

Est. A-223

Zeitschrift

für

Rechtswissenschaft

herausgegeben

von der juristischen Facultät

der

Universität Dorpat.

Erster Jahrgang.

Dorpat.

Verlag von C. Mattiesen.

1869.



i 42884463

**TARTU ÜLIKOOLI
RAAMATUKOGU**

Inhalt.

	Seite
I. Zur Geschichte des libländischen landrechtlichen Civilprocesses. Von Prof. D. Schmidt	1
II. Ueber die Anwendbarkeit der deutschen Reichsgesetze im libländischen Civilproceffe. Von Demselben	43
III. Zur Lehre von der Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt. Von Prof. Meykow	52
IV. Die Friedensrichter als Strafrichter nach russischem Recht. Erster Artikel: Organisation der Friedensgerichte. Von Prof. J. Engelmann	75
V. Zwei Fragen aus dem provinziellen Privatrecht. Von Justizbürgermeister B. Kupffer in Dorpat	111
VI. Die Friedensrichter als Strafrichter nach russischem Recht. Zweiter Artikel: Zuständigkeit der Friedensgerichte. Von Prof. J. Engelmann	137
VII. Präjudicien des libländischen Hofgerichtes, den Civilproceß betreffend, mitgetheilt von Prof. D. Schmidt	181
VIII. Bemerkungen über die Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung nach dem Rechte der Ostseeprovinzen. Vom Oberhofgerichts-Advocaten F. Seraphim in Mitau	204
IX. Das civilprocessualische Verfahren nach libländischem Landrecht. Von Prof. D. Schmidt	217
X. Präjudicien des libländischen Hofgerichtes, den Civilproceß betreffend, mitgetheilt von Prof. D. Schmidt	355



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

Dorpat, den 23. Mai 1869.

Nr. 69.

C. v. Kummel,
d. 3. Decan.

I.

Zur Geschichte des livländischen landrechtlichen Civilprocesses.

1. Die Zeit der bischöflichen und der Ordensherrschaft.

Gerichtsverfassung und Verfahren waren in der ersten Periode der livländischen Geschichte im Wesentlichen den Einrichtungen des deutschen Mittelalters nachgebildet. Auf den Manntagen versammelten sich in den einzelnen Territorien, in die das Land unter den Bischöfen und dem Orden zerfiel, die Lehnsleute des Landesherrn zur Erfüllung ihrer Dingspflicht. Dasselbst wurde das Gericht in erster Instanz von dem Mannrichter, seinen beiden Beisitzern und dem Urtheilsmann und in zweiter Instanz von dem Landesherrn oder seinem Vertreter und den Gliedern des Stiffts-, respective Ordensrathes gehalten. Seitdem die allgemeinen Landtage aufkamen, bildeten diese die dritte Instanz für wichtige Fälle. Dem Richter stand im Manngerichte nur die Leitung der Verhandlung, nicht das Recht der Urtheilssprechung zu. Das Urtheil wurde vielmehr von den versammelten Mannen gefunden und vom Urtheilsmann als deren Vorstand eingebracht.

Das Verfahren war ein öffentliches und mündliches. Als solches muß es auch für den Schluß der Periode bezeichnet

werden, wo es üblich wurde, daß die Parteien ihre Anträge schriftlich überreichten, weil dazu in jedem Falle nicht nur die besondere Genehmigung des Gerichtes erbeten, sondern die übergebene Schrift auch in Gegenwart der andern Partei verlesen werden mußte. Für jeden auf der Voraussetzung der Mündlichkeit gebauten Proceß ist das Verfahren in Terminen (Tagfahrten), so wie das Vorhandensein gewisser Einrichtungen charakteristisch, die theils den Zweck haben, die Parteien von den für die Verhandlung des Rechtsstreites festgesetzten Zeiten in Kenntniß zu setzen, wie die Citation und der Aufruf der Parteien, theils den, dieselben zum Erscheinen zu veranlassen, wie das Contumacialverfahren. Nach der von Fabri aus der letzten Zeit der bischöflichen und Ordensherrschaft gegebenen Darstellung des livländischen Proceßes geht die Citation, welche er als den rechten Grund, den festen und ersten Anfang jedes Rechtsstreites bezeichnet¹⁾, nicht vom Richter, sondern von dem Kläger aus, der seinem Gegner einen Ladungsbrief, in welchem alle Gegenstände der Klage, so wie Zeit und Ort der Gerichtsßigung bezeichnet sein müssen²⁾, durch einen sichern Boten zusendet. Zwischen der Insinuation des Ladungsbriefes und der für das Erscheinen im Gericht festgesetzten Zeit muß für die im Gerichtsbezirke Anwesenden eine Frist von wenigstens vierzehn Tagen, für die Abwesenden von sechs Wochen liegen³⁾. Die dergestalt geladene Partei wird demnächst vom Richter selbst

1) Fabri formulare procuratorum, Ausgabe von Delrichs, Bremen 1773, S. 163. Na deme de Vorladinge de rechte grundt veste vud erste anuanek aller reektes vörderinge ys, ane welkere oek nen riehtes handel angenganen, noch vele weiniger möge vorgestelt werden.

2) Das. S. 164. Alle vude ein jder sake besundern, darumme du dynen weddderpart gedenckest anthospreckende, möthen yn der Vorladinge namhaftig vthgedrucket stan, wente wat yn der Vorladinge nicht vthgenömet ys, dar darff dyn wedderpart dy datmal nicht tho antwerden. Vergleiche Belichung der harrisch-wierischen Ritterschaft vom Jahre 1500.

3) Das. S. 161.

behufs Verhandlung der Sache aufgerufen⁴⁾ und dieser Aufruf noch zweimal in angemessenen Fristen⁵⁾ wiederholt, wenn der Geladene nicht erscheint. Nach jedesmaligem Aufruf wird der ausgebliebene Beklagte auf Antrag des Klägers für sachfällig erklärt, worauf der letztere sich hierüber einen Gerichtsschein ausfertigen und auf Vollstreckung des Contumacialurtheils antragen kann⁶⁾. Der bei dreimaligem Aufruf ausgebliebene Kläger verliert sein Klagerrecht⁷⁾. Die Wirkung eines Contumacialurtheils wird jedoch aufgehoben, wenn der Geladene sein Ausbleiben durch echte Noth entschuldigt⁸⁾.

Was den Gang des Verfahrens betrifft, so beruht er nach den Bestimmungen der Ritterrechte wesentlich auf Grundsätzen des Sachsenspiegels, während er nach der Darstellung Fabri's, die vielfach von einheimischen Urkunden dieser Periode bestätigt wird, bereits von den Grundsätzen des canonischen Rechts beeinflusst erscheint.

4) Fabri S. 189. Item so fanget de Richter an vnde esschet denjenigen by namen, den du so thor antwert begerest, thom Ersten, thom Andern vnde thom drüdden mahle tho rechter antwert.

5) Daf. S. 198. Onerst wanner du en esschen lest, so mostu twischen jederer esschinge eine stunde, twe, myn edder mer billick tyd laten.

6) Daf. S. 197. Item, wanner dyn wedderpart nicht thor antwert kumpt, edder gantzlick vtheblifft vnde vp dyne vorladinge nicht tho dem Mandage edder Rechtdage queme, so mostu en tho dren malen tho rechte voresschen laten vnde laten en tho jederer esschinge nedderuellig delen vnde nemen vp de nedderuellige sake van dem Richter einen vorsegelden richteschin, darmede du dy vthrichtinge mügest don laten.

7) Daf. S. 201. Darfst ene (dem ausgebliebenen Kläger) ock nicht wider vmme de sake tho rechte stan, so ydt eine anders echte vnde rechte noth nicht benamen hebben, dat he bewisen möge.

8) Mittleres Ritterrecht c. 124. Veer saken synt, de echte nodt heten: Veuckenisse, Süke, Gadesdenste lutenlandes vnde des Bisschops denste. Welcker desser saken eine einen man vorhindert, dat he vorgerichte nicht en kumpt, wert he ydt bewisen wo ydt recht ys mit syuen baden, wer he sy, he blifft siuder schaden vnde winnet dach beth an dat negeste gerichte edder beth he van der echten nodt leddich wert.

Nach den Ritterrechten ging das ganze Verfahren in Urtheilen vor sich, indem jeder unter den Parteien streitige Punkt durch ein Urtheil erledigt werden mußte⁹⁾ bis man zum Ziele gelangte. Als vorzüglichstes Beweismittel galt der Eid der Partei, so daß die Entscheidung des Rechtsstreites wesentlich davon abhängig war, welche Partei als „näher“ zum Beweise im einzelnen Falle anerkannt wurde. Nach Fabri dagegen bilden die Urtheilsfragen der Parteien darüber, inwiefern die rechte Form und die rechte Zeit bei der Gerichtshegung beobachtet sei, nur noch die herkömmliche Einleitung des Verfahrens¹⁰⁾, wogegen dieses selbst durch die bestimmte Aufeinanderfolge gewisser Parteihandlungen, für die die Bezeichnungen des canonischen Rechtes bereits üblich sind, gebildet wird. Die in der Regel schriftlich überreichten Parteivorträge sind: die Klage, die Erklärung und die Replik des Klägers, welche übrigens ihrem Inhalte nach nur eine Widerlegung des Einredenvortrags des Beklagten ist¹¹⁾. Eine weitere Verhandlung wird nicht zugelassen¹²⁾. Die Erklärung des Beklagten konnte ihrem Inhalte

9) M. R. R. c. 110. De Richter schal — — — ordels fragen twisschen twier man rede.

10) Fabri S. 188. Item, so de Richter allrede sitt, wenn du vor en kompst, edder vp solek dyn beger sick mit synen bysiltern settet vnde don Ordelsman vor sick stellet, so tret du vor dat recht vnde spreck also: Herr Richter, ys dat Recht vulmechtig? vnde yft du schöne sulnest wol süst, dat ydt vulmechtig ys, so ys ydt de gebruck, dat du allikewol fragen most, vnde vp de frage antwerdet dy denn de Richter wedderume mit soleken würden edder derglicken: Ja, also vor Ogen ys, edder also gy seen mögen.

11) Daf. S. 180. Wenn du des antwerdes grund vnde behelp so vele west, dat du ydt don kanst, so ys nientes nütters, denn dat du eine rechtsinnige Replich edder wederleginge — — benenen der klage bereit hefst vnde mit dy ynt Recht bringest.

12) Daf. S. 182. Item de Proces des Ridderrechtes yn Liff-landt strecket sick nicht wider, darumme ys nicht nodt wider van duplicken, triplicken edder quadruplicken tho trackteren — — wente de vptöge van dem einen Rechtdlage thom andern kan hir nene stede hebben.

nach entweder darin bestehen, daß er die Verpflichtung „zur Antwort“ bestritt, was Fabri bereits als ein Vorschüßen von Exceptionen bezeichnet ¹³), oder darin, daß er auf den Gegenstand der Klage einging und somit nach der Ausdrucksweise des altdeutschen Proceßrechtes „antwortete.“ Die Verhandlung über die Exceptionen, die bei Verlust derselben vor der Antwort vorgeschützt werden mußten ¹⁴), bildeten ein selbständiges Zwischenverfahren, welches durch ein Urtheil erledigt wurde. — Auch das Beweisverfahren erscheint wesentlich nach den Grundsätzen des canonischen Rechtes modificirt. Als vorzüglichste Beweismittel gelten Urkunden (Siegel und Briefe) und Zeugenausagen ¹⁵), während der Parteieneid auf diejenigen Fälle beschränkt wird, wo andere Beweismittel mangeln. Im Gegensatz zum altdeutschen Rechte, welches in der Regel dem Beklagten den Eid zugestehet, hat die Regel des canonischen Processes bereits Eingang gefunden, daß der Kläger seine Klage zu beweisen habe ¹⁶), dem Beklagten aber der Gegenbeweis offenstehe. Die Beweismittel werden sogleich den Sakschriften beigefügt ¹⁷), zu welchem Behufe diejenige Partei, welche sich auf

13) Fabri S. 162. Vnde schütten dat Recht dorch solcke exception, also vorgeschreuen, dat du tho solcker saken yn den rechten vnuorwandt nicht vorpflicht hist tho antwerden.

14) Daf. S. 162. Giffstu dy öuerst ane nodt thor antwert, du must darby bliuen.

15) Daf. S. 237, wo als Beweismittel angeführt werden: yfft mit segel vnde yfft mit breuen, twier edder dryer loffwerdiger geswaren Gudermanne tüchenisse etc.

16) Daf. S. 234. Jdt sy denn dat de Beerützinger (der Kläger im Besitzproceß) dem jegendele genochastlige breue vnde segel vpbringe, darmede he bewise vor dem gehegeden Gerichte, dat dat guth, so he angespraken, eme thogehöre, sus heffl he nen recht dartho vnde de besitter hefft dat hogeste recht vnde ys bauen syn olde besytt nicht mehr plichtig tho bewisende.

17) Daf. S. 190. Item hirmede auerrekestu solke dyne anklage samt allem bewise segel vnde breuen ynt Recht. Daf. S. 191. Darna so nyn dyne antwert vör vnde lath ydt ock afflesen mit ynvöringe dynes yegen bewises vnde alles behelpes.

die Aussage von Zeugen berufen will, dieselben vor dem Beginne des Rechtsstreites verhören und sich über deren Aussagen einen veriegelten Gerichtschein ausstellen läßt¹⁸⁾. Das Urtheil, welches während der ganzen Dauer des Bestandes der Mannsgerichte von den versammelten Mannen gefunden wird, muß von der mit demselben unzufriedenen Partei sogleich gescholten werden, widrigenfalls es die Rechtskraft beschreitet¹⁹⁾. Nach der Darstellung Fabri's treten die Parteien, im Falle das unterrichterliche Erkenntniß gescholten worden, in den Stiften ohne Weiteres vor die Berufungsinstanz, während in Harrien und Bierland der jüngste Rathmann für sie die Genehmigung dazu gegen Erlegung einer Gebühr erwirken mußte²⁰⁾. Das Berufungsverfahren wurde damit eröffnet, daß der Beschwerdeführer unter Angabe dessen, wo die Sache in erster Instanz verhandelt worden, um Einleitung desselben bat²¹⁾ und der Gegener, zu dessen Gunsten das unterrichterliche Erkenntniß organ-

18) Fabri S. 169. Jtem so em yenige tüchenisse van nöden wörde syn, de late ho by tiden mit rechte beladen vnde neme darup einen vorsegelden richte schin van dem Manrichter, de he yn rechten tho bekreftigen syner saken gebruken könne. Weute mündlike tüchenisse wert seldom angenamen yn Rechten.

19) Daf. S. 192. Jtem wenner de Ordelsmann de sententie also yugebracht, welcker part ein henögent daranne hefft, bedanket dem rechten. Jtem so nu dat wedderpart solk dankent nicht lyspraket — — so gheit de yugebrachte sententie yn ere krafft vnde bindet vnwedderöplik.

20) Daf. S. 195. Jtem wenn dat also geschen ys, so tristu vor dat Ouerste Recht, ys ydt yn den Stiften, so tristu slichtes vör, wenn du vörkamen kanst, in Harrien vnde Wirlande dar giffst dejenige, de de sake beschulden hefft, dem jüngsten Radtmanne yn dem Rade einen hornen gülden, de vördert dat du vor kümpst.

21) Daf. S. 202. Tom ersten wenner nu dyne saken vor dem Neddersten Rechte also beslaten vnde vullentagen hefft vnde kumpst mit dynem wedderparte vor dat Ouerste Recht vnde giffst vör, wo gy iuwe saken van dem Neddersten an dat Ouerste beschulden hebben, biddest derhaluen dyne saken yn dem Ouersten tho richtende möge angenamen werden.

gen war, den Inhalt desselben vortrug²²⁾. Im Uebrigen war der Gang des Verfahrens ganz derselbe, wie in der untern Instanz²³⁾. Der Kläger bringt seine Klage von neuem unter Beifügung seiner Beweismittel an, worauf sich der Beklagte ebenfalls gestützt auf seine Beweismittel erklärt und der Kläger endlich replicirt²⁴⁾. Nur dürfen in der obern Instanz gegen den Widerspruch der Gegenpartei keine neuen Beweismittel beigebracht werden²⁵⁾. Das Urtheil wird von dem Collegium der Rätthe gefällt²⁶⁾.

2. Die Zeit der polnischen Herrschaft.

Unter der polnischen Herrschaft werden neue, den Zeitverhältnissen angemessene Formen, wie für das Staatswesen überhaupt, so insbesondere auch für die Justizverfassung gesucht. Die Einrichtungen aus dieser Zeit tragen bereits einen moder-

22) Fabri S. 202. Item so dyu wedderpart (vnde nicht du) de suke beschulden hefft, so machstu na solecker form dyn recht ynüören. — — Item hir heucstu an vnde vortellest de sententie, de juw yn dem Neddersten Rechte affgespraken ys.

23) Daf. S. 195. Eer du nn vor dat Ouerste Recht kumpst, vnde dyn wedderpart dy dar volget, so mostu alle dyne sake darwedder van nyes van ort ende an, gerade yfft du vor dem Neddersten nicht eins gewesen werest, anuangen.

24) Daf. S. 203. Item — heff — dyne klage vnde ansprake an vnde ynuöre de mit dynem bewise, lüchenisse vnde wes du süs vor behelp hefft. Daf. S. 206. Item wanner nu de vorantwerdes man vp dat vörderlikeste syne vorantwerdinge alse gedan — so machstu darup repliceren.

25) Daf. S. 188. — wes du yn dem neddersten vvorhalet edder vngetöget hefft laten bliuen, dat darff dyu wedderpart yn dem Onersten nicht tholaten edder annemen.

26) Nähere Nachweise über das Verfahren in dieser Periode enthält meine Abhandlung: Das Verfahren vor dem Manngerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zur Zeit der bischöflichen und Ordensherrschaft in Livland. Dorpat 1865.

nen Charakter an sich, wie solcher sich nach der Reception des römisch-canonischen Rechts in der Justizverfassung Deutschlands und der Nachbarlande ausgebildet hatte. Das ganze Land, sowohl das Stiffts-, als Orbnisland, wird in Kreise getheilt und für jeden derselben ein Landgericht eingesetzt, das aus einer bestimmten Zahl von Mitgliedern und einem Notair besteht, so daß der bisherige Charakter der Gerichte als Versammlungen der Standesgenossen vollständig aufhört. Auch fehlt es nicht an Versuchen den Landgerichten ein gemeinsames Obergericht zu geben. Unter der Ungunst der Verhältnisse und bei dem fortwährenden Wechsel in den Einrichtungen vermögen jedoch die neuen Institutionen nicht Wurzel zu fassen.

Ueber das vor diesen Gerichten beobachtete Verfahren fehlt es an bestimmten Nachweisen. Jedenfalls ist man berechtigt anzunehmen, daß mit dem Untergang der alten Gerichtsformen die damit im Zusammenhange stehenden Einrichtungen des deutschen Processes, soweit sie sich noch bis dahin erhalten hatten, geschwunden sind und daß das römisch-canonische Recht, welches in Deutschland insbesondere in der nächsten Zeit nach seiner Reception zu einer fast unbedingten Herrschaft gelangt war, in den nach modernen Grundsätzen gestalteten Gerichten immer weiteren Eingang gefunden haben. Bei dem Mangel anderweitiger Nachweise sind wir gezwungen uns auf die Darstellung des Processes im Hildenschen Landrechtsentwurf zu beschränken, der freilich, da er bloßer Entwurf geblieben ist, kein vollkommen sicherer Führer in Beziehung auf das damals geltende Proceßrecht sein kann, wiewohl die Annahme, daß letzteres vorzugsweise in demselben berücksichtigt worden, dadurch an Wahrscheinlichkeit gewinnt, daß der Entwurf den canonischen Proceß mit mehreren eigenthümlichen Modificationen darstellt, von denen sich einzelne bis zur Gegenwart in Livland erhalten haben, andere dagegen eine auffällige Uebereinstimmung mit dem in Curland geltenden Prozesse zeigen, — eine Erscheinung, die in dem gemeinsamen

Einfluß des polnischen Rechts²⁷⁾ auf Liv- und Curland ihre Erklärung findet.

Dem Hilschenschen Entwurf ist nur das Verfahren in Terminen bekannt. Daher geht der Verhandlung des Rechtsstreites die Citation des Beklagten vorher, zu welchem Behufe der Kläger, wie noch gegenwärtig in Curland, aus dem Gerichte Citationsblanquette ausgereicht erhält²⁸⁾, auf welche er im Namen des Gerichtes den Citationsbefehl niederschreibt. Derselbe muß den Namen des Klägers und Beklagten, Zeit und Ort des Erscheinens, sowie in Kürze den Inhalt der Klage enthalten²⁹⁾. Die Insinuation des Citationsbefehles soll vier Wochen vor dem für die Verhandlung anberaumten Termine durch den Gerichtsboten des Landgerichtes bewerkstelligt werden.³⁰⁾ In dem anberaumten Termine werden die Namen der Parteien nach einem an die Gerichtsthür angeschlagenen Verzeichnisse derselben vom Gerichtsboten abgerufen³¹⁾, worauf die Ver-

27) Zum Beweise dessen werden wir im Folgenden auf die Darstellung des polnischen Processes von Nizdorff: *Regni Poloniae terrarumque Prussiae regalis processus judicarii compendium*, Gedani 1654, Bezug nehmen.

28) Hilschen Lib. III, tit. 13, § 4. Es sollen Niemandt Plankath zur Citation, so viel er derselben nöthig hette, verweigert werden. Vgl. *Instructorium des curl. Processus*, P. 1, tit. 2, § 33.

29) Das. § 1. Wann Jemandt einen für das Landtgerichte citiret, soll er voran des Königs Nahmen, darnach des Klägers vndt beklagten Nahmen vndt Zunahmen ohne Jemandts Verleumdung vndt mit schuldiger Ehrerbietung setzen. § 2. Hernacher aber soll die Sache, darumb Jenner ins gericht gefordert kürzlich in der Citation enzehlet vndt also mit dem Landt-Siegell, wie es einem Jeden gericht von den General Commissarien gegeben undt zugeordnet ist, dieselbe versiegelt werden.

30) Das. tit. 14, § 1. Der Citation an das Landtgerichte sollen vier wochen Zeit angesetzt werden vndt dieselbe Citation soll durch den Landtgerichtsbotten in dessen güttern, welcher geladen wirdt, niedergelegt — werden. — Ueber die Citation Unbefählicher vgl. tit. 16, § 1.

31) Das. tit. 16, § 12. Wann ein ordentlich Gerichte geheget wirdt, soll des Tages zuvorn, vff welchen das Gerichte einfällt, der Gerichts Notarius anwesendt sein vndt sich zu Haus finden lassen, damit die Parteyen

handlung beginnt. Ist der Beklagte auf die erste Citation, die in der Regel keine peremptorische ist³²⁾, nicht erschienen, so wird auf Antrag des Gegners, dem der Nachweis der geschehenen Citation obliegt, der Ungehorsam des Beklagten mittelst Decretes festgestellt und es erfolgt eine zweite nunmehr peremptorische Ladung, worauf der Beklagte, wenn er auch in diesem Termine unentschuldigt ausbleibt, verurtheilt und die Execution gegen ihn verhängt wird³³⁾. Die Folgen der Contumaz kann der Beklagte entweder durch Arrestation des Decretes vor Sonnenuntergang an demselben Tage, an welchem dasselbe erlassen wurde³⁴⁾, oder durch Burgirung der Contumaz beseitigen.

Ihne Ihre nahmen vndt Sachen antragen mögen vndt er soll schuldig sein ohne Jemand's willfahung die Parteyen inß Register zu schreiben, also, daß wer Ihn zum ersten angesprochen, derselbe auch zum ersten inß Register geschrieven werde vndt dasselbige soll er des folgenden tages frühe morgens wan die gericht angehen öffentlich an den Thüren des Ortes, da die gericht geheget werden, anschlagen. Danach soll der gerichtsbotte für der thür auß dem Register nach der Ordnung, wie eines Jeden Nahme eingeschrieben, mit heller stim außruffen, also daß er von Jedermänniglichen gehöret werden könne, vndt die Parteyen also drey-mahl zum gericht beruffen.

32) Das. § 5. Es ist der Erste Termin in keinem Gerichte peremptorius, nur allein in Commissionibus vndt in den fällen, davon öffentlich, daß sie peremptory sein sollen, zu rechte geordnet vndt gesehet worden, oder daß Jemandt sich dazu verpflichtet. Nixdorff l. c. Pars I, sectio I, cap. 1 § 7. Primus terminus — regulariter non est peremptorius et poena contumaciae in eo contra non comparentem reum ab actore obtinetur d. h. der ausgebliebene Beklagte wurde in eine Geldpön verurtheilt.

33) Das. tit. 16, § 6. In andern sachen, in welchen der Terminus peremptorius außdrücklich nicht gesehet, wenn der beklagte vff die erste Citation nicht antwortet, wirdt nur ein decretum contumaciae wieder ihn gefället vndt wenn die contumacia also erhalten, wie obberührt vndt Er würde Ihn innerhalb derselben Terminen, so obbeschrieben sein, den beklagten citiren, so ist Er also zum andern mahl citiret, alßwann gleichermaßen alß im Termino peremptorio zu antworten schuldig. § 7. Würde Jemandt in termino peremptorio sich nicht einstellen, der soll seinem gegentheil mit verlust der gangen Sachen verdambt vndt dem kläger die Execution zuerkandt werden. vgl. Instr. des curl. Nr. P. I, tit. 1, § 11 u. 12. Nixdorff l. c. cap 2, § 8. Secundus terminus — est peremptorius et in eo contra non comparentem reum regulariter obtinetur lucrum. — Est autem lucrum obtentio desiderii actoris secundum contenta citationis.

34) Das. § 11. Were es sache, daß in gegenwart des Part's oder

gen, indem er nachweist, daß er keine Kenntniß von der Citation gehabt oder daß er durch rechtmäßige Gründe zu erscheinen abgehalten worden. Zu diesem Behufe muß der contumacirte Beklagte zur nächstfolgenden Gerichtsitzung (Juridik) den Kläger zur „Niederlegung“ (Einlegung, ad reponendum) des Decretes citiren und den Nachweis der vorgeschützten Entschuldigungsgründe führen³⁵⁾, worauf der durch das Contumacial- Decret unterbrochene Proceß seinen Fortgang nimmt³⁶⁾. —

desselben procuratoren, da Sie zwar im gericht anwesend, aber doch wegen Ihrer Hinlässigkeit oder um andere rechtmäßige Ursachen nicht geantwortet, ein Decret gesprochen wehre, ist Ihnen frey solch Decret für Niedergang der Sonnen zu arrestiren und solche arrestirte Sachen soll daß Gerichte des folgenden oder dritten tages hernacher für allen andern sachen erörtern und der beklagte ohne Zulaf jennigen fristes, allein daß er seine zerstörlische einrede gebrauchen möge, antwortern. Vgl. Instr. des curl. Processes. P. I, tit. 1, § 13.

35) Lib. III. tit. 16, § 8. Wann der beklagte, daß er entweder von der Citation nicht gewußt oder daß Ihm dieselbe Rechtmeßig nicht sey beantwortet worden oder auch daß Er etwa durch ein großes Unglück, wegen Leibes Schwachheit, große Wässerung oder daß es am vberfuhr eines Strohmeh gemangelt, wegen feindlichen einfalls, der Peste, gefängniß oder dergleichen erheblichen Ursachen halber verhindert worden sey, beweisen können, darumb Er entweder selbst nicht kommen oder Einen Andern schiken können, der kan den kläger vffs Erste Landtgerichte zu einlegunge des erhaltenen Decrets citiren undt wan solche Litispendenß einfällt, kan inmittelst die Execution vffgehalten werden. Es muß aber der beklagter in den ersten Gerichten die Ehehafft beweisen undt wan ers außfündig machet, kan die sache im vorigen standt gesetzt werdenn. Eß soll aber der kläger in demselben Termino antworten undt die sache verfolgen. § 9. Würde Er aber in den Ersten gericht den kläger zu niederlegung des Decrets nicht citiren oder die Ehehafft, dadurch die sache konte ergenhet werden, nicht beweisen, so ist Er entweder dem vorigen Decret genügen zu thun oder die Execution zu verstaten schuldig. Vgl. Instruet. des curl. Processes. P. I, tit. 1, § 14.

36) Nixdorf l. c. cap. 2 § 8. — Ne erroneo processu facile gravetur reus, duo potissimum, ut in aliis in contumaciam condemnationibus, ita et post obtentum lucrum a jure beneficia habet: primum est beneficium arresti, — alterum est demonstratio injustae condemnationis. Arrestum interponi debet eadem, qua condemnatio obtenta est, die et quidem ante occasum solis. — neque condemnationem, neglecto ita arresto, tollere potest condemnatus, nisi vel abneget condemnationem mediante corporali juramento — quia de citatione — ne quidquam scivit, vel quoque coram judicio aut officio

Bleibt der Kläger in dem durch die Citation festgestellten Termine aus, so erfolgt eine vorläufige Freisprechung des Beklagten, wenn er darauf anträgt. Erneuert hierauf der Kläger die Citation, bleibt aber auch in diesem Termine aus, so wird er auf gegnerischen Antrag zum Verlust seines Klagerrechtes verurtheilt. Jedoch bleibt auch dann noch dem Kläger sowohl die Arrestation des Decrets, als die *citatio ad reponendum* vorbehalten³⁷⁾.

Was das Verfahren im Falle des Erscheinens beider Parteien betrifft, so soll der Beklagte nach Mittheilung der Klage seine sämtlichen sowohl dilatorischen als peremptorischen Einreden bei Verlust derselben vor der Einlassung vorschützen³⁸⁾ und zwar zunächst die dilatorischen und sodann, falls diese zurückgewiesen werden³⁹⁾, die peremptorischen⁴⁰⁾. Erst wenn über diese erkannt

protestetur contra condemnantem, quia propter aliquod legale impedimentum venire pro termino praefixo non potuit, inscribique libris ejusdem judicii aut officii protestationem talem curet, deinde vero citet condemnantem ad hoc idem forum pro male obtento lucro et condemnatione, offerens sese probaturum in impedimentum causae, quare tempestive pro termino praefixo venire non potuerit, quo legitime probato, condemnatio cassabitur.

37) Lib III, tit. 16, § 14. Würde aber der Kläger sich nicht einstellen im ersten Termine, soll der Beklagte vom Termine und Citation losgesprochen werden, aber im Termine peremptorio von der ganzen Sache, jedoch vorbehaltlich, daß er um und wegen derselben Ursachen wie es beklagter nachgeben ihm zu einlegung des decrets citiren und um ergänzung bitten möge. Vgl. Instruct. des curl. Processus P. I, tit. 1, § 16.

38) Das. tit. 18, § 1. Wenn die Cautiones entweder gefordert oder vorbegegungen, soll der Beklagte seine Exceptiones, wo Er derselbenjenige hat, sie seindt ewig wehrende oder zeitliche und vffschiebliche, fürbringen. Das. tit. 19, § 2. Jedoch so lang ein oder daß ander theile etliche Exceptiones hat wirdt Ihnen nicht verboten sich derselben zu gebrauchen, denn so lange Jemandt rechtmäßiger einrede sich gebrauchen kan, darff Er den Krieg rechtens nicht befestigen.

39) Das. tit. 19, § 3. Wenn dann obberührte einreden (d. h. die dilatorischen Einreden) sambt und besonders entweder fürbracht oder durch des Richters Spruch aufgeschloffen, soll der Richter daß gegentheill richtig zu antworten durch ein decret anhalten.

40) Das. tit. 20, § 1. Wann dan der Richter also verabscheidet, soll der Beklagte seine peremptorias oder zerstörliche exceptiones, wofern er

und auch sie verworfen worden, ist der Beklagte verpflichtet sich in der Hauptsache einzulassen⁴¹⁾, widrigenfalls er für sachfällig erklärt wird⁴²⁾. Hier muß nun sogleich die eigenthümliche Stellung der peremptorischen Einreden vor der Einlassung auffallen. Nach römisch=canonischem Rechte müssen nur die dilatorischen Einreden, welche den Beklagten von der Verpflichtung zur Litiscontestation befreien, vor derselben vorgeschützt werden⁴³⁾, widrigenfalls Verzichtleistung angenommen wird⁴⁴⁾. Die peremptorischen Einreden dagegen, welche durch das Leugnen oder Zugestehen der Klagethatsachen nicht ausgeschlossen werden⁴⁵⁾ und daher von der Einlassung nicht befreien können, nehmen in dem römisch=canonischen Proceß keine bestimmte Stelle ein, sondern dürfen während der ganzen Verhandlung sowohl vor der Litiscontestation als nach derselben bis zum Spruche vorgebracht werden⁴⁶⁾.

jenige hat, fürbringen, also da seindt: gemachte gebinge, daß man nichts forderen wolle, daß man beschlichtet vndt bestätiget, item daß auß furcht oder in Irthumb etwas beschehen sey, daß die Sache zuvor erörtert, vertragen, die Rechtfertigung vsgchoben, daß wider Recht etwas beschehen sey vndt dergleichen.

41) Lib. III, tit. 20, § 2. Dafern sich nun eräugnen würde, daß derselben keines stath hette, soll daß gegentheill den Krieg zu befestigen gezwungen werden. Vgl. auch § 7.

42) Das. tit. 21. — Wann aber der Beklagter ungeachtet daß Ihme alle Einrede abgeschnitten, gleichwohl den Krieg Rechtens nicht befästigen will, so soll dem Kleger die sache zugethätiget vndt die Execution zuerkandt werden.

43) L. 12 C. de exc. 8, 36: Si quis advocatus inter exordia litis praetermissam dilatoriam praescriptionem postea voluerit exercere — multetur. Vgl. l. 13 cod. u. c. 62 X. de app. 2, 28: ante litis contestationem sunt exceptiones dilatoriae proponendae.

44) c. 20 X. de sent. et re jud. 2, 27. — quas etiam tanquam dilatorias ante litis ingressum opponere debuissent, quibus coram delegatis eisdem subeundo iudicium renuntiasse videntur.

45) L. 9 D. de exc. 44, 1: Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, qui exceptione utitur. l. 43 pr. D. de R. I. 50, 17: Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impediatur. Vgl. c. 63 in VI de R. I. 5, 13.

46) L. 2 C. sent. rescindi non posse 7, 50: Peremptorias exceptiones omissas ab initio antequam sententia feratur, opponi posse

Zunächst in der italienischen Doctrin bildete sich jedoch die Ansicht aus, daß einzelne peremptorische Einreden von der Einlassung befreien und die sofortige Abweisung der Klage herbeiführen können. Als solche proceßhindernde Einreden bezeichnete das canonische Recht die *exceptio de re judicata, transacta seu finita* 47), wobei es in der Theorie fortwährend streitig blieb, was unter den *exceptiones rei finitae* zu verstehen sei 48). Da somit das Vorschützen peremptorischer Einreden in der Regel von der Verpflichtung zur Einlassung nicht befreite und für den Beklagten überhaupt kein Grund vorlag von seinen Einreden Gebrauch zu machen, ehe der Kläger die geleugneten Klage thatsachen bewiesen hatte 49), so bildete sich in der Theorie des gemeinen Rechtes, bevor das Eventualprincip in seiner gegenwärtigen Ausdehnung Eingang gefunden, der Grundsatz aus, daß die peremptorischen Exceptionen, mit Ausnahme der sog. proceßhindernden Einreden, der Einlassung nachzufolgen haben. Diesem entgegen nun bestimmt der Hilschensche Landrechtsentwurf, daß alle peremptorischen Einreden vor der Einlassung vorgeschützt werden müssen und indem er zugleich vorschreibt, daß der Beklagte sich durch

perpetuum edictum manifeste declarat. — Gl. ad c. 12 X. de exc. 2, 25, v. in dilatoriis: — Exceptio vero peremptoria proponi potest quandoenque ante sententiam, sive etiam antequam sit in causa conclusum et potest etiam proponi ante litem contestationem. — Tancred. II, 5 § 3 ed. Bergmann p. 143: eam (exceptionem peremptoriam) proponere possum et probare quando volo, dummodo ante sententiam.

47) c. 1 in VI de L. C. 2, 3. Exceptionis peremptoriae seu defensionis cujuslibet principalis cognitionem negotii contingentis ante litem contestatam objectus, nisi de re judicata, transacta seu finita excipiat litigator, litem contestationem non impedit.

48) Abrecht, die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprocesses. München 1835. S. 119 fg.

49) Gl. v. publicatae ad c. 29 X de test. 2, 20. ut, si objiciatur praescriptio — vel res judicata, potest etiam probari ante apertas attestaciones, ut hic patet. Illud autem stultum reputo, quod aliquis probet peremptoriam exceptionem, antequam sciat, si adversarius probavit intentionem suam.

das Vorbringen derselben von der Verpflichtung zur Einlassung befreit, so erhalten sämmtliche peremptorische Einreden die nach gemeinem Rechte einzelnen nur ausnahmsweise zukommende Eigenschaft processhindernder Einreden, — eine Eigenschaft, welche die peremptorischen Einreden in Livland bis auf den heutigen Tag beibehalten haben. Auch diese Modification des canonischen Processes im Hilchenschen Entwurf ist mit höchster Wahrscheinlichkeit auf den polnischen Proceß zurückzuführen, in welchem alle Einreden ohne Ausnahme, sowohl die dilatorischen als peremptorischen, bei Verlust derselben vor der Litiscontestation vorgeschützt werden müssen, wengleich die Bestimmungen des Hilchenschen Entwurfs sich von denen des polnischen Processes wiederum dadurch unterscheiden, daß in dem letzteren die einzelnen Einreden nach einander in der dafür vorgeschriebenen Reihenfolge vorgeschützt werden müssen⁵⁰⁾, während nach dem ersteren die Cumulation der dilatorischen und ebenso der peremptorischen Einreden vorgeschrieben ist.

Im ferneren Verfahren stehen jedem Theile zwei Satzschriften zu und zwar hat bei der Verhandlung von Einreden der Kläger nach der Rechtsregel *reus excipiendo lit actor* das Recht sich zuletzt zu äußern⁵¹⁾. — Nach stattgehabter Einlassung

50) Nixdorff l. c. Pars I sectio II cap. 1 § 4: *Dividitur vulgo (exceptio) in peremptoriam et dilatoriam.* — Nos hic, divisione hac neglecta, eo exceptiones proponemus ordine, quo in iudiciis inferri solent, certe debent, et hic est ut opponatur 1, exceptio declinatoria fori, 2, exc. contra comparitionem et sic simul contra plenipotentem vel procuratorem, 3, exc. contra cautionem et sic insimul contra cautores, 4, exc. contra tertium quendam qui nec cautor est nec plenipotens, 5, ex. contra terminum, 6, exc. incompetentis actoris, 7, exc. incompetentis actionis, 8, exc. contra citationem, 9, exc. contra positionem citationis et denique 10) reliquae, prout causa efflagitat; qui ordo bene observandus, ne alteri per alteram derogetur exceptioni.

51) Lib. III tit. 21. Inmassen dem beflagten seiner einrede zu gebrauchen nachgegeben, als mag der Klegler in seiner wiederrede in replicis vndt duplicis gebrauchen, dieweil der Beflagter in fürwendung einer einrede Kleglers stell vndt der Klegler dagegen in replicis beflagtens stelle best.

wird den Parteien gestattet in der Hauptsache den Beweis der bestrittenen Thatsachen anzutreten, zu welchem Behufe ihnen Dilation bis zur nächsten Gerichtsſitzung gewährt wird⁵²⁾. Diese Bestimmung ist nun keineswegs so zu verstehen, daß damit ein besonderes von der Periode der Behauptungen getrenntes Beweisstadium eingeführt sei, wie das gegenwärtig geltende gemeine Recht eine solche Trennung in dem sog. ersten und dem Beweisverfahren aufweist. Denn diese letztere Einrichtung des gemeinen Rechts gehört einer viel späteren Zeit an, wogegen die Bestimmung des Hülchenschen Entwurfs ihre Erklärung in der Theorie des römisch-canonischen Processes findet. Nach derselben wurde nämlich der Beweis den Parteien nicht in einem bestimmten Stadium des Processes auferlegt, sondern diese erhoben sich im Laufe der Verhandlung zum Erweise der bestrittenen Behauptungen und pflegte ihnen sodann eine Frist behufs Herbeischaffung ihrer Beweismittel (*dilatio instrumentorum causa*⁵³⁾ gewährt zu werden. Eine derartige Fristbitte sollte aber nach canonischem Rechte bei der Verhandlung der Hauptsache, wenigstens in Bezug auf die Antretung des Zeugenbeweises, nicht vor stattgehabter Litiscontestation erfolgen⁵⁴⁾. Nach diesem Zeitpunkte aber stand es den Parteien jederzeit frei, so oft das Bedürfniß dafür überhaupt eintrat, sich zum Beweise

52) Lib. III tit. 22. Wenn der Kriegt Rechts beyderseits befästiget, so soll beyden theilen vff briefflüche vrunde vndt andere genughafftige beweisthumb sich zu beruffen freystehen etc. Tit. 23, § 1. Zu Einbringung deß beweises wirdt Dilation biß auff nechstfolgenden Landtgerichtstagen gegeben.

53) l. 7 D. de feriis 2, 12: *Oratione quidem divi Marci amplius quam semel, non esse dandam instrumentorum dilationem, expressum est, sed utilitatis litigantium gratia causa cognita et iterum dilatio — impertiri solet, et maxime si aliquid inopinatum emergat.* Vgl. l. 36 D. de jud. 5, 11 und l. 1 C. de dilationibus 3, 11: *Quoniam plerumque evenit, ut iudex instrumentorum vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur etc.*

54) X. ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionem etc. 2, 6.

zu erbieten⁵⁵), eine Ordnung, die ausdrücklich im Hilschenschen Entwurf anerkannt wird. Nach demselben ist die Beweisfrist eine peremptorische⁵⁶) und läuft stets gleichzeitig für beide Theile⁵⁷). Was insbesondere die Beweisantretung durch Zeugen betrifft, so erwähnt der Entwurf bereits der behufs der Zeugenvernehmung zu übergebenden Beweisartikel⁵⁸) und Interrogatorien, der Einreden gegen die Person der Zeugen und der Publication der Zeugenaussagen⁵⁹), nach welcher noch ein Schlußverfahren stattfinden kann⁶⁰). Sowohl gegen das Endurtheil als gegen ein Interlocut, wenn es für die Hauptsache präjudicirlich ist, wird die Appellation gestattet⁶¹). Dieselbe muß sofort nach Publicirung des Urtheils bei Erlegung eines Ap=

55) Tancred. III, 5, § 5 (ed. Bergm. p. 219): Quando debet probatio fieri? — Respondeo, generaliter post litem contestatam super illo articulo, qui in iudicio deductus est et negatus.

56) Hilschen, lib. III, tit. 23, § 2: Würden aber in den gerichtstagen die briefliche vrkünde vndt angebedutete Zeugniüssen nicht fürbracht, soll Er der sachen verfallen sein.

57) Das. § 13: So viele Zeit als einem theil zu Einbringung seines beweißes nachgegeben, wie obberührt, also ebenmäßig vndt gleicher gestalt soll dem andern theil auch Zeit eingeräumet werdenn.

58) Das. § 9: Damit auch desto besser die Wahrheit erkündiget werde, soll beyden oder einem theil, wenn es vielleicht daß gegentheil versäumen würde, freystehen etliche gewisse Articul, darauff die Zeugen zu befragen, dem gerichte zu vbergeben vndt dem Richter will obliegen, daß er Inhalt derselben die Zeugen abhöre.

59) Das. § 5: — So soll Ihme (dem Producten) auch freystehen seine Fragstücke, deßhalb die Zeugen zu befragen, dem gerichte zu vbergeben vndt waß er wieder die Zeugen vndt deren Aussage seines bedünkens noch einwenden würde. Wenn solches der Richter gethan, soll Er mit sambt den vffgenommenen Kundtschafft die Fragstücke vndt positional-Articul in scharfften verfassen vndt beyden Parten, wan sie es begehren, vnterm Siegell mittheilen.

60) Das. § 11: — Wenn daß beschehen, soll der Richter alsbaldt solche verführte kundtschafft im gerichte publiciren vndt dem gegentheil frey lassen, waß er darwieder hat einzuwenden vndt zu hinterreiben.

61) Das. tit. 24, § 2: Eß soll aber nicht allein von den Endt-vrtheilen, sondern auch von allen anderen gerichtsprüchen vndt erkendniüssen, so etwa dem parte nachtheil gebehren möchten, die Appellation verstatet werdenn.

pellationschillings angemeldet⁶²⁾ und in einer Frist von einem Jahr und sechs Wochen bei der Oberinstanz introducirt werden⁶³⁾. Die Appellation hemmt die Execution des Urtheils⁶⁴⁾.

3. Die Zeit der schwedischen Herrschaft.

Die schwedische Regierung nahm sich nach der Eroberung Livlands mit großer Energie des verfallenen Justizwesens an. Ihre Reformen, die bis auf den heutigen Tag die Grundlage der Rechtspflege in Livland bilden, begannen im Jahre 1630 durch Umgestaltung der Landgerichte und Errichtung eines Appellationsgerichtes in dem livländischen Hofgerichte nach dem Muster der schwedischen Hofgerichte. Beide Instanzen wurden mit besonderen Instruktionen versehen und zwar den beiden Landgerichts-Ordinanz von 20. Mai 1630 und 1. Februar 1632 und der Hofgerichts-Ordinanz vom 6. September 1630. Die letztere Instruktion ist fast wörtlich derjenigen entlehnt, welche dem vom Könige Gustav Adolph in Stockholm errichteten Hofgerichte am 23. Juni 1615 ertheilt worden war. Die Landgerichte waren anfänglich keine ständigen Gerichte, sondern die Glieder derselben traten regelmäßig nur zu gewissen Zeiten, den sog. Juridiken, auf verschiedenen Haupthöfen oder Gütern innerhalb des zu jedem Landgerichte gehörigen Bezirkes zusammen. Später wurden ihnen bestimmte Schlösser als Versammlungsort angewiesen und endlich nahmen sie ihren Sitz bleibend in gewissen Städten. — Das Hofgericht hatte seinen

62) Lib. III tit. 24, § 1: Die Appellationes aber sollen in gehegtem gerichte in unverwendeten Fuch beschehen. Wer nun vom landt- vndt anderen vntergerichten appelliret, der soll 38 mrl. Nigisch im gerichte oder Ampte niederlegen.

63) Das. § 3: So soll auch die Appellation, welche der Appellant innerhalb Jahr vndt 6 wochen nicht verfolget, für desert gehalten — werden.

64) Das. tit. 23, § 19: Wer davon (vom Endurtheile) appelliren will, dem soll es ohne Execution freysehenn.

ständigen Sitz anfänglich in Dorpat und später in Riga, trat aber in dem vollen Bestande seiner Glieder ebenfalls nur in den Juridiken zusammen. Demselben wurden außer den Landgerichten auch die Räthe der kleinen Städte Livlands untergeordnet. Von dem Hofgerichte war nur noch eine Revision an den König gestattet. Diesel erhielt erst 1695 nach Aufhebung des aus der Zeit der dänischen Herrschaft stammenden Oberlandgerichtes ein Landgericht, von welchem ebenso wie vom Arensburgischen Rathe die Appellation an das Hofgericht ging.

Bei Durchsicht sowohl der Hofgerichts- als der Landgerichts-Ordinanz ergiebt sich alsbald, daß dieselben nur äußerst dürftige processualische Vorschriften enthalten, so daß es unmöglich ist aus denselben das Verfahren der damaligen Zeit sich zu vergegenwärtigen. Offenbar bezwecken auch die processualischen Bestimmungen keineswegs den Proceß in allen seinen Theilen erschöpfend darzustellen, als vielmehr nur ihn in einzelnen Beziehungen näher zu regeln, wobei ein bestimmter Proceß als im Uebrigen zur Geltung kommend vorausgesetzt wird. Letzterer beruhte aber unzweifelhaft auf Grundsätzen des römisch-canonischen Rechts, wie sich aus den Proceßakten der damaligen Zeit mit Bestimmtheit nachweisen läßt. Es fragt sich aber hierbei, in wie weit dieser Proceß etwa durch ältere livländische Rechtsgewohnheiten modificirt worden ist. Es liegt auf der Hand, daß der Proceß, als ein Institut des öffentlichen Rechts, durch allgemeine staatsrechtliche Umgestaltungen, insbesondere der Gerichtsverfassung, in viel höherem Grade als etwa das Privatrecht in seiner Entwicklung unterbrochen und in neue Bahnen gelenkt wird. Diesem Umstande dürfte es vorzugsweise zuzuschreiben sein, wenn sich in dem Proceß aus der Zeit der schwedischen Herrschaft nur äußerst wenige Proceßeinrichtungen vorfinden, die sich auf eigenthümlich livländische Rechtsgewohnheiten zurückführen lassen. So weit sie sich aber vorfinden bestehen sie auch nur in mehr oder weniger erheblichen Modi-

ficationen des römisch=canonischen Rechts, wogegen die aus dem Sachsenspiegel in die Ritterrechte übergegangenen deutschen und die in dem Hilschenschen Entwurf dargestellten, der polnischen Periode angehörigen Rechtsbestimmungen meist antiquirt erscheinen. Wenn Vorschriften der Ritterrechte mit denen des römisch=canonischen Rechts in Widerstreit treten, wie z. B. in der Lehre von der Widerklage, in welcher die Ritterrechte nur die sächsische Nachklage kennen, während das römisch=canonische Recht einen *simultaneus processus* anordnet, so gelten unbedingt die Bestimmungen des letztern Rechtes. Bildet sonach seit der Errichtung des Hofgerichtes und der Landgerichte in Livland das römisch=canonische Recht die allgemeine Grundlage des livländischen Proceßrechtes, so bedarf es doch noch einer näheren Feststellung dessen, in welcher bestimmten Form das römisch=canonische Proceßrecht in Livland Eingang gefunden hat, da dasselbe seit dem 16. Jahrhundert in den verschiedenen Gegenden Deutschlands vielfach durch deutsche Rechtsanschauungen in besonderer Weise modificirt in den weltlichen Gerichten zur Anwendung kam. Für die in Rede stehende Feststellung enthält der freilich auf den ersten Blick nicht ganz deutliche § 29 der Landgerichts=Ordinanz vom 1. Februar 1632 einen Hinweis. In demselben heißt es in Beziehung auf die vom Landgerichte in Anwendung zu bringenden Rechte: — „das Landgericht (soll) — förderst erstlich nach livländischen Rechten und löblichen Gewohnheiten, so weit dieselbe dem Worte Gottes oder dem Königl. *juri superioritatis* nicht entgegen, wo dar aber nicht eine Gewißheit vorhanden, nach Schwedischen Rechten, Constitutionen, Reichs=Abschieden=und Gebräuchen, so mit dem *juri saniorum popolorum communi* einstimmig, sprechen und verabschieden.“ Der Sinn dieser Bestimmung ergiebt sich aus einem Hinblick auf die damalige Rechtsentwicklung in Schweden. Dasselbst bildete der im Jahre 1442 promulgirte Landlag, welcher wesentlich noch auf altgermanischen Anschauungen beruhte, wäh-

rend der ganzen Dauer der Zugehörigkeit Livlands zu Schweden wenigstens formell die Grundlage des Rechts. Der Sache nach aber war solches keineswegs mehr der Fall. Denn obgleich von dem Landlag noch im Jahre 1608 ein authentischer Text im Druck erschien, so hatte er doch schon durch die seit dem 15. Jahrhundert erlassenen Gesetze so wie durch den Gerichtsgebrauch vielfache Abänderungen erfahren. Daß diese Abänderungen zum großen Theile in den veränderten Anschauungen ihren Grund hatten, die sich nach der Reception der fremden Rechte in Deutschland geltend machten, geht schon daraus hervor, daß nach dem Promulgationsedikte vom 1. Mai 1442 der Landlag „denen in corpore juris begriffenen Rechten unverfänglich“ sein sollte. Auf dem Gebiete des Processus tritt aber der große Einfluß der fremden Rechte am Sichtlichsten zuerst in der dem Hofgerichte zu Stockholm ertheilten Instruction vom 23. Juni 1615 hervor. Den weiteren Fortschritt auf dieser Bahn documentiren die Proceßstadga vom 4. Juli 1695 so wie eine große Zahl von königlichen Briefen, Resolutionen u., die in einzelnen Fällen auf ergangene Anfrage besonders an die Hofgerichte erlassen wurden und ihrem Inhalte nach vorzugsweise dem römisch = canonischen Rechte entlehnt sind. Es muß daher im schwedischen Rechte ein zwiefacher Bestandtheil angenommen werden, wovon der eine auf altgermanischen, der andere vorzugsweise auf römisch = canonischen Anschauungen beruhte. Dieser zwiefache Bestandtheil des schwedischen Rechtes tritt auch äußerlich in der im Jahre 1702 von Peter Abrahamson besorgten Ausgabe des Landlag hervor, indem dieselbe als Text den Landlag, in den Noten aber Auszüge aus späteren Gesetzen und Verordnungen u. enthält, in denen meist Grundsätze des römisch = canonischen Rechtes wiederholt werden. Aus dem Vorstehenden ergibt sich die Erklärung des § 29 der Landgerichts = Ordinanzz vom Jahre 1632 von selbst. Unter dem schwedischen Rechte, daß mit dem „jus saniorum populorum

commune“ übereinstimmen soll, ist nämlich nichts Anderes als das römisch=canonische Recht in der Gestalt gemeint, in welcher es in Schweden Eingang gefunden. Um nun aber diese besondere Gestalt näher bestimmen zu können, müssen wir einen Blick auf die Entwicklung des Proceßrechtes in Deutschland werfen. Im fünfzehnten und sechszehnten Jahrhundert, wo die Reception des römisch=canonischen Proceßes eben erst zu Stande gekommen war, übte derselbe die ausgebreitetste Herrschaft aus. Das canonische Recht namentlich, — das römische hat für den Civilproceß niemals die überwiegende Bedeutung erlangt, wie für das Civilrecht, — bildete nicht nur in den Reichsgerichten, insbesondere in dem Reichskammergerichte, sondern auch in den meisten Hofgerichten der verschiedenen Territorien die Grundlage des Verfahrens. Nur in den sächsischen Territorien und in einigen andern norddeutschen Gegenden erhielten sich mehrfache nationale Proceßeinrichtungen. Während aber das Verfahren in dem Reichskammergericht vorzugsweise auf der Grundlage des durch die mittelalterlich=italienische Doctrin ausgebildeten höchst schwerfälligen solennis ordo judiciorum durch die Reichsgesetze fortentwickelt wurde, nahm der Proceß in den Territorialgerichten des nördlichen Deutschlands, insbesondere Sachsens, eine in vielfacher Beziehung vereinfachte Gestalt an. Dazu trug nicht nur die Beibehaltung der deutschen Rechtsgewohnheiten, sondern auch der Umstand bei, daß die päpstliche Gesetzgebung in der Clementina Saepe⁶⁵⁾, wenn gleich zunächst nur für gewisse Fälle, Ausnahmen von dem regelmäßigen Verfahren zuließ und für dieselben ein simpliciter et de plano, sine figura iudicii, absque iudiciorum et advocatorum strepitu procedere vorgeschrieben hatte und daß die für dieses Verfahren, welches später als das summarische im Gegensatz zum ordentlichen bezeichnet wurde, ausgesprochenen Grundsätze ihrer

65) c. 2 Clem. de V. S. 5, 11.

Zweckmäßigkeit wegen immer weitere Verbreitung gewannen, so daß die *Clem. Saepé* als wichtigste Quelle des heutigen ordentlichen formellen Proceßrechtes bezeichnet worden ist⁶⁶). In der Theorie des 17. Jahrhunderts endlich wurde, nachdem die von den sächsischen Juristen vertretene germanistische Richtung namentlich in Folge der großen Autorität *Carpov's* einen überwiegenden Einfluß gewonnen, das Studium der Quellen und der italienischen Juristen immer mehr vernachlässigt. — Betrachtet man von diesem Gesichtspunkte aus die auf den Proceß bezüglichen schwedischen Verordnungen, Gesetze, Resolutionen u., so ergibt sich sogleich, daß sie vorzugsweise der Proceßtheorie des 17. Jahrhunderts entlehnt sind, wogegen sie mit dem schwerfälligen Verfahren des Reichskammergerichts ebenso wenig wie mit den besonderen Bestimmungen des particulären sächsischen Processes etwas gemein haben. Im allgemeinen läßt sich der Proceß, so weit er durch schwedische Verordnungen in Livland geregelt worden ist, als ein mit Rücksicht auf die Grundsätze des summarischen Verfahrens vereinfachter canonisch-deutscher Proceß bezeichnen, dem insbesondere die lästige Artikelform, der feierliche *Litiscontestationssakt*, die *Positionen* und *Responsionen*⁶⁷) und andere Eigenthümlichkeiten des förmlichen canonischen Processes völlig fehlen. Wenn aber die schwedischen Proceßgesetze wenigstens in Beziehung auf das ordentliche Verfahren in erster Instanz⁶⁸), nur äußerst lückenhafte Vorschriften enthalten, so er-

66) Briegleb Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse. Leipzig 1859. S. 107.

67) Nach der Angabe *Duranti's* fanden die *Positionen* übrigens keine allgemeine Anwendung. *Durant. spec. juris lib. 2 part. 2 de posit. § 5 n. 1: Ad cuius rei notitiam sciendum est, quod in plerisque locis non fiunt positiones.*

68) Dagegen wurden das Rechtsmittelverfahren, insbesondere das Revisionsverfahren, das Executionsverfahren und die außerordentlichen Prozesse vielfach selbständig durch schwedische Verordnungen geregelt. Dahin gehören insbesondere: die Revisionsplacate von 1662, 1681 und 1682, zwei

klärt sich dieser Umstand einfach daraus, daß im Uebrigen die gemeine Theorie ergänzend eintrat. Daß auch in Livland dieser Grundsatz Geltung hatte, dafür geben die Proceßakten der damaligen Zeit einen unzweifelhaften Beleg.

Läßt sich nun nach dem Vorhergehenden die Proceßtheorie des 17 Jahrhunderts als die Grundlage des livländischen Proceßes seit der Zeit der Schwedischen Herrschaft bezeichnen, so ist doch nicht zu verkennen, daß sich in demselben im Laufe der Zeit vielfache provinzielle Eigenthümlichkeiten ausgebildet haben. Diese sind aber außer durch die schwedische Gesetzgebung, die, wenngleich sie vorzugsweise den processualischen Stoff dem gemeinen Rechte entlehnte, denselben doch auch vielfach in eigenthümlicher Weise gestaltete, namentlich durch die Constitutionen des livländischen Hofgerichts herbeigeführt, zu deren Erlaß letzteres nach dem Inhalte der dem General-Gouverneur Skytte vom 20. November 1629 erteilten „Vollmacht,“ so wie der königlichen Resolution vom 30. November 1668 § 6 berechtigt war. Die Constitutionen hatten, so weit sie den Proceß betrafen, ausschließlich das Verfahren vor dem Hofgerichte zum Gegenstande und wurden daher den Untergerichten nicht zugefertigt. Sie betrafen vorzugsweise den eigentlichen Proceßgang, also gerade denjenigen Theil des Proceßes, der auch in Deutschland durch Reichsgesetze und Gewohnheitsrecht vielfach im Vergleich zu den Bestimmungen des römisch-canonischen Verfahrens umgestaltet worden ist⁶⁹⁾. Indem aber die Anordnungen des Hofgerichtes in dieser Beziehung mehrfach von denen des gemeinen Rechtes abwichen, mußte dadurch eine immer größere Verschiedenheit beider Proceßformen hervorgehen. Ueberdies hat

Executionenordnungen von 1686 und 1688, die Concursordnung von 1687, das Grenzplacat von 1670 und andere mehr.

69) Die Hofgerichts-Constitutionen sind bisher noch nicht im Druck erschienen, sondern nur handschriftlich mehr oder weniger vollständig gesammelt.

auch das Gewohnheitsrecht, insbesondere der Gerichtsgebrauch, auf die besondere Gestaltung des livländischen Proceßrechts eingewirkt, wengleich der Einfluß desselben keineswegs so hoch anzuschlagen ist, als man bisher anzunehmen geneigt war. Man glaubte nämlich alle Abweichungen des Provinzialrechts vom gemeinen Rechte, welche sich nicht durch die geschriebenen provinziellen Quellen nachweisen ließen, auf das einheimische Gewohnheitsrecht zurückführen zu müssen, während die meisten dieser Abweichungen sich einfach daraus erklären, daß anders als in Deutschland in dem in Livland geltenden Verfahren processualische Grundsätze des 17. Jahrhunderts vielfach bis zur Gegenwart ihre Geltung behalten haben.

Die Darstellung der historischen Entwicklung des Verfahrens seit der schwedischen Herrschaft in Livland bleibt zweckmäßiger einer besondern Abhandlung vorbehalten, welche das gegenwärtig geltende Recht mit Rücksicht auf seine historische Ausbildung zum Gegenstande haben soll. Wir werden uns daher an diesem Orte nur auf eine Schilderung der hauptsächlichsten leitenden Grundsätze mit besonderer Rücksicht auf die fortschreitende Entwicklung des Grundsatzes der reinen Schriftlichkeit im Proceß und die allmähliche Beseitigung der letzten Reste der auf dem Mündlichkeitsprincip beruhenden Einrichtungen beschränken. Für die Einsichtnahme in den Proceß zur Zeit der schwedischen Herrschaft in Livland sind zwei, dem gegenwärtigen Verfahren durchaus fremde Gesichtspunkte vor Allem hervorzuheben, nämlich einmal, daß für die Verhandlung eines Rechtsstreites stets die Gegenwart beider Parteien vorausgesetzt wurde, so daß also der Proceß in Terminen und nicht, wie gegenwärtig, in Fristen verlief und sodann, daß der Proceß vor den Landgerichten und dem Hofgerichte ein durchaus verschiedener war. Das Verfahren in Terminen war damals in Deutschland so wie in Schweden noch die allein bekannte Form der Proceßur. Sie hatte sich, obgleich

die Schriftlichkeit zu Anfang des 17. Jahrhunderts schon in einem weiten Umfange im Proceß Eingang gefunden, als letzter Rest des mündlichen Verfahrens erhalten. Mit dem Verfahren in Terminen standen die Einrichtungen der Citation, der Anschläge und des Contumacialverfahrens im Falle des Ausbleibens der Parteien im engsten Zusammenhange. Die Citation, durch welche der Termin für die Verhandlung des Rechtsstreites festgestellt wurde, erfolgte der Regel nach nur einmal zum Beginne desselben, wogegen die Parteien von der Wiederaufnahme der Verhandlung, wenn letztere aus besonderen Gründen unterbrochen worden war, wie etwa durch den Schluß der Juridik, durch sog. Notifikationen in Kenntniß gesetzt wurden. Die Citation war somit eine generelle (*citatio generalis seu ad totam causam*⁷⁰⁾. Sie galt als „der Anfang und die Grundveste zum folgenden Rechtsproceß“⁷¹⁾ deren Unterlassung die Nichtigkeit des Urtheils zur Folge hatte⁷²⁾, und erfolgte durch einen auf Parteienantrag ausgefertigten, den Inhalt der Klage kurz bezeichnenden richterlichen Citationsbefehl⁷³⁾. Von der Insinuation des Citationsbefehles, die der Partei oblag und von ihr nöthigenfalls erwiesen werden mußte⁷⁴⁾,

70) c. 5 in f. de in int. rest. 1, 41 und c. 10 X. de dolo et cont. 2, 14.

71) Schwedisches Seceredyt tit. VIII c. 3 § 2.

72) L. L. pag. 384 n. b. führt unter den Nullitätsgründen auf, „daß der Beklagte und den die Sache angehet, nicht citiret oder gehöret worden sei.“ Vgl. c. 8 X. de major. et obed. 1, 33 und c. 2. Clem. de V. S. 5, 11.

73) Landg.-Ord. v. J. 1632 § 8: Wer nun jemand vors Land-Gericht besprechen will, der soll vom Land-Richter zeitig eine Citation, darinnen die Ursache seiner Klage kürzlich angezeigt wird, ausbringen. Vgl. Proceßstadga v. 4. July 1695 § 1, L. L. p. 335 u. c. u. p. 384 n. b.: In Ansehung der Proceß-Form selbst — ist es eine Nullität, wenn entweder was anders oder auch ein mehreres vom Kläger angebracht wird, als worüber die Citation ergangen und der Richter darüber auch urtheilet.

74) Landg.-Ord. v. J. 1632 § 8: Dieselbe (die Citation) soll auff's wenigste 14 Tage vorm Termino durch eine oder zwei gewisse Personen, entweder dem Beklagten selber Person oder in seinem Hause und Gewahrsam

galt der Rechtsstreit als rechtshängig⁷⁵). Zwischen der Insinuation der Citation und dem für die Verhandlung des Rechtsstreites anberaumten Termine mußte eine bestimmte Zeit liegen. Sie betrug bei den Landgerichten wenigstens vierzehn Tage⁷⁶), beim Hofgerichte dagegen für die im Lande Anwesenden sechs Wochen und für die zeitweilig Abwesenden acht Monate⁷⁷). Vorschriftmäßig erging die Citation sogleich als erste, zweite und dritte und daher peremptorisch⁷⁸). — War den Parteien zur Fortsetzung der Verhandlung Dilation gewährt worden, so wurde ihnen der nächste Termin durch „Anschlag“ bekannt gemacht, der in einem an die Gerichtsthüre affigirten Verzeichnisse der an einem Tage beim Gerichte zur Verhandlung gestellten Rechtsfachen, nach welchem der Abruf oder die Aclamation derselben bewerkstelligt wurde, bestand. Bei den Landgerichten erfolgten „die Anschläge“ in kurzen Zwischenräumen, da „einer dem Andern alsobald oder in der folgenden Session

insinuaret und entweder durch schriftliche Relation oder mündlich eingezeuget werden. Hofgerichts-Constitution v. 6. Dec. 1673 § 2: Daß hinfüro die Citaciones wo nicht durch den geschworenen Landbothen, dennoch zum wenigsten durch zweene gewisse glaubwürdige Leute, jedoch nicht durch Unteutsche, insinuaret, von denselben ein Attestat genommen und ad Libellum beigebracht, in Entstehung dessen die Citatio inordinate insinuata geachtet werden soll. Vgl. Hofg.-Const. v. 14. Januar 1688 § 4.

75) c. 1 Clem. ut lite pend. nihil innov. 2, 5: — litem quoad hoc pendere censemus, postquam a iudice competenti in ea citatio emanavit et ad partem citatam pervenit.

76) Vgl. Anm. 74.

77) Hofg.-Const. vom 8. Mai 1669, vgl. Anm. 84. Später wurden in Uebereinstimmung mit dem schwedischen Rechte je nach der Entfernung des Aufenthaltsortes des Beklagten noch andere Fristen bestimmt. Königl. Verordnung v. 19. April 1692, Hofg.-Const. v. 22. März 1693, Proceßstadga v. 4. July 1695 § 1 und L. L. p. 342 n. a.

78) Königl. Verordnung v. 19. April 1692: — Derowegen wollen Wir hiemit verordnet u. gesezet haben, daß der Richter in allen Gerichten sowohl auff dem Lande als in Städten sofort auff die erste Vorladung, wenn rechtmäßig bewiesen ist, daß dieselbe zu rechter Zeit denen Parten zu Händen gestattet, die Haupt-Sache zur gerichtlichen Erörterung vornehmen. Vgl. L. L. p. 336 n. d. Ceer. tit. VIII c. 4 § 3 u. l. 72 D. de jud. 5, 1, l. 8 C. quom. et qu. 7, 43.

zu antworten schuldig“ war⁷⁹⁾, beim Hofgerichte dagegen regelmäßig in Zwischenräumen von zehn Tagen, im Beweisverfahren aber, wenn die Parteien am Gerichtsorte nicht anwesend waren, in Zwischenräumen von drei Wochen. — Blieb eine Partei beim ersten Anschlage aus, so mußte derselbe noch zweimal bei fortgesetztem Ungehorsam wiederholt werden^{79a)}. Die ausgebliebene Partei wurde in Folge der Ungehorsamsbeschuldigung des Gegentheils jedesmal in die Kosten des Termines⁸⁰⁾, in eine Pön für Nichterfüllung der richterlichen Auflage, falls sie zunächst zur Vornahme einer Proceßhandlung verpflichtet war⁸¹⁾ und außerdem beim Hofgerichte in eine Absenspön verurtheilt, die verschieden war, je nachdem der Kläger oder der Beklagte ausgeblieben war⁸²⁾. Die Verurtheilung erfolgte sofort, jedoch unter Vorbehalt des Nachweises gesetzlicher Entschuldigungsgründe („bis auf die Ehehafft,“ usque ad legalia⁸³⁾). Drei-

79) Landg.-Ord. v. J. 1632 § 15.

79a) l. 13 § 2 u. 3 C. de jud. 3, 1 u. l. 68—70 D. de jud. 5, 1.

80) Landg.-Ord. v. 1632 § 14: — sondern auch in die Unkosten verdammt werden. — In Betreff des Hofgerichts vgl. Anm. 82.

81) Executionsverordnung v. 10. Juli 1669 § 3: In Bescheiden und allen anderen Sprüchen, wodurch dem einen oder andern Theile ein Gewisses zu thun aufserleget wird, — soll das Gericht, welches dergleichen aufserleget, dabey allezeit eine gewisse Commination oder Bedrohung demselben zur Straffe setzen, der innerhalb der vorgelegten Zeit den Spruch nicht erfüllt. Proceßstadga v. 4. July 1695 § 24: Solte aber — einem oder andern Part etwas innerhalb gewisser Zeit zu thun aufserleget werden müssen, soll allzeit eine nach einer jeden Sache Wehrt und Beschaffenheit gerichtete Busse demselben zur Straffe, der dem Urtheile gegen bestimmte Zeit kein Gnügen gethan, gesetzt werden. Vgl. die folgende Anm.

82) Hofg.-Const. v. 24. März 1666 § 3: Sollen die Parten und insonderheit Actor in termino parat und mit fertigen Sachen erscheinen sub poena contumaciae, actor nämlich 5 Rthlr., Reus 4 Rthlr. u. Erstattung der Expensen. Da sie aber gar ausbleiben und sich mit keiner erweislichen Legalität entschuldigen, Actor in 30 Rthlr. und Reus in 20 Rthlr. gleichergestalt mit Erlegung der Expensen. — Zum Theil anders wird die Absenspön festgestellt in den früheren Hofg.-Const. v. 2. July 1646 § 7, 3. Februar 1664 § 7 und 18. Januar 1666 § 7. Vgl. auch Proceßstadga § 8 und 20.

83) Die gesetzlichen Behinderungsgründe werden aufgezählt in der Proceßstadga vom 4. July 1695 § 2 und L. L. p. 339 n. f.

maliges unentschuldigtes Ausbleiben bei den Acclamationen in Folge der Citation zum ganzen Proceffe hatte für den Beklagten, falls sich die Klage als rechtlich begründet erwies, die Verurtheilung in der Hauptsache und für den Kläger den Verlust seines Klagerechtes⁸⁴), in allen anderen Fällen dagegen für die ausgebliebene Partei den Verlust des Rechtes zur Vornahme der betreffenden Handlung, zur Folge. Gegen ein ordnungsmäßig ergangenes Contumacialurtheil waren die ordentlichen Rechtsmittel nach dem Grundsatz *contumax non appellat* ausgeschlossen⁸⁵). Dagegen wurde ein eigenthümliches Verfahren behufs Abwendung der Folgen des Contumacialurtheils zugelassen, welches die Zurückgewinnung des Aberkannten genannt wurde. Es bestand darin, daß der in *contumaciam* Verurtheilte

84) Hofg.-Const. v. 8. Mai 1669: — Als — will (das Hofgericht) — statuiret und gesetzet haben, daß hinfüro, wenn die Citatio dem Part, der hier im Lande ist oder dem Seinigen abgeliefert, 6 Wochen ante terminum praefixum ihm oder den Seinigen abgeliefert, dem aber, so außerhalb Landes die Citatio in dessen Hofe 8 Monathe vor dem präfigirten termino abgegeben worden und solche positio gebührllich dociret wird und einer oder der andere darauf weder selbst noch durch einen zu Recht bestellten Mandatarium erscheinen oder seines Außenbleibens keine erhebliche Entschuldigung nebst genüßlichen und gültigen Beweißthum einsenden sollte, so soll Actor *contumax* nicht allein in *contumaciam et expensas* condemniret, sondern auch seine *actio pro deserta*, *Reus contumax* aber ebener Gestalt der Sachen verlustig erkannt und nach des Actoris Klage gesprochen werden. Würden sie aber beyde ausbleiben, sollen sie in die dictirte Straffe der *contumaciae* gedoppelt verfallen sein. Vgl. Landg.-Ord. v. 1630 § 12 und v. 1632 § 14, Seerecht VIII c. 4, L. L. pg. 338 n. e.: Es soll in solchem Fall *ad acta* gesprochen werden, und würde sich alsdenn befinden, daß der Kläger ohne Zug und Grund klaget, so kann auch dem Beklagten gar nichts aufgebürdet werden, weils in dem Fall die Sache selbst vor ihm antwortet. — Vgl. l. 73 pr. D. de jud. 5, 1 und l. 1 C. quom. et qand. 7, 43. Zwischen der zweiten und dritten Acclamation im Contumacialverfahren nach ergangener Citation mußte eine Frist von 3 Wochen beobachtet werden. Hofg.-Const. v. 12. Novbr. 1687 § 1.

85) Seerecht tit. VIII c. 4.: — und hat der Beklagte nicht Macht weiter dawider (das Contumacialurtheil) zu sprechen. Vgl. L. l. pg. 336 n. a. und l. 1 C. qu. app. n. rec. 7, 65, l. 13 § 4 C. de jud. 3, 1, Nov. 82 c. 5, c. 41 § 11 C. 2 qu. 6.

seinen Gegner zur nächsten Juridik⁸⁶⁾ citiren und wenn er sein Ausbleiben zu rechtfertigen im Stande war, eine erneuerte Verhandlung der Sache herbeiführen konnte⁸⁷⁾. Offenbar liegt diesem Institute die *missio in bona* des römisch-canonischen Processes zu Grunde, nach welchem der Kläger im Falle des ungehorsamen Ausbleibens des Beklagten bei dinglichen Klagen in den Besitz des Streitobjectes, bei persönlichen in den Besitz einer dem Betrag der Forderung entsprechenden Anzahl von Sachen gesetzt wurde, der Beklagte aber den verlorenen Besitz wiedererlangen konnte, wenn er binnen Jahresfrist nach Bestellung einer Caution und Ersatz der Kosten klagend vor Gericht auftrat⁸⁸⁾.

86) Nach der Proceßstadga v. 4. July 1695 § 2 und L. L. p. 336 n. d. währte die Frist regelmäßig bis zur „nächst einfallenden Gerichts-Session“ (zum nächsten Ting), nach der Executionordnung vom 10. July 1669 § 23 dagegen Nacht und Jahr. Für die Stadtgerichte war sie auf einen Monat (Proceßstadga § 12) und nach dem Seerecht c. 4 auf Jahr und Tag limitirt.

87) L. L. pg. 336 n. d. — Es ist aber derselbe (zu dessen Gunsten das Contumacialurtheil ergangen) auch verbunden seinem Gegner von dem gefallenen Urtheil rechtliche Nachricht zu geben oder auch die Execution so lange Zeit vor der nächst einfallenden Gerichts-Session zu suchen, daß er, so verlohren hat, Zeit haben könne seinen Gegner dazu vorzuladen, wenn er es thun wil und seine rechtliche Vorfälle alda zu erweisen oder die Hauptsache zurücke zu gewinnen befugtet zu seyn vermeinet; wird ihm solches dergestalt nicht kund gethan, so geniezet er Zeit und gleiches Recht bis zu den nächst folgenden Gerichte, nachdem es ihm kund gethan worden. Läßet nun, der die Sache verlohren hat, das gewinnende Theil gerichtlich vorladen, so liegt dem Gerichte ob die Sache auffß neue vorzunehmen und abzurtheilen. Man selbige alsdenn zurücke gewonnen werden, so muß auch die geschene Execution zurücke gehen. Versäumet aber derjenige, welcher die Sache bey der ersten Gerichts-Session verlohren hat, das gewinnende Theil bey dem nächst darauff folgenden Gerichte, nachdem es ihm angesaget worden, zu belangen, so kan er darauff nicht weiter sprechen. L. L. p. 338 n. a. Will jemand die wegen seines Ausbleibens verlohrene Sache zurücke gewinnen, so soll solches bei dem nächst folgenden Gerichte geschehen, es möge bewegliche oder unbewegliche Güter angehen. Vgl. Seerecht tit. VIII c. 4 u. Proceßstadga v. 4. July 1795 § 2.

88) L. 8 § 3 C. de praescr. 7. 39, l. 8 C. quom. et quaud. 7, 43, l. 9 C. de bon. auct. jud. poss. 7, 72, Nov. 53 c. 4 § 1, c. 1 X. de dolo et contum. 2, 14 und c. 5 § 6 u. 8 X. nt lit. non cont. 2, 6: — est attendendum, utrum contumax actione reali an personali conveniatur. Si reali, mitten-

Was den oben erwähnten Unterschied im Verfahren vor den Landgerichten und dem Hofgerichte betrifft, so bestand derselbe im Wesentlichen darin, daß die Parteien vor dem ersteren der Regel nach mündlich zu Protokoll verhandelten, während sie vor dem Hofgerichte verpflichtet waren ihre Anträge schriftlich zu übergeben. Die Folge davon war, daß beim Hofgerichte den Parteien Dilation behufs Anfertigung ihrer Sakschriften (*induciae deliberatoriae* s. *instructoriae*) gewährt werden mußte, wogegen in den Landgerichten die Verhandlung in einem Termine so lange fortgehen konnte, bis ein besonderer Grund für die Aussetzung desselben eintrat.

Das landgerichtliche Verfahren zu Protokoll wird in den einheimischen Quellen nicht nur als mündliches, sondern mit bestimmtem Hinweis auf das durch die Clem. Saepe geordnete Verfahren zugleich auch als summarisches oder als ein Verfahren *de simplici et plano* bezeichnet⁸⁹⁾. Ein mündliches Verfahren ist es nur in dem Sinne, als es gestattet war die Klage⁹⁰⁾ so wie die übrigen Anträge mündlich zu Protokoll zu

duc est actor in rei petitae possessionem, ut taedio affectus reus veniat responsurus. Qui si venerit infra annum, iudicio sisti praestita cautione ac exhibita satisfactione congrua expensarum, possessionem recuperet. Quodsi cautionem offerre neglexerit infra annum, actor post annum verus constituetur possessor, super proprietate duntaxat adversae parti defensione legitima reservata. — Si autem super personali actione conveniatur vel mittendus est actor in possessionem mobilium ipsius, vel immobilium, si forte mobilia non habet, vel in contumacem est ecclesiastica sententia proferenda. — (Contumax) veniens infra annum vel post annum etiam audietur juxta distinctionem in alio casu superioris annotatam.

89) Landg.-Ord. v. 1632 § 15: Kein schriftlicher Proceß soll bey diesem Gericht zugelassen seyn, sondern alles mündlich und summario gehandelt und einer dem anderen alsobald oder in der folgenden Session zu antworten schuldig seyn. — Zur Beförderung der Justiz gereichende Punkta vom 22. Sept. 1671 § 6: Es soll bey dieser Instanz *de simplici et plano* verfahren werden, nicht schriftlich recessiret, sondern alles vom Mund in die Feder dictiret und nicht *ultra duplicam* agiret werden.

