anspruch nehmen, daß dagegen Diejenigen welche einen Zeitausschub bei der erstern als in der Bedingung enthalten präsumiren, denselben auch hier finden und sich daher für ein wahrhaftes widerrufliches Eigenthum entscheiden werden.

Eine Modification in der Stellung der verschiedenen Ansichten findet nur in Beziehung auf Diejenigen statt, welche bei der aufschiebenden Bedingung jede Rückziehung negiren. Der Hauptvertreter dieser Richtung, Windscheid¹¹⁶⁾, will nämlich auffallender Weise für die Resolutivbedingung Rückwirkung als

115) Bangerow l. c. I S. 555 ff.

116) Lehrbuch, I § 91 Anmtg. 2 u. 3.

Regel angenommen wissen, wenn auch dieselbe nur in obligatorischer Weise gegen den Zwischenerwerber, insbesondere durch das Verlangen der Restitution der inzwischen genossenen Früchte, geltend gemacht werden kann. Auch Seraphim¹¹⁷⁾ hat sich dieser Anschauung angeschlossen.

Was nun zuerst die Vertheidiger der dinglichen Rückwirkung betrifft, so haben dieselben keine einzige Quellenstelle zu ihren Gunsten aufzuführen vermocht; sie stützen sich vielmehr ausschließlich auf das einmal als allgemeingültig angenommene Princip der Rückwirkung bei Bedingungen jeder Art¹¹⁸⁾. Dagegen erklärt eine Reihe von Quellenstellen ausdrücklich, daß die von dem Zwischeneigenthümer bestellten dinglichen Rechte erst durch den Bedingungseintritt ihre Endigung erreichen (worin somit das Zugeständniß ihrer frühern Existenz liegt), vgl. z. B. l. 4 § 3 Dig. de in diem add. (18, 2):

Sed et Marcellus lib. V. Dig. scribit: „puro vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset.“ Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret,

in welcher Stelle das Zwischeneigenthum des Promissars ausdrücklich anerkannt wird¹¹⁹⁾; ferner l. 3 Dig. quib. mod. pign. (20, 6), l. 41 pr. Dig. de r. vind. (6, 1), l. 9 Dig. de aq. pluv. arc. (39, 3), wo der Ausdruck „quia recidere jus solidum ad eum potest“ gleichfalls für das Vorhandensein eines Rechts der Zwischenzeit zeugt, u. v. a. In der That hat sich diese Theorie bei der großen Mehrzahl ihrer Vertreter bloß im Gegensatz zu einer nur obligatorischen Wirkung der Bedingung, also zu der Rießler'schen Ansicht ausgebildet und

117) L. c. S. 211 ff.

118) Sell l. c. S. 222 ff.

119) Vgl. auch Seraphim l. c. S. 212.

erhalten¹²⁰⁾, wirkt auch mit allen ihren Waffen und Belegstellen bloß für die dingliche Wirkung, nicht für die dingliche Rückwirkung. In unser Provincialrecht hat sie, wie sich unten zeigen wird, gar keinen Eingang gefunden.

Eine speciellere Erörterung verlangt, als neueste wissenschaftliche Erscheinung, Windscheid's Anschauung der obligatorischen Rückwirkung. Allem zuvor müssen wir uns gegen die Parallele erklären, welche Windscheid zwischen der Bereitung der Suspensivbedingung und der Erfüllung der Resolutivbedingung zieht, eine Parallele, welche nicht bloß dem klaren Wortlaut der Bedingungsform und der Bedingungslehre, welche stets die Erfüllung als Regel angenommen und für dieselbe präsumirt wissen will¹²¹⁾, sondern auch der von Windscheid¹²²⁾ selbst vorher vertheidigten Anschauung widerspricht, nach welcher die Resolutivbedingung dem Wesen nach eine Suspensivbedingung sein soll, nach welcher also die Erfüllung der ersteren nur mit der Erfüllung, nicht mit der Bereitung der letzteren zusammengestellt werden kann. Wenn Windscheid hiergegen anführt, er habe die Möglichkeit der Rückwirkung auch bei der Suspensivbedingung nicht bestritten, nämlich für den Fall, wenn der ausdrücklich ausgesprochne Wille des Bedingungssetzenden auf dieselbe gerichtet gewesen ist, so muß er doch dieser Möglichkeit gegenüber für unsern Fall die Nichtrückwirkung als Regel zugestehen und den stricten Beweis der Anomalie durchzuführen versuchen.

Diesen Beweis will nun Windscheid¹²³⁾ in dreifacher Weise führen.

120) Vgl. Savigny l. c. S. 154 ff.; Sell l. c. S. 219 ff.; Puchta Lehrb. § 61.

121) Vgl. l. 10 § 1 Dig. de reb. dub. (34, 5); Art. 2382 des Provincialgesetzbuchs.

122) L. c. § 86 Anmfg. 6.

123) Vgl. l. c. § 91 Anmfg. 2.

Seine Hauptstütze findet er in den schon einmal¹²⁴⁾ von uns erwähnten Stellen, laut welcher bei den Nebenverträgen der in diem addictio und der l. commissoria der Verkäufer nach eingetretener Bedingung das Recht erhält, mit der actio venditi auch die Früchte der Zwischenzeit von dem bisherigen Eigenthümer zurückzufordern; vgl. l. 4 § 4, l. 6 pr., l. 16 Dig. de in diem add. (18, 2); l. 4. pr., l. 6 Dig. de lege comm. (18, 3); l. 11 § 10 Dig. de int. quod vi (43, 24); l. 38 § 2. 3 Dig. de usuris (22, 1).

Die Anomalie dieser Verträge hat bereits die Glosse¹²⁵⁾ betont; sie tröstet sich aber damit, es sei nun mal bei diesen beiden Verträgen nicht anders. Unter den ältern Theoretikern war gleichfalls die Anschauung herrschend, es handle sich hier um eine im Wesen dieser Nebenverträge liegende Absonderlichkeit, ohne daß sich dieselben auf eine nähere Erklärung derselben einließen. Bloß Schweppe¹²⁶⁾ sucht die Anomalie durch den Hinweis auf die kurze Dauer der Zwischenzeit zu erklären. Daß es sich aber hier um eine Anomalie, welche nicht im Wesen der Resolutivbedingung begründet und auf die übrigen Arten derselben ausdehnbar ist, handelt, lehrt uns die Thatsache, daß Accessionen, welche bei diesen Verträgen den Früchten gleich restituirt werden müssen, im Allgemeinen bei erfüllter Resolutivbedingung dem Zwischeneigenthümer verbleiben; vgl. l. 16 Dig. de statulib. (40, 7).

Statulibera quidquid pepererit, hoc servum heredis est, vgl. ferner l. 3 § 16 eodem und l. 15. 16 Dig. de statu hom. (9, 5).

Die Gründe, um derenwillen aber die beiden genannten Arten der Resolutivbedingung dem Verkäufer ein Rückforde-

124) S. oben § 5.

125) Glossa ad l. 41 Dig. de r. vind. (6, 1).

126) Vgl. Handbuch I, S. 259.

rungsrecht der inzwischen bezogenen Früchte gewähren, werden, wenigstens für die *lex commissoria*, in den Quellen direct ausgesprochen. Wie dieser letztere Vertrag überhaupt (so z. B. in den Bestimmungen über den Verlust des Handgeldes *existente conditione*) eine Art von Conventionalpön für den säumigen Käufer involvirt, so läßt er denselben auch nicht die Vortheile einer Sache genießen, deren Gegenwerth er bisher schuldvoller Weise nicht geleistet; vgl. l. 5 in fin. Dig. de leg. comm. (18, 3):

....; *sed si fundus revenisset, Aristo existimabat, venditori de his*¹²⁷⁾ *judicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset*....,

in welcher Stelle somit das *fidem fallere* als Grund für den Verlust der Früchte angeführt wird.

Was die in diem *addictio* aber betrifft, so belehrt uns insbesondere die l. 16 des bezüglichen Digestentitels, daß auch hier aus Gründen der *aequitas* sowohl einerseits die Restitution der Früchte, als andererseits der Ersatz derwendungen eingeführt worden, indem sie denselben durch das „*aequum est*“ für berechtigt erklärt. Aus dem ganzen Zusammenhang der hier einschlägigen Gesetze, insbesondere aus der mehrfachen Anführung der Vorausbezahlung des Kaufpreises als eines Ausnahmefalls¹²⁸⁾ geht hervor, daß regelmäßig der Kaufpreis nicht gleichzeitig mit der Tradition der Sache gezahlt zu werden pfliegte. Nun aber wäre es doch im höchsten Grade unbillig gewesen und hätte die Absicht dieses Vertrages, für den Verkäufer eine Wohlthat zu bilden, völlig vereitelt, wenn der Käufer die Früchte der Sache ohne jede Gegenleistung seinerseits hätte behalten dürfen. Da half denn das Gesetz durch ausnahmsweise und abnorme Gestattung der *actio venditi*,

127) sc. fructibus.

128) Vgl. bef. c. 45 in fin. l. 20 Dig. de in diem add. (18, 2).

deren regelmäßige Wirkung hier, wo ja die *venditio finita* war¹²⁹⁾, nicht mehr eintreten konnte.

Daß eine Ausdehnung dieser aus besondern Rücksichten gegebenen Klage auf die übrigen Arten der Resolutivbedingung nicht wohl zulässig erscheint, ist evident.

Wie Rießler für seine Anschauung sich auf die durch l. 19 Dig. de usurp. (41, 3) gezogene Parallele zwischen der rehibitorischen Klage und der erfüllten Resolutivbedingung bezog¹³⁰⁾, so will auch Windscheid diese Ähnlichkeit für seine Theorie benutzen. Es genügt hier auf das gegen Rießler in Bezug auf die Tragweite dieser Analogie Bemerkte hinzuweisen.

Die endlich von Windscheid noch citirten Stellen l. 6 § 1 Dig. de div. temp. (44, 3), l. 2 Dig. de lege comm. (18, 3) und l. 2 § 1, l. 3 Dig. de in diem add. (18, 2) enthalten weiter Nichts als die bereits zugestandne und erklärte Thatsache, daß der Verkäufer bei der in diem addictio und der *lex commissoria* mittelst der *actio venditi* Restitution der Früchte der Zwischenzeit verlangen kann.

Ganz in dem hier entwickelten Sinne, also jede Rückwirkung der resolutiv bedingten Tradition verneinend, hat sich auch unser Provinzialrecht ausgesprochen. Dasselbe setzt das Datum der Erlöschung des dinglichen Rechts ohne jede Retraction durch Art. 868, 4:

„Wenn das Eigenthum nur auf bestimmte Zeit oder unter
„einer auflösenden Bedingung erworben war, so erlischt
„es durch den Ablauf der Zeit oder den Eintritt
„der Bedingung“

und Art. 1417 ff.:

„Das Pfand hört auf 1. durch den Eintritt

129) Vgl. l. 4 Dig. ad l. conc. (18, 3).

130) S. oben § 5.

„einer auflösenden Bedingung oder der Zeit, an welche die Dauer des Pfandrechts geknüpft ist“
 „2. durch das Aufhören des Rechts, welches der Verpfänder aus einem an sich widerruflichen Grunde, oder in sonst beschränkter Weise an der verpfändeten Sache hatte“

genau auf den Eintrittstermin der Bedingung fest, indem es hierzu die bereits besprochenen, der hier vertretenen Anschauung entsprechenden Stellen, insbesondere l. 41 pr. Dig. de rei vind. (6, 1) und l. 19 Dig. de usurp. (41, 3), sowie l. 6 Dig. quib. mod. pign. (20, 6) und l. 4 § 3 Dig. de in diem add. (18, 2), citirt. In Bezug auf die Früchte lehrt der zweite Absatz des Art. 3175 ganz allgemein:

„Die in der Zwischenzeit bezognen Früchte bleiben übrigens Demjenigen, der sie während der Dauer des Vertrages erhoben hat“,

so daß über Verwerfung der Windscheid'schen Ansicht nicht wohl ein Zweifel entstehen kann.

Die oben besprochenen Ausnahmen hinsichtlich der in diem addictio und der lex commissoria bleiben somit Ausnahmen auch für uns; als solche läßt sie das Provincialgesetzbuch durch Art. 3903, 3904 und 3910 bestehen.

Wie wir am Schluß des § 6 unserer Abhandlung hervorgehoben haben, daß das Provincialgesetzbuch, in Anerkennung der Bedürfnisse des practischen Lebens die vindication des gemeinen Rechts auf provincialrechtlicher Grundlage beschränkt, ohne den Boden der Quellen zu verlassen oder den theoretischen Irrthümern Rießler's sich anzuschließen, so haben wir auch hier wiederum die media sententia, welche zugleich dem Rechtsleben die zusagebeste sein dürfte, als die unfres Gesetzbuchs erkannt.

Carl Erdmann.

VI.

Präjudicien der Rigaschen Stadtgerichte aus dem Gebiete des Civil- und des Handelsrechts.