90) c. 2 Clem. de V. S. 5, 11: — *necessario libellum non exigit.*

verlautbaren, ohne daß dadurch jedoch die Zulässigkeit schriftlicher Anträge ausgeschlossen war⁹¹⁾, sei es daß diese in Form von Schriftsätzen übergeben wurden, oder in Gestalt von *recessus orales* erfolgten. Als summarisch galt der Proceß, weil hinsichtlich desselben gewisse Abkürzungen im Vergleich zum förmlichen Verfahren des Hofgerichtes zugelassen wurden⁹²⁾. Denn wenngleich der Gang der Verhandlung im Wesentlichen mit dem des ordentlichen Processes übereinstimmte⁹³⁾, so war doch die Zahl und Aufeinanderfolge der einzelnen Parteihandlungen nicht so streng bemessen wie im Proceß des Hofgerichtes, in welchem für jede Handlung ein besonderer Termin gewährt werden mußte, sondern richtete sich nach Umständen und Bedürfnis⁹⁴⁾. Die Termine für Fortsetzung der Verhandlung wurden in ganz kurzen Zwischenräumen anberaumt⁹⁵⁾ und nur aus besonderen Gründen waren längere Dilationen statthaft. Das letztere trat namentlich ein, wenn sich die eine oder die andere Partei zum Beweise ihrer Behauptungen erbot⁹⁶⁾, wozu sie während der

91) Clem. cit.: — *sive scriptis sive verbo, actis tamen continuo inserenda.*

92) Clem. cit.: — *Judex litem quantum poterit faciat breviorum, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium, advocatorum et procuratorum contentiones et jurgia, testimonique superfluum multitudinem refrenando.* Vgl. Justizpunkte v. 22. Sept. 1671 § 8, wonach von jeder Seite nicht mehr als 7 Zeugen zugelassen werden sollen.

93) Clem. cit.: *Non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensionis legitima admittantur.*

94) Clem. cit.: *Interrogabit (judex) etiam partes, sive ad earum instantiam, sive ex officio, ubicunque hoc aequitas suadebit.*

95) Clem. cit.: — *Amputet dilationum materiam.* Landg.-Ord. v. 1632 § 15. Vgl. Ann. 89.

96) Landg.-Ord. v. 1632 § 20: Könnten aber die Gezeugen nicht alsbald präsentirt werden, so muß es doch *vel durante vel statim finita juridica* geschehen, damit die folgende Gerichtstage die Sache könne entschieden werden. — Proceßstadga v. 4. July 1695 § 11: Begehret Jemand wegen der Sachen Weilläufigkeit, Anschaffung mehrern Behelffs und Zeugen oder auch anderer rechtlichen Vorfälle einigen Aufschub und Dilation, wenn ihm seine Beschwer einzugeben oder seinem Wiedervart zu antworten gebühren

ganzen Dauer der Verhandlung berechtigt war, da die Beweisführung damals noch nicht an ein bestimmtes Stadium des Processes gebunden war. Trotz aller erwähnten Beschleunigungsmaßregeln erfreute sich der sog. mündliche und summarische Proceß nach Ausweis der Akten durchaus keiner besondern Schnelligkeit.

Das Verfahren vor dem livländischen Hofgerichte, nach welchem die Parteien verpflichtet waren ihre Anträge schriftlich in Terminen zu übergeben, hatte zunächst seinen Ursprung in der Hofgerichts-Ordinanz von 1630⁹⁷⁾, war jedoch schon durch die Kammergerichtsordnung vom J. 1507⁹⁸⁾ vorgebildet, welche den Parteien die Ueberreichung schriftlicher Reccesse, die bis dahin beim Kammergerichte nur gestattet waren, zur Pflicht machte. Da das Hofgericht den Parteien „das vielfältige mündliche Reccessiren“ bei Ueberreichung der Schriftsätze in ähnlicher Weise, wie die Obergerichte in Deutschland, untersagte⁹⁹⁾ und ihnen vorschrieb, falls sie etwas mündlich vorzubringen hätten, sich „kurzer und langsamer Worte“ zu bedienen¹⁰⁰⁾, so beschränkte

wolte; so wird dem Richter zu überlegen und zu prüfen zugelassen, ob ein solcher Aufschub rechtmäßig und darauff eine solche Zeit vorzusetzen sey, welche er die Nothwendigkeit zu erfordern befindet und vor ihm verantwortlich seyn kan. Vgl. l. 1 u. 2. C. de dilationibus 3, 11 u. a. m.

97) Hofg.-Ord. v. 1630 § 24: — sollen sie (die Kläger) gründtlich mit deutlichen und klaren Wortthen nicht allein mündlich, sondern auch schriftlich das factum selbst fürbringen. § 27: Wann die Parthen beiderseits ihre Schrifften zur Genüge eingelegt. Vgl. Hofg.-Const. v. 24. März 1666 § 3: Sollen die Parthen und insonderheit actor in termino parat und mit fertigen Sachen erscheinen.

98) Kammergerichts-Ordnung v. 1507 tit. 5.

99) Hofg.-Const. v. 18. Januar 1666: — und will hiermit constitutret und verordnet haben, daß — 4, die vielfältig mündliche Reccesse, womit nur das Protokoll vorgeblich angefüllet wird, hinfüro eingestellt werden. — Hofg.-Const. v. 27. Oct. 1684: daß sie (die Advocaten) in ihren bedienenden actionibus — aller vielfältigen mündlichen Reccesse und dergleichen weitläufigen Relationen — sich hinfüro — allerdings enthalten sollen.

100) Hofg.-Const. v. 24. März 1666 § 5: Da auch hochnöthig und unumgänglich etwas mündlich vorzubringen, soll es mit kurzen und langsamen Worten hell und deutlich geschehen und niemand den anderen interpelliren.

sich die mündliche Verhandlung in der Regel auf eine kurze Erklärung bei Uebergabe der Sakschrift und die Verlesung derselben in Gegenwart der Gegenpartei, welcher davon auf ihr Begehren eine Abschrift „zum Auscultiren“ zu übergeben war¹⁰¹). -- Diese Form des Processes bildet wie in Deutschland so auch in Livland den unmittelbaren Uebergang zum rein schriftlichen Verfahren. Es ist insofern noch auf die Voraussetzung der Mündlichkeit gebaut, als die Verhandlung in Gegenwart beider Parteien vor sich geht, jedoch ruht der Schwerpunkt nicht mehr in der mündlichen Verhandlung, sondern ist in die von den Parteien zu übergebenden Schriftsätze verlegt, deren Anordnung und Aufeinanderfolge genau geregelt wird.

4. Die Zeit der russischen Herrschaft.

Nach der Unterwerfung Livlands unter die russische Herrschaft blieb die Gerichtsverfassung, abgesehen von einer kurzen Unterbrechung in den Jahren 1783 bis 1796, während welcher Zeit die durch die Gouvernements-Verordnung vom 7. Novbr. 1775 für das russische Reich erlassene Gouvernements-Verfassung hier selbst eingeführt wurde, im Wesentlichen in der in der vorigen Periode ausgebildeten Gestalt und findet gegenwärtig ihre Regelung durch die betreffenden Bestimmungen des ersten Bandes des am 1. Juli 1845 Allerhöchst bestätigten Provinzial-

101) Hofg.-Ord. v. 1630 § 25: Und wie dem Beklagten oder seinem Vollmectigen beschwerlich fallen will gestradß zur Stundt eine gründliche Antwortt biß des Klägers eingelegte schriftliche Klage, ehe er sich darauff bedacht, zur geben: als soll der Kläger allzeit zwo gleichlautende Schriften in Vorrath haben, die eine ins Gericht einzulegen, die andere dem Beklagten zurzustellen, sofern erß begehret. — Hofg.-Const. v. 2 July 1646 § 4: Soll jeder Advocatus, ehe und bevor er seine Sakschrift ablieset, dem Gegentheil copiam darauf zu auscultiren offeriren. Vgl. Hofg.-Const. v. 3 Februar 1664 § 4 und 18 Januar 1666 § 2.

codex. Das Hofgericht wurde zunächst dem im Jahre 1718 in St. Petersburg errichteten Justizcollegium Liv- und Estländischer Sachen, seit Aufhebung der sog. Statthalterschaftsverfassung aber dem dirigirenden Senate untergeordnet.

Von den Rechtsquellen der vorigen Periode behielten die Constitutionen des Hofgerichts ihre Bedeutung für die Normirung des Proceßrechtes wenigstens so lange bei, bis das Constitutionenrecht desselben durch eine desfallige Bestimmung des Provinzialcodex eine erhebliche Beschränkung erlitt¹⁰²⁾. Eine neue Quelle entstand in den Rescripten und Resolutionen des Reichsjustizcollegiums, während das Reichsrecht, da eine subsidiäre Anwendung desselben in Folge der durchaus verschiedenen allgemeinen Proceßgrundsätze ausgeschlossen war, einen verhältnißmäßig geringen Einfluß auf die Ausbildung des livländischen Proceßrechtes gehabt hat. Im Allgemeinen ist die Anwendbarkeit der Reichsgesetze auf diejenigen Fälle beschränkt, wo sie entweder speciell für die Ostseeprovinzen gegeben oder durch Allerhöchsten Befehl auf dieselben ausgedehnt worden sind und wo sie sich auf Institute des Reichsrechts beziehen, welche in den Provinzen Geltung haben.

Das Verfahren vor dem Hofgerichte, so wie das vor den Landgerichten blieb im Anfange dieser Periode in seiner verschiedenen Gestalt unverändert bestehen. Um die Mitte des vorigen Jahrhunderts vollzog sich jedoch zunächst in Beziehung auf das hofgerichtliche Verfahren durch den Gerichtsgebrauch eine erfolgreiche Umgestaltung, die in Deutschland bereits durch die Reichs-Hofraths-Ordnung von 1654 und die späteren Proceßordnungen der höheren Territorialgerichte vorgebildet war: die Umwandlung der Proccedur in Terminen in eine in Fristen. Je mehr nämlich das mündliche Necessiren der Parteien in Weg-

102) Provinzial-Codex, Band I, art. 311 §. 3.

fall kam¹⁰³⁾ und ihre Thätigkeit sich im Wesentlichen darauf beschränkte, daß die eine ihre Sakhschrift übergab und die andere sich „die Communication reservirte,“ um sie im nächsten Termin zu beantworten, um so weniger mußte die gleichzeitige Gegenwart der Parteien als nothwendig erscheinen, — sobald nur das Gericht die von der einen Partei übergebene Schrift der anderen auch ohne ihren besonderen Antrag von Amtswegen zur erforderlichen Wahrnehmung mittheilte. Für diesen Fall aber war es nicht gerade nothwendig die erwartete Sakhschrift im Termine selbst zu übergeben, sondern solches konnte ebensowohl vor dem Eintritt desselben geschehen. Sobald nun demzufolge jeder Termin mit dem ihm herkömmlich vorausgehenden Zeitabschnitte zu einer Frist zusammengezogen wurde, so war damit der Uebergang von dem Verfahren in Terminen in den rein schriftlichen Proceß in Fristen vollzogen. In Livland hat sich diese Umgestaltung des processualischen Verfahrens allmählig durch den Gerichtsgebrauch um die Mitte des vorigen Jahrhunderts ausgebildet. Von dieser Zeit ab bildet das Verfahren in Fristen die Regel, wiewohl sich auch schon früher die Anberaumung von Fristen, so wie auch noch später die Anberaumung von Terminen in einzelnen Fällen nachweisen läßt. In bestimmter Weise wird der Uebergang durch die Hofgerichts-Constitution vom 2. Mai 1758 bezeichnet, welche anordnet, daß von allen zur Mittheilung an den Gegner bestimmten Sakhschriften nebst ihren Beilagen jedesmal doppelte Exemplare bei Gericht einzuliefern seien, von denen das eine bei den Akten bleiben, das andere aber dem Gegentheile mit der erforderlichen Verfügung vom Gerichte von Amtswegen zugefertigt werden solle¹⁰⁴⁾.

103) Die Vorschrift, nach welcher den Parteien „das vielfältige mündliche Necessiren“ verboten und ihnen aufgegeben wurde „mit fertig mündlichen Schriften bei dem Abruf zu erscheinen“, wurde noch mehrfach erneuert, vgl. Hofg.-Const. v. 18. Januar 1762 und 14. October 1763.

104) Hofg.-Const. v. 2. Mai 1758: — So sicheb dieses Kaiserliche

Es ist dies ein wenig erfreulicher Fortschritt des livländischen landrechtlichen Processes auf der Bahn des gemeinen Processes, an welchem die übrigen Rechtsgebiete der Ostprovinzen sich nicht betheiligt haben.

Das beim Hofgerichte ausgebildete Verfahren konnte auf die Dauer nicht ohne Einwirkung auf das seiner Untergerichte bleiben. Schon mit dem Beginn der russischen Herrschaft nimmt das mündliche Verhandeln zu Protokoll bei den Landgerichten immer mehr ab, indem die Parteien statt dessen ihre Vorträge schriftlich zu überreichen pflegen. Bis zur zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts verläuft der Proceß jedoch noch immer in Terminen, während von da ab, wenn gleich zunächst nur ausnahmsweise und zwar vorzugsweise in der Zwischenzeit von einer Juridik zur anderen auch schon Fristen bei der Verhandlung von Rechtsstreitigkeiten anberaumt werden. Trotz dieser Uebereinstimmung in dem Verfahren beider Instanzen ist das landgerichtliche Verfahren jedoch noch wesentlich verschieden von dem hofgerichtlichen, indem sich keine Spur darüber nachweisen läßt, daß die vielfachen vom Hofgerichte bis dahin zur Regelung des bei ihm beobachteten Verfahrens erlassenen Constitutionen bei den Landgerichten Eingang gefunden haben. Diese Verschiedenheit in beiden Processen hört aber seit Einführung der Statthalterschaftsverfassung vollständig auf, indem

Hofgericht — hiemitteft oberichterlich zu ordnen und festzusetzen sich veranlaßt, daß führohin und zwar a dato publicationis dieser Constitution alle Schriften in Supplique-Sachen nebst ihren Beplagen von denen Mandatariis in duplo eingereicht, die Exemplaria bey der Canzelleij collationiret und daß eine Exemplar vidimiret und Gegentheile communiciret werden, daß Original aber im Archiv dieses Kayserlichen Hofgerichts verbleiben solle. Vgl. Hofg.-Const. v. 12. Novbr. 1775, Publication der Statthalterschafts-Regierung v. 23. December 1784 und Circulair-Befehl des Hofgerichts v. 26. März 1807. — Die Sagschriften werden seitdem in der Canzelleij abgeliefert und sollen daselbst auf des Protonotären Pult niedergeleget werden. Oberlandgerichts-Const. v. 6. Februar 1792 und Hofg.-Const. v. 21. July 1797 § 3.

seit dieser Zeit das rein schriftliche Verfahren ganz in derselben Gestalt, wie es sich bis dahin beim Hofgerichte ausgebildet hatte, auch bei den Landgerichten zur Anwendung kommt. Als im Jahre 1785 die höchsten Behörden des Landes auf Anordnung des damaligen General-Gouverneurs Browne zu einer Berathung über die Anwendung der Gouvernements-Verordnung und deren Verbindung mit den bestehenden Landesgesetzen zusammentraten, wurde bei dieser Gelegenheit der bis dahin beim Hofgerichte ausgebildete Proceß bereits als der auch für die Untergerichte geltende vorausgesetzt¹⁰⁵⁾. In Folge der Beseitigung des summarischen und mündlichen Processus, der nur noch ausnahmsweise in geringfügigen Streitsachen, wengleich auch in diesem Falle nicht mehr in seiner ursprünglichen Gestalt zugelassen wird, besteht nunmehr bei den Landgerichten und dem Hofgerichte ein im Wesentlichen übereinstimmendes, auf dem Grundsätze der reinen Schriftlichkeit beruhendes Verfahren.

Auch in dem bei den Stadtgerichten üblichen Verfahren fand, mit Ausnahme des Rigaschen Rathes, der schriftliche Proceß des Hofgerichtes, wengleich mit einigen den Rigaschen Statuten entlehnten Modificationen im Laufe der Zeit Eingang. Insbesondere trug dazu der Umstand bei, daß der Dörptsche Rath mehrere Constitutionen erlassen hatte, die ihrem Inhalte nach wesentlich den Constitutionen des livländischen Hofgerichtes entlehnt sind¹⁰⁶⁾ und daß das Hofgericht, als Appellationsinstanz der Städte bis auf Riga, Gelegenheit fand, die von ihm anerkannten Grundsätze daselbst zur Geltung zu bringen.

Die Umwandlung der Procedur in Terminen in einen rein schriftlichen, in Fristen verlaufenden Proceß mußte nothwendig eine Umgestaltung derjenigen Proceßinstitutionen zur

105) Protokoll vom 20. März 1785 § 19. B. I—XII.

106) Constitution der Dörptschen Rathes vom 15. September 1693, v. 31. Januar 1694 und v. 15. März 1762, sämmtlich bestätigt mittelst Hofgerichts-Rescripts v. 21. Februar 1763.

Folge haben, die das Erscheinen der Parteien im Termine vorzusetzen. Dahin gehören die Citation, der Anschlag und das Contumacialverfahren. Die Veränderungen in dieser Beziehung sind jedoch nicht bei allen Gerichten Livlands gleichzeitig und in gleicher Weise erfolgt, sondern die genannten Institutionen sind erst allmählig entweder ganz oder wenigstens in ihrer ursprünglichen Bedeutung beseitigt worden. Was zunächst die Citation betrifft, so wurde in dem Conferenz-Protokoll v. J. 1785¹⁰⁷⁾, und später auch vom Hofgerichte mittelst Constitution vom 27. October 1797¹⁰⁸⁾ die Anordnung getroffen, daß dem Citationsgesuche jedesmal sogleich die Klage beigefügt werden sollte, was bis dahin in der Regel nicht geschehen war, damit nach dem ausgesprochenen Zweck dieser Bestimmung, der Beklagte die Möglichkeit habe bereits in dem durch den Citationsbefehl festgestellten Termine sich auf die ihm gleichzeitig mit der Citation zugefertigte Klage zu erklären. Da aber das Erscheinen des Beklagten gerade in dem durch den Citationsbefehl anberaumten Termine nicht mehr nothwendig war, derselbe vielmehr seine Erklärung in der diesem Termine vorhergehenden sechs-wöchentlichen Frist zu jeder Zeit einreichen konnte, so lag es nahe die bisherige Formel des Citationsbefehles dahin abzuändern, daß dem Beklagten aufgegeben wurde seine Erklärung binnen der herkömmlichen Frist zu übergeben. Damit war aber in der That der bisherige Citationsbefehl in ein auf die Klage erlassenes Decret umgewandelt, für welches gleichwohl im Allgemeinen die Form der früheren Citationsbefehle beibehalten wurde. Zur

107) Protokoll v. 20. Mai 1785 § 19, II.

108) Hofg.-Const. v. 27. Oct. 1797: Demnach zur Abkürzung der Prozesse Ein Kaiserl. Hofgericht für dienlich erachtet, daß den Citations-Gesuchen die Klagen in duplo gleich beigefügt werden, damit der Beklagte zeitig von dem Inhalte derselben unterrichtet, schon im Comparitions-Termine auf selbige verfahren könne, so hat man solches denen Rechtsuchenden und insbesondere denen allhier patrocinirenden Sachwaltern zur Nachachtung bekannt machen wollen. Vgl. Nov. 53 c. 3 § 1.

näheren Erläuterung lassen wir die beiden Formen der Citationsbefehle, wie sie beim Hofgerichte sich ausgebildet haben, folgen :

Die ältere Form lautet : Wir Präses, Vice-Präses und sämtliche Assessores des Kayserl. Hofgerichts in Biesland fügen Ihnen N. N. hiemit zu wissen, welchergestalt K. K. dieselben in peto — bey diesem R. G. in rechtliche Ansprache zu nehmen vorhabens sey und sich verhalten pro obtinenda citatione peremptoria supplicando gemeldet, wie dessen in copia hierbei gehendes Gesuch mit mehreren belehret: Wenn man nun dem petito zu deferiren nicht hat entszyn können, Als citiren, heischen und laden wir Sie N. N. hiemit zum ersten, andern und dritten Mahle, also endlich und peremptorie, daß dieselben am anni currentis (resp. des mit Gott zuerlebenden künftigen Jahres) vor diesem R. G. entweder in Person oder durch einen zu Recht beständigen Bevollmächtigten erscheinen, Klage anhören, darauf antworten und was ferner denen Rechten gemäß abwarten und zwar unter der Verwarnung, Sie erscheinen oder nicht, dennoch in der Sache ergehen solle, was Recht ist. Wonach Sie sich zu achten und vor Schaden zu hüten haben.“

Die neuere Form dagegen lautet : „Auf Befehl ic. wird von dem livl. Hofgerichte dem N. N. hiemit kund gethan, daß wider ihn von dem K. K. wegen — hieselbst Klage erhoben, auch um Erlassung deßfalliger peremptorischer Citation gebeten worden ist und daß diesem Gesuche willfahrend das livl. Hofgericht den Eingangs genannten N. N. hiemit zum ersten, andern und dritten Male, mithin allendlich und peremptorie citiret, daß derselbe binnen sechs Wochen a dato dieser Citation und spätestens am — entweder persönlich oder durch einen vollständig instruirten beglaubigten Bevollmächtigten bei diesem Hofgerichte erscheine, auf die hierbei folgende Klage nebst Citationsgesuch sub poena praeclusi, confessi et convicti antworte und den ferneren Rechtsgang in dieser Klagesache gebührend abwarte. Als wonach sich derselbe zu richten hat.“

Die veränderte Form des Citationsbefehles findet sich bei den Landgerichten des estnischen Distrikts Livlands schon zur Zeit der Statthalterchaftsregierung, wogegen sie beim Hofgerichte erst seit dem ersten Drittel dieses Jahrhunderts in Uebung gekommen ist. Während aber beim Hofgerichte noch gegenwärtig die Ueberreichung eines Citationsgesuches bei Uebergabe der Klage gefordert wird und der Auftrag zur Erklärung auf die letztere in der Form des Citationsbefehles ergeht, sind Citationsgesuch und Citationsbefehl bei den Landgerichten des lettischen Distrikts Livlands wenigstens keine nothwendigen Erfordernisse des Processes mehr. Bei den Landgerichten des estnischen Distrikts sind beide bereits nach Aufhebung der Statthalterchaftsverfassung völlig außer Uebung gekommen. Bei den letzteren beginnt der Proceß demnach stets mit Ueberreichung der Klage, worauf dem Beklagten der Auftrag zur Erklärung vermittelt eines einfachen Rescriptes ertheilt wird, in welchem die Frist für Einreichung derselben mit Berücksichtigung der besonderen Umstände auf eine Zeitdauer von 14 Tagen bis 6 Wochen festgestellt wird. Die Form dieses Rescriptes ist ursprünglich dem Mandatsproceß zur Zeit der schwedischen Herrschaft entlehnt, in welchem eine Citation nicht stattfand, und lautet:

„Welchergestalt der N. N. wider Sie in peto — geklagt, werden Sie aus dem Duplicate seiner Klage des Mehreren entnehmen. In solcher Veranlassung wird Ihnen hierdurch aufgegeben sich auf die Klage binnen — sub poena — anher zu erklären.“

Die Anschläge, nach denen bis dahin der Abruf der an einem bestimmten Tage zur Verhandlung gestellten Sachen erfolgte, mußten ebenfalls nach Einführung der Procedur in Fristen ihre ursprüngliche Bedeutung verlieren, da sie nur noch dazu dienen konnten, die Parteien von den für die Verhandlung der Sache anberaumten Fristen in Kenntniß zu setzen. Weil aber die proceßleitenden Verfügungen über die zu beobachtenden Fristen

den Partelen nebst dem Duplicate der beiderseitigen Sagschriften nunmehr iniquirt wurden, so mußten die Anschläge überhaupt überflüssig erscheinen. Gegenwärtig kommen sie beim Hofgerichte nur noch ausnahmsweise vor und zwar namentlich bei der Verhandlung über Dilationsgesuche behufs Einziehung der Erklärung der Gegenpartei, so wie im Rechtsmittelverfahren. Bei den Landgerichten sind die Anschläge schon seit Einführung des schriftlichen Verfahrens außer Übung gekommen. Die Contumacialnachteile endlich mußten, sofern sie für den Fall des Ausbleibens der Partelen im Termine angedroht waren, ebenfalls seit Einführung der Proceßur in Fristen in Wegfall kommen. Statt dessen bildete nunmehr, wie nach gemeinem Rechte, die Versäumung einer Proceßhandlung innerhalb der dafür präfigirten Frist die regelmäßige Voraussetzung für den Eintritt der Contumacialnachteile. Demnach sind die Bestimmungen über die Absenspön¹⁰⁹⁾, über die Verurtheilung des Beklagten, resp. über den Verlust des Klagerrechtes von Seiten des Klägers im Falle ihres fortgesetzten Nichterscheidens, so wie über die Zurückgewinnung des auf dieser Grundlage Aberkannten gegenwärtig antiquirt.

109) Beim Hofgerichte kommt die Absenspön noch ausnahmsweise im Rechtsmittelverfahren vor.

Schmidt.

II.

Ueber die Anwendbarkeit der deutschen Reichsgesetze im livländischen Civilproceffe.

Bei der Unterwerfung Livlands unter die russische Herrschaft wurde in der Capitulation der livländischen Ritterschaft vom 4. Juli 1710 das gemeine deutsche Recht ausdrücklich in der Eigenschaft eines Hülfrechtes anerkannt, indem es daselbst im § 10 wörtlich heißt:

„In allen gerichten wird nach Liefländischen Privilegien, wohl eingeführten alten Gewohnheiten, auch nach dem bekannten alten Lief-Ländischen Ritter-rechte und, wo diese bestreiten möchten, nach gemeinen Deutschen Rechten, dem landesüblichen Proceßform gemäß so lange decidirt und gesprochen, biß unter geniesung weiterer Huld und Gnade ein vollständiges Jus provinciale in Lief-land colligiert und edirt werden könne.“

Der gemeine Proceß in seiner gegenwärtigen Ausbildung ist aber aus einer Verschmelzung sehr verschiedenartiger Bestandtheile und zwar namentlich des römischen, canonischen und ursprünglich deutschen Rechtes hervorgegangen. Der ursprünglich deutsche Bestandtheil des gemeinen Processes insbesondere beruht zu einem großen Theile auf Grundsätzen der Reichsgesetze,

die das Verfahren des Reichskammergerichtes zum Gegenstande haben und zum Theil zu einer Zeit erlassen sind, wo die staatsrechtliche Verbindung Livlands mit Deutschland bereits aufgehört hatte. Es mußte daher die bei der Lückenhaftigkeit der provinziellen Bestimmungen so äußerst wichtige Frage hervortreten, in wie weit den einzelnen Bestandtheilen des gemeinen Rechts in Livland Anwendbarkeit zukomme.

Wenn man nun auch in Beziehung auf das römisch-canonische Recht wenigstens in der neueren Zeit¹⁾ darüber einig ist, daß es in demselben Umfange, in welchem es durch die Doctrin und Praxis in Deutschland Eingang gefunden, auch in Livland in allen Fällen zur Anwendung kommen müsse, wo es an provinziellen Rechtsätzen fehlt²⁾, so ist dagegen die Frage nach der Anwendbarkeit der Bestimmungen der Reichsgesetze eine äußerst bestrittene. Es scheint auf den ersten Blick ohne genügenden Grund. Denn wenn man sich an den Wortlaut des § 10 der Capitulation hält, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß mit der Anerkennung des gemeinen Rechtes als Hülfrecht auch die Anwendbarkeit der einzelnen Bestandtheile desselben, zu denen die in letzteres übergegangenen Bestimmungen der Reichsgesetze gehören, ausgesprochen sei. In der That ist auch dieser Standpunkt von einem neueren Schriftsteller vertreten worden³⁾. Die Capitulation von 1710 — meint derselbe — „statuirt im 10. Artikel als Hülfrecht für Livland das gemeine deutsche Recht, ohne auch nur mit der leisesten An-

1) Wenn man früher die Geltung des canonischen Rechtes in Livland in Zweifel gezogen hat, vgl. z. B. Nielsen, Proceßform in Livland § 48, so beweist das nur, wie sehr das Bewußtsein von den vorzüglichsten Quellen des livländischen Proceßes zu Zeiten geschwunden ist.

2) Hezel in v. Brückers Jahrbüchern für Rechtsgelehrte in Rußland Bd. II, S. 99 fg. Neumann in den theoretisch-praktischen Erörterungen Bd. I, S. 67 fg. v. Bunge daselbst S. 289 fg.

3) v. Voß in den theoretisch-praktischen Erörterungen Bd. IV, S. 3, Anm. 2.

deutung die legislative, usuelle und doctrinelle Ausbildung, welche dasselbe in dem Zeitraum von 1561 bis 1710 genossen, auszuschließen. So lange also das Gegentheil nicht förmlich nachgewiesen werden kann, wäre unbedingt anzunehmen, daß unter demjenigen, was im Jahre 1710 gemeines deutsches Recht genannt wird, auch Alles zu verstehen sei, was bis zu solchem Zeitpunkt gemeines deutsches Recht geworden, also namentlich implicite die in der erwähnten Periode erlassenen deutschen Reichsgesetze.“ — Dieser Ansicht ist das Verdienst nicht zu versagen zuerst darauf hingewiesen zu haben, daß der Anwendung der Grundsätze des gemeinen Processes in seiner gegenwärtigen Ausbildung, auch soweit diese durch Reichsgesetze vermittelt worden, vom Gesichtspunkte der Privilegien aus keine Bedenken entgegenstehen. Dagegen kann sie keinen Anspruch darauf machen den faktischen Zustand des livländischen Processes richtig zu bezeichnen. Wollte man ohne Einschränkung in allen den Fällen, wo es an provinziellen Rechtsnormen fehlt, das Hilfsrecht in seiner gegenwärtigen Ausbildung zur Anwendung bringen, so würde solches eine vollkommene Umgestaltung des livländischen Processes zur Folge haben.

Alle anderen Schriftsteller⁴⁾, welche die vorliegende Frage erörtern, sehen von dem Wortlaute der Capitulation von 1710 ab und suchen historisch nachzuweisen, in wie weit den einzelnen Reichsgesetzen Anwendbarkeit zuzusprechen sei. Dabei legen alle ohne Ausnahme ein entscheidendes Gewicht auf die im Jahre 1561 erfolgte Trennung Livlands vom deutschen Reiche, indem sie von den vor diesem Zeitpunkte erlassenen Reichsgesetzen be-

4) Hezel Grundlinien des livl. Processes, Riga 1812, § 9. W. F. C. de Dittmar, de praecipuis fontibus juris prov. Livonici campestris. Dorp. 1818 § 4 p. 29. G. v. Engelhardt, Beitrag zur Beantwortung der Frage: Gehen die vor 1561 geltend gewesen eigenhümlich deutschen Rechte dem Römischen Codex vor oder stehen dieselben nach? Mitau 1817, S. 37 fg. Neumann in den theoretisch-practischen Erörterungen Bd. I, S. 67 fg. und v. Bunge daselbst S. 289 fg.

haupten, daß sie nicht nur damals unmittelbare Geltung in Livland gehabt, sondern solche auch bis zur Gegenwart beibehalten hätten, so weit sie nicht durch neueres Recht aufgehoben worden. Dagegen wird die Anwendbarkeit der späteren Reichsgesetze von ihnen geläugnet, weil diese in Folge der inzwischen eingetretenen Trennung vom Reiche, keinen unmittelbaren Einfluß auf den livländischen Proceß hätten gewinnen können. Nach dieser Ansicht wird demnach vorzugsweise dem für den gemeinen Proceß so wichtigen jüngsten Reichsabschied von 1654 die unmittelbare Anwendbarkeit abgesprochen, wogegen dieselbe den verschiedenen Kammergerichtsordnungen, die alle vor 1561 erlassen sind, zukommen soll. Es ist dies ein Resultat, das in einem entschiedenen Widerspruch zu den Ergebnissen der Geschichte des livländischen Proceßrechtes steht. Bis zum Jahre 1561 bestanden in Livland die Manngerichte mit ihren Urtheilsfindern, die am wenigsten geeignet waren den höchst complicirten, auf den Grundsätzen der mittelalterlich-italienischen Doctrin beruhenden Proceß des Reichskammergerichts zur Anwendung zu bringen. Der Umschwung in den Rechtsanschauungen, welcher in Deutschland in Folge der Reception des römisch-canonischen Rechtes hervortrat, beschränkt sich in Livland während der Periode der bischöflichen und Ordensherrschaft überhaupt nur auf die Aufnahme einiger weniger processualischer Fundamentalsätze. Auch zur Zeit der polnischen und schwedischen Herrschaft findet sich keine Spur davon, daß die Bestimmungen der Reichsgesetze unmittelbare Anwendung in den Gerichten Livlands gefunden hätten. Denn wenn gleich der livländische Proceß insbesondere zu Anfang der schwedischen Herrschaft fast ausschließlich auf Grundsätzen des römisch-canonischen Rechtes beruht, so ist derselbe doch in ähnlicher Weise, wie in den Territorialgerichten des nördlichen Deutschlands, ein vom Verfahren des Reichskammergerichts sehr verschiedener Proceß, der sich vorzugsweise durch seine größere Einfachheit vor jenem

auszeichnet. Der Beweis dafür, daß die Reichsgesetze auch in neuerer Zeit keinen Einfluß auf den livl. Proceß gewannen, kann in positiver Weise freilich erst durch die Darstellung der geltenden Proceßeinrichtungen geliefert werden. An diesem Orte müssen wir uns daher darauf beschränken die Gründe, welche für die Anwendbarkeit der vor 1561 erschienenen Reichsgesetze angeführt worden, zu widerlegen. Am Bestimmtesten behauptet v. Bunge die Anwendbarkeit derselben, indem er seine Ansicht in folgender Weise begründet:⁵⁾ „Diese Provinzen waren seit ihrer Germanisirung im 12. und 13. Jahrhundert bekanntlich integrierende Theile des römischen Reichs deutscher Nation. Die verschiedenen Landesherren, — der Meister des deutschen Ordens in Livland, der Erzbischof von Riga, der Bischof von Dorpat, Desel, Curland und Reval — waren Reichsfürsten, hatten Sitz und Stimme auf den Reichstagen, auf welchen sie theils persönlich, theils durch Botschafter repräsentirt erschienen. Daß mithin zu jener Zeit die Reichsgesetze in diesen Landen in voller Kraft und Wirksamkeit waren und zwar in eben der Weise, wie in allen übrigen zum Reiche gehörigen Territorien, darüber kann gar kein Zweifel obwalten, wenn sich auch nicht bestimmte Spuren der Anwendung finden sollten.“ Diese Ansicht ist vorzugsweise auf die Voraussetzung gebaut, daß die Reichsgesetze in allen Territorien Deutschlands und daher auch in Livland, als einem Theile Deutschlands, unmittelbare Geltung gehabt, — eine Voraussetzung, die aber als eine irrige bezeichnet werden muß. Reichsgesetzlich ist niemals den auf den Kammergerichts-Proceß bezüglichen Normen unmittelbare Geltung in den Territorien beigelegt worden, wie freilich eine weit verbreitete Meinung bisher angenommen hat⁶⁾. Denn wenngleich die

5) v. Bunge in den theoretisch-practischen Erörterungen Bd. I., S. 297 fg.

6) Vgl. Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Proceße,

späteren Reichsgesetze und zwar namentlich der jüngste Reichsabschied von 1654 § 137 an die Kurfürsten und Stände die Mahnung richtete, sie sollten „bei ihren Untergerichten die Verordnung thun, damit so viel als möglich bei denenselben die Norma des Kammergerichtlichen Processus observirt werde“, sofern nicht „ein anderer modus eingeführt und bis dahero beständig hergebracht worden“, so war damit doch Alles der Particulargesetzgebung überlassen, keineswegs aber ausgesprochen, daß die Norm des Kammergerichtes unmittelbar für die Territorialgerichte gelten solle. In der That bildete auch der Proceß des Reichskammergerichts während der ganzen Dauer der Zugehörigkeit Livlands zu Deutschland einen bestimmten Gegensatz zu dem der Territorialgerichte und berechtigt nichts zu der Annahme, daß in Livland das Verhältniß ein anderes gewesen. Ebenso wenig können wir demjenigen beistimmen, was v. Bunge für die spätere Geltung der älteren Reichsgesetze aus der Zeit vor 1561 anführt.⁷⁾ Der von ihm vorzugsweise betonte Grund, daß an der fortdauernden Wirksamkeit derselben bis auf den heutigen Tag nicht gezweifelt werden könne, weil bei der Trennung der einzelnen Territorien des alten Livlands von dem deutschen Reiche ihnen insgesammt die bisherigen Rechte ausdrücklich bestätigt worden, die Reichsgesetze aber zu den Quellen dieser Rechte bis dahin gehört hätten, — fällt nach der obigen Ausführung von selbst weg. Ebenso wenig begründet erscheint es uns, wenn v. Bunge einen Beleg für die praktische Fortdauer der Wirksamkeit der Reichsgesetze in dem Umstande sehen will, daß — was freilich zunächst nur Estland betrifft, — reichsgesetzliche Bestimmungen in das estländische Ritter- und Landrecht aufgenommen worden und daß die peinliche Gerichtsordnung Karls V. bis in die neueste Zeit in allen drei Provinzen un-

Leipzig 1859 S. 485. Wekell, System des ordentlichen Civilprocesses, 2. Auflage, Leipzig 1865 S. 6.

7) v. Bunge a. a. D. S. 299 fg.

bestritten in praktischem Gebrauch gewesen. Die Organisation und das Verfahren des Reichskammergerichtes sind allerdings das Vorbild gewesen, welchem die Territorialgesetzgebung insbesondere bei Errichtung der Hofgerichte folgte⁸⁾. Auch das Organisationsgesetz des livländischen Hofgerichtes, die sog. Hofgerichts-Ordinanz vom 6. September 1630, so wie einzelne Hofgerichts-Constitutionen zeigen ebenso wie das estländische Ritter- und Landrecht unverkennbare Spuren der Nachbildung reichsgesetzlicher Anordnungen. Eine solche durch die Gesetzgebung vermittelte Geltung einzelner Bestimmungen der Reichsgesetze beweist aber nichts für die unmittelbare Anwendbarkeit der Reichsgesetze, sondern spricht vielmehr gegen dieselbe. Ebenso wenig rechtfertigt die besondere Bedeutung, welche die peinliche Gerichtsordnung Carls V. schon früh in den Territorien Deutschlands und Livlands gewonnen hat, den Schluß auf eine gleiche Bedeutung der übrigen Reichsgesetze.

Was die nach dem Jahre 1561 erlassenen Reichsgesetze betrifft, so stimmen wir der bisherigen Annahme, welche die unmittelbare Anwendbarkeit derselben ausschließt, vollkommen bei, wenn gleich wir den Grund dafür nicht in der inzwischen erfolgten Trennung Livlands vom deutschen Reiche erblicken können, da durch dieselbe die subsidiäre Anwendbarkeit des deutschen Rechts keineswegs aufgehoben war. Der Grund dafür liegt vielmehr in dem Umstande, daß das processualische Verfahren sowohl in dem Hofgerichte als in den Landgerichten Livlands sich unter der schwedischen Herrschaft zu einer Zeit ausbildete, wo der Reichsproceß noch eine vollkommen gesonderte Stellung gegenüber dem Territorialproceß einnahm und daß das Verfahren in den livländischen Gerichten unverändert bestehen blieb, nachdem in Deutschland geraume Zeit nach dem jüngsten Reichs-

8) Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. I, Abth. 2., S. 258. Thubichum in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XX., S. 173 und 174.

abschiede der Grundsatz von der subsidiären Anwendbarkeit der Reichsgesetze im Territorialproceß durch die gemeinrechtliche Theorie zur Anerkennung gelangt war.

Müssen wir aus den bisher erörterten Gründen die Geltung der deutschen Reichsgesetze in der Eigenschaft unmittelbarer Rechtsquellen des livländischen Proceßes unbedingt bestreiten, so soll damit keineswegs auch jeder mittelbare Einfluß auf die Ausbildung des livländischen Proceßrechts geläugnet werden. Ein solcher hat sich vielmehr nicht nur durch die Gesetzgebung, wie bereits oben angeführt worden, sondern auch durch die Doctrin geltend gemacht. Das letztere ist besonders durch v. Bunge⁹⁾ hinsichtlich der nach dem Jahre 1561 erschienenen Reichsgesetze treffend nachgewiesen worden, dessen Ausführung wir uns daher, allerdings mit der Modification anschließen, daß das von ihm Bemerkte auf alle Reichsgesetze ohne Ausnahme, also auch auf die vor 1561 erlassenen, zu beziehen sei. Der Praxis in Livland war nicht zuzumuthen bei der Theorie des 17. Jahrhunderts stehen zu bleiben, sondern sie mußte sich der doctrinellen Fortentwicklung des Proceßrechtes in Deutschland anschließen. Es konnte daher nicht fehlen, daß Grundsätze der Reichsgesetze, sofern sie Bestandtheile der Doctrin des heutigen gemeinen deutschen Proceßes geworden sind, als solche auf den livländischen Proceß Einfluß gewannen. Ein solcher Einfluß der Theorie des gemeinen Rechtes, auch wo diese aus den Reichsgesetzen schöpfte, wurde wesentlich dadurch befördert, daß der jüngste Reichsabschied vielfach Principien in sich aufgenommen hat, die sich bis dahin im Territorialproceß, namentlich im sächsischen ausgebildet hatten und von denen einzelne, wie z. B. der Grundsatz von der Zulässigkeit des nicht articulirten Verfahrens, in dem livländischen Proceß auch schon Geltung gefunden hatten, ehe sie in den jüngsten Reichsabschied übergegangen waren. Mit Recht

9) v. Bunge a. a. O. S. 306 fg.

hebt jedoch schon v. Bunge hervor, daß der durch die Doctrin vermittelte Einfluß der Reichsgesetze auf solche Proceßeinrichtungen beschränkt werden müsse, die entweder auf Grund anderweitiger Quellen bereits einen Bestandtheil des Isländischen Proceßes bilden oder die von der Pragis aus den Reichsgesetzen recipirt worden sind, was aber in jedem einzelnen Falle erwiesen werden muß.

Schmidt.

III.

Bur Lehre von der Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt.

Jede obligatorische Zusage soll genau nach ihrem Inhalt erfüllt werden. Der Schuldner muß daher denjenigen Gegenstand leisten, den er zu leisten versprochen hat, es sei denn, daß der Gläubiger mit ihm übereingekommen, statt des wirklich geschuldeten Gegenstandes einen andern anzunehmen¹⁾. Ist das letztere der Fall, so sprechen die römischen Rechtsgelehrten von *rem in solutum* oder *pro soluto dare*, die neuern Juristen aber von einer *in solutum datio*.

Diese Hingabe an Zahlungsstatt beruht wesentlich auf dem gemeinsamen Willen der Contrahenten. Auf Grund eines Gesetzes des Kaisers Justinian vom Jahre 535, das in dem dritten Capitel der vierten Novelle enthalten ist, kann dieselbe aber unter gewissen Voraussetzungen auch gegen den Willen des Gläubigers eintreten und zwar in der Weise, daß der Schuldner statt der Geldsumme, die er vertragsmäßig zu zahlen verpflichtet ist, einen andern Gegenstand leisten darf.

Justinian leitet das betreffende Gesetz mit den Worten

1) L. 2. § 1. D. de rebus creditis. 12. 1. Art. 3514 des lib-est- und curländischen Privatrechts.

ein: es enthalte eine von der Nothwendigkeit gebotene wohlthätige Anordnung; er giebt dabei nicht genauer an, worin die Nothwendigkeit bestanden habe²⁾. Die unbestimmte Audeutung des Kaisers ist aber für die neuern Juristen die Veranlassung geworden, das Gesetz in dem Sinne aufzufassen, als ob es aus einer abstrakten billigen Rücksichtnahme auf den Schuldner hervorgegangen sei. Sie haben mit anderen Worten in dem Gesetz einen Ausfluß der *aequitas* erblickt und von diesem Gesichtspunkt aus demselben Beifall gezoht³⁾. Nur von Seiten Keller's⁴⁾ ist die schüchternere Bemerkung gemacht worden, der Kaiser habe das Gesetz „in einem unbewachten Augenblick“ erlassen. Keller wird dabei offenbar von dem Gedanken geleitet, daß in dem Gesetz ein Eingriff in die Rechte des Gläubigers enthalten sei, der sich von dem Standpunkt der Billigkeit allein nicht rechtfertigen lasse. Justinian ist aber in der That gar nicht von diesem Gesichtspunkt aus zu dem Gesetz veranlaßt worden, dasselbe ist vielmehr aus viel zwingenderen Motiven hervorgegangen, die der Kaiser offen zu bezeichnen Anstand genommen hat.

In dem oströmischen Reiche war nämlich der Grundbesitz bereits vor Justinian stark entwerthet⁵⁾, während seiner Regierung aber sank der Bodenwerth noch tiefer. Es war dieß eine

2) Der Kaiser erklärt: τὸ δὲ ἐφεξῆς ταῖς ἀνθρωπίναις βοηθοῦν θεραπεύαις, εἰ καὶ τισὶ τῶν διανεζόντων οὐ καταδύμῳ ἴσως ἐστίν, ἀλλ' οὖν ἡμῖν πρὸς φιλανθρωπίαν νενομισθεῖσθω (porro 'quod humanis necessitatibus subvenit, licet quibusdam creditoribus forte gratum non sit, id a nobis tamen elementer sancitum esto.) Im weitern Verlauf betont Justinian bloß die offene Wohlthätigkeit des Gesetzes (φιλανθρωπία τις σαφῆς τοῦ νόμου).

3) M. v. z. B.: Stryk in der Abhandlung de beneficio dationis in solutum, Werke 1774. Bd. 1. S. 168 fg.; Marezzoli in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung herausgegeben von Grolmann und Lühr. Bd. 4. 1820. S. 233 fg.

4) Pandektenvorlesungen 1861. S. 509.

5) Zu vergl. v. Savigny: über die römische Steuerverfassung unter den Kaisern in den vermischten Schriften Bd. 2. 1850. S. 147.

nothwendige Folge theils der unmäßig erhöhten Grundsteuer, die nach Savigny's treffendem Ausdruck⁶⁾ allmählig die Gestalt einer stets erneuerten Brandschätzung angenommen hatte, theils der vielfachen Kriege und der Verwüstungen, mit welchen das oströmische Reich von den Barbaren heimgesucht wurde. Einen Einblick in die traurige Lage der Grundbesitzer zur Zeit Justinians gewährt uns Procopius im 23. Capitel der *historia arcana*. Seine Schilderung könnte den Verdacht erregen, daß sie durch den tiefen Groll, von welchem Procopius gegen den Kaiser Justinian beherrscht wird, getrübt worden sei. Wenn man jedoch in's Auge faßt, was bereits Lactantius, Salvianus und Ammianus über die Entwerthung des Grundes und Bodens im römischen Reich berichten⁷⁾, was ferner Justinian in der Novelle 128 in Beziehung auf die Erhebung der öffentlichen Abgaben bestimmt hat und was endlich die aus den Jahren 573—575 stammende Novelle 163 über den Ertrag der Grundrente mittheilt, so muß die Schilderung des Procopius in der Hauptsache als wohlbegründet erscheinen.

Ungeachtet der tiefen Entwerthung des Grundbesitzes und des gleichzeitigen drückenden Geldmangels, wie sie in dem oströmischen Reich während der Regierung Justinian's vorlagen, mußte aber insbesondere die Lage derjenigen Personen, die Geldschulden contrahirt hatten und deren Vermögen zunächst in Immobilien bestand, eine verzweifelte sein. Wurden sie von ihren Gläubigern gerichtlich belangt, so waren sie bei dem allgemeinen Geldmangel in der Regel nicht im Stande die schuldigen Geldsummen herbeizuschaffen. Es mußte daher zur Zwangsversteigerung ihrer Immobilien geschritten werden, die nothwendig zu einer Verschleuderung der letzteren führte. Eine solche Verschleuderung des Immobilienvermögens

6) a. a. D. S. 147.

7) Zu vergl. v. Savigny a. a. D. S. 147 fg.

konnte aber dem Kaiser Justinian schon aus fiskalischen Rücksichten nicht gleichgültig sein und von diesem Gesichtspunkt aus erließ er das fragliche Gesetz⁸⁾. Die Immobilien des Schuldners sollten fortan nicht mehr nach den allgemeinen Executionsregeln versteigert werden, sondern der Gläubiger dieselben zu ihrem Taxwerth anzunehmen verpflichtet sein⁹⁾. Es war das eine für den Schuldner allerdings „wohlthätige“, dem Gläubiger gegenüber aber höchst drastische Maßregel und so sollte sie diesen auch nur in dem Falle treffen, wenn er sich zu einer Stundung der Schuld nicht bereit erklärte¹⁰⁾.

Das vorliegende Gesetz verdankt somit seine Entstehung der Zerrüttung der ökonomischen Verhältnisse in dem oströmischen Reich. Dieser wichtige Umstand ist aber von den Glossatoren übersehen worden und so haben sie kein Bedenken getragen das Gesetz als einen Theil des geltenden Rechts zu betrachten. Auf diese Weise ist es dann auch in Deutschland zur praktischen Anwendung gelangt¹¹⁾ und hat seine Geltung erst

8) Zu vergl. auch Römer die Leistung an Zahlungsstatt. 1866. S. 171., Baron in Schletter's Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Bd. 12. 1867. S. 101.

9) Eine analoge Anordnung war bereits von Julius Caesar für Italien im Jahre 705 a. u. mit Rücksicht auf die durch den Bürgerkrieg herbeigeführte allgemeine Entwerthung der Vermögensobjekte getroffen worden. Die Gläubiger sollten nämlich die beweglichen und unbeweglichen Sachen ihrer Schuldner an Zahlungsstatt nach demjenigen Taxwerthe anzunehmen verpflichtet sein, den die Sachen vor dem Bürgerkrieg gehabt hatten. Zu vergl. Mommsen römische Geschichte Bd. 3. 1856. S. 492 fg., Römer a. a. D. S. 162.

10) Justinian beruft sich zur Beschönigung seiner Maßregel darauf, daß der Schuldner zur Rechtswohlthat der Güterabtretung greifen und so dieselbe Wirkung, nur unter größeren Nachtheilen für ihn und den Gläubiger herbeiführen könnte. Letzteres ist jedoch unrichtig. Wollte nämlich der Schuldner die Rechtswohlthat der Güterabtretung benutzen, so fand eine Versteigerung seiner Immobilien an den Meistbieter statt. Zu vergl. Bethmann-Hollweg römischer Civilproceß, Bd. 3. 1866. S. 321.

11) Unter den neuern Juristen hat nur Keller a. a. D. S. 509 fg. sich gegen die praktische Geltung des Gesetzes in Deutschland ausgesprochen, zu vergl. dagegen Römer a. a. D. S. 177.

seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts in einigen deutschen Ländern wieder eingelebt. So namentlich in Preußen, Oesterreich und Sachsen¹²⁾. Was aber insbesondere die drei Ostseegouvernements betrifft, so gilt die Bestimmung Justinian's in Liv- und Curland, während sie in Estland keine Anwendung findet¹³⁾.

Die nachfolgenden Paragraphen bezwecken eine vergleichende Darstellung der gemeinrechtlichen und provinziellen Normen über die Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt.

§ 1.

Die Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt wird dem Schuldner nicht unbedingt gewährt, sie tritt vielmehr nur bei dem Vorhandensein folgender drei Voraussetzungen in Wirksamkeit:

1) Die Forderung des Gläubigers muß auf eine Geldsumme gerichtet sein.

Diese Voraussetzung ist freilich in der Theorie nicht unbestritten. In der Novelle 4 wird nämlich die Rechtswohlthat allerdings zunächst an einer Darlehnsforderung erläutert, sodann aber hinzugefügt: sie solle auch in den Fällen Anwendung finden, wo nicht ein Darlehn, sondern irgend ein anderer Vertrag (*ἕτερόν τι συναλλάγμα*) die Veranlassung zur Klage gegeben habe. Hieraus ist namentlich von älteren Schriftstellern der Schluß gezogen worden, daß die Rechtswohlthat dem Schuldner auch dann zu Statten kommen müsse, wenn eine andere Sache, als Geld den ursprünglichen Gegenstand der Obligation gebildet habe¹⁴⁾.

12) Zu vergl. Römer a. a. D. S. 185 fg. Auch in Frankreich ist die Bestimmung Justinian's unpraktisch, Römer a. a. D. S. 188.

13) Zu vergl. Art. 3518. Ann. 2. des liv- est- und curländischen Privatrechts.

14) Zu vergl. Stryp a. a. D. S. 172, Höpfner's Institutionencomentar. 8. Aufl. 1818. § 976.

Diese Argumentation widerspricht aber offenbar dem Gedankengange Justinians. Die Worte des Kaisers weisen deutlich darauf hin, daß er ausschließlich nur die Frage entscheiden will: in welchen Fällen ausnahmsweise an Stelle des allgemeinen Werthmessers der Vermögensobjekte — des Geldes — ein anderer Gegenstand geleistet werden dürfe. Es wird deshalb auch bei den übrigen Verträgen, deren die Novelle neben dem Darlehn Erwähnung thut, stillschweigend vorausgesetzt, daß die Forderung ursprünglich auf eine Geldsumme gerichtet war¹⁵⁾.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist die Novelle 4 namentlich auch in dem dritten Bande des Provinzialrechts der Ostseegouvernements aufgefaßt worden.

Art. 3518. Ist das Forderungsrecht auf Geld gerichtet, so muß sich der Gläubiger ausnahmsweise mit einer Abfindung durch eine andere Sache, insbesondere durch Cession ausstehender Schuldforderungen des Schuldners begnügen, wenn er auf Zahlung dringt und der Zwang zur Herbeischaffung von Geldmitteln durch Verkauf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners herbeiführen würde.

Aber selbst wenn die Obligation eine Geldsumme zu ihrem unmittelbaren Gegenstand hat, so ist die Rechtswohlthat nichts desto weniger unanwendbar, wenn die Forderung durch ein Pfandrecht sicher gestellt wurde. In solchem Fall muß nämlich die Befriedigung des Gläubigers nach den für die Pfandgläubiger geltenden Normen erfolgen¹⁶⁾. Diese Beschränkung der Rechtswohlthat auf chirographarische Forderungen findet ihre Begründung in den Worten der Novelle: der Gläubiger

15) Zu vergl. auch Marezoll a. a. D. S. 232, Römer a. a. D. S. 167.

16) Zu vergl. Marezoll a. a. D. S. 230, Römer a. a. D. S. 168. Cujacius (Werke 1840, Bd. 10. S. 577) führt neben diesem Ausnahmefall auch noch die Bürgschaft an, jedoch ohne Grund. Der Bürge kann offenbar gleich dem Hauptschuldner die Rechtswohlthat beanspruchen, da es sich hier um ein mit der Hauptschuld selbst, nicht mit der Person des Hauptschuldners verbundenes *beneficium* handelt.

habe das Darlehn im Vertrauen auf die guten Vermögensverhältnisse des Schuldners vorgeschossen (τῇ τοῦ δεδωειομένου περιουσίᾳ πιστεύων). Zwar wird zugleich auch auf den Umstand hingewiesen, daß der Gläubiger möglicher Weise, um Kauflustige abzuschrecken, das Gerücht habe verbreiten können, als ob das Vermögen des Schuldners verpfändet sei. Es spricht dieß aber keineswegs gegen die erwähnte Beschränkung der Rechtswohlthat, einmal deshalb, weil es sich hier eben um ein bloßes Gerede und nicht um die unzweifelhafte Thatsache der Verpfändung handelt und sodann, weil selbst eine Verpfändung vorausgesetzt, dieselbe nicht nothwendig für die hier zunächst in Frage kommende Geldforderung des betreffenden Gläubigers erfolgt zu sein brauchte¹⁷⁾.

In dem Art. 3518 des Provinzialrechts der Ostseegouvernements ist die Beschränkung der Rechtswohlthat auf chirographarische Forderungen nicht ausdrücklich ausgesprochen. Doch muß ihre praktische Geltung nichts desto weniger auch für das provinzielle Recht behauptet werden, da sie ja aus dem Inhalt der Novelle 4 folgt. Gegen diese Argumentation scheint freilich auf den ersten Blick eine Stelle des rigischen Stadtrechts zu sprechen, die neben der Novelle 4 dem Artikel 3518 beigelegt worden ist¹⁸⁾. In derselben wird bestimmt:

„Wann darauf¹⁹⁾ der Debitor das Pfand nicht löset, soll der Creditor auf geschehene Vorladung des Schuldners, umb

17) Die Ausdehnung der Rechtswohlthat auf die durch ein Pfandrecht geschützten Forderungen ist offenbar im Interesse des Realcredits, dem die Bestimmungen des römischen Pfandrechts schon an sich wenig genügen, von Justinian unterlassen worden.

18) Rig. St. R. B. II. Cap. 32. § 15.

19) d. h. nachdem (wie in dem vorhergehenden § 14 bestimmt wird) das Kastenpfand, um welches es sich hier ausschließlich handelt, dreimal zur Erhaltung der Execution öffentlich aufgeboten und daß solches geschehen, dem Schuldner notificirt worden war. Zu vergl. Bunge's lib- und estländisches Privatrecht, 2. Aufl. 1847, Bb. 1. § 147. Anm. 8.

gerichtliche Taxation des Pfandes anhalten, und wenn die Taxa, wozu der anwesende Debitor gleichfalls citirt werden muß, ergangen, um einen Terminum, den Schuldner zur Einlösung des Pfandes, anzusehen oder in Entstehung dessen, um die Angabe desselben, in solutum, so weit es taxirtermassen reicht, bitten. Worauf der Vogt sechswöchentliche Frist dem Schuldner zur Reluition präfigiren und folgendes dem Gläubiger die gebethene Hülfe, mit Zuerkennung des Pfandes, auf die unabgelegte Rente, a 6 de centum gerechnet, und das Capital, ohne fernern Versuch leisten soll²⁰.

Bei genauerer Erwägung dieser Bestimmung ergibt sich aber, daß die darin erwähnte „Angabe des Pfandes in solutum“ sich in der That gar nicht auf das beneficium dationis in solutum bezieht, vielmehr nur auf das Recht des Pfandgläubigers hinweist, den richterlichen Zuschlag der Pfandsache fordern zu dürfen.

Eine weitere Beschränkung der Rechtswohlthat erwähnen wir hier nur beiläufig. Sie betrifft die Wechselschuld, bei der dem Begriff und der Natur des Wechsels entsprechend, von einer Hingabe an Zahlungsstatt wider den Willen des Wechselgläubigers keine Rede sein kann²⁰).

2) Der Schuldner darf ferner kein baares Geld besitzen und die Herbeischaffung von Geldmitteln muß für ihn nicht bloß mit Schwierigkeiten und Verlusten verknüpft sein, sondern ihn geradezu in die Lage versetzen, seine Insolvenz zu erklären. Nur die drohende Gefahr des Concursets soll ihm einen Anspruch auf das beneficium dationis in solutum gewähren und selbst diese nicht unter allen Umständen. Da es sich

20) Zu vergl. auch Leyser's Meditationes ad Pandectas, 1744 Bd. 7. S. 964 fgg., Holzschuber Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Bb. 2. Abth. 2. 1847. S. 179.

nämlich um eine Rechtswohlthat handelt, so hat man in der Theorie die Beschränkung hinzugefügt: der Schuldner müsse zugleich in der Lage sein zur Güterabtretung (*cessio honorum*) greifen zu dürfen²¹). In der Novelle 4 ist diese Beschränkung allerdings nicht direkt ausgesprochen, sie folgt aber aus dem Gedankengang des Kaisers²²). Justinian bemüht sich nämlich seine das Recht des Gläubigers verletzende Verordnung zu rechtfertigen, indem er darauf hinweist, wie der Schuldner, auch wenn er ihm das *beneficium dationis in solutum* nicht ertheilt hätte, dennoch mittelbar deren Vortheile dadurch zu erlangen im Stande wäre, daß er sich zur Güterabtretung an seine Gläubiger bereit erklärt. Man hat hieraus mit gutem Grunde geschlossen, daß wenn die Hingabe an Zahlungsstatt ein Surrogat der Güterabtretung bilden sollte²³), nothwendigerweise auch deren Voraussetzung gegeben sein müsse. Als eine solche gilt aber, daß der Schuldner ohne seine Schuld insolvent geworden sein muß²⁴).

Das Provinzialrecht der Ostseegouvernements hat sich dieser Auffassung angeschlossen und bestimmt demgemäß in dem Artikel 3519:

„Gewissenlose Schuldner haben auf die im Art. 3518 angegebene Begünstigung ebensowenig Anspruch, als solche, welche aus unerlaubten Handlungen zu einer Leistung verpflichtet sind.“

21) *Marejoll a. a. D. S. 233. Sintenis practisches gemeines Civilrecht, 2. Aufl. Bd. 2. 1861. S. 149, zu vergl. auch Strzyt a. a. D. S. 172 fg.*

22) Gegen diese restrictive Interpretation der Novelle hat sich neuerdings Windscheid ausgesprochen in dem Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2. Abth. 1. 1865. S. 259. Anm. 12.

23) Zu vergleichen übrigens Anm. 10.

24) Unter den neuern Juristen hat sich namentlich auch Kömer a. a. D. S. 169 gegen die obige Argumentation erklärt; er gelangt jedoch auf einem andern Wege gleichfalls zu dem Resultate, daß dem Delictschuldner die Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt versagt sei.

Beruft sich aber der Schuldner auf die drohende Gefahr des Concurfes, um der Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt theilhaft zu werden, so muß er natürlich erforderlichen Falles den Nachweis der Gefahr liefern. Zu diesem Behufe hat er einen genauen status actiuyus et passivus dem Gericht zur Einsicht vorzulegen. In Curland soll er in solchem Falle eiblich erhärten, daß er kein baares Geld im Vermögen habe²⁵⁾.

3) Der Gläubiger muß, nachdem der Schuldner die Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt beansprucht hat, sich zu einem Zahlungsausschub nicht bereit erklären, sondern auf der sofortigen Befriedigung seiner Forderung bestehen. Ist daher der Gläubiger dem Schuldner Stundung zu gewähren bereit, so kann er von diesem zu einer Aufhebung des Schuldverhältnisses auf dem Wege der datio in solutum nicht gezwungen werden²⁶⁾.

§ 2.

Nach der Absicht des Kaisers Justinian sollte die Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt nur auf die Immobilien des Schuldners ihre Wirkung äußern. Nichts desto weniger hat man sie aber von jeher auch auf die Mobilien, ja sogar auf die ausstehenden Forderungen des Schuldners ausgedehnt, obgleich — von dem Entstehungsgrunde des Gesetzes ganz abgesehen — schon der Wortlaut der Novelle eine Ausdehnung der Rechtswohlthat auf das gesammte Vermögen

25) Zu vergl. Anm. 1. zu Art. 3518 des provinziellen Privatrechts. Die Bestimmung stützt sich auf § 133 der curländischen Statuten: „Aliud pro alio, merces nempe aut frumentum pro pecunia creditori obtrudi non potest, nisi tanta sit inopia debitoris, ut pecunia destituatur, id quod jurejurando comprobandum est.“

26) Zu vergl. Marcjoll a. a. D. S. 235 fg. und insbesondere Römer a. a. D. S. 168 fg. In dem Provinzialrecht der Ostseegouvernements weisen auf dieses Erforderniß die Worte des Art. 3518 hin: „wenn er (der Gläubiger) auf Zahlung bringt.“

des Schuldners verbietet.²⁷⁾ Justinian betont nämlich ausdrücklich den Umstand, daß der Schuldner zwar Immobilien besitze, dagegen weder baares Geld, noch andere bewegliche Sachen im Vermögen habe.²⁸⁾ Der Gedankengang des Kaisers ist dabei offenbar der, daß die Rechtswohlthat nicht Platz greifen solle, wenn der Schuldner bewegliche Sachen besitze oder mit anderen Worten, daß hinsichtlich der beweglichen Habe des Schuldners die allgemeinen Regeln des Executionsverfahrens in Kraft verbleiben sollen. Hätte der Kaiser in der That für die Mobilien und Immobilien des Schuldners dieselben Normen festsetzen wollen, so würde er beide dem baaren Gelde gegenüber gestellt haben. Es ist dieß aber nicht geschehen und ebenso wenig werden die beweglichen Sachen an der Stelle des Gesetzes erwähnt, welche von der Taxation der an Zahlungsstatt gegebenen Gegenstände spricht²⁹⁾.

27) Zur Zahl der Schriftsteller, welche die Rechtswohlthat auf die Immobilien des Schuldners beschränkt wissen wollen gehören: Thibaut System des Pandektenrechts, 9. Aufl. Bd. 1. 1846. S. 485, Unterholzner Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen Bd. 1. 1840. S. 364, Gößchen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Bd. 2. Abth. 2. 1839. S. 124, Windscheid a. a. D. S. 259. Anm. 12., Römer a. a. D. S. 170 fg.

28) Die Worte der Novelle lauten: *ei γάρ τις δανείσειε χρυσίον, τῆ τοῦ δεδανεισμένου περιουσίᾳ πιστεύων, ὃ δὲ εἰς ἔκτισιν χρυσίου μὲν οὐκ εὐποροίη, περιουσίαν δὲ ἀκίνητον ἔχοι, ὃ δανειστής δὲ ἐπιπέτοιο καὶ χρυσίον πάντως ἐπιζητοίη, τῷ δὲ οὐκ εἴη πρόχειρον, οὐδέ τις κινήτῃ περιουσίᾳ* (si quis enim debitoris facultatibus fidem habens mutuum pecuniam dederit, hic vero pecuniam restituere nequeat, bona autem immobilia habeat et creditor urget atque pecuniam omnino efflagitet, huic autem in promptu non sit, neque ulla res mobilis).

29) Justinian erwähnt allerdings die bewegliche Habe des Schuldners in der Novelle 4 noch in einem andern Zusammenhang. Er erklärt nämlich im Hinblick auf den Gläubiger, der zur Annahme der Immobilien an Zahlungsstatt verpflichtet wird: *ταύτην γὰρ ἔχειν παραψυχὴν, ὅτιπερ εἰ καὶ χρυσίον οὐκ εἴληφεν, ἢ ἕτερα τῶν φέρεσθαι δυναμένων πραγμάτων, ἀλλ' ἔξεστω ἀνατῶν κτήσων οὐ φάβλην ἔχειν* (hoc ei solatio sit, quod licet pecuniam vel alias res mobiles non consecutus fuerit, rem tamen non inutilem illi habere liceat). Der Kaiser denkt hier an die

Was sodann die ausstehenden Forderungen des Schuldners betrifft, so werden diese in der Novelle nicht einmal genannt.

Die Ausdehnung der Rechtswohlthat auf die beweglichen Sachen des Schuldners ist bereits in der Epitome Juliani versucht worden, indem der Inhalt der Novelle darin mit den Worten wiedergegeben wird :

Si quis pecuniam mutuaverit, debitor autem pecuniam non habuerit, quam daret, rem mobilem creditori praestet, si habet. Sin autem rem mobilem non habeat, tunc immobilem rem suam, si habet, vendere debet et pecuniam debitam ex rei pretio solvere. Sin autem emtorem non inueniat, tunc praedium quod optimum habet, creditori suo praestet et actione, qua constrictus est, liberetur . . .

Die Auffassung Julian's hat eine gesetzliche Anerkennung in dem jüngsten Reichsabschied von 1654 gefunden. Derselbe bestimmt nämlich in dem § 172 :

. . . soll dem Debitori . . . frei stehen und zugelassen sein . . . auf den Fall er . . . bei diesen geldklemmen Zeiten keine baare Mittel hätte, noch erlangen könnte, durch Dargebung anderer beweg- und unbeweglicher Güter, anstatt baarer Bezahlung, (jedoch daß dem Creditori die Wahl nach besag

Möglichkeit, daß der Gläubiger bei dem Vorhandensein von Mobilien sich mit dem Schuldner dahin verständigt, dieselben an Zahlungsstatt anzunehmen. Er hat diese Möglichkeit sogar in einem frühern Satz direct ausgesprochen, wenn man mit Cujaciüs (Vd. 10. 1840. S. 578) lesen will: *δίδουμεν γάρ τῷ δανεισῆ βουλομένῳ καὶ κινητὰ πράγματα λαβεῖν ἀντὶ χρυσίου* (concedimus enim, ut creditor, si velit, etiam res mobiles pro pecunia accipiat). Die Handschriften und die Basiliken (XXVI. 2. 1.) haben freilich „*ἀκίνητα πράγματα*“. Nach dem Gedankengange des Kaisers muß aber wohl, wenn die betreffenden Worte nicht die trivialste Phrase enthalten sollen, mit Cujaciüs „*κινητὰ πράγματα*“ gelesen werden; zu vergl. auch Marezoll a. a. D. S. 238. Anm. 2., Baron a. a. D. S. 101. Gegen die Conjectur von Cujaciüs hat sich neuerdings Römer a. a. D. S. 172 erklärt.

gemeiner Rechten frei stehe) auf denselben vorübergehende, zwischen den vorigen und gegenwärtigen Zeiten auf das Mittel gestellte billige Schätzung abzulegen, der Creditor aber solche anzunehmen schuldig sein³⁰⁾.

Auf die ausstehenden Forderungen des Schuldners ist die Rechtswohlthat namentlich von den Glossatoren erstreckt worden, die daher auch kein Bedenken getragen haben, den Inhalt des dritten Capitels der vierten Novelle als Authentica: hoc nisi debitor der l. 16. C. de solutionibus et liberationibus 8. 43. beizufügen.

Unter den neuern Juristen haben sich namentlich Strypf³¹⁾, Mühlenbruch³²⁾, Buchta³³⁾ und Buchholz³⁴⁾ der Ansicht Julian's und der Glossatoren angeschlossen, während die übrigen Schriftsteller die Rechtswohlthat entweder auf die Immobilien beschränken³⁵⁾ oder höchstens auch auf die beweglichen Sachen erstrecken³⁶⁾.

Das Provinzialrecht der Ostseegouvernements dehnt die

30) Buchholz will den allgemeinen Ausdruck „bewegliche und unbewegliche Güter“ auch auf die Forderungen beziehen in Richter's kritischen Jahrbüchern, Bd. 23. 1848. S. 294. Dagegen spricht aber der in dem F. R. U. festgesetzte Taxationsmodus, der offenbar nur für Sachen paßt. Zu vergl. auch Marejoll a. a. D. S. 245 fg., Sintenis a. a. D. S. 150. Anm. 7.

31) a. a. D. S. 178.

32) Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Aufl. 1836. S. 435. Lehrbuch des Pandecten-Rechts, 4. Aufl. Bd. 2. 1844. S. 527. Anm. 5.

33) in Weiske's Rechtslexikon Bd. 2. 1844. S. 654.

34) Zu vergl. Anm. 30.

35) Zu vergl. Anm. 27.

36) Man vgl. z. B. Sintenis a. a. D. S. 150. Holzschuher a. a. D. S. 179, Seuffert praktisches Pandectenrecht, 4. Aufl. Bd. 2. 1863. S. 28. Anm. 4., Arndt's Lehrbuch der Pandecten, 5. Aufl. 1865. S. 358. Keller a. a. D. S. 509 spricht sich über die beweglichen Sachen zweifelhaft aus, zu vgl. Römer a. a. D. S. 172. Anm. 11.

Rechtswohlthat auf das gesammte Vermögen des Schuldners aus³⁷⁾).

§ 3.

Angeichts der Ausdehnung der Rechtswohlthat auf die beweglichen Sachen und ausstehenden Forderungen des Schuldners entsteht nothwendig die Frage: in welcher Ordnung die einzelnen Vermögensobjekte dem Gläubiger an Zahlungsstatt offerirt werden dürfen.

Betrachten wir zunächst das Verhältniß der beweglichen zu den unbeweglichen Sachen. Wir bemerkten oben (S. 62), daß nach der Absicht des Kaisers Justinian die bewegliche Habe des Schuldners den allgemeinen Exekutionsregeln unterliegen sollte. Hiernach müßte die Befriedigung des Gläubigers auch in diesem Falle vor allen Dingen aus den Mobilien und sodann erst aus den Immobilien des Schuldners erfolgen. Nur würde freilich der *modus procedendi* für die Mobilien ein anderer sein, als der für die Immobilien, doch können wir für die vorliegende Frage von dieser Verschiedenheit absehen. Das entscheidende Moment ist hier, daß nach der Absicht des Kaisers zunächst das bewegliche Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers dienen sollte. Wird daher die Rechtswohlthat auf die Mobilien des Schuldners ausgedehnt, so müssen diese nothwendig vor den Immobilien dem Gläubiger an Zahlungsstatt offerirt werden³⁸⁾).

37) Art. 3518.

38) Götschen beschränkt a. a. D. S. 124 die Rechtswohlthat richtig auf die Immobilien des Schuldners (s. oben Anm. 27.), irrt jedoch insofern, als nach seiner Ansicht, wenn der Schuldner bewegliche Sachen besitzt, diese nur Gegenstand einer freiwilligen Hingabe an Zahlungsstatt sein sollen. Weigert sich der Gläubiger die beweglichen Sachen seines Schuldners anzunehmen, so kämen sofort die Immobilien des letztern in Frage. Götschen's Auffassung ist sowohl in dem Falle unrichtig, wenn man die Rechtswohlthat, der Absicht des Kaisers Justinian entsprechend, auf die Immobilien des Schuldners beschränkt, als auch in dem Fall, wenn man dieselbe auf die beweglichen Sachen des Schuldners ausdehnt.

Was sodann die ausstehenden Forderungen des Schuldners betrifft, so kann die Beantwortung der Frage: welche Stelle denselben im Verhältniß zu dem übrigen Vermögen des Schuldners zukommen müsse, nach dem so eben Bemerkten nicht zweifelhaft sein. Gelten nämlich in Bezug auf die Rangordnung der beweglichen und unbeweglichen Sachen des Schuldners die allgemeinen Executionsregeln, so sind diese offenbar auch für die Schuldforderungen maßgebend³⁹⁾. Darnach müssen bei großjährigen Schuldnern die ausstehenden Forderungen desselben die letzte Stelle einnehmen, während bei minderjährigen Schuldnern zunächst die bewegliche Habe, sodann die ausstehenden Forderungen und zuletzt die Immobilien zu offeriren sind.

Was das Provinzialrecht der Ostseegouvernements anlangt, so könnte es nach dem unmittelbaren Wortlaut des Artikels 3518 scheinen, als ob die ausstehenden Forderungen des Schuldners zunächst und vorzugsweise zur Befriedigung des Gläubigers zu dienen hätten. Dieß ist jedoch nicht der Fall, wie sich sowohl aus einer Vergleichung des deutschen mit dem russischen Texte des dritten Bandes des Provinzialrechts, als auch aus dem Inhalt der zu dem Artikel 3518 allegirten Anmerkung des schwedischen Land- und Stadtrechts ergibt⁴⁰⁾.

Der russische Text des Provinzialrechts enthält nämlich die Bestimmung, daß der Gläubiger sich mit einer Abfindung durch eine andere Sache oder mit der Cession der dem Schuldner gehörigen Forderungen begnügen müsse und bezeichnet also die letzteren nur als möglichen, nicht als vorzüglichen Gegenstand der Rechtswohlthat⁴¹⁾. Die Anmerkung des schwedischen

39) L. 15. § 2. D. de re judicata. 42. 1., l. 5. § 9. D. de rebns eorum, qui sub tutela sunt. 27. 9. Bayer Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß, 8. A. 1856. S. 1109. Rcaud Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts, 1867. S. 458 fg.

40) Die übrigen zu Art. 3518 allegirten Quellen des Provinzialrechts enthalten keine direkte Beantwortung der vorliegenden Frage.

41) Der russische Text lautet: При обязательствахъ денежныхъ

Land- und Stadtrechts aber spricht es ganz direkt aus, daß Forderungen des Schuldners in der Regel an letzter Stelle zu offeriren sind⁴²).

§ 4.

Erklärt der von seinem Gläubiger gerichtlich belangte Schuldner, daß er von der Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt Gebrauch machen wolle, so hat das Gericht zunächst zu prüfen: ob die in § 1 bezeichneten Voraussetzungen der Rechtswohlthat in dem vorliegenden Fall vorhanden sind. Findet es nun, daß der Schuldner die Rechtswohlthat beanspruchen dürfe, so soll es nach der Bestimmung der Novelle 4 für eine genaue Taxation der sämtlichen Immobilien des Schuldners Sorge tragen⁴³). Ist dieselbe erfolgt, so sind dann die bessern Grundstücke nach ihrem Taxwerth dem Gläubiger bis zu dem Betrage seiner Forderung zu überlassen und zwar in der Weise, daß der Schuldner zugleich

кредиторъ, если оны будетъ настаивать на уплатъ, а между тѣмъ получение нужной для сего суммы посредствомъ продажи имущества должника повело бы къ несостоятельности послѣдняго, долженъ довольствоваться, въ видъ исключенія, принятиемъ вмѣсто денегъ другой вещи или переводомъ на него принадлежащихъ должнику требованій.

42) Not. c. p. 310. L. L. „Hierbei ist zu merken, daß der Richter keine Untersuchung, wie der Schuldner zu der Armuth gerathen sei, anstellen möge, wenn er selber gestehet und auch erweist, daß er bei Andern so viel Mittel ausstehen habe, womit die Creditores befriedigt werden können. Allermaßen Schulden auch wohl mit ausstehenden Schulden vergnügt werden können, wo keine andere Mittel zu finden sind. Ihre Königl. Majestät Resolut. auf N. Supplique den 16. Mai 1689.“

43) Der Jüngste Reichsabschied (zu vergl. oben S. 63.) spricht von einer „zwischen den vorigen und gegenwärtigen Zeiten auf das Mittel gestellten billigen Schätzung“. Nach dem Votum des Deutschmeisters, dem Niemand widersprach, sollte die Taxation durch arbitri ex utraque parte constitui erfolgen; zu vergl. Emminghaus corpus juris Germanici, 2. Aufl. 1844. S. 501. Anm. 1. Der in dem J. R. A. bezeichnete Zeitpunkt der Schätzung ist jedenfalls antiquirt, zu vergl. Kömer a. a. O. S. 177.

eine seinen Vermögensumständen entsprechende Caution für den Fall der Eviction der betreffenden Immobilien zu leisten verpflichtet ist.

Die Novelle enthält keine direkte Bestimmung darüber: ob das Gericht oder der Gläubiger die Grundstücke auszuwählen habe. Ihre Worte gestatten jedoch die Schlussfolgerung, daß das Wahlrecht dem Gläubiger zustehn solle. Die Novelle erklärt nämlich, daß es dem Gläubiger freigestellt werde eine brauchbare Sache zu haben (ἐξέσται ἀποφῶ κτήσιν οὐ φάυλην ἔχειν). Die Frage aber: welche Sachen, speziell welche Grundstücke des Schuldners den ökonomischen Bedürfnissen des Gläubigers entsprechen, kann natürlich nur von dem letzteren selbst entschieden werden⁴⁴⁾. Derselbe soll jedoch nach der weitem Bestimmung der Novelle überhaupt nur dann zur Annahme von Immobilien an Zahlungsstatt verpflichtet sein, wenn sich kein Käufer findet, der ein annehmlisches Gebot macht, also ein solches, das wenigstens die Höhe der gerichtlichen Taxation erreicht. Gelingt es daher dem Gläubiger einen solchen Käufer herbeizuschaffen, so muß ihn der Schuldner annehmen und ist zugleich gehalten, dem Gläubiger nach dem Ermessen des Gerichts (δοκιμασίᾳ τοῦ δικαστοῦ) Caution zu leisten, daß er den von dem Käufer zu zahlenden Kaufpreis zur Befriedigung des Gläubigers verwenden werde⁴⁵⁾. Einige Schriftsteller⁴⁶⁾ wollen übrigens

44) In diesem Sinn ist die Novelle auch von jeher aufgefaßt worden, zu vergl. z. B. Strzy a. a. D. S. 179, Marejoll a. a. D. S. 241, Mühlbruch Lehrbuch des Pandektenrechts § 465, Sintenis a. a. D. S. 150, Römer a. a. D. S. 173.

45) Unrichtig ist die von Ujaciüs a. a. D. S. 578. aufgestellte Behauptung, daß der Schuldner die betreffende Caution nicht dem Gläubiger, sondern vielmehr dem Käufer für den Fall der Eviction des gekauften Grundstücks zu leisten habe, zu vergl. Marejoll a. a. D. S. 239 fg. Römer a. a. D. S. 170.