(Fortsetzung.)

- 5) Wenn eine Hypothek mit der Clausel des unbedingten Vorzuges vor allen künftig auf dasselbe Immobil zum Bau, zur Reparatur oder sonst mit irgend welchem Vorzugsrechte aufzunehmenden und zu besichernden Capitalen öffentlich aufgeschrieben worden ist, so geht sie auch den privilegirten Pfandrechten im Concourse vor.

In der unter der Nr. 4 dieser Präjudicien erwähnten Concurssache hatte das Landvogteigericht zwei Gläubiger: L. und M., welche mit dem oberwähnten Vorzugsrechte ingrossirte Forderungen im Concourse angemeldet hatten, nach der, mit dem privilegirten Pfandrechte wegen in rem versio versehenen, Darlehnsforderung des N. locirt, sofern letzterer den ihm auferlegten Beweis herstellen sollte, indem es von der Anschauung ausging: „der Einwand, daß die Forderungen des L. und der M. wegen des erwähnten Vorbehalts, mit welchem dieselben öffentlich aufgeschrieben worden, der des N. voran stehen müßten, könne für stichhaltig nicht erachtet werden, denn es würde sonst durch eine derartige Clausel die Bedeutung eines jeden privilegirten Pfandrechtes inanisirt werden und überdies widerspreche diese Auffassung dem klaren Wortlaute des Art. 1612 des Prov.-Rechts Th. 3, welcher verordne, daß dem

privilegirten Pfandrechte der Vorzug vor dem nichtprivilegirten gebühre.“

Diese Rechtsansicht wurde jedoch obrichterlich verworfen und in dem Appellations-Erkenntniß vom 26. Januar 1868 dahin erkannt, daß die Forderungen des L. und der M. der des N. unbedingt vorzugehen hätten. Motivirt wurde diese Entscheidung durch folgende Ausführung: „indem der Schuldner darin einwilligt, daß die über ein aufgenommenes Darlehen von ihm ausgestellte hypothekarische Obligation unter der Bedingung öffentlich ingrossirt werde, daß solche Forderung allen künftig zum Bau, zur Reparatur oder mit einem sonstigen Vorzugsrechte aufzunehmenden Capitalien unbedingt vorgehe, und indem solche Ingrossation durch Eintragung in die öffentlichen Hypothekenbücher erfolgt, hat der Schuldner auf die Constituirung solcher privilegirter Schuldverhältnisse contractlich verzichtet und ist zugleich dieser Verzicht zu einer solchen Veröffentlichung gelangt, daß jeder neue Contrahent von derselben Kenntniß nehmen und die Ueberzeugung gewinnen kann, daß die Erringung eines Privilegiums ausgeschlossen ist. Die Verhinderung der künftigen Entstehung mit Vorzugsrechten versehenen Forderungen ist gerade der beabsichtigte und im Interesse des allgemeinen Credits statthafte Zweck der erwähnten Clausel und kann daher die mit derselben verbundene rechtliche Wirkung nicht als Grund gegen die Zulässigkeit derselben angeführt werden, wie dies Seitens des Unterrichters geschehen ist. Es ist die Forderung des Appellaten N. den Forderungen der Appellanten L. und M. daher in jedem Falle nach zu lociren.“

- 6) Die Rechtsvorschrift, daß die Verabredung einer Conventionalstrafe nicht zur Umgehung der gesetzlichen Zinsbeschränkungen dienen dürfe, setzt dem freien Ermessen der Contrahenten bei Festsetzung des Strafbes-

trages nur dort eine Schranke, wo die Conventionalpön für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit bedungen wird, welche die Leistung einer Geldsumme oder anderer vertretbarer Sachen zum Gegenstande hat.

(Art. 3371 u. 3405 des Prov.=Rechts Th. 3.)

Kläger hatte sich contractlich verpflichtet, dem R.ſchen Feuerwehr=Verein am 1. Mai 1866 100 Blousen und 210 Paar Beinkleider zu liefern und für den Fall, daß er die übernommene Lieferung nicht zum bestimmten Termine leisten sollte, ein Fünftel des Gesamtwertes der Bestellung als Conventionalpön zu erlegen. Da die Lieferung erst am 9. Mai und theilweise erst am 17. Juni 1866 erfolgt war, setzte der auf Bezahlung des vertragsmäßigen Lieferungspreises von 576 Rbl. belangte Verwaltungsrath des Feuerwehr=Vereins dem Kläger die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegen und verlangte, daß gemäß der getroffenen Vereinbarung von dem zu zahlenden Preise ein Fünftel in Abzug gebracht werde. Kläger machte dawider unter Anderem geltend, daß nach Art. 3371 des Prov.=Rechts Th. 3 durch Verabredung einer Conventionalpön keine Umgehung der gesetzlichen Zinsbeschränkungen bezweckt werden dürfe und demnach die verabredete Conventionalpön rechtswidrig und unverbindlich sei, wurde jedoch mit dieser Replik durch Erkenntniß des Landvogteigerichts vom 10. Juli 1867 abgewiesen, aus folgenden Gründen:

„Wenn unter Zinsen nur dasjenige zu verstehen ist, was für den erstatteten oder verhinderten Gebrauch einer Geldsumme oder einer Quantität anderer vertretbarer Sachen im Verhältnisse des Betrages und der Gebrauchsdauer zu entrichten ist (Art. 3405 l. c.), so ergiebt sich begriffsmäßig, daß nur dann, wenn eine Conventionalpön mit der Leistung einer schuldigen Geldsumme oder anderer fungibler Sachen verbunden wird, einer Ueberschrei-

tung des gesetzlichen Zinsmaßes durch Conventionalstrafen nicht Raum gegeben werden darf, während im Uebrigen der Art. 3371 l. c. die Bestimmung des Betrages der Conventionalpön ganz von dem Willen der Contrahenten abhängen läßt, ohne daß derselbe an das Maß des durch die Nichterfüllung zu erwartenden Schadens gebunden wäre. Ob nun eine Geldsumme, wegen deren Nichtleistung eine Conventionalpön bestellt sein sollte, aus einem Darlehen, einem Verkaufe oder aus einem anderen Vertrage geschuldet wird, kommt für die Fälle, in denen eine Umgehung der Zinsbeschränkungen durch Verabredung einer Conventionalpön möglich erscheint, dem Angeführten nach gar nicht in Betracht und durch die Berufung des Klägers auf die Quellen (vgl. l. 13. § 26 D. XIX, 1), wonach auch an die Nichterrichtung einer aus einem Kaufgeschäfte geschuldeten Geldzahlung mit rechtlichem Erfolg die poena dupli nicht zu knüpfen gewesen ist, wird jedenfalls noch nicht documentirt, daß die Bestimmung des Betrages einer auf nicht rechtzeitige Erfüllung einer Waarenlieferung gesetzten Conventionalpön irgend wie beschränkt wäre.“

Diese Rechtsanschauung fand die oberrichterliche Billigung in dem App.-Erf. des Rig. Rathes v. 12. Januar 1868, in welchem noch hervorgehoben wurde, daß Blousen und Weinkleider, die nach einem bestimmten Muster anzufertigen waren, nicht als fungible Sachen im Sinne des Art. 532 l. c. anzusehen seien.