46) Marejoll a. a. D. S. 239, Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. 1. 1844. S. 886.

nach dem Vorgange Julian's ⁴⁷⁾ dem Schuldner die Verpflichtung auferlegen, seine Immobilien zum Verkauf auszubieten, wenn er von der Rechtswohlthat Gebrauch zu machen beabsichtigt. Eine solche Verbindlichkeit des Schuldners ist jedoch in der Novelle nicht enthalten. Dieselbe bestimmt nur: der Schuldner dürfe seine Immobilien dem Gläubiger an Zahlungsstatt offeriren, wenn kein Käufer vorhanden sei ⁴⁸⁾, verpflichtet ihn also durchaus nicht zur Vornahme von Handlungen, in Folge deren sich etwa Käufer einstellen könnten.

Justinian erwähnt in der Novelle ausschließlich die Latzation der Immobilien, weil nach seiner Intention nur unbewegliche Sachen an Zahlungsstatt offerirt werden durften. Seitdem aber die Rechtswohlthat auf die Mobilien und Forderungsrechte des Schuldners ausgedehnt worden ist, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch bei diesen Vermögensobjekten ein analoges Verfahren zu beobachten sei. Es wird also auch hier, nachdem die betreffenden Objekte gerichtlich taxirt worden sind, der Gläubiger sich darüber zu erklären haben: welche Mobilien, beziehungsweise Forderungen er an Zahlungsstatt anzunehmen bereit sei. Findet sich aber ein annehmlicher Käufer, so wird dann in gleicher Weise der Schuldner seinem Gläubiger hinsichtlich der Kaufsumme Cautio zu leisten verbunden sein.

Was das Provinzialrecht der Dntseegouvernements betrifft, so bestimmt es in dem Artikel 3520:

„Wird in dem im Art. 3518 angegebenen Falle eine Sache ⁴⁹⁾ an Zahlungsstatt überlassen, so hat der Gläubiger die Wahl, welche von den vorhandenen Effecten des Schuldners er nach einer billigen Schätzung annehmen wolle. Er kann auch zur Annahme von unbeweglichen Sachen nur

47) Zu vergl. oben S. 63.

48) Nov. 4 . . . *ὁδὲ τις ἀνούμεως ἀκίνητα αὐτοῦ πράγματα παρείη* (immobilium ejus rerum ne emptor quidem adsit).

49) Der Ausdruck „Sache“ ist hier, wie die Verweisung auf Art.

genöthigt werden, wenn es an beweglichen fehlt und zu jenem sich kein annehmlicher Käufer findet.“

Das Provinzialrecht schreibt ähnlich wie der Jüngste Reichsabschied⁵⁰⁾ vor, daß eine billige Schätzung der Effecten des Schuldners stattfinden solle. Wer dieselbe vorzunehmen habe, ist dabei nicht besonders bestimmt und es müssen daher die allgemeinen Regeln über gerichtliche Schätzungen Anwendung finden. Das Wahlrecht wird dem Gläubiger zugesprochen, dagegen eine besondere Cautionspflicht des Schuldners nicht erwähnt, die somit nach provinziellem Recht als antiquirt betrachtet werden muß. Nach dem Wortlaut des Artikels soll der Gläubiger zur Annahme von Immobilien des Schuldners nur dann verbunden sein, wenn sich kein annehmlicher Käufer findet. Es fragt sich, ob diese Bestimmung auf die Immobilien des Schuldners zu beschränken oder auch auf die übrigen Vermögensobjekte desselben anzuwenden sei. Die Frage ist zu bejahen, da kein vernünftiger Grund vorliegt, weshalb der Gläubiger sich in einer ungünstigeren Lage befinden sollte, wenn der Gegenstand der Hingabe nicht Immobilien, sondern bewegliche Sachen oder Forderungsrechte des Schuldners bilden.

§ 5.

Ist ein Vermögensobjekt des Schuldners dem Gläubiger an Zahlungsstatt übergeben worden, so entsteht die Frage: welche juristische Wirkung die Hingabe habe.

In der Novelle 4 findet sich die Bemerkung, daß die bessern Grundstücke dem Gläubiger überlassen werden, die schlech-

3518 zeigt, in einem weitern Sinn gebraucht, bezieht sich also auch auf die Forderungsrechte des Schuldners.

50) Zu vergl. Num. 43.

tern aber nach Tilgung der Schuld (*μετὰ τὴν τοῦ χρέους λύσιν*) dem Schuldner verbleiben sollen. Die Hingabe wird hier also als eine Leistung zum Zwecke der Tilgung der Schuld aufgefaßt⁵¹). Diese tilgende Wirkung kommt der Hingabe aber nur in dem Falle zu, wenn die dem Gläubiger übergebenen Grundstücke in der That in das Eigenthum desselben gelangt sind. Ist dieß nicht der Fall, d. h. werden die betreffenden Grundstücke von einem Dritten evincirt, so gilt auch die Obligation als nicht getilgt. Dieselbe braucht daher nicht etwa erst wiederaufzuleben, wie manche Schriftsteller irrtümlich behauptet haben, indem sie von der Ansicht ausgingen, als ob durch die bloße Hingabe des Gegenstandes die Obligation sofort aufgehoben werde⁵²). Im Falle der Eviction kann somit der Gläubiger ohne Weiteres auf Zahlung der schuldigen Geldsumme klagen. In der That handelt es sich aber in diesem Augenblicke nicht bloß um die Erfüllung der Obligation, sondern zugleich um den Ersatz des Schadens, den der Gläubiger durch die Eviction erlitten hat. Auf diesen Ersatzanspruch bezieht sich namentlich die Cautio, die der Schuldner nach Justinian's Bestimmung seinem Gläubiger zu leisten verpflichtet ist⁵³).

Die dem Gläubiger zustehende Schadenersatzklage verfehlt diesen aber, obgleich er nicht Käufer des ihm übergebenen Gegenstandes ist, doch in eine dem letztern analoge Stellung, wie dieß von Ulpian in der l. 24 pr. D. de pigneraticia actione (13. 7.) direkt anerkannt wird, wenn er dem Gläubiger im Falle der Eviction eine utilis ex emto actio gegen den

51) So einfach diese Auffassung der Hingabe an Zahlungsstatt (oder auf beiderseitiger Uebereinkunft sowohl, als der auf gesetzlicher Anordnung beruhenden) auf den ersten Blick erscheint, so ist sie in der Theorie doch nicht zur allgemeinen Geltung gelangt. Es ist das Verdienst von Römer in der mehrfach citirten Schrift, dieselbe zuerst in gründlicher Weise beleuchtet zu haben, a. a. D. S. 2 fgg.

52) Zu vergl. Römer a. a. D. S. 85.

53) Zu vergl. oben S. 68.

Schuldner einräumt⁵⁴⁾). Allerdings faßt der Jurist zunächst einen solchen Gläubiger in's Auge, der auf Grund einer freiwilligen Uebereinkunft mit seinem Schuldner einen Gegenstand an Zahlungsstatt angenommen hat, jedoch ist zwischen diesem Gläubiger und demjenigen, dem der Gegenstand auf Grund der Rechtswohlthat übergeben wurde, in dem vorliegenden Fall eine materielle Verschiedenheit nicht vorhanden. —

Wird aber dem Gläubiger ein Immobil an Zahlungsstatt hingegeben, so kann möglicher Weise der Werth desselben die Höhe der Schuldsomme nicht erreichen. In diesem Fall tritt dann auch nur eine theilweise Tilgung der Schuld ein und bleibt also die Obligation für den Rest der Letztern bestehen. Es ergibt sich dieß theils aus dem Wortlaut der Novelle 4, indem in derselben ausdrücklich betont wird, daß die Hingabe der Grundstücke je nach dem Betrage der Schuld (*πρὸς ἀναλογία τοῦ χρέους*) zu erfolgen habe, theils aus der Analogie der *cessio honorum*, auf welche Justinian in seinem Gesetze selbst hinweist⁵⁵⁾). Auch bei der *cessio honorum* bleibt nämlich in dem vorliegenden Fall die Obligation für den Rest der Schuld in Wirksamkeit⁵⁶⁾.

Der Taxwerth des an Zahlungsstatt hingegebenen Immobils kann aber auch den Betrag der Forderung übersteigen. Marcjoll glaubt, daß der Gläubiger in solchem Fall den Mehr-

54) Ulpianus libro XXX ad Edictum. Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contrariam pigneraticiam? Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. Immo utilis ex emto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfaciat vel in quantum ejus intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agatur.

55) Zu vergl. oben S. 60.

56) L. 7. D. de cessione honorum 43. 3; l. 1. C. qui bonis cedere possunt. 7. 71. Zu vergl. Stryk a. a. D. S. 186, Marcjoll a. a. S. 243. fg., Wöner a. a. D. S. 175.

betrag dem Schuldner auszuführen verpflichtet sei⁵⁷⁾). Diese Ansicht ist jedoch zu verwerfen, weil dadurch der Gläubiger leicht seinem eignen Schuldner gegenüber in dieselbe Lage gerathen könnte, in welcher der letztere sich augenblicklich befindet. Es kann sich daher, wie Römer richtig bemerkt, hier nur um ein Miteigenthum zwischen dem Gläubiger und Schuldner je nach dem Verhältniß der Größe der Forderung und des Tagwerthes des Immobils handeln⁵⁸⁾).

Wir haben zunächst die Wirkungen der Hingabe an Zahlungsstatt in Beziehung auf die Immobilien betrachtet. Diese Wirkungen müssen aber offenbar auch in dem Falle Platz greifen, wenn es sich um die Hingabe beweglicher Sachen des Schuldners handelt. Wie aber, wenn nicht Sachen, sondern ausstehende Forderungen des Schuldners in Frage kommen? Hat hier der Schuldner nur für die Verität oder auch für die Bonität der cedirten Forderung einzustehen? — Da die Cession in diesem Fall nicht auf der freien Uebereinkunft zwischen dem Gläubiger und Schuldner beruht, sondern auch gegen den Willen des Gläubigers auf Grund des Gesetzes eintritt, so kann der letztere unmöglich verpflichtet werden das periculum nominis zu übernehmen. Die Cession kann daher nur unter der Voraussetzung die Tilgung der Schuld herbeiführen, daß der debitor cessus im Augenblick der Cession auch in der That zahlungsfähig war⁵⁹⁾).

Wenden wir uns schließlich zu dem Provinzialrecht der Ostseegouvernements, so enthält dieses in dem Art. 3521 die Bestimmung:

57) Marejoll a. a. D. S. 243.

58) Römer a. a. D. S. 175 fg.

59) Zu vergl. Puchta in Weiske's Rechtslexikon Bd. 2. 1844. S. 654, Römer a. a. D. S. 174. Anderer Ansicht ist Mühlentbruch in der Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 1836. S. 624 fgg.

„Die Ueberlassung an Zahlungsstatt ist in ihren Wirkungen nach den Vorschriften über den Kaufcontract zu beurtheilen.“

Der Artikel bezieht sich nach den ihm beigelegten Quellen-citaten sowohl auf den Fall, wenn Sachen an Zahlungsstatt hingegeben, als auch auf den, wenn ausstehende Forderungen des Schuldners dem Gläubiger cedirt werden.

Handelt es sich nun um die Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt, so stimmt das Provinzialrecht vollständig mit der gemeinrechtlichen Theorie überein. Auch nach dem provinziellen Recht gilt die bloße Hingabe der Sachen nicht schon als Tilgung der Schuld, vielmehr kann der Gläubiger, wenn die Sachen von einem Dritten evincirt werden, gleichwie der Käufer Ersatz wegen des dadurch erlittenen Schadens verlangen. Dagegen weicht das Provinzialrecht allerdings hinsichtlich der Wirkungen der Cession ausstehender Forderungen des Schuldners von der oben (S. 73.) vertheidigten Ansicht ab. Nach der Bestimmung des Artikels 3521 sollen nämlich auch für diesen Fall die Vorschriften über den Kaufvertrag gelten oder mit anderen Worten: die Cession ausstehender Forderungen des Schuldners auf Grund der Rechtswohlthat soll dieselben Wirkungen äußern, wie die Cession einer Forderung auf Grund einer freiwilligen Uebereinkunft der Contrahenten. Da nun aber gemäß Art. 3481 des Provinzialrechts der Ostseegouvernements der Cessionar in solchem Fall das *periculum nominis* zu tragen hat, so wird also hier der Gläubiger einer gleichen Verbindlichkeit unterliegen. Diese ungünstige Stellung des Gläubigers nach provinziellem Recht kann freilich in der Praxis nur dahin führen, daß derselbe ausstehende Forderungen seines Schuldners nur ausnahmsweise als Zahlungsmittel beanspruchen wird.

Menkow.

IV.

Die Friedensrichter als Strafrichter

nach russischem Recht.

Durch die Gerichtsordnungen vom 20 November 1864 sind in Rußland zwei Arten richterlicher Behörden eingeführt worden: 1) die allgemeinen Gerichte (общія судебныя мѣста), zu denen Bezirksgerichte (окружные суды) und Gerichtshöfe (судебныя палаты); 2) die Friedensgerichte (мировыя учрежденія), zu denen Friedensrichter (мировые судьи) und Friedensversammlungen (мировые съезды) gehören. Gegenstand unserer Betrachtung werden die Gerichte der zweiten Art die Friedensgerichte sein, in Bezug auf ihre Organisation, den Umfang ihrer Zuständigkeit in Strafsachen und das Verfahren in solchen.

1. Organisation der Friedensgerichte.

Abweichend von den Bestimmungen sämtlicher neueren Proceßordnungen über die Stellung der Einzelrichter, denen die Aburtheilung geringfügiger Strafsachen übertragen ist, bilden die Friedensgerichte der russischen Proceßordnung ein selbständiges, in sich abgeschlossenes System von zwei Instanzen. In erster Instanz urtheilt der Friedensrichter als Einzelrichter.

Zur Vornahme gerichtlicher Handlungen ist er weder an die Hinzuziehung eines Protokollführers, noch in außerordentlichen Fällen an sein gewöhnliches Amtsklokal gebunden. Bittschriften muß er zu jeder Zeit und an jedem Orte entgegennehmen. Die zweite Instanz bildet die Friedensversammlung, ein Collegium bestehend aus sämtlichen Friedensrichtern eines Friedensbezirkes (мировой округъ). Der Friedensbezirk fällt mit der allgemeinen Administrativ-Eintheilung, dem Kreise, zusammen, aus dieser Regel giebt es nur geringfügige Ausnahmen.

Der Friedensrichter wird zu seinem Amte auf drei Jahre durch Wahl der örtlichen Kreislandtschaftsversammlung berufen und tritt sein Amt an, nachdem er unmittelbar nach der Wahl den Amtseid geleistet hat¹⁾. Die Bestätigung seitens des Senats hat in Folge dessen nur die Bedeutung einer Prüfung der Rechtsbeständigkeit der Wahl. Während der 3 Jahre, auf welche er gewählt ist, kann der Friedensrichter nur mit seiner Einwilligung versetzt, nur auf seine Bitte entlassen, nur bei der Uebergabe an das Criminalgericht von seinem Amte suspendirt und nur durch Gerichtsurtheil von seinem Amte entfernt oder abgesetzt werden. In Beziehung auf seine amtliche Stellung, Verantwortlichkeit u. s. steht er den Gliedern der allgemeinen Gerichte völlig gleich und finden auf ihn die allgemeinen Regeln Anwendung, die wir daher an dieser Stelle nicht weiter erörtern wollen.

Die Friedensrichter sind entweder Districtsfriedensrichter (участковые мировые судьи) oder Ehrenfriedensrichter (почетные мировые судьи). Die Zahl der letzteren hängt von der Bestimmung der Landtschaftsversammlung ab, die Zahl der ersteren bestimmt sich nach der Zahl der Districte

1) Учреждение судебныхъ установлений. ст. 36 . . . Вновь избранныя лица принимаютъ присягу и допускаются къ исправленію своихъ должностей.

(участки), in welche ein Friedensbezirk (мировой округ) oder Kreis auf gesetzgeberischem Wege eingetheilt worden ist. Gemäß einem Reichsrathsgutachten vom 27. März 1867 sollen jedoch die Landschaftsversammlungen die Districtsfriedensrichter in größerer Anzahl wählen, damit, im Falle vorzeitiger Vacanzen, solche für die übrige Zeit des Trienniums durch die Ueberzähligen besetzt werden können und nur ausnahmsweise eine unmittelbare Besetzung vacanter Friedensrichterposten durch den Senat nöthig werde. In St. Petersburg sollen nach einem Allerh. best. Reichsrathsgutachten vom 11. December 1867 außer den Districts- und Ehrenfriedensrichtern noch Ergänzungs-Friedensrichter (добавочные мировые судьи) gewählt werden können, als Stellvertreter der Districtsfriedensrichter im Behinderungsfalle oder zur Unterstützung derselben bei Ueberhäufung mit Districts-Sachen. Sie erhalten Gage aber keine Cancellieelder. Die Vertheilung der Districte unter die gewählten Districtsfriedensrichter hängt von der Versammlung sämmtlicher Friedensrichter ab, ebenso die Ordnung der Stellvertretung im Falle der Behinderung oder Ablehnung eines Districtsfriedensrichters.

Die Stellung der Ehren- und Districts-Friedensrichter ist im allgemeinen eine gleichberechtigte, daher ist auch die Fähigkeit zur Bekleidung des Richteramtes für beide zunächst von gleichen Bedingungen abhängig gemacht. Die erste Bedingung ist unbescholtener Lebenswandel. Das Gesetz formulirt diese Forderung nicht positiv, sondern zählt diejenigen Umstände auf, durch welche Jemand zur Bekleidung dieses Amtes unfähig wird.

Art. 21 des Statuts der Gerichtsbehörden lautet²⁾:
 „Friedensrichter können nicht sein:

2) Учрежденіе судебныхъ установленій. ст. 21. Мировыми судьями не могутъ быть:

1. состоящіе подъ слѣдствіемъ или судомъ за преступленія или проступки, а равно и подвергшіеся, по судебнымъ приговорамъ,

1) Personen die für Verbrechen oder Vergehen in Untersuchung oder unter Gericht befindlich, ebenso nach gerichtlichem Urtheil für widergesetzliche Handlungen mit Gefängnißhaft oder schwerer bestraft, oder wegen Verbrechen und Vergehen, die solche Strafe nach sich ziehen, vom Gerichte nicht freigesprochen sind.“

In Beziehung auf den letzten Satz dieses Punktes ist zu bemerken, daß unter dem Ausdrucke не оправданы судебными приговорами zu begreifen sind sowohl solche, welche auf Grund des früheren Verfahrens unter Verdacht der Begehung eines Verbrechens belassen worden sind, als auch solche, gegen welche auf Grund der neuen Proceßordnung die Anklage erhoben ist und das gerichtliche Verfahren stattgefunden hat, aber das Urtheil nicht gefällt werden konnte, weil z. B. Verjährung eingewandt wurde. Diejenigen denen eine der obenerwähnten Strafen auf dem Gnadenwege erlassen worden ist, sind jedenfalls vom Richteramte ausgeschlossen, da sie verurtheilt worden sind.

2) „Personen die durch Gerichtsurtheil aus dem Dienste, oder wegen Laster aus dem geistlichen Stande, oder aus Gemeinden oder Adelscorporationen auf Beschluß dieser Corporationen ausgeschlossen sind;“

3) „für zahlungsunfähig Erklärte;“

Durch Punkt 3 werden nicht bloß leichtsinnige Banquerotteure (несостоятельность неосторожная), sondern dem Wortlaute

за противозаконныя дѣянія, заключенію въ тюрьмѣ, или иному болѣе строгому наказанію, и тѣ, которые бывъ подъ судомъ за преступленія или проступки влекущіе за собою такія наказанія, не оправданы судебными приговорами ;

2. исключенные изъ службы по суду или изъ духовнаго въдомства за пороки, или же изъ среды обществъ и дворянскихъ собраній по приговорамъ тѣхъ сословій, къ которымъ они принадлежатъ.

3. объявленные несостоятельными должниками и

4. состоящіе подъ опекою за расточительность.

des Gesetzes gemäß auch solche Personen als vom Richteramte ausgeschlossen zu betrachten sein, die unverschuldet, nur durch unglückliche Umstände in Zahlungsunfähigkeit verfallen sind (несостоятельность несчастная), wenn nur überhaupt eine Insolvenzerklärung durch ein Gericht oder früher auch durch die Gouvernementsregierung erfolgt ist. Ebenso fallen unter die im Gesetze angenommene Bezeichnung solche die nach der Insolvenzerklärung einen Accord geschlossen haben.

4) „unter Curatel stehende Verschwender.“ Hier werden der Fassung des Gesetzes nach als vom Richteramte ausgeschlossen zu betrachten sein, nicht die für Verschwender erklärt worden sind und unter Curatel gestanden haben, sondern nur die, die noch unter Curatel stehen.

Die angeführten Umstände machen zur Bekleidung eines Richteramtes unfähig. Ein Richter, welcher in eine der erwähnten Lagen geräth, wird durch Beschluß der Allgemeinen Versammlung der Cassationsdepartements seines Amtes für verlustig erklärt³⁾. In den Artt. 295 und 296 des Statuts der Gerichtsbehörden ist nur einer der obenerwähnten Fälle der Unfähigkeit zum Richteramte angeführt, die Insolvenzerklärung, außerdem sind aber noch zwei weitere Fälle bezeichnet, in denen ein Spruch der Allgemeinen Versammlung der Cassationsdepartements über die Zulässigkeit des Verbleibs im Richteramte erfolgen muß: Bestrafung in Folge eines strafgerichtlichen Urtheils,

3) Учрж. судеб. уст. 295. Когда судья, за преступление или проступокъ, не относящійся къ службѣ, будетъ въ уголовномъ порядкѣ подвергнутъ какому либо взысканію или наказанію, хотя бы и не соединенному съ потерей права на службу, то обстоятельство это передается на обсужденіе общаго собранія кассационныхъ департаментовъ сената, которое, потребовавъ объясненіе отъ сего судьи можетъ, смотря по обстоятельствамъ, постановитъ объ удаленіи его отъ должности. 296. Правило 295 ст. распространяется также на судей, подвергшихся личному задержанію за долги, или же объявленныхъ, въ установленномъ порядкѣ, несостоятельными должниками.

wegen einer nicht dienstlichen widergesetzlichen Handlung, mit einer geringeren Strafe als die sind, welche den Verlust des Rechts zu dienen (hier wol so viel als: ein richterliches Amt zu bekleiden) nach sich ziehen und Verurtheilung zur Schuldhaft. Vergleicht man die drei Artikel 21, 295 und 296 mit einander, so scheint aus denselben gefolgert werden zu müssen, daß auch in allen im Art. 21 erwähnten Fällen eine Vorstellung an dieses höchste Collegium zu richten sei. Handelt es sich um ein leichtes Dienstverbrechen oder Vergehen, so ist ein solcher Bericht und eine besondere Entscheidung der Allgemeinen Versammlung der Cassationsdepartements unnöthig, da im Disciplinarverfahren das betreffende Gericht selbst im Urtheile darüber zu erkennen hat, ob der Richter, abgesehen von der Strafe, von seinem Amte zu entfernen sei. Handelt es sich um ein schweres Dienst- oder anderes Verbrechen, so liegt in der Verurtheilung zu einer Strafe, die den Verlust des Dienstrechtes (als Richter) ohne weiteres nach sich zieht, auch die Absetzung ausgesprochen und wird wol in jedem Urtheil auch ausgesprochen werden, so daß gleichfalls eine besondere Verfügung der Allgemeinen Versammlung der Cassationsdepartements unnöthig ist. Nur wenn Verurtheilung zu einer geringeren Strafe erfolgt, wird eine besondere Entscheidung herbeizuführen sein.

Ueber das Verfahren, welches bei der Herbeiführung solcher Entscheidungen einzuschlagen wäre, ist nur gesagt, daß der davon Betroffene von der Allgemeinen Versammlung der Cassationsdepartements angehört werden muß. Eingeleitet wird das Verfahren, nach Analogie des Art. 272 des Statuts der Gerichtsbehörden, vom Präsidenten des Gerichts, also — da wir es nur mit Friedensrichtern zu thun haben — der örtlichen Friedensversammlung, unmittelbar oder auf den Antrag des Procureurs.

Nicht gerade für unfähig zum Amte des Friedensrichters, aber für nicht befugt zur Uebernahme eines solchen erklärt das

Госезъ дие Геистлихен*), weil dieses Amt mit den Pflichten, welche ihnen ihre Stellung auferlege, unvereinbar sei. In Folge dessen sind vom Friedensrichteramte auch die Kirchendiener ausgeschlossen, da sie sonst richterliche Gewalt über dieselben Geistlichen ausüben würden, denen sie in der geistlichen Hierarchie untergeordnet sind.

Außer den erwähnten absolut nothwendigen Bedingungen der Fähigkeit zur Bekleidung des Friedensrichteramtes stellt das Gesetz noch andere Anforderungen, denen der Regel nach genügt werden muß, von denen aber doch ausnahmsweise der Einzelne dispensirt werden kann⁴).

Es können zu Friedensrichtern gewählt werden diejenigen aus den örtlichen Bewohnern, welche folgende Bedingungen vereinigen:

1) Ein Alter von 25 Jahren.

2) Bildung in einer mittleren oder höheren Lehranstalt oder Zeugniß über eine entsprechende Prüfung oder 3 jährigen Dienst in einem Amte, wo praktische Erfahrung im gerichtlichen Verfahren erworben werden konnte.

3) Grundbesitz, wenn auch an verschiedenen Orten,

4) Суд. уст. съ излож. разсужд. III. С. 46. Art. 22.

5) Учрж. суд. уст. ст. 19. Въ мировые судьи могутъ быть избираемы тѣ изъ мѣстныхъ жителей, которые: 1) имѣютъ не менѣе 25 лѣтъ отъ роду; 2) получили образование въ высшихъ или среднихъ учебныхъ заведенiяхъ, или выдержали соответствующее сему испытанiе, или же прослужили не менѣе 3 лѣтъ въ такихъ должностяхъ, при исправленiи которыхъ могли прiобрѣсти практическiя свѣдѣнiя въ производствѣ судебныхъ дѣлъ; 3) если при томъ они сами или ихъ родители или жены, владѣютъ, хотя бы и въ разныхъ мѣстахъ: или пространствомъ земли вдвое противъ того, которое опредѣлено для непосредственнаго участiя въ избранiи гласныхъ въ уѣздныя земскiя собранiя, или другимъ недвижимымъ имуществомъ цѣною не ниже 15,000 р., а въ городахъ недви. собственностью, отдѣленною, для взиманiя налога: въ столицахъ не менѣе 6000 р., въ прочихъ городахъ не менѣе 3000 р.

auf dem Lande nach Dessätinen doppelt so umfangreich als zur Theilnahme an den Wahlen zur Landschaftsversammlung berechtigt, oder im Werthe von 15,000 Rbl., in den Residenzen im Werthe von 6000 Rbl., in allen übrigen Städten von 3000 Rbl.

Die Bedeutung der Forderung eines bestimmten Alters, einer gewissen Bildung ist ohne weiteres verständlich. Die Forderung des Grundbesitzes nach einem gewissen Censur, soll wohl bezwecken, daß nur Unabhängige, Selbständige und solche gewählt werden, denen die örtlichen Verhältnisse, Personen und Zustände bekannt sind, denn da wo andere Garantien hiefür vorliegen, wird diese nicht verlangt. So können diejenigen, welche das öffentliche Vertrauen und die öffentliche Achtung durch Verdienste und nützliche Thätigkeit erworben haben, bei Einstimmigkeit der Landschaftsversammlung, zu Friedensrichtern gewählt werden, wenn sie auch den obigen drei Anforderungen nicht Genüge leisten⁶⁾. Im Gesetze und in den Motiven wird solches direct ausgesprochen⁷⁾. So sagt Artikel 19 der Gerichtsorganisation, der die Bedingungen der Wahlfähigkeit feststellt, ausdrücklich: Въ мировые судьи могутъ быть избираемы тѣ изъ мѣстныхъ жителей и. (vgl. oben). Im Art. 27. ist gesagt, daß in die Liste der Candidaten für das Friedensrichteramt eingetragen werden sollen: 1) alle bisherigen Friedensrichter und 2) alle anderen Personen, die zum Kreise gehören und auf Grund der Artikel 19 bis 22 fähig sind zur Bekleidung des Amtes⁸⁾.

Ebenso unzweideutig heißt es in den Motiven: „Zu Frie-

6) Учр. с. уст. ст. 34.; Reichsrathsgutachten vom 5. Febr. 1867.

7) Суд. уст. съ излож. разсуд. III. С. 25, 28, 29, 50.

8) Учр. с. у. ст. 27. Въ списокъ сей вносятся: 1) все состоящие въ должности мировыхъ судей, 2) все прочія лица, числящиеся по уѣзду и имѣющія, на основаніи стт. 19—22, право на занятіе должности мирового судьи.

denrichtern können nur örtliche Grundbesitzer gewählt werden, deren Immobilien eine bestimmte Einnahme geben. Sie müssen vornämlich für die Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung sorgen, daher ist es nothwendig, daß sie aus den örtlichen Bewohnern ernannt werden, denen nicht nur ihr Bezirk vollständig bekannt ist, sondern die auch ein eigenes Interesse an der Aufrechterhaltung der allgemeinen Ruhe und Ordnung haben.“

Durch ein Reichsrathsgutachten vom 18. März 1866 ist jedoch ausgesprochen, daß in Beziehung auf den Ausdruck „Grundbesitz an verschiedenen Orten“ im §. 3 des Art. 19, weder aus dem Gesetze selbst, noch aus den Erwägungen des Reichsraths, welche dem Gesetze zu Grunde liegen, gefolgert werden könne, daß bloß Grundbesitz in verschiedenen Kreisen eines und desselben Gouvernements gemeint sei. Im Gegentheile der buchstäbliche Sinn beweise, daß der Ausdruck „Grundbesitz an verschiedenen Orten“ sich auf alle Gegenden des Reiches beziehe. Diese buchstäbliche Erläuterung entspreche auch vollkommen dem Zwecke des Gesetzes. Im Interesse der Sache und der erfolgreichen Durchführung der Justizreorganisation würde, je weiter der Kreis aus dem die Friedensrichter gewählt werden könnten ausgedehnt werde, selbstverständlich bei Vereinerung aller übrigen gesetzlichen Bedingungen, desto mehr die Möglichkeit sicher gestellt, daß zu diesem Amte die würdigsten und geeignetesten Persönlichkeiten berufen würden. Daher wird zur Wahlfähigkeit nicht Grundbesitz an Ort und Stelle verlangt, wo Jemand sich aufhalte.“ Aus der Motivirung dieses Reichsrathsgutachtens geht hervor, daß der an verschiedenen Orten vorhandene Grundbesitz zusammengelegt werden kann. Nach dieser Auffassung sind also nicht bloß örtliche Grundbesitzer wahlfähig, sondern Grundbesitzer im Allgemeinen. Auf die Hingehörigkeit zur betreffenden Landschaft, auf die Bekanntschaft mit den örtlichen Verhältnissen wird kein Gewicht mehr gelegt, obwohl gerade mit Rücksicht auf die Nothwendigkeit der

Kenntniß örtlicher Verhältnisse die Friedensrichter von der Anforderung juristischer Bildung dispensirt worden sind.

Die erwähnten Vorbedingungen zur Bekleidung des Friedensrichteramtes sind für beide Kategorien der Friedensrichter dieselben, da die Anforderungen, die an sie als Richter gestellt werden, gleich sind. Die Einen wie die Andern sind Richter, aber beide sind nicht in gleichem Maße durch ihr Amt in Anspruch genommen, daher ist die ganze Thätigkeit des Districts-friedensrichters an das Amt gebunden und einzig durch dasselbe bestimmt, während das beim Ehrenfriedensrichter nicht der Fall ist. Der Districts-friedensrichter ist der ordentliche Richter in dem ihm zugewiesenen Districte. Er ist zum beständigen Aufenthalte innerhalb seines Districtes verpflichtet, wo er mit Genehmigung der Friedensversammlung seinen beständigen Aufenthaltsort und sein Amtlokal wählen muß. Er ist durch sein Amt beständig in Anspruch genommen und muß demselben seine ganze Zeit widmen. In Folge dessen ist sein Amt: 1) ein bezoldetes, wenn auch die ihm bestimmte Gage nur als Zugabe zu einer in Folge des Censur schon mehr oder weniger pecuniär gesicherten selbständigen Stellung aufgefaßt wird⁹⁾; 2) mit einem anderen die ganze Thätigkeit eines Mannes in Anspruch nehmenden Staats- oder Wahl-Amte unvereinbar. Ausgenommen hiervon sind, nach Art. 42 des Statuts über die Gerichtsorganisation, nur die Ehrenämter in den örtlichen Wohlthätigkeits- und Schulanstalten¹⁰⁾. Obwohl die am 24. November 1864 erlassene Gerichtsordnung dies als einzige Ausnahme aufführt, so können Friedensrichter doch Glieder der Landschafts-

9) Учр. с. у. ст. 44.

10) Ibid. 42. Должность участковаго мирового судьи, какъ требующая постоянныхъ занятій и безотлучнаго пребыванія въ участкѣ, не можетъ быть соединена съ другою должностію по государственной или общественной службѣ, за исключеніемъ только почетныхъ должностей въ мѣстныхъ богоугодныхъ и учебныхъ заведеніяхъ.

verwaltungen sein, also Aemter bekleiden, welche nicht nur mit Dienstrechten, sondern sogar mit einer Besoldung verbunden sind. Es wird diese Möglichkeit ausgesprochen in einem Senatsukase vom 28. November 1866¹⁾, in dem ausgeführt wird, daß durch das am 1. Januar 1864 erlassene Gesetz über die Landschaftsinstitutionen²⁾ ausdrücklich der Fall ins Auge gefaßt sei, daß Friedensrichter, und zwar ohne Unterschied ob sie Ehren- oder Districtsfriedensrichter seien, Mitglieder der Landschaftsverwaltung sein könnten, umsomehr Mitglieder der Landschaftsversammlung, da ja die Glieder der Verwaltung nur aus solchen gewählt werden könnten.

Im Gegensatz zu dieser Stellung des Districtsfriedensrichters ist der Ehrenfriedensrichter nur außerordentlicher Richter. Er wird thätig in solchen Sachen, in denen beide Parteien sich an ihn wenden. Wenn er im Kreise anwesend ist, so ist er befugt und verpflichtet in solchen Fällen die Gerichtsbarkeit in gleicher Weise wie der Districtsfriedensrichter auszuüben, seine Urtheile sind ebenso rechtsverbindlich wie die des Districtsfriedensrichters und zwar ohne Beschränkung auf einen bestimmten District des Kreises. Endlich kann er zur Ergänzung des Bezirksgerichtes hinzugezogen werden. In Folge dieser sehr wenig gebundenen Stellung welche das Gesetz dem Ehrenfriedensrichter zutheilt, indem es seine Thätigkeit ausdrücklich auf die Zeit beschränkt innerhalb deren er im Kreise anwesend ist, erklärt es das Amt desselben mit anderen Aemtern des Staats- oder Wahldienstes für vereinbar, mit alleiniger Ausnahme der Aemter der Procureure und Gehilfen, so wie der Beamten der örtlichen Polizei und Finanzverwaltung. Es können also zu Ehrenfriedensrichtern eines Kreises gewählt werden auch solche Personen, die ihren beständigen Aufenthalt gar nicht innerhalb dessel-

1) Собр. узак. и распор. правит. № 783.

2) Положение о земск. учр. ст. 47.

ben haben, sondern etwa nur durch ihren Grundbesitz in einem Verhältnisse zu demselben stehen.

Nach einer Stelle in den Motiven zu urtheilen, sollte man anzunehmen berechtigt sein, die Absicht der Regierung gehe dahin, mit der Zeit das Institut der Friedensrichter auf Ehrendienst zu basiren. Es ist als Motiv zu den Artikeln, welche von den Districtsfriedensrichtern handeln angeführt¹³⁾: „es sei unmöglich vorherzuwissen, ob sich überall Ehrendienst in gehöriger Anzahl finden würden, daher sei es nothwendig zur Durchführung des Friedensgerichtes von vornherein örtliche Richter in genügender Anzahl zu haben, es müßten also für jeden Kreis eine bestimmte Anzahl Districtsfriedensrichter und sodann außerdem noch Ehrendienst erwählt werden. Die Zahl der letzteren sei keiner Beschränkung unterworfen, sondern solle im einzelnen Falle nach dem Bedürfniß und der Zahl der Gewählten festgestellt werden.“ Man sollte meinen, wenn es sich ergebe, daß die Ehrendienst in gehöriger Anzahl gewählt würden, so werde die Wahl der Districtsfriedensrichter allmählich überflüssig werden. Allein aus anderen Stellen scheint wieder hervorzugehen, daß die Districtsfriedensrichter als die eigentlichen Träger dieses Amtes betrachtet werden und die Ehrendienst nur zur Aushülfe bestimmt sind, daß durch dieses Institut nur höheren Beamten und anderen tüchtigen Persönlichkeiten, die nicht ihre ganze Zeit der Aufrechterhaltung des Friedens widmen können, die Möglichkeit geboten werden soll, ihre Fähigkeiten im Kreise ihres Wohnortes nutzbringend zu verwerthen, ohne von ihren Amts- und sonstigen Berufspflichten völlig abgezogen zu werden.

Sowohl die Ehrendienst als die Districtsfriedensrichter können im einzelnen Falle an der Ausübung ihres Amtes gehindert sein durch das besondere Verhältniß, in welchem sie selbst oder ihre nächsten Anverwandten zur vorliegenden Sache oder zu

13) Суд. уст. съ излож. разсуд. III. §. 33.

einem der bei derselben betheiligten Parten stehen. Diese Umstände können von den Betheiligten geltend gemacht und der Richter abgelehnt werden, jedoch nur gleich anfangs beim Beginne des Rechtsstreits. Die Friedensrichter sind verpflichtet, wenn ihnen selbst die Existenz solcher Ablehnungsgründe bekannt ist oder selbige von den Parten geltend gemacht werden von der Verhandlung der Sache zurückzutreten und die Sache einem anderen Friedensrichter, der zu ihrem Stellvertreter von der Versammlung designirt worden ist, zu übertragen.

Die Bestimmung der Reihenfolge bei Verhandlung der Sachen hängt vom Friedensrichter ab, der sich hiebei nach der Wichtigkeit und Dringlichkeit der einzelnen Sachen zu richten hat. Die Sitzungen der Friedensrichter sind öffentlich mit Ausnahme solcher, wo auf Grund der allgemeinen Regeln mit Rücksicht auf Sitte oder öffentliche Sicherheit die Oeffentlichkeit ausgeschlossen wird. Die Sitzungszeit wird in der Instruction angegeben, in dringenden Fällen muß sie verlängert werden, auch können außerordentliche Sitzungen stattfinden.

Die Friedensversammlung, die zweite, collegialisch organisirte Instanz des Friedensgerichtes besteht aus sämmtlichen Friedensrichtern eines Kreises, ohne daß ein Unterschied zwischen Ehren- und Districtsfriedensrichtern gemacht würde. Die Einen wie die Anderen sind gleichberechtigte Mitglieder derselben, sind fähig die Stelle eines Präsidenten wie eines beständigen Beisitzers einzunehmen, welche beiden Aemter durch Wahl aus der Mitte der Friedensrichter besetzt werden. Die Stellung des Präsidenten ist die gewöhnliche. Im Falle etwaiger Behinderung desselben wird ein zeitweiliger Präsident von den gerade versammelten Friedensrichtern gewählt. Der beständige Beisitzer wird aus den Friedensrichtern gewählt, welche in der Stadt, wo die Friedensversammlung ihre Sitzungen hält, ihren beständigen Wohnsitz haben. Unter seiner Controlle steht die Cancelllei der Friedensversammlung, er hat alle Eingaben an die

Friedensversammlung entgegenzunehmen, und Alles anzuordnen, was zur Vorbereitung der Verhandlung nothwendig ist. Diese Stellung eines beständigen Beisitzers ist nothwendig geworden, da man die Wahl des Präsidenten, dessen Sache eigentlich die Leitung dieser Geschäfte wäre, nicht auf die in der Stadt domicilirenden Friedensrichter beschränken wollte.

Wie schon aus der Zusammensetzung der Friedensversammlung hervorgeht sind ihre Sitzungen keine beständige, sondern nur zeitweilige. Von den Landschaftsversammlungen werden die Fristen für die Sitzungsperioden der Friedensversammlungen festgesetzt. Diese Fristen sind je nach den örtlichen Verhältnissen sehr verschieden, während häufig die Sitzungen einmal im Monat stattfinden, sind sie z. B. für den Friedensbezirk der Residenz Petersburg für jede Woche angesetzt. Die einzelne Sitzungs-Periode dauert so lange bis sämtliche eingegangene Sachen erledigt sind. Außerdem können für den Fall, daß die regelmäßigen Sessionen nicht ausreichen, vom Präsidenten außerordentliche Sitzungen anberaumt werden. Die gerichtlichen Sitzungen sind stets öffentlich mit Ausnahme der Fälle wo die Oeffentlichkeit gesetzlich ausgeschlossen ist. Beschlußfähig ist die Versammlung, wenn einschließlich des Präsidenten drei Glieder zugegen sind. Diejenigen Friedensrichter deren Urtheile von der Versammlung geprüft werden, dürfen an der Verhandlung über dieselben nicht theilnehmen. Ebenso dürfen in einer und derselben Sitzung nicht als Richter thätig sein solche, die mit einander in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum 4. Grade verwandt oder bis zum zweiten verschwägert sind. Wo nöthig kann die Versammlung mehre Abtheilungen bilden. Zur Vornahme richterlicher Handlungen ist, wie bei allen Collegialgerichten, die Gegenwart eines Secretärs nothwendig.

Die Anwesenheit des Procureurs ist nothwendig bei der Verhandlung solcher Sachen, wo er auf Grund der Proceßordnung sein Gutachten abzugeben hat. In den Motiven ist es direct aus-

gesprochen, daß die Abwesenheit des Procureurs ein Hinderniß der Verhandlung solcher Sachen ist. Ein Gutachten hat aber der Procureur in allen Strassachen abzugeben, wie die Motive hervorheben: „im Interesse einer allseitigen und richtigen Beurtheilung von Sachen die eine Bestrafung des Schuldigen nach sich ziehen und in denen von einer Seite bereits eine Unzufriedenheitsklärung gegen das Urtheil des Friedensrichters ergangen ist.“ Wenn es auch in den Motiven nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, so ist doch offenbar maßgebend für diese Bestimmung gewesen, daß unter den Gliedern der Friedensversammlung möglicherweise kein einziger Jurist sich befinden kann, ja kein einziger der irgend welche Erfahrung in der Behandlung gerichtlicher Sachen sich angeeignet hat, oder nur aneignen konnte, z. B. in den Fällen wo neugewählte Friedensrichter ihre Thätigkeit eben erst beginnen.

An die Friedensversammlung als zweite Instanz gehen sämtliche Berufungen und Cassationsgesuche gegen Urtheile der Friedensrichter, ebenso Beschwerden wo solche getrennt von Berufungen zulässig sind.

Ihrer Zusammensetzung nach repräsentirt diese Instanz die Summe der unter den Einzelrichtern eines Friedensbezirkes vorhandenen Intelligenz und Einsicht, aber keinesweges mit Nothwendigkeit irgend welche juristische Kenntniß und richterliche Erfahrung. Die Versammlung kann aus lauter Nichtjuristen bestehen, die in Behandlung von Strassachen keinerlei practische Erfahrung zu haben brauchen. An den Präsidenten werden gleichfalls keine höheren Anforderungen gemacht. Alle drei Jahre kann die ganze Versammlung vollständig erneuert werden und zwar wird ausdrücklich hervorgehoben, daß nicht ein allmähliges Ausscheiden und Eintreten der Richter stattfinden solle, sondern auch dann, wenn der eine oder andere während des Trienniums eingetreten ist, er nicht etwa im Laufe dreier Jahre sein Amt zu versehen hat, sondern einer Neuwahl

mit den andern beim Ablauf des Trienniums unterzogen werden soll. Es ist daher möglich, daß in einer Friedensversammlung sich keine feste Praxis ausbildet, sondern alle drei Jahre bei vollständiger Neubesetzung aller Stellen auch neue Anschauungen über die Handhabung der Proceßordnung maßgebend werden. In der Wirklichkeit wird nun wohl dieser Uebelstand dadurch vermieden werden, daß häufig eine Wiederwahl stattfinden wird. Jedenfalls aber zeigt sich hier ein entschiedener Gegensatz zwischen den Friedensgerichten und den allgemeinen Gerichten. Die Glieder der letzteren werden auf Lebenszeit ernannt und zwar nur aus der Zahl solcher Personen, die sich theoretisch und practisch zu Juristen ausgebildet haben. Es wird von ihnen also nicht bloß Rechtskenntniß, sondern auch practische Erfahrung in Behandlung streitiger Rechtsfachen verlangt. Nur ausnahmsweise kann bei der ersten Besetzung der Richterposten von der theoretischer Vorbildung abgesehen werden, da wo eine practische Bewährung des Einzelnen feststeht. Ein ganz besonderes Gewicht wird also auf die practische Bewährung gelegt. Wie schon zum Eintritt in den Dienst als Richter, zur Bekleidung der untersten Stufe des Richteramtes des Untersuchungsrichters oder des Gliedes eines Bezirksgerichtes practische Erfahrung in den früheren Gerichten oder als Secretär, Auscultant, oder Advokat erfordert wird, so können ferner nur solche Juristen zu Präsidenten und Vicepräsidenten der Bezirksgerichte, oder in die Palaten oder Cassationsdepartements berufen werden, welche sich als Glieder dieser Gerichte oder als Procureure in mehrjähriger practischer Thätigkeit bewährt haben. Jedes Uebergehen aus anderen Staatsämtern unmittelbar auf höhere Richterposten ist im Gesetze direct ausgeschlossen. Die Ausführlichkeit der Bestimmungen über das Aufrücken nur aus einem Untergericht in das Obergericht beweist, welche Wichtigkeit die Gesetzgebung der practischen Bewährung und Erfahrung der Richter beimißt. Und zwar mit Recht, denn die Thä-

tigkeit eines Richters ist in Beziehung auf materielles Recht in der zweiten Instanz eine viel schwierigere als in der ersten, wo der Rechtsstreit beim mündlichen Verfahren in möglichster Unmittelbarkeit vor ihn tritt. Noch schwieriger ist die Thätigkeit der Richter im Cassationshof, wenn derselbe wirklich und nicht bloß formell der ihm gestellten idealen und theoretisch plausiblen, in der Praxis mit schwer zu übersteigenden Hindernissen verknüpften Aufgabe nachkommen will. Es bedarf hier weit größerer Umsicht und Besonnenheit, die nur durch praktische Erfahrung gewonnen werden kann. Nur unter der Voraussetzung, daß dem Obergericht umfassenderes Wissen, tiefere Einsicht zur Seite stehe, kann das Gesetz demselben das Recht verleihen, daß es in einer und derselben Sache zum zweiten Male Recht spreche, Urtheile der Untergerichte prüfe und über dieselben mit höherer Autorität entscheide. Daher wird auch in den meisten modernen Gesetzgebungen unter Anderem so viel Gewicht darauf gelegt, daß das Obergericht bei der Prüfung von Berufungen und Cassationsgesuchen mit einer größeren Zahl Richter besetzt sei als dasjenige Gericht, dessen Urtheil einer Prüfung unterzogen wird. Die größere Zahl der Richter soll dem höheren Gericht eine größere Autorität verleihen. In Beziehung auf die Collegialgerichte hat die russische Proceßordnung dieses Moment vollständig unbeachtet gelassen. Eine principieell zahlreichere Besetzung des Gerichts der höheren Instanz ist nur bei den Friedensgerichten vorgesehn, wo in erster Instanz ein Einzelrichter, bei der Berufung oder der Cassation ein Collegium thätig wird. Eine größere praktische Erfahrung wird von den Gliedern der zweiten Instanz des Friedensgerichtes dagegen nicht verlangt, ebensowenig vom Präsidenten. Es liegt die Frage nahe, aus welchem Grunde findet hier eine so vollständige Abweichung von den für die allgemeinen Gerichte als nothwendig und unerläßlich aufgestellten Principien statt? Woher hat man die Friedensrichter nicht unter die Con-

trosse eines mit erfahrenen Richtern besetzten Collegiums gestellt? Eine solche Controlle hätte doch nur heilsam auf die ganze Thätigkeit der Friedensrichter einwirken, zur Befestigung und Hebung des ganzen Instituts beitragen können. Dagegen sind jetzt, durch die Errichtung einer besondern Instanz aus der Gesamtheit der Friedensrichter eines Kreises, die Friedensgerichte absolut von den ordentlichen getrennt worden. Man kann geradezu, wie wir es oben gethan haben, diese beiden Gruppen als zwei verschiedene Arten von Gerichten bezeichnen. Sie bestehen nebeneinander und stehen mit einander ebensowenig in Verbindung, sind von einander ebensofehr getrennt, wie Verwaltungsbehörden von den Gerichten. Die Trennung der Justiz von der Verwaltung hat ihren guten Grund, den wir wol hier nicht erst zu entwickeln brauchen. Welchen hat aber die Trennung der Justiz von der Justiz?

Zur Beantwortung dieser Frage, um uns die Gründe zu vergegenwärtigen, welche die Gesetzgebung zu solcher Trennung des so eng Zusammengehörigen veranlaßt haben, wenden wir uns an die von der Cancelllei des Reichsraths herausgegebenen Motive der Proceßordnung vom 20 Nov. 1864.

Gleich von vorn herein scheint es, als würde in diesen Motiven die von uns behauptete Trennung der Justiz von der Justiz, die Zusammenhangslosigkeit zwischen Friedensgerichten und allgemeinen Gerichten geleugnet, dagegen ein enger untrennbarer Zusammenhang zwischen denselben behauptet¹⁴⁾. An zahlreichen anderen Stellen jedoch wird, wie wir sehen werden, die Verschiedenheit und der Gegensatz zwischen Friedens- und allgemeinen Gerichten scharf betont. Dieser Widerspruch in den Motiven erklärt sich folgendermaßen. In der hier citirten Stelle handelte es sich um die Beantwortung der Frage, ob es

14) Судебные уставы съ изложениємъ разсуждений на кошхъ они основаны. Спб. 1866. III. С. 32.

möglich sei die Friedensgerichte getrennt von den allgemeinen Gerichten und früher als die letzteren einzuführen. Es stand fest, daß die gleichzeitige Durchführung der Justizreform in sämtlichen Theilen des Reichs, für welche sie bestimmt war, eine Unmöglichkeit sei. Es mußte also eine allmähliche Durchführung stattfinden. Dieselbe konnte nur so ins Werk gesetzt werden, daß entweder im ganzen Reiche zunächst ein Theil, die Friedensgerichte, dann der andere, oder der ganze Reformplan zuerst in einzelnen Theilen des Reiches, dann in anderen u. s. w. durchgeführt werde. Berücksichtigt man die Schilderung der früheren Gerichte und ihrer Thätigkeit, wie sie in den Vorarbeiten der Commission, also officiell, vorliegt, so konnte ein Zusammenwirken der Friedensrichter und dieser Behörden, die nach der officiellen Darstellung eben alles andere nur nicht Gerichte waren, manche Nachteile mit sich bringen und schädlich auf die ersteren einwirken. Es konnte also kaum ein Zweifel darüber obwalten, welchem der oben angedeuteten Wege zur Durchführung der Reform der Vorzug zu geben sei. Dieser Grund ist wol auch der maßgebende gewesen, erst nachträglich, wie es scheint, hat man versucht, die bereits anderweitig feststehende Entscheidung jener Frage, aus der Proceßordnung selbst und dem Wesen der Reform und der neuen Gesetze zu motiviren. Es ist aber dabei übersehen worden, daß alle die Gründe, die man gegen die getrennte Einführung der Friedensgerichte vorgebracht hat, sich auch gegen die vorläufige Einführung des ganzen Reformwerks in einzelnen Gouvernements anführen lassen. Es werden Unzulänglichkeiten und Mißstände hervorgehoben, die mit einem Uebergangsstadium überhaupt unvermeidlich sind.

Die Motive behaupten, durch die getrennte Einführung der Friedensgerichte würde der enge Zusammenhang zwischen diesen und den allgemeinen Gerichten zerrissen, der Zusammenhang der sich in der gemeinsamen Unterordnung unter Justiz-

ministerium und Cassationshof, in dem Gerichtsstande der Friedensrichter in Dienstvergehen vor den Gerichtshöfen, in der Entscheidung von Competenzzweifeln zwischen Friedens- und allgemeinen Gerichten durch letztere zeigt. Zugleich würden die Grundregeln des neuen Verfahrens verletzt: die Bestimmungen über die Zuständigkeit aller nicht vor die Friedensgerichte gehörenden Verbrechen, über die Entscheidung von Competenzzweifeln und über den Gerichtsstand der Friedensrichter in Amtsverbrechen. Zunächst muß bemerkt werden, daß die erwähnten Regeln keineswegs zu den Grundregeln des Verfahrens gehören, von deren Aufrechterhaltung die Existenz eines gerechten Gerichts abhängig ist. Ob während einer kurzen Uebergangszeit die Competenzstreitigkeiten vom Gerichtshof der neuen Ordnung oder von der Criminal-Palate entschieden, ob während derselben Zeit die Friedensrichter vor dieser oder jenem ihren Gerichtsstand haben ist ziemlich gleichgültig. Die Bestimmungen über die Zuständigkeit würden verletzt werden, behaupten die Motive, denn alle den Friedensrichtern nicht zuständige Sachen könnten doch nur bei den Criminal- oder Civilpalaten anhängig gemacht werden und es müßte also entweder das Princip zweier Instanzen oder der Charakter des Cassationsdepartements verletzt werden. Hiergegen ist einfach zu bemerken, daß ein solches Dilemma keinesweges existirt, weder das eine noch das andere brauchte zu geschehen, die 2te Instanz für die alten Palaten hätten wie bisher die alten, für die Uebergangszeit ohnehin bestehenden, Senatsdepartements zu bilden. Was endlich den behaupteten engen Zusammenhang zwischen Friedensgerichten und allgemeinen Gerichten betrifft, so bedarf es wol kaum erst eines Beweises, daß ein Zusammenhang, der sich bloß geltend macht in gemeinsamer Unterordnung unter eine oder zwei Oberbehörden, in dem Gerichtsstande der Glieder des einen Gerichts vor dem anderen (einen Zusammenhang den die Friedensrichter außerdem mit allen Verwaltungsbehörden theilen),

ferner in der Entscheidung von Kompetenzweifeln zwischen Gerichten beider Arten durch das Obergericht der einen Art — nur ein formeller ist und daß daher von einem Zusammenhange in Bezug auf die Behandlung der Strassachen nicht die Rede sein kann. Die Motive sprechen wohl davon, „daß die Bezirksgerichte und Gerichtshöfe als vermittelnde Organe zwischen die Friedensgerichte und den Cassationshof hingestellt sind“, aber eine Vermittelung findet nie und nirgends statt, es läßt sich kein Beispiel einer wirklichen Vermittelung anführen. Man betrachte welche Seite richterlicher Thätigkeit man wolle, immer wird man zum Resultat gelangen: es findet eine vollständige Trennung der höheren von der niederen Justiz statt, beide haben so wenig mit einander gemein, daß sie leicht in Widerspruch mit einander gerathen können.

Offenbar um solche mögliche Widersprüche zu vermeiden ist im Namentlichen Ukase vom 22. November 1866¹⁵⁾, über die Anwendung der Gerichtsordnungen auf die kaukasische Statthalterschaft, diese Trennung der Justiz von der Justiz aufgegeben, und sind die Friedensrichter als Einzelrichter unter die Bezirksgerichte gestellt worden. In ihnen ist der Vereinfachung wegen die Untersuchung aller Criminalsachen übertragen, die sie dann nach geschlossener Untersuchung entweder selbst aburtheilen, wenn es sich herausgestellt hat, daß dieselben ihnen zuständig sind, oder den Bezirksgerichten zur Aburtheilung übergeben. Berufungen gehen an das Bezirksgericht, Cassationsgesuche gegen Endurtheile der Friedensrichter an den Gerichtshof, der in Tiflis für die ganze Statthalterschaft errichtet ist. Die Friedensrichter werden in gleicher Grundlage wie die Glieder der ordentlichen Gerichte ernannt und können zur Ergänzung derselben hinzugezogen werden¹⁶⁾.

15) Собр. узак. 1866. № 780.

16) In diesem Namentlichen Ukase sind übrigens noch einige weitere Ausnahmen aus den Gerichtsordnungen festgestellt, so werden keine Ge-

Der wesentliche Unterschied den die Proceßordnungen zwischen den Friedensrichtern und Gliedern der ordentlichen Gerichte machen, besteht darin, daß erstere

1) durch Wahl, als Ausdruck des Vertrauens der örtlichen Bevölkerung, zu ihrem Amt berufen werden, das Vertrauen also schon genießen müssen ehe sie zum Amt berufen werden können, was bei letzteren als nicht nothwendig erklärt wird;

2) nur auf 3 Jahre ernannt werden, wogegen die Ernennung letzterer auf Lebenszeit erfolgt;

3) keine Juristen zu sein brauchen, was bei letzteren nothwendig ist;

4) Grundbesitzer mit einem bestimmten Census sein müssen, was bei letzteren nicht nothwendig ist.

Diese Unterschiede werden in den Motiven folgendermaßen begründet¹⁷⁾:

Die Wahl der Friedensrichter sei angenommen worden, weil es bei staatlichen Reformen unbedingt nothwendig sei, den Zusammenhang der Rechtsordnung mit ihren historischen Grundlagen aufrecht zu erhalten. Ferner wird darauf hingewiesen, daß die Gerichtsordnungen vom 20 Nov. 1864 dieser Anforderung entsprächen, indem durch dieselben die Institutionen von 1775 keineswegs abgeschafft, sondern nur den veränderten Verhältnissen entsprechend modificirt worden seien. Das Wahlrecht, durch welches den Ständen die Ernennung der örtlichen Richter übertragen worden, behalte auch jetzt seine den Verhältnissen entsprechende Bedeutung. Nach wie vor würden gewisse Richter von der Krone ernannt, andere von den Ständen

schworene bei der Aburtheilung schwerer Verbrechen hinzugezogen, ferner kann bei der Anstellung der Richter von der juristischen Bildung, speciell von der Anforderung mehrjähriger Praxis und von der vorgängigen Bekleidung der Unterämter Abstand genommen werden, in außerordentlichen Fällen ist der Statthalter befugt unter motivirtem Bericht an Kaiserliche Majestät, Richter auf administrativem Wege zu entfernen oder zu versetzen.

17) Суд. уст. съ изл. разсужд. III. С. 28 ff.

erwählt. Es sei nothwendig beide Arten der Ernennung beizubehalten, nur mit der Einschränkung, daß die Ernennung durch Wahl für solche Aemter in Anwendung komme, für welche die Stände die nöthige Anzahl geeigneter Personen in ihrer Mitte fänden und zu denen eine Bildung verlangt werde, die die Stände zu beurtheilen im Stande seien. Die Motive fahren fort: „Nur muß festgehalten werden: 1) daß von den zu Wählenden keine specielle Gelehrsamkeit gefordert werden dürfe, 2) daß ihre Thätigkeit nicht einzig auf die streng richterliche beschränkt sei, 3) ihnen die örtlichen Verhältnisse bekannt seien.“ Die Berechtigung des in §. 2 und 3 Aufgestellten liegt auf der Hand, nicht aber vermögen wir einzusehen das Zwingende in §. 1. Warum soll von den zu Wählenden keine juristische Bildung verlangt werden dürfen? Unzulässig wäre doch nur einer Wahlversammlung die Prüfung der juristischen Bildung zu übertragen. Das braucht aber gar nicht zu geschehen. Die Qualification desjenigen, der als juristisch gebildet anzusehen ist, steht fest, nur solche können auf die Wahl kommen. Durch die Wahl wird erklärt zu welchem der mehreren Juristen die Wähler das größte Vertrauen haben. — Ganz besonders wird die Nothwendigkeit der Wahl dadurch begründet¹⁸⁾, daß hervorgehoben wird, es sei der Regierung nicht möglich oder wenigstens zu schwierig, eine so große Anzahl zuverlässiger Männer zu finden, denen das Amt eines Friedensrichters anvertraut werden könne, den örtlichen Bewohnern sei das verhältnißmäßig leicht. Auf das Vertrauen derselben komme es aber bei diesem Amte hauptsächlich an, weil „dem Friedensrichter die Erledigung aller weniger wichtigen Sachen obliegt, die fast täglich zwischen der Mehrzahl der Bevölkerung entstehen, die die Gesetze nicht kennt, Formalitäten nicht duldet, die natürliche Gerechtigkeit verehrt und der die Zeit theuer ist, die daher besonders rascher, auf ihren Begriffen

18) Daselbst. S. 24—26.

von Gerechtigkeit beruhender Entscheidung solcher Sachen bedarf. Einen bedeutenden Theil dieser Sachen hat der Friedensrichter allendlich zu erledigen. Seine Hauptaufgabe und die höchste Qualität seiner Rechtsprechung ist — der Vergleich. Zu erfolgreicher Ausübung eines so wichtigen Berufes muß der Friedensrichter das besondere Vertrauen der örtlichen Bewohner genießen, dieses Vertrauen aber kann er sich nicht so sehr durch juristische Bildung, als vielmehr durch Kenntniß der Anschauungen, Sitten, Gewohnheiten, überhaupt aller Bedingungen des örtlichen Lebens und besonders durch gesunden Verstand, ehrenhaften Charakter und untadelhaftes Leben erwerben. Dagegen liegt den Gliedern der allgemeinen Gerichte die Erledigung aller wichtigerer Sachen, durch deren Ausgang die Streitenden und Angeschuldigten und ihre Familien Vermögen, Ehre und Freiheit verlieren können. Es ist begreiflich, daß nur Menschen, die genau die Geseze kennen, nur erfahrene Juristen Richter in ähnlichen Sachen sein können, Sachen deren richtige Entscheidung nicht nur für das Privatinteresse wichtig ist: es ist wichtig für Aufrechterhaltung der Achtung vor dem Gesez und der Rechtsprechung im ganzen Reiche. In Folge seiner Stellung als Einzelrichter muß der Friedensrichter in sich alle die verschiedenen Pflichten vereinigen, die im allgemeinen Verfahren streng von einander getrennt sind: in seiner Person werden vereinigt die Pflichten des Schiedsrichters, Anwalts, Civil- und Criminalrichters, in einzelnen Fällen wird er als Untersuchungsrichter auftreten, sowie seine eigenen Urtheile vollziehen müssen. Der Friedensrichter muß in unmittelbare Beziehung treten fast zu allen Zweigen der Staatsverwaltung, sowie zu den verschiedenen Seiten und Erscheinungen des Volkslebens. Aus diesem Grunde muß er daher gleichfalls das Zutrauen der örtlichen Bewohner genießen und bedarf mehr practischer Kenntnisse und Lebensklugheit als juristischer und gerichtlicher Erfahrung. Dagegen in den allgemeinen Gerichten muß die schärfste Trennung

der Gewalten eintreten. Die Pflichten der rechtsgelehrten Richter müssen strenge umschrieben sein.“

Diese Deduction, so manches im Einzelnen Richtige sie auch enthält, muß im Ganzen als ihren Zweck nicht erreichend bezeichnet werden. Es wird überall großes Gewicht darauf gelegt, daß die Friedensrichter genau bekannt sein müssen mit den Verhältnissen, Sitten, Gewohnheiten und Anschauungen und den Begriffen von Recht und Gerechtigkeit die in der einzelnen Vertlichkeit herrschen — allein, wie wir gesehen, das Gesetz über den Censur wird dahin interpretirt, daß es auf Ansässigkeit an Ort und Stelle nicht ankomme, ja daß der Grundbesitz im größern Umfange, wie ihn der Censur verlangt, nicht nöthig sei, sondern Klein-Grundbesitz in den verschiedensten Gouvernements zusammengelegt werden kann. Es liegt auf der Hand, daß es nicht dasselbe ist, ob jemand im Moskaischen Gouvernement ein Gut von 400 Dessätinen, oder ob er in 10 Gouvernements Landparcellen von je 40 Dess. besitzt. Zehn derartige Landparcellen machen wol 400 Dessätinen, aber haben nicht die Bedeutung eines Gutes von 400 Dessätinen. Man mag über den Censur denken wie man will, so wird man zugeben müssen, daß die Bedeutung desselben durch diese Bestimmung wesentlich modificirt ist. Unbefriedigend, ja die entgegengesetzte Ueberzeugung hervorbringend, scheint uns der Theil der Deduction, wo nachzuweisen versucht wird, der Friedensrichter bedürfe keiner juristischen Bildung. Alles was vorgebracht wird, beweist im Gegentheile, daß der Friedensrichter, wenn er seinem Amte genügen soll, juristisch noch weit durchgebildeter sein muß, als der Collegialrichter. Bei ersterem muß die Wissenschaft vom Rechte in succum et sanguinem übergegangen sein. Er muß das Urtheil sprechen können, ohne sich erst mit andern zu berathen und ohne erst in den Gesetzbüchern nachgeschagen zu haben — und zwar ein Urtheil, daß sich aus dem Gesetze motiviren läßt, nicht ein auf sogenanntem, unklarem

Rechtsgefühl beruhendes. Es ist nicht begründet, practische Kenntnisse und Lebensklugheit, juristischer Durchbildung und gerichtlicher Erfahrung entgegenzusetzen zu wollen. Es beruht das auf einer völlig mißverstandenen Auffassung des Rechts, nur wenn man das Recht eben als eine Sammlung willkürlich festgestellter Regeln auffaßt, kann man die Kenntniß desselben der Kenntniß des practischen Lebens entgegensetzen. Das Recht ist eben seinem Wesen nach nicht abstract sondern practisch. Es soll gerade die menschlichen Verhältnisse ihrer Natur, ihrer practischen Bedeutung im wirthschaftlichen sowie sittlichen Leben entsprechend, nicht nach abstracten Schablonen regeln. Dazu ist freilich nothwendig, daß die Rechtswissenschaft einen höhern Aufschwung in Rußland nehme und dann auch, daß dem Gewohnheitsrechte eine andere Bedeutung, eine andere Stellung angewiesen werde, als dasselbe bisher in Rußland genossen oder vielmehr nicht genossen hat. Uebrigens ist Beides der Mangel eines Gewohnheitsrechtes und die unmotivirte Gegenüberstellung der natürlichen Gerechtigkeit und des Gesetzes, auch schon im Organ des Justizministeriums ausdrücklich hervorgehoben und die Nothwendigkeit juristischer Durchbildung zu erfolgreicher Verwaltung des Friedensrichteramtes nachgewiesen worden ¹⁹⁾.

Die Wahl auf einen beschränkten Zeitraum wird folgendermaßen motivirt. „Es ist unmöglich das Wahlprincip mit dem Rechte der Unabsetzbarkeit des gewählten Beamten zu vereinigen. Sobald die Wahl der Friedensrichter der Gesellschaft (d. h. wohl dem Volke oder den Ständen) übertragen ist, so giebt es keinen Grund derselben das Recht der Controlle über den erwählten Richter zu entziehen — einer Controlle die durch Wiederwahl oder Nichtwiederwahl sich äußert. Nicht selten kann es sich treffen, daß die Gesellschaft sich in ihrer Wahl geirrt

19) Суд. Вѣстн. 1866. № 4. 11. Leitartikel.

hat, daß der Gewählte das ihm erwiesene Zutrauen nicht rechtfertigt und es kann schwerlich zugelassen werden, daß die Gesellschaft kein Mittel haben solle, sich eines Richters zu entledigen, zu dem sie jedes Vertrauen und jede Achtung verloren hat.“ Es wird ferner ausgeführt, daß es unzweckmäßig sei die Entscheidung über den ferneren Verbleib eines Friedensrichters der Regierung anheim zu geben. Mit dieser letzteren Schlußfolgerung kann man sich nur einverstanden erklären, sonst aber muß man, bei genauer Prüfung der Säge, von denen hier ausgegangen wird, zu einem ganz andern Resultate gelangen. Die Motive bezeichnen es als unmöglich, das Wahlprincip und das Princip der Unabsehbarkeit der Richter zu vereinigen. Sie finden aber selbst die Möglichkeit einer Vereinigung in einer zeitweise beschränkten Unabsehbarkeit. Also unmöglich ist eine solche nicht. Prüfen wir zunächst worin der Unterschied zwischen den gewählten und ernannten Richtern liegt. Der wesentlichste Unterschied besteht darin, daß die einen vom Volke und die andern von der Regierung ernannt werden. Das Vertrauen des Volkes sollen beide besitzen, die einen von vornherein, die andern sollen es sich erwerben. Beide sollen ferner das Gesetz handhaben und Recht und Gerechtigkeit aufrechterhalten. Sie sollen also beide unabhängig sein, sowohl von den Wünschen der augenblicklichen Träger und Organe der Regierung, als auch der vorübergehenden Strömung der öffentlichen Meinung, sondern streng und unabhängig nur nach Recht und Gewissen urtheilen. Wesentlich verschieden ist daher ihre Stellung sonstigen Beamten gegenüber. Verwaltungs- speciell fiscalische Beamte der Regierung haben das Interesse der Regierung zu vertreten, selbstverständlich innerhalb der gesetzlichen Grenzen und mit den gesetzlichen Mitteln, immer aber ist innerhalb dieser Grenzen das Interesse der Regierung das Maßgebende und Entscheidende. Findet die Regierung, daß der einzelne Beamte nicht an seiner Stelle, so entläßt oder versetzt sie ihn u. s. w., denn die Ver-

wirklichung des Interesse der Verwaltung ist das Entscheidende. Natürlich aber überall das wirkliche, wesentliche Interesse. Auch die Beamten müssen also gegen Willkür geschützt werden. Doch ist das eine Frage die wir hier nicht weiter verfolgen können, da ihre Erledigung uns von unserm Thema abführen würde. Ebenso bei den Volksbeamten: findet die Corporation, die Landschaft, die Gemeinde, daß der Beamte nicht recht ihre Interessen vertrete, oder auch nur ein anderer mehr am Plage sei, so ist sie vollkommen berechtigt diesen Anderen an des Ersten Stelle zu setzen; um Willkür und allzuhäufige Aenderungen zu vermeiden ist es zu empfehlen, eine bestimmte Zeit festzustellen, wo eine Neu- resp. Wiederwahl eintreten soll und also auch ein Beamter durch einfache Nichtwiederwahl beseitigt werden kann, selbst wenn kein directer Vorwurf gegen ihn erhoben wird. In beiden Fällen haben die unmittelbar Betheiligten die Regierung oder die Gemeinde, Corporation u. die Entscheidung und steht ihnen das Urtheil zu, eben weil sie bei der Sache unmittelbar betheiligt sind, und es sich überall nur um die Befriedigung ihres Interesse handelt.

Anderß völlig anders steht es mit den Richtern, dieselben sollen nie und nirgends jemandes Interesse vertreten, sondern gerade über Conflictte entgegenstehender Interessen nach dem Gesetze entscheiden. Ob sie hierbei ihre Pflicht erfüllen, können niemals die Betheiligten entscheiden, da ja nicht deren Interesse, deren Anschauung sondern ein höherer Maßstab, der des Gesetzes maßgebend sein soll. Obwohl nicht alle Organe der Verwaltung unmittelbar bei der Vertretung eines jeden Verwaltungsinteresse betheiligt sind, also es wol möglich sein dürfte unter denselben unparteiische zu finden, denen ein objectives Urtheil möglich wäre, hat die Gesetzgebung doch mit vollem Recht sich nicht mit der Möglichkeit begnügt, sondern festgestellt, daß keinem Verwaltungsorgan ein Urtheil über die richterliche Thätigkeit zustehe, sondern einzig und allein den Gerichten selbst. Obwohl

ein besonderes Organ bestellt ist, das über die Aufrechterhaltung der Geseze und Ausführungen derselben auch durch die Gerichte zu wachen hat, so hat die Gesezgebung dasselbe doch nur bevollmächtigt wegen Unterlassungen von Seiten der Richter bei dem zuständigen Gerichte das rechtliche Verfahren einzuleiten, um den Schuldigen zur Verantwortung zu ziehen. Ja auch eine bloß zeitweilige Suspendirung vom Amte ist nur für den Fall der Befezung in Anklagezustand und Uebergabe an das Gericht zulässig. Ferner: die Richter werden auf Vorstellung des Organs der Justizverwaltung vom Träger der obersten Regierungsgewalt ernannt. Von dem Träger dieser Gewalt, dessen wahres Interesse untrennbar mit dem Interesse des Allgemeinen, des ganzen Staates verbunden und verwachsen ist, ist eine einseitige Bevorzugung des einen Organs, eine partiische Theilnahme für einseitige Verwaltungsinteressen gar nicht weder vorauszusetzen noch zu befürchten. Und doch hat der Träger der obersten Staatsgewalt selbst und im Interesse des Staats, das Recht der Entscheidung über die richterliche Thätigkeit ausschließlich den Gerichten selbst übertragen. Warum? Weil der oberste Träger der Staatsgewalt in jedem einzelnen Falle das zur Entscheidung nothwendige Material sich von Verwaltungsbeamten verlegen lassen müßte, eine selbständige Prüfung eine physische Unmöglichkeit, und daher eine Einseitigkeit der Entscheidung häufig nicht zu vermeiden wäre. Dieselbe Stellung wie die von der Regierung ernannten Richter haben die vom Volke gewählten. Der Unterschied zwischen beiden besteht nur in der Art der Ernennung: in der Wahl durch das Volk. Sind die Richter aber einmal gewählt, so besteht zwischen diesen und jenen kein Unterschied mehr. Es ist also die Unabsehbarkeit der Richter keinesweges unvereinbar mit dem Wahlprincip. Hat ein Fehler stattgefunden, ein Mißgriff, so kann hier ganz dasselbe Blag greifen wie bei jenen, wie dort die Regierung die Controлле ausübt und eventuell die Anklage erhebt, so kann hier das

Volk, speciell die Landschaft, in gleicher Weise die Controlle ausüben. Findet die Landschaft, daß der einzelne Richter seines Amtes sich unwürdig zeige, so kann sie die Anklage erheben lassen. Aber ebenso wenig wie die Regierung sich das Recht beilegt einen von ihr ernannten Richter ohne weiteres zu entlassen, kann der Landschaft die Befähigung zugesprochen werden, ohne weiteres selbst über die Thätigkeit des Richters abzuurtheilen. Sie ist zunächst durch ihre Glieder dann aber auch unmittelbar mit ihren Privatinteressen bei dieser Thätigkeit zu sehr betheiliget, als daß ihr ein unparteiisches Urtheil über dieselbe zugestanden werden könnte. Durch eine solche Befugniß wird Parteintriguen Thür und Thor geöffnet und die Unabhängigkeit der Richter gefährdet werden. Es kann geschehen, daß um der Wiederwahl willen das Recht zu Gunsten der Majorität der Wähler gebeugt würde. Um der Landschaft die Möglichkeit der Controlle zu geben ist es gar nicht nöthig den Richter einem unmotivirten Votum zu unterwerfen, sie hat die Möglichkeit ihn vor dem unparteiischen Gericht zu belangen. Diese Controlle ist um so mehr genügend, als sie nicht die einzige ist, vielmehr die Friedensrichter einer doppelten Controlle unterliegen, seitens des Volkes, und seitens der Regierung. Eine einseitige unmotivirte Entfernung durch Nichtwiederwahl ließe sich noch rechtfertigen, wo es sich einzig um Ehrenposten handelte, nicht aber wo, wie beim Friedensrichter, es sich um einen gagirten Posten handelt. Endlich kann man noch einwenden, daß bei der Besetzung der Collegialgerichte größere Garantien für die Tüchtigkeit des Einzelnen verlangt werden, z. B. eine speciell juristische Bildung, eine practische Erfahrung, was bei den Friedensrichtern nicht der Fall sei und hierin einen Grund für Zulassung einer einfachen Entlassung durch Nichtwiederwahl sehen. Allein dieser Umstand kann doch logisch nur den Einfluß haben, daß diese Garantien von den Friedensrichtern gleichfalls zu verlangen wären. Schwierigkeiten dürfte das nur im Anfange bieten.

In der Journalistik wird häufig darauf hingewiesen, daß das Institut der Friedensrichter ein eigenartiges sei, das sich von den Einzelrichtern anderer europäischer Gesetzgebungen unterscheidet. Daß letzteres der Fall ist, liegt auf der Hand. Während in allen europäischen Gesetzgebungen an die Einzelrichter in Beziehung auf ihre juristische Vorbildung gleiche oder ähnliche Anforderungen gemacht werden, wie an die Glieder der Collegialgerichte — ist das in Rußland nicht der Fall: sie brauchen weder Juristen zu sein, noch überhaupt eine höhere Bildung sich angeeignet zu haben. Während sie in allen europäischen Gesetzgebungen mit den Gliedern der Collegialgerichte gleiche Rechte genießen in Beziehung auf die lebenslängliche Ernennung und Unabsetzbarkeit (mit einziger Ausnahme Frankreichs) werden sie in Rußland nur auf 3 Jahre ernannt. In allen übrigen Gesetzgebungen stehen sie in einem engen Zusammenhange mit den Collegialgerichten: bald sind sie Mitglieder die als Einzelrichter delegirt werden, während die Behandlung wichtigerer Sachen dem ganzen Gerichte als erster Instanz übertragen ist, wie in Preußen, Thüringen, Braunschweig, dem ehemaligen Kurhessen, und haben an diesem Collegialgerichte zugleich ihre höhere Instanz (Preußen, Thüringen.) Bald sind die Einzelrichter als solche bestellt und haben ihre höhere Instanz entweder an den Collegialgerichten erster Instanz, wie in Frankreich, dem ehemaligen Hannover, Baiern, Kgr. Sachsen, oder an einem Gerichte der zweiten Instanz wie in Oesterreich und dem ehemaligen Kurhessen. Wenn man nun, wie in der russischen Proceßordnung geschieht, direct so wichtigen Bestimmungen aller modernen Gesetzgebungen widerspricht, wie die in Bezug auf Qualifikation der Einzelrichter, auf Ernennung derselben für nur 3 Jahre, absolute Trennung derselben von den ordentlichen Collegialgerichten und Bildung einer zweiten Instanz aus denselben Elementen, ohne Rücksicht auf Erfahrung und Praxis, endlich Organisation des Ganzen in der Weise, daß alle 3 Jahre

ein plötzlicher Wechsel des sämmtlichen Personals eintreten kann, — so müssen solche Abweichungen doch auf zwingenden Gründen beruhen, und nicht bloß darauf, daß sie eben abweichen. England kann man nicht anführen. Dort ist freilich die Organisation eine wesentlich andere und absolut von den continentalen Einrichtungen verschiedene. Aber sie ist eine wirklich eigenartige, sie hat sich allmählich, historisch entwickelt und im Einzelnen bewährt, sie ist nicht gemacht, sie ist gewachsen. Durch die Justizreorganisation ist in Rußland, wie in den meisten übrigen europäischen Staaten, eine auf abstracter Grundlage construirte Organisation der Gerichte eingeführt worden. Von historischer Eigenart kann daher in den Bestimmungen der Gerichtsordnungen nicht die Rede sein. Theoretisch lassen sich aber die angeführten Abänderungen nicht stichhaltig begründen. Für die Bestimmung daß von den Friedensrichtern keine juristische Bildung verlangt wird allein läßt sich ein practischer Grund anführen, daß nämlich fürs erste nicht genug Juristen zur Besetzung dieser Stellen vorhanden sind. So lange dieser Grund besteht, ist er freilich zwingend. Jedenfalls ist aber auch dieser Grund ein solcher der sich mit der Zeit beseitigen läßt.

Außer den Friedensrichtern denen die Handhabung der Justiz bei geringfügigen Vergehen übertragen ist, kann in diesen Sachen auch die Staatsanwaltschaft (прокурорскій надзоръ) thätig werden. Zu diesem Zweck wird von den Procureuren der Bezirksgerichte einer ihrer Gehilfen designirt. Derselbe ist dem Procureuren untergeordnet und wird unter dessen Leitung thätig. Jedoch in Beziehung auf die vor Gericht abzugebenden Gutachten, Anträge ist er vollkommen unabhängig und selbständig²⁰⁾.