- 7) Wenn der Gläubiger seinem Schuldner gestattet hat, „nach Kräften“ oder „wenn er habe“ zu zahlen, so ist deshalb die Zahlungspflicht nicht als durch den Nachweis des Vorhandenseins der Mittel zur Zahlung bedingt anzusehen, sondern es darf der Schuldner bloß

eine angemessene, im Streitfalle nach richterlichem Ermessen festzusetzende Zahlungsfrist beanspruchen.

(Vgl. Seuffert's Archiv IX, 15. XII, 233. XIV, 121. XV, 7 und 218.)

Auf die wegen Bezahlung einer rechnungsmäßigen Forderung für gelieferte Holzwaaren im Betrage von 708 Rbl. 83 Kop. erhobene Klage erklärte Beklagter, daß die Forderung ihre Richtigkeit, Kläger aber gelegentlich der Verkaufsberedung ihm gestattet habe, nach Kräften und, wenn es ihm bequem sei, zu bezahlen, indem er auf die Frage nach dem Zahlungstermin geantwortet habe: „zahlen Sie, wenn Sie können.“ Als Kläger in Abrede stellte, dem Beklagten die behauptete beliebige Zahlungsfrist zugestanden zu haben, bat Beklagter um Nachgabe des Beweises seiner Einredebehauptung. Kläger überließ die Beurtheilung der Zulässigkeit der Beweismachung an Beklagten dem richterlichen Ermessen. Durch Protocollar-Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 13. Juli 1868 wurde darauf in der Erwägung, daß selbst in dem Falle, daß die Behauptung des Beklagten bewahrheitet werden sollte, daraus nicht folgen würde, daß die Zahlungsfrist ganz dem Ermessen des Schuldners anheimzustellen sei, sondern es auf eine richterliche Feststellung derselben anzukommen habe, dem Beklagten der gebetene Beweis denegirt und derselbe angewiesen, den geklagten Betrag nebst Kosten binnen 4 Wochen *) zu bezahlen.

Die gegen diese Entscheidung vom Beklagten ergriffene Appellation hatte keinen Erfolg, sondern es wurde das unterrichterliche Erkenntniß in der Oberinstanz am 20. September 1868 in Allem bestätigt, mit folgender Motivirung:

*) Die regelmäßige Frist zur Erfüllung eines Judicates beträgt bei den Rigaschen Stadtbehörden 14 Tage, in Handels- und Wechsel-Sachen, sowie im summarischer Proceß bloß 48 Stunden.

„Die Ausführungen des Appellanten beruhen auf der Annahme, daß, indem ihm gestattet worden, „nach Kräften“ oder „wenn er habe“ zu bezahlen, seine Zahlungsverpflichtung zu einer bedingten gemacht worden und davon abhängig sei, daß der Gläubiger das Vorhandensein der Mittel zur Bezahlung der Schuld nachweise *). Dieser Auffassung ist indessen nicht beizustimmen. Die Zahlungsverpflichtung an sich ist von Appellanten ausdrücklich anerkannt worden; in dem von dem Gläubiger gebrauchten Ausdrucke: „zahlen Sie, wenn Sie haben“ aber kann nach dem gewöhnlichen Wortsinne und wenn man berücksichtigt, daß es sich hier um Lieferungen handelte, die längere Zeit hindurch fortgesetzt und allmählig, in laufender Rechnung bezahlt wurden, nur dies gefunden werden, daß der Gläubiger nicht auf sofortige Bezahlung jeder einzelnen Lieferung dringen, sondern sich die allmähliche Berichtigung gefallen lassen und dergestalt dem Schuldner die Möglichkeit gewähren wollte, in bequemer und seinen Mitteln angemessener Weise zu zahlen. In einem solchen Zugeständnisse ist aber keineswegs die von dem Appellanten vermeinte, für den Gläubiger in hohem Grade lästige Bedingung, sondern lediglich die Gewährung einer angemessenen Zahlungsfrist zu erblicken. Es war daher der Einwand des Beklagten als ein solcher anzusehen, der, auch wenn er erwiesen worden wäre, nicht die Abweisung des Klägers, sondern nur die richterliche Anberaumung einer entsprechenden Zahlungsfrist zur Folge gehabt hätte, und muß es als durchaus gerechtfertigt erscheinen, wenn der Unterrichter, nachdem die letzte Abzahlung im Februar 1868

*) Dieser Ansicht ist Seuffert, Pandekten § 310 Note 7, unter Berufung auf l. 125 D. de V. S. 50, 16, welche jedoch von einem anderen Falle handelt, weil dort die Entstehung der Leistungsverbindlichkeit selbst von der Bedingung „si potuerit“ abhängig gemacht war, während hier nur der Fälligkeitstermin einer unbedingten Schuldverbindlichkeit in Frage kommt.

erfolgt und inzwischen ein Zeitraum von mehr als 5 Monaten verfloßen war, den Appellanten zur Zahlung binnen 4 wöchentlicher Frist verurtheilte.“

8. a) Eine kaufmännische Handlung kann unter ihrer Firma klagten und verklagt werden.
- b) Eine kaufmännische Handlung ist befugt, die ihr zugeschobenen Eide durch ihren Procuranten ableisten zu lassen, sofern letzterer von der zu beschwörenden Thatsache aus eigener Wahrnehmung Kenntniß hat *).

Das Nigasche Wettgericht hatte bereits in Erkenntnissen vom 25. April 1853, vom 11. August 1860 und vom 29. November 1860 sich für die Zulässigkeit der Ableistung eines einer kaufmännischen Handlung angetragenen Eides durch deren Procuranten ausgesprochen. Im Jahre 1868 ist diese Frage abermals zur Erörterung gekommen und ist die Oberinstanz der von dem Wettgerichte vertretenen Ansicht beigetreten.

Die klagende Handlung H. A. M.'s Erben hatte sich erboten, den ihr von dem Beklagten deferirten Eid durch ihren Procuranten auschwören zu lassen; Beklagter protestirte dagegen und verlangte, daß sämtliche drei Associés der klägerischen Handlung zur Ableistung des zugeschobenen Eides verpflichtet würden. Die Motive des wettgerichtlichen Bescheides vom 6. April 1868 N 232, durch welchen klägerische Handlung unter Verwerfung der beklagtiſchen Protestation zur Ab-

*) Biewohl dem Gebiete des Proceßrechtes angehörige Entscheidungen von der hier begonnenen Präjudicaten-Sammlung grundsätzlich ausgeschlossen sein sollen, so hat der Einsender doch in Betreff der hier vorliegenden Erkenntnisse eine Ausnahme zu machen, deshalb nicht anstehen zu dürfen geglaubt, weil einerseits die einschlägigen Rechtsfragen auch in das materielle Handelsrecht hinübergreifen, anderentheils dieselben in neuerer Zeit vielfach ventilirt, regelmäßig indessen in anderem Sinne, als dies Seitens der Nigaschen Stadtgerichte geschehen, entschieden worden sind.

leistung des Eides durch ihren Procuranten zugelassen wurde, äußern sich folgendermaßen:

„Es ist dem Beklagten darin beizustimmen, daß die neuere gemeinrechtliche Doctrin die Ableistung eines defertirten Eides durch einen Stellvertreter ohne Genehmigung des Deferenten allgemein für unstatthaft erklärt und deshalb weder gestattet, daß ein Procurant den seiner Handlung oder seinem Principal obliegenden Eid leistet, noch daß ein Streitgenosse anstatt und im Namen der übrigen schwört, und zwar letzteres selbst in dem Falle nicht, daß die Litisconsorten Glieder einer offenen Handelsgesellschaft sind *). Es vermag jedoch für die Entscheidung der in casu streitigen Rechtsfrage die gemeinrechtliche Theorie um deswillen nicht maßgebend zu sein, weil sich in Bezug auf eben diese Frage bei diesem Gerichte eine von jener Theorie abweichende Praxis gebildet hat, welche in den von klägerischer Seite angezogenen Erkenntnissen ihren Ausdruck findet und nach welchen der Procurant unter der Voraussetzung, daß er von der zu beschwörenden Thatsache aus eigener Wahrnehmung Kenntniß hat **), allerdings befugt ist, die der von ihm vertretenen Handlung obliegenden Eide mit vollkommener rechtlicher Wirkung auszuschwören, ohne daß es hierzu der Zustimmung des Gegners bedarf.“

Und diese Praxis erscheint, zumal wenn man den concreten Handelsverhältnissen Rechnung trägt, wohl begründet. Denn zunächst gilt nach dem Gerichtsgebrauch der

*) Diese Einschränkung mußte deshalb hinzugefügt werden, weil nach einem auf §§ 10 und 11 der Reg. Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII gegründeten constanten örtlichen Gerichtsgebrauche die Eideszuschreibung nur über eigene Handlungen bezw. eigene sinnliche Wahrnehmungen des Delaten statthaft, der Glaubenseid dagegen schlechterdings unzulässig ist.

***) Siehe Renaud, Lehrbuch § 131, § 133 Note 42 und § 59 Note 21 und 22. Vgl. Weßell Civilproceß 2. Aufl. § 63 Note 114.

städtischen Gerichte unbestritten der auch in dem deutschen Handelsrechte angestrebte, aber noch nicht zur allgemeinen Geltung gelangte Grundsatz*), daß eine Handlung unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann, d. h. daß sie als solche Proceßsubject ist, woraus folgt, daß ihr in processualischer Beziehung eine selbständige, juristische Persönlichkeit zusteht und daß sie deshalb zur Vornahme der einzelnen Proceßhandlungen der Vertretung durch bestimmte physische Personen bedarf. Als Vertreter der Handlung aber muß zwar in erster Linie der Principal, bezw. die mehreren Principale, angesehen werden; außer diesen aber auch der Procurant, indem einestheils dieser vermöge der ihm erteilten Procura, das Geschäft in allen sowohl außergerichtlichen, als auch gerichtlichen Handlungen, soweit der Handelsbetrieb solches erfordert, zu vertreten ermächtigt ist, durch seine Vertretung aber die Handlung unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, anderentheils es auch theoretisch richtiger und angemessener erscheint, den Procuristen nicht als Repräsentanten des Principals, sondern des Geschäftes selbst aufzufassen.

Endemann, Lehrbuch des Handelsrechts § 17 Note 3 u. § 27.

Wenn aber einer kaufmännischen Handlung in Bezug auf die Proceßführung eine selbständige Persönlichkeit beigelegt wird, so müssen hinsichtlich der Acceptation und Ausschwörung eines ihr zugeschobenen Eides auch in dem Falle, wo mehrere Theilhaber vorhanden sind, nicht die für Litisconsorten, sondern

*) Siehe z. B. dafür: ein Urtheil des Obertribunals in Berlin v. 13. Febr. 1862 bei Striethorst, Arch. für Rechtsf. Bd. 46, S. 6 und ein Urtheil desselben Gerichtshofes in den Entscheidungen, Band 56 Nr. 42, auch Endemann, Handelsrecht § 18 Note 11. Dagegen aber: Renaud, Civilproceß § 49 Note 18, Endemann, Civilproceßrecht § 71 Note 5. Vgl. Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsrecht Band 6 Seite 585, 586, SUFFERT's Archiv XIII, 57 und bezüglich der Handelsgesellschaften D. S. G. B. Art. 111 und 164.

schlechthin die für juristische Personen geltenden Grundzüge zur Anwendung kommen. Darnach aber steht nicht — wie Beklagter meint — dem Deferenten, sondern der schwurpflichtigen Handlung die Bestimmung derjenigen Personen zu, welche für sie den Eid zu leisten haben, wie dies in Betreff der juristischen Personen überhaupt nicht nur von der in der Doctrin und Praxis des gemeinen Rechts gegenwärtig vorherrschenden Ansicht anerkannt wird, sondern auch insbesondere durch den Gerichtsgebrauch der städtischen Justizbehörden festgestellt ist, und es wäre im Hinblick darauf, daß auch der Procurant Vertreter der Handlung ist, inconsequent, wenn man die Ausschwörung des dieser obliegenden Eides durch jenen, vorausgesetzt, daß er von der zu beschwörenden Thatsache aus eigener Wahrnehmung Kenntniß hat, für unstatthaft halten wollte. Diese Entscheidung erscheint ferner um so weniger bedenklich, als häufig gerade nur der Procurant diese Kenntniß haben wird, indem er thatsächlich den Geschäftsgang leitet, während der Principal durchaus nicht selten nur nominell Vorstand des Geschäftes ist, in der That aber demselben fern steht und mitunter gar nicht einmal am Plage seinen Aufenthaltsort hat, so daß es zu den größten practischen Inconvenienzen führen würde, wenn man unbedingt den Principal zur Erklärung auf den angetragenen Eid und zu dessen Ableistung in Person verpflichten wollte.“