20) Учр. с. у. ст. 130. При заявленіи судебнымъ мѣстамъ

Er hat den gerichtlichen Sitzungen (судебныя засѣданія) der Friedensversammlung beizuwohnen und sollen daher da, wo eine Theilung der Friedensversammlungen in Abtheilungen statt findet, die Sitzungen so anberaumt werden, daß ein Beamter dieselben nach einander besuchen kann. Die Anwesenheit des Procureurs in anordnenden Sitzungen (распорядительныя засѣданія) hängt vom Ermessen desselben ab. Jedoch nicht allein in Beziehung auf Urtheile oder das Verfahren der Friedensversammlung, sondern auch Urtheilen der Friedensrichter gegenüber kann er thätig werden. Die ganze Thätigkeit der Polizei, soweit dieselbe auf Entdeckung und Verfolgung von Verbrechen und Vergehen gerichtet ist, steht unter seiner Leitung. Wenn der Polizei vor dem Friedensrichter auch nicht bei allen im öffentlichen Interesse zu verfolgenden Vergehen die Anklägerrolle ausdrücklich zugewiesen ist, so wird doch eine nicht unbedeutende Anzahl derselben von ihr vor den Friedensrichter gebracht werden und in sehr vielen Fällen wird sie vor demselben als Ankläger auftreten. In diesen letzteren Fällen ist die Polizei als Ankläger berechtigt ihre Unzufriedenheit mit dem Urtheil des Friedensrichters anzumelden. Nicht aber ist sie befugt von sich aus die Rechtsmittel zu ergreifen, das steht nur dem Procureur²¹⁾ zu. Die Polizei hat ihm über ihre Unzufriedenheitserklärung Bericht zu erstatten, es hängt von ihm ab dem Friedensrichter einen Protest zuzusenden oder der Unzufriedenheitserklärung keine Folge zu geben. Ebenso ist der Procureur berechtigt von sich aus gegen jedes Urtheil eines Friedensrichters Protest einzulegen, wenn er das Urtheil für widergesetzlich hält.

своихъ по дѣламъ заключеній, лица прокурорскаго надзора дѣйствуютъ единственно на основаніи своего убѣжденія и существующихъ законовъ.

21) Wir brauchen diese Bezeichnung der Vereinfachung wegen, da dem Procureursgehilfen genau die Rechte eines Procureurs in Beziehung auf die ganze Verhandlung zustehen.

Im ersteren Falle wird er als Vorgesetzter der Polizei und gleichsam als Ankläger thätig. Im zweiten Falle einzig im Interesse des Gesetzes. Doch wird im Gesetze dieser Unterschied nicht hervorgehoben. In Folge eines Protestes seitens des Procureurs muß die Sache vom Friedensrichter zur Entscheidung an die Friedensversammlung gebracht werden. Es ist ausdrücklich hervorzuheben, daß der Procureur keinesweges mit seinen Protesten bloß an das Interesse der Anklage gebunden ist, er soll Protest erheben überall wo ein Urtheil eines Friedensrichters ihm gegen das Gesetz zu sein scheint. Freilich hat er keine Möglichkeit von allen Urtheilen der Friedensrichter Kenntniß zu nehmen, ja es sind auch keine Maßregeln getroffen um ihm solches zu ermöglichen oder es ihm zur Pflicht zu machen. Es ist ihm nur im Allgemeinen das Recht zugesprochen im Interesse des Gesetzes gegen friedensrichterliche Urtheile Protest zu erheben.

Von demselben Gesichtspunkte aus bestimmt sich seine Stellung zur Friedensversammlung, nur ist hier seine Betheiligung eine umfassendere. Wenn bei der Verhandlung, seiner Meinung nach, die vorliegende Sache nicht in das gehörige Licht tritt, so ist er berechtigt durch Stellung von Fragen oder durch Erläuterungen in die Verhandlung einzugreifen und das richtige Verständnis der Sache anzubahnen, immer aber einzig und allein im Interesse einer richtigen Auffassung und Anwendung des Gesetzes, nicht im besondern Interesse des Staates oder einer Parthei. Ist endlich die Verhandlung vor der Friedensversammlung geschlossen, so hat er, bevor zur Urtheilsfällung geschritten wird, da die Versammlung ja aus lauter Nichtjuristen bestehen kann und meistens auch aus solchen besteht, die ganze Verhandlung juristisch zu beleuchten. Zunächst hat er die Bedeutung zu erläutern, welche die im vorliegenden Falle vorgebrachten Beweismittel haben, dann setzt er die auf die Beurtheilung der Sache anzuwendenden Gesetzesstellen auseinander und giebt seine Meinung ab über die Anwendung derselben im vorliegenden Falle. Nach

der Urtheilssfällung endlich ist er befugt, immer im Interesse des Gesetzes und der richtigen Anwendung desselben, seinen Protest wegen Ungefährlichkeit der erfolgten Entscheidung einzulegen, auf Cassation anzutragen und dadurch das Urtheil zur Prüfung der Rechtsbeständigkeit desselben an das Cassationsdepartement des Senats zu bringen.

Aus dem Angeführten geht hervor, daß die Stellung des Procureurs dem Friedensgericht gegenüber eine wesentlich andere ist als die, welche er vor den ordentlichen Gerichten einnimmt. Bei diesen tritt er als Parthei, als der öffentliche Ankläger auf, bei jenem hat er mit der Anklage nichts zu thun und hat bloß im abstracten Interesse der richtigen Anwendung des Gesetzes zu handeln. Einigermassen greift seine Thätigkeit in die Rolle des Anklägers hinüber, wo er die Unzufriedenheitserklärungen der anklagenden Polizei zu prüfen und eventuell an Stelle der Polizei Protest gegen ein Urtheil eines Friedensrichters zu erheben hat. Aus dem Gesagten ist ersichtlich, daß das Verhältniß des Procureurs zum Friedensgericht der französischen Auffassung der Staatsanwaltschaft entspricht, wo der Procureur der Wächter des Gesetzes ist, während sonst die Proceßordnung vom 20 Nov. 1864 dieser Auffassung nicht huldigt, und demselben dem Gericht gegenüber nur die Stellung eines öffentlichen Anklägers zuweist.

Zur Erreichung des Zweckes der Strafjustiz haben endlich auch sämtliche Verwaltungsbehörden mitzuwirken, indem sie die von ihnen entdeckten oder festgestellten Uebertretungen zur Kenntniß des Friedensrichters bringen, oder direct vor demselben als Kläger auftreten und die nöthigen Beweise vorbringen. Zu besonderer Thätigkeit ist die Polizei verpflichtet. Die früher derselben zustehende Aburtheilung geringer Vergehen ist ihr durch die neue Strafproceßordnung entzogen, dagegen ist ihr nach wie vor die Verhütung der Verbrechen und Vergehen übertragen. Zur Erreichung dieses Zweckes stehen ihr sogar Zwangsmittel

zu Gebote, jedoch nur in den vom Gesetze ausdrücklich bezeichneten Fällen. Für gewöhnlich hat sie sich darauf zu beschränken über alle von ihr entdeckte und der Gerichtsbarkeit des Friedensrichters unterliegende Vergehen ihm Anzeige zu machen oder direct als Kläger aufzutreten. Da der Friedensrichter aber auch verpflichtet ist gegen die Urheber bestimmter Vergehen von amtswegen einzuschreiten und hier seine Thätigkeit in einzelnen Beziehungen mit der der Polizei zusammen fällt, so ist es für nöthig erachtet worden, damit ihm nicht selbst die polizeiliche Thätigkeit aufgebürdet würde, die Polizei ihm unterzuordnen. Er kann die Anzeigen begangener Vergehen durch die Polizei aufspüren, durch dieselbe Untersuchungs-handlungen vornehmen lassen. Wenn er es für nothwendig erachtet kann er der Polizei auftragen, eine vorläufige Nachforschung anzustellen. Zu diesem Zwecke stehen die Polizeidiener unmittelbar unter ihm. Ihm steht sogar eine gewisse Strafgewalt über die Polizeibeamten zu: er kann im Falle der Nichterfüllung eines Auftrages denselben eine Warnung ertheilen. Liegen schwerere Vernachlässigungen vor, so ist er nur berechtigt dem Procureur davon Mittheilung zu machen, von dem es abhängt die gesetzlichen Schritte zu veranlassen.

(Fortsetzung folgt.)

Engelmann.

V.

Zwei Fragen aus dem provinziellen Privatrecht.

Nach dem Art. 1570 des dritten Theils des Provinzialrechts ist zur Gültigkeit einer Ingrossation unter Anderem erforderlich, „daß das Immobil, auf welches ingrossirt wird, dazu geeignet sei.“ Worin dies Erforderniß bestehe, ist im Provinzialrecht nicht ausdrücklich ausgesprochen; aus der Natur der Sache und verschiedenen das Pfandrecht betreffenden Gesetzesbestimmungen ergibt sich aber von selbst:

- 1) daß ein Immobil sich nur dann zur Belastung mit Specialhypotheken eignet, wenn es eine Hypothekeneinheit darstellt, d. h. weder Theil noch Vertinenz eines anderen Immobiles ist und
- 2) daß die Gültigkeit einer Ingrossation nicht bloß von den in dem Art. 1570 unter den Ziffern 1, 2, 3 und 5 bezeichneten Erfordernissen, sondern auch davon abhängt, daß dem Besteller der Specialhypothek solche Rechte an dem Immobil zustehen, welche ihn zur Verpfändung derselben befähigen.

Diesen beiden an sich unverfänglichen, fast selbstverständlichen Sätzen kann eine practische Bedeutung nur unter der Voraussetzung beigelegt werden, daß sich im Privatrecht Bestimmungen finden, welche mit Sicherheit und unschwer erkennen

lassen, einer Seite, ob ein unbeweglicher Gegenstand als eine für sich bestehende Sache oder als Theil oder als Pertinenz einer Sache anzusehen sei — und anderer Seite, worin namentlich die Rechte bestehen, die den Besteller einer Specialhypothek zur gültigen Verpfändung eines bestimmten Immobils befähigen. Die betreffenden Bestimmungen des Provinzialrechts rufen in uns so erhebliche Bedenken hervor, daß wir keinen Anstand nehmen, dieselben hier zu erörtern, in der Hoffnung, dadurch besserer Einsicht Anlaß zur Belehrung zu geben.

Es knüpfen sich aber jene Bedenken an die beiden Fragen:

- 1) unter welchen Voraussetzungen ist ein Immobil als Pertinenz, resp. als Theil eines anderen Immobils anzusehen? — und
- 2) wer ist berechtigt, an einem Immobil Specialhypotheken zu bestellen?

Zur ersten Frage.

Unter Hauptsachen versteht das Provinzialrecht solche Sachen, welche als selbständige Rechtsobjecte erscheinen. Mit dem Ausdruck Nebensache „alles dasjenige bezeichnend, was nur durch die Hauptsache besteht, zu ihr gehört oder auf andere Weise mit ihr zusammenhängt,“ zählt das Provinzialrecht im Art. 548 als besondere Arten von Nebensachen auf:

- 1) integrierende Bestandtheile der Hauptsache und darunter auch den Zuwachs oder die Accessionen im engeren Sinne;
- 2) die Früchte der Hauptsache;
- 3) Pertinenzien oder Zubehörungen und
- 4) die auf die Hauptsache verwendeten Kosten und die auf ihr ruhenden Lasten.

Was den Begriff der Pertinenzien oder Zubehörungen betrifft, so ist derselbe im Art. 557 des Provinzialrechts also definiert: „Die Pertinenzienhaftigkeit wird dadurch begründet, daß eine Sache (Nebensache) zum Dienst der Hauptsache selbst bestimmt und mit letzterer für die Dauer verbunden wird

„und daß jene Nebensache auch ihrer Beschaffenheit nach der ihr auferlegten Bestimmung entspricht.“

Aus dieser Definition erseht man vor Allem, daß jede Pertinenz eine Nebensache ist, welche dem mit der Hauptsache verfolgten Zwecke dient. Bei der großen Verschiedenheit der Nebensachen läßt sich aus diesem Merkmal wenig oder nichts Charakteristisches für den Begriff der Pertinenz entnehmen, denn es lassen sich sehr viele Bestandtheile denken, die, obschon sie nach Art. 548 ebenfalls zu den Nebensachen gehören, doch zum Dienst für die betreffende Hauptsache bestimmt sind. Die Schleuse einer Wassermühle, die Flügel einer Windmühle, die Säulen eines Gebäudes, der Schornstein eines Hauses u. s. w. gehören alle zu den Nebensachen und sind alle zum Dienst der Hauptsache, mit welcher sie in Verbindung stehen, bestimmt, können aber dennoch nicht als Pertinenz angesehen werden, sondern fallen unter den Begriff der integrierenden Bestandtheile, da sie, in Uebereinstimmung mit dem Art. 551 des Provinzialrechts, so wesentlich zu der Hauptsache gehören, daß letztere ohne sie nicht als vollendet betrachtet werden kann.

Als weiteres Merkmal der Pertinenz giebt der Art. 557 an, daß eine Nebensache, um als Pertinenz zu gelten, mit der Hauptsache dauernd verbunden sein müsse — und fügt der Art. 558 hinzu, daß die Verbindung nicht nothwendig in einem unmittelbaren physischen Zusammenhange zu bestehen brauche, sondern auch auf andere Weise, z. B. durch einen gemeinsamen Namen hergestellt werden könne. Aber weder hieraus, noch aus dem Schlußsatz des Art. 557, wonach die zum Dienst der Hauptsache bestimmte Nebensache, um sich als Pertinenz zu eignen, der ihr auferlegten Bestimmung entsprechen muß, läßt sich eine ausreichende Belehrung über den Begriff der Pertinenz schöpfen, indem ja integrierende Bestandtheile der Hauptsache mit der letzteren gleichfalls dauernd verbunden sind und, wie z. B. die Treppe eines Gebäudes, die Fenster eines Hauses, der De-

del eines Gefäßes, der ihnen als Nebensachen auferlegten Bestimmung entsprechen, ohne deshalb Pertinenz zu sein. Oder wird der Mangel einer scharf umgränzten Bestimmung des Begriffs der Pertinenz etwa dadurch gehoben, daß nach Art. 559 das Zusammentreffen aller im Art. 557 angegebenen Erfordernisse nothwendig ist, um eine Sache zur Pertinenz einer andern Sache zu machen? Schwerlich! Denn da alle einzelnen in den Art. 557 und 558 aufgegebenen Merkmale der Pertinenz, wie wir gezeigt zu haben glauben, sich auch bei den integrierenden Bestandtheilen vorfinden oder doch vorfinden können, so kann auch das Zusammentreffen aller Merkmale nicht wohl einen Unterschied zwischen den Begriffen „Pertinenz“ und „integrierender Bestandtheil“ begründen. Wohl stellt sich ein einigermaßen sicheres Unterscheidungsmerkmal heraus, wenn die mehrerwähnte Definition der Pertinenzeigenschaft mit der Definition verglichen wird, durch welche das Provinzialrecht den Begriff der integrierenden Bestandtheile bestimmt. Da nämlich der Art. 551 besagt, daß als integrierender Bestandtheil alles Dasjenige gelte, was, mit der Hauptsache in unmittelbarem Zusammenhange stehend, zum Wesen derselben so sehr gehört, daß ohne diese Bestandtheile die Hauptsache, ihrer Benennung und ihrem Begriffe nach, gar nicht bestehen oder nicht als vollendet angesehen werden kann: so zeigt sich, daß nach dem Provinzialrecht zwischen Pertinenzen und integrierenden Bestandtheilen der Unterschied obwaltet, daß bei den letzteren die Verbindung der Nebensache mit der Hauptsache als eine durch den Begriff und die Benennung der Hauptsache bedingte, also nothwendige erscheint, während bei den Pertinenzen die Verbindung der Nebensache mit der Hauptsache bloß eine nützliche ist, indem sie bald den bequemeren Gebrauch, bald den Schutz, bald die Aufbewahrung der Hauptsache bezweckt. Neben diesem Unterschiede zwischen integrierenden Bestandtheilen und Pertinenzen möchte noch ein anderer keineswegs unerheblicher Unterschied vorhanden sein, der,

wenn er auch schon in dem bisher Erörterten implicite enthalten ist, doch besonders hervorgehoben zu werden verdient.

Das Provinzialrecht unterscheidet nirgends ausdrücklich zwischen integrierenden Theilen und Theilen schlechthin. Gleichwohl erheischt die Natur der Sache eine derartige Unterscheidung, denn es giebt Theile, die, obschon sie mit dem Ganzen körperlich verbunden sind und, wenigstens während der Dauer dieser Verbindung, ihre physische Einzelexistenz eingebüßt haben, doch keinen wesentlichen Theil des Ganzen bilden und von dem Ganzen abgetrennt werden können, ohne den Fortbestand desselben in Frage zu stellen. Als Theil schlechthin oder außerwesentlicher Theil ist in vielen Fällen gewiß auch der Zuwachs anzusehen, wengleich das Provinzialrecht denselben, wie aus Art. 548 P. 1 hervorgeht, ohne Weiteres in die Kategorie der integrierenden Bestandtheile setzt. Hiedurch wird aber der Definition der integrierenden Theile augenscheinlich Gewalt angethan, weil der Zuwachs in der Regel keinen solchen Theil der Hauptsache bildet, ohne welchen dieselbe, „ihrer Benennung und ihrem Begriffe nach gar nicht bestehen oder nicht als vollendet angesehen werden kann.“ Eine Insel z. B., die sich in einem Flußbett gebildet hat und mit letzterem zusammenhängt, wächst nach Art. 760 dem am Ufer belegenen Grundstücke als Accession zu, kann aber unmöglich als integrierender Theil dieses Grundstückes angesehen werden, indem dasselbe auch ohne das durch Zuwachs hinzugekommene Land in der Eigenschaft eines in sich abgeschlossenen Ganzen bestehen kann — und in solcher Eigenschaft bestanden, ehe und bevor die Insel aus dem Flusse hervortauchte. Läßt sich nun so nicht läugnen, daß die Unterscheidung zwischen wesentlichen oder integrierenden Bestandtheilen und Theilen schlechthin oder außerwesentlichen Theilen in der Natur der Dinge begründet ist, und werden wir weiter unten Gelegenheit haben, zu zeigen, daß das Provinzialrecht selbst diese Unterscheidung als bestehend voraussetzt, so leuchtet auf

der anderen Seite ein, daß das Merkmal, welches die integrirenden Theile von den Pertinenzien unterscheidet, in Betreff der außerwesentlichen Theile nicht vorhanden ist, — daß vielmehr alle bisher besprochenen Requisite der Pertinenzien auch bei den außerwesentlichen Theilen zutreffen und daß man sich daher zur Unterscheidung der letzteren von den ersteren nach einem andern Merkmal umsehen muß. Das Provinzialrecht selbst giebt dieses Merkmal, wenn auch nur gelegentlich, so doch deutlich genug an. Da nämlich der Art. 548 bei Aufzählung der verschiedenen Arten von Nebensachen unter Ziffer 3 auch die Pertinenzien oder Zubehörungen aufführt und letztere als „für sich bestehende Sachen, „welche ohne einen integrirenden Theil der „Hauptsache zu bilden, dennoch zu ihr gerechnet werden und „von ihr abhängig sind,“ — beschreibt, fügt er den im Art. 557 — 559 angegebenen Erfordernissen der Pertinenzien ein neues Moment hinzu, welches darin besteht, daß eine Nebensache, um als Pertinenz gelten zu können, derartig beschaffen sein muß, daß sie, ob schon zum Dienst der Hauptsache bestimmt, dennoch in derselben nicht auf- und untergeht, vielmehr auch während der Verbindung mit der Hauptsache eine gewisse Selbständigkeit und jedenfalls die Möglichkeit einer Einzelexistenz bewahrt. Hierin liegt ein sicheres Unterscheidungszeichen der Pertinenz von dem außerwesentlichen Theil, weil der letztere, wenn auch nicht zur Vollendung der Hauptsache nothwendig, doch immer in derselben dergestalt auf- und untergeht, daß er mit ihr ein corpus bildet und durch die Verbindung mit der Hauptsache jede Selbständigkeit einbüßt. Dies ist z. B. bei einem durch Alluvion einem Landgut zugewachsenen Landstücke, bei einem gepflanzten Baume, bei der einem Acker einverleibten Saat, bei der Farbe, mit der ein Gegenstand angestrichen ist u. s. w., der Fall, angesehen alle diese Gegenstände zwar zum Wesen der Hauptsache nicht nothwendig sind, dennoch aber in ihr vollständig auf- und untergehen und daher als

aufserwesentliche Theile derselben erscheinen. Fest verbundene eiserne Öfen und Kamine, eingemauerte Spiegel, eingemauerte Kessel erklärt das Provinzialrecht selbst trotz der Verbindung dieser Nebensachen mit der Hauptsache, als Pertinenz (Art. 564) und zwar nicht blos, weil sie zum Dienst der Hauptsache bestimmt sind, sondern zugleich auch, weil sie als fertige für sich bestehende Sachen zu der Hauptsache hinzugetreten, in ihr nicht völlig auf- und untergegangen sind und ohne ihre Natur zu verlieren, von der Hauptsache abgetrennt werden können.

Auf Grund des bisher Erörterten sind wir der Ansicht, daß die Requisite der Pertinenzeigenschaft zwar in den darüber handelnden Art. 557 — 559 unzulänglich angegeben sind, sich aber bei Beachtung der Art. 547, 548 und 551, wie oben versucht worden, ergänzen und dahin zusammenfassen lassen, daß die Pertinenzeigenschaft auf dem Zusammentreffen folgender Erfordernisse beruhe, nämlich:

- 1) daß eine für sich bestehende Sache für die Dauer zum Dienst für eine andere gleichfalls für sich bestehende Sache bestimmt und dadurch zu der letzteren in das Verhältniß der Nebensache zur Hauptsache gebracht ist,
- 2) daß jene Nebensache ihrer Beschaffenheit nach der ihr auferlegten Bestimmung entspricht und
- 3) daß die Nebensache in Folge ihrer Bestimmung zum Dienst der Hauptsache in derselben weder als Theil, noch als integrierender Theil auf- und untergeht, indem sie vielmehr
- 4) mit der Hauptsache nur dergestalt verbunden ist, daß sie, die Verbindung möge durch unmittelbaren physischen Zusammenhang oder auf andere Weise (z. B. durch einen gemeinschaftlichen Namen) hergestellt sein, sich ohne Veränderung ihrer Natur, wie der Natur der Hauptsache von dieser abtrennen läßt.

Nach diesem Versuch einer näheren Bestimmung des Begriffs der Pertinenz wird sich die erste der oben aufgeworfenen

Fragen ohne erhebliche Schwierigkeit beantworten lassen. Es kann aber diese Frage zerlegt werden in die vier besonderen Fragen:

- 1) sind auf ländlichen Grundstücken errichtete Gebäude Theil oder Pertinenz derselben?
- 2) sind auf städtischen Grundstücken erbaute Gebäude Theil oder Pertinenz dieser Grundstücke?
- 3) Sind Gebäude, die kraft erblichen Grundzinsrechtes auf fremdem Grunde und Boden errichtet sind, Theil oder Pertinenz desselben? oder sind sie als selbständige Immobilien anzusehen?
- 4) Unter welchen Voraussetzungen ist ein Grundstück als Pertinenz eines anderen zu betrachten?

Ad 1. So viel uns bekannt, begegnet man in den Gerichten der Ostseeprovinzen häufig der Ansicht, daß die auf einem Landgute oder auf einem anderen ländlichen Grundstücke vorfindlichen Gebäude Pertinenz des Grundes und Bodens seien. Diese Ansicht wird durch die Art. 557—559 des Provinzialrechts augenscheinlich unterstützt; denn während bei einem Landgut der Grund und Boden vorzugsweise zur Gewinnung von Bodenerzeugnissen bestimmt ist, dienen die auf demselben errichteten und auf die Dauer mit ihm fest verbundenen Gebäude mehr oder weniger direct demselben Endzwecke, was auch in Betreff der zu dem Landgut gehörigen Wohngebäude der Fall ist, weil dieselben den Centralpunkt bilden, von welchem aus die Bewirthschaftung erfolgt. Nach dem Ergebniß dagegen, zu dem wir oben über den Begriff der Pertinenz gelangt sind, erscheint es unstatthaft, den zu einem Landgut gehörigen Gebäuden Pertinenz-eigenschaft zuzuschreiben, denn eines Theils ist ein Gebäude keine für sich bestehende Sache, da es ohne feste Verbindung mit dem Grunde und Boden nicht zu existiren vermag, und anderen Theils ist bei einer Abtrennung des Gebäudes von dem Grunde und Boden eine gänzliche oder doch theilweise Auflösung desselben in die Bestandtheile, aus denen es erbaut wurde, unvermeidlich.

Die Richtigkeit dieser Behauptung folgt aber nicht allein aus dem oben entwickelten Begriff der Pertinenz, sondern wird auch durch specielle Bestimmungen des Provinzialrechts bestätigt. Dahin gehört vor Allem der schon oft erwähnte Art. 548, welcher im Eingange verordnet „Unter Nebensachen sind zu unterscheiden:

„1) diejenigen, welche integrirende Bestandtheile der Hauptsache bilden, darunter auch der Zuwachs oder die Accessionen im engeren Sinne.“ Eine besondere Bestimmung darüber, was unter Accession im engeren Sinne, im Gegensatz zu den Accessionen im weiteren Sinne, zu verstehen sei, findet sich im Provinzialrecht nicht. Da jedoch die Doctrin unter Accession im weiteren Sinne nicht nur Alles, was einer körperlichen Sache hinzugefügt wird, sondern auch dasjenige, was zu einem Rechtsverhältniß oder zu gewissen Rechten als Nebenvortheil oder Nebenlast, beziehungsweise Nebenrecht hinzukommt, versteht und unter Accession im engeren Sinne oder Zuwachs wiederum dasjenige begreift, was mit einer Sache, sei es durch Naturkräfte, sei es durch menschliche Thätigkeit dergestalt physisch verbunden wird, daß es zu dieser Sache in das Verhältniß eines Bestandtheils tritt und in diesem Verhältniß der Selbständigkeit ermangelt, so läßt sich hieraus, wie aus dem Umstande, daß der bezogene Art. 548 den Zuwachs oder die Accession im engeren Sinne von den Früchten, den Pertinenzien und den auf die Hauptsache verwendeten Kosten und den auf ihr ruhenden Lasten unterscheidet, mit ausreichender Sicherheit entnehmen, daß das Provinzialrecht mit dem Ausdruck: Accessionen im engeren Sinne eben diejenigen Nebensachen bezeichnen will, an welchen der Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthumsrecht durch Accession erworben hat. Wie aus den Art. 759 — 798 des Provinzialrechts hervorgeht, gehören zu den Accessionen im engeren Sinne auch mit dem Grunde und Boden fest verbundene Gebäude, weil das Provinzialrecht sich der gemeinsamen Ueberschrift: „Erwerbung des Eigenthums durch Verbindung

„(Accession)“ bedient, um unter Lit. A. die Verbindung durch Hinzutritt eines Grundstücks zu einem anderen (alluvio, avulsio, alvei mutatio, insula in flumine nata) und unter Lit. B. die Accession durch Aufführung von Gebäuden abzuhandeln. Da nun der Art. 548 die Accessionen im engeren Sinne als Theil der betreffenden Hauptsache, also auch Gebäude als Theil des Grundes und Bodens erklärt und Art. 771 in voller Uebereinstimmung mit dem Obigen verordnet:

„Als Theil des Grundes und Bodens ist das auf demselben „aufgeführte und damit fest verbundene Gebäude anzusehen“ so stellt das Provinzialrecht selbst in unzweideutiger Weise fest, daß auch bei Landgütern oder ländlichen Grundstücken überhaupt die auf demselben vorfindlichen Gebäuden nicht Pertinenz, sondern Theil des Grundes und Bodens sind.

Wider diese Beweisführung wird vielleicht der Einwand erhoben werden, daß der Art. 771 zur Entscheidung von Pertinenzfragen überhaupt nicht herbeigezogen werden könne, weil er gar nicht über das Verhältniß der Pertinenz zur Hauptsache oder des Theiles zum Ganzen handle, sondern einfach dem Rechtsfak Ausdruck gebe, daß der Eigenthümer des Grundes und Bodens auch das Eigenthum an den darauf errichteten Gebäuden erlange. Allein hierauf läßt sich wohl zutreffend erwidern, daß die ratio des ebenerwähnten Rechtsfages eben darin zu suchen ist, daß die beweglichen Gegenstände, aus denen das Gebäude zusammengesetzt ist, vermöge ihrer Verbindung mit dem Grunde und Boden ein Theil desselben, eine res soli geworden, wie das auch in den von dem Art. 771 als Quelle angezogenen Bestimmungen des römischen Rechts (z. B. omne, quod inaedificatur, solo cedit) unverkennbar ausgesprochen ist.

Ad 2. In Betreff des Verhältnisses, welches bei städtischen Grundstücken zwischen dem Grunde und Boden und den darauf errichteten Gebäuden obwaltet, wird in den Gerichten der Ostseeprovinzen nicht selten die Anschauung vertreten, daß

der Grund und Boden Pertinenz der Gebäude sei und läßt sich gewiß nicht leugnen, daß man an der Hand der Definition des Art. 557 zu einer derartigen Anschauung gelangen muß, indem ja bei bebauten städtischen Grundstücken der Grund und Boden principaliter dazu dient, die darauf errichteten Gebäude zu tragen, der erstere also zum Dienst der letzteren bestimmt erscheint. Gerade dieselben Gründe aber, die oben dazu nöthigten, die auf ländlichen Grundstücken errichteten Gebäude als Theil des Grundes und Bodens anzusehen, begründen auch die Behauptung, daß bei städtischen Grundstücken gerade dasselbe Verhältniß zwischen dem Grunde und Boden und den darauf errichteten Gebäuden stattfindet — und begnügen wir uns daher hier mit der Bemerkung, daß die Ansicht, nach welcher der Grund und Boden bei städtischen Grundstücken als Pertinenz der Gebäude zu betrachten sei, zu einer *contradictio in adjecto* führt. Denn hält man an jener Ansicht fest und erwägt demnächst, daß nach Art. 771 jedes Gebäude Theil des Grundes und Bodens ist, so gelangt man zu der Begriffswidrigkeit, daß bei einem städtischen Grundstück das Gebäude der Theil einer Pertinenz sei, deren Hauptsache gar nicht vorhanden ist.

Ad 3. Hinsichtlich solcher Gebäude, welche vermöge erblichen Grundzinsrechtes vom Grundzinsmann auf dem zinspflichtigen Grunde und Boden errichtet sind, begegnet man häufig der Anschauung, daß rücksichtlich jener Gebäude eine Ausnahme von der Regel: *omne, quod inaedificatur, solo cedit* — insofern eintrete, als der zinspflichtige Grund einer Seite und das vom Grundzinsmann errichtete Gebäude anderer Seite selbständige, für sich bestehende Rechtsobjecte seien, wie denn auch der zinspflichtige Grund im Obereigenthume des Grundherrn, das darauf errichtete Gebäude aber im ausschließlichen Eigenthum des Grundzinsmannes stehe.

Zur Unterstützung dieser Anschauung liegt es nahe, sich auf den Art. 1329 des Provinzialrechts zu beziehen, weil der-

selbe Gebäude der gedachten Art dem Grunde und Boden unverkennbar entgegengesetzt und sodann bestimmt, daß der Grundzinsmann die von ihm aufgeführten Gebäude, ohne dazu der Einwilligung des Grundherrn zu bedürfen, verpfänden und mit Servituten beschweren dürfe.

Gleichwohl möchte das Provinzialrecht selbst hinreichenden Anhalt gewähren für die Behauptung, daß auch von dem Grundzinsmann auf zinspflichtigem Boden erbaute Gebäude Theil derselben sind. Nach Art. 1325 des Provinzialrechts genießt der Grundzinsmann das Nutzungseigenthum an dem ihm zur Nutzung überlassenen Grundstücke. Ihm steht der Grundherr als Obereigenthümer (*dominus directus*) des zinspflichtigen Grundstücks gegenüber. Zu den Rechten des *dominus directus* gehört nach Art. 949 auch, daß ihm das Obereigenthum an jeglichem Zuwachs oder an jeglicher Accession im engeren Sinne zufällt. Da nun oben umständlich gezeigt wurde, daß auch auf eigenem oder fremdem Grunde aufgeführte Gebäude zu den Accessionen im engeren Sinne gehören, so folgt daraus, daß der Grundherr an Gebäuden, die auf dem zinspflichtigen Grunde errichtet werden, das Obereigenthum erlange. Ein Widerspruch zwischen diesem Recht des Grundherrn und der Befugniß des Grundzinsmannes zur Verpfändung der fraglichen Gebäude möchte nicht vorhanden sein, denn während das Nutzungseigenthum eben aus gewissen, im Eigenthum enthaltenen und dem Nutzungseigenthümer übertragenen Befugnissen besteht und das Recht zur Verpfändung und zur Beschwerung mit Servituten doch nur eine im Eigenthum enthaltene Befugniß ist, kann daraus, daß der Grundzinsmann sich eines derartigen Rechtes erfreut, noch keineswegs geschlossen werden, daß derselbe das volle Eigenthumsrecht an den von ihm errichteten Gebäuden zu genießen habe. Der Erbpfandbesitzer ist auch nur Nutzungseigenthümer des Erbpfandgutes und der von ihm auf demselben erbauten Gebäude und darf das Erbpfandgut wie die Gebäude verpfänden und

mit Servituten belasten. Dennoch ist er keineswegs voller Eigenthümer des Erbpfandgutes, sondern hat den Pfandgeber sowohl hinsichtlich des Gutes wie der Gebäude als Obereigenthümer anzuerkennen. Gebührt aber dem Grundzinsmann so an dem zinspflichtigen Boden, wie an den Gebäuden nur ein Nutzungseigenthum, also nur ein jus in re aliena, so liegt in der That kein Grund vor, zu Gunsten der vom Grundzinsmann errichteten Gebäude eine Ausnahme von der Regel: omne, quod inaedificatur, solo cedit zu machen und sind wir daher überzeugt, daß jene Gebäude ebenfalls nur als Theil des Grundes und Bodens angesehen werden müssen.

Ad 4. Hiemit scheint in Widerspruch zu stehen, daß das Provinzialrecht im Art. 567 von Grundstücken als Pertinenzen von Gebäuden spricht. Dieser Widerspruch erweist sich jedoch sogleich als ein bloß scheinbarer, wenn man auf den Inhalt des bezogenen Artikels näher eingeht. Derselbe spricht aus, daß Grundstücke, welche der Eigenthümer mit seinem Gebäude als Hofraum, Garten u. dgl. in Verbindung setzt, unter gewissen Umständen Pertinenz des Gebäudes werden. Da jedoch ein Gebäude ohne den es tragenden Grund und Boden nicht denkbar ist, so hat der Art. 567 offenbar ein Gebäude vor Augen, welches, ehe und bevor ihm von dem Eigenthümer ein Grundstück als Hofraum, Garten u. dgl. hinzugefügt wurde, bereits Theil eines anderen, nämlich desjenigen Grundstücks geworden war, welches das Gebäude trägt. Wie oft mit einem besonders in die Augen fallenden Theil das Ganze bezeichnet zu werden pflegt (*pars pro toto*), so wird hier mit dem Ausdruck „Gebäude“ ein für sich bestehendes, mit einem Gebäude überbautes Grundstück bezeichnet, weil der Zweck, dem das Ganze dient, durch das aufgeführte Gebäude charakterisirt erscheint. Meint hiernach der Art. 567 mit demjenigen Gegenstande, zu welchem ein Grundstück als Pertinenz hinzugefügt wird, nicht ein Gebäude schlechthin, sondern ein aus dem Grunde und Bo-

den und dem darauf errichteten Gebäude bestehendes, selbständiges Immobil, so widerspricht dieser Artikel dem Rechtsatz, daß ein Gebäude immer Theil des Grundes und Bodens sei, offenbar ganz und gar nicht, denn daß ein für sich bestehendes Grundstück, wenn es unter den die Pertinenzeigenschaft bedingenden Verhältnissen zu einem andern Grundstück zugezogen wird, ohne darin als bloße Accession auf- und unterzugehen, Pertinenz des letzteren wird, kann in keiner Hinsicht bedenklich erscheinen.

Den vorstehenden Erörterungen gemäß wäre die erste der im Eingange aufgeworfenen Fragen dahin zu beantworten, daß Gebäude unter allen Umständen Theil, nie Appertinenz eines Grundstücks sind, daß Grundstücke Pertinenz eines Gebäudes nur dann sein können, wenn unter dem Ausdruck „Gebäude“ dieses letztere in seiner nothwendigen Verbindung mit dem Grunde und Boden verstanden wird — und daß über die Fälle, in denen ein Grundstück als Pertinenz eines anderen zu betrachten sei, das Zusammentreffen der oben dargelegten Erfordernisse der Pertinenzeigenschaft entscheide.

Ehe und bevor wir zur Beantwortung der zweiten der beiden aufgeworfenen Fragen übergehen, glauben wir noch erst auf einen Irrthum hinweisen zu müssen, zu dem die Art. 549, 550 und 1372 des Provinzialrechts möglicher Weise Veranlassung geben können. In den zuerst bezeichneten Artikeln ist festgestellt, daß Nebensachen, so lange sie von der Hauptsache nicht getrennt sind, die rechtliche Natur der letzteren theilen und an allen die Hauptsache betreffenden Rechtsverhältnissen von selbst Theil nehmen, so daß namentlich bei jeder Veräußerung der Hauptsache die Nebensache als mit veräußert angenommen wird, falls nicht das Gegentheil ausdrücklich bestimmt ist. In dem Art. 1372 ferner ist verordnet, daß das an einer einzelnen Sache bestellte Pfandrecht sich auch auf die Zubehörungen und Accessionen der Sache erstrecke. Diese Bestimmungen vor Augen habend und gleichzeitig sich erinnernd, daß alle Pertinenzen und

Accessionen Nebensachen sind, kann man sich zu dem Gedanken versucht fühlen, daß die Unterscheidung zwischen Pertinenz und Theil für die Rechtspflege von keinem oder doch nur von geringem practischen Belang sei. Wie wenig Berechtigung diesem Gedanken gebührt, läßt sich, wie uns bedünken will, an sehr vielen Rechtsfällen nachweisen; es wird aber schon die Hervorhebung einiger wenigen Rechtsfälle genügen, um die Nothwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Pertinenz und Theil zu veranschaulichen.

1) Angenommen, der Eigenthümer eines Landguts verkauft dasselbe in der Art, daß der Kauf erst nach Ablauf eines Jahres wirksam werden und daß die Uebergabe des Landgutes erst dann stattfinden soll. Errichtet nun der Verkäufer vor Ablauf des Jahres auf dem Landgute ein neues Gebäude, so kann die Frage entstehen, ob dies Gebäude als mitverkauft anzusehen sei oder nicht. Betrachtet man das Gebäude als Pertinenz, so erscheint dasselbe nicht als mitverkauft, weil doch nur diejenigen Pertinenzen des Landguts als mitverkauft angesehen werden können, welche bei Abschluß des Kaufvertrages vorhanden waren. Wird dagegen das Gebäude als Accession und somit als Theil des Landguts betrachtet, wie unserer Ansicht nach geschehen muß, so kann das Recht des Käufers auf das neu erbaute Gebäude nicht zweifelhaft sein, da dasselbe eben ein in dem Landgut auf- und untergegangener Theil des letzteren ist.

2) Jemand, der ein Landgut in der Ueberzeugung besitzt, Eigenthümer desselben zu sein, erbaut darauf ein zum Betriebe der Landwirthschaft nothwendiges Gebäude. Hinterher ergiebt sich, daß der Erbauer sich irrthümlich als Eigenthümer des Landguts angesehen hat. Wird nun dieses letztere von dem wahren Eigenthümer vindicirt, so kann nicht zweifelhaft sein, daß ihm mit dem Landgut auch das Eigenthum an dem fraglichen Gebäude zugesprochen werden muß. Um aber zu einem detartigen Rechtspruch zu gelangen, muß man unserer Ansicht nach

davon ausgehen, daß das Gebäude Theil des Grundes und Bodens und als Accession des letzteren Eigenthum des Vindicanten geworden sei; denn faßt man das Gebäude als Pertinenz des Grundes und Bodens auf, so ist nicht einzusehen, wodurch für den Vindicanten ein Erwerbstitel begründet sein soll. Die bloße Thatfache, daß das Gebäude mit dem Landgut verbunden und zu dessen Dienst bestimmt ist, kann dem Mangel eines Erwerbgrundes nicht abhelfen, weil das Gesetz jene Thatfache nirgends als eine solche anerkennt, welche das Eigenthum an der Pertinenz auf den Eigenthümer der Hauptsache überträgt. Hiernach würde man, wenn man an der Ansicht festhält, daß das fragliche Gebäude Pertinenz des Bodens sei, zu dem Irrthum verleitet werden, das Gebäude dem Erbauer zuzusprechen, während dasselbe nach Art. 773 des Provinzialrechts dem Vindicanten als Eigenthum zufällt, wobei sich übrigens von selbst versteht, daß dies Recht des Vindicanten dadurch nicht in Frage gestellt wird, daß er nach demselben Artikel sich seines Eigenthumsrechts zu begeben und dem Erbauer die Wegnahme des Gebäudes zu gestatten befugt ist, falls ihm der dem Erbauer zu leistende Ersatz beschwerlich erscheint.

3) Wenn der Eigenthümer eines innerhalb städtischen Weichbildes belegenen unbebauten Platzes an demselben eine Specialhypothek bestellt und dann diesen Platz mit einem städtischen Wohnhause überbaut, so fragt sich, ob das Wohnhaus hinterher einfach in Folge seiner Erbauung von der an dem Platz bestellten Hypothek ergriffen werde. Wie in den früher aufgeführten Fällen, so hängt auch hier die Entscheidung lediglich davon ab, ob das Gebäude als Pertinenz oder als Theil oder aber als für sich bestehende Hauptsache angesehen wird. Wer die (hinsichtlich städtischer Immobilien stark vertretene) Ansicht theilt, daß bei Immobilien der gedachten Art das Haus Hauptsache, der Grund und Boden aber Pertinenz sei, vermag durch Berufung auf den Art. 1372 nicht zu beweisen, daß die

an dem unbebauten Plage bestellte Hypothek sich auch auf das hinterher erbaute Haus erstrecke, denn wenn der Art. 1372 vorschreibt, daß die an einer einzelnen Sache bestellte Specialhypothek auch auf die Zubehörungen der Sache gehe, so schreibt er damit doch nicht vor, daß umgekehrt die Verpfändung der Zubehörungen auch die Verpfändung der Hauptsache umfasse. Eine Bestimmung des letzterwähnten Inhalts findet sich im Provinzialrecht überhaupt nicht und da in unserem Rechtsfalle eine Verpfändung des hinterher erbauten Hauses nicht vorliegt, so wird der Vertreter jener Ansicht sich zu der offenbar unrichtigen Entscheidung genöthigt sehen, daß das fragliche Haus mit der an dem Grunde und Boden bestellten Hypothek nicht belastet sei.

Wird dagegen zwischen Pertinenz und Theil in der von uns erörterten Weise unterschieden, so fallen alle Schwierigkeiten von selbst weg, indem das Haus von der ursprünglich nur an dem Grunde und Boden bestellten Hypothek nur deshalb ergriffen werden muß, weil es ein durch Accession hinzugekommener Theil des Grundes und Bodens, also dieser selbst ist.

4) Es wird gewiß Niemand bestreiten, daß auf ein Landgut ingrossirte Specialhypotheken auch diejenigen auf dem Landgute errichteten Gebäude ergreifen, welche erst nach Ingrossation der Specialhypotheken aufgeführt wurden. Gleichwohl wird der Beweis der Richtigkeit dieses Satzes denen schwer werden, welche die auf einem Landgut befindlichen Gebäude als Pertinenz des Grundes und Bodens ansehen. Der Art. 1372 schreibt allerdings, wie schon oft erwähnt worden, vor, daß die an der Hauptsache bestellte Specialhypothek stillschweigend die Pertinenz in Mitleidenschaft ziehe. Allein so gewiß die ratio dieser Bestimmung auf der Annahme beruht, daß der Eigenthümer seinen hinsichtlich der Hauptsache bekundeten Willen auch in Betreff der bereits vorhandenen Pertinenz hege und gelten lasse, ebenso gewiß möchte auf der anderen Seite sein, daß diese Annahme da mindestens sehr gewagt erscheint, wo, wie in dem

angenommenen Falle, die Pertinenz mit der Hauptsache erst nach deren Verpfändung verbunden worden ist und mithin nicht einmal stillschweigend in die Verpfändung inbegriffen werden konnte. Werden die zu einem Landgute gehörigen Gebäude dagegen als Theile desselben angesehen, so beweist schon der Art. 1273, daß sie von den vor ihrer Aufführung an dem Landgute bestellten Hypotheken ergriffen werden, denn als Accession des Landgutes sind sie demselben dermaßen einverleibt, daß sie rechtlich als in ihm auf- und untergegangen betrachtet werden müssen.

Solche Beispiele lassen sich leicht noch in großer Zahl erfinden; das Angeführte wird aber hoffentlich schon zur Genüge darthun, daß die Unterscheidung zwischen Pertinenz und Theil zur Beurtheilung von Rechtsfällen unentbehrlich ist, welche sich in der Praxis täglich ereignen.

Zur zweiten Frage.

So wenig sich dagegen Einspruch erheben läßt, daß der Art. 1580 des Provinzialrechts die Ingrossation einer Specialhypothek nur unter der Voraussetzung zuläßt, wenn das Recht des Hypothekenbestellers zur Verpfändung des betreffenden Immobiles im Hypothekenbuche beurkundet ist, so sehr muß auf der anderen Seite auffallen, daß der zuletzt erwähnte Artikel sich hinsichtlich der Legitimation zur Bestellung von Specialhypotheken so ausdrückt, wie er es in dem Schlusssatz:

„und zwar nur dann, wenn der Verpfänder in den Gerichtsbüchern als Eigenthümer oder Pfandbesitzer dieses Immobiles verzeichnet ist.“

gethan hat.

Rückfichtlich dieses Schlusssatzes fragt sich nämlich, ob er bloß die Legitimation zur Bestellung von Specialhypotheken an der Substanz des verpfändeten Immobiles bestimme, von der Legitimation zur speciellen Verpfändung von dinglichen Rechten an fremden Immobilien (dem sogenannten uneigentlichen Pfandrechte), aber absehe oder ob er weiter und zwar dahin zu inter-

pretiren sei, daß er auch für die Legitimation zur speciellen Verpfändung jener dinglichen Rechte maßgebend sei. Faßt man den fraglichen Schlußsatz in dem zuerst angegebenen engeren Sinne auf, so entspricht das allerdings dem Wortverstande des ganzen Art. 1580, welcher ja von Specialhypotheken an Immobilien (mithin an der Substanz derselben) handelt. Man geräth jedoch in diesem Falle in die Schwierigkeit, daß der Erbpfandbesitzer und der Pfandbesitzer nach neuem Rechte bloß Inhaber von Rechten an einer fremden Sache sind, dennoch aber nach dem Schlußsatz des Art. 1580 zur Bestellung von Specialhypotheken an ihren Pfandgütern berechtigt erscheinen. In Betreff des Erbpfandbesitzers wird diese Schwierigkeit zwar durch das Gesetz selbst gehoben, welches im Art. 1552 feststellt, daß der Erbpfandbesitzer trotzdem, daß er nur Nutzungseigenthümer ist, doch zur Bestellung von Specialhypotheken an der Substanz des Pfandgutes befugt sei. Daß ein Gleiches in Betreff des Pfandbesitzers nach neuem Rechte gelte, ist im Provinzialrecht nirgends ausgesprochen, es sei denn, daß man einen solchen Ausspruch eben in dem Art. 1580 erblicken will, welcher, wenn man sich einfach an den Wortverstand hält, den Pfandbesitzer im Allgemeinen, also implicite auch den Pfandbesitzer des neueren Rechtes als zur Bestellung von Specialhypotheken an dem Pfandgute berechtigt anzuerkennen scheint. Diese Anerkennung dürfte indeß von der gesetzgebenden Gewalt schwerlich beabsichtigt sein und würde jedenfalls zu Consequenzen nöthigen, die mit dem Wesen des Pfandbesitzes des neueren Rechtes schlechterdings unvereinbar sind.

Bei Berücksichtigung der den Pfandbesitz des neueren Rechtes regelnden Bestimmungen des Provinzialrechts geht hervor, daß das betreffende Rechtsverhältniß aus drei unterschiedlichen Verträgen combinirt ist, nämlich:

- 1) aus einem Darlehnsvertrage, denn der Pfandschilling ist nach Art. 1501 und 1533 als ein dem Eigenthümer des Pfandgutes gereichtes Darlehn zu betrachten ;

- 2) aus einem Pfandvertrage, welcher darin besteht, daß dem Pfandbesitzer zur Sicherung des dargeliehenen Pfandschillings ein Recht auf den körperlichen Besitz und die Nutzung des Pfandgutes eingeräumt ist;
- 3) aus einem pactum antichreticum, denn während der Inhaber einer demselben als Pfand übergebenen fruchttragenden Sache die bezogenen Früchte nach Art. 1403 auf seine Forderung abrechnen muß, darf der Pfandbesitzer in Grundlage der Art. 1519 und 1520 (gerade so, wie das bei einem mit dem pignus in Verbindung gesetzten pactum antichreticum des römischen Rechts der Fall ist) sich alle Früchte und Nutzungen des Pfandgutes aneignen, ohne den Werth derselben auf seine Darlehnsforderung in Abzug bringen zu müssen.

Das Darlehn und das pactum antichreticum sind, weil sie bloß Forderungsrechte begründen, selbstverständlich nicht geeignet, den Pfandbesitzer mit der Befugniß zur Bestellung von Specialhypotheken an dem Pfandgute zu bekleiden. Der Pfandvertrag dagegen begründet nach Art. 1503 allerdings zu Gunsten des Pfandbesitzers ein dingliches Recht an dem Pfandgute. Allein da dieses Recht nur in der Befugniß besteht, das Pfandgut während der im Pfandvertrage bestimmten Zeit in körperlichem Besitz zu haben und ohne Einmischung des Eigenthümers zu nutzen, so kann der Pfandbesitzer augenscheinlich auch nur dieses Besitz- und Nutzungsrecht, nicht aber das Pfandgut selbst wirksam verpfänden, was um so weniger in Zweifel gezogen werden kann, als der Pfandbesitz dem Pfandhalter nach Art. 1501 kein Verfügungsrecht über das Pfandgut, sondern nur Sicherheit für die Wiedererlangung des gezahlten Pfandschillings gewähren soll und als der Pfandhalter, wenn er befugt wäre, das Pfandgut selbst mit Specialhypotheken zu belasten, kraft solcher Befugniß ein sehr wirksames Mittel in Händen hätte, die Einlösungsbefugnisse des Eigenthümers illusorisch zu machen.

Kann nun hiernach dem Pfandbesitzer ein Verpfändungsrecht nur in Bezug auf sein oberwähntes dingliches Recht an dem Pfandgute zugeschrieben werden, so folgt daraus, daß der Schlußsatz des Art. 1580 in dem angegebenen weiteren Sinne, nämlich so aufzufassen ist, daß er die Befugniß nicht bloß zur Verpfändung der Immobilien selbst, sondern auch der denselben inhärenten, verpfändbaren jura in re aliena zum Gegenstande habe. Wie aber der Schlußsatz des Art. 1580, wenn man ihn stricte interpretirt, insoweit, als er vom Pfandbesitz spricht, offenbar zu viel besagt, so besagt er augenscheinlich zu wenig, wenn man ihn auch auf die jura in re aliena bezieht, denn daß außer an dem Pfandbesitz auch an anderen jura in re aliena, namentlich auch an dem Grundzinsrecht und an der Erbpacht Specialhypotheken bestellt werden können und daß der Grundzinsmann und der Erbpächter zur Bestellung solcher Hypotheken berechtigt sind, wenn das die Erbpacht, beziehungsweise das Grundzinsrecht begründende Rechtsgeschäft in das zuständige Grund- und Hypothekenbuch eingetragen ist, liegt nicht bloß in der Natur der Sache, sondern geht auch aus den Art. 4132, 4142, 1328 und 1329 hervor. Daß der Grundzinsmann, wenn er sein Grundzinsrecht und somit sein Nutzungseigenthum an dem Grunde und Boden, wie an den darauf errichteten Gebäuden zur Sicherheit eines empfangenen Darlehns verpfändet, damit eine Hypothek bestellt, die, wenn sie ingrossirt wird, dem Gläubiger kaum weniger Sicherheit gewährt, als eine vom Eigenthümer an einem nicht zinspflichtigen Immobil gleichen Umfanges und gleicher Qualität bestellte Hypothek, kann aus den das Grundzinsrecht regelnden Bestimmungen des Provinzialrechts unschwer erwiesen werden. Die bei der Erbpacht in Livland und Kurland unter gewissen Voraussetzungen eintretende Privation ist bei dem Grundzinsrecht ausgeschlossen, denn selbst wenn der Grundzinsmann drei und mehr Jahre mit Entrichtung des Grundzinses säumig ist, steht dem Grundherrn die Befugniß nicht zu, das Grund-

zinsverhältniß aufzuheben und das Grundstück als ein vom Grundzins befreites einzuziehen. Er ist vielmehr in einem solchen Falle nach Art. 1331 nur befugt, die öffentliche Versteigerung des Grundzinsrechtes zu verlangen und sich aus dem durch den Käufer gezahlten Kaufpreise für den rückständigen Grundzins bezahlt zu machen, so daß in dem gesetzten Falle nur ein Wechsel in der Person des Grundzinsmannes eintritt. Eine Befugniß zur Aufkündigung des Grundzinsrechtes steht dem Grundherrn ebensowenig zu, als der Grundzinsmann bei Veräußerung des Grundzinsrechtes an den Consens des Grundherrn gebunden ist. Nur darin scheint das Obereigenthum des Grundherrn die Dispositionsbefugniß des Grundzinsmannes namhaft zu beschränken, daß letzterer nach Art. 1329 den zinspflichtigen Grund und Boden nur mit Bewilligung des Grundherrn mit Hypotheken und Servituten beschweren kann. Bei näherer Erwägung ergiebt sich jedoch auch die Bedeutungslosigkeit dieser Beschränkung. Denn bei der Unkündbarkeit und Erblichkeit des veräußerlichen durch keinerlei Privation bedrohten Grundzinsrechtes sind dem Grundherrn alle Mittel und Wege abgeschnitten, sein Grundstück von dem an demselben haftenden Grundzinsrechte zum Nachtheil der von dem Grundzinsmann bestellten Hypotheken und Dienstbarkeiten zu befreien. Man denke sich z. B. den Fall, daß eine bloß in dem Grundzinsrechte und in den vom Grundzinsmann errichteten Gebäuden besicherte Obligation im Wege des Executivprocesses beigetrieben werden soll. In einem solchen Falle haftet der zinspflichtige Grund und Boden allerdings nicht für die Obligation und ist formell auch nicht Gegenstand der Subhastation. Allein da jeder Bieter weiß, daß der Grund und Boden auch nach Beendigung der Subhastation zur ausschließlichen Ausübung des Grundzinsrechtes des neuen Erwerbers bestimmt bleiben wird, so ist klar, daß die Bieter keine Veranlassung haben, für das Grundzinsrecht und die Gebäude um deshalb weniger zu bieten, weil der Grund und

Boden nicht Gegenstand der Subhastation ist. Je mehr aber so das Obereigenthum des Grundherrn an dem Grunde und Boden und den darauf errichteten Gebäuden zu einer nuda proprietas verflüchtigt erscheint, desto mehr ist man berechtigt, neben dem Eigenthümer und Pfandbesitzer auch dem Grundzinsmann das Recht zur Bestellung von Specialhypotheken an den Immobilien zuzugestehen, die er kraft corroborirten erblichen Grundzinsrechts besitzt.

Von dem Erbpächter an dessen Nutzungseigenthum bestellte Hypotheken gewähren dem Pfandgläubiger wegen der Gefahr der Privation, mit welcher die Erbpacht unter gewissen Voraussetzungen bedroht ist, allerdings ein geringeres Maß von Sicherheit. Unter den gesetzlichen Privationsgründen ist jedoch nur die aus der unterlassenen Entrichtung des Erbzinses hervorgehende von practischem Gewicht, denn die anderen (überdies nur für Livland geltenden) Privationsgründe, nämlich: bedeutende Deterioration des Grundstücks und unterlassene Veräußerungsanzeige, setzen ein so großes Maß von Nachlässigkeit und Unaufmerksamkeit auf Seiten des Erbpächters voraus, daß sie in Wirklichkeit wohl nur äußerst selten zur Aufhebung eines bestehenden Erbpachtverhältnisses Anlaß geben werden. Aber auch die unterlassene Entrichtung des Erbzinses führt nur in den wenigsten Fällen zur Aufhebung des Erbpachtverhältnisses, denn da der Grundherr das Grundstück wegen nicht berichtigten Zinses nur dann einzuziehen befugt ist, wenn der Erbpächter mit Entrichtung des Zinses drei, und bei Grundstücken, welche der Kirche gehören, zwei Jahre im Rückstande verbleibt, so stehen dem Erbpächter, selbst wenn er in einem Jahre in Folge von Mißwachs, Hagelschlag u. s. w. empfindliche Einbußen erleidet, in der Regel immer noch Mittel und Wege offen, durch den Ertrag der beiden nächsten Jahre wenigstens so viel aufzubringen, als zur Berichtigung des einjährigen Pachtzinses erforderlich ist. Wären aber die Vermögensverhältnisse des Erbpächters

durch Unglücksfälle oder durch eigene Schuld dermaßen zerrütet, daß er nicht einmal das zur Abwendung der Privation Nöthige zu zahlen vermag, so werden die Pfandgläubiger desselben sicherlich den Eintritt der Privation nicht abwarten, sondern zur Aufkündigung ihrer hypothekarisch besicherten Forderungen schreiten, bei ausbleibender Zahlung den öffentlichen Verkauf des Erbpachtrechtes erwirken und sich aus dem durch den Käufer zu erlegenden Kaufpreise für ihre Forderungen bezahlt machen, denn daß die Erbpacht bei zwangsweiser Versteigerung derselben nicht aufhört, sondern von dem Käufer und dessen Erben fortgesetzt wird, dürfte um so weniger zu bezweifeln sein, als der Grundherr nach Art. 4135 sich nicht weigern darf, den Käufer in Grundlage des alten Vertrages als neuen Erbpächter anzunehmen — und als der dieser Bestimmung hinzugefügte Vorbehalt, wonach der Grundherr die Annahme des neuen Erwerbers verweigern darf, wenn von demselben die Verwüstung des Grundstücks zu befürchten ist und er keine Sicherheit des Erfages bietet, kaum je zur Zurückweisung des neuen Erwerbers führen wird, indem dergleichen Befürchtung mit dem eigenen Interesse des neuen Erwerbers in Widerspruch steht und der letztere, wenn ihm wirklich die Verwüstung des Grundstücks zugemuthet werden könnte, immer noch den Ausweg hat, die obschwebenden Befürchtungen durch Bestellung genügender Sicherheit zum Schweigen zu bringen.

Nachdem so gezeigt sein dürfte, daß auch an dem Grundzinsrecht und dem Erbpachtrecht Specialhypotheken bestellt werden können, möchte noch die Frage zu untersuchen sein, ob nicht von noch anderen jura in re aliena ein Gleiches gelte. Daß dieses hinsichtlich der Reallasten, selbst wenn man dieselben als eigentliche jura in re aliena ansehen wollte, nicht der Fall ist, leuchtet wohl von selbst ein. Ebenso kann von Verpfändung einer Specialhypothek nicht die Rede sein, denn obchon im römischen Rechte von einem *Pignus pignori datum* gesprochen

wird, so hat doch die Verpfändung einer Hypothek nur die Bedeutung, daß die einmal bestellte Hypothek auf einen anderen Gläubiger eventuell oder definitiv übertragen wird. Realservituten können an und für sich nicht verpfändet werden, weil mit der Verpfändung eines Hauses oder Grundstücks die dem einen oder dem anderen zustehenden Dienstbarkeiten nach Art. 1360 stillschweigend mitbegriffen sind und Art. 1361 vorschreibt, daß Realservituten, getrennt von dem herrschenden Grundstück oder Hause, nicht Gegenstand einer Hypothekenbestellung sein können. Nach demselben Artikel ist zwar die Bestellung einer Feldservitut als Pfand gestattet, allein wenn dieses geschieht, so wird dadurch noch keineswegs eine Hypothek an einer Feldservitut, sondern immer nur eine Felddienstbarkeit begründet, deren Ausübung dem mit einem benachbarten Immobil ansässigen Gläubiger bis zu seiner Befriedigung zusteht und von diesem, wenn er für seine Forderung keine Befriedigung erlangt, an den Eigentümer eines anderen, gleichfalls benachbarten Grundstücks veräußert werden kann. Daß in diesem Falle die Feldservitut, obschon sie erst zur Sicherstellung des Gläubigers in's Leben gerufen wurde, demselben immerhin als Sicherheit dient, läßt sich nicht leugnen, eben so wenig möchte sich aber in Abrede stellen lassen, daß diese Sicherheit keine Hypothek ist, denn während die Hypothek im Art. 1336 als ein Pfandrecht ohne Besitzübertragung definiert wird, wurzelt die Sicherheit, die der betreffende Gläubiger an der ihm bestellten Servitut genießt, nur in dem Quasibesitz der letzteren und in der Befugniß zur Veräußerung derselben an einen benachbarten, kaufustigen Grundeigentümer.

Anlangend die persönlichen Servitute (Nießbrauchsrecht und Wohnungsrecht), so verordnet Art. 1362, daß dieselben gleichfalls zu Gunsten eines Gläubigers als Pfand bestellt werden können — und fügt dann in Bezug auf das Nießbrauchsrecht noch hinzu, daß der Nießbraucher die Ausübung seines

Rechts Dritten pfandweise überlassen könne. Obschon in dieser Bestimmung von der Verpfändung eines zur Zeit der Pfandbestellung bereits vorhandenen Nießbrauchsrechts die Rede ist, so dürfte die an dem Nießbrauchsrecht constituirte Sicherheit auch hier nicht als Hypothek anzusehen sein, einmal, weil sie wiederum nur in dem Quasibesitz besteht, und sodann, weil es zum Wesen jedes Pfandrechts gehört, daß die verpfändete Sache oder das verpfändete Recht zur Befriedigung des Pfandgläubigers veräußert werden kann, Art. 1218 aber vorschreibt, daß der usufructuar das Nießbrauchsrecht, da es an seine Person geknüpft ist, nicht oder doch nur an den Eigenthümer veräußern könne und daß jede auf die Uebertragung des Nießbrauchsrechts an Andere berechnete Handlung wirkungslos sei.

Hiernach möchte trotz der beschränkenden Bestimmung des Art. 1580 des dritten Theiles des Provinzialrechts gewiß sein, daß

- 1) der Eigenthümer und Erbpfandbesitzer an dem in ihrem Eigenthum oder Erbpfandbesitz befindlichen Immobilien — und
- 2) der Pfandbesitzer des neueren Rechts, der Grundzinsmann und der Erbpächter an ihrem jus in re aliena

Specialhypotheken bestellen dürfen und daß diese Specialhypotheken auf das verpfändete Immobil, beziehungsweise auf das verpfändete jus in re aliena ingrossirt werden müssen, wenn der Besteller der Hypothek in dem betreffenden folium des zuständigen Grund- und Hypothekenbuches als Eigenthümer, beziehentlich als Erbpfandbesitzer des neueren Rechts, Grundzinsmann oder Erbpächter verzeichnet ist.

Victor Kupffer.

VI.

Die Friedensrichter als Strafrichter

nach russischem Recht.

(Fortsetzung.)

2. Zuständigkeit der Friedensgerichte. (*Подсудность*).

Unter Zuständigkeit wird die Befugniß eines bestimmten Gerichts verstanden einzelne Straffälle nach der Prozeßordnung zu behandeln beziehungsweise abzurtheilen. Dieser Befugniß des Gerichts entspricht zunächst die Verpflichtung des Angeklagten vor diesem Gerichte zu Recht zu stehen und das Recht desselben nur vor diesem Gerichte zu Recht zu stehen.

Der Begriff der Zuständigkeit im weiteren Sinne schließt zweierlei in sich: 1) die absolute oder objective Zuständigkeit oder die Gerichtsbarkeit (*всдомство*), d. h. die Befugniß des Gerichtes überhaupt in Beziehung auf gewisse Straffälle gewisser Personen richterlich thätig zu werden. Diese kann eine weitere oder engere sein, je nachdem einem Gerichte Straffälle jeder oder nur einer bestimmten Art, die entweder von Personen aller oder nur gewisser Klassen begangen, zur Behandlung zugewiesen sind; 2) die relative, subjective oder Zuständigkeit im engeren Sinne (*подсудность*), das ist die Befugniß dem Umfange des Wirkungskreises nach alle oder gewisse Straffälle zu behandeln. Sie giebt die Grundsätze nach denen der einzelne Fall der Gerichtsbarkeit des bestimmten Gerichts unterworfen wird.

Die **Gerichtsbarkheit** der Friedensgerichte in Strassachen beschränkt sich auf die Behandlung beziehungsweise Aburtheilung

- 1) derjenigen Vergehen, welche im Strafgesez für die Friedensrichter ¹⁾ aufgeführt sind, oder unter die Bestimmungen desselben subsumirt werden können;
- 2) derjenigen Uebertretungen der Statuten über die Kronsverwaltungen, die Prästanden und den Handel, welche in diesen Statuten oder im Strafgesezbuche mit Strafe bedroht sind, mit Ausnahme solcher, für welche den Verwaltungsbehörden das Recht der Verhängung einer Geldstrafe überlassen ist ²⁾;

in beiden Fällen jedoch nur insoweit als die für die erwähnten Vergehen und Uebertretungen festgesetzten Strafen die den Friedensrichtern zugestandene Strafgewalt nicht übersteigen.

Diese Sätze beruhen auf den beiden folgenden Artikeln der Strafprozeßordnung:

Art. 33. ³⁾. Der Gerichtsbarkheit der Friedensrichter unterliegen Vergehen, für welche, in dem besondern Gesetze über die von ihnen zu verhängenden Strafen bestimmt sind:

1) Gesez über die von den Friedensrichtern zu verhängenden Strafen. Уставъ о наказаніяхъ налагаемыхъ мировыми судьями.

2) Уст. угол. судопр. приложения къ стт. 1124, 1174 и ст. 1220.

3) Уст. уг. суд. ст. 33: Въдомству мировыхъ судей подлежатъ проступки, за которые, въ особомъ уставѣ о налагаемыхъ ими наказаніяхъ, опредѣляются: 1) выговоры, замѣчанія и внушенія; 2) денежные взыскавія не свыше 300 р.; 3) арестъ не свыше 3 мѣсяцевъ; и 4) заключеніе въ тюрьмѣ не свыше одного года.

Примѣчаніе. Впродъ до пересмотра уставовъ казенныхъ управленій, а также о повинностяхъ и о торговлѣ, мировые судьи при опредѣленіи взыскавія за нарушенія сихъ уставовъ, руководствуются уложеніемъ о наказаніяхъ, не выходя изъ указанныхъ въ себѣ статей предѣловъ предоставленной имъ власти.

- 1) Verweise, Bemerkungen und Ermahnungen;
- 2) Geldstrafen nicht über 300 Rubel;
- 3) Arrest nicht über 3 Monate;
- 4) Gefängnißhaft nicht über 1 Jahr.

Anm. Bis zur Umarbeitung der Statuten über Kronsverwaltungen, Präständen und den Handel haben die Friedensrichter bei Beahndung von Uebertretungen derselben das Strafgesetzbuch anzuwenden, ohne jedoch die in diesem Artikel bezeichneten Grenzen der ihnen übertragenen (Straf-) Gewalt zu überschreiten.

Art. 34. 4). Entzogen sind die im vorhergehenden Art. bezeichneten Sachen der Verhandlung vor den Friedensrichtern in folgenden Fällen:

- 1) wenn die Strafe für ein Vergehen dem Gesetze nach verbunden ist: mit Verweisung aus dem Wohnorte, oder mit dem Verbot Handel oder ein Gewerbe zu betreiben, oder mit Schließung eines Handels- oder Gewerbe-Etablissements.
- 2) wenn die Klage auf Schadenersatz 500 Rubel übersteigt,
- 3) wo Bauern dem Gesetze nach ihren eigenen Gerichten unterliegen.

4) Уст. уг. суд. ст. 34. Дѣла, означенныя въ предшедшей статьѣ, изымаются изъ разбирательства мировыхъ судей въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда наказаніе за проступокъ сопряжено по закону съ высылкою виновнаго изъ мѣста жительства, съ запрещеніемъ производить торговлю или промыселъ, или же съ закрытіемъ торговаго или промышленнаго заведенія; 2) когда искъ о вознагражденіи за причиненныя проступкомъ вредъ или убытки превышаютъ 500 р.; 3) когда обвиняемые сельскіе обыватели по закону подлежатъ ответственности предъ ихъ собственными судами.

Strafgesetz für die Friedensrichter Art. 28. 5). Sind die in den Artikeln 32—37, 46, 62, 87, 111, 122, 128, 129, 135, 136, 139—142, 144 u. 167 bezeichneten Vergehen mit der in denselben besonders hervorgehobenen verbrecherischen Absicht oder unter die Strafbarkeit besonders steigernden, im Strafgesetzbuch vorgesehenen, Umständen begangen worden, so werden die Schuldigen durch die allgemeinen Gerichtsbehörden zu der ihnen gebührenden Strafe verurtheilt.

Die Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte ist also beschränkt theils in Beziehung auf den Gegenstand des Straffalles, theils in Beziehung auf die Schwere der im Strafgesetz bestimmten Strafe. Von einzelnen Friedensrichtern ist anfangs diese doppelte Beschränkung ihrer Gerichtsbarkeit übersehen, und nur die Schwere der Strafe als maßgebend für die Gerichtsbarkeit angesehen worden. Sie hielten sich für berechtigt alle Vergehen, auch die ihrer Gerichtsbarkeit nicht ausdrücklich unterstellten, abzuurtheilen, wenn nur solche ihrer Gerichtsbarkeit nicht direct entzogen waren, sobald die zu verhängende Strafe ihre Befugniß nicht überschritt. Diese mißverständliche Auffassung ist übrigens sehr bald sowohl durch Urtheile der Friedensrichter-Versammlungen, als auch durch Cassationsentscheidungen des Senats beseitigt worden 6).

Die Beschränkung der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter durch den Inhalt der widergesetzlichen Handlung können wir

5) Въ случаѣ совершенія проступковъ, означенныхъ въ (тѣхъ) статьяхъ, съ указанною въ нихъ особенно преступною цѣлью или при особо увеличивающихъ вину обстоятельствеяхъ, предусмотренныхъ уложеніемъ о наказаніяхъ, наказаніе виновнымъ опредѣляется по приговорамъ общихъ судебныхъ мѣстъ.

6) З. В. Судебный Вѣстникъ. 1866. № 11 и 131. Рѣшенія Кассационнаго Уголовнаго Деп. Сената. 1866. № 2. 1867. № 84.

hier nicht erschöpfend behandeln, weil dazu ein Eingehen auf den ganzen Inhalt des Strafgesetzes für die Friedensrichter nöthig wäre. Wir verweisen daher hier einfach auf dasselbe und wollen nur anführen, daß die Beschränkung der Gerichtsbarkeit durch den Gegenstand von verhältnißmäßig geringerer Bedeutung ist, da nur einzelne Kategorien von Vergehen der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte absolut entzogen sind, wie z. B. Amtsvergehen, Preßvergehen⁷⁾. Bedeutend größer ist der Umfang der widergesetzlichen Handlungen, welche durch Beschränkung der Strafbefugniß der Friedensgerichte der Gerichtsbarkeit derselben entzogen sind.

Außer den im Friedensrichter = Strafgesetz aufgeführten Vergehen unterliegen aber der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte bis auf Weiteres noch, wie wir sahen, gewisse Uebertretungen, die im Strafgesetzbuch mit Strafen bedroht sind. Die Friedensgerichte haben daher auch folgende Titel des Strafgesetzbuchs anzuwenden: Titel VI. von Verbrechen und Vergehen gegen die Reichs- und Landesprästanden; Titel VII. von Verbrechen und Vergehen wider das Eigenthum und die Einkünfte der Krone; Titel VIII. Hauptstück XIII. vom Verleßen des Handelsreglements. Außerdem unterliegen den Friedensrichtern: nach dem Gesetz vom 12. December 1866 Vergehen gegen das Preßgesetz, Strafgesetzbuch Titel VIII. Cap. V. Artt. 1010—1013, 1015—1019, 1030, 1032, und nach dem Gesetze vom 13 Juni 1867 Störungen in Landschafts-, Adels-, städtischen, Gemeinde- und Corporations-Versammlungen. Es sind jedoch auch die in den

7) Die Ausnahme in Bezug auf die letzteren Vergehen durch das Reichsrathsgutachten vom 12 Dec. 1866, durch welches einzelne Uebertretungen des Preßgesetzes den Friedensrichtern zur Aburtheilung zugewiesen wurden, sind nur scheinbare, da es sich nicht um Preßvergehen, sondern um Uebertretungen in Bezug auf Verwaltung von Druckereien u. s. w. handelt. Vergl. weiter unten.

hier angeführten Gesetzen enthaltenen Vergehen den Friedensgerichten nicht mehr zuständig, sobald in Folge der Wiederholung oder erschwerender Umstände zu den in jenen Gesetzen bestimmten Strafen Verweisung aus dem Wohnorte, Entziehung des Rechts zum Betrieb eines Handels- oder Gewerbezweiges, oder Schließung eines Handels- oder Gewerbeetablissements hinzutreten muß. Ebenso wo der zu leistende Schadenersatz 500 Rubel übersteigt, wenn auch die neben demselben zu verhängende Strafe noch so geringfügig ist. Noch beschränkter wird die Gerichtsbarkeit in den Fällen, wo neben einer Geldstrafe auch Confiscation einer Sache zu erkennen ist. Während das Friedensgericht befugt ist in einem und demselben Falle auf Geldstrafe bis zu 300 und Schadenersatz bis zu 500 Rubel zu erkennen, muß, wenn neben der Strafe auf Confiscation gewisser Sachen zu erkennen ist, der Werth der zu confiscirenden Sache zur Summe der Geldstrafe hinzugerechnet werden und der Werth beider darf die Summe von 300 Rubel nicht übersteigen 8). Ebenso ist der Friedensrichter auf diese Summe beschränkt, wo, wie bei Waldfrevel, die ganze Strafe in einer an den Verletzten zu bezahlenden Geldsumme im dreifachen Betrage des widergeseglich geschlagenen Holzes besteht 9).

Im Friedensr. Strafgesetz sind in den einzelnen Artikeln nur solche Bestimmungen enthalten, welche die Friedensrichter anzuwenden haben. Die Verschärfungsgründe dieser Strafen sind in besonderen Artikeln abgehandelt, in welchen darauf hingewiesen wird, in welchen Fällen die Vergehen wegen Verschärfung der Strafen der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter entgegen sind. Doch hat das Friedensgericht in Bestimmung solcher Fälle sich nur nach dem Friedr. Strafgesetz zu richten. Straffschärfungsgründe, die sich im besonderen Theile des Strafge-

8) Уст. угод. судопр. ст. 1127.

9) Gesetz vom 15 Mai 1867. Maßregeln zum Schutze von Privatwäldern.

segbuchs finden, sind für ihn nicht maßgebend, wie das bei Entscheidung folgenden Falles ausgesprochen wurde.

Ein bereits früher wegen Einbruch bestrafter verabschiedeter Soldat ward eines einfachen Diebstahls, im Werth eines Rubels beschuldigt. Auf Grund des Strafgesetzbuchs Art. 1660 (Ausg. 1866) soll für Begehung eines Diebstahls zum 2 oder 3 Male folgen: „die für Wiederholung des nach Geltung und Umständen schwersten sämmtlicher von ihm begangener Diebstähle bestimmte Strafe.“ Daher erklärte der Friedensrichter, die Sache gehöre vor den Untersuchungsrichter. Letzterer wies sie nach Fr. Strafges. Art. 181 ersterem wieder zu, da die Friedensrichter sich nur nach ihrem Statut, nicht nach dem Strafgesetzbuch zu richten hätten. Das Bezirksgericht, das zunächst diesen Streit über die Zuständigkeit zu entscheiden hatte, stimmte der Ansicht des Friedensrichters bei. Der Angeschuldigte erhob gegen diese Entscheidung des Kompetenzstreites Beschwerde. Der Moskauer Gerichtshof entschied: die Sache sei dem Friedensrichter zuständig, da im Art. 189 P. 2 des Fr. Strafges., unter Hinweis auf die einzelnen Artikel des Strafgesetzbuches, die Umstände deutlich bezeichnet seien, bei deren Vorhandensein ein Diebstahl nicht vom Friedens-, sondern von dem allgemeinen Gerichte abzuurtheilen sei. Unter diesen Artikeln sei Art. 1660 nicht aufgeführt. Außerdem werde im Art. 170 P. 8 des Frd. Strafges., ohne irgend einen Unterschied zu machen, von der Bestrafung des wiederholten Diebstahls gesprochen, so daß Art. 1660 des Strafgesetzbuches nur Anwendung finde auf die Fälle, die von den allgemeinen Gerichten abgeurtheilt würden und Diebstähle bloß deswegen, weil der Thäter einmal bereits für qualificirten Diebstahl bestraft sei, nicht ausdrücklich der Aburtheilung durch die Friedensgerichte entzogen seien ¹⁰⁾. Diese Deduction des moskauer Ge-

10) Судеб. Вѣст. 1867. № 160. Опредѣленіе Моск. Судебно Палаты отъ 6 іюля 1867 г.

richtshofs ist einfach und klar. Der deutliche Sinn des Gesetzes läßt keine andere Interpretation zu. Allein in einem Urtheil vom 1 September 1867, № 358, hat das Criminal-Cassations-Departement des Senats die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt. Ein Friedensrichter in Jaroslaw verurtheilte einen für großen Diebstahl (über 300 Rbl.) Bestraften für kleinen Diebstahl (unter 300 Rbl.). Obwohl nun auf Grund der angeführten Entscheidung des Moskauer Gerichtshofs, zu dessen Bezirk auch Jaroslaw gehört, dieses Urtheil als richtig anerkannt werden muß, so legte doch der örtliche Procureursgehilfe Protest ein. Diesem Protest stimmte das Criminal-Cassations-Departement des Senats bei, indem es ausführte: Den Strafen auf Grundlage des Strafz. Artt. 169—181 unterliegen nur diejenigen Personen, welche Diebstahl und Betrug zum 1 und 2 Male, im Werthe nicht über 300 Rbl., begangen haben; wenn aber Jemand, der einen Diebstahl einer Sache im Werthe von unter 300 Rbl. begangen hat, schon vorher für schweren Diebstahl bestraft worden ist, so unterliegt er, auf Grund von Art. 1660 des Strafgesetzbuchs, der Bestrafung für Wiederholung eines schweren Diebstahls, d. h. einer Strafe, welche die Strafgewalt des Friedensrichters übersteigt. Es mußte also der Friedensrichter, als er sich davon überzeugte, daß der Angeeschuldigte bereits für großen Diebstahl bestraft worden sei, die Sache sofort dem Untersuchungsrichter übergeben, daher verfügt der Senat: die Urtheile der Jaroslawischen Friedensrichter-Versammlung und des Jaroslawischen Friedensrichters mit allen ihren Folgen aufzuheben und der Versammlung zu überlassen, die Verfügung wegen Uebergabe der Sache an den competenten Untersuchungsrichter zu treffen.