Auf beklagliche Appellation hat sodann der Rigasche Rath am 31. Juli 1868 erkannt:

„Der Ansicht des Wettgerichts und dem zu ihrer Motivierung Angeführten kann oberrichterlich nur vollkommen beige stimmt werden. Der Gebrauch der Firma ist von dem Russischen Handelsrechte durchaus unbeschränkt gelassen und es ist das Recht einer Handlung, unter ihrer Firma zu klagen und verklagt zu werden, ein seit undenklicher Zeit durch tägliche Praxis anerkanntes und

festgestelltes. Ebenso kann es keinem Zweifel unterstellt werden, daß jeder Theilhaber einer Handlung durch seine Handlungen die Firma und somit auch alle übrigen Theilnehmer derselben verpflichtet, ohne daß es für die Wirksamkeit seiner Handlungen Dritten gegenüber der besonderen Genehmigung der übrigen Theilhaber der Firma oder der Mehrzahl derselben bedarf. Die Rechte der einzelnen Theilnehmer der Handlung werden aber durch die Procura vollständig auf den Procuristen übertragen, so daß auch dieser gleich den Associés jede diesen letzteren zustehende Handlung mit voller Rechtswirksamkeit vornehmen kann, wie er andererseits auch zur Vertretung des Geschäftes Dritten gegenüber verpflichtet ist. Indem er somit gleich den Associés das unter der betreffenden Firma bestehende Geschäft selbst vertritt, kann kein Anstand genommen werden, ihm auch die Berechtigung zur Ausschwörung eines der von ihm voll vertretenen Firma im Prozesse deserirten Eides zuzuerkennen. Es wird dies sogar zur Nothwendigkeit für alle solche häufig vorkommende Fälle, wo der Procurist der ausschließliche Leiter des Geschäftes ist und deshalb der Principal keine Kenntniß von den einzelnen im Geschäft vorkommenden Thatsachen erlangt.“

- 9) Der Verkäufer eines auf den Inhaber lautenden Werthpapieres hat dafür einzustehen, daß das verkaufte Inhaberpapier seine volle und unbestrittene Gültigkeit habe und alle diejenigen Eigenschaften wirklich besitze, welche Papieren der betreffenden Art beigelegt sind. Er haftet insbesondere, wenn das Papier nicht coursfähig ist oder die Rentenzahlung auf dasselbe von dem Aussteller in Folge der ihm gegen das Papier zuständigen Einreden nicht geleistet wird.

(Art. 3124. 3879. 3243. 3244. 3257. 3260 und 3261 des Prov.=Rechts Th. 3.)

Beklagter hatte am 18. October 1867, nachdem er der Banquiergeschäfte betreibenden, klägerischen Handlung einen fremden Ehrer als den Verkäufer eines polnischen Pfandbriefes vorgestellt hatte, von dieser aber der Ankauf abgelehnt worden war, von sich aus und unter Versicherung seiner persönlichen Haftung für die Verität desselben einen polnischen Pfandbrief über 3000 Rbl. zu 75 pCt. des Nominalwerthes, so wie einen fälligen Coupon dieses Pfandbriefes von 60 Rbl. abzüglich 2 pCt., der klagenden Handlung verkauft und die Valuta dafür mit 2308 Rbl. 80 Kop. empfangen. Es erwies sich hinterher, daß dieser Pfandbrief am 31. October (12. Novbr.) 1866 von dem Gutsbesitzer K. als verloren gegangen angezeigt, in der Circulation angestritten und hierüber im November 1866 eine Bekanntmachung der Oberdirection des Creditvereins zu Warschau in verschiedenen öffentlichen Blättern erlassen worden war, in welcher gleichzeitig der Erwerb dieses Pfandbriefes, bezw. Coupons, zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Rechte auf dieselben aufgefordert wurde. Da Beklagter die Rückzahlung der Valuta gegen Empfang des verkauften Pfandbriefes verweigerte, erhob klägerische Handlung bei dem Wettgerichte Klage, deren Petikum darauf gerichtet war, Beklagten zu verurtheilen, ihr gegen Rückempfang des erwähnten Pfandbriefes nebst Coupon den Valutabetrag von 2308 Rbl. 80 Kop. nebst Verzugszinsen vom 18. October 1867 ab binnen 48 Stunden s. p. exec. zurückzuzahlen.

Diesem Gesuche wurde in beiden Instanzen entsprochen. Das untergerichtliche Erkenntniß ging davon aus, daß Beklagter als Verkäufer des Pfandbriefes nach den Art. 3879, 3243, 3244 und 3247 l. c. auch für verborgene und ihm unbekante Mängel verantwortlich sei, sofern letztere der klägerischen Handlung nicht etwa bei Anwendung ganz gewöhnlicher Vorsicht hätten in die Augen springen müssen, welche letztere Voraussetzung bei den dem Pfandbriefe anhaftenden Mängeln,

nämlich dem Mangel der Coursfähigkeit und der Zinsenerhebung, nicht zutreffe. Dagegen wandte Beklagter in der Appellationschrift ein, 1) daß nicht ein Sachverkauf, sondern eine Cession eines Inhaberpapieres stattgehabt habe, 2) daß im erstinstanzlichen Erkenntniß gegen den Art. 3124 l. c. verstoßen worden sei und 3) daß eventuell klägerische Handlung auf Gewährleistung der Mängel keinen Anspruch habe, weil ihr bei dem Ankaufe des Pfandbriefes eine grobe Fahrlässigkeit zur Last zu legen sei. Denn klägerische Handlung, welche namentlich auch zu Warschau in mannigfachen Geschäftsbeziehungen stehe, habe es entweder unterlassen, ihre Verzeichnisse über die aufgebotenen Nummern zu vergleichen oder sie führe überhaupt keine derartigen Verzeichnisse und habe solchenfalls auch nicht einmal durch eine vorgängige Anfrage bei der Direction des betreffenden Creditvereins sich zu sichern gesucht; sie habe also die von einem Banquier zu verlangende ganz gewöhnliche Sorgfalt außer Acht gelassen, bei deren Anwendung ihr der in Rede stehende Mangel der Coursfähigkeit nicht hätte verborgen bleiben können, woraus folge, daß sie nach Art. 3244 l. c. zur Geltendmachung eben dieses Mangels nicht befugt sei.

Das Erkenntniß des Wettgerichts wurde jedoch in der Appellationsinstanz am 4. September 1868 in allen Stücken bestätigt. In den Entscheidungsgründen heißt es:

ad 1. „Der Rechtstitel für den Erwerb des fraglichen Pfandbriefes kann im vorliegenden Falle aus den bereits vom Unterrichter angeführten Gründen nur in einem Kaufgeschäft gesehen werden; die hinzutretende Uebergabe ist nur der *modus acquirendi* für den Besitzergwerb an dem verkauften Inhaberpapier. Die rechtlichen Folgen und Verpflichtungen können daher auch nur nach den Grundsätzen des Kaufgeschäftes ihre Beurtheilung finden, nach welchen der Verkäufer auch für ihm unbekannt und verborgene Mängel zu haften hat, sofern sie

nur zur Zeit des Kaufabschlusses bereits vorhanden und nicht sofort erkennbar waren. Da nun aber dadurch, daß der verkaufte Pfandbrief bereits als ein verlorener aufgegeben war und somit seine Coursfähigkeit eingebüßt hatte, auch die Verrentung desselben sistirt war, derselbe wesentliche und nicht sofort erkennbare Mängel an sich trug, so muß in Uebereinstimmung mit dem Untergerichte in Gemäßheit der Art. 3257, 3260 und 3261 Beklagter zur Zurücknahme der veräußerten Sache und zur Rückerstattung des empfangenen Preises für verpflichtet erachtet werden. Aber auch in dem Falle, wenn man mit Beklagtem das abgeschlossene Rechtsgeschäft als Cession eines Forderungsrechtes ansehen könnte, würde dasselbe einer gleichen Verpflichtung unterliegen, da es in diesem Falle nach Art. 3486 l. c. dem Cessionar für die Richtigkeit der cedirten Forderung zu haften hätte, solche aber in dem Falle nicht vorhanden ist, wo das Forderungsrecht des Cedenten bestritten und die Geltendmachung desselben suspendirt ist. *) — Es ist ebensowenig von dem Unterrichter ad 2. gegen ein positives Gesetz verstoßen worden. Der Art. 3124 cit. besagt: „der Uebertragende (Art. 3123) haftet dem Empfänger nur für die Existenz der Forderung, d. i. für die Echtheit des Papiers, nicht aber für die Güte der Forderung, d. h. für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.“ Nach dieser Gesetzesstelle beschränkt sich die Haftungspflicht des Be-

*) Die Codification des Provincialrechts ist in dem Art. 3486 auf dem Standpunkte der älteren Doctrin stehen geblieben. Richtiger ist aber gewiß die von Schliemann (die Haftung des Cedenten 1848) zur Geltung gebrachte und darnach unter anderen auch von Windscheid, Pandekten II § 336 und Sintenis, prakt. Civilrecht. 3. Aufl. bei Note 59 ff. gebilligte Ansicht, daß die Beantwortung der Frage: wofür der Cedent dem Cessionaren zu haften habe, nicht nach der allgemeinen Formel „für die veritas, nicht aber für die bonitas nominis“ gegeben, sondern nur aus dem der Uebertragung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, der s. g. causa cessionis, entnommen werden kann.

klagen auf die Existenz der Forderung. Dem Ausdruck „Existenz der Forderung“ ist die Erklärung: „für die Echtheit des Papiers“ hinzugesetzt worden. Beklagter ist nun der Meinung: weil die Richtigkeit des betreffenden Pfandbriefes, nämlich die von der competenten Stelle geschehene Ausstellung desselben nicht bestritten ist, so sei die Forderung als existent und echt anzusehen, und für ihn, Beklagten, daher eine Haftbarkeit nicht vorhanden. Wenn indessen die Ausdrücke „existent“ und „echt“ sich decken sollen, so kann darunter nicht gemeint sein, daß es nur darauf ankomme, daß das Papier von der berechtigten Stelle ausgestellt sei; denn bei solcher Interpretation müßte auch ein bereits mortificirtes und ganz außer Cours gesetztes Papier, das von der berechtigten Stelle ausgefertigt worden ist, als „echt“ gelten. Es muß vielmehr angenommen werden, daß damit die Forderung ausgesprochen sei, daß das betreffende Papier seine volle und unbestrittene Gültigkeit habe und alle diejenigen Eigenschaften ungeschmälert besitze, welche Papieren der betreffenden Art beigelegt sind. *) In diesem Sinne kann nun aber ein Papier, dessen Coursfähigkeit beanstandet, auf welches die Rentenzahlung nicht geleistet wird und dessen Gültigkeit bestritten ist, nicht für existent und echt angesehen werden. Es hat vielmehr diese Eigenschaften zur Zeit eingebüßt und ist der Gefahr ausgesetzt, sie auch nicht wieder zu erlangen, sondern für immer verloren zu haben.“

ad 3. „In Bezug auf die Frage, ob die dem verkauften Pfandbriefe anklebenden Mängel zu denjenigen gezählt werden müssen, welche so in die Augen springen, daß sie dem Erwerber bei Anwendung ganz gewöhnlicher Vorsicht nicht hätten verborgen bleiben können und welche deshalb den Verkäufer

*) Vgl. Brinkmann Handelsrecht § 125a S. 493 und 494, Endemann Handelsrecht § 83 nach Note 18 und § 86 sub IV, A, Seuffert's Archiv XVI, 204.

von der Vertretung derselben befreien, kann ebenfalls nur der untergerichtlichen Ansicht beigestimmt werden, daß der Mangel der Coursfähigkeit keineswegs ein sofort erkennbarer war, sondern ganz besonderer und ungewöhnlicher Wahrnehmungen bedurfte, um erkannt zu werden. Abgesehen nun davon, daß das Gesetz nur die Anwendung ganz gewöhnlicher Vorsicht erfordert, konnte die Ergreifung dieser besonderen Maßregeln zur Entdeckung des erwähnten Mangels der klägerischen Handlung nicht zugemuthet werden, weil einerseits von ihr nicht präsumirt werden konnte, daß ein außer Cours gesetzter Pfandbrief ihr zum Kaufe angeboten werden würde, und weil andererseits die grundsätzliche Aufstellung der Forderung einer jedesmaligen vorgängigen Einziehung von Auskünften von der betreffenden Stelle über die noch existirende Coursfähigkeit eines Inhaberpapieres auf den Handel mit solchen Papieren von so nachtheiliger Einwirkung sein mußte, daß derselbe vollständig gelähmt und unmöglich gemacht werden würde.“

- 10) Der Grundzinsherr ist bei einer Veräußerung des Grundstückes durch den Zinsmann weder berechtigt die Veräußerung zu verhindern, noch auch die Genehmigung derselben von neuen Bedingungen abhängig zu machen. Vielmehr hat die — in Riga solchenfalls übliche — Genehmigung nur die Bedeutung, daß der Grundzinsherr von dem ihm zustehenden Verkaufrechte keinen Gebrauch machen zu wollen erklärt.