Es fragt sich nun wie wird sich die Praxis diesen einander widersprechenden Entscheidungen gegenüber verhalten. Von der einen Seite liegt ein Urtheil des Moskauer Gerichtshofes vor, durch welches in einem Streit über die Zuständigkeit ent-

schieden worden ist, daß Friedensgerichte sich ausschließlich nach dem Fried. Strafz. zu richten haben. Dieses Urtheil entspricht dem klaren Wortlaute der Gesetze. Ihm gegenüber steht eine Cassationsentscheidung des Senats, enthaltend eine den Bestimmungen des Fr. Strafz. nicht entsprechende, auf einer Bestimmung des besonderen Theils des Strafgesetzbuchs basirte Entscheidung, über die Zuständigkeit der Friedensgerichte. Die Gesetzesinterpretationen in den Entscheidungen des Cassations-Departements haben unbedingt bindende Kraft nur für die Gerichte, denen die Sache, in der die Cassation eines Urtheils erfolgte, zur Fällung eines neuen Urtheils übergeben wurde. Für alle anderen Gerichte haben sie nur die Bedeutung, als Anleitung zu einer gleichmäßigen Erfüllung und Anwendung der Gesetze zu dienen ¹¹⁾. Schließlich machen wir noch darauf aufmerksam, daß diese Entscheidung nicht nur materielle Bedenken hervorruft, sondern auch in formeller Beziehung nicht ganz in Uebereinstimmung mit dem Gesetze zu sein scheint. Wenn der Senat ein Cassationsgesuch begründet findet, so hat er das Urtheil der Friedensrichterversammlung aufzuheben und die Sache zur Durchsicht (d. h. Entscheidung) einer anderen Friedensrichterversammlung zu übergeben ¹²⁾. Hier hat aber der Senat sowohl das Urtheil der Friedensrichterversammlung, als auch das des Friedensrichters — obwohl ein Urtheil eines Friedensrichters niemals zur Beprüfung an den Senat gelangen kann — mit allen ihren Folgen aufgehoben und der Friedensrichterversammlung überlassen, die Verfügung wegen Uebergabe der Sache an den competenten Untersuchungsrichter zu treffen. Der Senat

11) У. уг. с. ст. 930. Судъ въ который обращено дѣло для новаго рѣшенія, обязанъ въ изъясненіи точнаго разума закона подчиниться сужденіямъ Правительствующаго Сената.

933. Рѣшенія Сената печатаются во всеобщее свѣденіе, для руководства къ единообразному исполненію и примѣненію законовъ.

12) Уст. угол. судопр. Art. 178.

hat also nicht sich mit Aufhebung des Urtheils und Ueberweisung der Sache an eine andere Versammlung zur Fällung des gesetzlichen Urtheils begnügt, sondern selbst eine materielle Entscheidung gefällt, wenn auch nicht in der Form eines directen, so doch eines indirecten Befehls. Auf eine genauere Erörterung der hierdurch angeregten Fragen werden wir bei der Darstellung des Verfahrens genauer eingehen.

Bei den von den Friedensgerichten anzuwendenden Artikeln des Strafgesetzbuches hat eine Ausscheidung der von ihnen nicht zu beahndelnden Fällen nicht stattgefunden. Bei Entscheidung eines jeden Falles wird vielmehr festgestellt werden müssen, ob die Anwendung der einzelnen, in dem betreffenden Titel und Capitel befindlichen Artikel dem Friedensgericht zuständig ist oder nicht ¹³⁾.

Aber auch die einzelnen Artikel haben die Friedensgerichte keineswegs ihrem ganzen Umfange nach anzuwenden, denn in den meisten finden sich zwei oder mehrere Fälle von Uebertretungen vorgesehen, für welche verschiedene Strafen fest-

13) Der Versuch einer solchen Feststellung ist enthalten in einem Aufsatz des Судебный Вѣстникъ. 1866. № 15. Nach diesem müssen von den Friedensrichtern angewandt werden:

vom Titel VI. des Strafgesetzbuches (enthaltend Artt. 506—547.) die Artt.: 508, 509, 511—516, 518, 524—527, 540.

vom Titel VII. (enthaltend Artt. 548—830.) die Artt.: 548—552, 567, 568, 576, 581, 584, 585, 588, 592, 596, 606—617, 619, 620, 623—625, 627—632, 634—636, 638, 640—652, 655, 656, 675—683, 685, 689—699, 703—706, 715—723, 726—731, 736—749, 751—754, 757—768, 770—773, 775, 777—793, 795—801, 803.

vom Titel VIII. Hauptstück 5 (enthaltend Artt. 1004—1048.) die Artt.: 1010—1013, 1015—1019, 1030, 1032.

vom Titel VIII. Spitt. 13 (enthaltend Artt. 1169—1345.) die Artt.: 1169, 1172—1178, 1180, 1183—1189, 1191—1193, 1198—1202, 1205, 1203, 1209, 1211, 1213—1216, 1220, 1221, 1224, 1229—1236, 1240, 1242, 1243, 1245—1255, 1259—1261, 1263—1267, 1270—1274, 1278—1284, 1297—1299.

Die Aufzählung dieser Artt. ist in dem Handbuch für Friedensrichter von Шефelinow (Настольная книга для мировыхъ судей, сост. Желъзинковымъ. Спб. 1867) eine andere, jedoch sind diese Abweichungen un-

gesetzt sind, sodaß die größte Zahl der erwähnten Artikel nur theilweise von den Friedensrichtern angewendet werden kann. Eine Schwierigkeit bei der practischen Anwendung der Regel, über die Umschreibung der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte durch die Schwere der zu verhängenden Strafe, liegt darin, daß sich häufig diese letztere von vornherein gar nicht feststellen läßt. Wo für ein bestimmtes Verbrechen oder die einzelnen Modalitäten eines solchen eine bestimmte Strafe festgesetzt ist, da wird über die Zuständigkeit kein Zweifel herrschen. Anders ist es da, wo unter eine Gesetzesbestimmung verschiedenartige Fälle subsumirt worden sind. In solchen Fällen kann die Strafbestimmung verschieden formulirt sein: es können mehre Strafen festgesetzt sein, unter denen dem Richter nach Anleitung der Regeln des allgemeinen Theiles des Strafgesetzbuchs die Wahl überlassen ist, oder es kann die Anwendung der verschiedenen Strafen von ausdrücklich bezeichneten, im einzelnen Falle vorhandenen oder nicht vorhandenen Umständen abhängig gemacht sein. Im ersten Falle faßt das Gesetz sämmtliche unter die gesetzliche Bestimmung fallenden Fälle als ein und dasselbe Verbrechen auf, dieselben sind also nothwendig sämmtlich ein und demselben Gerichte zuständig und die Zuständigkeit ist abhängig von der schwersten Strafe. Wenn dieselbe nur von den allgemeinen Gerichten verhängt werden kann, so ist das ganze Verbrechen ausschließlich denselben zuständig ¹⁴). Eine Unter-

begründet. Ebenso die in dem Aufsatz eines S. Richarow über Zuständigkeit der Friedensrichter (Журн. Мин. Юст. 1868. № 4. С. 305). Anführen wollen wir jedoch, daß letzterer Art. 1208 als vom Friedensrichter nicht anwendbar erklärt, da dieser Artikel bloß Kirchenbuße verhängt, das Strafgesetz für Friedensrichter eine solche Strafe nicht kenne und die Friedensrichter an die in selbigem erwähnten Strafen absolut gebunden seien. In Nekljudows Handbuch für Friedensrichter (Руководство для мировыхъ судей Н. Неклюдова. Сиб. 1867.), dem besten unter den bisher erschienenen, findet sich eine solche Aufzählung überhaupt nicht.

14) Dieser Satz ist vielfach in Cassationsurtheilen des Senats ausgesprochen, so noch 1867. № 343.

scheidung zwischen den verschiedenen möglichen Fällen ist von vornherein nicht möglich, da dieselbe häufig erst nach beendeter Untersuchung und Verhandlung der Sache bei der Urtheilssä-
lung stattfinden kann. Da hingegen, wo im Gesetze selbst durch Angabe besonderer Umstände, welche Verschärfung einer Strafe oder Verhängung einer schwereren nach sich ziehen, verschiedene Fälle aufgeführt werden, da unterscheidet das Gesetz selbst mehrere Verbrechen, deren Zuständigkeit sich von vorn herein nach der Schwere der für sie verhängten Strafe, mehr oder weniger genau feststellen läßt.

Bei der Feststellung der Zuständigkeit des einzelnen Falles werden zunächst die Umstände zu berücksichtigen sein, die beim Beginn der richterlichen Verhandlung vorliegen; es muß offenbar aber sich um wirkliche Thatfachen, nicht bloß um leere Behauptungen handeln, die sich sofort als unbegründet erweisen. In Beziehung hierauf dürfte es von Interesse sein, mehre Entscheidungen des Cassationsdepartements eingehender zu betrachten, in denen eine verschiedenartige Auffassung dessen, was für die Bestimmung der Zuständigkeit maßgebend sein soll, hervor zu treten scheint. Betrachten wir zunächst ein Urtheil des Criminal-Cassationsdepartements vom 18 Januar 1867, N^o 22.

Es war Jemand bei einem Diebstahlversuche ergriffen worden, die Sache war also dem Friedensrichter zuständig; aber der Ertappte beschuldigt einen der Arbeiter des Eigenthümers der Theilnahme, daher wird die Sache auf Grund des Friedensr. Strafges. Art. 180 dem Untersuchungsrichter übergeben. Da es sich durch Zeugenaussage sofort herausstellt, jener Arbeiter könne an der Begehung des Verbrechens nicht Theil genommen haben, indem sein Alibi festgestellt wird, giebt der Untersuchungsrichter die Sache dem Friedensrichter zurück, der sie aburtheilt. Durch Appellation gelangt die Sache an die Friedensrichterversammlung, wo der Procureur die mangelnde Zuständigkeit des Friedensgerichts geltend macht, die Versammlung je-

doch die Sache als dem Friedensgerichte zuständig erklärt, weil die Beschuldigung des Arbeiters durch nichts bestätigt werde und dem Friedensrichter die Sache vom Untersuchungsrichter übergeben sei. Der Senat fand, daß, da nach der allgemeinen Regel über die Zuständigkeit, dieselbe bestimmt wird durch diejenigen Umstände, welche beim Eingange der Sache an das Gericht bekannt waren, die Entdeckung neuer Umstände nur dann die Zuständigkeit der Sache ändere, wenn dieselbe unter diesen Umständen an ein höheres Gericht hätte gelangen müssen. So kann eine Sache, die zur Verhandlung vor dem Bezirksgericht mit Geschworenen gelangt ist, weder an das Bezirksgericht zur Aburtheilung ohne Geschworenen, noch an den Friedensrichter gelangen. Wenn aber der Friedensrichter aus den Umständen ersah, daß die Sache nicht seiner Entscheidung unterliege, so mußte er sie sofort dem ordentlichen Gerichte übergeben. Diese Regeln erklärten sich daraus, daß kein Grund vorhanden sei, dem Gericht, welches wichtigere Sachen zu entscheiden befugt sei, die Berechtigung auf Aburtheilung geringerer abzusprechen. Es verstehe sich von selbst, daß das Gericht niederer Ordnung, welches nur zur Entscheidung geringfügiger Fälle befugt sei, nicht das Recht haben könne, diese Sache zu beurtheilen, wenn Umstände hervortreten, die die Sache der Gerichtsbarkeit desselben entzügen. Daraus folgt, daß dem Gericht auch nicht zustehen könne, die Glaubwürdigkeit (доверенность) oder Unglaubwürdigkeit dieser Umstände anzuerkennen. Sonst würde die Zuständigkeit von seiner Ansicht abhängig und er hätte stets die Möglichkeit ohne Verantwortung eine Sache der Gerichtsbarkeit des höheren Gerichts zu entziehen. Der Senat fand daher, daß angesichts der Anzeige (оговоръ) seitens des Angeeschuldigten über Theilnahme eines Arbeiters des Bestohlenen, der Friedensrichter, ohne die Glaubwürdigkeit der Beschuldigung zu prüfen, die Sache den ordentlichen Gerichten hätte übergeben müssen, weil die Strafe vom allgemei-

nen Gericht verhängt werden soll, wenn der Diebstahl unter Betheiligung von Arbeitern des Bestohlenen begangen ist. Da der Friedensrichter dieser Pflicht nicht nachgekommen sei und auch die Friedensrichterversammlung sein Urtheil nicht verbessert habe, so könne der Senat nicht umhin anzuerkennen, daß das Urtheil der Friedensrichterversammlung eine Ueberschreitung der Zuständigkeit in sich schließe. Daher verfügt der Senat, die Urtheile der Friedensrichterversammlung und des Friedensrichters aufzuheben und die Sache dem Untersuchungsrichter zu übergeben.

In Beziehung auf dieses Urtheil und die in demselben enthaltene Deduction ist Folgendes zu bemerken: Die Zuständigkeit der einzelnen Sache ist freilich abhängig von den Umständen, welche beim Eingange an das Gericht bekannt sind. Behauptungen, die als unbegründet nachgewiesen sind, können aber doch nicht als faktische Umstände gelten. Als die Sache zum zweiten Male an den Friedensrichter kam, hatte sich jener „Umstand“ bereits als nicht vorhanden erwiesen. Der Friedensrichter mußte die Sache also aburtheilen, denn er ersah aus den Umständen, daß die Sache ihm zuständig sei. Es soll ferner dem Gerichte nicht zustehen, die Glaubwürdigkeit (доверенность) dieser Umstände zu prüfen. Ganz recht, wenn Umstände da sind. Auch wenn die Untersuchung sie festgestellt hat, so liegt doch immer nur eine Wahrscheinlichkeit vor, ob der Umstand erwiesen sei, darüber hat erst das Gericht zu entscheiden und diese Entscheidung darf demselben nicht entzogen werden. Völlig anders liegt die Sache, wo, wie hier, es sich nicht um einen Umstand, sondern eine als falsch nachgewiesene Behauptung handelt. In der betreffenden Gesetzesstelle Friedenstr. Strafgesetz 180 §. 2 ist gesagt, daß Diebstähle, sobald sie von Umständen begleitet sind, die unter anderen im Art. 1649 vorhergesehen sind, von den allgemeinen Gerichten abgeurtheilt werden müssen. Hier wird doch offenbar vorausgesetzt, daß es sich

um einen wirklichen, nicht bloß behaupteten, Umstand handelt. Sonst könnte jeder Angeklagte sich der Aburtheilung durch den Friedensrichter entziehen. Jemand, der vielleicht in Gegenwart des Friedensrichters ergriffen worden, brauchte nur zu behaupten, mit ihm sei ein Bedienter des Bestohlenen im Complotte oder es liege Einbruch vor, und wenn auch die Lüge, ja die physische Unmöglichkeit der Behauptung noch so klar vor Augen liegt, weil z. B. der Bestohlene keinen Diener hat, Einbruch nicht möglich ist, da es sich um Taschendiebstahl handelt, müßte die Sache an das allgemeine Gericht gehen. Es ist aus praktischen Gründen sehr bedenklich dem Friedensgericht die Prüfung der Umstände, welche ihre Zuständigkeit ändern, zu entziehen, wenn dieses Prüfungsrecht natürlich auch seine Grenzen haben wird. Der Satz, die Zuständigkeit müsse sich richten nach den Umständen, welche beim Eingange der Sache an das Gericht bekannt waren, der nur Bezug haben kann auf ein Gericht, wird angewandt auf den Untersuchungsrichter. Mit Unrecht! Freilich hat der Untersuchungsrichter nicht das Recht, eine einmal eingeleitete Untersuchung niederzuschlagen. Aber diese Regel bezieht sich nur auf die Fälle, wo es sich um völlige Niederschlagung einer Untersuchung handelt, nicht wo eine Uebergabe einer Sache an den Friedensrichter stattfinden soll. In letzterer Beziehung ordnet Art. 482 der Strafproceßordnung an: Wenn es sich durch die Untersuchung herausstellt, daß die Sache dem Bezirksgericht nicht zuständig ist, so setzt der Untersuchungsrichter den Procureur hiervon in Kenntniß und versendet die Untersuchung wohin gehörig. Sene Regel bezieht sich aber außerdem nur auf die Fälle, wo die eigentliche Untersuchung begonnen hat, nicht wo erst vorläufige Nachforschungen (дознание) stattfanden und der Untersuchungsrichter sich sofort überzeugte, daß es sich bloß um ein geringfügiges Vergehen handele. In solchen Fällen findet eine sofortige Uebergabe der Sache seitens des Untersu-

chungsrichters an den Friedensrichter statt. Aus der Praxis ließen sich zahlreiche Beispiele solcher Ueberweisung anführen. B. B. Cassationsurtheil des Senats vom 18 October 1867, № 453, aus dem hervorgeht, daß mehrere Sachen vom Untersuchungsrichter dem Friedensrichter übergeben worden waren, weil dieselben dem Bezirksgericht nicht zuständig seien.

Schließlich müssen wir auch hier wieder hervorheben, daß der Senat nicht bloß das Urtheil der Friedensrichterversammlung, sondern auch des Friedensrichters aufhebt ¹⁵⁾. Dagegen erklärt der Senat in einer Cassationsentscheidung von 1866 № 94, wo ein Urtheil eines Friedensrichters wegen Ueberschreitung der Zuständigkeit aufgehoben werden soll: der Senat könne ein nicht unter seiner unmittelbaren Controlle stehendes Urtheil nicht aufheben. Wie schon in der oben angeführten Cassationsentscheidung, fällt der Senat auch hier wieder ein positives Urtheil und verfügt, die Sache dem Untersuchungsrichter zuzuweisen, während doch laut Art. 178 der Strafproceßordnung „der Senat bei Aufhebung des Urtheils einer Friedensrichterversammlung die Sache einer anderen zur Entscheidung übergeben muß.“

In der Cassationsentscheidung vom 22 Januar 1867 wird also den Friedensgerichten die Befugniß abgesprochen, das wirkliche Vorhandensein (достоверность) der Umstände, durch welche ihre Zuständigkeit beschränkt wird, zu prüfen. In anderen Entscheidungen des Criminal-Cassations-Departements wird dagegen ein solches Prüfungsrecht den Friedensgerichten ausdrücklich zugesprochen. B. B. Entscheidung vom 22 Februar 1867, № 63 ¹⁶⁾. Beim Friedensrichter war von einem Ghe-
mann eine Klage wegen Mißhandlung (побитіе съ вырва-

15) Vergl. oben S. 144.

16) Ähnlich № 79 v. J. 1867.

ниемъ клочка волосъ) seiner Frau gegen den Thäter angebracht worden. Die Frau selbst aber, sich auf ein ärztliches Zeugniß stützend, behauptete, es liege eine schwerere Verletzung vor, die vor die Collegialgerichte gehöre. Ihr Cassationsgesuch wird jedoch vom Senat abgewiesen, „weil der Friedensrichter und die Friedensrichterversammlung die factischen Umstände und das medicinische Gutachten geprüft und nicht anerkannt hätten, daß die Mißhandlungen mit besonders verdreherischem Zwecke und unter den vom Strafgesetzbuch vorgesehenen erschwerenden Umständen zugefügt seien“¹⁷⁾. Die Befugniß des Friedensgerichts zur Prüfung der Glaubwürdigkeit, des seine Zuständigkeit beschränkenden erschwerenden Umstandes, ist hier ausdrücklich anerkannt. In dem oben erwähnten Falle hatte der Friedensrichter nichts anders gethan: er hatte sich überzeugt, daß die Beschuldigung, ein Arbeiter des Eigenthümers sei Theilnehmer des Diebstahles, eine grundlose sei und nicht den geringsten Schein für sich habe. Nicht nur er allein hatte sich davon überzeugt, auch der Untersuchungsrichter der ihm die Sache übergeben hatte.

Das Richtige ist offenbar, daß dem Friedensrichter ein solches Prüfungsrecht zusteht, denn nach dem Gesetz hat er zunächst selbst über seine Zuständigkeit zu entscheiden. Natürlich kann es vorkommen, wie oben in der Entscheidung des Senats ausgeführt worden, daß er dadurch eine ihm nicht zuständige Sache seiner Gerichtsbarkeit unterwirft. Für solche Fälle sind aber gerade die Regeln über Erledigung der Streitigkeiten über die Zuständigkeit gegeben. Zunächst wird es Sache der Betheiligten sein, ihr Recht, vor einem Collegialgericht in der

17) Ein anderer Friedensrichter hat zwei sich widersprechende medicinische Gutachten, von denen eines leichte, das andere schwere Verletzungen constatirt, dem St. Petersburger Physikat zur Begutachtung zugesandt, um gestützt auf solches Gutachten über den Character der Mißhandlung entscheiden zu können. Vergl. Суд. Вѣстн. 1867. № 23.

betreffenden Sache zu Recht zu stehn, geltend zu machen; so dann Sache der Friedensrichterversammlung und endlich des Procureurs, also man ist nicht berechtigt zu sagen die Zuständigkeit des Friedensrichters sei, wenn man ihm das Prüfungsrecht zugestehet, allein von seiner Ansicht abhängig.

Aber nicht nur in Beziehung auf das Prüfungsrecht erschwerender, die Zuständigkeit modificirender Umstände zeigt sich ein Schwanken in der Anwendung des Gesetzes. Eine Unklarheit tritt überhaupt hervor, wo es sich handelt um die Entscheidung über die Grenzen der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte, mit Rücksicht auf den Inhalt der widergesetzlichen Handlungen. So wird in einer Cassationsentscheidung vom 31 August 1866 № 2 festgestellt, „daß Verbrechen, die in Verbringung von Verstümmelungen, Wunden und anderen Verletzungen der Gesundheit bestehen, durch das Strafgesetzbuch vorgesehen seien, also im Allgemeinen (вообще) den allgemeinen (Collegial-) Gerichten zuständig sind, und nicht den Friedensgerichten, denen nur die Vergehen unterliegen, die im Friedensr. Strafges. bezeichnet sind. Wenn auch Verwundungen und Gesundheitsbeschädigungen sowohl im Strafgesetzbuch als auch im Fried. Strafgesetz vorgesehen sind, so sind doch in das letztere nur solche Fälle der Gesundheitsbeschädigung aufgenommen, die eine Folge der Verletzung der Bau-, Wege-, Gesundheits- und Sicherheitsordnung oder einer offenbar unvorsichtigen Handlung sind.“ Hier ist der Fall der Verbringung von Wunden bei Gelegenheit von Realinjurien, der unerlaubten Selbsthülfe, Schlägereien übergangen. Sollen solche Fälle der Verwundung der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter entzogen sein? Eine Cassationsentscheidung des Senats vom 25 October 1867, № 469, beläßt ein Urtheil einer Friedensrichterversammlung in Kraft, obwohl im medicinischen Gutachten das Vorhandensein von leichten Wunden constatirt ist. Im Cassationsgesuch war übrigens die Frage wegen Nichtzuständigkeit nicht berührt worden, aber der Senat

hat mehrfach erklärt, daß Zurechtstellung von Ueberschreitungen der Zuständigkeit von den Gerichten anzuordnen sei, unabhängig davon, ob darauf angetragen sei oder nicht ¹⁸⁾. Von den Friedensgerichten war die Sache als Realinjurie aufgefaßt und der Verurtheilte hatte wegen Ueberschreitung des Strafmaßes für Realinjurien auf Cassation angetragen. Der Senat fand „daß wenn auch Realinjurien meistens durch Gewaltthätigkeiten verübt würden, so sei es doch offenbar, daß, wenn durch eine solche Handlung hauptsächlich nicht die Absicht zu beleidigen oder eine Nichtachtung der Persönlichkeit ausgedrückt werde, sondern eine eigenmächtige Rache durch eine Körperverletzung, die übrigens nicht den Charakter schwerer Mißhandlung, Verwundung oder Verstümmelung trage (Art. 28 u. 142 des Friedensstatuts), so müsse die Strafe bestimmt werden, entsprechend dem hauptsächlichlichen Charakter der Handlung, daher sei Art. 142 richtig angewandt und das Cassationsgesuch abzuweisen.“ Im Art. 142 ist aber gesagt, daß er nur anwendbar sei wenn keine Verwundungen (раны) vorliegen. Der Senat macht dagegen offenbar den Unterschied zwischen leichten und schweren Wunden. Vom practischen Standpunkte erscheint die Entscheidung des Senats als vollkommen berechtigt, da manche leichte Wunden als geringere Verletzungen erscheinen manchen Schlägen und Mißhandlungen gegenüber. Jedenfalls aber widerspricht diese Entscheidung der vom 31 August 1866, № 2 ¹⁹⁾, die in ihrer theoretischen Deduction offenbar zu weit geht.

Aus alledem geht hervor, daß die Regeln über Begrenzung der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter nach dem Inhalt der Verletzung an Unklarheit leiden und nicht nur in der Pra-

18) З. В. Рѣш. Касс. Уг. Деп. Сен. 23 авг. 1867. № 349. Уст. угол. суд. ст. 234.

19) Dieser Entscheidung widerspricht gleichfalls die oben S. 152 u. 153 angeführte Cassationsentscheidung vom 22 Febr. 1867. № 63.

zis der Gerichte, sondern auch des Cassationsdepartements vielfach Widersprüche hervorrufen²⁰⁾.

Bisher war von einer Beschränkung der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte bei Uebertretungen der Statuten der Kronsverwaltungen die Rede nur rüchlich der Fälle, wo die zu verhängende Strafe die Strafgewalt der Friedensgerichte überstieg. Außerdem sind ihrer Gerichtsbarkeit aber noch entzogen einige Fälle, die mit Geldstrafen und Confiscation beahndet werden und wo die Verhängung solcher den Administrativbehörden überlassen ist. Diese Fälle sind in der Beilage zu den Artt. 1124 und 1214 der Criminalproceßordnung aufgeführt. Bei Concurrenz mit anderen, den Friedensrichtern unterliegenden Straffällen werden nach der allgemeinen Regel, daß Gerichte mit höherer Strafgewalt auch geringfügige Uebertretungen aburtheilen können, auch solche Uebertretungen von den Friedensrichtern abgeurtheilt. In Beziehung auf Uebertretungen der Paßverordnung, die im Art. 1220 der Strafproceßordnung angeführt sind, ist den Polizeibehörden gleichfalls die Verhängung von Geldstrafen überlassen, doch haben sie nicht das Recht der Zwangsbeitreibung und kann dieselbe nur vom Friedensrichter verhängt werden.

In allen ihrer Gerichtsbarkeit unterliegenden Straffällen sind die Friedensrichter die ordentlichen Richter. Ihrer Gerichtsbarkeit unterliegen der allgemeinen Regel nach Personen aller Stände. Doch werden auch jetzt noch aus dieser Regel folgende Ausnahmen gemacht auf Grund der Bestimmungen der Bauerverordnung, der geistlichen, militärischen Gerichtsbarkeit und der Statuten der Verwaltung der Angelegenheiten der Nomaden.

Was die Bauern betrifft, so sind dieselben der Gerichts-

20) Vergl. auch weiter unten, wo vom Vergleichsversuche die Rede ist, den der Friedensrichter bei Antragsverbrechen vorzunehmen hat.

barkeit der Friedensgerichte entzogen, soweit sie sich Vergehen, die in der Bauerverordnung ²¹⁾ erwähnt sind, gegen Ihtresgleichen haben zu schulden kommen lassen. Die in die Bauerverordnung aufgenommenen Vergehen sind zum Theil ähnlich denen, welche sich im Fried. Strafsg. finden, sie unterscheiden sich aber, besonders die schwereren, dadurch, daß sie mit bedeutend geringeren Strafen beahndet werden, indem nach der Bauerverordnung vom Wolostgerichte nur folgende Strafen verhängt werden können: bis 6 Tage Arbeit, bis 7 Tage Arrest, bis 3 Rbl. Geldstrafe und bis 20 Ruthenhiebe. Diebstahl und Betrug werden nach der Bauerverordnung mit 20 Ruthenhieben, die 7 tägigem Arrest gleich stehen, bestraft. Hat aber ein Bauer einen gleichen Diebstahl gegen einen Nichtbauer begangen, so wird er mit Gefängniß von 1 Monat bis 1 Jahr bestraft. Hierdurch tritt eine Verschiedenheit in der Bestrafung ein und desselben Verbrechens, begangen durch ein und dieselbe Person ein, die sich durch nichts rechtfertigen läßt.

Geistliche aller christlichen Confessionen sind der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte entzogen, für solche widergesetzliche Handlungen, für welche in den Gesetzen gesagt ist, sie seien zur Verantwortung zu ziehen nach dem Ermessen ihrer Vorgesetzten. In Beziehung auf die griechisch-russische Geistlichkeit ist hier maßgebend das Statut über die geistlichen Consistorien von 1841 ²²⁾. Nach demselben unterliegen die Geistlichen der Beahndung seitens ihrer Vorgesetzten für Beleidigungen und überhaupt leichtere Vergehen. Nekljudow meint, daß die Unklarheit der Bestimmungen des Consistorialustaws die Quelle unendlicher Kompetenzstreitigkeiten werden könne ²³⁾.

21) Сельскій Судебный Уставъ, enthalten im Сводъ Зак. XII. ч. 2. Vergl. Cassationsentscheidungen vom 11. Juli und 5. Dec. 1867. № 259 und 261.

22) Полное Собр. Зак. № 14409.

23) Руководство для мировыхъ судей. Уставъ уголовного судопроизводства Н. Неклюдова. Спб. 1867. С. 69.

Für Geistliche anderer Confessionen wird die Beantwortung der Frage, wie weit sie der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte unterliegen, davon abhängen, ob in ihren betreffenden Statuten festgestellt ist, daß ihre geistliche Obrigkeit, auch abgesehen von Amtssachen, eine Gerichtsbarkeit über sie ausübt. Ein Beispiel in welchem diese Frage in Beziehung auf die griechisch-russische Geistlichkeit erörtert wird, bietet ein Urtheil der St. Petersburger Friedensrichterversammlung in Sachen des Geistlichen Borissoglebski 24).

Gleichfalls der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter entzogen sind Militär's, so lange sie im activen Dienste befindlich, also weder aus dem Militärdienste verabschiedet oder beurlaubt sind, noch im Civildienst stehen (als Feldmesser, Förster, Ingenieure, Telegraphen- und Quarantäne-Beamte, Polizeidiener). Der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter unterliegen sie nur, wenn sie theilhaftig sind bei Vergehen anderer Personen und sofern ihre Handlungen nicht die Disciplin verletzen.

Endlich kann noch erwähnt werden, daß Edelleute, Geistliche und Ehrenbürger für kleinen Betrug und Diebstahl der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte nicht unterliegen, weil für sie solche widergesetzliche Handlungen nicht zu den Vergehen, sondern Verbrechen zählen und sie für dieselben nicht nur zu einer Gefängnißstrafe, sondern außerdem noch zum Verluste aller besonderen Standesrechte zu verurtheilen sind, alle übrigen Personen dagegen nur zu einfacher Gefängnißstrafe. Diese Ausnahme ist übrigens im Strafgesetze selbst festgestellt, also hier eigentlich nicht zu erwähnen.

Bisher haben wir von der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte gehandelt und die Grenzen angegeben, durch welche dieselbe den übrigen Gerichten, sowie den Administrativbehörden gegenüber beschränkt wird. Die Thätigkeit der verschiedenen Friedensgerichte ist dergestalt geregelt, daß die Gerichtsbarkeit

24) Рѣш. Касс. Угол. Деп. Сената. 1867. № 181.

zunächst von den Friedensrichtern als Einzelrichtern in ihrem ganzen Umfange ausgeübt wird, zum Theil als einzige Gerichte für die geringfügigsten Sachen, zum Theil als Gerichte erster Instanz. Die Friedensrichterversammlungen werden als Gerichte nur thätig, wo eine wiederholte Prüfung eines Straffalles nothwendig wird, entweder als Cassationsbehörde in Sachen, die den Einzelrichtern zur schließlichen Aburtheilung zugewiesen sind, oder als Gericht zweiter Instanz in allen anderen Sachen. Die hier maßgebenden Regeln haben wir schon oben kennen gelernt, wo wir von der Organisation der Friedensgerichte handelten. Ebenso den Unterschied, der zwischen den Einzelrichtern gemacht wird, wonach den Districtsfriedensrichtern die ordentliche Gerichtsbarkeit in einem Districte des Friedensbezirks zugewiesen ist, den Ehrenfriedensrichtern dagegen eine durch die Willkür der Parteien bestimmte, mit der sämtlicher Districtsfriedensrichter concurrirende Gerichtsbarkeit im ganzen Friedensbezirke ²⁵⁾. Die Willkür der Parteien findet aber in Strafsachen ihre Beschränkung auf diejenigen Sachen, welche durch Vergleich erledigt werden können. Im Geseze freilich ist das nicht ausgesprochen, wohl aber in den Motiven, wo gesagt ist ²⁶⁾, daß „den Ehrenfriedensrichtern überlassen werden kann die Entscheidung derjenigen Sachen über Vergehen, welche 1) sich beziehen auf eine offene Verletzung der Geseze, die die allgemeine Ruhe und die Sicherheit der Einzelnen schügen, in den Grenzen der gesetzlichen Befugniß eines Friedensrichters, besonders wenn der Districtsfriedensrichter nicht an Ort und Stelle ist, und 2) nach dem Geseze, nur auf Klage von Pri-

25) Учреж. судеб. уст. ст. 46. Почетный Мировой судья, во время пребывания своего въ мировомъ округѣ, обязанъ производить судъ и расправу по вѣсьмъ дѣламъ подлежащимъ мировому разбирательству, въ тѣхъ случаяхъ, когда обѣ стороны обратятся къ его посредничеству.

26) Суд. уст. съ вкл. разсужд. III. С. 34.

vatpersonen anhängig gemacht und durch Vergleich beendigt werden können.“ Wenn auch P. 1 einigermaßen unklar formulirt ist und zur Meinung Anlaß geben könnte, es sei nach demselben die Zuständigkeit der Ehrenfriedensrichter eine weitere, so läßt P. 2 keinen Zweifel zu. Es haben ohnehin bei allen ex officio zu verfolgenden Vergehen die Behörden ihre Anzeigen und Mittheilungen an den betreffenden Districtsfriedensrichter zu richten. Unter dem Ausdruck мировое разбирательство ist also in dem oben angeführten Art. 46 nicht überhaupt das Verfahren vor dem Friedensrichter, sondern ein Verfahren, das durch Vergleich beigelegt werden kann, zu verstehen. Die Willkür der Parteien kann ihren Ausdruck finden sowohl in einer directen Vereinbarung beider, als in stillschweigender Unterwerfung des Beklagten, wenn er beim Beginne der Verhandlung keinen Einwand erhebt.

Die Vertheilung der Geschäfte unter die vielen gleichartigen Friedensgerichte findet zunächst in der Weise statt, daß jedem einzelnen ein örtlich bestimmter Kreis (District und Friedensbezirk) zur Ausübung der Gerichtsbarkeit zugewiesen ist. Innerhalb dieses Districts übt nun der einzelne Districtsfriedensrichter, innerhalb des Bezirkes die Friedensrichterversammlung den Gerichtszwang als 2. Instanz aus.

Die **Zuständigkeit** der gleichartigen Friedensgerichte, oder die Befugniß, den einzelnen Straffall abzuurtheilen, wird nach folgenden Grundsätzen geregelt:

1) Nach dem Ort der begangenen That. Ausnahmen finden statt, wo wegen Zusammentreffen von Vergehen, welche in verschiedenen Districten begangen sind und gemeinsam abgeurtheilt werden müssen, sämmtliche Vergehen, oder wegen Theilnahme mehrerer an einem Vergehen alle Angeklagten der Aburtheilung seitens des Friedensrichters unterliegen, in dessen Bezirk das schwerere Vergehen, resp. die Haupthandlung verübt wurde. Wo die Begehung in mehreren Districten statt-

fand, da wo die letzte Handlung begangen wurde. Wo aus irgend welchen Gründen die Zuständigkeit nach dem Orte der begangenen That nicht Platz greifen kann, da wird sie bestimmt entweder 2) nach dem Orte der Ergreifung des Angeschuldigten oder 3) nach seinem Wohnorte. Auf eine genauere Auseinanderlegung dieser Regeln, die bis auf die Hauptregel über die Zuständigkeit nach dem Orte der That ²⁷⁾, der Strafproceßordnung entnommen sind, gehen wir hier nicht weiter ein.

Endlich kann in Folge Auftrags des Cassationsdepartements des Senats, oder einer als Cassationshof fungirenden Friedensrichterversammlung, auch einem für gewöhnlich nicht zuständigen Friedensgerichte die Aburtheilung einer Sache übertragen werden, wenn das Urtheil oder das ganze Verfahren des ursprünglich zuständigen Gerichtes wegen Nichtigkeit cassirt wurde.

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit im weiteren Sinne haben offenbar eine verschiedene Tragweite. Auch nach der russischen Proceßordnung wird man einen Unterschied zwischen einer absoluten Zuständigkeit und einer relativen machen müssen. Eine absolute Bedeutung werden die Regeln über die Gerichtsbarkeit (вѣдомство, предѣлы вѣдомства oder власти, auch подсудность) haben, durch welche gewisse Sachen ihrer Natur nach bestimmten Behörden zugewiesen sind, wodurch andere zur Behandlung dieser Sachen nicht befugt erklärt werden. Ebenso meist auch die Verletzung der Bestimmungen über den Gerichtszwang und die Beschränkung der Gerichtsbarkeit auf einen bestimmten District. Diese Regeln tragen einen staatsrechtlichen Character, ihre Beobachtung erheischt das öffentliche Interesse. Sie werden daher anzuwenden sein in jedem Stadium des Processes, wo eine Verletzung derselben constatirt wird. Ist das Urtheil aber einmal rechtskräftig geworden, so kennt die Criminalproceßordnung kein Mittel ein solches wegen

27) Уст. уг. судопр. ст. 36.

Verletzung der Gerichtsbarkeit aufzuheben. Eine nur relative Bedeutung werden haben die Regeln über die Zuständigkeit (подсудность) gleichartiger Gerichte, über die Beschränkung der Gerichtsbarkeit den Administrativ-Behörden gegenüber, sie sind daher vor der Einlassung auf die Sache vorzubringen und ihre Geltendmachung in einem späteren Stadium des Processes ist nicht zulässig. Die Criminalproceßordnung kennt diesen Unterschied gleichfalls, führt ihn aber nicht scharf genug durch. Die betreffenden Gesetze sind folgende: Strafproceßordnung Art. 117. Der Friedensrichter ist verpflichtet, wenn er aus den Umständen der Sache ersieht, daß dieselbe seiner Behandlung nicht unterliegt, die Sache sofort dem Untersuchungsrichter, oder, wenn eine Untersuchung nicht erforderlich ist, unmittelbar dem Procureur zu übergeben ²⁸⁾).

Art. 118 verweist ihn in zweifelhaften Fällen an die für die Collegialgerichte geltenden Regeln.

Art. 321. Jedes Gericht entscheidet selbst, ob eine Sache seiner Gerichtsbarkeit unterliegt, und darf in keinem Falle dem Obergericht wegen Entscheidung seiner eigenen Zweifel über die Zuständigkeit vorstellen ²⁹⁾).

Art. 234. Die Sachen wegen Wiederherstellung der gesetzlichen Zuständigkeit werden begonnen entweder auf Vorstellung der Bezirksgerichte, zwischen denen die Verschiedenheit der Auffassung entstand,

28) Уст. у. с. ест. 117. Мировой судья, по усмотрѣніи изъ обстоятельствъ дѣла, что оно не подлежитъ его разбирательству, обязанъ немедленно передать дѣло судебному слѣдователю, или, если нѣтъ надобности въ производствѣ слѣдствія, непосредственно прокурору.

29) 231. Каждое судебное мѣсто само рѣшаетъ, подлежитъ ли дѣло его вѣдомству, и ни въ какомъ случаѣ не должно представлять суду высшему, о разрѣшеніи соихъ сомнѣній о подсудности.

oder auf Antrag der Procureure, oder auf Beschwerde der am Proceß Betheiligten, oder nach eigenem Ermessen der Gerichtshöfe³⁰⁾.

Es kann sich nun ereignen, daß mehrere Strafgerichte und Verwaltungsbehörden gleichzeitig einen und denselben Straffall oder mehrere gemeinsam zu behandelnde Fälle vor ihr Gericht ziehen, oder sämtlich die Behandlung eines solchen ablehnen. Für solche Fälle die sehr mannigfaltiger Art sein und daher nicht vorausgesehen werden können, soll der entstandene Conflict über die Zuständigkeit durch die Entscheidung einer vorgesetzten Behörde gelöst werden. Zunächst sind die Bestimmungen über die Zuständigkeit von den Betheiligten durch Anbringung der Klage und Exception (отводъ) anzuwenden. Aber auch unabhängig von den Parteien hat der Richter von sich aus zu prüfen, ob die Sache seiner Gerichtsbarkeit (въдомство) unterliegt, entscheidet selbst über seine Zuständigkeit und hat je nach dem Resultat der Prüfung die Sache zur Verhandlung resp. Untersuchung zu nehmen, oder wenn er sich überzeugt, daß sie seiner Behandlung nicht unterliegt, sie abzulehnen, und wenn es in letzterem Falle sich um ein ex officio zu verfolgendes Verbrechen handelt, die Sache dem Untersuchungsrichter zu übergeben³¹⁾.

30) У. у. с. ст. 234. Дѣла о возобновленіи надлежащей подсудности начинаются, или по представленію окружныхъ судовъ, между коими возникло о томъ разномысліе, или по предложеніямъ прокуроровъ, или по жалобамъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ, или же по собственному усмотрѣнію судебныхъ палатъ.

31) Doch ist das nur auf die Fälle zu beziehen, wo dem Untersuchungsrichter die Untersuchung zusteht, hat z. B. der Vorgesetzte eines Beamten die Untersuchung zu führen, so wird der Friedensrichter die Sache demselben zu übergeben haben. Uebrigens herrscht auch in dieser Frage Unklarheit. In einer Entscheidung des Grim. Cass. Dep. vom 9. Jan. 1867, № 14, verfügt der Senat: „die Friedensversammlung habe durch ihre Entscheidung, das Vergehen eines Wistaws der Durchsicht des Procureurs zu übergeben, den buchstäblichen Sinn des Art. 1085 verlegt, aber das sei nicht von wesentlicher Bedeutung, da der Procureur die Sache in Anleitung

Aus dem Angeführten sehen wir daß die Proceßordnung die Worte Gerichtsbarkeit, Zuständigkeit, Befugniß zur Behandlung nicht scharf genug unterscheidet, wenn sie auch nicht völlig gleichbedeutend gebraucht werden. Wir folgern aus den oben angeführten Artt., daß der Friedensrichter seine Gerichtsbarkeit selbst zu prüfen hat, zu prüfen ob die Sache eine solche sei, daß sie von einem Friedensrichter behandelt und abgeurtheilt werden könne. Nicht aber hat er seine relative Zuständigkeit zu prüfen. Die Regeln über dieselbe geltend zu machen, ist Sache der Betheiligten, unterwerfen sie sich seinem Gerichte, so ist das ihre Sache.

Die Behandlung eines Zweifels über die Zuständigkeit wird nun wesentlich verschieden sein, je nachdem ob derselbe von einer Behörde oder einer Privatperson erhoben wird, wenn im letzteren Falle die Behörde den Zweifel zurückweist. Im ersten Falle wird es einen Unterschied machen ob es sich um einen positiven oder negativen Zweifel über die Zuständigkeit handelt.

Was zunächst die Behörden betrifft, welche die Streitigkeiten über die Zuständigkeit zu erledigen haben so sind das ³²⁾:

des Art. 1085 behandeln müsse“. Aus einer Entscheidung der allgemeinen Versammlung des I und des Cassations-Departements vom 15 September 1867, № 384, ist ersichtlich, daß ein Friedensrichter, bei dem eine Klage über ein Amtsverbrechen eines Polizeibteners angebracht war, die Sache dem Untersuchungsrichter übergab, auf Grund von Strafgesetzbuch 1541, letzterer sandte sie an den Procureuren, dieser an die Polizeiverwaltung, diese, da der Polizeidiener ein Soldat und bereits ins Militärreßort zurückgetreten war, an die Militärbehörde, diese da Militär's die im Civildienst stehen dem ordentlichen Criminalgericht unterliegen — dem Friedensrichter. Von letzterem kam der Streit über die Zuständigkeit durch die Friedensrichter-Versammlung an den Senat. Der Senat entschied, die Sache sei von der Versammlung dem örtlichen Procureur zu übergeben, damit selbiger der Sache die gesetzliche Richtung gebe, d. h. also der Polizei-Verwaltung zur Beschlußfassung über Verurtheilung in Anklagestand übergebe.

32) Уст. упол. суд. ст. 37—40, 237, 243, 245.

in Streitigkeiten zwischen Friedensrichtern eines Bezirkes die Friedensrichter-Versammlung, verschiedener Bezirke diejenige wo die Sache zuerst entstand; in Streitigkeiten zwischen Friedensrichtern und Untersuchungsrichtern das Bezirksgericht unter dem letzterer steht; in Streitigkeiten zwischen Friedensrichter-Versammlungen, oder zwischen Friedensgerichten und Bezirksgerichten der Gerichtshof in dessen Bezirk die Sache entstand; in Streitigkeiten zwischen Friedensgerichten und Militär- oder geistlichen Gerichten die Allgemeine Versammlung der Cassationsdepartements des Senats; in Streitigkeiten mit Verwaltungsbehörden besondere gemischte Commissionen und in höchster Instanz die Allgemeine Versammlung des I und des Cassationsdepartements des Senats. Der Streit über die Zuständigkeit kann nun in der Weise entstehen, daß der Friedensrichter, in der Meinung eine Sache unterliege nicht seiner Gerichtsbarkeit, sie dem Untersuchungsrichter oder dem Procureur oder einer anderen Behörde übergibt und diese sie zurückweisen. Hier hat der Friedensrichter der zuständigen Oberbehörde eine Vorstellung über die Zweifel der anderen Behörden zu machen. Wird ihm eine Sache zugesandt, die seiner Gerichtsbarkeit nicht unterliegt, so weist er sie zurück und überläßt es der anderen Behörde, die betreffende Vorstellung zu machen, wenn sie auf ihrer Ansicht beharrt. Von wem die Vorstellung auszugehen hat, wenn zwei Behörden ein und dieselbe Sache zu gleicher Zeit in Behandlung nehmen, ist nicht gesagt.

Der bei der Sache Betheiligte kann, sowohl wenn ein negativer Streit vorliegt, bei dem jedes von mehreren Gerichten die Klage des Verletzten abweisen, als auch wenn es sich um einen positiven Streit handelt, bei dem mehrere Gerichte ein und dieselbe Sache zur Verhandlung beanspruchen, nach Art. 41³³⁾

33) У. у. с. ст. 41. Просьба объ указаніи подлежащаго мирового судьи или подлежащаго суда приносится одному изъ тѣхъ

der Straf-R. D. ein Gesuch um Bezeichnung des zuständigen Friedensgerichts einer der Behörden übergeben. Dieses Gesuch muß der zuständigen Oberbehörde zur Entscheidung mit einem Bericht zugestellt werden.

In allen diesen Fällen findet die Frage wegen der Zuständigkeit ihre Entscheidung vor der Verhandlung des Processes selbst, der nach Art. 41 in solchen Fällen unterbrochen werden muß, in der Form eines besonderen Streites über die Zuständigkeit (препятствие о подсудности).

Liegt jedoch ein Zweifel seitens verschiedener Gerichte nicht vor, wird die von einem der Theilnehmenden, sei es Privatperson oder Behörde, erhobene Einrede oder ein Antrag des Procureuren wegen mangelnder Zuständigkeit des Friedensgerichtes von letzterem zurückgewiesen, so ist ein besonderes Verfahren in dieser Frage nicht zulässig, die Entscheidung derselben kann nur durch ein Appellations- oder Cassationsgesuch angegriffen werden, in welchem das ganze Urtheil auf Grund der Ueberschreitung der Zuständigkeit seitens des Gerichtes angegriffen werden kann. In einem Appellationsgesuch kann sowohl die Ueberschreitung der Gerichtsbarkeit oder absoluten Zuständigkeit, als auch der relativen gerügt werden. In einem Cassationsgesuche dagegen nur die Ueberschreitung der Gerichtsbarkeit. Zugleich liegt aber hierin, daß auch die Ueberschreitung der Gerichtsbarkeit nur vor Abschluß des Verfahrens so lange das Urtheil noch nicht rechtskräftig geworden ist gerügt werden kann, nachher aber nicht mehr. In Beziehung auf diese letztere Regel herrscht auch in der Praxis des Cassationsdepartements vielfach Unklarheit.

установлений, между которыми возникло препятствие. Просьба эта препровождается, при объяснении, на рассмотрение того установления, от которого, на основании предшедших статей, зависит разрешение пререкания о подсудности, а производство дела между тем приостанавливается, до разрешения возникшаго пререкания.

Betrachten wir nun die Anwendung dieser Regeln über die Gerichtsbarkeit und Zuständigkeit in der Praxis, besonders des Criminal-Cassations-Departements des Senates.

In einigen Urtheilen von Friedensrichterversammlungen, wird, wo das Urtheil des Friedensrichters noch nicht rechtskräftig geworden ist, dasselbe, wenn wegen Ueberschreitung der Gerichtsbarkeit Appellation erhoben ist, aufgehoben und die Sache dem Procureur übergeben³⁴⁾. In einer anderen Sache aber, wo der Hauptschuldige nicht appellirt, sondern nur die Theilnehmer, indem sie geltend machen, daß die Sache vor das Bezirksgericht gehöre, wird in Uebereinstimmung mit dem Gutachten des Procureurs, daß, obwohl Anzeichen von Einbruch hervorträten, dieselben jetzt nicht mehr berücksichtigt werden könnten, da das Urtheil, weil der Hauptschuldige nicht appellirt habe, ihm gegenüber rechtskräftig geworden sei und daher wegen mangelnder Zuständigkeit des Richters nicht aufgehoben werden könne³⁵⁾.

Dagegen hat der Senat in mehren Fällen, wo eine Ueberschreitung der Gerichtsbarkeit vorlag, selbst rechtskräftige Urtheile wegen mangelnder Zuständigkeit aufgehoben. Hierbei wurde ausdrücklich festgestellt, daß solche Fälle im Gesetz nicht vorgesehen seien, und nur auf Grund analogischer Anwendung der Bestimmungen des Civilprocesses, über Aufhebung rechtskräftiger Urtheile durch welche Rechte Unbetheiligter verletzt werden, entschieden werden könnten.

Betrachten wir die einzelnen Cassationsentscheidungen genauer. Die eine ist vom 22 December 1866, № 94³⁶⁾, ge-

34) *З. В. Судеб. Вѣстникъ.* 1866. № 13, С. 100. № 22, С. 185. № 38, С. 278.

35) *Суд. Вѣстн.* 1866. № 16, С. 125.

36) Auf Grundlage dieser Entscheidung sind im Jahre 1867 gefällt, die Entscheidungen der Allg. Verf. des I und des Cassations-Departements vom 1 Mai, № 185; vom 29 Mai, № 275; vom 15 Decbr., № 608. — Ein weiterer Fall — Entscheidung vom 27 April 1867, № 139 — ist dadurch interessant, daß der Friedensrichter von sich aus um Aufhebung seines rechts-

fällt von der Allgemeinen Versammlung der Cassationsdepartements, betreffend einen Streit des Militärressorts gegen ein rechtskräftiges Urtheil. Es hatte ein Friedensrichter einen in activem Dienste stehenden Officier wegen Beleidigung verurtheilt. Da von keiner Seite gegen das Urtheil Einsprache erfolgte, wurde das Urtheil rechtskräftig und dem Vorgesetzten zur Execution mitgetheilt. Von der Militärbehörde wurde nun die Ueberschreitung der Gerichtsbarkeit geltend gemacht, der Friedensrichter wies jedoch den Einwand zurück, da das Urtheil bereits rechtskräftig sei. Das General-Auditoriat erklärte, wenn der betreffende Officier auch sich freiwillig dem Urtheil des Friedensrichters unterworfen habe, so könne nichts desto weniger dieses Urtheil, als nicht nur wider das Gesetz sondern auch mit Verletzung der Interessen des Militärdienstes gefällt, nicht ausgeführt werden. Der Kriegsminister brachte diesen Streit über die Zuständigkeit zwischen Civil- und Militär-Gerichten zur Entscheidung an die Allg. Vers. des Cassations-Departements des Senats. Der Senat zog in Betracht, daß die Streitigkeiten über die Zuständigkeit (препеканія о подсудности) durch ein besonderes Verfahren erledigt würden, nur vor Entscheidung der Sache, nach Fällung des Urtheils könne eine Ueberschreitung der Gerichtsbarkeit (предъявлѣніе въдомства или власти) nur auf dem Appellations- oder Cassations-Wege angefochten werden. Während beim gewöhnlichen Streit über die Zuständigkeit ein Gerichtshof oder der Senat ein unregelmäßig begonnenes Verfahren auch in solchen Gerichten aufheben könnten, welche ihnen nicht untergeordnet seien, könne

kräftigen Urtheils direct beim Senat nachsucht, weil er sich nach der Urtheilsfällung davon überzeugt habe, daß die abgeurtheilte Sache den Militärgerichten zuständig sei. Der Senat verfügt: der Friedensversammlung (die bei der ganzen Verhandlung bisher unbetheilt war) vorzuschreiben, daß sie dem Friedensrichter auftrage, er solle sofort die Sache ihr zur Durchsicht und gefälligen Erledigung (законное постановленіе) vorstellen.

ein Urtheil nur von der vorgesehten Instanz aufgehoben werden: das vorliegende also nur von der Friedensrichterversammlung. Es handele sich nur darum: in welcher Weise die Friedensrichterversammlung in die Durchsicht dieser Sache eintreten könne? Wenn die Parteien um Wiederherstellung der gesetzlichen Zuständigkeit nachsuchen, so müssen sie ihr Gesuch in der gesetzlichen Ordnung der Appellation oder Cassation einreichen. Hier suche um eine solche ein Dritter an der Sache theilnehmer nach, der an der Verhandlung keinen Theil genommen habe — die Militär Obrigkeit, welche mit Recht annehme, daß mit der Verletzung der Zuständigkeit Interessen des Militärdienstes verbunden seien. Nach dem Civilproceß sei ein Appellations- oder Cassations-Gesuch eines Dritten, der an der Verhandlung der Sache nicht Theil genommen, zulässig. Im Strafproceß, der hauptsächlich die Ordnung der persönlichen, bedingten Verantwortlichkeit bestimmt (как определяющемъ главнымъ образомъ порядокъ личной, условной ответственности), ist kein besonderer Hinweis auf ein solches Recht eines Dritten enthalten, wenn es auch keinem Zweifel unterliegt, daß ein solcher seines Rechts nicht beraubt werden kann, weder bei Verletzung seiner Vermögensrechte, noch in einem dem vorliegenden ähnlichen Falle, wo der Vertreter eines Ressorts ein öffentliches Interesse vertheidigt. Im ersten Falle kann der Dritte sein Recht vor dem Civilgericht geltend machen; im zweiten Falle gehört die Wiederherstellung des verletzten öffentlichen Interesse ebenso dem Criminal- wie dem Civilgericht, denn der Schutz eines solchen Interesse ist die unmittelbare Pflicht einer jeden Gerichtsbehörde, als Organ der Regierungsgewalt, und die Verletzung desselben ist nicht vereinbar mit der Gültigkeit eines richterlichen Urtheils oder einer richterlichen Entscheidung. Daher muß ein Urtheil, das ein öffentliches Interesse verletzt, aufgehoben werden, sogar in dem Falle, wenn diese Verletzung nicht in Betracht gezogen war bei der Verhandlung der Sache,

wenn nur die Forderung um Aufhebung eines solchen Urtheiles vorgebracht worden ist in der bestimmten Ordnung der richterlichen Instanzen. In Anbetracht, daß der Senat einerseits, bei Entscheidung von Streitigkeiten über die Zuständigkeit von Gerichten verschiedener Ressorts, ein nicht unter seiner unmittelbaren Controлле stehendes Urtheil nicht aufheben, andererseits, als oberstes Gericht, seine Anschauung (соображения) in dieser Sache, einem ihm untergeordneten Gerichte nicht zur Durchsicht übergeben könne, — findet der Senat, daß in diesem Falle dieselbe Regel Platz greifen müsse und könne, welche bestimmt ist für die Aufhebung von Endurtheilen³⁷⁾, und zwar: daß wenn der Senat eine Sache zu neuer Durchsicht einem anderen Gerichte übergebe, dieses, bei Erläuterung des genauen Sinnes des Gesetzes, verpflichtet ist, sich den Ausführungen (суждения) des Senats zu unterwerfen. Indem er der Auffassung des General-Auditoriums, betreffs des genauen Sinnes der Gesetze über die Zuständigkeit, welche bei der Entscheidung vorliegenden Falles vom Friedensrichter verletzt worden sind, zustimmt, verfügt der Senat: diese Auffassung (соображения) der Friedensrichterversammlung, als der Instanz, die unmittelbar die Sachen der Friedensrichter auf dem Appellations- und Cassations-Wege unter sich habe, zuzufertigen (поставить въ виду) und ihr vorzuschreiben, sofort an die Durchsicht dieser Sache auf obiger Grundlage zu gehen.

Nach unserer Ansicht läßt sich gegen diese Entscheidung und ihre Motivirung Manches einwenden. In der Strafproceßordnung im Art. 174 ist ausdrücklich gesagt, daß „Beschwerden und Proteste gegen Endurtheile zugelassen werden, 3) im Falle der Verletzung der Gerichtsbarkeit,

37) Das sind Urtheile gegen welche keine Appellation wol aber ein Cassationsgesuch zulässig ist.

die dem Friedensgerichte gesetzlich zugestanden ist³⁸⁾. Darin liegt nicht nur die Zulässigkeit solcher Klagen, sondern auch daß solche Klagen nach Schluß des Verfahrens nur noch durch Cassationsgesuche, also nur bis zur Beschreitung der Rechtskraft durch das Urtheil zulässig sind, dagegen nach Beschreitung der Rechtskraft durch ein Urtheil nicht mehr erhoben werden können. Im Strafproceß sind aber ferner in den Artt. 180, 934—940 ausdrücklich die Fälle angeführt, wo rechtskräftige Urtheile aufgehoben werden können. — Es sind das: Entdeckung der Unschuld des Verurtheilten, oder einer Verurtheilung zu einer zu schweren Strafe; Entdeckung der Fälschung der Urkunden oder Beweismittel auf welche hin das Urtheil erfolgt ist; Entdeckung gewinn- oder eigensüchtiger Absichten der Richter bei Fällung des Urtheils. Der Senat selbst hat in mehreren Cassationsentscheidungen erklärt, daß die Aufhebung rechtskräftiger Urtheile nur als außerordentliche Maßregel zugelassen werde und nur wenn solche Umstände entdeckt seien, welche einerseits den Verurtheilten nicht die Möglichkeit böten durch Verheimlichung und Entstellung von Beweismitteln sich der verdienten Strafe zu entziehen und andererseits die Möglichkeit böten dem Unschuldigen-Verurtheilten die durch einen Fehler seitens des Gerichts entzogenen Rechte wieder zu geben³⁹⁾. Noch deutlicher ist die Cassations-Entscheidung vom 31 Mai 1867, № 223: Nach dem genauen Sinne des Art. 180 der Str.-P.-O. können als Ursachen der Wiederaufnahme einer rechtskräftig entschiedenen Sache nicht dienen die Verletzungen, zur Verbesse-

38) У. у. судопр. ст. 174. Жалобы и протесты на окончательные приговоры мировых судей и ихъ съѣздовъ могутъ быть приносимы: 3, въ случаѣ нарушенія предѣловъ вѣдомства или власти закономъ предоставленной мировому судья или мировому съѣзду. Die Bestimmung des Art. 812 stimmt fast wörtlich hiermit überein.

39) Рѣш. Касс. Уг. Д. С. 1866. № 62.

rung welcher besondere der Sachlage entsprechende Rechtsmittel gegen das Urtheil vor der Beschreitung der Rechtskraft durch dasselbe bestehen, — sondern nur die Entdeckung der Unschuld oder Verurtheilung zu einer zu schweren Strafe nachdem das Urtheil rechtskräftig geworden war; daß Ueberschreitung der Gerichtsbarkeit Ursache geben könnte, ist nirgends auch nur im Entferntesten angedeutet. Die Strafproceßordnung enthält also unserer Ansicht nach klare und deutliche Bestimmungen auf deren Grund der Antrag des Kriegsministers abgelehnt werden mußte. Es war daher nach unserer Ansicht gar kein Grund vorhanden, zu analogischer Anwendung eines Gesetzes zu greifen. Was nun, abgesehen hiervon, die analogische Anwendung betrifft, so scheint sie in sofern nicht gerechtfertigt, da die analogisch angewandten Artikel der Civilproceßordnung von der Aufhebung eines Urtheils handeln, durch welches Rechte eines Dritten, welcher an dem Rechtsstreit keinen Theil genommen hat, verletzt worden sind. Unter diesen Rechten eines Dritten sind offenbar Privatrechte zu verstehen, da in der Civilproceßordnung nur von solchen die Rede ist. Diese unsere Ansicht wird übrigens vom Senat getheilt, der in der Entscheidung des Civil-Cassationsdepartements vom 2 und 11 Mai 1867, N^o 125, erklärt hat, daß die Rechte Dritter zum Schutz deren sie die Aufhebung rechtskräftiger Urtheile beantragen können, nur zweierlei Art sein können: entweder persönliche oder vermögensrechtliche; die einen wie die anderen seien im Gesetze genau bestimmt, der abstracte Begriff der Verletzung sittlicher Rechte, die nicht durch Gesetze festgestellt seien, könne keine rechtliche Bedeutung haben. Wenn auch in diesem Urtheile zunächst positive Privatrechte abstracten Privatrechten gegenüber gestellt werden, so ist doch immer constatirt, es könne sich in solchen Fällen nur um Privatrechte handeln. Es scheint uns nun unzulässig eine Bestimmung zum Schutze der Privatrechte, die hauptsächlich eingeführt

ist, weil das Gericht bei der Fällung des Urtheils im Civilproceß nicht alle privatrechtlichen Verhältnisse der Parten im Auge haben kann, weil ferner die Personen, deren Rechte verletzt werden, vielleicht gar keine Ahnung haben können, daß ein solcher Proceß verhandelt worden ist — einfach auf den Schutz von Staatsrechten zu übertragen. Dazu kommt, daß im Criminalproceß besondere Organe bestellt sind, welche auf die Beobachtung der Bestimmungen zu sehen haben, durch welche staatsrechtliche Interessen gewahrt werden, daß der Proceß selbst vielfach Regeln des Untersuchungsprincipes angenommen hat, da ist man nicht berechtigt eine Bestimmung auf ihn analogisch anzuwenden, die nur durch die Anwendung der reinen Verhandlungsmaxime hervorgerufen worden ist. Ferner scheinen uns Bestimmungen des Civilprocesses über die Rechte Dritter unanwendbar im Criminalproceß, weil letzterer selbst Bestimmungen über die Theilnahme Dritter enthält und in diesen ihre Rechte, im Verhältniß zu den Bestimmungen des Civilprocesses, bedeutend beschränkt sind. So können z. B. Dritte nicht, wie im Civilproceß, jeder Zeit in den Proceß eintreten, sondern nur vor dem Beginne desselben, und haben sie das versäumt, so haben sie nur noch das Recht nach Beendigung des Criminalprocesses civiliter zu klagen. Wo zwei Institute so sehr verschieden sind, da ist die Anwendung einzelner Bestimmungen des einen zur Ergänzung des andern wol höchst bedenklich.

Endlich scheint uns die Unverletzlichkeit eines rechtskräftig gewordenen Urtheils bedeutend mehr im öffentlichen Interesse zu liegen, als die Rücksichten auf das Interesse der Disciplin, die hier doch nur abstract verletzt war. Es war nichts wider die Disciplin sanctionirt worden, keine Verletzung derselben unbestraft geblieben, sondern ein Fall statt vom Kriegsgericht vom Civilgericht bestraft worden. Das Gesetz selbst stellt die Unverletzlichkeit rechtskräftiger

Urtheile über Alles, es bestimmt in der Strafproceßordnung ⁴⁰⁾:

Art. 22. Der durch ein rechtskräftiges Urtheil zu einer Strafe oder Beahndung Verurtheilte kann nicht aufs Neue wegen derselben Sache gerichtet werden, wenn auch in der Folge Umstände entdeckt werden, die seine Schuld vergrößern.

Art 23 kennt aus diesem Falle nur die eine Ausnahme, wo das Urtheil durch ein Verbrechen herbeigeführt worden ist. Unmöglich kann solchen Fällen die Ueberschreitung der Zuständigkeit gleichgestellt werden. Absolut ist der Staat nur daran interessirt, daß kein Unschuldiger bestraft würde, kein Schuldiger der Strafe entgehe. Handelt es sich darum diese Interessen aufrecht zu erhalten, so müssen auch rechtskräftige Urtheile weichen. Liegt aber derartige nicht vor, sondern ist ein Schuldiger nur von einem Gericht statt eines anderen bestraft worden, so muß nach unserer Ansicht das rechtskräftige Urtheil respectirt werden. Der Staat hat ein größeres Interesse daran, daß die Urtheile seiner Richter als unabänderlich gelten, als an der Aufrechterhaltung der minutiösen Bestimmungen über die Zuständigkeit.

Bisher haben wir die ordentliche Zuständigkeit der Friedensrichter ins Auge gefaßt, sie umfaßt diejenigen Fälle, wo der Friedensrichter als der ordentliche und ausschließliche Richter thätig wird. Als außerordentliche Zuständigkeit bezeichnen wir die

40) У. у. с. ст. 22. Присужденный вошедшимъ въ законную силу приговоромъ къ наказанію или взысканію не можемъ быть вновь судимъ по тому же дѣлу, хотя бы впоследствии были обнаружены обстоятельства, увеличивающія его вину.

23. Правила постановленные въ ст. 21 и 22, не распространяются на тѣ случаи, когда судомъ будетъ признано, что прежде состоявшійся приговоръ былъ послѣдствіемъ подлога, подкупа или иного преступленія.

Befugniß des Friedensrichters nach der er in gewissen Fällen, deren Aburtheilung seine Strafbefugnisse übersteigt, die also seiner Gerichtsbarkeit entzogen sind, bevor die Verhandlung vor dem Bezirksgerichte beginnt, einen Vergleichsversuch zu machen hat. Zu diesem Zwecke sind ihm zuständig alle die Fälle, deren Bestrafung seine Befugnisse überschreitet, welche aber nur auf Klage des Verletzten anhängig gemacht, dabei jedoch nach dem Art. 157 des Strafgesetzbuches durch Vergleich beigelegt werden können ⁴¹⁾. Es sind das Sachen die ihrem Wesen nach eigentlich der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter unterliegen müßten, und bloß der Höhe des Strafmaßes wegen derselben entzogen sind. Es würde uns zu weit führen, wenn wir hier diese Sachen aufzählen wollten. Nur beispielsweise wollen wir anführen, daß hierher gehören: Sachen wegen leichter Verwundungen, Verstümmelungen und Schädigung der Gesundheit, schwere Mißhandlungen, Beleidigung der Ascendenten, Verläumdung, schwere Fälle von Drohungen, Eingehung der Ehe ohne Erlaubniß der Eltern, Ehebruch, Diebstahl, Betrug und dergleichen zwischen Eltern und Kindern, sogenannter literarischer Diebstahl und a. m.

Auch hier treten die bereits obenerwähnten Unklarheiten und Widersprüche in der Begrenzung und Feststellung der Zuständigkeit selbst in den Cassationsentscheidungen des Senats hervor: z. B. Urtheil des Criminal-Cassations-Departements des Senats vom 8 März 1867 ⁴²⁾.

41) Уст. уч. с. ст. 35. Сверхъ дѣлъ предоставленныхъ разбирательству мировыхъ судей по роду опредѣленныхъ за преступныя дѣйствія наказаній, вѣдомству ихъ подлежать, собственно для склоненія сторонъ къ миру, дѣла которыя хотя и влекутъ за собою наказанія, болѣе строгія, но по закону начинаются не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшихъ вредъ или убытки, и могутъ быть прекращаемы примиреніемъ.

42) Рѣшенія уголовного кассационнаго Департ. Сената 1867 г. № 84.

Es war wegen Selbsthülfe und willkürlichen Festhaltens beim Friedensrichter eine Klage auf „Beleidigung und Unthat“ (злордѣяствіе) erhoben, vom Advokaten des Klägers in der Verhandlung das Verbrechen als „Gewalt, Selbsthülfe und Beraubung der Freiheit“ bezeichnet worden. Beklagter antwortete mit einer Widerklage auf Selbsthülfe. Da der Kläger zur Schlußverhandlung nicht erschien, so wurde er auf Grund der Widerklage in contumaciam verurtheilt. Auf seine Appellation verfügte jedoch die Friedensversammlung in zweiter Instanz: die Sache wegen mangelnder Zuständigkeit des Friedensgerichts dem Procureur zu übergeben. Beklagter trug auf Cassation dieses Urtheils an, zunächst weil Kläger durch Erhebung der ursprünglichen Klage selbst die Zuständigkeit des Friedensgerichts anerkannt, sodann weil er durch Nichterscheinen zur Schlußverhandlung seiner Klage entsagt habe. Bei vergleichbaren Antragsverbrechen wären diese beiden Punkte entscheidend gewesen. Der Senat fand aber: Nach Art. 33 der Cr.=P.=O. sollen von Friedensrichtern nur die Vergehen abgeurtheilt werden, welche in dem Friedensr. Strafgesetze enthalten sind. Die einzige Ausnahme machen, jedoch nur bis auf Weiteres, gewisse Verletzungen einiger Verwaltungsordnungen. Zum Vergleichversuch kommen an die Friedensrichter die den Bezirksgerichten zuständigen vergleichbaren Antragsverbrechen. In vorliegender Sache handele es sich um willkürliche, gewaltsame Beraubung der Freiheit, vorgesehen durch Art. 1540 des Str.=G.=B., wie auch der klägerische Sachwalter ausgeführt habe. Daher sei die Sache dem Bezirksgericht zuständig. Auch zum Vergleichversuch gehöre diese Sache nicht vor das Friedensgericht. Im Str.=G.=B. Titel X. Hauptstück 7 habe früher (Ausg. v. 1857.) eine Anmerkung gestanden, nach der Sachen wegen widergesetzlicher Gefangenhaltung ohne Gewalt nur auf Klage des Verletzten verfolgt werden sollten. Aus der Vergleichung sämmtlicher Artikel dieses Capitels gehe hervor, daß die Anmerkung sich nur

auf Art. 2108 bezogen haben könne, der die Strafe für Festhalten ohne Gewalt enthalte, und speciell nicht auf 2103, wo von gewaltthätigem Festhalten die Rede sei. In der Ausgabe des Str.-G.-B. vom Jahre 1866 sei die im Art. 2108 früher enthaltene Bestimmung ausgelassen und als unter Art. 142 der Friedensordnung einbegriffen anzusehen, wo Selbsthülfe und Anwendung von Gewalt mit Strafe bedroht sei. Da nun jene Anmerkung am Ende des Capitels weggelassen sei, so könne es keinem Zweifel unterliegen, daß sämtliche in diesem Capitel aufgeführte Fälle durch den Procureur verfolgt werden müßten. Da der Senat sich solchergestalt überzeugt habe, daß gewaltthätiges Festhalten weder nach Art. 2108 (Ausg. v. 1857.) noch nach Art. 1540 (Ausg. v. 1866) durch Vergleich beigelegt werden könne, finde er, daß die vorliegende Sache vom Friedensgericht weder habe abgeurtheilt werden können, noch zum Zweck eines Vergleichsversuches an dasselbe hätte gelangen dürfen und weise daher das Cassationsgesuch ab.

Wir sehen, daß die Interpretationen des Cassationsdepartements bindend sind nur für die Sache in der sie ergangen und für das Gericht dem die nochmalige Entscheidung derselben übertragen worden, daß sie für alle anderen Gerichte und Fälle nur die Bedeutung einer Anleitung zu gleichmäßiger Erfüllung und Anwendung der Gesetze haben. Daher werden diese Interpretationen zurücktreten müssen, wo denselben eine klare Gesetzesbestimmung entgegensteht, wo eine andere in direktem Widerspruch mit dieser interpretirt worden ist, und sich also Gesetz und Cassationsurtheil gegenüberstehen. Ein solcher Fall liegt hier vor. Im Art. 157 des Str.-G.-B. werden aus dem 7. Hauptst. des X. Titels des Str.-G.-B. die Artt. 1542 und 1543 als solche bezeichnet bei denen all ein ein Vergleich ausgeschlossen sein soll. Daraus folgt daß die Anm. am Ende des 7. Hauptst. des X. Titels nicht bloß auf Art. 2108 (Ausg. 1857) sich bezog, sondern auf alle mit Ausnahme 1542 und 1543 (Ausg. 1866) und ihre

Weglassung ein Redaktionsfehler war. In den Fällen die unter Art. 1540 fallen ist also die Beilegung durch Vergleich nicht ausgeschlossen, sondern im Gegentheile nach Art. 157 (1866) zulässig, wie das durch ein Urtheil eines Bezirksgerichts direct ausgesprochen ist⁴³⁾, welches Urtheil später als jenes Cassationsurtheil gefällt ist und demselben mit Recht direct widerspricht.

Alle in die erwähnte Kategorie fallende Strassachen müssen also an den Friedensrichter zum Zweck des Vergleichsversuchs gelangen und können ohnedem nicht zur Verhandlung im Bezirksgerichte kommen. Jedoch kommen sie vor den Friedensrichter erst, wenn sie zur richterlichen Verhandlung reif sind. Keinesweges sind diese Sachen vor dem Vergleichsversuch des Friedensrichters dem Untersuchungsrichter entzogen, oder hat der Friedensrichter in Bezug auf sie Untersuchungsbehandlungen vorzunehmen. Solcher Ansicht scheint Refljudow⁴⁴⁾ zu sein. Er vindicirt dem Friedensrichter verschiedene Zwangsmittel und läßt ihn in solchen Fällen inquisitorisch verfahren. Dem widerspricht aber, daß bei Antragsverbrechen die durch Vergleich beigelegt werden können, die Gerichte sich auf Prüfung der vorgelegten Beweismittel zu beschränken haben, und das ganze Verfahren, speciell sein Fortgang von der Thätigkeit und den Anträgen der Parteien abhängt. So wird ein Cassationsgesuch gegen das Urtheil eines Friedensrichters, weil der Friedensrichter verschiedene Beweismittel die er heranziehen konnte, unberücksichtigt gelassen habe, von der Friedensrichter-Versammlung abgewiesen, da in solchen Sachen der Friedensrichter sich auf Prüfung der von den Parten vorgestellten Beweismittel zu beschränken habe. Da der Angeklagte einmal sich einverstanden erklärt habe, die Sache auf die Aussage eines Zeugen hin zu erledigen, so könne er

43) Vergleiche C. B. 1867. № 118. Практ. Зам. I, wo sich übrigens der Einsender dem Urtheil des Cassations-Departements unterwirft.

44) Руководство для мировыхъ судей. I. С. 55.

nun wegen Nichtberücksichtigung anderer Zeugen nicht auf Cassation antragen ⁴⁵⁾).

Das Verfahren in solchen Fällen ist ersichtlich aus mehreren im Gerichtsboten mitgetheilten Beispielen ⁴⁶⁾. Nach diesen werden vergleichbare Antragsverbrechen, die vom Bezirksgericht abzuurtheilen sind, in denen eine Anzeige bei der Polizei gemacht worden ist, von letzterer an den Untersuchungsrichter gesandt. Nachdem die Untersuchung geschlossen ist, werden sie von diesem dem Procureur zugesertigt. Der letztere übersendet sie dem Friedensrichter zum Zwecke des Vergleichsverfahrens. Da der Friedensrichter jedoch nach dem Mislingen des Vergleichsverfahrens ein Urtheil fällt, so gelangt die Sache an die Friedensversammlung, welche das Urtheil aufhebt und, da ihr der Vergleich gleicherweise mißlingt, die Sache wiederum dem Procureur zusendet.

Gelingt der Vergleich, so ist die Sache damit erledigt und kann nicht weiter anhängig gemacht werden. Der Vergleich befreit den Angeschuldigten von weiterer strafrechtlicher Verantwortlichkeit und auch von der Verpflichtung zum Erfaze etwaigen Schadens, falls der Kläger nicht beim Vergleiche sich die Civilklage ausdrücklich vorbehalten hat ⁴⁷⁾.

Zur Gerichtsbarkeit des Friedensrichters gehört schließlich noch die Sitzungspolizei. Sie gebührt ihm, weil er die Verhandlungen zu leiten hat, und daher im Stande sein muß, die Ordnung während der Verhandlung aufrecht zu erhalten. Seine Disciplinargewalt erstreckt sich auf alle Anwesende, sowohl bei der Sache betheiligte als auch Zuhörer. So bestraft er den

45) Судеб. Вѣстникъ. 1866. № 26.

46) Б. В. Суд. Вѣстн. 1866. № 46, С. 309. № 48, С. 316.

47) Уст. уч. с. ст. 20.

Beklagten wegen Unterbrechung ⁴⁸⁾). Wegen Störung der Ordnung kann der Friedensrichter über die Schuldigen je nach ihren Mitteln eine Geldstrafe von 25 Kop. bis 3 Rbl. verhängen, und Ungehorsame aus dem Gerichtsklokal entfernen lassen. Dem Präsidenten der Friedensrichterversammlung stehen in dieser Beziehung gleiche Rechte mit den Präsidenten der allgemeinen Gerichte zu.

48) Vergl. Суд. Вѣстн. 1866. № 20. С. 167, wo ein solches Verfahren gegen den Angeklagten übrigens als bedenklich bezeichnet wird.

Engelmann.

VII.

Präjudicien des livländischen Hofgerichts, den Civilproceß betreffend.

1.

Sachschriften und deren Beilagen sind in der Regel in doppelten Exemplaren zu übergeben.

Es müssen von den Parteien alle dem Gegner zu communicirenden Schriften nach Anweisung der hofgerichtlichen Constitutionen vom 2. Mai 1758 und 12. November 1775 mit Duplicaten versehen eingereicht werden und versteht es sich daher von selbst, daß solche auch von den Beilagen, allerdings mit Ausnahme von Conto=Büchern und dergleichen, zur Beurtheilung des Gegentheils nicht fehlen dürfen, wie ebenso wenig davon im Original und etwa ad agnoscendum vorgelegte Documente eine Ausnahme machen, weil dem Gegner freistehen und möglich sein muß auch ohne persönliche Comparition und ohne Inspicirung der Originale deren Richtigkeit anzuerkennen.

Querel-Bescheid des Hofgerichts v. 15. Januar 1836. N^o 61.

2.

Bestellung eines Insinuationsmandatars.

Demnach zur gründlicheren wie bedächtigeren und deutlicheren Rechts- und Sachführung bei den Behörden zum Beistande der Parteien Advocaten bestellt worden (§ 15 der Hof-

gerichts-Ordnung v. 6. September 1630) und keinem zu Recht Gehenden verstattet ist *locum judicii* ohne des Gerichtes Bewilligung zu verlassen, es sei denn, daß er zur Stelle einen zur Sachführung autorisirten Bevollmächtigten bestellt habe (§ 15 der Stadga v. 4. Juli 1695), endlich aber nach den hofgerichtlichen Constitutionen vom 31. Januar 1726 u. 17. Juni 1736 und der Regierungs-Publication vom 23. December 1784 die bei Gericht, insbesondere auch dem Hofgerichte zu übergebenden Schriften nur von einem recipirten Advocaten und mit dessen zur Verhaftung für den Inhalt beigefügten Unterschrift zu insinuiren, so wie von einem solchen die richterlichen Erlasse entgegen zu nehmen sind; Supplicant dagegen, wenn gleich zur Sachführung durch die producirten Vollmachten, so doch in Ermangelung der Reception und wegen seines entfernten Wohnortes nicht zur Insinuation, noch weniger aber der unlegitimirte Commissionär zum Empfang der Erlasse autorisirt, noch daher zum Patrocinio ohne Zuziehung eines recipirten Advocaten zu admittiren ist; als hat Supplicant, bevor auf das übergebene Gesuch reflectirt werden mag, zuvor solches von einem *locum standi* habenden Mandatar beprufen, agnosciiren und unter dessen Verantwortlichkeit unterzeichnen zu lassen, auch zu fernerer Insinuation, so wie zur Empfangnahme der richterlichen Erlasse einen solchen mit gesetzlicher Legitimation zu bestellen.

Beschaid des Hofg. v. 1. Februar 1833. № 267.

Anmerkung. Vergleiche jedoch über die von den Parteien selbst verfaßten Sakschriften den Befehl der Nigaschen Statthalterschafts-Regierung an das Nigasche Oberlandgericht v. 12. October 1787 № 2624 und über die Uebersendung von Sakschriften durch die Post den Art. 126 des Provinzialcodez Bd. I., so wie über die Bevollmächtigung eines Insinuationsmandatars den Art. 188 des Swod der Reichsgesetze Bd. X., Civilproceß.

3.

In einem Zwischenbescheide ist über die Kosten des Intercalarverfahrens zu erkennen.

Gleichergestalt findet auch gravamen 2.: daß Judex a quo dem Querulanten nicht die Kosten des bisherigen Rechtsganges zuerkannt hat, dadurch Abhilfe, daß Querulant zwar ratione der Verjährung obtinirte, mit seinem Gesuche wegen der Präclusion aber abgewiesen wurde, mithin, da er nur zum Theil gewann, keinen Kostenersatz verlangen kann, wenngleich die landgerichtliche Behauptung, daß ratione der durch ein Intercalarverfahren veranlaßten Kosten erst in der Definitiv-Sentenz zu statuiren sei, als ungegründet dahin fällt, allermaassen der, der ratione exceptionis gewonnen, künftig in der Hauptsache succumbiren kann, in solchem Falle aber die Kosten, die ihm durch das Zwischenverfahren widerrechtlich veranlaßt worden, einbüßen würde.

Querel-Bescheid des Hofg. vom 12. November 1807. № 2564.

4.

Auf Kostencompensation kann nur bei dem richterlich aufgelegten Eide, nicht auch bei dem descripten oder rescripten Schiedseide erkannt werden.

Denn da Appellant sich darüber beschwert, daß Judex a quo erkannt habe, daß er dem Appellaten die durch diesen Rechtsgang verursachten Kosten vergüten solle und zur Unterstützung sothaner Beschwerde anführen zu können vermeinet: es wäre diese Sache in der ersten Instanz zum Theil durch einen Eid entschieden worden, in solchem Falle aber müßten die Unkosten nach gemeinen und Landesrechten wenigstens compensirt werden, so mag doch dieses Anführen in keine rechtliche Consideration gezogen werden, anerwogen zwar

bei dem vom Richter einem oder dem anderen Parten auferlegten Ergänzungs- oder Reinigungs-Eide nach dem angeführten Gerichtsgebrauche auf die Compensation der Unkosten erkannt zu werden pflegt, welcher Gebrauch jedoch keineswegs auf den Fall, wenn von einer der streitenden Parteien dem Gegentheile ein Eid deferirt oder derselbe zurückgeschoben wird, extendirt werden kann, indem solchenfalls der ungereimte Satz daraus folgen würde, daß derjenige, welcher in Ermangelung eines andern Beweises seinem Gegner den Eid zu deferiren veranlaßt ist, es darauf antrage: keinen Ersatz der gehaltenen Proceßkosten zu erhalten.

Appellations-Urtheil des ehemaligen livl. Oberlandgerichts
v. 20. December 1789.

5.

Auf Kostencompensation ist nicht zu erkennen, wenn der eine Theil in Beziehung auf den Hauptgegenstand vollkommen obgesteht hat.

Anlangend die in dem landgerichtlichen Bescheide festgesetzte Kostencompensation, so hat für dieselbe angeführt werden wollen, daß die Sache richterlicher Erörterung bedurft, der Implorat nicht aus den vom Imploranten angeführten, sondern aus anderen Gründen mit seiner Provocation von dem foro des Landgerichts hinweggewiesen, dabei ihm aber auch die ferneren Anträge bei dem zuständigen foro zu machen vorbehalten worden und dem Imploraten bei dieser Procedur keine bössliche Chifane vorzuwerfen sei, als in welchem Falle ihm die Kosten auferlegt werden müssen. Die hier zur Norm zu nehmende gesetzliche Vorschrift ist in dem in n. c. pag. 363 des L. L. allegirten Königlichlichen Briefe vom 22. Juli 1701 enthalten, wo es heißt, „wenn auch „ein Part die Ersetzung seiner Gerichtskosten fordert, ist der

„Richter demselben, da er die Sache gewinnt, alles, was er mit Fug dessfalls zu fordern hat, zuzulegen verbunden.“ Hier nun hatte der Implorat den Imploranten bei dem Landgerichte provocirt. Letzterer wandte dagegen ein, daß er dazu wegen anderweitiger Litispandez nicht berechtigt sei, und das Landgericht, bei Anerkenntniß dessen, daß nur das andere forum zur Verhandlung der Sache competent sei, wies den Imploraten von dem seinigen hinweg und an jenes andere hin. Der Implorat ließ diese Verfügung rechtskräftig werden und somit steht fest, daß er den Imploranten nur ungehörig vor das Landgericht gezogen, daher die ganze betreffende Prozedur nur ungehörig veranlaßt und den Imploranten rechtswidrig in Unkosten gesetzt hat. Es folgt daraus aber nichts natürlicher, als daß er den dadurch geursachten Schaden leiden und dem in Verlust gesetzten Gegner diesen Verlust ersetzen müsse. Daß dabei dem Imploraten anderweit seine Anträge vorzubringen offen gelassen worden, bleibt dabei gänzlich gleichgültig, weil ein solcher Vorbehalt ohnehin dem Imploraten verblieb, nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden brauchte und sich vielmehr schon aus der Hinweisung von selbst ergab, ja sogar den Gegenstand des durch den Bescheid erledigten Intercalarverfahrens bildete, — und eben so gleichgültig bleibt, daß das Landgericht seinem Erkenntniß andere, als die von Imploranten angeführten Gründe unterzulegen für nöthig hielt, da doch nichtsdestoweniger gewiß bleibt, daß der Implorat mit Unrecht den Imploranten vor das Landgericht gezogen hatte. Endlich aber muß Ersatz der Kosten nicht allein, wo sich bössliche und chicanöse Streitsucht herausstellt, diese vielmehr noch außerdem mit der poena timere litigantium belegt, sondern in jedem Falle decretirt werden, wo der eine Theil in aller Beziehung des Hauptgegenstandes obgesiegt hat, wie hier stattgefunden hat.

1. Abscheid des Hofgerichts v. 30. Juni 1841. № 1569.

6.

Einfache Decrete können nicht die Rechtskraft beschreiten.

Querulant hat nur irrig vermeinet, es habe der an Querulanten zur Comparition und Agnition ergangene Befehl Kraft Rechtsens beschritten und dergestalt Querulanten zur unbedingten Erfüllung oder zur Beschwerdeführung bei dem Oberrichter verpflichtet, die angebrachte Protestation und resp. Remonstration aber unzulässig gemacht, da doch rescriptliche Auflagen als solche nicht rechtskräftig werden, noch auch, wenn etwa gleich unbedingt ergangen, rechtliche Vorstellung ausschließen.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 15. Januar 1836. *N* 61.

7.

Es ist die Beschwerde nicht weniger unerheblich darin, daß Querulant sich durch den unbedingten Zahlungsbefehl beeinträchtigt glaubt, da doch jedes monitorium cum clausula: insofern dagegen nichts Rechtliches einzuwenden sei, zu verstehen ist und war daher Querulant am wenigsten veranlaßt von einem Rescript, das ihm kein beneficium nehmen können noch wollen, das auch nicht gleich einem Erkenntniß Rechtskraft gewann, übereilt das remedium querelae zu ergreifen.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 27. November 1823. *N* 2561.

8.

Richterliche Fristen laufen für die an dem Gerichtsorte anwesenden Parteien vom Tage des Decretes, für die abwesenden, nicht vertretenen Parteien dagegen vom Tage der Insinnation desselben.

So gewiß es ist, daß bei angestellten Advocaten und am Gerichtsorte gegenwärtigen Personen die in den gerichtlichen Erlassen gesetzte Frist zum Verfahren mit dem Tage des Datums eines Erlasses in ihrem Lauf beginnt, ebenso versteht es

sich andererseits von selbst, daß dieser Lauf bei solchen Parteien, welche vom Gerichtsorte entfernt und noch nicht mit einem Vertreter an selbigem versehen sind, erst mit dem Tage beginnt, an welchem ihnen der Erlaß erwiesenermaßen zu Händen kommt und wenn solches auch in dem Erlasse nicht ausdrücklich benannt worden wäre, so kann dadurch eine Ausnahme von dieser Rechtsregel schon aus dem Grunde nicht bewirkt werden, weil die betreffende Partei anderenfalls in der ihr gesetzlich oder richterlich zugestandenen Frist zum Verfahren unzulässig verkürzt würde und sogar unter Umständen dieser Frist gänzlich beraubt werden könnte.

Bescheid des Hofg. v. 28. Februar 1846. *N* 497.

9.

Berechnung des *fatalis* für die Anmeldung eines Rechtsmittels.

Gegen das Urtheil des D.'schen Landgerichts vom 27. April 1864 in Klagesachen des Bürgers Heinrich St.... wider den erblichen Ehrenbürger F.... *pcto debiti* hat F.... am 5. Mai 1864 bei Einzahlung des *nummi appellatorii* und unter Specification seiner *gravamina* die Appellation an dieses Hofgericht angemeldet und um Nachgabe solchen Rechtsmittels gebeten; das D.'sche Landgericht hat jedoch, — in Betracht dessen, daß das angefochtene Urtheil unter dem 27. April 1864 emanirt, auch an demselben Tage dem von F.... bestellten *Influantem* ausgereicht worden, F.... aber seine Appellations-Anmeldung erst am 5. Mai 1864 bei dem Landgerichte eingängig gemacht, während das *octiduum fatale* schon mit dem 4. Mai 1864 Vormittags 12 Uhr abgelaufen, da bei dieser Frist der Tag der Eröffnung des Erkenntnisses oder der *Insinuation* mitgerechnet und der achte Tag, in *casu* der 4. Mai, als letzter gerechnet werde, — mittelst Bescheides vom 18. Mai 1864 die Appellation nicht nachgegeben und das Urtheil vom

27. April 1864 für rechtskräftig erklärt. Bezüglich solchen decreti denegatorii hat F . . . bei diesem Hofgerichte eine Nullitätsbeschwerde erhoben und in derselben gebeten, unter Aufhebung jenes Bescheides, ihm das Rechtsmittel der Appellation nachzugeben.

Wenn nun zufolge der Landgerichts-Ordnung vom 20. Mai 1630 § 15, L. D. pag. 53, die Appellation wider landgerichtliche Urtheile innerhalb acht Tage anzumelden, wenn ferner bei dem Schweigen der so eben beretzten als auch aller übrigen livländischen Rechtsquellen über die Berechnungsart dieses octiduum fatale das in dem gemeinen deutschen Recht über die Computation der Appellationsfrist Geltende in Anwendung zu bringen ist, nach dem gemeinen deutschen Rechte aber die zehntägige Frist zur Anmeldung der Appellation zufolge Novella 23. cap. 1., (intra decem dierum spatium,) a momento ad momentum d. i. zehn Mal 24 Stunden von der Zeit der Urtheilseröffnung zu berechnen, — folglich auch die in der gedachten Landgerichtsordnung bestimmte achttägige Frist als acht Mal 24 Stunden zu computiren ist, — wenn weiter in Gemäßheit dessen das octiduum fatale interponendae appellationis wider das unter dem 27. April 1864 ergangene und an demselben Tage, ohne nachzuweisende bezügliche Stunde, dem Instnuanten des F . . . ausgereichte Urtheil des Landgerichts allererst am 5. Mai 1864 ablief, wobei, da die Stunde der Instnuation nicht nachzuweisen, dem F . . . die ganze am 5. Mai 1864 stattgehabte Sessionszeit des Landgerichts zur Appellationsanmeldung offen stand, — F . . . aber auch an diesem Tage das gedachte Rechtsmittel bei dem Landgerichte unter Erfüllung aller sonstigen Prästanda interponirt hat, — als hat der im offenbaren Widerspruch zu klaren Rechtsbestimmungen ergangene, die Nachgabe der Appellation denegirende Bescheid des Landgerichts vom 18. Mai 1864 ex capite nullitatis aufgehoben und die Appellation concedirt werden müssen.

Abscheid des Hofg. v. 23. October 1864. № 4629.

10.

Endpunkt einer Frist.

Zwar ist allerdings der letzte Tag einer Meldungsfrist durch die Sitzungszeit der vorladenden Behörde begrenzt, aber auch in dieser Beziehung kann den Appellanten keine Verspätung vorgerückt werden, da sie, wie das gerichtliche Protokoll auf ihrer Anmeldungschrift beweiset, auch noch zu jener Abendstunde Zutritt zum Gerichte gefunden haben.

Appellationsurtheil des Hofg. v. 18. Januar 1851. *N* 118.

11.

Erstreckung peremptorischer Fristen.

Wenn vor Ablauf einer peremptorischen Frist um Erstreckung derselben wegen Ehehaften gebeten wird, so ist selbst bei mangelhaftem Beweise terminus für salvirt zu erachten und einige Frist zu gestatten.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 1. December 1821.

12.

Da Querulant in dem ihm präfigirten Beweisstermine nicht ausblieb, sondern terminum durch ein übergebenes Dilationsgesuch salvirte, dieses auch die erste erbetene Dilation war und favor probationis in jure maximus ist, so konnte zwar Judex a quo die erbetene Frist auf eine ganz kurze Zeit einschränken, keineswegs aber mit der Präclusion gegen Querulanten verfahren.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 29. October 1810. *N* 3179.

Präclufionsanträge brauchen dem Gegentheile nicht mitgetheilt zu werden. Ueber die Präclufion ist in einem besonderen Bescheide zu erkennen.

Zu vergl. № 14.

Obgleich Beschwerdeführer darin irrt, daß *Judex a quo* seiner Behauptung nach verpflichtet gewesen wäre nach fruchtlos verstrichenem *Comparitions-Termine* das Präclufions-Gesuch *actoris officiosi* ihm noch zur besonderen Erklärung zu communiciren, indem es eines solchen Gesuches in *casu* gar nicht einmal bedurfte, sondern der Richter befugt war *peremptorie citatum*, falls er die Ladung zu rechter Zeit erhalten, wegen seines ungehorsamen Ausbleibens sofort zu *contumaciren*, auch daß solches *inaudita altera parte* geschieht, keine Nullität ist, wie in *justificatione* behauptet werden wollen, sondern vielmehr gerade in der Entziehung des Bertheidigungsrechts das Wesen der verwirkten *poena contumaciae* liegt, so hätte dem ohngeachtet *Judex a quo* unterlassen müssen, ehe und bevor die gehörige *Insinuation* der Vorladung *ad acta* bescheiniget und sodann diese Strafe festgesetzt, auch der darüber ergangene Bescheid rechtskräftig geworden war, *quoad materialia causae* ein *Definitiv-Erkenntniß* zu fällen; anerwogen ein solches *Definitiv-Erkenntniß*, welches alle weitere *remedia devolutiva* ausschließt, sich nothwendig auf eine vorhergegangene Verfügung gründen muß, wobei dem Beklagten eben diese Rechtsmittel offen bleiben, damit sodann nach beschrittener Rechtskraft zufolge *p. L. D. 52* wider denselben *tanquam vere contumacem* verfahren werden könne.

Bescheid des Hofg. v. 21. März 1818. № 1177.

14.

Der Präclufionsantrag ist dem Gegentheile mitzutheilen.

Es hat das Landgericht auf den Antrag des Imploraten, nachdem Implorant sich mit dem Duplikverfahren in dem Präclufionsstermine verabsäumt, in der Sache prout acta jacent zu erkennen, mit Unrecht dem ohne Weiteres deferirt und sofort die Endsentenz getroffen, da doch die Ordnung erheischte, daß allem zuvor Implorant auf den Präclufionsantrag gehört und sodann erst, war jener Antrag gegründet, die Präclufion ausgesprochen und erst, wenn diese Verfügung Kraft Rechtsens beschrritten, das Enderkenntniß getroffen werden sollen, weil möglicherweise der des Ungehorsams Beschuldigte Exculpationsgründe solcher Art vorzubringen im Stande sein kann, welche den Richter veranlassen die anscheinende Versäumniß dennoch nicht für solche anzuerkennen und ferner zuvor rechtskräftig festgestellt sein muß, daß der Säumige mit dem Verfahren zu präcludiren sei, ehe auf Grund einer solchen Annahme ein Urtheil ergeht, in welchem, wie hier geschehen, unzulässig über die Präclufion und das Wesentliche der Sache zugleich statuiert würde. Dieses Verfahren involvirt nun, weil Implorant nicht gehört worden, eine gesetzlich dafür anerkannte Nullität.

Abscheid des Hofgerichtes v. 20. Januar 1841. N^o 104.

15.

Die Cautio de damno et expensis ist nach der Praxis in allen Fällen auch auf die etwaige Reconvention zu beziehen.

Querel-Bescheid des Hof. v. 1. Juli 1821.

16.

Grundbesitz im Gouvernement Livland befreit den Kläger von der Verpflichtung zur Cautionsbestellung.

Das in Hinsicht auf die *exceptio deficientis cautionis intra fatalia* angebrachte *gravamen* ist keineswegs gerechtfertigt worden, denn § 16 der Landgerichts-Ordnung vom 1. Februar 1632 befreit den besitzlichen Kläger von der Cautionsbestellung und es hat der Kläger, *modo querulatus*, sich in *actis* als mit einem in der Stadt Arensburg befindlichen Hause besitzlich ausgewiesen, was hier für diesen Fall vollkommen rechtsgenügend ist, da dieses nachgewiesene Immobilien-Besitzthum unter einer und derselben für das Gouvernement Livland geltenden Gerichtsbarkeit belegen ist, wie solches im Ritterrechte *cap. 106 § 2* und *cap. 125 § 4* geheicht wird, woselbst ausdrücklich nur die Belegenheit des Besitzthums in den Grenzen des ehemaligen Stiftes, jetzt mithin des Gesamt-Gouvernements Livland als Norm hingestellt ist und was auch durch die in dem hofgerichtlichen Appellationsurtheile *G... contra L...* vom 11. Juli 1813 sub *N^o 1904* allein nur als nachweisliche *Praxis* bestätigt wird im Einklang mit dem im *Nov. IV. cap. 1* gemeinrechtlich geforderten Requisite der leichten Zugänglichkeit und Rechtsgegenwärtigkeit.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 8. November 1856. *N^o 6088.*

17.

Die von einem Dritten für einen unbesitzlichen Kläger bestellte Cautio für Kosten und Schäden muß *expromissorisch* geleistet werden und die nöthige Sicherheit gewähren.

Gravamen 1., daß über die von dem Gegner beigebrachte *Cautio pro damno et expensis* die Querulanten nicht erst gehört, sondern selbige sofort angenommen worden, ist erheblich.

Die Handlungs-Gesellschaft L... & Comp. in B. im R.. Departement, als deren Bevollmächtigter Querulat sich gerirt, hatte als unbefählich Caution zu stellen; sollte diese den Querulanten zur Sicherheit für Schäden und Kosten dienen, so mußten selbige mit ihren Einwendungen gehört werden und da sie gegen die B.'sche Caution anbringen, daß sie den Caventen nicht kennen, auch nicht wissen, wie viel sein Haus werth sei und ob Schulden darauf haften, so sind auch diese Einwendungen zu berücksichtigen und sie von der Einlassung zu befreien bis eine ausreichende expromissorische Caution gestellt worden. Expromissorisch muß die Caution sein, weil den Querulanten im Gewinnungsfall nicht zugemuthet werden kann, im R.. Departement Recht zu suchen und zubörderst die B.'sche Handlung dort, und alsdann erst deren Caventen zu belangen; ganz irrig aber ist der Satz, daß man den Passiv-Zustand des Caventen nicht zu beweisen habe, indem zwar der mit einem verschuldeten Immobil angefessene Kläger für sich nicht zur Caution abstringirt werden kann, weil es genug ist, daß er besitzlich ist, kein obärrirter Besitzer eines Immobiles aber für einen anderen Caution stellen kann.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 10. März 1814. N 693.

18.

Ein doppelter Schriftenwechsel findet in Beziehung auf die Erledigung des Cautionspunktes nicht statt.

Die Beschwerde des Querulanten, daß er über die vom Querulanten beigebrachte Caution nicht gehört worden, sondern Judex a quo selbige sofort angenommen, ist insofern nicht zulässig als Querulant prätendirt, daß ihm die Salvation seiner exceptio deficientis cautionis gestattet werden sollen, da doch über dilatorische Einreden ein doppeltes Verfahren nicht statthaft ist, dem Richter auch nach § 21 der Executions-Statdga

die Beprüfung und Annahme bestellter Caution selbst bei gegentheiligem Widerspruch compenirt. Wenn nun gleich nichtsdestoweniger *Judex a quo* Querulanten zur Inspicirung der Cautionsschrift *adcitiren* mögen, so hat solches doch eine Abänderung *decreti a quo* um so weniger, als Querulat in hac instantia die zureichende Sicherheit der bestellten Bürgschaft erwiesen, nach sich ziehen können.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 3. April 1815. № 1019.

19.

Die cautio pro reconventione ist vor angestellter Widerklage zu bestellen.

Mag auch dem Widerkläger überlassen bleiben die Reconvention der *Litis-Contestation* anzuschließen und dergestalt solche zur gleichzeitigen Verhandlung mit der Convention zu bringen oder aber nach in der Einlassung geschehenem Vorbehalt erst bei geschlossenem Conventions-Verfahren mit der Widerklage hervorzutreten, so ist doch einleuchtend, daß für diese und daß Reconvent sich darauf einlassen werde, Sicherheit bestellt sein müsse, ehe sie erhoben worden, weil, ist sie erhoben, die Einlassung der Willkühr des Reconventen überlassen bliebe, welcher vorzubeugen die geforderte Sicherheit gerade zum Zwecke hat.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 12. Februar 1834. № 264.

20.

Ist die Klageschrift auf Antrag des Beklagten wegen unzulässiger Ausdrücke dem Kläger zurückgegeben worden, so kann der Beklagte gegen die verbesserte Klageschrift neue dilatorische Einreden erheben.

Nachdem die von Querulanten H... wider Querulaten E. v. G... wegen widerrechtlicher Aussetzung und Aufhebung eines Pachtcontractes bei dem D.'schen Landgerichte schriftlich

angebrachte Klage vom Landgerichte mittelst Rescripts vom 26. April 1863 dem Querulanten zur Erklärung zugestellt worden, ist dieselbe wegen der in ihr enthaltenen, den Querulanten kränkenden Ausdrücke auf beschwärgliche vom Querulanten am 10. Mai 1863 verlaubliche Bitte vom Landgerichte dem Querulanten retrahirt worden, worauf Querulant bei dem Landgerichte wider Querulanten eine denselben Gegenstand betreffende Klage eingereicht hat, wider welche zur Erklärung zugestellte Klage Querulant wegen der in ihr nicht enthaltenen Angabe des Abfassers und Abschreibers die Einrede der Formwidrigkeit, außerdem aber auch *exceptionem deficientis cautionis pro damno et expensis* bei der Bitte opponirt hat, den Kläger bis zur Abstellung solcher Mängel mit der Klage abzuweisen. Diesen Exceptionen gegenüber hat Kläger nach inzwischen bewilligt erhaltenem Armenrecht *elidendo* angebracht, daß Beklagter, — nachdem derselbe wider die Klage bereits am 10. Mai 1863 wegen in ihr enthaltener kränkender Ausdrücke *dilatorie excipirt* habe, — nicht mehr befugt erachtet werden könne, wider die gesäubert eingereichte Klage, — welche er, Kläger, übrigens selbst abgefaßt und geschrieben habe, — die Einrede der Formwidrigkeit und der fehlenden Caution, — welche letztere er, Kläger, indessen, falls sie erforderlich sein sollte, bei seiner erwiesenen Armut nur juratorisch leisten könnte, — zu opponiren, da diese beiden Einreden *dilatorische* seien, nach der Constitution des Hofgerichts vom 14. Januar 1688 *dilatorische* Einreden nicht *successive*, sondern alle auf einmal bei Strafe der Abweisung und 5 Rthlr. Kosten beigebracht werden sollen, — und hat Querulant in Folge dessen gebeten den Beklagten mit seinem *Excipitionsverfahren* ab- und zur directen Einlassung auf die Klage anzuweisen. Hiernächst hat das D.'sche Landgericht die Einrede der Formwidrigkeit für beseitigt, die *exceptio deficientis cautionis pro damno et expensis* aber für begründet erachtet und den Kläger mit seiner Klage ab und zur Ruhe verwiesen.

Wider diesen Bescheid hat der Kläger H. . . . die Querel an dieses Hofgericht interponirt und hat auch in termino seine Quereljustification allhier eingebracht, wonächst auf selbige die Aeußerung querulatis und iudicis a quo eingezogen worden sind.

Wenn nun die unter dem 26. April 1863 dem Querulanten ertheilte Weisung, sich auf die Klage des Querulanten zu erklären, durch die später auf Antrag des Querulanten erfolgte Retradition der Klage an den Kläger wegen der in derselben enthaltenen, den Beklagten kränkenden Ausdrücke, — welche Retradition nach dem Provinzialrecht Theil I. Art. 130 überdies vom Landgerichte ex officio hätte eintreten müssen, — eo ipso cessirte, folglich die später nach Einreichung einer neuen Klageschrift dem Querulanten aufgegebenen Erklärung für vorliegenden Proceß rechtlich als erstes derartiges Injunctum anzusehen ist, Beklagter aber somit wohl befugt war innerhalb der zu solcher Erklärung anberaumten Frist Einreden jeglicher Art der Klage zu opponiren, — und wenn ferner die vom Beklagten opponirte Einrede der fehlenden Caution für Schäden und Kosten, — da Kläger nachweislich kein Immobil besitzt, — rechtlich begründet ist, Kläger aber, welcher das Armenrecht concedirt erhalten und somit die Caution juratorisch zu leisten befugt ist, sich zur eidlichen Leistung dieser Caution nicht erbieten, sondern nur beiläufig angeführt hat, daß er die Caution bloß juratorisch leisten könne, so hat das Landgericht zwar mit Recht diese verzögerliche Einrede bestätigt, unrechtfertig aber den Kläger mit seiner Klage ab- und zur Ruhe gewiesen, statt in Anbetracht der Kraft dilatorischer Exceptionen den Kläger bis zur Bestellung der Caution von der Einlassung auf die Klage zu entbinden, weshalb denn in letzterer Beziehung die Querel für gerechtfertigt zu erachten und decretum a quo bei Compensation der Kosten beider Instanzen abzuändern gewesen ist.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 15. September 1864. № 3809.

21.

Peremptorische Einreden können der Einlassung vorausgeschickt werden.

Gravamen 1., darin bestehend, daß das Landgericht dem Querulanten die Beibringung der Litiscontestation zugelassen, kann rechtlich nicht in Attention gezogen werden. Denn wenn gleich Querulant vermeint, daß dieses nicht statthaben könne, weil Querulat sie nicht mit der *exceptio praescriptionis*, als einer *exceptio peremptoria*, verbunden, folglich schon tacite auf Beibringung derselben renunciirt habe, so ist doch in der fast täglichen Gerichts-Praxis begründet, daß nach abgethanen peremptorischen Exceptionen allererst auf die directe Einlassung erkannt wird. Querulat opponirte den Einwand der Verjährung; war dieser Einwand gegründet, so bedurfte es gar keiner Litiscontestation, auch verordnet der L. L. S. 384 n. b.: „wenn der Vorgeladene sich zu antworten nicht schuldig zu seyn vermeinet, daß Gericht alsdann einen Ausschlag darüber, ob er antworten oder davon befreit seyn solle, zu ertheilen verbunden ist“; — nach verworfener Exception mußte also das Landgericht, wie geschehen, auf das Einreichen der Litiscontestation erkennen.

Querel-Bescheid des Hofgerichts vom 12. November 1807.
N^o 256.

22.

Peremptorische Einreden können mit der Einlassung verbunden werden.

Wiewohl nicht allein nach gemeinem, sondern auch nach hiesigem Proceß und namentlich der hofgerichtlichen Constitution v. 14. Januar 1688 nicht erlaubt ist dilatorische Einreden successiv anzubringen und so auch nach der Praxis peremptorische

Einreden in solcher Form nur zugleich vorgebracht werden müssen, so ist es ebenso gewiß, daß dem Beklagten freisteht seine zerstörlchen Einreden besonders und vor der Litiscontestation geltend zu machen oder selbige erst mit dieser zu verbinden, zumal wo sie mit dem Wesentlichen der Sache im Zusammenhange stehen und mit derselben gleichzeitig zu verhandeln sind. Es kann daher auch, wenn Beklagter solche zerstörlche Einreden in besonderem Interceklarverfahren bereits angebracht, ihm nicht versagt werden, was er nach deren Beseitigung zu seiner Vertheidigung vorzubringen für erspriesslich hält, seiner Litiscontestation einzuschließen.

Bescheid des Hofgerichts v. 11. August 1842.

23.

Aus dem Vorschützen peremptorischer Einreden darf ein Eingeständniß der Klagethatsachen nicht gefolgert werden und ist in solchem Falle mit dem Erkenntniß über die Einreden ein Urtheil in der Hauptsache nicht zu verbinden.

Als wohlbegründet erweist sich das grav. 2. der Appellation, betreffend die jetzigen Appellanten zur Zahlung der von seinem Gegner wider ihn eingeklagten 1000 Rubel nebst Weilverrenten verurtheilende Festsetzung decreti a quo, denn es enthält diese auf Grund der geschlossenen Verhandlungen des Exceptionalverfahrens getroffene Festsetzung eine Entscheidung über die von dem Kläger v. M... wider Beklagten, modo Appellanten, erhobene Klage selbst. Da aber, bei statuirter Berwerfung der dem Klagewesen opponirten Einrede des Beklagten, vom Judex a quo bestehender Proceßordnung zufolge erst nach angeordnetem und gehörig durchgeführtem directen Verfahren zum Erkenntniße in der Hauptsache zu schreiten war, — da es nach L. L. pag. 384 nota b zu den Nullitäten in Ansehung der Proceßform gehört, wenn ein Urtheil in der Sache gespro-

chen wird, bevor *lis contestata* worden und da in *casu* nach Ausweise der Acten auf die wider Beklagten von R. . . . erhobene Entschädigungsforderungsklage des letzteren *litis contestatio* noch nicht erfolgt, auch ein directes Verfahren, für welches er diese *litiscontestatio* ausdrücklich sich vorbehalten, unterrichterlich überall noch nicht angeordnet ist, so kann obberregte, die in Rede stehende Klagesache vor darin abgegebener directer Erklärung erledigende Festsetzung *decreti* unde nicht bei Macht erhalten werden, sondern hat *ex capite nullitatis* aufgehoben werden müssen. Für gedachte Festsetzung sind im unterrichterlichen Erkenntnisse als Entscheidungsgründe zwar angegeben, weil Beklagter von R. durch Opposition der Einrede des nicht erfüllten Contractes den Klageanspruch des von M. zugestanden und weil durch seine, von R.'s, Berufung auf die schriftliche Vereinbarung vom 16. Januar 1863 der Beweis des klägerischen Rechts bereits als erbracht anzusehen sei. Die Hinfälligkeit dieser Argumentation liegt jedoch zu Tage und findet sie rechtliche Widerlegung und Abfertigung einerseits darin, daß die Thatsache stattgehabter Opposition einer Einrede, nach der in l. 9. D. de except. 44, 1., wie im *Can. Rechte* c. 6. X. 2, 25 & c. 63 in VI. de R. J. begründeten Rechtsregel: *qui excipit non fatetur*, keineswegs zu der Annahme eines Gesändnisses der Klage berechtigt, andererseits darin, daß, wenn Beklagter als *Excipient* zum Erweise seiner Einrede auf mehrgedachte Urkunde sich berufen und sich damit begnügt einzig dieses Beweismittels sich zu bedienen, hieraus jedenfalls nicht zu folgern steht, daß er für den im directen Verfahren ihm zuständigen Gegenbeweis nicht andere Beweismittel beizubringen vermöchte und daß solche nicht zu anderen Beweisresultaten führen könnten, als zu denen, welche im *Exceptionalverfahren* sich ergeben und für dessen Erledigung maßgebend geworden.

Appellations-Urtheil des livl. Hofg. v. 17. Januar 1867.

Die dem Beklagten ertheilte Auflage sich in der Sache direct zu erklären entzieht ihm nicht die Möglichkeit ein Intercalarverfahren zu beantragen.

Da in dem rechtskräftigen Appellations-Urtheile dieses Hofgerichts vom 4. Decbr. 1820 dem jetzigen Querulanten die directe Erklärung auf querulantishe Klage nicht unter einem solchen praesudicio auferlegt worden, daß er nicht vor dieser Erklärung ein Intercalare übergeben können, dem Querulanten aber eben so unbezweifelt das Recht zustand gegen den Intercalar-Antrag, wollte er das gegentheilige Verlangen nicht erfüllen, sich gehörig zu erklären, quo facto der Intercalar-Bescheid *Judicis a quo* zu erwarten gewesen wäre: so erledigt sich alles, was Querulant über die vermeintliche Unzulässigkeit der Annahme querulatischen Intercalaris und des ihm darauf gewordenen *Iniuncti* angebracht hat, um so leichter von selbst, als jedes Rescript in *processu ordinario cum clausula* erlassen wird, sie möge darin ausgedrückt sein oder nicht, und hiernächst ein Rescript niemals *vires rei judicatae* erlangt, mithin Querulant in keiner Weise Veranlassung hatte das *remedium querelae* zu ergreifen.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 18. November 1821. *Nº* 2815.

It vor dem bestimmten Zahlungstermine geklagt worden, so kann der Richter dem Beklagten nichtsdestoweniger die Einlassung aufgeben, wenn während der Verhandlung über die vorgeschätzte Einrede der *plus petio tempore* der Zahlungstermin eingetreten ist.

Obwohl ad gravamen 1. des Querulanten, — da Querulant nach dem Inhalt der unter der geklagten Rechnung befindlichen angeblichen Recognition des Querulanten zu früh geklagt hatte, — die daher dem Klagerwerk opponirte *exceptio nondum fundatae*

oder nondum competentis actionis allerdings und unangesehen dessen zu bestätigen war, daß im Laufe des Rechtsganges die Zahlungsfrist und mit ihr das Klagerecht eingetreten, weil die Einreden nur nach ihrer Rechtsbeständigkeit zur Zeit deren Vorschüßung beurtheilt werden konnte; obgleich ferner ad gravamen 2. in solchem Betracht Querulat, weil er zu der Einrede Veranlassung gegeben hatte, in die Kosten des desfalligen Verfahrens verurtheilt werden müssen, so stand dennoch dem nichts entgegen, daß Judex a quo, nachdem im Verlauf der Zeit die convenirte äußerste Zahlungsfrist abgelaufen war, nunmehr auf die Einlassung erkannte, was indeß mit Praesigirung eines neuen Penaltermins geschehen müssen, und ist die entgegengesetzte Behauptung des Querulanten, daß Querulat zur Einreichung einer neuen Klage angehalten werden sollen, übertrieben und gegen die Regel, die litem ex lite zu erregen untersagt.

Querel-Bescheid des Hofgerichts v. 10. April 1823. № 734.

26.

Der Beklagte ist nicht verpflichtet sich speciell über die einzelnen Klagethatsachen zu äußern.

Des Querulanten gravamen 1. betreffend, „daß er mit seinem Antrage: den Querulanten anzuweisen in supplementum seiner Erklärung zu declariren, ob die Summe von 1631 Rbl. 4 Kop. Silb.-Mze dem Ablieferer der Wolle für seine Rechnung gezahlt worden oder nicht, abgewiesen worden“, so muß, obwohl Querulat das Eigenthum der auf von ihm abgeschlossenen Contract gelieferten und bezahlten Wolle ablehnen wolle, zwar nicht wenig auffallen, wie er von dem augenscheinlich für seine Rechnung gemachten Geschäft nicht Kenntniß erhalten mögen und noch mehr schon durch diese Verhandlungen veranlaßt, nicht

wirklich erhalten können und am auffallendsten, daß sogar der Ablieferer selbst und jetzt Sachführer und Bevollmächtigter des Querulanten, dem doch unzweifelhaft die volle Kenntniß des von ihm selbst betriebenen Geschäfts nicht glaublich abgehen wird, zu solcher Proceedur seine Zuflucht genommen, und obzwar in der querulatischen Erklärung wenig zu dem Streitgegenstande des vorliegenden Schriftwechsels Dienliches enthalten, — so muß dennoch, nachdem Querulant den Querulanten und nicht den Ablieferer der Wolle und Empfänger des Geldes zu seinem Gegner genommen, ersterem in der Art sich zu vertheidigen erlaubt bleiben, wie er sie für die erspriechlichste hält und demnach auch erlaubt, über das Factische des Klagemoments, zumal er der Empfänger des Geldes nicht selbst gewesen ist, sich zweifelhaft zu äußern und von Querulanten den Erweis zu fordern. Denn es kann der Beklagte nach der bestehenden Proceßform keineswegs gezwungen werden sich auf die Behauptung des Klägers unumwunden zu äußern und hat letzterer, falls ihm die gegebene Erklärung nicht genügt, so lange das Factische nicht geradezu eingeräumt worden, litem nur für negative contestirt anzusehen und dasjenige, was von dem Beklagten nicht zugegeben worden, wo nöthig, in rechtlicher Art zu erweisen.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 1. December 1837. № 3208.

(Fortsetzung folgt.)

VIII.

Bemerkungen über die Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung nach dem Rechte der Ostseeprovinzen.

Das Provinzialrecht der Ostseeprovinzen besagt Thl. III
Art. 3175:

„Tritt die (auflösende) 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 bezogenen Früchte bleiben übrigens dem, 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, Schadensersatz zu leisten.“

In dem Art. 3910 heißt es dagegen von dem pactum addictionis in diem, falls dieses die Bedeutung einer auflösenden Bedingung hat:

„Tritt die auflösende Bedingung ein und wird der erste Kauf rückgängig, so erstattet der Käufer, mit der Sache selbst, auch die von derselben gezogenen Nutzungen, so wie den etwaigen Zuwachs, wogegen ihm der Kauffchillingrest nebst Zinsen, so wie 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.“

Die von einander abweichende Entscheidung der bezogenen beiden Artikel hinsichtlich der zu restituierenden Früchte dürfte sich aus der vielfach vertretenen und im Provinzialrecht offenbar adoptirten Ansicht erklären, daß nach römischem Rechte beim *pactum additionis in diem* und bei der *lex commissoria*¹⁾ für die Restitution der gezogenen Früchte und Nutzungen besondere, von den allgemeinen abweichende, Grundsätze gelten²⁾ und betrifft die bloß obligatorische Wirkung der Resolutivbedingung. Für die hier zu erörternde Frage kommt die eben beregte Entscheidung über die Restitution der Früchte und Nutzungen zunächst noch nicht in Betracht. Es wird später darauf zurückgekommen werden. In erster Linie handelt es sich hier darum, ob und in wie weit unser Provinzialrecht der erfüllten Resolutivbedingung die dingliche Wirkung abspricht?

Faßt man die Art. 3175 und 3910 — abgesehen einzuweisen von den Citaten zu denselben, so wie von anderweitigen Bestimmungen des Thl. III des Provinzialrechts, allein in's Auge, so hat es allerdings den Anschein, als ob sie bei einer Eigenthumsübertragung unter einer auflösenden Bedingung dem Rückerber existente conditione nur einen Obligationensanspruch auf Retradition der Sache, resp. auf

1) Vergl. Art. 3903 Thl. III des Provinzialrechts.

2) v. Wangerow Pandekten, 7. Aufl., § 95 S. 144.

Befreiung derselben von den in der Zwischenzeit daran constituirten dinglichen Rechten gewähren.

Für diese Auffassung ließe sich geltend machen, daß dieselbe ja bekanntlich auch schon für das römische Recht, wenngleich sie die herrschende Lehre auf das Entschiedenste gegen sich hatte, von Manchen vertheidigt worden, namentlich in neuerer Zeit am Ausführlichsten von Nießer³⁾, daß ferner das Provinzialrecht, welches sich, wie überhaupt, so auch in dieser Lehre, auf das gemeine Recht stützt, sich in den allegirten Artikeln eben für diese Auffassung entschieden und daß die bezogenen beiden Artikel, wenngleich sie die Wirkung der auflösenden Bedingung zunächst bei obligatorischen Verträgen behandeln, doch ganz offensichtlich, insofern sie von den Rechten handeln, die in der Zwischenzeit dritten Personen an der Sache wirksam bestellt worden, auch die Uebertragung des Eigenthums auf den Promissar durch Erfüllung des obligatorischen Vertrages zur Voraussetzung haben.

So scheinbar diese Auslegung auch sein mag, stehen derselben doch sehr erhebliche Bedenken entgegen.

Prüfen wir zuvörderst die Quellen der Art. 3175 u. 3910. Der Art. 3175 verweist auf den Tit. D. de lege commissoria (18, 3) und auf Gewohnheitsrecht. Aber diese Quellen können und sollen offenbar nur die Belege für den übrigen Inhalt des Art. 3175 bis zu den Worten: „Hat ein Theil in der Zwischenzeit u.“ abgeben und das berufene Gewohnheitsrecht namentlich scheint lediglich auf die Bestimmung über die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte zu gehen, hinsichtlich deren der Tit. D. de lege commissoria das Gegentheil von dem im Art. 3175 Gesagten als Regel bei der lex commissoria hinstellt. Daß aber beim Eintritt der auflösenden Bedingung das

3) in der Gieszer Zeitschrift für Civil-Recht u. Prozeß Bd. II, 1. 8.

Eigenthum dem Käufer verbleibe und dieser nur ad rem restituendam obligatorisch verpflichtet sei, das besagt nicht nur keine einzige Stelle im Tit. D. de lege commissoria, sondern es ist vielmehr aus l. 8 l. c. zu ersehen, daß diese Stelle beim Eintritt der auflösenden Bedingung dem Verkäufer die rei vindicatio zuspricht, während die zu Art. 3173 Thl. III des Provinzialrechts bezogene l. 41 pr. D. (6, 1) dem Käufer mit dem Eintritte der Resolutivbedingung die actio in rem abspricht:

„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“⁴⁾,

so daß also existente conditione das Eigenthum als auf den Verkäufer ipso jure zurückgefallen angesehen wird. Da nun die herrschende Lehre⁵⁾ und die derselben sich anschließende Praxis ganz entschieden auch von jeher dieses Letztere angenommen haben, so kann das für den Inhalt des Art. 3175 l. c. berufene Gewohnheitsrecht nicht füglich den Beleg dafür abgeben sollen, daß die Erfüllung der auflösenden Bedingung lediglich obligatorische, aber keine dingliche Wirkung habe.

Zum Art. 3910 sind bezogen l. 4 §§ 3 u. 4; l. 6 pr. u. l. 16 D. de in diem addictione (18, 2). Von diesen Stellen bestätigen l. 4 § 4; l. 6 pr. u. l. 16 D. l. c. zwar den übrigen Inhalt des Art. 3910, nicht aber auch den Satz, daß der Käufer existente conditione die Sache von allen Lasten, mit denen er sie etwa in der Zwischenzeit beschwert hat, noch erst befreien müsse und l. 4 § 3 l. c. besagt sogar deutlich das Gegentheil:

4) Vergl. hierzu die Ausführung bei v. Wangerow l. c. § 96 S. 153 fge.

5) v. Wangerow l. c. S. 149 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

„Sed et Marcellus libro 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. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus est, alioquin nec pignus teneret.“

Aus dieser Stelle geht also unwiderleglich hervor, daß der Käufer nur medio tempore, d. i. bis zum Eintritt der auflösenden Bedingung, Eigenthümer bleibt, daß er als solcher für die Dauer seines (revocabeln) Eigenthums ein Pfandrecht an der Sache gültig bestellen konnte — alioquin nec pignus teneret — ⁶⁾, daß aber dieses Pfandrecht existente conditione ipso jure erlischt, die Sache dem Pfandrecht zu unterliegen aufhört — pignori esse desinere —, so daß es also dazu nicht erst eines obligatorischen Rathens Seitens des Käufers bedarf.

Von ganz entscheidender Wichtigkeit für unsere Frage ist aber Art. 1418 Thl. III des Provinzialrechts, wo es ausdrücklich heißt, daß selbst beim Fortbestehen der Hauptschuld das für dieselbe bestellte Pfandrecht aufhöre:

„durch das Aufhören des Rechts, welches der Verpfänder aus einem an sich widerruflichen Grunde oder in sonst beschränkter Weise an der verpfändeten Sache hatte.“

Daß hier unter widerruflichem oder in sonst beschränkter Weise dem Verpfänder zustehendem Eigenthume namentlich auch ein dem Verpfänder unter einer auflösenden Bedingung verliehenes Eigenthum verstanden ist, ergiebt sich evident aus den zu Art. 1418 allegirten Quellenzeugnissen.

Unter diesen befindet sich in erster Linie wieder die mehr-

6) Das bestätigt auch Art. 3173 Thl. III des Provinzialrechts, zu welchem die l. 4 § 3 D. cit. ebenfalls bezogen ist.

beregte l. 4 § 3 D. (18, 2), wodurch vollständig deren im Obigen gegebene Auslegung bestätigt wird; ferner l. 3 D. (20, 6):

„Si res distracta fuerit sic: nisi intra certum diem meliorem conditionem inuenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libr. V. Dig. ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam, ubi sic res distracta est: nisi emtori displi-
cuisset, pignus finiri von putet⁷⁾),

welche Stelle, von einer auflösenden Bedingung verstanden, ganz dasselbe besagt, wie l. 4 § 3 (18, 2) und nach Anleitung der l. 2 § 4 D. (41, 4)⁸⁾ im Zweifel von einer auflösenden Bedingung verstanden werden muß; sodann l. 31 D. (20, 1):

„respondit, si, ut proponeretur, vectigali non soluto jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse“⁹⁾);

endlich l. 1 C. (8, 24) und l. 3 § 3 C. (6, 43), welche beiden Stellen aber nicht von einer auflösenden Bedingung sprechen.

Der im Art. 1418 aufgestellte Grundsatz wird auch im Art. 4142, und zwar in noch größerer Allgemeinheit, für das dingliche Erbpachtrecht (Emphyteusis) anerkannt:

„Dienstbarkeiten, Reallasten, Pfandrechte, mit denen der Erbpächter das Grundstück etwa beschwert, erlö-

7) Ueber den Schluß dieser Stelle cf. Windscheid Pandekten § 93 Nr 3 und dagegen Arndts Pandekten § 91 Anm. 7 (5. Aufl.)

8) Si in diem addictio facta sit, id est, nisi si quis meliorem conditionem attulerit, perfectam esse emtionem — Julianus putabat; alii et hanc sub conditione esse contractam; ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est. cf. Art. 3905 Tbl. III des Provinzialrechts.

9) Die Stelle bespricht den Fall, wo eine Emphyteusis unter der auflösenden Bedingung constituirte worden: „ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad emtorem redeat“ und hierauf pendente conditione der Emphyteuta den fundus verpfändet hat.

ſchen mit ſeinem Rechte und brauchen vom Verpächter nicht anerkannt zu werden.“

Daß die Art. 1418 u. 4142 aber ein ganz allgemeines Princip, die bekannte Rechtsregel: „*resoluto jure concedentis, resolvitur jus accipientis*,“ und nicht bloß ſinguläre Entſcheidungen, aufſtellen wollen, ergibt auch die, im Provinzialrecht freilich nirgends bezogene, aber, bei deſſen gemeinrechtlicher Grundlage, für die Interpretation gleichwohl wichtige l. 9 pr. § 1. 2. D. (39, 3):

„*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. Ideo autem voluntas exigitur, ne dominus ignorans injuriam accipiat; nullam enim potest videri injuriam accipere, qui semel voluit. Non autem solius ejus, ad quem jus aquae pertinebit, voluntas exigitur in aquae cessione, sed etiam domini locorum, etsi dominus uti ea aqua non possit, quia recidere jus solidum ad eum potest.*“

Finden wir doch ganz dieſes ſelbe allgemeine Princip auch hiſichtlich der aufſchiebenden Bedingung anerkannt in Art. 1280 des Provinzialrechts:

„Würde das Nutzungsrecht an einer Sache in der Weiſe vermacht, daß daſſelbe erſt mit dem Eintritt einer gewiſſen Bedingung oder Zeitbeſtimmung ſeinen Anfang nehmen ſollte, ſo darf der Erbe das Nutzungsrecht an einer ſolchen Sache einem Dritten nur biß zum Eintritt jener Bedingung oder Zeitbeſtimmung einräumen.“,

welchen Grundsatz die zu Art. 1280 bezogene l. 16 D. (7, 4) noch deutlicher dahin ausdrückt: *ut, si conditio extiterit mei legati, ususfructus ab herede legatus finiatur*, ſo daß alſo mit Eintritt der Bedingung der vom Erben eingeräumte usus-

fructus ipso jure aufhört; womit auch übereinstimmt die in noch größerer Allgemeinheit sprechende l. 11 § 1 D. (8, 6) verba: „extinguentur (scil. servitutes), si legati conditio existat¹⁰⁾.“

Die auflösende Bedingung ist aber nach unseren Quellen nichts Anderes, als die aufschiebende einer auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichteten Nebenklärung¹¹⁾.

Die hier aus den Quellen erörterte Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung erklärt sich auch sehr natürlich aus dem Umstande, daß jede Bedingung in der Regel in dem Sinne des sie Setzenden zugleich einen dies enthält¹²⁾.

Die conditio, sei sie eine aufschiebende oder auflösende, bewirkt also, gleich dem dies ex quo und ad quem, eine dem dinglichen Rechte durch das dingliche Rechtsgeschäft anhaftende Beschränkung, nicht anders wie es auch bei der Eigenthumsübertragung unter Reservation einer Servitut der Fall ist. Daß dingliche Recht kann sonach nur nach Maßgabe dieser ihm anhaftenden Beschränkung bestehen und sich geltend machen. Daher erlischt es existente conditione resolutiva ebenso, wie mit dem Eintritt des dies ad quem, daher erlöschen auch existente conditione die in der Zwischenzeit vom Eigenthümer an der Sache constituirten dinglichen Rechte, welche die dem Eigenthümer hinsichtlich der Dauer anhaftende Beschränkung theilen müssen, weil nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet. Eben deshalb aber ist auch mit dem Eintritte der Re-

10) cf. auch l. 105 D. (35, 1) verba: sed et imposita servitus finietur existente conditione und Art. 2380 des Provinzialrechts verglichen mit Art. 2190, 2211 u. 2212.

11) Thibaut Civil. Abhandl. N^o 17; Windscheid Pandekten § 86 in fine; v. Bangerow l. c. § 96; Arndts Pandekten § 67 Anm. 2.

12) v. Bangerow l. c. § 95 C. 144 u. 146 § 96 C. 150 fge.; Windscheid Pandekten § 91.

solutivebedingung eine Retradition d. i. eine Zurückübertragung des Eigenthums, also auch eine hierauf abzielende obligatio, juristisch unmöglich, weil ja der, welcher darnach die Retradition vornehmen müßte, selbst kein Eigenthum an der Sache mehr hat ¹³⁾).

Die erfüllte auflösende Bedingung hat also dingliche Wirkung, aber keine dingliche Rückwirkung, sie wirkt nicht *ex tunc*, sondern *ex nunc*.

Wenn Windscheid, der eben diese Ansicht vertritt, gegen Fitting ¹⁴⁾ einwendet, ein Gegenbeweis gegen die dingliche Rückwirkung lasse sich aus l. 41 pr. D. (6, 1), l. 4 § 3 D. (18, 2) und l. 3 D. (20, 6) nicht entnehmen, da ein Recht deshalb nicht weniger ende, weil von nun an angenommen wird, es habe nie bestanden ¹⁵⁾, so dürfte hiergegen doch wohl zu bemerken sein, daß l. 4 § 3 D. l. c. ja gerade im Gegentheil annimmt, das Pfandrecht habe *medio tempore* bestanden — „*alioquin nec pignus teneret*“ — und Windscheid ¹⁶⁾ hat sich auch selbst für das Unwirksamwerden der Verfügung der Zwischenzeit, das aus der schon *pendente conditione* bestehenden Willensgebundenheit erklärt wird, auf l. 4 § 3 D. l. c. und l. 3 D. l. c. berufen. Da diese Willensgebundenheit aber nicht eine bloß obligatorische sein soll, da sie nicht bloß das Dürfen, sondern auch das Können hemmt ¹⁷⁾, so führt dies doch wieder auf eine in Gemäßheit der *conditio* dem dinglichen Rechte anhaftende Beschränkung hinaus und da diese sich erst existente *conditio* als wirksam daseiend erweist, so läßt sich auch füglich das Zusammenfallen der Verfügungen der Zwischenzeit eben so als eine Wirkung des Ein-

13) v. Bangerow l. c. § 96; Windscheid l. c. § 89.

14) Zeitschrift für Handelsrecht II S. 257—259.

15) Windscheid l. c. § 91 Note 3.

16) Windscheid l. c. § 89 Note 4.

17) Windscheid l. c. § 89 Note 3.

tritts der auflösenden Bedingung qualificiren, wie die Wiederaufhebung der durch die Hauptwillenserklärung geschaffene Rechtswirkung, also bei der Uebertragung des Eigenthums mit einer Resolutivbedingung das Wiederaufhören desselben, mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung ¹⁸⁾).

Der Gesichtspunkt, daß in der *conditio* auch ein dies stecke, daß also existente *conditione* die dingliche Wirkung der auflösenden Bedingung *ex nunc* eintrete, findet sich auch in unserem Provinzialrecht in verschiedenen Stellen anerkannt; so namentlich für das Eigenthum in Art. 868 Pft. 4, unter Berufung auf l. 30 C. (5, 12) und l. 41 pr. D. (6, 1):

„Wenn das Eigenthum nur auf bestimmte Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung erworben war, so erlischt es durch Ablauf der Zeit oder den Eintritt dieser Bedingung;“
ferner für Servituten im Art. 1265 Pft. 4 ¹⁹⁾:

„Sowohl persönliche als Real-Servituten können erlöschen
4) durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung oder Zeitbestimmung;“

endlich für das Pfandrecht im Art. 1417:

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

1) durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung oder der Zeit, an welche die Dauer des Pfandrechtes geknüpft ist,“

in welchen Stellen überall dies und Eintritt der *conditio resolutiva* in ihrer Wirkung auf das Aufhören des dinglichen Rechts *ex nunc* einander gleichgestellt werden ²⁰⁾).

18) Damit stimmt auch der Sache nach überein Arndts l. c. § 71 Note 4 u. 6.

19) cf. l. 4 pr. D. (8, 1) und hierzu Windscheid l. c. § 90 Note 4.

20) vergl. auch Art. 1460 und die dazu bezogene l. 13 pr. D. (13, 7) und zu letzterer Stelle v. Bangerow l. c. § 69 S. 154; Art. 2432 und die dazu bezogene l. 29 D. (39, 6); Art. 3901 und die dazu bezogene l. 4 C. (4, 54), so wie l. 1 C. eod. ad Art. 3367, 3899 u. 3943.

Nur eine obligatorische Wirkung tritt aber ein, wenn die Rückwirkung der erfüllten Resolutivbedingung gewollt ist und dafür, daß sie gewollt ist, spricht die *voluntatis interpretatio*. Sie kann aber in verschiedenem Maße gewollt sein z. B. hinsichtlich der Früchte und Nutzungen der Zwischenzeit. Und wenn Art. 3175, abgesehen von der *lex commissoria* und dem *pactum addictionis in diem*, als Regel hinstellt, daß die in der Zwischenzeit bezogenen Früchte Demjenigen verbleiben sollen, der sie während der Dauer des Vertrages erhoben hat, so beruht diese Bestimmung eben auf dem vom Gesetz angenommenen Willen der Interessenten, denen es jedoch selbstverständlich unbenommen bleibt, bezüglich der Früchte und Nutzungen der Zwischenzeit einen andern Willen zu verlautbaren. Und ganz dasselbe gilt, aus dem gleichen Grunde, bei der *lex commissoria* und dem *pactum addictionis in diem* in Betreff der Bestimmung der Art. 3903 u. 3910, der zu Folge die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen dem Verkäufer zurückerstattet werden sollen.

Die obligatorische Rückwirkung charakterisirt daher Windscheid²¹⁾ folgendermaßen:

„So bleibt also auch nach Erfüllung der auflösenden Bedingung der Zustand der Zwischenzeit an und für sich in derselben Weise rechtlich bestimmt, wie er von Anfang an bestimmt gewesen ist und es entsteht nur für den durch die Auflösung der Bedingung Verlierenden die Verpflichtung, den Gegner in denjenigen Zustand zu versetzen, in welchem derselbe gewesen sein würde, wenn die nun aufgelöste rechtliche Wirkung nie für ihn eingetreten wäre.“

Nediglich auf diese obligatorische Wirkung beziehen sich l. 4 pr., l. 5 (18, 3) l. 6 § 1 (18, 1) l. 4 § 4 und l. 16 (18, 2), welche dem Verkäufer beim Eintritt der auflösenden Be-

21) Windscheid l. c. § 91 in fine.

dingung die *actio venditi* auf Herausgabe der vom Käufer in der Zwischenzeit gezogenen Früchte gewähren. Da diese letztern eben niemals Eigenthum des Verkäufers geworden, so können sie natürlich auch gar nicht mit der, dem Verkäufer in Betreff der Hauptsache existente *conditione resolutive* zustehenden *rei vindicatio* beansprucht werden ²²⁾.

Wie erklärt sich nun aber, diesen Ausführungen gegenüber, die Bestimmung der Art. 3175 u. 3910, daß ungeachtet des Eintritts der auflösenden Bedingung die in der Zwischenzeit Dritten an der Sache bestellten Rechte fortbestehen und der Besteller dem andern Theile gegenüber nur verpflichtet sein soll, diese Rechte zu beseitigen, resp. Schadensersatz zu leisten?

Liegt hier ein unlösbarer Widerspruch zwischen der fraglichen Bestimmung der Art. 3175 u. 3910 einerseits und dem in den übrigen in Obigem erörterten Artikeln des Provinzialrechts, namentlich in den Art. 1418 und 4142 andererseits, klar und deutlich anerkannten Principe des gemeinen Rechts hinsichtlich der dinglichen Wirkung der erfüllten auflösenden Bedingung vor oder ist die Antinomie nur eine scheinbare?

Würde der Art. 3175 nicht ausdrücklich in der Lehre von der Wirkung der auflösenden Bedingung im Provinzialrecht seinen Platz haben, die Bestimmung desselben vielmehr bloß anderweitig gelegentlich vorkommen, so würde sich vielleicht folgender Ausweg zur Beseitigung der Antinomie denken lassen:

Wir finden nämlich schon in den Quellen des römischen Rechts, daß von einem *negotium, quod resolvitur sub conditione* nicht bloß da gesprochen wird, wo mit einem gewissen Umstande die directe Auflösung der bisher bestandenen Wirkung eintreten soll, wo also eine wirklich auflösende Bedingung gesetzt ist, sondern auch da, wo die Wiederherstellung eines frü-

22) Vergl. hierzu v. Bangerow I. c. § 96 S. 155.

heren Zustandes zum Gegenstande eines besondern Nebenvertrages unter einer Suspensivbedingung gemacht wird²³⁾, wie dies namentlich beim *pactum de retrovendendo* stattfindet.

Dieselbe Ungenauigkeit der Ausdrucksweise findet sich nun auch im Tgl. III des Provinzialrechts, wie der Art. 3923 evident darthut, woselbst es heißt:

„der Vorbehalt des Wiederkaufs ist eine auflösende (?) Bedingung, daher die Rechte des Käufers nach den Bestimmungen des Art. 3909 zu beurtheilen;“

womit denn auch die Anwendung des Art. 3910 auf den Vorbehalt des Wiederkaufs gegeben ist. Und das wäre auch ganz in der Ordnung, da der Vorbehalt des Wiederkaufs eben gar keine auflösende Bedingung, sondern vielmehr ein suspensiv bedingter Nebenvertrag auf Wiederherstellung eines früheren Zustandes ist, der lediglich die im Art. 3910 angegebenen obligatorischen Wirkungen produciren, nicht aber direct die durch das Hauptgeschäft geschaffene Rechtswirkung aufheben, also auch selbstverständlich nicht ein *ipso jure* beim Eintritt der Bedingung stattfindendes Zusammenfallen der in der Zwischenzeit an der Sache bestellten dinglichen Rechte bewirken kann. Dagegen aber behandelt der Art. 3942 in der That eine Resolutivbedingung (den Vorbehalt des Eigenthums) und schreibt hier der Erfüllung derselben die Wirkung zu, daß das Eigenthum an den Verkäufer zurückfalle, statuirt also nicht erst das Medium einer *obligatio ad rem restituendam*. Man könnte also versucht werden, auch die Art. 3175 u. 3910 bloß auf einen solchen suspensivbedingten Nebenvertrag zu beziehen.

Indessen dürfte dieser Ausweg, aus dem oben angeedeuteten Grunde, doch wohl nicht zulässig sein und es scheint mei-

23) cf. Windscheid l. c. § 90 und Arndts l. c. § 71 Anm. 6. Vergl. auch l. 1 D. (39, 5), verba: „velit ad se reverti.“

nes Erachtens die Annahme einer unlösbaren Antinomie um so nothwendiger geboten, als auch die in den Art. XIII u. fge. der Einleitung zum Tbl. III des Provinzialrechts an die Hand gegebenen Interpretationsregeln zur Beseitigung des obwaltenden Widerspruchs nicht ausreichen.

Der im Art. XXIII der Einleitung vorgesehene Ausweg einer authentischen Interpretation löst aber nicht die wissenschaftliche Frage und mit dem Inkrafttreten der neuen Civilproceßordnung wird auch der Richter im Falle einer Antinomie, ohne um eine authentische Interpretation nachsuchen zu dürfen, darüber selbständig urtheilen müssen, was im einzelnen Falle als Recht zu gelten habe²⁴⁾.

Aber selbst die authentische Interpretation würde sich in unserem Falle, wofern sie wissenschaftlichen Grundsätzen folgen will, doch wohl auf das gemeine Recht zurückverwiesen sehen, dessen Quellen dann die Entscheidung nach Maßgabe der obigen Ausführung darbieten dürften.

24) cf. H. Gürgens das Verhältniß des Provinzial-Gesetzbuchs zu den alten Rechtsquellen. Bd. 13 Heft 4 der baltischen Monatschrift (April-Heft 1866.)

J. Seraphim.

IX.

Das civilprocessualische Verfahren nach livländischem Landrecht.

Die vorliegende Abhandlung bezweckt eine Darstellung der Eigenthümlichkeiten des livländischen Processes im Vergleich mit dem des gemeinen Rechtes. Die Einsicht in das Verhältniß beider Prozesse ist bisher vorzugsweise dadurch getrübt worden, daß man einerseits eine Untersuchung über die historische Entwicklung des livländischen Processes verabsäumt hat und daß man andererseits von einer irrigen Anschauung über die Geltung der deutschen Reichsgesetze in Livland ausgegangen ist. Der Mangel historischer Kenntniß hat dazu geführt in vielfacher Beziehung eine selbständige Entwicklung des livländischen Processes zu behaupten, während in der That bloß die ältere gemeinrechtliche Theorie sich unverändert in Livland erhalten hat. Die Annahme einer unmittelbaren Geltung der deutschen Reichsgesetze in Livland aber mußte die Ansicht von der angeblich selbständigen Entwicklung des livländischen Processes wesentlich unterstützen. Denn da der faktische Zustand jener Annahme keineswegs entsprach, so war man zu dem Schlusse genöthigt, daß die Geltung der Reichsgesetze nachträglich durch den Gerichtsgebrauch größtentheils wieder beseitigt worden sei. In den beiden Abhandlungen in dieser Zeitschrift über die Ge-

sichte des livländischen Civilprocesses, so wie über die Anwendbarkeit der deutschen Reichsgesetze in demselben haben wir den Nachweis zu führen gesucht, daß der livländische Proceß seine Grundlage in der zu Anfange des 17. Jahrhunderts herrschenden gemeinrechtlichen Theorie hat und daß diese um so unveränderter hieselbst fortbestehen mußte, als die für den neueren gemeinrechtlichen Proceß so sehr einflußreiche deutsche Reichsgesetzgebung für Livland niemals die Bedeutung einer unmittelbaren Rechtsquelle gehabt hat. Der Nachweis in dieser Beziehung konnte in den erwähnten Abhandlungen zunächst nur im Allgemeinen, ohne Berücksichtigung des processualischen Details geführt werden. In der gegenwärtigen Abhandlung soll die Richtigkeit der gefundenen Resultate an der Lehre vom Proceßgange, in welcher der livländische Proceß die meiste Selbstständigkeit gegenüber dem gemeinen Rechte aufweist, im Einzelnen geprüft werden.

Erste Abtheilung.

Allgemeine Grundsätze für die richterliche und die Parteienthätigkeit.

§ 1.

Die Hauptmaximen des Verfahrens.

Die im gemeinen deutschen Proceß ausgebildeten Hauptmaximen des Verfahrens finden, mit Ausnahme der Eventualmaxime, im livländischen Proceß gleichfalls Anwendung. Die Eventualmaxime ¹⁾ ist im gemeinen Proceß vorzugsweise

1) Eine scharfe Kritik hinsichtlich der Zweckmäßigkeit dieses dem schriftlichen Proceß eigenthümlichen Grundsatzes übt Kriegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Proceßes, Leipzig 1859 S. 74 fg.

durch die deutschen Reichsgesetze allmählig von den einfachsten Anfängen in immer complicirterer Anwendung ausgebildet worden. Zunächst nur auf die gleichartigen Vertheidigungshandlungen des Beklagten bezogen, hat sie im Laufe der Zeit auf sämtliche Vertheidigungshandlungen und endlich auf alle concurrenten Handlungen beider Parteien Anwendung gefunden. In dieser weiten Ausdehnung ist die Eventualmaxime in Livland nicht zur Anwendung gekommen, vielmehr ist sie bis auf den heutigen Tag auf das erste Stadium ihrer Entwicklung, nämlich die Anwendung auf die gleichartigen Vertheidigungshandlungen des Beklagten, beschränkt geblieben. Hat demnach die Eventualmaxime in Livland nicht, wie nach gemeinem Rechte, die Bedeutung eines den gesammten Proceß beherrschenden Principß erlangt, so erscheint es angemessen dieselbe aus der Zahl der Hauptmaximen auszuschneiden und ihrer erst bei der Darstellung der Vertheidigungshandlungen des Beklagten näher Erwähnung zu thun.

Dagegen beherrschen die folgenden Grundsätze den gemeinen und den livländischen Proceß in gleicher Weise:

A. Der Grundsatz des wechselseitigen Gehörs *).

Der in der Natur der Sache begründete, im römischen ²⁾, canonischen ³⁾ und altdeutschen ⁴⁾ Verfahren gleichmäßig anerkannte Grundsatz von der Nothwendigkeit des wechselseitigen Gehörs ⁵⁾, sofern darunter die Gewährung der rechtlichen Möglichkeit zur Vertheidigung verstanden wird, kommt nicht nur

*) Bayer § 12, Weßell § 43, 2, Menaud § 77, Endemann § 98.

2) l. 1 pr. D. de requir. reis. 48, 17.

3) c. 1 X. de causa possess. 2, 12, c. 2 Clem. de sent. et re jud. 2, 11.

4) Sachsenspiegel I, 62 § 7, mittleres Ritterrecht c. 110.

5) „Audiat et altera pars.“ „Eines Mannes Rede ist keine Rede, man soll sie billig hören Beide.“ L. I. pag. 370 n. a.: Wie über keinen geurtheilt werden kann, bevor er vorgeladen oder gehört worden u. s. w.

rücksichtlich der Vertheidigung gegen die Klage, sondern überhaupt gegen jede im Laufe des Verfahrens vorkommende Angriffshandlung zur Anwendung. Die Nichtbeachtung dieses Grundsatzes hat Nichtigkeit des Erkenntnisses zur Folge⁶⁾. Als eine im livländischen Proceffe begründete Ausnahme von der Regel muß es gelten, daß nach stattgehabter Erklärung auf die vom Beklagten vorgeschützte Einrede (Elision) sogleich der Beweis angetreten und dadurch eine weitere Verhandlung abgeschnitten werden kann, obgleich für den Fall, daß in der Elisionschrift neue Einreden (sog. Repliken) dem Exceptionalverfahren des Beklagten entgegengesetzt wurden, der letztere über dieselben nach dem Grundsatz des wechselseitigen Gehörs jedenfalls zuvor gehört werden mußte. Dagegen kann es nicht als Ausnahme von der Regel angesehen werden, wenn der Richter auf einen Parteiantrag, ohne den Gegner zu hören, von amtswegen innerhalb der Grenzen des ihm obliegenden Proceßleitungsamtes Verfügung trifft, sei es, daß er den Antrag eines Mangels wegen sofort zurückweist, oder daß der Antrag nur darauf gerichtet war das Proceßleitungsamt des Richters anzuregen, wie z. B. solches bei einem Promotorialgesuche der Fall ist.

B. Die Verhandlungsmaxime und die richterliche Amtsthätigkeit *).

Der Grundsatz der Verhandlungsmaxime, welcher sich aus der freien Dispositionsbefugniß der Parteien über ihre privatrechtlichen Verhältnisse ergibt, erhält seine nähere Regelung durch die Bestimmung, daß sowohl die Dispositionsbefugniß der Parteien, als auch die Abhängigkeit des Richters von den An-

6) I. L. pag. 384 n. b: In Ansehung der Parten wird eine Nullität committiret, entweder da . . . oder daß der Beklagte und den die Sache angehet nicht citiret oder gehört worden sey.

*) Bayer § 12, Schmid § 83, Wegell § 43, 1, Renaud § 78, Endemann § 99 u. 100.

trügen derselben auf die thatsächlichen Momente des Rechtsstreites beschränkt sind, daß dagegen der Richter in allen rein juristischen Beziehungen vollkommen selbständig dasteht. Wenn für ihn daher einerseits die Grundsätze maßgebend sind: *nemo iudex sine actore* 7), *iudex non procedat ex officio* 8), *iudex ne eat ultra petita partium* 9), *quod non est in actis non est in mundo* 10), so ist der Richter denselben überall da nicht unterworfen, wo es sich um die proceßleitende Thätigkeit, um Anordnungen zu seiner besseren Information über die Beschaffenheit des Streitgegenstandes, so wie um die juristische Beurtheilung des Streitverhältnisses handelt 11).

C. Der Grundsatz der Schriftlichkeit *).

Wie der gemeine, so wird auch der livländische Proceß von dem vorzugsweise durch das canonische Recht ausgebildeten Grundsatz der Schriftlichkeit beherrscht, insofern nur die schriftlichen Aufzeichnungen in den Akten die Grundlage für die richterliche Cognition bilden dürfen. Zwar bezeichnen die älteren livländischen Rechtsquellen 12) das Verfahren vor den Land-

7) „Wo kein Kläger, da ist auch kein Richter.“ *Sachsenspiegel* I, 62 § 1, mittleres Ritterrecht c. 77 u. 108, l. un. C. ut nemo inv. 3, 7, Provinzial-Codex Bd. I, Art. 282.

8) *Carpzov desin.* I, 9 def. 15.

9) l. 18 D. comm. div. 10, 3, c. 2, *Clem. de V. S.* 5, 11, L. I. pag. 362 n. c: daß der Richter . . . das Urtheil dem Libello und des Klägers petito conform (so wie es regulariter geschehen muß) einrichte.

10) „*Judex secundum allegata et probata judicare debet, non secundum conscientiam.*“ *Duranti spec. lib. II part. III de sententia* § 5 n. 1.

11) l. un. C. ut quae desunt. 2, 10, Richterregeln § 6: Der Richter soll die Gesetze, nach welchen er zu urtheilen gehalten ist, genau wissen, weil das Gesetz ihm zur Richtschnur dienen muß. L. L. p. 363 n. f: Der Richter muß die Gesetze wissen (*curia debet nosse jura*).

*) *Hayer* § 12, *Schmid* § 85, *Weyell* § 67, *Renaud* § 80, *Erdmann* § 96.

12) Vgl. die näheren Nachweise in der Abhandlung: zur Geschichte des livländischen landrechtlichen Civilproceßes, S. 31 fg. u. S. 35 fg. dieser Zeitschrift.

gerichten als ein mündliches oder summarisches. Seinem Wesen nach aber war es ein terminlich-protokollarisches, das insofern ebenfalls von dem Grundsatz der Schriftlichkeit beherrscht wurde, als die mündlichen Verhandlungen der Parteien zu Protokoll verzeichnet werden mußten und in dieser Gestalt der richterlichen Würdigung unterlagen. Das Unterscheidende zwischen dem mündlichen und dem schriftlichen Proceß war somit in die Art und Weise der Formulirung der Parteienanträge verlegt. Während dieselbe bei dem letzteren selbständig von den Parteien in Satzschriften erfolgte, wurde sie bei dem ersteren unter Mitwirkung des Richters durch Aufnahme zu Protokoll bewerkstelligt. Seitdem das Verfahren in Fristen in Livland Eingang gefunden hat, bildet der rein schriftliche Proceß die Regel. Das terminlich-protokollarische Verfahren wird nur noch ausnahmsweise bei den Landgerichten, vorzugsweise in Bagatellsachen, zugelassen.

§ 2.

Die Vorträge der Parteien *).

Abgesehen von den nur bei den Landgerichten ausnahmsweise zulässigen Oralrecessen oder Anträgen zu Protokoll bestehen die Vorträge der Parteien in Satzschriften, die nach Inhalt und Form besonderen Regeln unterliegen.

Ueber die Anordnung des Inhaltes der Satzschriften nach dem Zweck derselben, je nachdem sie eine Angriffs- oder Verteidigungshandlung zum Gegenstande haben, gelten die Grundsätze des gemeinen Rechtes. Außerdem bestimmt das Provinzialrecht, daß sie keine kränkenden und andere nicht zu gestattenden Ausdrücke enthalten sollen¹³⁾, daß Meinungen der Rechtsgelehrten nicht zur Begründung angezogen werden dürfen¹⁴⁾ und

*) Bayer § 127 u. 128, Endemann § 109 u. 110.

13) Prov.-Codex Bd. I, Art. 130, 3.

14) Verordnung des Reichsjustizcollegiums v. 24. Oct. 1766, Hofgerichtspublikation v. 9. Nov. 1766: Da Ein Erlauchtes Hohes Kayserliches

daß die Geseze, auf welche Bezug genommen wird, in extenso allegirt und, falls sie in fremder Sprache abgefaßt sind, mit einer Uebersetzung versehen werden sollen ¹⁵⁾).

In Beziehung auf die äußere Form der Sakschriften bestimmen die einheimischen Rechtsquellen ¹⁶⁾, daß sie sauber und leserlich auf dem gesetzlichen Stempelpapier geschrieben sein und im Eingange den Kaiserlichen Titel mit großen Buchstaben richtig, ohne Schreibfehler und Verbesserungen, enthalten sollen. Auf den Eingang folgt das Nigrum oder der eigentliche Inhalt der Schrift, der mit einer Bitte abschließt, welche bei der Niederschrift durch Einrücken der Zeilen besonders hervorgehoben zu werden pflegt. Am Ende der Schrift ist der Name und Aufenthaltsort der Partei, der Name des Concipienten und des Abschreibers, so wie Tag, Monat und Jahr der Abfassung anzugeben. Ein Bevollmächtigter, dessen Vollmacht stets zur Akte beigebracht werden muß, unterschreibt für die Partei unter Beifügung seines Namens. Ist die Schrift nicht von der Partei selbst, noch auch von einem beim Gerichte recipirten Advocaten abgefaßt, so muß sie von einem solchen wenigstens durchgesehen und mit seiner Namensunterschrift versehen

Reichs-Justice-Collegium diesem Kaiserlichen Hofgerichte vermittelt rescripti vom 24. mens. praet. aufgetragen die Verfügung zu treffen, ... daß ... die Parteien sich hinfüro der Allegirung der Rechtslehrer Meinungen enthalten und nur die Sache concernirende Gesezesstellen gehörig anführen und in extenso beilegen sollen, so wird solches Einem Kaiserlichen Landgerichte eröffnet.

15) Hofg.-Const. v. 27. Jan. 1767: ... daß sie (die Parteien) führohin sich nicht allein in ihren Schriften des Ausdrucks „den Rechten“ oder „gemeinen und bekannten Rechten nach“ gänzlich enthalten, vielmehr aber die Rechte und Geseze nach ihren eigentlichen Stellen bei 10 Nlhr. Boen, sothane Gesezesstellen in extenso mit beigelegtem Translate ad acta beibringen sollen. Bzgl. Hofg.-Const. v. 21. Febr. 1761, 11. Dec. 1781, Befehl des ehemaligen Oberlandgerichtes v. 6. Febr. 1792, Patent des General-Gouvernements v. 19. Dec. 1773 u. der livl. Gouvernements-Regierung v. 19. Sept. 1806.

16) Prov.-Codex Bd. I, Art. 130.

sein ¹⁷⁾). Auf der unteren Hälfte der letzten Außenseite der Satz-
schrift ist das Rubrum zu verzeichnen. Dasselbe enthält die Be-
nennung des Gerichtes, an welches die Schrift gerichtet ist, die
technische Bezeichnung derselben, so wie die Angabe der Par-
teien und des Streitgegenstandes. Im Falle die Bezeichnung
der Schrift im Rubrum mit dem Inhalte derselben nicht über-
einstimmt, hat sich der Richter nach dem letzteren zu richten ¹⁸⁾).

Alle Satzschriften nebst zugehörigen Beilagen müssen in
doppelten Exemplaren dem Gerichte überreicht werden, wo-
von das eine bei den Akten bleibt, das andere aber dem Ge-
gentheile mitgetheilt wird. Sind die Beilagen sehr umfang-
reich, wie z. B. wenn sie in Handlungsbüchern bestehen, so wird
es gestattet vorläufig nur Extrakte, worin die betreffenden Stel-
len enthalten sind, beizubringen, die vollständigen Urkunden

17) Hofg.-Const. v. 27. Jan. 1752 § 3, Patent der k. Statthalter-
schafts-Regierung v. 23. Dec. 1784 § 2: Alle bey einem Gerichte in einer
Rechtsache . . . zu übergebende Schriften, welche ein anderer als ein bey
demselben Gerichte angenommener Sachwalter abgefasset und als Verfasser
unterschieden hat, sollen, ehe sie übergeben werden, von einem bey demsel-
ben Gerichte angenommenen Sachwalter übersehen, geprüft und von ihm
zum Beweise, daß er sie den Rechten, Verordnungen und der Landes- oder
Stadtverfassung gemäß hält, unterschrieben werden. Circulär-Befehl der
Statthalterschaftsregierung vom 12. October 1787: Da die Statthalterschafts-
Regierung in Erfahrung gebracht, daß verschiedene Gerichtsbehörden in die-
ser Statthaltertschaft die unterm 23. Dec. 1784 wegen der Advocaten ergan-
gene Verfügung mißbräuchlich dahin extendiren, daß auch diejenigen, welche
ihre Schriften selbst verfassen oder doch eigenhändig unterschreiben und per-
sönlich einreichen, angehalten werden wollen einen Sachwalter anzunehmen
und durch solchen die Schriften unterschreiben und einreichen zu lassen; sol-
ches aber sowohl dem Gerichtsproceß vom 23. Juni 1615 § 15, als selbst
der erwähnten von der Statthalterschafts-Regierung getroffenen Anordnung
zuwiderläuft, nach welcher vielmehr jedermann erlaubt ist seine eigene Sache
selbst zu betreiben und nur verboten worden, daß niemand sich unbefugt zum
Sachwalter aufwerfen oder gebrauchen lassen dürfe; so hat ic., vergl. auch
N 2 der in dieser Zeitschrift mitgetheilten Präjudicien des k. Hofgerichtes.

18) Resolution des Reichsjustizcollegiums v. 11. December 1763 in
Revisionsachen des Regierungsraths D. G. v. Bietinghoff wider den Land-
rath G. H. Baron Igelström: Hieraus aber zu hellem Tage lieget, daß

aber im Beweisverfahren zur Einsichtnahme des Gegners vorzulegen¹⁹⁾.