(Art. 1324 Anmfg. 1327 und 1333 des Prov.-Rechts.
Th. 3.)

Die ***schen Erben, als Grundeigenthümer von Hagenshof, brachten bei dem Landvogteigerichte folgende Klage an: Beklagter habe von dem Conditor C. das auf Hagenshoffischem Grunde sub Pol.-Nr. 4 belegene Haus, in welchem der C.

die Conditoreiberechtigung ausgeübt, sammt dem Benutzungsrecht an dem dazu gehörigen Grundplage am 19. Septbr. 1866 käuflich acquirirt, daselbst ein Budenlocal eingerichtet und einen Handel eröffnet. Die Hagenshoffsche Grundherrschaft habe indessen die Uebertragung des in Rede stehenden Grundstückes nur mit den auf beiden Exemplaren des Kaufcontractes und in dem ausgereichten Grundbuche vermerkten, üblichen Nutzungsbeschränkungen genehmigt und namentlich mit der Bedingung, daß auf dem veräußerten Grundstücke weder eine Bude, eine Schenke, noch ein Wirthshaus errichtet werden dürfe. Es sei also dem Beklagten die Anlegung einer Bude ausdrücklich untersagt worden. Seinem Rechtsvorgänger C. aber sei die Eröffnung eines Conditorladens nur als ein rein persönliches, unveräußerliches Recht ertheilt und ihm zur Pflicht gemacht worden, dasselbe weder allein für sich, noch mit dem Immobil zusammen auf einen Dritten zu übertragen. Auf Grund dessen wurde von klägerischer Seite gebeten, die von dem Beklagten eröffnete Bude binnen 48 Stunden zu schließen und dem klägerischen Theile alles Recht wegen der ihm durch den unbefugten Handelsbetrieb des Beklagten verursachten Schäden und Nachtheile offen zu lassen.

Von dem Landvogteigerichte wurde Beklagter durch Erkenntniß vom 19. März 1868 mit Rücksicht darauf, daß er die ihm zur Erklärung auf die Klage anberaumte peremptorische Frist versäumt hatte, demzufolge aber nach stadtrechtlicher Praxis die Klagehatsachen als von ihm zugestanden anzunehmen waren, gemäß dem Klageantrage verurtheilt. Auf beklagtiſche Appellation hat aber die Oberinstanz am 31. Juli 1868 das untergerichtliche Erkenntniß aufgehoben und die Klage angebrachtermaßen abgewiesen. Den Entscheidungsgründen entnehmen wir Folgendes:

„ Es fragt sich nach dem Vorerörterten somit nur,

ob nach den als zugestanden anzusehenden Klagebehauptungen die Verurtheilung des Beklagten gerechtfertigt erscheint. Diese Frage muß verneint werden. Es kann zwar keinem Zweifel unterliegen, daß jeder Grundeigenthümer, der einen Grundplatz auf Grundzins vergiebt, berechtigt ist, daran jede beliebige Bedingung zu knüpfen, und daß sonach, wenn der Grundzinsner auf dieselbe eingeht, er auch an dieselbe als gebunden zu erachten ist. Wenn daher die Kläger behauptet hätten, daß gleich bei der Vergabung des betreffenden Platzes auf Grundzins die Vereinbarung getroffen worden sei, daß der Inhaber daselbst keine Bude errichten dürfe und daß dies für alle Nachfolger im Grundzinsrechte gelten solle, so würde eine solche Behauptung allerdings die Klagebitte rechtfertigen. Eine derartige Behauptung enthält aber die Klage nicht. Dieselbe besagt vielmehr nur, daß bei dem Uebergang des Grundes auf den Beklagten die Kläger nur unter der Bedingung die Genehmigung ertheilt hätten, daß Beklagter daselbst keine Bude eröffne. Der Grundherr ist indessen bei einer von dem Zinsmann beabsichtigten Veräußerung des auf Grundzins vergebenen Platzes nicht berechtigt, die Genehmigung derselben von neuen Bedingungen abhängig zu machen; vielmehr hat die solchenfalls übliche Einholung der Genehmigung nur die Bedeutung, daß dem Grundherrn Gelegenheit geboten wird, sich darüber zu erklären, ob er von dem ihm zustehenden Vorkaufsrechte Gebrauch machen wolle oder nicht. Im Uebrigen ist er weder berechtigt, die Veräußerung zu verhindern, noch auch, wie gesagt, neue Bedingungen zu stellen. (Art. 1324 Amrkg. 1327 u. 1333 des Prov.-Rechts Th. 3.)

Die klägerische Behauptung, daß die Genehmigung zur Veräußerung des betreffenden Grundes nur unter der gedachten Bedingung erfolgt sei, kann daher an und für sich zur Substantii-

rung der Klage nicht dienen. Sie muß entweder dahin gehen, daß gleich bei der Vergebung des Platzes auf Grundzins eine derartige Verabredung für alle nachfolgenden Inhaber getroffen worden oder sie muß mindestens darauf gerichtet sein, daß der Beklagte ausdrücklich auf jene Bedingung eingegangen sei. Aus der bloßen Verschreibung der solchergestalt bedingten Genehmigung auf dem (zwischen dem C. u. dem Beklagten abgeschlossenen und erst nach der Vollziehung der klagenden Gutsheerenschaft eingereichten) Kaufcontracte und in dem Grundbuche möchte eine Acceptation der gestellten Bedingung aber noch nicht zu folgern sein. Allem Angeführten zufolge entbehrt die Klage, wie dieselbe angebracht worden, der rechtlichen Begründung und haben deshalb Kläger unter Aufhebung des Erkenntnisses erster Instanz mit ihrer Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden müssen.“

(Fortsetzung folgt.)

Victor Bwingmann.

Berichtigung.

Auf Seite 68 dieses Bandes Zeile 2 von oben und Zeile 11 von unten muß es heißen: „ins geheim“ statt: „das geheim“.