Was das zu verwendende Stempelpapier betrifft, so genügt bei den Landgerichten für alle Eingaben und zwar sowohl für das Hauptexemplar als das Duplicat und die Beilagen Stempelpapier der niedrigsten Gattung im Betrage von 20 Cop. Silb.²⁰⁾. Beim Hofgerichte dagegen müssen der erste Bogen des Hauptexemplars der Sakschrift, — abgesehen von dem Stempelbogen für die Appellationsintroduction, — auf Stempelpapier zu 70 Cop. Silb., die folgenden Bogen und alle Beilagen auf Stempelpapier zu 40 Cop. Silb. geschrieben werden²¹⁾, wogegen für das Duplicat und dessen Beilagen Stempelpapier zu 20 Cop. Silb. genügt²²⁾. Originalurkunden können in jeder Gestalt, selbst wenn sie auf gewöhnlichem Papier geschrieben sind, zu den Akten übergeben werden, jedoch muß ihnen, auch wenn sie auf dem für Beilagen vorgeschriebenen Stempelpapier geschrieben sind, außerdem noch eine Abschrift auf Stempelpapier beigelegt werden, die bei den Akten verbleibt, wenn das Original zurückgefordert wird²³⁾.

Die Einreichung einer Sakschrift bei Gericht muß durch die Partei persönlich oder durch die Post oder durch einen am Gerichtsorte befindlichen Bevollmächtigten oder auch einen Insinuations-

diese vom Herrn Imploranten . . . eingereichte, obwohl in rubro sog. exceptio non competentis actionis gleichwohl in dem nigro derselben und ihrem wahrhaften Inhalt nach eine würdliche und förmliche litiscontestatio negativa sey, ein Richter aber eine jede Sache nicht nach dem rubro richten, sondern vielmehr das nigrum derselben zu seinem Augenmerk nehmen und selbige danach entscheiden muß ic.

19) Vgl. S. 36 dieser Zeitschrift Ann. 104 u. № 1 der Präjudicien.

20) Svod der Reichsgesetze Bd. X Abth. 2 Art. 1772 in der Fortsetzung v. J. 1863.

21) Svod der Reichsgesetze Bd. X Abth. 2 Art. 1773 u. 1774 in der Fortsetzung v. J. 1863.

22) Svod der Reichsgesetze Bd. X Abth. 2 Art. 256.

23) Svod der Reichsgesetze Bd. X Abth. 2 Art. 1760, 1761 u. 1762.

mandatar gesehen, widrigenfalls sie unberücksichtigt bleibt ²⁴⁾). Das früher bestandene Verbot Proceßschriften dem Gerichte durch die Post einzusenden ²⁵⁾ ist durch spätere Verordnungen wieder aufgehoben worden ²⁶⁾).

Entspricht die übergebene Schrift nicht den gesetzlichen Erfordernissen hinsichtlich der äußeren Form oder enthält sie kränkende oder nicht zu gestattende Ausdrücke, so wird sie vom Richter von amtswegen mit einer Dorsual-Resolution, in welcher die ihre Annahme verhindernden Gründe anzugeben sind, zurückgegeben ²⁷⁾).

§ 3

Die Gerichtshandlungen.

A. Die Beurkundung der gerichtlichen Vorgänge *).

So lange das terminliche Verfahren bei den Ober- und Untergerichten Livlands bestand, mußte jeder processualische Akt in dem sog. Protokollbuche oder Journal, welches alle gerichtlichen Verhandlungen eines Tages in fortlaufender Reihenfolge enthielt, verzeichnet werden. Aus diesem Protokollbuche wurde eine Abschrift aller eine specielle Sache betreffenden Verhandlungen, welche Specialprotokoll oder matrix genannt wurde, auf Kosten der Parteien angefertigt und der aus den Schriftsätzen formirten Akte beigelegt ²⁸⁾). Seitdem der rein schriftliche

24) Prov.-Codex Bd. I, Art. 126 u. N^o 2 der Präjudicien. Ueber das Verbot Schriften durch Diensthoten zu übersenden, vgl. Proceßstadga v. 4. Juli 1695 § 20 u. Hofg.-Const. v. 28. Sept. 1762.

25) Hofg.-Const. v. 31. Januar 1726, 17. Juni 1736, 28. Sept. 1762 und Patent der livl. Statthalterchafts-Regierung v. 23. December 1784 § 5.

26) Patent der livl. Gouv.-Regierung v. 17. April 1833 enthaltend das Reichsrathsgutachten v. 4. October 1832.

27) Prov.-Codex Bd. I, Art. 131.

*) Bayer § 132, Schmid § 28, Weßell § 36, II, Renaud § 15, Endemann § 148.

28) Hofg.-Const. v. 12. November 1687 § 3, 5. Mai 1761 u. Befehl des ehemaligen Oberlandgerichts v. 6. October 1788.

Proceß Eingang gefunden hat, ist die matrix aus der Akte geschwunden. Statt dessen wird gegenwärtig für den Fall der Vor-
nahme einer mündlichen Verhandlung ein Specialprotokoll ge-
führt. Dieses Specialprotokoll muß sogleich in Gegenwart der
handelnden Parteien aufgenommen und bei wichtigen Verhand-
lungen denselben behufs ihrer Genehmigung vorgelesen wer-
den²⁹⁾. Es enthält im Eingange die Angabe des Ortes,
der Zeit, so wie der gegenwärtigen Gerichtsglieder³⁰⁾ und
zum Schlusse die Verfügung des Gerichtes. An demselben
Tage, spätestens aber zum nächsten Sitzungstage muß es in
das tägliche Journal oder Protokoll eingetragen werden, wo
es von denjenigen Gliedern, die in der Sitzung zugegen wa-
ren, unterschrieben und vom Secretären gegengezeichnet wird³¹⁾.
Verbesserungen, die in der Niederschrift vorgenommen werden,
müssen vor der Unterschrift im Journal oder Protokoll bemerkt
werden³²⁾. — Nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift ist das
tägliche Journal oder Protokoll auf gewöhnlichem Papier zu
schreiben³³⁾. Ob die Befreiung vom Gebrauch des Stempel-
papiers auch auf das bei den Akten befindliche Specialprotokoll
zu beziehen sei, ist streitig. Für die Befreiung spricht vorzugs-
weise der Umstand, daß das Specialprotokoll in der Regel,
wenn es nicht etwa auf einem Localtermine geführt worden,

29) L. L. p. 355 n. b: Damit auch die Protocolle desto vollkomme-
ner werden mögen, sollen die Protokollisten, wenn einige wichtige Conferen-
zen zwischen den Parteien gehalten worden, denselben sofort darauff dasjenige,
was geredet und geantwortet worden, vorlesen, damit nichts vergessen oder an-
ders zu Protokoll gebracht werden möge, als es in der Wahrheit geredet
worden und die Partien es selbst, so lange die Sache noch in frischer Ge-
dächtniß ist, zugestehen.

30) c. 11 X de probat. 2, 19.

31) Prov.-Codex Bd. I, Art. 166—168.

32) Prov.-Codex Bd. I, Art. 170.

33) Prov.-Codex Bd. I, Art. 171.

nichts Anderes, als ein Concept für das Journal ist und daher schon als solches auf gewöhnlichem Papier geschrieben werden kann, so wie ferner, daß das Reichsrecht keine entgegenstehende Bestimmung enthält. Denn die daselbst erwähnten Protokolle, für welche der Gebrauch des Stempelpapiers vorgeschrieben ist³⁴⁾, sind durchaus etwas ganz anderes, nämlich Protokollarbescheide, die den Parteien ausgefertigt werden. — Nach einer übereinstimmenden Praxis müssen die an Stelle mündlichen Antrages von den Parteien überreichten schriftlichen Reccesse, die übrigens keine Aufnahme im Journal finden, stets auf dem für Satzschriften vorgeschriebenen Stempelpapier geschrieben sein.

B. Die Proceßleitung und die richterliche Entscheidung *).

Die proceßleitende Thätigkeit des Richters äußert sich entweder durch Zurückweisung ungehöriger Parteianträge oder durch Anordnung des dem Proceßrechte gemäßen Fortganges der Verhandlungen. Eine Zurückweisung von Parteianträgen erfolgt, wenn die für die Satzschriften vorgeschriebene äußere Form nicht beobachtet ist, wenn die erforderliche Legitimation bei den in Vollmacht übergebenen Schriften fehlt, wenn die Schrift beleidigende Ausdrücke enthält und speciell bei der Klage, wenn die Bescheinigung über eingezahlte Klageposchlin fehlt oder wenn das Gericht für die Verhandlung der Sache objektiv incompetent ist, so daß eine Prorogation nicht eintreten kann³⁵⁾. Die Anordnung des proceßgemäßen Fortganges der Verhandlungen geschieht, indem der Richter den Parteiantrag dem Gegentheile von amtswegen mittheilt, unter Feststellung der hierauf vorzu-

34) Sweb. Bb. X Abth. 2 Art. 1768. Vgl. auch Patent der k. k. Gov.-Regierung v. 16. März 1843.

*) Weßell § 44 u. 45, Henaub § 148 u. 151, Endemann § 114—116 u. 137.

35) Prov.-Codex Bb. I, Art. 131 u. 283.

nehmenden Handlung, für welche er zugleich die Frist oder den Termin mit Angabe der für den Fall der Versäumniß eintretenden Folgen anberaunt. Die Anschauung, daß der Richter in dieser Beziehung von amtswegen zu handeln habe, gehört, wie im gemeinen, so auch im livländischen Proceße, erst dem neueren Rechte an³⁶⁾. Nach dem älteren livländischen Landrechte war der Richter bei der Proceßleitung, wie noch gegenwärtig in den anderen Rechtsgebieten der Ostseeprovinzen, wesentlich von den Anträgen der Parteien abhängig.

Die erkennende Thätigkeit des Richters beschränkt sich nicht auf die Entscheidung in der Sache selbst, sondern bezieht sich auch auf die im Laufe des Processes hervortretenden besondern Streitpunkte (Incidentpunkte, quaestiones incidentes), mögen diese die formellen Voraussetzungen des Verfahrens (praeparatoria iudicii), wie die Competenz, die legitima persona standi in iudicio u. s. w. oder solche Vorfragen betreffen, deren Entscheidung möglicher Weise jedes weitere Verfahren überflüssig macht (quaestiones praejudiciales), wie die dilatorischen und die vor der Einlassung vorgeschückten peremptorischen Ein-

36) Publication des livl. Hofg. v. 23. Mai 1768: Da zufolge eines Erlauchten Kaiserlichen Reichs-Justice-Collegii unterm 16. dieses anhero erlassenen Rescripts die Parten, im Falle selbige ihre Sache durch vernachlässigte Betreibung selbst protrahiren, zu Fortsetzung derselben durch präclusivische Termine angehalten werden sollen, als wird solches hiermittelst zu jedermanns Wissenschaft und Nachricht kund gemacht. — Patent der livl. Gouv.-Regierung v. 23. Aug. 1772: Ein Erlauchtes Reichs-Justiz-Collegium derer Rief- Ost- u. Finnländischen Rechtsachen hat mittelst Rescripts vom 17. hujus anhero zu erkennen gegeben, wie dasselbe wahrgenommen, daß in Führung der Proceße bei denen diesem hohen Foro superiori subordinirten Unter-Instanzen verschiedene von denen Parten zu leisten schuldige Praestanda nur lediglich bloß der Willkühr desjenigen, dem sie injungiret sind, überlassen und darüber die Proceße zum äußersten Nachtheil des Gegentheils überaus verschleppt werden; wobei Ein Erlauchtes Reichs-Justiz-Collegium verfügt, daß künftighin denen Parten kein Praestandum anders, als mit jedesmaliger Beifügung einer gewissen Frist injungiret werden soll. — Vrgl. auch Circular-Befehl des Hofg. v. 31. August 1772.

reden. Die Vorschrift des canonischen Rechtes, daß solche Vorfragen vor Erledigung der Sache selbst zu entscheiden seien³⁷⁾, hat in Livland noch gegenwärtig praktische Bedeutung, während sie dieselbe im gemeinen Rechte in Folge der Ausbildung des Eventualprincips verloren hat.

C. Die richterlichen Decrete *).

Die proceßleitende und die erkennende Thätigkeit des Gerichtes äußert sich in Decreten. Die schwedisch-livländischen Rechtsquellen schließen sich in Beziehung auf die Eintheilung der Decrete der Theorie des 17. Jahrhunderts vollkommen an. Es werden die *sententiae definitivae* (Endurtheile) von den *interlocutoriae* (Zwischenbescheiden) unterschieden, welche letzteren wiederum in die *interlocutoriae vim definitivae habentes* und die *interlocutoriae merae seu simplices* zerfallen. Die letztere Eintheilung beruht auf dem von der mittelalterlich-italienischen Doctrin zunächst hervorgehobenen, später auch von dem canonischen Rechte³⁸⁾ anerkannten Gesichtspunkte, daß solche Zwischenbescheide, welche die Kraft eines Endurtheils hätten oder ein solches gravamen enthielten, welches durch eine künftige Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden könne oder, — wie sich die einheimischen Quellen ausdrücken, — die Partei „an der Hauptsache selbst entweder binden oder beschweren könnten,“ in Beziehung auf ihre Unwiderruflichkeit und Appellabilität den Endurtheilen gleichständen³⁹⁾, wogegen die *interlocutiones merae*, in den einheimischen Quel-

37) c. 1 X. de ord. cogn. 2, 10.

*) Bayer § 133 u. 134, Schmid § 87 u. 88, Weßell § 51, Renaud § 154 u. 155, Endemann § 139, 141 u. 142.

38) Concil. Trident. Sess. 24 cap. 20 de reform.

39) Proceßstadga v. 4. Juli 1695 § 24: Und ist niemanden zugelassen von solchen interlocutorischen Urtheilen zu appelliren, soferne nicht etwas ist, so dem Parten an der Hauptsache selbst entweder binden oder beschweren könnte. Vgl. L. L. p. 379 u. Hofg.-Const. v. 13. Februar 1725.

len „schlichte Interlocutorien“ genannt, der Rechtskraft nicht fähig seien und daher jederzeit von dem Richter zurückgenommen und abgeändert werden könnten⁴⁰). — Die Unmöglichkeit sich über den Begriff der *interlocutiones vim definitivae* habentes zu einigen, hat in der Theorie des gemeinen Processes zur Folge gehabt, daß man die Unabänderlichkeit und Rechtskraft der Zwischenbescheide von einem anderen Gesichtspunkte aus bestimmte. Man erklärte nämlich jeden Zwischenbescheid, der nach stattgehabtem contradictorischen Verfahren der Parteien über eine streitige Frage ergeht oder mit andern Worten: jedes *Decisivdecret* als der Rechtskraft fähig, so daß diese Fähigkeit nur solchen Decreten entzogen ist, die auf einseitigen Parteiantrag oder vom Richter von amtswegen ergehen. Dieser Theorie hat sich die gegenwärtige Praxis in Livland völlig angeschlossen, wobei folgende Bezeichnungen für die verschiedenen Arten der Decrete üblich geworden sind. Jedes Decret, welches den Proceß bei dem erkennenden Gerichte in irgend einer Weise zum völligen Abschluß bringt, mag es eine Abweisung von der Instanz oder eine allendliche Entscheidung in der Sache selbst oder in Beziehung auf solche Vorfragen enthalten, welche jedes weitere Verfahren überflüssig machen, pflegt in der ersten Instanz „Abscheid“ oder „Urtheil,“ in der Appellationsinstanz in der Regel „Urtheil“ genannt zu werden, wogegen die *Interlocute* in beiden Instanzen als „Bescheide“ bezeichnet werden. Die auf einseitigen Antrag oder vom Richter von amtswegen

40) Justizpunkte v. 22. September 1671 § 10: Daß *ad unius partis instantiam* die *appellationes*, so von schlichten *Interlocutoriis* und Abscheiden, die keine *vim definitivae* haben, von Königl. Land-Gerichte nicht fort nachgegeben und der Proceß dadurch stutig gemacht werden möge. — Seerecht tit. VIII c. 14 § 2: Wieder die Bescheide oder *interlocutorie* Urtheile, welche allein zur Beförderung der Sache ergangen und keine Kraft noch Eigenschaft den Streit zu endigen haben, mag niemand appelliren, es sey denn, daß ihm zu seiner Ehre oder der Sache selbst zum großen Verfange etwas daraus entstehen sollte.

erlassenen Anordnungen heißen „Verfügungen,“ „Resolutionen“ oder auch „Bescheide.“

Die einfachen Decrete, insbesondere die proceßleitenden Verfügungen werden in der Regel auf der Rückseite der dieselben veranlassenden Sagschriften als sog. *Dorsual-Resolutionen* verschrieben⁴¹⁾. Ist die Verfügung beiden Theilen gleichzeitig zu eröffnen, so ergeht darüber ein Bescheid und ist sie durch eine Verhandlung zu Protokoll veranlaßt worden, so pflegt den Parteien eine Abschrift des Protokolles auf dem gesetzlichen Stempelpapier zugefertigt zu werden. Ein Verfahren unter dem „Anschlage“⁴²⁾ kommt nur ausnahmsweise noch beim Hofgerichte, insbesondere bei Fristerstreckungsgesuchen und im Rechtsmittelverfahren vor.

In Beziehung auf den Inhalt der *Decisivdecrete* enthalten die litvländischen Rechtsquellen die allgemeinen Vorschriften, daß sie bestimmt und deutlich sein und zugleich die Angabe der Frist enthalten sollen, innerhalb welcher sie zu erfüllen sind⁴³⁾.

41) Der *Dorsual-Resolution* geschieht schon Erwähnung in der Hofg.-Const. v. 5. December 1691.

42) Vgl. S. 27 dieser Zeitschrift.

43) *Executiontsordnung* v. 10. Juli 1669 § 1: Damit alle gerichtliche Urtheile desto eher und richtiger zu gehöriger Vollstreckung gedeihen mögen, soll sich nach diesem Tage kein Richter unterstehen ein dunkel oder unklar Urtheil zu sprechen oder ergehen zu lassen, sondern sich vielmehr bemühen dasselbe bergestalt einzurichten, daß die Parten in der Sache, worüber sie gestritten haben, deutlich und gänzlich auseinander gesetzt und mit keiner neuen Streitigkeit, ohne ihr Verschulden, beschweret werden mögen. — § 2: In allen Urtheilen soll auch dem verlierenden Theil eine gewisse Zeit oder Tag, innerhalb welcher er dem gefallenem Urtheil ein Genüge zu thun schuldig seyn soll, vorgelegt werden. Sind es aber solche Sachen, worinn die Gesetze selbst eine gewisse Zeit vorschreiben oder hat sich einer von den Parten zu einem gewissen Tage selbst verbunden, so soll der Richter ohne gewisse Erheblichkeit davon nicht abgehen. — § 3: In Bescheiden und allen andern Sprüchen, wodurch dem einen oder andern Theil ein Gewisses zu thun aufferleget wird, welches mit einem andern gleichmächtigen Dinge nicht erfüllt oder erseket werden kann, sondern in einer sichern und sonderlichen Vorrichtung bestehet, soll das Gericht, welches dergleichen aufferleget, dabey allezeit eine gewisse Com-

Ferner soll der Richter in seinen Entscheidungen, so lange sich nicht ergibt, daß sie dem Gesetze zuwiderlaufen, nicht „variiren 44)“, noch auch in denselben „arbitriren“, sondern sie auf die Gesetze gründen 45). — Neben der Entscheidung in der Sache selbst soll das Erkenntniß über die Erstattung der Proceßkosten, vorausgesetzt, daß von den Parteien auf Ersatz derselben ausdrücklich angetragen worden ist, Bestimmung treffen 46) und zwar das Endurtheil über die Kosten in der Hauptsache, der Zwischenbescheid über die Kosten des Zwischenverfahrens 47). Die gemeinrechtliche Regel, daß der Besiegte dem Sieger zum Ersatz der Proceßkosten zu verurtheilen sei, wird auch in den livländischen Quellen mit der Bestimmung wiederholt, daß der Richter befugt sein soll die Kostenaufgabe, über die der Gegner

mination oder Bedrohung demselben zur Straffe setzen, der innerhalb der vorgelegten Zeit den Spruch nicht erfüllet. — Vrgl. Hofg.-Ordnanz v. 6. Septbr. 1630 § 36, Secrecht tit. VIII c. 15, Proceßstadga v. 4. Juli 1695 § 24 u. L. L. p. 254 n. e.

44) Königlichcr Brief v. 21. Januar 1696. Carl von Gottes Gnaden ic. . . als haben Wir denn auch Euer Urtheil . . . ändern müssen mit der gnädigen Erinnerung, daß Ihr in Euern Urtheilen Euch allezeit gleich seyd . . . und wenn Ihr solche Praejudicata findet, die auf Gerechtigkeit gegründet sind, daß ihr nicht so leichtlich davon abgeseht.

45) Richterregeln § 35, L. L. p. 325 n. b u. p. 394 n. e: Alle Ober- und Untergерichte sind ohne einiges arbitriren nach den Gesetzen zu sprechen verbunden.

46) Proceßstadga v. 4. Juli 1695 § 21: Die, so Expensen von ihren Wieder-Parten fordern wollen, sollen straks nebst deren anderen Einlagen einen Aufsaß und Verzeichniß über alle Expensen und Unkosten und worin selbige bestehen, beysügen. Versäumt jemand solches, so hat er nachgehends keine Macht einige Expensen zu prätenbiren, es wären denn solche Unkosten, die an anderen Orten gethan werden mußten und deßfalls annoch nicht bekannt seyn könnten, weßwegen die Parten alsdann ihnen solches ausdrücklich vorbehalten mögen, beim Schluß der Sachen auszuführen. Ebenso mag er auch wegen des Schaden-Standes, der nach angefangener Aktion entsteht und vor derselben Schluß nicht genugsam kund sein kann, ihm auszuführen vorbehalten. Aber alles, was vorher bekandt ist, soll zugleich bey der Haupt-Sache angegeben werden. — Vrgl. L. L. p. 363 n. e. u. Hofg.-Const. v. 28. Febr. 1695. (Vrgl. Anm. 228).

47) Vrgl. № 3 der Präjudicien.

nicht weiter gehört wird, nach billigem Ermessen zu ermäßigen⁴⁸⁾). Dabel soll jedoch der gewinnenden Partei nicht entzogen werden, was ihr rechtmäßig zukommt⁴⁹⁾). Eine Ausnahme von der Regel, daß der unterliegende Theil die Kosten des Gegners zu ersetzen habe, tritt in dem Falle ein, wenn aus besonderen Gründen auf Compensation der Kosten erkannt wird, wie namentlich, wenn die thatsächlichen Verhältnisse besonders dunkel oder verworren sind, wenn auf Grund eines richterlich auferlegten Eides in der Sache erkannt worden, ferner wenn theilweise jede Partei unterliegt und endlich wenn der eine Theil in der Unterinstanz, der andere dagegen in der Oberinstanz ganz oder theilweise obgesiegt hat oder unterlegen ist⁵⁰⁾). Eine mißbräuchliche Umkehr der in den Gesetzen ausgesprochenen allgemeinen Regel zur bloßen Ausnahme liegt darin, wenn die Praxis die Compensation in allen Fällen eintreten zu lassen geneigt ist, wo die Sache „richterlicher Erörterung“ bedurft hat. Zweckmäßig wird vielmehr die Compensation ausgeschlossen, sobald der eine Theil wenigstens in Beziehung auf den Haupt-

48) Seerecht tit. VIII c. 13: Derselbe, welcher alsdann die Sache fürm Gerichte verlieret, ist allemal schuldig die Unkosten zu bezahlen, welche auf dem Rechtsproceße angewandt sind, an den, der das Urtheil gewonnen, jedoch daß das Gerichte dessen Rechnung zuvor durchsehe und selbige also moderire, wie es der Billigkeit gemäß befunden werden könne. L. L. p. 363 n. c: Wenn auch ein Part die Ersetzung seiner Gerichts-Kosten fordert, ist der Richter demselben, da er die Sache gewinnt, alles, was er mit Fug desfalls zu fordern hat, zuzulegen verbunden.

49) Königliche Resolution v. 22. Juli 1701: ... Alß sind Wir veranlasset worden Euch hiemit in Gnade anzubefehlen, daß Ihr Euch dafür und vor die Verringerung der Expensen in Acht nehmen und nicht nach eigenem Gutdünken denen Parten ihr Recht benehmet, noch wie es Euch gut deucht, darinn disponiret, sondern mit Recht und ohne Ansehen der Person bey Decretirung der Expensen einem jeden das Seinige zuleget, waß er mit Fuge zu präntendiren haben kann, sintemahl es nicht wenig und billig ist, wenn einem seine rechtmäßige Expensen verweigert werden, alß wenn man ihm sonst sein Eigenthum mit Unrecht abhändig machet und aberkennt.

50) Vrgl. N^o 4 der Präjudicien.

gegenstand vollkommen obgeleget hat⁵¹⁾. Unterläßt der Richter im Endurtheile über den Kostenersatz Bestimmung zu treffen, so gelten die Kosten als compensirt, weil der Kostenersatz nicht Gegenstand einer besonderen Klage sein kann⁵²⁾.

Was die Form der Decisivdecrete betrifft, so sind dieselben, mit Ausnahme der im terminlich-protokollarischen Verfahren in geringfügigen Sachen zulässigen Protocollar-Bescheide, mit Beobachtung folgender Regeln auszufertigen⁵³⁾. Nach dem Eingange, welcher aus den Worten: „Auf Befehl Seiner Kaiserlichen Majestät des Selbstherrschers aller Ruessen u. s. w.,“ besteht, folgt das Rubrum, welches die Benennung des Gerichtes, die Namen der streitenden Theile und deren Parteirolle, ferner die Bezeichnung der Sache und endlich eine kurze Angabe der Hauptmomente der Proceßgeschichte enthält. Der Inhalt des Decretes, das Nigrum, welches durch die Bezeichnung desselben als „Abscheid,“ „Urtheil“ oder „Bescheid“ von dem Rubrum getrennt wird, besteht aus den Entscheidungsworten (verba decisiva, tenor sententiae, Urtheilsdispositiv), welche bei der Niederschrift in die Zeile eingerückt zu werden pflegen und mit den Anfangsbuchstaben der drei Worte: „Von Rechts Wegen“ schließen, ferner aus einer zum Verständniß der getroffenen Entscheidung dienlichen aktenmäßigen Darstellung des Rechtsstreits, der sog. Geschichtserzählung, und endlich aus der Darlegung der faktischen und rechtlichen Gründe für jeden einzelnen Punkt der getroffenen Entscheidung. Die Ausführung der Entscheidungsgründe ist bei den Decisivdecreten ein so wesentliches Erforderniß, daß ein solches Decret nichtig ist, wenn die Angabe derselben fehlt⁵⁴⁾. Den

51) Vrgl. № 5 der Präjudicien.

52) Vrgl. Anm. 46.

53) Prov.-Codex Bd. 1, Art. 165, 182—185, 336, 337, 384 u. 385.

54) I. L. p. 325 n. b: Welche Urtheile sie auch mit allen ihren Gründen und nöthigen Umständen abzufassen verbunden sind. Das. p. 394 n. e: Daher auch alle Richtersprüche in ihren Urtheilen u. Resolutionen die Gründe

Schluß bilden die Worte: „Im Namen und von wegen des N. N. Gerichtes, das Datum und die Nummer des Decretes, die Unterschrift und das Siegel des Gerichtes. — Die Endurtheile und Zeugnisse über erfüllte Appellationsformalitäten werden bei den Untergerichten auf Stempelpapier von 40 Cop. Silb., bei dem Hofgerichte aber auf Stempelpapier zu 70 Cop. Silb. und die übrigen Decrete auf Stempelpapier zu resp. 20 und 40 Cop. Silb. geschrieben ⁵⁵⁾).

D. Die Bekanntmachung der Decrete *).

So lange das terminliche Verfahren in Livland bestand, wurde nur der Citationsbefehl insinuiert, alle übrigen Decrete aber wurden im Laufe des Processus den Parteten durch Vorlesung in der Gerichtssitzung publicirt ⁵⁶⁾. Enderkenntnisse, so wie Bescheide, welche in vim definitivae ergingen, mußten vor der Publication schriftlich redigirt werden und die Parteten waren gehalten sich Abschriften derselben ausreichen zu lassen ⁵⁷⁾. In

aus dem rechten Ort und Capitul des Gesetzes und der königlichen Verordnung zu nehmen und zu allegiren verbunden sind. — Hofg.-Const. v. 21. Februar 1761: Fügen . . . zu wissen, welchergestalt auf Allerhöchst iterirte Verfügungen in allen bei diesem Kayserlichen Hofgerichte ausfallenden Urtheilen die Rechte und Gesetzstellen, worauf besagte Urtheile sich gründen, deutlich allegirt werden sollen.

55) Ewob der Reichsgesetze Bd. X Abth. 2 Art. 1781 u. 1782.

*) Bayer § 135, Schmid § 89, Wegell § 67, 2, Renaud § 156, Endemann § 143.

56) Hofgericht's-Ordnanz v. 6. Sept. 1630 § 29: So soll derhalb (das Urtheil) nach des Präsidenten vnd der Assessoren Gutachten vom Secretario concipirt dem Gerichte vorgelesen vnd vom Präsidenten vnd sämmtlichen Assessoren unterschrieben, darnach anwesen beiderseits Parten öffentlich verlesen vnd ad acta gelegt werden. — Proceßstadga vom 4. Juli 1685 § 5: Zu desto größerer Wichtigkeit mögen auff den Rath-Stuben, Lagmanns- vnd Hoffgerichten die Urtheile ab- vnd rein geschrieben, ehe sie publicirt vnd abgesprochen werden, so daß beyde Parten straks, so bald das Urtheil abgelesen, davon ihre Abschrift bekommen.

57) Hofg.-Const. v. 22. Novbr. 1687 § 1 . . . daß die Parten und deren Mandatarii gehalten sein sollen nicht allein ihre Urtheile, sondern auch die Decreta u. Resolutiones, welche vim definitivae haben, präcise

Folge davon mußten die Parteien während der Dauer eines Rechtsstreites am Gerichtsorte entweder persönlich gegenwärtig oder durch Bevollmächtigte vertreten sein. Verließ eine Partei den Gerichtsort ohne hinsichtlich ihrer Vertretung Anordnung zu treffen und blieb bei den Anschlägen unentschuldigt weg, so setzte sie sich der Gefahr der Präclusion und des Contumacialverfahrens aus⁵⁸⁾.

In dem gegenwärtig bestehenden rein schriftlichen Verfahren pflegen alle Decrete, sowohl die proceßleitenden als die Decisivdecrete, den Parteien in vim publicati insinuiert zu werden. Ueber die Ausführung der Insinuation enthält das neuere Recht nur die allgemeine Bestimmung, daß dieselbe im Auftrage des Gerichtes durch den Gerichtsdienner gegen Quittung des Empfängers im Expeditionsbuche oder gegen Ausstellung einer Empfangsbescheinigung, in besondern Fällen aber durch die Polizei bewerkstelligt werden solle⁵⁹⁾. Die näheren Modalitäten bei Ausführung der Insinuation müssen daher aus den für die Insinuation des Citationsbefehles geltenden Vorschriften ergänzt

bei Ausspruch und Ergebung derselben stündlich auszunehmen bey 4 Rthlr. Silb. We. Strafe von dem säumigen Theile alsofort zu erlegen und damit sich hierin keine Hinderung befinde, soll hinfüro die Publication und Ergebung der Urtheile sammt obgedachten Decreten und Resolutionen am vorhergehenden Tage intimiret, als auch für beyde Theile dieselbige in der Cancellley zur Extradition fertig und gebührend unterschrieben gefunden werden. — Vgl. Hofg.-Const. v. 31. März 1691, 21. Oct. 1693, 28. Januar 1699, 13. Februar 1725 u. 27. Januar 1752.

58) Proceßstadga v. 4. Juli 1695 § 15: Wenn jemand, nachdem er seinen Widerpart auff einen gewissen Tag hat citiren lassen und die Sache bey dem Gerichte angegeben oder die Beschwerde gegen die ausgesprochene Urtheile bey dem Ober-Gerichte angetragen oder entgegen genommen, solte ohne Stellung eines Bevollmächtigten zu weiterer Ausführung der Sachen wegreisen, so soll solches den forderfamen Ausschlag nicht hindern, sondern nichts desto weniger mit Ausführung derselben nach dem Rechte und Proceß verfahren werden, wie es die Gerechtigkeit erfordert, womit es nachgehends gehalten werden soll, wie von denen, die genßlich außbleiben, gemeldet worden. — L. L. p. 337.

59) Prob.-Cobeg Bb. I, Art. 190—192.

werden (vgl. § 8). Uebrigens gilt auch noch gegenwärtig die Voraussetzung, daß die Parteien während der Verhandlung eines Rechtsstreites behufs Empfangnahme der gerichtlichen Decrete am Gerichtsorte entweder persönlich gegenwärtig oder durch einen Bevollmächtigten oder wenigstens einen Insinuationsmandatar vertreten sein müssen⁶⁰⁾, wozu der abwesende Beklagte in der Regel in dem Citationsbefehl, beziehungsweise in dem Auftrage zur Erklärung ausdrücklich angewiesen wird. Verläßt eine Partei demohnerachtet während der Dauer eines Processes den Gerichtsort, ohne einen Mandatar zur Empfangnahme der richterlichen Erlasse zurückzulassen, so ist, falls eine insinuatio ad domum nicht stattfinden kann, eine Edictalcitation zu erlassen.

E. Die Unabänderlichkeit und die Rechtskraft der Decrete, Urtheils=Declaration und Urtheilsqual *).

Sobald ein Erkenntniß ausgefertigt und unterschrieben worden, ist es unabänderlich von Seiten des Gerichtes, von welchem es erlassen wurde⁶¹⁾, ausgenommen wenn es sich um Verbesserung von Rechnungs= oder Schreibfehlern handelt⁶²⁾. Insbesondere soll in dem ausgefertigten Erkenntnisse nichts mehr ausgestrichen, radirt oder übergeschrieben werden. Dagegen kann jedes Gerichtsglied die von ihm abgegebene Meinung so lange ändern als die Unterschrift des Erkenntnisses nicht erfolgt ist, muß aber in einem solchen Falle seine Gründe angeben und verschreiben lassen⁶³⁾. Diese Unabänderlichkeit der Erkenntnisse bezieht sich jedoch nur auf die Decisivdecrete⁶⁴⁾, nicht auch auf

60) Vgl. № 2 der Präjudicien.

*) Bayer § 136—142, Schmid § 87 u. 227, Weßell § 47 u. 51, Renaud § 157—162, Endemann § 144—147.

61) Prov.-Codex Bd. I, Art. 290.

62) l. 1 § 1 D. quae sentent. 49, 8.

63) Prov.-Codex Bd. I, Art. 169.

64) l. 1 C. sent. resc. non posse 7, 50.

solche Decrete, die vom Richter von amtswegen oder auf Antrag einer Partei ohne vorhergegangene zweiseitige Verhandlung erlassen wurden. Die letzteren kann der Richter vielmehr auch nach der Eröffnung wieder abändern oder aufheben ⁶⁵).

Ein nach stattgehabter Ausfertigung gehörig publicirtes oder insinuirtes Decisivdecret beschreitet, falls es nicht an unheilbarer Wichtigkeit leidet ⁶⁶), die Rechtskraft und zwar entweder sofort, wenn gegen dasselbe ein ordentliches Rechtsmittel überhaupt nicht zulässig ist oder nach Ablauf von 8 Tagen, wenn gegen dasselbe innerhalb dieser Frist kein ordentliches Rechtsmittel eingewandt oder das eingewandte Rechtsmittel nicht in der dafür bestimmten Frist ausgeführt worden ist ⁶⁷). Die Wirkungen der Rechtskraft sind dieselben, wie nach gemeinem Rechte.

Die Unabänderlichkeit der Decisivdecrete durch den Richter, welcher sie erlassen hat, schließt nicht die Befugniß desselben aus Zweideutigkeiten oder Unvollständigkeiten im Ausdrucke auf Ansuchen einer Partei durch Declaration zu heben, vorausgesetzt, daß diese keine Abänderung enthält. Das Declarationsgesuch hemmt den Lauf der Fatalien nicht und muß daher vor Ablauf derselben übergeben werden und ebenso soll der Richter die Declaration, welche er ohne den Gegner zu hören erläßt,

65) l. 14 D. de re judic. 42, 1 n. e. 60 X. de appell. 2, 28. — Vrgl. Ann. 40 u. *N* 6 u. 7 der Präjudicien.

66) L. L. p. 382 n. b: Keiner mag ein gerichtlich ausgesprochen und Rechtskräftig geworden Urtheil quälen, sondern dasselbe soll fest bleiben und nicht gehoben werden, es sey denn, daß darin eine erweisliche Nullität, Irrung im Proceß oder sonst ein widerrechtliches Verfahren befunden würde.

67) Executionsverordnung v. 10. Juli 1669 § 2: Wenn ein gerichtliches Urtheil publiciret und dawider keine Appellation gesucht oder selbige auch zwar interponirt, aber von denen Parten verlassen oder vergessen wird, wodurch das Urtheil festgestellt wird und die Kraft Rechtsens gewonnen hat, . . . so sollen alsdann unsere Befehlshaber . . . alles, was in dem Urtheile enthalten ist, rechtlich auszufordern verbunden sein. — Vrgl. Seerecht tit. VIII c. 15 u. L. L. p. 158 n. e.

vor Ablauf der Fatalien ertheilen⁶⁸⁾. An der Declaration dürfen sich nur diejenigen Gerichtsglieder betheiligen, welche das Erkenntniß gefällt haben⁶⁹⁾. Eine Abweisung des Declarationsgesuches aus dem Grunde, daß das Urtheil an sich klar sei, ist unzulässig⁷⁰⁾.

Streitet eine Partei ein rechtskräftiges Erkenntniß an oder sucht sie eine bereits rechtskräftig abgeurtheilte Sache von neuem in Verhandlung zu ziehen, so macht sie sich nach dem technischen Ausdrucke der einheimischen Quellen einer „Urtheilsqual“ schuldig⁷¹⁾. In einem solchen Falle weist sie das Ge-

68) Königliche Resolution v. 7. November 1687 § 3 (vgl. Buddenbroch) und Hofg.-Const. v. 14. Januar 1688 § 2: Sollen die Declaration suchende Parten . . . alsofort und unaufhältlich sich einzufinden und die verlangte Erklärung begehren, worauf sich das Königliche Hofgericht gleichfalls so zeitig dessen Erklärung ausfertigen zu lassen bedacht sein will, daß dem Part innerhalb obgemeldten 8 Tagen Verlauff sich zu besinnen, ob es mit der Sentenz und deren Declaration zufrieden sein wolle oder nicht, Bedenkzeit übrig bleiben möge und ihm dergestalt die fatalia, welche jederzeit bei angeregten 8 Tagen Verfließung aufhören müssen, vom dato der Declaration an zu extendiren gänzlich benommen sein. — Vgl. L. L. p. 388: Wenn die Parten auch über des Hofgerichts Urtheil eine Erklärung begehren, soll dieselbe zwar keinem Theile geweigert werden, wenn nur desfalls intra fatalia Ansuchung gethan wird. Sie soll aber von dem Gerichte so zeitig expediret werden, daß das Part innerhalb den vorgesezten 8 Tag:n sich bedenken könne, ob es damit zufrieden sein wolle.

69) L. L. p. 388: Diejenigen Membra aber, welche bei dem Urtheile nicht mit gewesen sind, dürfen dasselbe auch nicht erklären.

70) Hofg.-Const. v. 13. Januar 1696: Es haben Ihre königliche Majesté . . . allergnädigst rescribiret, daß weil sie . . . einen solchen Mißbrauch ungerne sehen müssen, daß einige Parten, wenn sie wegen publicirten Urtheils-Verstand und Meynung eine nähere Erklärung und Bericht gesuchet und keiner anderen Antwort und Erklärung, als daß das Urtheil klar und deutlich wäre, abgefertiget und also in dem Zweifel, worinn sie zuvor gewesen, gelassen werden, die Parten mit einer sothanen zweifelhaften Antwort nicht abgewiesen . . . werden sollen.

71) L. L. p. 382 n. b: Keiner mag ein gerichtlich ausgesprochen und Rechtskräftig geworden Urtheil quälen. — Daf. p. 66 n. a.: Derselbe bricht oder quälet ein Urtheil, welcher entweder eine zwischen ihm und seinem Gegner abgeurtheilte Sache wieder vor's Gericht ziehet oder das nicht thut, was ihm durch das Urtheil zu thun aufserleget worden oder auch sonst wieder dasjenige rebet, so abgeurtheilt ist.

richt nicht nur sofort ab, sondern verurtheilt sie außerdem in eine Geldstrafe ⁷²⁾).

§ 4.

Die Zeitbestimmungen *).

Der livländische Proceß verläuft gegenwärtig in Fristen. Termine kommen, abgesehen von dem mündlich verhandelten Bagatellproceß, im ordentlichen Verfahren nur ausnahmsweise bei solchen Proceßhandlungen vor, bei denen außer den Parteien auch der Richter mitwirken muß, wie z. B. bei der Einnahme des Augenscheines, bei der Ableistung gerichtlicher Eide u. s. w.

Die meisten Fristen im livländischen Proceß sind in Beziehung auf ihre Dauer gesetzlich festgestellt, werden aber im einzelnen Falle erst durch richterliche Verfügung in Lauf gesetzt. Sie gehören demnach zu den sog. gemischten oder bedingten Ordnungsfristen. Dahin sind zu zählen die Fristen für den Schriftenwechsel vor und nach dem Beweise, welche bei dem Hofgerichte stets 10 Tage ⁷³⁾, bei einigen Landgerichten ebenfalls 10, bei anderen dagegen 14 oder auch 8 Tage währen, so wie die Frist von 3 Wochen für die Beweisantrittung. Als Fata- lien, die sowohl in Beziehung auf ihre Dauer als in Beziehung auf den Zeitpunkt, mit welchem ihr Lauf beginnt, gesetzlich fest- gestellt sind und niemals erstreckt werden dürfen, sind die Frist

72) Bei der Bestimmung der Straßöhe ging die Praxis früher davon aus, daß nach der schwedischen Proceßordnung v. 10. Februar 1614 § 8 für die Qual eines vom Hofgerichte gefällten Endurtheils 100 Lhl. Silb. Mze. (= 50 Rthlr. Alb.) festgesetzt waren. Hiernächst wurde als Strafe für die Qual eines hofgerichtlichen Zwischenbescheides 25 Rthl. Alb., für die Qual landgerichtlicher Urtheile und Bescheide aber die Hälfte (25 u. 12½ Rthlr. Alb.) bestimmt. Nach dem Patent der livl. Govv.-Reg. v. 7. Mai 1801 beträgt ein Lhlr. Alb. 1 Rbl. 40 Cop. Silb.

*) Bayer § 145—153, Schmid § 90, Wegell § 68, Renaud § 82—86, Endemann § 117—119.

73) Die durch die Constitution des Hofgerichts v. 27. Januar 1725 eingeführte Frist von 5 Tagen für die Verhandlung dilatorischer Einreden wird von der Praxis nicht mehr beobachtet.

für die Anmeldung und für die Introduction eines ordentlichen Rechtsmittels, so wie für die sog. Zurückgewinnung des Ueberkauften ⁷⁴⁾ zu bezeichnen. Fristen, deren Dauer nach richterlichem Ermessen im einzelnen Falle bestimmt wird, kommen im livländischen Proceffe nur ausnahmsweise vor und conventionelle Fristen, welche aus der Uebereinkunft der Parteien hervorgehen, giebt es strenge genommen gar nicht, da eine derartige Uebereinkunft, die vorzugsweise die Abänderung oder Erstreckung gesetzlicher Fristen zum Gegenstande hat, erst durch die Genehmigung des Gerichtes wirksam wird.

Sind die Parteien am Gerichtsorte anwesend oder vertreten, so pflegt die Frist a dato des Decretes, sind sie dagegen vom Gerichtsorte abwesend, a dato insinuationis anberaumt zu werden ⁷⁵⁾. Gleichwohl werden die Fristen nicht nach dem Wortlaute mit Einschluß des Tages der Ausfertigung oder der Insinuation, sondern mit Ausschluß desselben berechnet, so daß der auf den Tag der Ausfertigung, beziehungsweise der Insinuation folgende Tag als erster Tag der Frist gilt. Das durch die schwedische Gesetzgebung eingeführte fatale von acht Tagen zur Anmeldung eines ordentlichen Rechtsmittels ⁷⁶⁾ beginnt gleichfalls erst mit dem auf den Tag der Insinuation des gravirlichen Decretes folgenden Tage seinen Lauf ⁷⁷⁾. Die Frist von einem Monate währt bis zu dem entsprechenden Tage des nächsten Monats. Fällt jedoch der Anfangspunkt der Frist auf einen letzten Montag, der dem nächsten Monate fehlt, so währt

74) Vgl. S. 29 fg. dieser Zeitschrift.

75) Vgl. *N* 8 der Präjudicien.

76) Landgerichts-Ordnung v. 30. Mai 1630 § 15: Sollte aber einer oder der andre mit dem Land-Gerichts Spruch nicht zufrieden seyn, und sich dadurch beschwert befinden, so soll ihm frey stehen, von solchem Spruche entweder stante pede oder innerhalb acht Tagen . . . zu appelliren. Vgl. L. L. p. 381 n. a.

77) Vgl. *N* 9 der Präjudicien.

die Frist nur bis zum Schluß des nächsten Monates ⁷⁸⁾). Fallen in den Lauf der Frist Gerichtsferien, so werden dieselben in die Frist eingerechnet (*tempus continuum*), fällt dagegen der letzte Tag auf einen Feiertag, so gilt die Frist als bis zum nächsten Gerichtstage erstreckt ⁷⁹⁾). Als Ende der Frist wird nach der Praxis der letzte Tag derselben bis zum Schlusse der Sitzung angesehen ⁸⁰⁾). Ein Termin beginnt an dem festgesetzten Tage mit der ordentlichen Gerichtszeit und gilt als versäumt, wenn die Partei zur festgesetzten Stunde oder vor Schluß der Sitzung nicht gegenwärtig war.

78) Königliche Resolution an alle Hofgerichte v. 6. März 1694: Carl u. s. w. Weil das schwedische Hoffgericht bey Uns mit einer unterthänigen Befragung eingekommen ist, wie es mit dem Comparitionstermine vor Unserer Justitiae Revision gehalten werden solle, wenn nämlich das Urtheil der Ober-Instanzen an dem letzten Tag von einigen den Monaten, welche von mehreren Tagen bestehen als der Monat, auf welchen der Termin einfällt und nicht so viel Tage hat, die da können respondiren solchem dato, publiciret worden, ob dann der suchende Part entweder soll genießen die vollständige Zahl der Tage von dem folgenden Monat, welche in dem vorhergehenden manquirten, oder ob der Termin soll eingeschränkt werden auf den letzten Tag von dem Monat, da derselbe einfällt; so haben Wir Uns darüber in Gnaden erklähret und Euch hiemit zur gehorsamen Nachricht zukommen lassen, daß Wir nicht für gerecht befinden ein solches Argument von dem folgenden Monat zuzulassen, sondern die fatalia gebührend bey dergleichen Decastionen allezeit eingeschränkt zu werden bis um 12 Uhr am letzten Tage des Monats da derselbe Termin einfällt. Somit ist der Sinn unseres Briefes dieser, daß Ihr in dergleichen Fällen nicht so wohl nach der Tage Zahl Euch zu richten habet, sondern, wenn etwas publiciret und ausgegeben wird am letzten Tage in dem einen Monat, so werden die fatalia gerechnet bis an den letzten Tag in dem Monat, da der Termin einfällt, obschon der Termin auf solchen Tag nicht einfällt, als die Sache ausgefertigt worden und ein oder der andere Tag fehlet.

79) Proceßstadga v. 4. Juli 1695 § 19: Fället der Tag, an welchem die Beschwerde bey denen Ober-Richtern eingelegt werden sollen, auff einen heiligen Tag, alsdann wird es biß zum nächsten Gerichts-Tage verschoben. L. L. p. 388: ausser diesem ist auch zu merken, wenn der achte Tag auff eynen Feiertag einfällt, daß die Fatalia alsdann biß Glocke 12 des darauff folgenden Tages offen bleiben.

80) Vrgl. N^o 9 u. 10 der Präjudicien.

Nach Verschiedenheit der Wirkung werden dilatorische und peremptorische Fristen unterschieden. Nur die letzteren sind mit einem processualischen Nachtheile im Falle der Versäumniß verbunden. Die dilatorischen Fristen sind in Livland stets zugleich pönale, indem sie unter Androhung einer Geldstrafe anberaumt werden ⁸¹⁾. Sie müssen zweimal vom Richter von amtswegen ⁸²⁾ wiederholt werden und zwar das erste Mal bei doppelter Poen und das zweite Mal unter Androhung der Präclusion, so daß der Regel nach, wenn nicht das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme macht, wie namentlich bei den Fristen für die Beweisantretung, erst die dritte Frist eine peremptorische ist. Es ist nicht zu verkennen, daß in dieser Einrichtung, nach welcher die Fristen durch wiederholte richterliche Erlasse erneuert werden müssen, ein wesentlicher Grund für die Vertheuerung, insbesondere aber für die Verzögerung der Prozesse liegt. Diesen Uebelständen, durch welche die neueren Proceßordnungen in Deutschland veranlaßt sind nur sofort peremptorische Fristen einzuführen, könnte in wirksamer Weise durch Beachtung der im gemeinen Rechte dem Richter

81) Vrgl. S. 28 Anm. 81 dieser Zeitschrift u. Prov.-Codex Bd. I, Art. 286.

82) Circular-Befehl der livl. Gouv.-Reg. v. 12. Januar 1826 sub N^o 177: Bei der Verpflichtung, welche den Behörden obliegt für die Fortstellung der bei denselben anhängigen Rechtsfachen Sorge zu tragen und diejenigen, welche Aufträge zu erfüllen oder das ihnen aufgegebenes Verfahren zu bewerkstelligen haben, auch ohne weitere Anregung dazu anzuhalten — kann es nicht gestattet sein, daß für die desfalls in Partensachen erlassenen Promotorialia, wenn sie durch die Nachsicht der Richterstühle veranlaßt worden, dem Rechtsuchenden irgend eine Canzelleigebühr angerechnet werde und wird demnach in Veranlassung eines dieserhalb von Sr. Erlaucht dem Herrn General-Gouverneur anher erlassenen Auftrages von der livl. Gouv.-Reg. Einem Kais. . . . Gerichte hierdurch die Weisung erteilt, nicht allein auf den unverzügerten Fortgang der bei demselben anhängigen Sachen zu sehen und nach Ablauf der präfixirten Termine unfehlbar die Säumigen zur Bewerksstellung des schuldigen Verfahrens unter Straf-Androhung anzuhalten, sondern auch darüber unerläßlich zu wachen, daß in dem vorbereiteten Falle unter keinem Vorwande irgend eine Canzelleigebühr von den Parten erhoben werde, etwaige Contraventionsfälle aber unerläßlich zu bestrafen.

ertheilten Befugniß gesteuert werden, die üblichen drei Fristen in eine einzige sofort peremptorische zusammenzuziehen⁸³⁾. Denn wenngleich dadurch jede einzelne Frist beträchtlich erweitert wird, so kommt dieser Uebelstand doch keineswegs gegen den Zeitverlust in Betracht, der erfahrungsmäßig mit der Wiederholung der Fristen verbunden ist. — Peremptorische Fristen können nicht mehr wiederholt, sondern nur auf Parteienantrag, vorausgesetzt daß dieser vor Ablauf der Frist übergeben worden und daß es sich nicht um ein Fatale handelt, erstreckt werden. Die Erstreckung soll nur aus erheblichen Gründen, die von der ansuchenden Partei sofort zu bescheinigen sind, gestattet werden⁸⁴⁾, wobei der Richter über die Dauer der zu gewährenden Frist nach billigem Ermessen erkennt. Nach der Praxis gilt die Frist, so lange

83) l. 68—70 D. de jud. 5, 1: Ad peremptorium edictum hoc ordine venitur, ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum, per intervallum non minus decem dierum, et tertium. l. 72 eod.: Nonnunquam autem hoc edictum post tot numero edicta, quae praecesserunt, datur, nonnunquam post unum vel alterum, nonnunquam statim, quod appellatur unum pro omnibus. Hoc autem aestimare oportet eum, qui jus dicit, et pro conditione causae, vel personae, vel temporis ita ordinem edictorum vel compendium moderare. Brgl. l. 53 § 1 D. de re jud. 42, 1 u. l. 8 u. 9 C. quam et quando 7, 43.

84) Hofg.-Publication v. 20. Januar 1802: daß nur aus erheblichen und gehörig erwiesenen Gründen Dilation verstattet werden soll, wenn aber kein solcher Grund vorhanden, die comminirte Poen, wenn gleich terminus salvirt worden, festgesetzt und das Praejudicium, so angedroht worden, in Effect gebracht werden wird. — Publication v. 6. Juni 1805: Daß die vierte Dilation nie andres nachgegeben werden soll, als wenn die Beobachtung des dritten Termines nicht wohl möglich gewesen, daher unfehlbar im entgegengesetzten Falle mit der Präclusion verfahren werden wird. — Publication v. 16. Decbr. 1806: Da ferner bemerkt worden, daß öfners zum vierten mal Dilation gesucht wird, so wird denen Parten und Advocaten zu wissen gegeben, daß solche nicht mehr stattfinden werden, sondern sie sich selbst beizumessen haben, wenn die Präclusion gegen sie festgesetzt wird, wobei jedoch in ganz außerordentlichen Fällen, wenn docirt worden, daß das Verfahren gar nicht möglich gewesen, eine Ausnahme eintreten kann.

der Richter über das Erstreckungsgesuch noch nicht erkannt hat, als salvirt ⁸⁵⁾. — Um das Verfahren zu vereinfachen, soll das Erstreckungsgesuch mit der Einwilligung des Gegners versehen überreicht werden ⁸⁶⁾. Ist diese nicht zu erlangen, so bringt das Hofgericht das Gesuch unter Auseraumung einer kurzen Frist zum Anschlag, nach deren Ablauf der Gegner, wenn er nicht protestirt hat, als zustimmend angesehen wird ⁸⁷⁾. Die Landgerichte pflegen das vom Gegentheil nicht mit unterzeichnete Erstreckungsgesuch demselben binnen kurzer Präklusivfrist zur Erklärung zuzufertigen. Ausführliche Vorschriften über das Verfahren der Landgerichte in Beziehung auf die Fristerstreckungsgesuche enthält die Constitution des livländischen Hofgerichtes vom 31. August 1818 ⁸⁸⁾.

§ 5.

Die Contumacialnachtheile *).

Hat die Partei die ihr obliegende Handlung innerhalb der dazu angeordneten Zeit entweder gar nicht oder nicht gehörig vorgenommen, so trifft sie in jedem Falle der Nachtheil, daß

85) Vgl. № 11 u. 12 der Präjudicien.

86) Hofg.-Const. v. 27. October 1797 u. 2. Juni 1806: Durch eine hieselbst ergangene hohe Ukase v. 16. Mai v. J. siehet sich das Kaiserl. Hofgericht veranlaßt den Rechtsuchenden aufzugeben: 1) wenn selbige Dilationen suchen jedesmahl, wenn ein Gegner vorhanden, dessen Consens unter dem Gesuche zu dociren, im Falle aber der Consens verweigert wird, 2) die geschlichen Gründe, welche ihnen die Dilation verschaffen sollen, anzuführen und zu erweisen und dabei, daß der Consens verweigert worden, anzuzeigen, damit das Kaiserl. Hofgericht alsdann die Ursachen beprüfen und darauf statuiren könne.

87) Hofg.-Const. v. 23. Oct. 1806: Daher denn das Kaiserl. Hofgericht hierdurch festgesetzt, daß die Dilationsgesuche, auf welchen der Consens des Gegners nicht befindlich, in Anschlag gebracht und bei selbigem bekannt gemacht, der ausbleibende Gegner aber für tacite consentirend angesehen werden soll.

88) Dieselben werden jedoch von der Praxis nicht mehr streng beobachtet.

*) Bayer § 154—160, Schmid § 91, Wegell § 49, Renaud § 165 u. 166, Endemann § 123—125.

ste die durch den Ungehorsam veranlaßten Kosten zu tragen hat (*poena contumaciae generalis*), außerdem aber sind die Contumacialnachteile verschieden, je nachdem die für die Erfüllung der richterlichen Auflage gegebene Zeit eine dilatorische oder peremptorische war. Bei einer dilatorischen Auflage verwirkt die ungehorsame Partei die mit derselben zugleich angedrohte Poen, welche das erste Mal bei den Landgerichten 1 Rbl. 50 Kop. Silb. und bei dem Hofgerichte 14 Rbl. S. beträgt. Bei Anberaumung einer wiederholten Frist wird der Betrag der Poen verdoppelt. — Bei einer peremptorischen Auflage bestehen die Contumacialnachteile, je nachdem die richterliche Auflage sich auf eine für den Fortgang des Processes nothwendige oder aber auf eine zum Vortheil der Partei gereichende Handlung bezieht, entweder in der Fiktion, daß die Handlung in irgend einer Weise vorgenommen sei oder in der Strafe des Ausschlusses mit derselben (*poena praeclusionis*). Ersteres findet bei unterlassener Einlassung, so wie bei unterlassener Erklärung über die Richtigkeit einer Urkunde statt, letzteres der Regel nach bei allen Handlungen, die nach der Einlassung von den Parteien vorzunehmen sind.

Abweichend von dem gemeinen Rechte, in Uebereinstimmung dagegen mit den neueren Proceßordnungen Deutschlands, nimmt die Praxis in Livland an, daß die Contumacialnachteile sofort eintreten, sobald die Frist versäumt worden, ohne daß es einer vorgängigen *accusatio contumaciae* bedarf⁸⁹⁾. In der Con-

89) Bescheid des Hofgerichtes v. 12. Novbr. 1807 in Querelsachen des Dörptschen Löpferältermanns F. Brißke wider den Colleg.-Assessor L. F. v. Wildenhayn: Anderentheils giebt das Landgericht in seiner Erklärung die Bescheinigung, daß es dort *praxcos* ist, so lange nicht noch auf die Präclusion erkannt worden, auch nach abgelaufenem Präclusiv-Termin Schriften anzunehmen. Wenn gleich eine solche Praxis fehlerhaft ist u. s. w. — Dieser Bescheid war die Veranlassung zum Erlaß einer Publication von Seiten des Dörptschen Landgerichtes d. d. 23. Novbr. 1807, in welcher es heißt: Von Einem Kaiserl. Dörptschen Landgerichte wird desmittelft . . . eröffnet, wie

sequenz dieser Annahme liegt es, daß der Richter die eo ipso eingetretene Präclusion sofort nach abgelaufener präclusivischer Frist in einem proceßleitenden Decrete oder in Verbindung mit einer anderweitigen den Fortgang der Sache betreffenden Verfügung auszusprechen befugt ist. Während diese Consequenzen von einzelnen Landgerichten noch gegenwärtig befolgt werden, hat das Hofgericht in den angeführten Beziehungen durchaus abweichende Grundsätze ausgesprochen⁹⁰⁾. Nach denselben soll für den Fall, daß ein Contumacialantrag eingeht, ehe der Richter die Präclusion von amtswegen ausgesprochen hat, dieser stets der Gegenpartei zur Erklärung mitgetheilt werden, damit sie Gelegenheit erhalte die ihr etwa zur Seite stehenden gesetzlichen Entschuldigungsgründe ihres Ungehorsams zur Kenntniß des Richters zu bringen. Ferner soll über die Präclusion und über die Folgen der Contumaz in zwei verschiedenen Decreten

dieses kaiserliche Gericht sich veranlaßt gesehen den bisher hieselbst stattgehabten Gerichtsgebrauch . . . nach verstrichenem Präclusiv-Termine, so lange noch kein Bescheid ergangen, Schriften anzunehmen, . . . da dieser Gerichtsgebrauch fehlerhaft ist, dahin abzuändern, daß von nun an die Präclusion gleich nach Ablauf des Präclusiv-Termines eintreten und sobald keine Schrift mehr angenommen werden soll.

90) Vgl. N^o 13 u. 14 der Präjudicien u. Rescript des k. Hofgerichts an das Rigafche Landgericht v. 31. März 1848: Hinsichtlich der im Fall eines Präclusionsantrages der einen Partei von der anderen, vor Feststellung der Präclusion einzureichenden Erklärung, so erscheint es allerdings unerlässlich, daß diese Erklärung vor der Präclusion erfolge. Die dadurch veranlaßte Verzögerung kann jedoch leichtlich gänzlich vermieden werden, wenn die Behörde selbst, wie es ihre Pflicht ist, die Verschümmiß der eingefallenen Termine in genugsame Attention nimmt. Denn wenn über sämmtliche den Parteien gesetzte Termine ein genaues und richtiges Register geführt, von dem damit beauftragten Beamten jedesmal über die Frustrirung eines Termines von Seiten der Partei der Behörde sofort Anzeige gemacht und von letzterer darauf, wie ihr zuständig ist, nach Maßgabe der Umstände entweder ein Iterat zu erlassen oder aber die verwirkte Präclusion durch Decret auszusprechen verfügt und dies Verfügen sofort in Ausführung gebracht wird, so ist einzusehen, daß durch dies Verfahren, wie einerseits zu solcher Präcludirung es überhaupt eines Präclusionsantrages der einen Partei nicht bedarf, andererseits auch die Verzögerung durch eine darauf einzuziehende Erklärung der anderen gänzlich vermieden wird.

erkannt worden, damit dem Contumacirten Gelegenheit gegeben werde gegen die Zulässigkeit der Annahme der Präclusion ein Rechtsmittelverfahren einzuleiten, welches ihm sonst, wenn zugleich in der Sache erkannt wird, nach der Rechtsregel *contumax non appellat*, entzogen wäre. Gegen diese Ordnung des Contumacialverfahrens lassen sich jedoch folgende Bedenken erheben. So lange der Grundsatz gilt, daß der Richter die Präclusion von amtswegen auszusprechen befugt sei, kann an dieser Befugniß durch den zufälligen Umstand, daß ein Contumacialantrag eingegangen ist, nichts geändert werden. Ein solcher Antrag kann nur die Bedeutung haben die richterliche Amtsthätigkeit anzuregen und bedarf schon aus diesem Grunde keiner Mittheilung an den Gegner (vgl. § 1 A.). Auch bedarf es nicht der Anberaumung einer besonderen Frist für die Geltendmachung gesetzlicher Entschuldigungsgründe, da jede Präclusion unter dem selbstverständlichen, häufig ausdrücklich durch die Formel: *usque ad legalia* hervorgehobenen Vorbehalte des rechtzeitigen Nachweises derselben, ausgesprochen wird. — Was ferner die Forderung eines besonderen, dem Decrete in der Sache selbst vorausgehenden Präclusionsbescheides betrifft, so wird dieselbe keineswegs durch die geforderte Rücksicht auf den dem Contumacirten zu gewährenden Rechtsschutz gerechtfertigt, da ein bei unrechtfertiger Annahme der Präclusion ergangenes Contumacialurtheil nichtig ist und daher ungeachtet der Regel *contumax non appellat* gemeinrechtlich mit der Appellation⁹¹⁾, nach livländischem Rechte aber mit der Nichtigkeitsbeschwerde jederzeit angefochten werden kann.

Das ältere Proceßrecht stellte die Gründe fest, welche das Ausbleiben der Parteien im Termine entschuldigten⁹²⁾ und

91) Wehell § 54 Anm. 42, Endemann § 232 Anm. 6.

92) Mittleres Ritterrecht c. 124, Proceßstadga v. 4. Juli 1695 § 2 u.

die Anwendung der Contumacialnachtheile ausschlossen. Bei dem Verfahren in Fristen vermögen diese Gründe jedoch nicht die Versäumniß zu entschuldigen, sondern können nur Veranlassung zu einem Gesuche um Erstreckung der Frist geben. Nur der Tod der zur Vornahme einer Handlung verpflichteten Partei entkräftet die richterliche Auflage, falls der Verstorbene nicht behufs seiner Vertretung eine Vollmacht sub clausula heredum ausgestellt hatte. Nach Vorschrift des Hofgerichts sollen, außer in solchen Sachen, die nur gegen die Person gerichtet sind, keine Vollmachten ohne die clausula heredum entgegengenommen werden ⁹³⁾.

Zweite Abtheilung.

Das Verfahren in erster Instanz.

§ 6.

Das gemeine und das livländische Proceßverfahren im Allgemeinen.

Die Verschiedenheiten in der Struktur des gemeinen und des livländischen Proceßverfahrens in ihrer gegenwärtigen Gestalt erklären sich aus dem Umstande, daß beide Proceße sich in vielfacher Beziehung abweichend von ihrem gemeinsamen Aus-

93) Hofg.-Const. v. 23. Februar 1707: daß die Advocaten von ihren Principalen in denen Fällen, wo nicht actio personalis ex delicto obhanden, sich Vollmacht nicht nur auf ihrer, der Principalen Person allein geben, sondern die mandata auch auf des Principalen Erben ihnen sollen extradiren und ertheilen lassen, damit diese in casum mortis des Principals nichts desto weniger litem, wofern die Erben nicht expresse der Actionen renunciiren sollten, sofort zu assumiren gehalten und folglich sie als mandatarii ohne Erwartung anderweitiger Vollmacht die Sache sonder muthwilligen Verschlepp und Aufenthalt prosequiren mögen. Im widrigen die des Königlich Hofgerichts Constitution zuwider laufende mandata nicht angenommen, sondern rejiciret werden sollen. — Vgl. die Constitutionen des Hofg. v. 7. März 1724 u. 20. Januar 1802 § 2.

gangspunkte: der auf römisch-canonischer Grundlage beruhenden Proceßtheorie zu Anfang des 17. Jahrhunderts, entwickelt haben. Nach der letzteren zerfiel das Verfahren ebenso wie im canonischen Proceß in zwei Hauptabschnitte, welche durch die Litiscontestation von einander getrennt waren. In dem ersten wurde über die dilatorischen und gewisse peremptorische Einreden — die sog. proceßhindernden Einreden — verhandelt und entschieden, wogegen der zweite die Erörterung und Entscheidung der Hauptsache zum Gegenstande hatte. In beiden Abschnitten aber gab es kein von dem Vorbringen der Behauptungen getrenntes Beweisverfahren, die Beweisführung schloß sich vielmehr unmittelbar an die betreffenden Behauptungen an. Es wurde daher nicht, wie jetzt, den Parteien der Beweis in einem bestimmten Stadium des Proceßes auferlegt, sondern jede Partei konnte sich, sobald ihre Behauptungen vom Gegentheile geleugnet wurden, zum Beweise derselben erbieten.

Die veränderte Gestalt, welche der gegenwärtig geltende gemeine Proceß im Vergleich zum Proceß zu Anfang des 17. Jahrhunderts angenommen hat, ist vorzugsweise darauf zurückzuführen, daß die durch die deutschen Reichsgesetze im weitesten Umfange ausgebildete Eventualmaxime in den gemeinen Proceß übergegangen ist, so wie, daß derselbe den im sächsischen Particularrecht ausgebildeten Grundsatz der Verweisung der Beweise in ein besonderes Proceßstadium aufgenommen hat. Indem nunmehr in Folge der Eventualmaxime die sämtlichen Vertheidigungshandlungen des Beklagten und zwar sowohl die Einreden als die Einlassung mit einander cumulirt werden müssen, fallen die früher durch die Litiscontestation getrennten beiden Abschnitte in einen einzigen zusammen, wogegen dadurch, daß die Erörterung der von beiden Seiten und zwar nicht nur in der Klage und Erklärung, sondern auch in der Replik und Duplik u. s. w. vorgebrachten Thatsachen durch das dazwischenliegende Beweisurtheil von dem Beweisverfahren getrennt wird,

ein neuer Abschnitt hervorgetreten ist, so daß der Proceß seitdem in ein erstes und ein Beweisverfahren zerfällt.

In Livland dagegen hat sich die Trennung des Verfahrens über die Einreden von dem über die Hauptsache bis auf den heutigen Tag erhalten, indem die Eventualmaxime niemals in dem Umfange Eingang gefunden hat, daß Einreden und Einlassung mit einander verbunden werden müssen. Die dadurch gebildeten Abschnitte werden als indirektes oder Zwischenverfahren und als direktes oder Hauptverfahren von einander unterschieden. Hinsichtlich des Hauptverfahrens gilt der Grundsatz, daß jeder Partei nur zwei Schriftsätze zustehen sollen, nämlich einerseits die Klage und die Replik und andererseits die Einlassung und die Duplik. Nach der Duplik ist kein weiteres schriftliches Verfahren, wohl aber war früher noch eine mündliche Verhandlung gestattet⁹⁴⁾, welche mündliche Conferenz hieß und sich in Estland noch bis auf den heutigen Tag erhalten hat, in Livland aber, seitdem das terminliche Verfahren außer Übung gekommen, durch die Praxis vollständig beseitigt ist. In Beziehung auf das Zwischenverfahren, sowie für den Fall, daß der Beklagte Einreden in Verbindung mit der Einlassung vorschüßt, tritt insofern eine Abweichung von den angegebenen Regeln ein, als der Kläger nach dem Grundsatz *reus excipiendo fit actor*⁹⁵⁾

94) Proceßstadga v. 4. Juli 1695 § 4: Und weiln die bißhero gebrachte weitläufftige und unnöthige Schriftwechselungen grosse Irrung, Unordnung und Beschwer so wol vor dem Richter als vor die Partien verursachet haben, so lassen Ihre Königl. Majest. wohl zu, daß nun nach diesem als zuvor zweene Schrifften von jedem Part eingelegt werden mögen; doch so, daß solches in aller möglichen Kürze und deutlich geschehe, worauff hernach die Partien zum mündlichen Verhör ein oder mehrmahlen kommen mögen, wofern sie solches begehren oder auch das Gericht es zu seiner Erleuchtung vor nöthig erachtet. — Vgl. auch § 14 der Proceßstadga u. die Citate in Anm. 96.

95) L. L. p. 306 n. *): Heutiges Tages aber gebühret regulariter dem Kläger die Probation zu führen . . . es sey denn, daß der Kläger . . . durch die Litißcontestation oder Exception gleichsam Anctor wird. — Vgl. l. 1 D. de except 44, 1, l. 19 pr. D. de probat. 22, 3.

jedesmal über die vorgeschügten Einreden gehört werden muß. Solches geschieht durch Einforderung der sog. Elisionschrift. Die nach derselben folgenden beiden Satzschriften heißen *salvatio* und *ulterior elisio*. — Ein von der Erörterung der Thatsachen getrenntes Beweisverfahren gab es in Livland ursprünglich nicht, vielmehr lag es den Parteien ob ihre Behauptungen sogleich durch Beweismittel zu unterstützen. Bestanden dieselben in Documenten, so sollten sie wo möglich schon der Klage und Erklärung, spätestens aber der Replik beigelegt werden, indem *ultra replicam* kein Documentenbeweis mehr zugelassen wurde⁹⁶⁾. Hinsichtlich des Zeugenbeweises verordnen die älteren Quellen nur, daß behufs Erbringung desselben den Parteien auf ihre Bitte Dilation gewährt werden solle⁹⁷⁾, wogegen die späteren Quellen eine bestimmte Frist festsetzen, innerhalb deren die Parteien ihren Zeugenbeweis anzutreten haben. Diese Frist wurde, da nach Bestimmung des canonischen Rechtes vor der *litiscontestatio* im Hauptverfahren ein Zeugenbeweis unzulässig ist⁹⁸⁾, von der stattgehabten Einlassung ab berechnet, so daß der Zeugenbeweis seine Stelle zwischen der Einlassung und der Replik angewiesen erhielt. Dadurch hat die Beweisfrist, die nach der neueren Praxis in jedem Falle besonders vom Richter anberaunt werden muß und mit Ausnahme der Urkunden auch für die

96) Hofg.-Const. v. 24. März 1666 § 1: Daß nämlich hinfüro Actor äußerster Möglichkeit nach seinen Beweißthum beim Libello und Reus bei der Exception alle seine zur Sachen gehörige Documenta und Probationes beibringen und darauf mit der Replica und Duplica schließen, *ultra replicam* keine Documente und *ultra Duplicam* aber keine Schriften mehr admittirt, sondern alsofort rejiciret . . . werden sollen. — Vgl. Hofg.-Const. v. 15. Februar 1669 u. Seerecht tit. VIII c. 7.

97) Hofgerichts-Ordnanz v. J. 1630 § 26, Landgerichts-Ordnanz v. J. 1632 § 19 u. 20, Proceßstabga v. 4. Juli 1695 § 11. Vgl. S. 32 Anm. 96 dieser Zeitschrift.

98) *X. ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionem etc.* 2, 6. Ausdrücklich wiederholt findet sich diese Regel in den Riga'schen Statuten Lib. II cap. 19 § 1 u. cap. 20 § 1.

übrigen Beweismittel gilt, ihre Stellung zwischen der Einlassung und der Replik erhalten. Indem der Beweis so mitten in die Verhandlung des Rechtsstreites hineingeschoben wurde, mußten Replik und Duplik eine wesentlich andere Bedeutung erhalten als ihnen nach gemeinem Rechte zukommt. Während dieselben nach letzterem dem Beweisverfahren vorausgehen und zur näheren Feststellung des Streitgegenstandes dienen, sind sie nach livländischem Rechte die Schlusschriften, in denen die Parteien ihre Rechte aus dem geführten Beweise deduciren. Demnach zerfällt der Proceß gegenwärtig in drei Abschnitte, von denen der erste die Feststellung des *status causae et controversiae*, der zweite den Beweis der bestrittenen Thatsachen und der dritte die schließliche Deduktion zum Gegenstande hat. Diese Abschnitte finden sowohl in dem Hauptverfahren, als in dem Zwischenverfahren statt, sofern in dem letzteren Einreden verhandelt werden, die eines Beweises bedürfen.

I. Das vorbereitende Verfahren.

§ 7.

Die Klageschrift *).

In Livland hat nur die summarische Klage, die auch für das gemeine Recht durch den jüngsten Reichsabschied zur Regel erhoben worden, nicht die articulirte Klage des älteren Rechtes Eingang gefunden. Hinsichtlich der äußeren Form derselben sind die für die Parteihandlungen im livländischen Proceß überhaupt geltenden Vorschriften zu beobachten, während in Beziehung auf den Inhalt die Grundsätze des gemeinen Rechtes, die zum Theil in den einheimischen Quellen ausdrücklich wiederholt werden, zur Anwendung kommen. Demnach ist zwischen dem Rechtsgrunde, der jedoch in der Regel einer ausdrücklichen Erwähnung

*) Bayer § 163—171, Schmid § 95, Wegell § 16, 63 und 70, I, Renaud § 88, Endemann § 164—167.

nicht bedarf, und dem thatsächlichen oder historischen Fundamente der Klage zu unterscheiden, an welche Bestandtheile sich das Gesuch als die Folgerung aus denselben anschließt⁹⁹⁾). Mit dem Hauptgesuche sind etwaige Nebengesuche wegen Verurtheilung des Beklagten zu den Accessionen zu verbinden, da der Richter nach livländischem Rechte von amtswegen auf dieselben zu erkennen nicht befugt ist. Die livländischen Rechtsquellen erwähnen speciell die Verzugszinsen¹⁰⁰⁾, Schäden und Proceßkosten¹⁰¹⁾ und bestimmen, daß auch eine Nachforderung derselben ausgeschlossen sein soll. Die Früchte werden nicht ausdrücklich genannt, jedenfalls gelten aber für sie dieselben Grundsätze. Lassen sich die Accessionen zur Zeit der Anstellung der Klage nicht mit Bestimmtheit angeben, so genügt der Vorbehalt der Angabe derselben am Schlusse des Processes oder der Vorbehalt der Einleitung eines besonderen Liquidationsverfahrens.

Mit jeder Klage muß gleichzeitig eine Bescheinigung der örtlichen Kreisrentei über geschene Einzahlung der Klageposchlin im Betrage von 1 Rbl. 80 Cop. Silb. zur Kronscasse übergeben werden. Diese Poschlin wird nur einmal erhoben, auch wenn eine subjektive Klagenhäufung stattfindet¹⁰²⁾.

Unter den zufälligen Bestandtheilen der Klage, wie namentlich den Recusations-Anträgen, den Gesuchen um Ertheilung des Armenrechtes und dergl. ist besonders die Bestellung der cautio pro damno et expensis hervorzuheben. Da nämlich

99) Hofg.-Ordnung v. J. 1630 § 21, 1: Sollen sie (die Kläger) gründlich . . . das Factum selbst fürbringen, woraus die Action und die Forderung an ihm selbst herleucht und ihren Ursprung hatt: und wann die Sache an ihm selber also mit allen ihren Umständen zur erkennen gegeben worden, hernach ihr Bitt und Begehren setzen und was sie mit Recht zur fordern zu haben vermeinen.

100) Prov.-Codez Bd. III, Art. 3421.

101) Bzgl. Num. 46.

102) Ewob der Reichsgesetze Bd. X Abth. II Art. 1735 u. 1736 u. Beilage zum Art. 58 der Regeln, betreffend das Einschließen der Reichs-Revermien u. die Bewerksstellung der Reichs-Ausgaben § 20 u. 21.

nach livländischem Rechte nur der mit einem Immobil im livländischen Gouvernement Bestfliche von derselben befreit ist¹⁰³), der Unbestfliche aber zur Bestellung derselben in jedem Falle auf Antrag des Beklagten angehalten werden kann, selbst wenn sie nur juratorisch geleistet zu werden braucht¹⁰⁴), wie von Seiten der Armenpartei, so pflegt der Cautionspunkt, um die Kosten eines Incidentverfahrens zu vermeiden, von dem unbestflichen Kläger regelmäßig schon in der Klageschrift erledigt zu werden, ohne daß ein Antrag des Gegners in dieser Beziehung abgewartet wird.

Mit der Caution für Schäden und Kosten ist auch die für die Widerklage, falls der Kläger seinen persönlichen Gerichtsstand vor einem anderen Gerichte hat, zu verbinden¹⁰⁵), da die letztere nach der Praxis nicht, wie im gemeinen Proceffe¹⁰⁶), erst in Bezug auf die bereits angebrachte, sondern in Bezug auf die erst anzubringende Widerklage bestellt werden muß¹⁰⁷).

Die Vorschrift des Hofgerichtes, daß der Klage ein Citationsgesuch beizufügen sei, stammt aus der Zeit des terminlichen Verfahrens her¹⁰⁸). Obgleich im rein schriftlichen Proceß ein Termin zur Klageanstellung nicht anberaumt wird und daher eine Citation im eigentlichen Sinne des Wortes nicht mehr vorkommt, so fordert das Hofgericht doch noch die Ueberreichung eines Citationsgesuches zugleich mit der Klage, wogegen dasselbe bei den Landgerichten nicht mehr als unbedingt nothwendig gilt.

103) Vgl. *N* 16 der Präjudicien.

104) Landgerichts-Ordnung v. J. 1632 § 16: Niemand, der bestflich, soll mit Caution beschwert, die unbestflichen aber, wo sie keine Bürgen haben oder mit Pfändern caviren können, ad juratoriam gelassen werden.

105) Vgl. *N* 15 der Präjudicien.

106) Renaud S. 128.

107) Vgl. *N* 19 der Präjudicien.

108) Vgl. S. 39 Anm. 108 dieser Zeitschrift u. L. L. p. 386 n. b.

§ 8.

Das richterliche Decret auf die Klage *).

Liegt kein Grund für eine sofortige Zurückweisung der Klage vor, so wird dieselbe dem Beklagten zur Erklärung binnen bestimmter Frist und unter Androhung der Folgen für den Fall der Versäumniß im Duplicate zugefertigt. Mit dieser Aufforderung wird, wenn der Beklagte nicht am Gerichtsorte anwesend ist, die Anweisung an denselben verbunden behufs Betreibung der Sache entweder persönlich zu erscheinen oder einen gehörig legitimirten Bevollmächtigten aus der Zahl der beim Gerichte recipirten Advocaten zu bestellen ¹⁰⁹). Das Hofgericht und die Landgerichte des lettischen Districts bedienen sich für dieses Decret der Form des früher üblichen Citationsbefehles, jedoch mit der Abänderung, daß in demselben nicht mehr ein Termin, sondern eine Frist für die Ueberreichung der Erklärung anberaunt wird ¹¹⁰). Diese Frist ist gegenwärtig ¹¹¹) ohne alle Rücksicht auf die Entfernung des Aufenthaltsortes des Beklagten, stets eine sechswoöchige. Dieselbe ist offenbar aus der Zusammensetzung der für die Citationen vorgeschriebenen dreimaligen Frist von vierzehn Tagen ¹¹²) entstanden. Die Commination für den Fall der Versäumniß lautet stets: *sub poena praecclusi, confessi et convicti*. — Die Landgerichte des estnischen Districts pflegen die Klage dem Gegentheile mittelst einfachen Rescriptes zur Erklärung zuzusenden ¹¹³). Zu bedauern ist, daß dabei nicht selten von der Regel,

*) Bayer § 172—175, Schmid § 96, Wegell § 45, Renaud § 198, Endemann § 168.

109) Proceßtabga v. 4. Juli 1695 § 15, vgl. Anm. 58.

110) Vgl. S. 39 u. 40 dieser Zeitschrift.

111) Ueber die Vorschriften des älteren Rechts zur Zeit des terminlichen Verfahrens vgl. S. 27 Anm. 77 dieser Zeitschrift.

112) Dasselbst S. 26 Anm. 74.

113) Dasselbst S. 41.

die Frist für die Beantwortung der Klage auf sechs Wochen unter Androhung des Zugeständnisses für den Fall der Versäumnis anzuberaumen, abgewichen wird und statt dessen häufig kürzere Fristen unter Androhung einer Geldpön oder aber der bloßen Präclusion festgesetzt werden, wo dann, sobald die Voraussetzungen der Präclusion eintreten, eine negative Litißcontestation von Seiten des Beklagten fingirt werden muß, — eine Fiktion, die nur zu oft eine von Seiten des Beklagten beabsichtigte Proceßverzögerung begünstigt.

In Beziehung auf die Insnuation des Citationsbefehles, resp. des Auftrages zur Erklärung gelten folgende Grundsätze: Ist der Beklagte im Gerichtsbezirke anwesend, so wird der Citationsbefehl behufs der Insnuation entweder dem Kläger eingehändigt oder auf dessen Bitte dem Beklagten durch den Gerichtsdienner oder die örtliche Polizei zugesandt ¹¹⁴⁾. Das Hofgericht beauftragt in der Regel das competente Untergericht mit der Insnuation. Die Zustellung soll zu passender Tageszeit in der Wohnung des Beklagten und zwar in der Regel zu eigenen Händen (*ad manus, in faciem*) gegen Ausstellung eines datirten Empfangscheines erfolgen. Läßt sich jedoch der Beklagte daselbst nicht treffen, so findet die Zustellung an die Hausgenossen statt und wenn auch dies sich als unthunlich erweist, so wird der Befehl an die Hausthüre angeschlagen (*insinuatio ad domum* ¹¹⁵⁾). Ist der Beklagte nicht im Gerichtsbezirke

114) Hofg.-Const. v. 6. Dec. 1673 § 2, vgl. S. 27 Anm. 74 dieser Zeitschrift u. Prov.-Codex Bd. I, Art. 190—192.

115) Landgerichts-Ordinanz v. 1. Februar 1632 § 8: Dieselbe (die Citation) soll . . . entweder dem Beklagten selber Person oder in seinem Hause und Gewarhsam insnuirt werden. — Secrecht tit. VIII c: 3 § 1: Gehet der, welcher angeklaget wird, aus dem Wege u. will sich nicht finden lassen, so soll die Citation in dem Hause, da er wohnt, niedergelegt werden und selbiges ebenso gültig sein als wenn er zur Stelle gewesen. — Proceßstabga vom 4. Juli 1695 § 1 u. L. L. p. 335 n. b: Wenn ein Part vorgeladen werden soll, kann man ihm die schriftliche Citation zu Händen stellen oder auch mündlich ansagen, wo er auch anzutreffen ist, es sey entweder bey der

anwesend, so ist das seinem Aufenthaltsorte nach competente Gericht wegen Verwerflichkeit der Insinuation zu requiriren. Ist der Aufenthaltsort des Beklagten gänzlich unbekannt, so erfolgt eine Ediktalladung durch Anschlag des Ladungsbefehles an den Gerichtsthüren¹¹⁶⁾ und Bekanntmachung desselben sowohl in der Gouvernementszeitung, als auch in der Senatszeitung und nöthigenfalls auch in einer ausländischen Zeitung¹¹⁷⁾.

Mit der Mittheilung der Klage an den Beklagten sind dieselben Wirkungen wie nach gemeinem Rechte verbunden.

§ 9.

Die Vertheidigung und der Gegenangriff des Beklagten *).

Die materiellen Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Vertheidigung und des Gegenangriffes von Seiten des Beklagten entlehnt der livländische Proceß vollständig dem gemeinen Rechte. Es genügt daher in dieser Hinsicht eine kurze Bezugnahme auf das letztere.

A. Die Vertheidigung des Beklagten bezweckt entweder eine vorläufige Abweisung der Klage (*absolutio ab instantia*) oder die Zurückweisung derselben auf immer (*absolutio ab actione*).

Kirche auff dem Lande oder in seinem Hause oder Hofe oder auch an dem Orte, wo er seinen Dienst, Einquartierung oder Wohnstelle hat und kan die Citation an seine Hauß-Thür, wenn er sich sonst nicht finden läßet, angeschlagen werden. Hofg.-Const. v. 8. Mai 1669 f. S. 29 Num. 84 dieser Zeitschrift. — Vrgl. I. 4 § 5 D. *damni inf.* 39, 2, c. 3 Clem. de elect. 1, 3, c. 1 Clem. de foro comp. 2, 2, c. 3 X. de dolo et cont. 2, 14, c. 4 X de eo, qui in poss. mitt. 2, 15.

116) Seerecht tit. VIII c. 3 § 1: Hat er selbst (der zu Ladende) kein Haus und keiner weiß an welchem Orte er zu finden ist, so soll er durch öffentlichen Anschlag, daß es jedermanniglich vorgelegen und abgekündigt werde, citiret werden.

117) Svob Bd. X Abth. 2 Art. 271 u. 287 u. Patent der livl. Gouv.-Reg. v. J. 1867 Nr 12 u. 13.

*) Bayer § 176—201, Schmid § 97—102, Weßell § 14 u. 17, Renard § 89—93 u. 199—201, Endemann § 169—174.

- 1) Die Verteidigung der ersten Art geschieht durch das Vorbringen dilatorischer Einreden, welche entweder einen processualischen Mangel (processualische Einreden) hinsichtlich des Gerichtes ¹¹⁸⁾ (gerichtsablehnende Einreden), hinsichtlich der Proceßfähigkeit der Parteien oder ihrer Vertreter ¹¹⁹⁾ oder hinsichtlich der Förmlichkeiten des Verfahrens ¹²⁰⁾ betreffen oder aber den Nebenbestimmungen des Anspruches selbst entnommen sind ¹²¹⁾.
- 2) Die Verteidigung der zweiten Art ist in verschiedener Weise möglich und zwar, indem der Beklagte:
- a) Die Existenz eines Rechtsgrundes der angestellten Klage bestreitet, diese also selbst unter Voraussetzung der Wahrheit des historischen Klagegrundes als unbegründet zurückweist (sog. rechtliche Gegendeckung).
 - b) Die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen sämmtlich oder zum Theil leugnet (Litiscontestation).
 - c) Der Klage neue selbständige thatsächliche Behauptungen entgegenstellt, wodurch der Klageanspruch ganz oder zum Theil unwirksam wird, sei es nun, daß diese Thatsachen der Klage schon mit deren Entstehung entgegenstehen und somit ihre Wirksamkeit von

118) *exceptio iudicis seu fori incompetentis, iudicis inhabilis seu suspecti, litis pendentis, praeventionis.*

119) *exceptio deficientis personae standi in iudicio, deficientis legitimationis ad praxin vel ad processum.*

120) *exceptio libelli obscuri seu inepti, illicitae cumulationis actionum, non rite formati processus, deficientis cautionis pro expensis, pro reconventionem.*

121) *exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, excussionis, divisionis, non adimpleti contractus (vgl. Präv.-Cobeg Bb. III, Art. 3213).*

Anfang an behindern ¹²²) oder daß sie erst in einem späteren Momente existent geworden sind und somit die Wirksamkeit des Klageanspruches vernichten ¹²³). (Peremptorische Einreden).

B. Ein Gegenangriff findet statt, wenn der Beklagte in dem gegen ihn rechtshängigen Prozesse bei demselben Richter Gegenforderungen anbringt, um seinerseits eine Verurtheilung des Klägers zu bewirken (Widerklage).

§ 10.

Das Verfahren auf Grund der Vertheidigungshandlungen des Beklagten.

1) Das Zwischenverfahren.

Im holländischen Proceß hat sich der Grundsatz ausgebildet, daß sowohl alle dilatorischen als peremptorischen Einreden von der Verpflichtung zur Einlassung befreien ¹²⁴). Dem Beklagten muß daher, wenn er sich durch dilatorische oder peremptorische Einreden allein vertheidigt hat, mit diesen aber abgewiesen worden, jedes Mal noch bei Vermeidung der Nullität des Verfahrens eine besondere Frist zur direkten Erklärung oder Einlassung anberaumt werden ¹²⁵). — Durchaus verwerflich ist es, wenn die Praxis in dem Bestreben ein Zwischenverfahren herbeizuführen häufig den Inhalt der negativen Litiscontestation in Form von Einreden vorbringt, wozu namentlich die sog. *exceptio non*

122) *Z. B.* die *exceptio metus causa, rei venditae et traditae* u. s. w. Hierher gehören auch die Fälle, wenn der Beklagte sich auf eine Suspendiv- oder Resolutiv-Bedingung oder darauf beruft, daß das Geschäft *sub die certo* abgeschlossen worden. (*Savigny System* Bd. V S. 155 u. 185, *Renau* § 91.) Nach anderer Ansicht ist in dem Vorschützen einer Suspendivbedingung ein indirektes Leugnen enthalten. (*Waher* S. 739, *Wegell* S. 153.)

123) *Z. B.* die *exceptio solutionis, novationis, compensationis* u.

124) *Vgl.* S. 15 dieser Zeitschrift.

125) *L. L.* p. 384 n. b: In Ansehung der Proceßform selbst . . . ist es eine Nullität . . . wenn ein Urtheil in der Sache gesprochen wird, bevor Litis contestirt worden, insonderheit da der Beklagte auch nicht *contumaciter*

competentis actionis und deficientis fundamenti agendi gemißbraucht wird. Wenn der Richter das Verfahren nicht zeitig vermöge seines Proceßleitungsamtes zurechtstellt, können dadurch die Grundsätze über die Beweislast leicht in Verwirrung gebracht werden. — Das von dem Verfahren in der Hauptsache getrennte, demselben vorhergehende Einredeverfahren ist ein wesentlich verschiedenes, je nachdem es dilatorische oder peremptorische Einreden zum Gegenstande hat und bedarf daher einer getrennten Betrachtung.

a) Das Verfahren bezüglich dilatorischer Einreden.

Weil die dilatorischen Einreden den Beklagten von der Einlassung auf den Proceß zu befreien bezwecken und dem entsprechend mit der Bitte um Absolution von der Instanz verbunden sind, so bestimmte schon das römisch=canonische Recht, daß sie vor der Litiscontestation vorzuschützen seien, widrigenfalls Verzichtleistung auf dieselben angenommen werde¹²⁶⁾. Eine Ausnahme galt nur hinsichtlich der erst später entstandenen oder in Erfahrung gebrachten Einreden, vorausgesetzt, daß dieser Umstand eidlich erhärtet werden konnte¹²⁷⁾. Während aber nach canonischem Rechte dem Verschlepp des Verfahrens durch successives Vorbringen dilatorischer Einreden nur dadurch vorgebeugt werden konnte, daß der Richter dem Beklagten zur Anbringung aller dilatorischen Einreden einen Präklusivtermin anberaunte, wurde in Livland durch eine Constitution des Hof=

ausgeblieben, allermassen, wenn der Vorgeladene sich zu antworten nicht schuldig zu sein vermeinet, das Gericht alsdann einen Ausschlag darüber, ob er antworten oder davon befreuet seyn solle, zu ertheilen verbunden ist. — Seerecht tit. VIII c. 6: Vermeinet der Citirte, daß er nicht schuldig sey in dem Falle zu antworten, sondern von selbigem Rechtsproceße entbunden und frey gesprochen werden könne, so ist er nichtsdestoweniger schuldig für Gericht zu erscheinen und seine Ursache darzutun und stehet alsdann zu des Gerichts Ausschlag, ob er antworten oder davon befreuet seyn soll. — Vgl. N^o 23 der Präjudicien.

126) L. 19 C. de probat. 4, 19, C. 12, 13 c. de exc. 8, 35, c. 20 X. de sent. et re jud. 2, 27, c. 62 X. de appell. 2, 28.

127) C. 4 X. de except. 2, 25.

gerichtes in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des gemeinen Rechtes angeordnet, daß alle dilatorischen Einreden ohne Ausnahme bei Strafe der Präclusion zusammen vorgeschützt werden müssen²²⁸⁾.

In Beziehung auf die Verhandlung der dilatorischen Einreden gilt der Grundsatz, daß nur einfache Schriftsätze zulässig sind¹²⁹⁾, d. h., daß nach der Exceptionschrift nur noch die Elisionschrift nach den allgemeinen für den Schriftenwechsel geltenden Grundsätzen eingereicht werden darf. Ein besonderes Beweisverfahren ist hinsichtlich der dilatorischen Einreden unstatthaft und es müssen daher die Einreden, falls dieselben sich nicht schon aus den Akten begründen lassen, sogleich liquide gestellt werden. Nachdem die Elisionschrift eingegangen ist oder der Kläger sich mit derselben hat präcludiren lassen, erfolgt das Decret, durch welches über die Exceptionen erkannt wird. Erachtet das Gericht eine derselben für begründet, so wird der Kläger, je nachdem es der Inhalt der Einrede mit sich bringt, von diesem Gerichte oder angebrachtermaßen oder zur Zeit abgewiesen oder der Beklagte wird bis zu erfolgter Beseitigung der Gründe für die Exception von der Einlassung auf die Klage

128) Hofg.-Const. v. 14. Januar 1688 § 3: Weilen auch das königliche Hofgericht mit besondern Mißvergüngen verpführen müssen, daß einige Parten vielfältiger dilatorischer Exceptionen successiv und nur die Anschläge dadurch zum Verschlepp der Sachen zu gewinnen sich bedienen, als ist es verursacht worden zu prompter Beförderung des Cursus Justitiae hiemit zu verordnen, daß die Parten hinfüro alle ihre Exceptiones dilatorias auf einmahl bei 5 Rthlr. Straffe und Gewartung dessen, daß selbige dennoch nicht mehr zugelassen noch attendiret, sondern sie damit abgewiesen werden, einzubringen gehalten sein sollen.

129) Circular-Befehl des Hofgerichts v. 21. October 1819: In dazu von Sr. Erlaucht dem Herrn zc. Marquis Paulucci erhaltenem Auftrage wird von diesem Hofgerichte sämmtlichen Landgerichten, Ordnungsgerichten und Magisträten der Kreis- u. Landstädte zur unabweichlichen Richtschnur desmittelst vorgeschrieben, daß sie . . . in den bei ihnen rechtshängig werdenden contradictorischen Parten Sachen außer dem Haupt-Verfahren nur über peremptorische Einreden jedem Theil eine doppelte Schriftwechselung zulassen, das Verfahren über dilatorische Einreden, gleich wie sonstige intercalaria von geringerm Belang aber resp. mit der Elisions-Schrift und der Intercalar-Erklärung für geschlossen halten und darin bescheiden.

befreit. Werden dagegen die Einreden für unbegründet erkannt, so wird dem Beklagten die Einlassung auf die Klage binnen erneuerter Frist, die sich nach der Dauer der für den Schriftwechsel üblichen Fristen richtet, aufgegeben. Ist der erste Auftrag zur Erklärung auf die Klage sub poena praeclusi, confessi et convicti ergangen, so kann dieser zweite Auftrag nur eine Wiederholung der bereits gestellten Commination enthalten.

b. Das Verfahren bezüglich peremptorischer Einreden.

In dem zur Zeit der polnischen Herrschaft über Livland abgefaßten Hilchenschen Landrechtssentwurf findet sich bereits der Grundsatz ausgesprochen, daß die peremptorischen Einreden bei Verlust derselben vor der Litiscontestation vorzuschützen seien, und daß sie von der Verpflichtung zur Einlassung befreien¹³⁰⁾. Diese letztere Eigenschaft haben die vor der Einlassung vorgeschützten peremptorischen Einreden nach einer constanten Praxis¹³¹⁾ gegenüber dem beschränkteren Grundsatz des gemeinen Rechtes, nach welchem nur den sofort liquiden peremptorischen Einreden proceßhindernde Wirkung zukommt, bis auf den heutigen Tag beibehalten. Dagegen ist die andere im Hilchenschen Entwurf ausgesprochene Regel, nach welcher alle peremptorischen Einreden bei Verlust derselben vor der Einlassung vorgeschützt werden sollten¹³²⁾, nicht mehr in Geltung, vielmehr wird es nach der Praxis gestattet peremptorische Einreden auch mit der Einlassung zu verbinden¹³³⁾, ja zuweilen können sie überhaupt nicht anders als in dieser Verbindung auftreten. Dies ist namentlich der Fall, wenn sie den Klageanspruch nur zum Theil zu beseitigen geeignet sind. Nach bereits erfolgter Litiscontestation dürfen dagegen peremptorische Einreden nicht mehr vorgeschützt

130) Vgl. S. 13 fg. dieser Zeitschrift.

131) Vgl. *N* 21 der Präjudicien.

132) Dieser Grundsatz findet sich noch im Bubberg-Schraderschen Landrechtssentwurf (*Lib. I. tit. XIV § 3*) ausgesprochen.

133) Vgl. *N* 22 der Präjudicien.

werden, wenn sie nicht etwa später entstanden oder in Erfahrung gebracht sind, was jedoch eidlich erhärtet werden muß¹³⁴⁾. Das Eventualprincip kommt bei der Bertheidigung durch peremptorische Einreden demnach nur insoweit zur Geltung, als die in einem Stadium vorgebrachten Einreden mit einander cumulirt werden müssen, also einerseits die in der Eigenschaft proceßhindernder Einreden vorgeschügten und andererseits die mit der Litiscontestation verbundenen Exceptionen. Dagegen brauchen peremptorische und dilatorische Einreden in keinem Falle mit einander verbunden zu werden, so daß ein zwiefaches Zwischenverfahren eintreten kann¹³⁵⁾. Einer solchen getrennten Verhandlung der dilatorischen und peremptorischen Einreden steht auch nicht entgegen, daß der Beklagte nach Verwerfung der ersteren regelmäßig angewiesen wird sich auf die Sache einzulassen, weil der Vorbehalt der Befugniß zum Anbringen peremptorischer Einreden vor der Einlassung als ein selbstverständlicher gilt¹³⁶⁾. Glücklicherweise macht jedoch die Praxis von dieser Befugniß der Einleitung eines zwiefachen Zwischenverfahrens fast gar keinen Gebrauch.

Was das Verfahren hinsichtlich der vor der Einlassung vorgeschügten peremptorischen Einreden betrifft, so findet immer

134) C. 4 X. de except. 2, 25. Als privilegirte Einrede, die sogar noch in der Executionsinanz angebracht werden kann, bezeichnet der Prov.-Codex Bd. III Art. 3528 die Einrede der dem Schuldner zuständigen Rechtswohlthat der Competenz.

135) Nach der Publication des Dörptschen Landgerichts v. 23. Nov. 1807 wurde es den Parteien ausdrücklich verboten die dilatorischen u. peremptorischen Einreden mit einander zu verbinden.

136) Brgl. N^o 24 der Präjudicien u. Carpzov, Responsa lib. II tit. I resp. 8: Quin et solam voculam (Einlassen) sententiae insertam, exceptiones rei nequaquam excludere, judicavit Senatus Appellatum, quamvis poena contumaciae (bey Straff Ungehorsams) fuerit annexa: ne scilicet iudex partes et jura rei negligere et plus actori quam ipsi favere censeatur contra l. 125 D. de R. J.

ein doppelter Schriftenwechsel statt¹³⁷⁾, so daß auf die Exceptionsschrift die Elision des Klägers und hierauf noch von den Parteien die sog. *salvatio* und *ulterior elisio* übergeben wird. Auf Beweis nach stattgehabter Elision wird, wenigstens in den Gerichten des lettischen Districts, nicht anders erkannt, als wenn eine Partei sich denselben ausdrücklich vorbehalten hat oder darauf anträgt. Da das Verfahren mit Ausnahme dessen, daß der Beklagte in Beziehung auf die Exception die Rolle des Klägers einnimmt, so wie daß die Sakschriften ihre eigenthümlichen Bezeichnungen führen, im Uebrigen ganz nach den für das Hauptverfahren geltenden Grundsätzen ausgeführt wird, so genügt es an diesem Orte auf letzteres zu verweisen. Nach Beendigung des Verfahrens erfolgt das richterliche Decret, durch welches die vorgeschützte Exception bestätigt und in Folge dessen der Kläger abgewiesen, oder aber die Einrede verworfen und dem Beklagten nochmals die Einlassung in derselben Weise, wie für den Fall der Abweisung dilatorischer Einreden angegeben worden, aufgegeben wird.

Der Grundsatz des livländischen Processus, nach welchem die peremptorischen Einreden ohne Ausnahme, selbst für den Fall, daß sie eines Beweises bedürfen, der Einlassung vorausgeschickt werden können, führt nicht nur zu großer Proceßverschleppung, sondern hat auch für den Beklagten, der diese Art der Bertheidigung wählt den unverkennbaren Nachtheil, daß er einen häufig zeitraubenden und kostspieligen Beweis antreten muß, bevor es noch feststeht, ob der Kläger seine Klage zu beweisen im Stande sein werde¹³⁸⁾. Wenn die Praxis demohnerachtet sich mit besonderer Vorliebe dieser Art der Bertheidigung zuwendet, so erklärt sich dies aus dem Umstande, daß sie durch eine successive

137) Vgl. Anm. 129.

138) Daher sagt schon die Glosse zu c. 29 X. de test. 2, 20, v. *publicatae*: *Illud autem stultum reputo, quod aliquis probet peremptoriam exceptionem antequam sciat, si adversarius probavit intentionem suam.*

Verhandlung der Einreden und der Einlassung den mit einer gleichzeitigen Verhandlung derselben verbundenen Schwierigkeiten zu entgehen sucht. Da diese sich jedoch durch eine geschickte Proceßleitung beseitigen lassen, so wäre zu wünschen, daß die Praxis zur Vermeidung der angedeuteten Nachtheile sich darauf beschränkte nur die sofort liquiden peremptorischen Einreden, die keines besonderen Beweises bedürfen, in der Eigenschaft proceßhindernder Einreden zugleich mit den dilatorischen Einreden der Einlassung vorauszuschicken, die übrigen peremptorischen Einreden aber in Verbindung mit der Einlassung vorschützen würde. Dieses könnte sowohl in dem Falle geschehen, wenn die Klagehatsachen zugestanden, als auch dann, wenn sie geleugnet werden. In dem letzteren Falle müßten die Einreden eventuell, d. h. für den Fall vorgeschützt werden, daß dem Kläger der Beweis seiner Klage gelingen sollte. Eine solche eventuelle Verbindung der Einreden mit der Einlassung würde den Beklagten um so weniger in seiner Vertheidigung beeinträchtigen, als er der Klage nicht nur mehrere sich widersprechende Einreden entgegenstellen kann¹³⁹⁾, sondern sogar nach der Rechtsregel: *qui excipit non fatetur* bei Verneinung des thatsächlichen Klagegrundes solcher Exceptionen sich bedienen kann, welche an sich die Wahrheit der geleugneten Thatsachen voraussetzen¹⁴⁰⁾.

§ 11.

2) Das Hauptverfahren.

a) Bei stattgehabter Einlassung durch den Beklagten *).

Das Hauptverfahren tritt ein, sobald die Litiscontestatio oder Einlassung stattgehabt hat, d. h. sobald die Absicht der

139) l. 8 D. de except. 44, 1: *Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint.* — Vrgl. auch l. 5 eod.

140) L. 43 D. de R. J. 50, 17: *Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impediatur.*

*) Beyer § 180 u. 213 fg., Schmid § 98 u. 104, Wegell § 14, Renaud § 72 u. 203--205, Endemann § 107 n. 176.

Parteien feststeht es auf eine gerichtliche Verhandlung und Entscheidung der Sache selbst ankommen zu lassen. Das neuere römische und das canonische Recht nahm eine solche Absicht von Seiten des Beklagten an, sobald er der Klage, wenn auch nur in den allgemeinsten Ausdrücken, widersprach (*litis contestatio generalis*¹⁴¹), sei es nun durch ein allgemeines Ableugnen des gegnerischen Klagerectes, sei es durch ein Zugeständniß des Klagegrundes, welchem aber sogleich andere Vertheidigungsmittel beigelegt wurden¹⁴²). Diese Bestimmungen über die *litis contestation* erhielten im gemeinen Rechte dadurch eine Abänderung, daß der jüngste Reichsabschied die generelle *litis contestation* verwarf und im Anschlusse an den sächsischen Proceß eine specielle Beantwortung der einzelnen der Klage zu Grunde liegenden Fakta forderte. Wenn nun gleich die specielle *litis contestation* des gemeinen Rechtes dem livländischen Proceß stets fremd geblieben ist, so hat doch eine in Verbindung mit dieser Umgestaltung in der Theorie des gemeinen Rechtes hervorgetretene veränderte Auffassung von dem Wesen der *litis contestation* vollständig in der livländischen Praxis Eingang gefunden. Man bezog nämlich den Begriff der *litis contestation* auf die Thätigkeit des Beklagten allein und beschränkte ihn zugleich auf die Beantwortung der faktischen Verhältnisse der Klage, auf die der Klage zu Grunde liegenden Thatfachen. Die Folge

141) l. 14 § 1 C. de jud. 3, 1, c. un. X. de L. O. 2, 5 u. c. 54 § 3 X. de elect. 1, 6.

142) Daß diese Auffassung von der *litis contestation* auch in Schweden Eingang gefunden, ergibt sich aus der Dissertation von Wjlander: *dissertatio academica de processu judiciali hodierno Sueciae regni*, 1693, in *Nettelbladt: Selecta juris Svecici*, Jenae 1736, pag. 4: *Omnis enim litis contestatio ex parte rei est negativa, si enim reus simpliciter adfirmat, jam nulla lis, nullumque iudicium esse potest, si vero actionem adfirmat sed opponit exceptionem, qua actionem elidat, tunc non adfirmat sed negat, quum exceptionis suae contestatione illud intendit, ne actor consequatur id quod persequi instituit.*

dabon war, daß man in theoretisch gewiß nicht zu rechtfertigender Weise zwischen einer negativen und einer affirmativen Litiscontestation unterschied, je nachdem der Beklagte den faktischen Klagegrund in Abrede stellte oder zugab. In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung bezieht die Praxis in Livland den Begriff der Litiscontestation auf denjenigen Theil der Erklärung, welchen der Beklagte in der Absicht sich auf die Klage einzulassen über die faktischen Grundlagen der Klage abgibt. In wiefern im einzelnen Falle die Absicht des Beklagten angenommen werden kann sich in seiner Erklärung auf die Sache selbst einzulassen, ist bei dem Umstande, daß er die Litiscontestation nicht mit den übrigen Vertheidigungshandlungen zu verbinden braucht, oft schwierig zu entscheiden. Unzweifelhaft liegt dieselbe vor, wenn der Beklagte sie ausdrücklich erklärt, — sie muß aber auch ohne solche Erklärung angenommen werden, wenn er die historische Grundlage der Klage zugiebt oder bestreitet, geschehe solches auch in den allgemeinsten Ausdrücken. Dagegen aber darf aus dem bloßen Vorschützen peremptorischer Einreden, wenn gleich der Beklagte behufs deren Begründung noch so sehr auf das Detail der Klagehatsachen eingeht, die Absicht desselben sich auf den Rechtsstreit einzulassen, nicht gefolgert werden ¹⁴³).

Anlangend das Verfahren nach stattgehabter Litiscontestation, so wird, wenn dieselbe negativ oder gemischt ausgefallen ist, sogleich die Frist für die Beweisantretung anberaunt, da der *status causae et contraversiae* genügend festgestellt ist. Sind dagegen mit der Einlassung Exceptionen verbunden, so muß hinsichtlich dieser der Kläger noch zur Elision vor dem Beweisverfahren aufgefordert werden. Hat sich der Beklagte aber auf eine rechtliche Gegeneduktion beschränkt, so erfolgt sogleich das Endurtheil, da eine weitere Verhandlung unter den

143) Vrgl. N^o 23 der Präjudicien.

Parteien über die rechtliche Würdigung der Sache, die dem Richter obliegt, nicht erforderlich ist.

Hinsichtlich der Abänderung und der Wirkungen der Litiscontestation gelten die Grundsätze des gemeinen Rechts.

b) Beim ungehorsamen Ausbleiben des Beklagten *).

Entzieht sich der Beklagte seiner Verpflichtung zur Litiscontestation, so wird dieselbe fingirt. Eine fingirte Litiscontestation tritt demnach ein, wenn der Beklagte sich mit seiner Erklärung überhaupt präcludiren läßt oder wenn er die direkte Erklärung über die Klagehatsachen in einem Stadium des Processes unterläßt, wo er sich mit Einreden allein nicht mehr vertheidigen kann, also namentlich wenn die von ihm vor der Einlassung vorgeschügten peremptorischen Einreden bereits zurückgewiesen sind. Die Fiktion einer Einlassung kann sich übrigens auf den ganzen Inhalt der Klage oder nur auf einzelne Momente derselben beziehen, je nachdem der Beklagte die Erklärung über die Klagehatsachen ganz unterlassen oder aber sich über einzelne derselben zwar speciell geäußert, andere dagegen gänzlich mit Stillschweigen übergangen hat, vorausgesetzt, daß er nach Lage des Processes überhaupt zur Einlassung verpflichtet war.

In Beziehung auf den Inhalt der zu fingirenden Litiscontestation haben sich in Deutschland zwei durchaus entgegengesetzte Anschauungen entwickelt. Während durch die Reichsgesetze die Fiktion der negativen Litiscontestation Eingang gewann, erhielt sich in den Particularrechten im Anschlusse an den Sachsenspiegel¹⁴⁴⁾ vielfach die Annahme einer affirmativen Einlassung im Contumacialverfahren. Der praktische Unterschied zwischen diesen beiden Auffassungen besteht im Wesentlichen darin, daß

*) Bayer § 207, Schmid § 103, Wegell § 72, Henaub § 202, Endemann § 174.

144) Sachsenspiegel II, 9 § 1 u. III, 39 § 3 u. Carpzov proc. VIII Art. 3 § 1, 5 § 3, defin. I, 14, III nr. 11.

im ersteren Falle der Proceß durch alle Stadien ganz in derselben Weise weiter verhandelt werden muß, als wenn der Beklagte die Klage ausdrücklich negirt hätte, wogegen im letzteren Falle die Sache durch ein Endurtheil erledigt wird, in welchem das Gericht, da die faktische Grundlage der Klage als zugestanden anzunehmen ist, nur noch in eine nähere Beprüfung der rechtlichen Begründung der Klage einzugehen hat. — Es unterliegt keinem Zweifel, daß die älteren livländischen Rechtsquellen nur diese letztere Art der Fiktion im Contumacialverfahren kennen, da sie den ausgebliebenen Beklagten sogleich in der Hauptsache verurtheilen lassen ¹⁴⁵). Seit neuerer Zeit hat jedoch die auf Grund der Reichsgesetze ausgebildete gemeinrechtliche Theorie die den einheimischen Rechtsquellen zu Grunde liegende Anschauung völlig verdrängt, so daß gegenwärtig im Falle des ungehorsamen Ausbleibens des Beklagten, wenn die Auflage zur Erklärung an ihn nicht etwa ausdrücklich *sub poena confessi et convicti* ergangen ist, stets eine negative Litiscontestation von Seiten des Beklagten fingirt wird ¹⁴⁶). Die praktischen Bedenken, welche schon im Gebiete des gemeinen Processes gegen eine derartige Fiktion erhoben sind, machen sich im livländischen Proceße noch in erhöhtem Maße geltend. Da der Beklagte nämlich seine Einreden nicht, wie nach gemeinem Rechte, mit

145) Hofg.-Const. v. 8. Mai 1669 vgl. S. 29 Anm. 84 dieser Zeitschrift, L. L. p. 336 n. d: Wenn der Vorgeladene auf die erste Citation nicht erscheint, sich auch nicht anbiehet oder bei der ersten Gerichtssession keine rechtmäßige Ehehaften vorzeigt, so wird die Sache nicht allein ihrer Beschaffenheit nach abgeurtheilet (wobey der Richter dennoch sich genau in Acht zu nehmen hat, daß er keine Nullität begehe, wenn das Urtheil Bestand haben soll), sondern das ausgesprochene Urtheil wird auch wirklich zur Execution gebracht. — L. L. p. 338 n. e: Es soll in solchem Fall *ad acta* gesprochen werden und würde sich alsdenn befinden, daß der Kläger ohne Fug und Grund gellaget, so kann auch dem Beklagten gar nichts aufgebürdet werden, weiln in dem Fall die Sache selbst vor ihm antwortet.

146) Vgl. A 26 der Präjudicien.

der Einlassung zu verbinden braucht, so trifft ihn, falls er diese rechtzeitig vorgeschützt hat, nicht einmal der Verlust derselben, sondern er versetzt sich durch seinen Ungehorsam in die sehr günstige Lage, seinen Gegner zu zwingen, alle in seiner Klage enthaltenen Behauptungen nunmehr beweisen zu müssen. An der weiteren Verhandlung nimmt er aber ungestört Theil ¹⁴⁷⁾. Zur Vorbeugung von Mißbräuchen in dieser Beziehung und im Interesse eines energischen und prompten Fortganges der Prozesse wäre es zu wünschen, daß die von mehreren Gerichten constant beobachtete bessere Praxis, nach welcher der Auftrag zur Erklärung an den Beklagten niemals anders als *sub poena confessi et convicti* ergeht, überall in Livland Eingang finden möchte. Erläßt der Richter auf Grund einer derartigen Commination ein Contumacialurtheil, so kann dasselbe nach dem in den livländischen Rechtsquellen mehrfach anerkannten ¹⁴⁸⁾ gemeinrechtlichen Grundsatz *contumax non appellat* durch ein Rechtsmittel nicht weiter angefochten werden, ausgenommen wenn der Richter ohne Grund die *contumacia* angenommen oder aber rechtswidrige Folgen an den Ungehorsam geknüpft hatte. In diesen Fällen steht dem Contumacirten die Nichtigkeitsbeschwerde zu ¹⁴⁹⁾. Derselbe kann jedoch die Folgen des Contumacialurtheils dadurch abwenden, daß er in der dafür festgesetzten Frist gesetzliche Entschuldigungsgründe seiner Versäumniß bei dem Richter, welcher das Urtheil gefällt hat, nachweist und

147) Rescript des Hofgerichtes an das Rigasche Landgericht v. 31. März 1848: Es versteht sich von selbst, daß, wo dem Beklagten das Verfahren nicht *sub comminatione confessi et convicti*, wie im summarischen Proceß nicht zulässig, sondern nur *sub poena praeclusi* aufgegeben worden, die Rechtsfolgen auch keine anderen sein können, als die der Präclusion mit diesem einen aufgegebenen Verfahren, — alle ferneren Prozeduren, wie sie der Proceß erheischt, aber der präcludirten Partei offen und vorbehalten bleiben.

148) Vrgl. S. 29 Anm. 85 dieser Zeitschrift.

149) Vrgl. S. 299 Anm. 91.

erneute Verhandlung der Sache herbeiführt¹⁵⁰⁾. Diese Frist, für welche in den schwedischen Rechtsquellen eine verschiedene Zeitdauer angegeben wird, währte nach der älteren Praxis bis zur nächsten Juridik, wogegen sie in neuerer Zeit auf Jahr und Tag festgestellt ist¹⁵¹⁾. Es ist dieses das Rechtsmittel der Zurückgewinnung des Aberkannten.

§ 12.

Die Widerklage *).

Die Ritterrechte¹⁵²⁾ und der Hülfsensche Entwurf¹⁵³⁾ kennen nur die sächsische Wider- oder Nachklage, welche zwar den besonderen Gerichtsstand der Widerklage begründet, die Verhandlung der Widerklage aber erst nach beendigter Verhandlung über die Vorklage zuläßt. Die Widerklage des gemeinen Rechtes mit dem effectus simultanei processus findet sich in Livland nachweislich erst seit der schwedischen Herrschaft vor. In ihrer gegenwärtigen Ausbildung weichen jedoch die in Livland geltenden Grundsätze über die Verhandlung einer Widerklage in mehrfacher Hinsicht wesentlich von denen des gemeinen Rechtes ab. In dieser Beziehung ist zunächst hervorzuheben, daß die Zulässigkeit der Anstellung einer Widerklage nicht bloß, wie nach gemeinem Rechte, durch die Rechtshängigkeit der Vorklage, sondern außerdem noch durch materielle Connexität mit der

150) Vgl. S. 30 Anm. 87 dieser Zeitschrift.

151) Vgl. S. 30 Anm. 86 dieser Zeitschrift u. N^o 27 der Präjudicien.

*) Bayer § 203—205, Schmid § 102, Weßell § 41, V, 2 u. § 63, 3 Renaud § 61, Endemann § 175.

152) Mittleres Ritterrecht c. 197: Welck man vp den anderen klaget vnde de yenne wedder vp en: de erste geklaget heft, en böret yennem nicht tho antworten, he sy denn erst leddich van em. Vgl. Fabri formulare procuratorum in der Detrichschen Ausgabe pag. 174.

153) Lib. III tit. 16 § 19: In allen anderen Sachen soll der Beklagte dem Kläger . . . richtig antworten vndt derselben keine Wiederklage gebrauchen, sondern da ihm der Kläger etwas zu thun schulbig, ihn deshalb durch eine besondere Klage belangenn.

letzteren bedingt ist ¹⁵⁴), — eine Modification die sich auch in mehreren Particularrechten Deutschlands wiederfindet. Sodann wird eine Verschiedenheit durch den Umstand bedingt, daß die Verhandlung der Vorklage einerseits und die der Widerklage andererseits, bei der Möglichkeit gegen beide Klagen ein besonderes Zwischenverfahren einzuleiten, in sehr verschiedener Weise verlaufen kann und daher eine gleichzeitige Instruktion der einzelnen Proceßakte durch den Richter nicht immer möglich ist ¹⁵⁵). Für die Entscheidung der Frage, wann die Reconvention vom Beklagten anzustellen sei, kommen nach livländischem Rechte folgende Gesichtspunkte in Betracht: eine Verbindung der Widerklage mit dilatorischen Einreden ist unzulässig, weil die letzteren die Befreiung des Beklagten von der Instanz bezwecken und daher für den Fall ihrer Bestätigung die allgemeine Voraussetzung der Zulässigkeit einer Widerklage, nämlich die Rechtshängigkeit der Vorklage, wegfällt. Dagegen ist eine Verbindung der Widerklage mit peremptorischen Exceptionen, die vor der Einlassung vorgeschützt werden, zulässig, weil in diesem Falle die Hauptklage durch das Mittheilungsdecret rechtshängig wird. Regelmäßig erfolgt die Anstellung der Widerklage zugleich mit der Einlassung, wird aber nach der Praxis auch noch nach derselben, bis das Beweisverfahren anberaunt worden, zugelassen ¹⁵⁶).

154) L. L. p. 59 n. b: Selbige Sache wird genannt, welche aus eben selbigem Fundament und Contract herfließet, und kann man aus den Worten in dem schwedischen Contextu . . . genugsam schließen, daß die Reconvention für selbigem Gerichte und zu selbiger Zeit, da der Kläger vortringet, angestellt werden könne. — Vgl. *N* 28 der Präjudicien.

155) Das Hofgericht untersagte sogar früher die Verhandlung der Vor- u. Widerklage in denselben Schriftsätzen. Vgl. Bescheid v. 5. Jan. 1777: Uebrigens wird es beklagten Theils mandatario . . . hiemit vorgehalten, daß er wider die gewöhnliche Proceßform in Litiscontestatione die Reconvention mit angebracht und er sowohl als Klägers mandatarius . . . angewiesen das fernere Verfahren ratione con- et reconventionis in separaten Schriften zu tractiren. — Die neuere Praxis sieht jedoch hiervon ab. Vgl. *N* 19 u. 28 der Präjudicien.

156) Vgl. *N* 29 der Präjudicien.

Eine später, jedoch noch vor Emanirung des Urtheils angestellte oder auch nur angemeldete Widerklage hat lediglich den Erfolg, daß der Gerichtsstand der Widerklage dadurch gewahrt wird¹⁵⁷⁾. Im Uebrigen setzt eine gemeinsame Verhandlung der Vor- und Widerklage die durch das gemeine Recht festgestellten Bedingungen voraus: daß die Widerklage sich zur Verhandlung in derselben Proceßart eigne, wie die Vorklage, und daß für sie die durch die Klage geforderte Entscheidung nicht präjudiciell sei.

Das in Beziehung auf eine Widerklage einzuleitende Verfahren richtet sich im Wesentlichen nach den für die Verhandlung einer jeden Klage geltenden Grundsätzen. Nur wird die Ueberreichung eines Citationsgesuches so wie die Erlegung der Klageposchlin zugleich mit der Widerklage nicht gefordert. Auch wird, wenn die Verhandlung der Haupt- und Widerklage sich in gleicher Weise bis zum Beweisverfahren fortbewegt, dem Kläger und Widerkläger gleichzeitig der Beweis auferlegt.

II. Das Beweisverfahren.

A. Materielle Beweistheorie.

§ 13.

Uebersicht.

Die allgemeinen Grundsätze der Beweistheorie, wie namentlich: über die Eintheilung der Beweise *), über die Beweis-

157) Vgl. *M* 28 der Präjudicien. — Zur Zeit der Statthalterchaftsregierung wurde sogar zeitweilig der effectus prorogationis für unzulässig erklärt und daher die Möglichkeit einer Widerklage für den Fall der Incompetenz des Gerichtes völlig ausgeschlossen, weil damals die Competenz der Gerichte in Grundlage des Urtheils vom 19. März 1786 „nicht nach dem Wesen und den Eigenschaften der Sachen, wie solches ehemals geschehen, sondern nur allein nach dem Stande des Beklagten“ sich richten sollte. Dieser Grundsatz findet sich noch ausgesprochen in der Resolution des Reichsjustizcollegiums v. 9. Juni 1805 in Nullitätsquerelsachen des Geheimraths L. v. Löwenstern wider den Karwaschen Kaufmann Götte und in dem Senats-Urtheil v. 21. September 1806 in derselben Sache.

*) Bayer § 235 — 239, Schmid § 117 — 120, Renaud § 96, 100—102, Endemann § 182.

last*), so wie über die Befreiung vom Beweise**) durch Geständniß, Notorietät und Vermuthungen, entlehnt der skandinavische Proceß vollständig dem gemeinen Rechte¹⁵⁸⁾. Auch hinsichtlich der Beweismittel gilt die gemeinrechtliche Theorie, mit alleiniger Ausnahme des Zeugenbeweises, der in einigen Beziehungen modificirt worden ist, so wie des Eides, der wesentliche Abänderungen erfahren hat.

§ 14.

Die Zeugen und der Eid.

1) Die Zeugen***).

Die Verbindlichkeit gerichtlich Zeugniß abzulegen ist eine allgemeine bürgerliche Pflicht, der sich der Regel nach Niemand bei Vermeidung von Zwangsmaßregeln entziehen darf¹⁵⁹⁾. Von

*) Bayer § 227 u. 228, Schmid § 123, Weßell § 15, Renaud § 98 u. 209, Endemann § 180.

**) Bayer § 220—226, Schmid § 129—131, Weßell § 19—22, Renaud § 103—108, Endemann § 184, 186, 197—199.

158) Wiederholungen gemeinrechtlicher Grundsätze finden sich hinsichtlich der Beweislast im L. L. pag. 306 n. *): „Heutiges Tages aber gebührt regulariter dem Kläger die Probation zu führen und ist der Beklagte nicht so gleich schuldig sich mit Eiden zu befreien oder mit Zeugen das contrarium zu erweisen, es sey denn, daß der Kläger einen halben Beweis wider ihn habe oder grosse Muthmassungen wieder ihn vorhanden oder auch wenn er durch die Litis Contestation oder Exception gleichsam Actor wird,“ — in den Richterregeln § 35: „Wo nun der Kläger die Klage nicht beweisen kan, da ist der Beklagte frey,“ — und ferner in Beziehung auf das Geständniß in den Richterregeln § 16 nr. 17: „Eigene Geständniß ist so gut als alles Zeugnüß.“ Vgl. L. L. p. 471 n. c.

***) Bayer § 243—247, Schmid § 132—136, Weßell § 23, Renaud § 110—112, Endemann § 187—190.

159) L. L. p. 348 n. b: Der zum Zeugen erfordert wird mag sich dessen nicht entziehen, wenn er sich aber entziehet, so kan er von dem Richter dazu gezwungen werden. — Hofg.-Const. v. 15. März 1690 § 2: Und obwohl in gemeinen Rechten heilsamlich versehen daß niemand auf den erheischenen Fall in einer Sachen sein Gezeugniß vor Gericht abzustatten sich entziehen könne, so hat man doch erfahren müssen, daß jezumeilen einige durch Vorfchüttung ihres Abels und Condition sammt anderer Ursachen sich dazu

dieser Zeugnißpflicht giebt es jedoch insofern Ausnahmen, als einzelne Personen verpflichtet, andere dagegen berechtigt sind das Zeugniß in gewissen Sachen abzulehnen. Verpflichtet zur Ablehnung sind: Geistliche orthodox-griechischer und römisch-katholischer Confession in Ansehung desjenigen, was ihnen in der Beichte ¹⁶⁰⁾, Geistliche evangelischer Confession in Ansehung desjenigen, was ihnen in der Eigenschaft als Seelsorger anvertraut worden ist ¹⁶¹⁾, Staatsbeamte hinsichtlich desjenigen, worüber sie zum Amtsgeheimniß verpflichtet sind ¹⁶²⁾, ferner Advocaten in den Rechtsgeschäften ihrer Clienten, so lange dieselben noch nicht erledigt sind ¹⁶³⁾ und Aerzte rücksichtlich dessen, was sie nach ihrer Eidespflicht geheim zu halten haben. — Berechtigt zur Verweigerung des Zeugnisses sind nahe verwandte und verschwägerte Personen gegen die ihnen verbundene Partei ¹⁶⁴⁾, so wie jeder, der etwas zu eigener Schande oder eigenem Nachtheil aussagen soll ¹⁶⁵⁾.

Nach dem Grade der Glaubwürdigkeit der Zeugen unterscheidet die gemeinrechtliche Theorie die fähigen Zeugen (*testes classici* oder *testes omni exceptione majores*) von den verdächtigen (*suspecti*) und unfähigen (*inhabiles*). Die livländischen Quellen wiederholen die meisten Gründe, welche einen Zeugen nach der gemeinrechtlichen Theorie entwe-

nicht haben verstehen wollen, dannahero auch hierinnen zu ordnen für nöthig befunden worden, daß wenn sich einer oder der ander hinsühro bergleichen unerheblicher Ursachen halber sein Gezeugniß abzulegen weigern würde, derselbe das erste mal in 50, das andere mal aber in 100 Rthlr. S. M. Strafe verfallen sein solle und da er sich ferner dessen entziehen wollte alsdann gewärtig sein, daß er dem Königlichem Ober-Fiscal desfalls vor diesem Königlichem Hofgerichte *responsable* sein müsse.

160) Svod der Reichsgesetze Bd. XV, Abth. 2, Art. 245.

161) Instruktion zum Kirchengesetz v. J. 1832 § 51—53.

162) Svod der Reichsgesetze Bd. III Art. 1191.

163) N^o 30 der Präjudicien.

164) l. 4 u. 5 D. de test. 22, 5 u. l. 16 C. de test. 4, 20.

165) l. 3 § 5 de test. 22, 5.

der verdächtig oder unfähig machen, fassen sie aber unter der gemeinschaftlichen Bezeichnung der „verwerflichen Zeugen, die für ungültig erklärt werden können“ zusammen¹⁶⁶). In Folge dessen betrachtete die ältere Praxis alle in den einheimischen Quellen sog. verwerflichen Zeugen als unfähige Zeugen, wogegen die neuere Praxis den Ausdruck der Quellen nur als eine allgemeine Bezeichnung auffaßt und auf Grund der gemeinen Theorie zwischen den unfähigen und verdächtigen Zeugen unterscheidet. Eigenthümlich dem heutigen livländischen Prozesse ist die Annahme, daß die Verdächtigkeit sowohl verwandter oder verschwägerter als auch der zum Hausgesinde gehörigen Personen, wohin alle gerechnet werden, die in einem besonderen Pflicht- oder

166) L. L. p. 350 n. a: Wenn jemand seine Zeugen dem Richter vorstellig macht, so mögen dieselbe nicht verworffen oder vor ungültig erklärt werden, wosern sie nicht entweder Mein-Gybig oder in Bann gethan worden oder der nach einer begangenen Missethat die verordnete Kirchen-Sühne nicht untergangen oder der eines anderen Grenzmaßlen aufgerissen, verfälschet und an einen anderen Ort gesehet hat oder Landes-Verwiesene, Ehrenlose, Partheyliche, Feinde, Unverwandten, oder eigen Haus-Gesinde (es sey denn, daß man andere als diese letztere nicht haben könne), oder die wegen Freundschaft oder Gewinn erweißlich und offenbahr dem einen oder andern was zu Liebe aussagen oder verschweigen, oder Unmündige, oder die in ihrer eigenen Sache Zeugniß abstaten oder Unbekandte und gar fremde Personen, wegen derselben Leihmuth niemand eine gewisse Kundtschaft hat. — Richterregeln § 37: Der Richter soll keine ungültige Zeugnisse annehmen, weiln dadurch gar offte falsche Gyb-Schwüre zu geschēhen pflegen, er soll aber vielmehr vorher genau erforschen, ob der Zeuge partheylich, feindselig oder so beschaffen sey, wie es die Rechte erfordern oder auch ob derselbe Mein-Gybig, unehrlich, berüchtiget oder vielleicht so unbekandt sey, daß ihm kein Glaube bezumessen stehe, denn wenn sich bey einem Zeugen dergleichen Mangel befindet, kann dessen Zeugniß nicht angenommen werden. Also mag auch niemand in seiner eigenen Sache Zeugniß geben, er zeuge denn wieder sich selbst, welches vor eine eigene Geständniß zu halten. — L. L. p. 375 n. b: Was die Zeugen betrifft, so werden sowohl weibliche als männliche Geschlechtes admittirt, sie mögen besitzlich seyn oder nicht; nur daß sie von gutem Leumuth und so beschaffen seyn, daß man sie nicht verworffen könne, den Zeugen-Gybd auch dabei ablegen. — Nach dem Strafgesetzbuch Art. 43 sind Personen, welche mit dem Verluste aller besonderen Rechte und Vorzüge, die ihnen persönlich und dem Stande nach zugeeignet waren, bestraft sind, unfähig zur Zeugnißablegung.

Abhängigkeitsverhältnisse zum Probanten stehen ¹⁶⁷), wie Dienstboten, Lehrlinge u. s. w., wegfällt, wenn keine anderen Zeugen zu haben sind, insbesondere in *causis domesticis* ¹⁶⁸) — ferner, daß bei Verwandten in der Seitenlinie nicht über den 4. Grad hinaus ein Verdachtsgrund statuiert wird ¹⁶⁹).

Zu den Erfordernissen der Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage gehört, daß sie nicht nur bestimmt, deutlich und frei von Widersprüchen sein, sondern auch auf Grund eigener Wahrnehmung des Zeugen bezüglich der zu beweisenden Thatsache geschehen soll ¹⁷⁰), ferner muß die Aussage vor Gericht in der vorgeschriebenen Weise abgelegt sein und endlich müssen in Beziehung auf die Zahl der Zeugen, die in der Aussage über dasselbe Factum übereinstimmen, die von der gemeinrechtlichen Theorie geforderten Bedingungen vorhanden sein ¹⁷¹).

167) Vgl. *N* 30 u. 31 der Präjudicien.

168) Die Praxis bezieht die in L. L. p. 350 n. a (vgl. Ann. 166) hinter den Worten „Anverwandten, oder eigen Hausgesinde“ folgende Parenthese „es sey denn, daß man andere, als diese letztere nicht haben könne“ nicht auf das eigene Hausgesinde allein, sondern auch auf das vorhergehende Anverwandte. Vgl. *N* 30 der Präjudicien.

169) Diese Praxis beruht darauf, daß nach der Verordnung, „wie es mit den Gerichtsprocessen bey denen Ehumb-Capituln soll gehalten werden,“ vom 11. Febr. 1687 § 8, der Richter, welcher mit einer Partei in einem der 4 ersten Grade der Verwandtschaft steht, recusirt werden kann. Da nach L. L. p. 376 n. a aus denselben Gründen, die für einen Zeugen gelten, gegen den Richter excipirt werden kann, so hat man umgekehrt die für den Richter geltende Bestimmung auf die Zeugen angewandt.

170) L. L. p. 43 n. a: Diejenige, welche da Zeugniß ablegen sollen, müssen zugegen gewesen seyn und dasselbe mit angesehen haben, sind also die Zeugen ungültig, welche auf einen Bericht und Erzählung anderer ihr Zeugniß abstatten wollen, es gehe dann die Sache einen unstrittenen Possess an. — Vgl. auch L. L. p. 350 n. a u. p. 352 n. e.

171) L. L. p. 31 n. c: Heutiges Tages sind zwey gnug, weils in zweyer oder dreyer Zeugen Mund alle Wahrheit bestehet. Deuter. c. 19 v. 15. — Vgl. L. L. p. 220 n. n, p. 231 n. e, p. 258 n. b u. p. 281 n. b. — Richterregeln § 16 nr. 8: Auff eines Mannes Angabe oder Zeugniß soll niemand geurtheilet werden.

2) Der Eid.

a) Schiedseid *).

Der freiwillige, deferirte oder Schiedseid ist nach einer constanten Praxis im livländischen landrechtlichen Proceß als Beweismittel beseitigt ¹⁷²⁾. Zur Rechtfertigung dieser Praxis beruft man sich auf die §§ 28, 29 und 30 der Richterregeln ¹⁷³⁾, — unzweifelhaft jedoch mit Unrecht. Denn die Polemik, welche in diesen Regeln gegen den häufigen Gebrauch der Eide und den damit verbundenen Mißbrauch geführt wird, ist keineswegs gegen den deferirten Eid, dessen überhaupt keine specielle Erwähnung geschieht, sondern vielmehr gegen den aus dem germanischen Recht stammenden häufigen Gebrauch des Eides gerichtet, zu dem sich die Parteien selbst erbieten konnten. Gegenüber den Grundsätzen des germanischen Beweisrechtes vertheidigt der Verfasser der Richterregeln die durch die mittelalterlich-italienische Doctrin ausgebildeten Grundsätze über den Eid, welche darauf abzielten den Eid als subsidiäres Beweismittel, nachdem seine Zulässigkeit gegenüber der Regel: *actore non probante reus absolvitur* längere Zeit in Zweifel gezogen war, in möglichst enge Grenzen einzuschließen. Dies ergibt sich aus einer näheren Analyse der angeführten §§ der Richterregeln. Nachdem der Verfasser im § 28 ¹⁷⁴⁾ den Richter angewiesen den Eid nur in Fällen, wo es durchaus nothwendig sei, zu gestatten, schließt er im § 29 ¹⁷⁵⁾ die Zulässigkeit des Eides für

*) Bayer § 262—271, Schmid § 158—163, Wegell § 27, Renaud § 132—137, Endemann § 201—203.

172) Vrgl. Nr 42 der Präjudicien.

173) Die baselbst ausgesprochenen Grundsätze finden sich wieder im L. L. p. 281 n. *) u. p. 346 n. c.

174) Richterregeln § 28: Ein Richter soll nicht leicht jemand zum Eyde verstaten, es sei denn, daß die Nothwendigkeit solches erfordere, sondern vielmehr andere Mittel suchen die Parten zu befriedigen und auseinander zu setzen, sintemahlen zu besorgen, daß wo viel Eyde geschehen, auch öftters falsch geschworen werde, welches aber ein Richter zu vermeiden trachten muß.

175) Richterregeln § 29: Wo der Kläger keinen Grund und Beweis oder einige wahrscheinliche Ursachen seiner Klage hat, da gilt des Beklagten

die beiden Fälle aus, daß der Kläger entweder gar keinen, oder daß er vollen Beweis erbracht habe. Dagegen soll der Kläger bei einer probatio semiplena den Beklagten „auff einen Eyd bringen“ können und dieser verpflichtet sein sich durch einen Eyd zu befreien. In dem § 30¹⁷⁶⁾ wird schließlich der Eyd, zu welchem sich der Kläger in Ermangelung anderen Beweises er bietet, als unzulässig verworfen. Aus den Bestimmungen des § 29 könnte man auf den ersten Blick geneigt sein die Folgerung zu ziehen, daß der defecirte Eyd völlig verworfen sei, weil der Eyd für den Fall, daß der Kläger gar keinen Beweis erbracht hat, ausgeschlossen wird, der Schiedseid aber gerade für diesen Fall Platz greift, oder man könnte ihn nur in Verbindung mit anderen Beweismitteln zulassen wollen, da der Kläger den Beklagten in einem solchen Falle auf einen Eyd zu bringen befugt sein soll. Die erste dieser Folgerungen läßt sich aber nur ziehen, wenn

Verneinung eben so viel, als des Klägers Bejahung und muß in solchem Fall der Beklagte zum Eyde nicht verbunden werden. Hat aber der Kläger einigen Fug, Beweis oder Wahrscheinlichkeit oder auch einen Zeugen auff seiner Seite, so gilt dessen Ja mehr als Beklagten's Nein und kan jener alsdann diesen auff einen Eyd bringen. Wo aber eine solche Bewandnüss nicht vorhanden, geschiehet dem Beklagten Unrecht, wenn man ihn zur Eydes-Leistung verbinden will, allermassen keiner desfalls, daß er dieses oder jenes beschuldigt wird, alsofort mit einem Eyde belegt werden muß, es sey denn, daß der Kläger einen halben Beweis vor sich habe, alsdann muß der Beklagte oder Beschuldigte sich mit einem Eyde befreien. Ist aber der Kläger mit vollem Beweis und Zeugniß über seine Klage versehen, so findet die Eydes-Leistung auff Beklagten's Seite gar keine statt, weiln niemand wieder offenbaren Beweis und Zeugniß zum Eyde gelassen, sondern in solchem Fall der Sachen schuldig erkanndt werden muß. Von einer Beschuldigung aber, die auff halben Grunde beruht, mag man sich mit dem Eyde befreien.

176) Richterregeln § 30: Hat der Kläger keinen andern Grund oder Beweis über seine Klage, ohne daß er mit einem Eyde die Wahrheit derselben zu erhalten sich erbietet, kan er Beklagten dadurch zum Befreyungs-Eyde nicht verbinden, weiln Eyd gegen Eyd nicht zu gestatten, zu dem auch ein solcher Eyd, wovon allhie die Rede ist, nicht von Klägern, sondern von dem Beklagten genommen werden muß. Denn mit Eyden muß man sich verthädigen, nicht aber anklagen, auch kan sich niemand Geld zuschweren.

man von der Ansicht ausgeht, daß der Verfasser der Richterregeln nicht nur den richterlich auferlegten Eid, hinsichtlich dessen der von ihm ausgesprochene Grundsatz vollkommen mit den Bestimmungen des gemeinen Rechtes übereinstimmt, sondern außerdem auch den Schiedseid im Auge gehabt habe. Dafür liegt aber kein genügender Grund vor. Dann hätte der Verfasser die Zulässigkeit des Schiedseides völlig ausschließen wollen, so hätte solches gegenüber der herrschenden Meinung, welche den Schiedseid in Ermangelung anderer Beweismittel gestattete, ausdrücklich von ihm hervorgehoben werden müssen, nicht aber konnte dazu die bloße Erwähnung eines für den Nothleid allein gültigen Grundsatzes genügen. Daß der Verfasser den Schiedseid völlig mit Stillschweigen übergangen hat, ist aber um so erklärlicher, weil der deferirte Eid nach der mittelalterlich-italienischen Doctrin als eine *probatio irregularis* wenig begünstigt war und erst allmählig durch den Einfluß deutscher Rechtsanschauungen eine erhöhte Bedeutung erlangte. Noch weniger verdient die andere Annahme Billigung, daß der § 29 den deferirten Eid ebenso wie den richterlich auferlegten Eid auf den Fall einer *probatio semiplena* zu beschränken bezwecke. Denn einestheils liegt für eine derartige Anordnung kein Bedürfniß vor, weil in einem solchen Falle jedesmal schon der Nothleid Platz greift und andererseits macht die Eidesdelation in Verbindung mit anderen Beweismitteln diese letzteren überflüssig. Eine eventuelle Cumulation der Eidesdelation mit anderen Beweismitteln, wie sie die neuere gemeinrechtliche Theorie zuläßt, ist jedenfalls den Richterregeln noch fremd. Es bleibt daher nichts übrig als die im § 29 der Richterregeln ausgesprochenen Grundsätze auf den Nothleid zu beschränken. Damit fällt aber auch jeder gesetzliche Grund für die Beseitigung des Schiedseides im livländischen Proceß weg und kann nur noch der Gerichtsgebrauch als ein solcher angeführt werden.

b) Nothhelde *).

In Beziehung auf den richterlich auferlegten oder den Nothheid in seinen beiden Formen als Ergänzungs- und Reinigungsheid kommen im Wesentlichen die Grundsätze des gemeinen Rechtes zur Anwendung. Zwar enthalten die einheimischen Quellen die Bestimmung, daß bei einem unvollständigen Beweise stets dem Beklagten der Eid aufzuerlegen sei ¹⁷⁷), vorausgesetzt, daß seine Glaubwürdigkeit nicht mit Grund in Zweifel gezogen werden könne ¹⁷⁸). Die Praxis erkennt jedoch in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte stets auf den Ergänzungsheid, wenn eine *semiplena probatio* oder mehr vorliegt und beschränkt den Vorzug des Beklagten zum Reinigungsheid auf den Fall, daß weniger als halber Beweis erbracht ist. Handelt es sich um den Beweis einer Einrede, so kommt dieser Vorzug selbstverständlich dem Kläger zu ¹⁷⁹).

c) Schätzungseid *).

Ist ein Schaden durch *dolus* oder *culpa lata* zugefügt worden und läßt sich der Werth desselben nicht anders ermitteln,

*) Bayer § 272, Schmid § 171, Wegell § 26, Henaub § 142, Endemann § 201.

177) Richterregeln § 29 u. 30 (f. Anm. 175 u. 176). — Vgl. auch daselbst § 33 u. 40, so wie L. L. p. 306 n. *), p. 346 n. c u. p. 353 n. g: Eyd soll nicht gegen Eyd geleistet werden, sondern weil vielmehr einer von den Parten allein zur Eydesleistung gelassen wird, so ist auch in Acht zu nehmen, daß der Eyd nicht auff Klägers, sondern des Beklagten Seite stattfinden möge.

178) L. L. p. 231 n. d: Wo Fug und Gründe zur Eydes-Leistung vorhanden, muß in Acht genommen werden, ehe der Eyd verstattet wird, wie, weit die Person in dem Zustande und von der Beschaffenheit sey, daß dieselbe zum Eyde gelassen werden möge. Jedoch ist zu bemerken, daß die vorher geführte Lebens Art allein keinen von Leistung des *juramenti purgatorii* (oder Befreyungs-Eydes) hindern und abhalten möge. — Vgl. auch L. L. p. 239 n. c, p. 261 u. d, p. 281 n. c, p. 291 n. a u. p. 510 n. b. 179) Vgl. N^o 43 der Präjudicien.

*) Bayer § 273, Schmid § 170, Wegell § 28, Henaub § 140, Endemann § 205.

so hat der Verletzte das Recht den Betrag des Schadens selbst zu schätzen und sich zur Beeidigung seiner Schätzung zu er bieten. Der Richter erkennt in einem solchen Falle über die Zulässigkeit des Eides und ist befugt sowohl im Voraus ein Maximum zu bestimmen, über welches hinaus nicht geschworen werden kann, als auch, wenn der Eid ohne solche Beschränkung geschworen worden war, nachher die offenbar übermäßige Schätzung zu moderiren ¹⁸⁰⁾.

B. Formelle Beweisstheorie.

§ 15.

Uebersicht *).

Vergleicht man das Beweisverfahren des livländischen Processes mit dem des gemeinen Rechtes, so ergibt sich sogleich der wesentliche Unterschied, daß nach dem letzteren die Beweisantretung und die Production oder wirkliche Darbringung der Beweismittel, insbesondere der Zeugen und Urkunden, als zwei processualisch gesonderte Akte von einander getrennt sind, wogegen dem livländischen Prozesse diese aus dem sächsischen Particularrechte in den gemeinen Proceß übergegangene Trennung der Beweisantretung und der Production der Beweismittel fremd geblieben ist. Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel greift in Livland beim Urkundenbeweise von dem Zeitpunkte an, wo die Urkunde faktisch producirt ist, beim Zeugenbeweise dagegen, wo die Zeugen behufs ihrer Vernehmung vor dem Richter erschienen sind.

§ 16.

Die Beweisfrist.

Sobald der vorbereitende Schriftenwechsel beendigt ist, setzt der Richter im Hauptverfahren von amtswegen, im Zwischenverfahren bei Verhandlung peremptorischer Einreden in Folge

180) Prob.-Cobeg Bb. III, Art. 3456 u. 3457.

*) Bayer § 277, Schmid § 125 fg., Wegell § 70, II u. 71, II, Renaud § 208, Endemann § 211.

ausdrücklichen Vorbehaltes oder auf Antrag der Parteien die Frist für die Beweisantretung fest. Es geschieht dieses mittelst eines proceßleitenden Decretes, welches nur die Beweisfrist bestimmt, ohne zugleich das Beweissthema und die Beweislast festzustellen, so daß es den Parteien vollständig überlassen bleibt ob sie überhaupt und worüber sie einen Beweis antreten wollen. — Nach den älteren Quellen des livländischen Rechtes mußten die Parteien, wenn sie nicht im Stande waren ihre Beweismittel zugleich mit den Saktschriften beizubringen, jedesmal die Anberaumung einer Beweisfrist besonders erbitten ¹⁸¹⁾, bis das Hofgericht im Jahre 1690 zunächst für die Antretung des Zeugenbeweises ein für allemal eine peremptorische Frist von sechs Wochen für die vom Gerichtsorte Abwesenden und von zehn Tagen für die daselbst Anwesenden anordnete ¹⁸²⁾. Bald darauf wurde jedoch diese Frist in der Weise getheilt, daß die ersten drei Wochen beziehungsweise fünf Tage für die Beweis- und Gegenbeweis-Antretung, die anderen drei Wochen beziehungsweise fünf Tage dagegen für die Einreichung von Einreden und Interrogatorien bestimmt sein sollten ¹⁸³⁾. Diese Frist bedurfte, wie noch

181) Vgl. S. 32 Anm. 96 dieser Zeitschrift.

182) Hofg.-Const. v. 15. März 1690: Demnach dieses königliche Hofgericht . . . für nöthig befunden . . . zu verordnen, daß die Mandatarii, nachdem ihnen nunmehr Inhalts voriger Constitutionen schuldigstermaßen obliegt völlig und zur ganzen Sachen von ihren Principalen instruiret zu sein, ungeachtet derselben Abwesenheit, wenn sie etwann entweder nicht persönlich anhero citiret oder auch bereits gerichtliche Dimission von hinnen erhalten, nicht allein in pro- et reprobatione ihre zur Sachen gehörige Artikula und Interrogatoria, sondern auch ihre habende Exceptiones wider die aufgeführte Zeugen, worüber das königliche Hofgericht selbst zu judiciren sich vorbehält, in einer sechswochentlichen Frist ohnfehlbar und zwar bei Verlust eines solchen beneficij, die Anwesenden aber innerhalb zehn Tagen alhier einzubringen gehalten seyn, ihnen aber daneben post dedicta testium effata darwider keine Reprobationes ferner verstattet werden sollen. — Durch die Const. v. 3. März 1691 § 1 wurde ferner verordnet, daß die Frist für die Beweisantretung auch für die Zeit außerhalb der Juridik anberaumt werden könne.

183) Hofg.-Const. v. 17. Novbr. 1697: Als hat das königliche Hofgericht obgedachter Constitution (vom 15. März 1690) ersten § in diesem Fall

gegenwärtig die Beweisfrist in Estland, keiner besonderen richterlichen Festsetzung, sondern begann jedesmal von der stattgehabten Einlassung, im Zwischenverfahren aber von der Elision ihren Lauf. Durch diese Verordnungen kam somit das Eventualprincip hinsichtlich der Beweis- und Gegenbeweis-Untretung zur Geltung. Dasselbe wurde jedoch gegen Ende des vorigen Jahrhunderts wieder aufgegeben, indem das Hofgericht die Anordnung traf, daß der Beweis binnen drei Wochen vom Tage der Einlassung beziehungsweise der Elision, der Gegenbeweis aber binnen gleicher Frist, von der Mittheilung der Beweisantretung an die Gegenpartei gerechnet, angetreten werden solle ¹⁸⁴). Für die Beweiseinreden und Interrogatorien wurde außerdem für jede Partei eine besondere Frist von zehn Tagen, gerechnet von der Mittheilung der gegentheiligen Beweisantretung, festgestellt, welche jedoch später wieder in die ursprüngliche Frist von drei Wochen um-

dergestalt zu erklären . . . nöthig erachtet, daß das abwesende sowohl pro als reproducentische Theil zu Erbringung der Pro- et Reprobatorial-Artikeln nicht mehr als die ersten drei Wochen der constitutionsmäßigen Frist zu genießen haben, die letzten drei Wochen aber dem interrogirenden Theile zum Besten sein und auf gleiche Weise es der zehn Tage halber mit den Anwesenden gehalten, die aber solch spatium nicht gebührend observiren und ihre Artikul oder Interrogatoria nicht in dieser Zeit einbringen möchten, des beneficii ohnfehlbar verlustig erkandt werden.

184) Hofg.-Const. v. 21. Juli 1797: Und wenn auch der bisherige terminus probatorius et reprobatorius dadurch Beschwerlichkeit veranlaßt, daß Beweis und Gegenbeweis zugleich in drei Wochen a die refutationis seu liticontestationis nach der Constitution v. 17. Novbr. 1697 geführt werden müssen, so wird festgesetzt, daß von der Communication der Refutation oder Liticontestation ab in drei Wochen, zu 7 Tagen die Woche gerechnet, der Zeugenbeweis geführt und sub poena amissionis, falls nicht längere Dilation nachgegeben wird, introducirt werde, sodann productus in 10 Tagen sub poena praeclusi interrogiren oder excipiren, auch in drei Wochen, zu 7 Tagen die Woche gerechnet, von der Communication der Probatorial-Artikeln an gerechnet gleichfalls bei Verlust der Wohlthat Reprobation führe und alsdann reproductus in 10 Tagen a die communicationis bei gleicher Strafe excipire oder interrogire.

gewandelt worden ist ¹⁸⁵⁾. — Auffallenderweise haben die Vorschriften des Hofgerichts über die successive Anberaumung der Beweis- und Gegenbeweiskfrist in den Landgerichten des estnischen Distriktes Livlands keinen Eingang gefunden, so daß in denselben bis auf den heutigen Tag die Beweiskfrist für beide Theile eine gleichzeitige ist.

In der Praxis sind die erwähnten Vorschriften über die Beweiskfrist im Laufe der Zeit in nachstehender Weise zum Theil abgeändert worden:

1) Die Beweiskfrist beginnt nicht mehr von der Einlassung beziehungsweise der Elision ihren Lauf, sondern wird jedesmal vom Richter durch eine proceßleitende Verfügung mit peremptorischer Eigenschaft anberaumt, kann aber auf zeitig vor dem Ablauf übergebenen Parteienantrag vom Richter erstreckt werden. Sie ist ferner nicht wie früher auf den Zeugenbeweis beschränkt, sondern bezieht sich auf alle Beweismittel mit alleiniger Ausnahme von Urkunden, die noch später beigebracht werden dürfen. Endlich wird in Beziehung auf die Dauer der Frist nicht mehr zwischen der An- und Abwesenheit der Parteien unterschieden, sondern sie beträgt in jedem Falle drei Wochen.

2) Von dem Hofgerichte und den Landgerichten des lettischen Distriktes Livlands wird die Frist für den Beweis und den direkten Gegenbeweis successive angeordnet. Dies geschieht deraestalt, daß in dem direkten oder Hauptverfahren, wenn der Be-

185) Circular-Befehl des Hofg. v. 27. Novbr. 1839: Um nun einestheils hierin ein gleichmäßiges Verfahren herbeizuführen und andernteils aus stattgehabten Verhandlungen bemerkte Inconsequenzen abzustellen, wird dem obengenannten Landgerichte hierdurch obrichterlich vorgeschrieben bei solchen Communicationen des Beweisverfahrens Klägers an den Beklagten und des Gegenbeweisverfahrens Beklagten an den Kläger allemal nicht allein dem offen gelassenen beneficio des Interrogirens und resp. des Reprobirens, sondern auch dem des Excipirens keine Geldpön, sondern die Commination amissionis beneficium zu stellen, auch zur Erfüllung dieser sämtlichen injuncta eine gleichmäßige Frist von drei Wochen anzuberäumen.

Klagte litem negative contestirt hat, nur dem Kläger eine Frist zum Beweise der Klage, in dem indirekten Verfahren dagegen, wenn der Beklagte peremptorische Einreden vorgeschügt hat, dem Beklagten eine Frist zum Beweise der Einrede zunächst anberaunt wird. Hat der Beklagte in seiner Erklärung eine negative Litiskonfestation mit Einreden verbunden, so tritt für den Beweis der Klage und der Einreden ein gesondertes Verfahren ein, indem ersterer dem Kläger, letzterer dagegen dem Beklagten, nachdem die Elision der Einreden erfolgt ist, durch besondere Bescheide aufgegeben wird. Die Beweisaufgabe erfolgt stets alternativ, indem dem Probanden aufgegeben wird entweder den Beweis innerhalb einer Präklusivfrist von drei Wochen anzutreten oder die Replik, beziehungsweise die Salvationschrift binnen einer in allgemeiner Grundlage anberaunten Frist einzureichen. Erst wenn der Beweis und ebenso der etwa vorbehaltene Additionalbeweis nicht nur angetreten ist, sondern auch die etwa denominirten Zeugen verhört sind oder wenn die beweispflichtige Partei sich mit der Beweisführung hat präcludiren lassen, wird in dem direkten Verfahren dem Beklagten, im indirekten Verfahren dem Gläubigen mittelst Bescheides eine peremptorische Frist von drei Wochen für die Antretung des Gegenbeweises gewährt, in der Regel jedoch nur für den Fall, daß die betreffende Partei sich den Gegenbeweis vorbehalten oder auf die Anberaumung einer Beweisfrist ausdrücklich angetragen hat. Hat der Kläger, beziehungsweise der Excipient keinen Beweis angetreten, sondern sogleich die Replik, beziehungsweise die Salvationschrift übergeben, so verliert der Gegner dadurch keineswegs das Recht zur Antretung des Gegenbeweises, vielmehr wird ihm auf sein Ansuchen zu diesem Behufe die übliche Frist concedirt ¹⁸⁶⁾.

3) Von den Landgerichten des estnischen Distriktes Livlands wird nicht nur in dem indirekten sondern auch in dem direkten Ver-

186) Vgl. № 32 der Präjudicien.

fahren die Beweisfrist für die Antretung sowohl des Beweises als des Gegenbeweises stets gleichzeitig für beide Theile anberaumt. Zu diesem Behufe pflegt ein in zwei gleichlautenden Exemplaren ausgefertigter Bescheid an die Parteien zu ergehen, in welchem die Beweisfrist auf drei Wochen sub poena praeclusi festgestellt ist.

§ 17.

Die Beweisantretung *).

Die Antretung sowohl des Beweises als des Gegenbeweises geschieht durch Ueberreichung einer schriftlichen Eingabe (Präsentationsschreiben), in welcher der beweisführende Theil (Producent, Probant, resp. Reproducent, Reprobant) die Beweismittel bezeichnet (inducirt), mittelst deren er den ihm obliegenden Beweis zu führen gedenkt. Eine nähere Angabe des Beweisthema's, welches durch die einzelnen Beweismittel dargestellt werden soll, ist nicht üblich.

1) Die Beweisantretung mittelst Zeugen **).

Die Antretung des Zeugenbeweises geschieht ganz in der durch das gemeine Recht vorgeschriebenen Weise. In einer Beilage zum Präsentationsschreiben werden die mit den Worten „Wahr“ oder „Nicht wahr“ beginnenden, ihrem Inhalte nach aus den vorbereitenden Schriftsätzen entlehnten Beweis-, beziehungsweise Gegenbeweisartikel (articuli probatoriales und reproboriales) übergeben, an welche sich die Angabe der Zeugen nach Namen, Stand und Wohnort, so wie die Bezeichnung der Artikel, über welche jeder einzelne Zeuge vernommen werden soll (denominatio testium cum directorio), anschließt. Zu jedem einzelnen Artikel dürfen nach livländischem Rechte nicht mehr

*) Bayer § 278, Schmid § 125, WegeII § 70, II u. 71, II. Renaud § 210.

**) Bayer § 283 u. 284, Schmid § 137, WegeII § 23 Anm. 39 u. § 70 Anm. 34, Renaud § 211, Endemann § 212.

als sieben Zeugen benominirt werden ¹⁸⁷⁾. Die Antretungsschrift schließt mit der Bitte um Vorladung und Vernehmung der Zeugen, beziehungsweise um Erlassung der erforderlichen Requisitionsschreiben.

2) Die Beweisantretung mittelst Urkunden *).

Die Art der Beweisantretung, namentlich ob sie durch Beibringung von Originalen oder Copien geschieht, ist in das Belieben des Probanden gestellt ¹⁸⁸⁾, zumal Urkunden noch nach Ablauf der Beweisfrist bis vor Eingang der Duplik übergeben werden können (vgl. § 21,1). Da aber nach holländischem Rechte kein besonderer Produktionstermin besteht, so pflegen die Urkunden zur Verkürzung des Verfahrens sogleich in derjenigen Gestalt, in der sie dem Beweise zu Grunde gelegt werden sollen, eingereicht zu werden und zwar die öffentlichen Urkunden im Originale oder in vidimirter Abschrift ¹⁸⁹⁾, die Privaturkunden dagegen, da Abschriften der letzteren, so lange die Authenticität ihrer Originale nicht feststeht, keine Beweiskraft haben, im Originale. Das Gesuch in dem Präsentationschreiben ist dahin zu stellen, daß das Gericht die Urkunde, wenn es eine öffentliche ist, dem Gegentheile zur Agnition, wenn es eine Privaturkunde ist, zur Recognition oder aber zur eidlichen Diffession in einem dazu anzuberaumenden Termine vorlegen möge.

In Beziehung auf die Edition von Urkunden, so wie auf die Beweisführung im Falle verlorener Urkunden gelten vollständig die Grundsätze des gemeinen Rechtes.

187) Justizpunkte v. 22. Septbr. 1671 § 8: In Zeugniß-Auffnehmung sollen förderst bey der Production deren sowohl Actoris als Rei nicht mehr als die tauglichste von jedwedem 7 admittiret werden, doch in denen erforderlichen Fällen und anderen Beschaffenheit die Additionales jedwedem Theil auch vorbehältlich.

*) Bayer § 289, Schmid § 148, Wegell § 70 Anm. 36, Renaud § 212, Endemann § 216.

188) Vgl. N^o 40 der Präjudicien.

189) Das Hofgericht ließ früher nur solche vidimirte Urkunden zu, die in der Kanzlei desselben beglaubigt waren. Vgl. Hofg.-Const. v. 3. Febr. 1664, 18. Januar 1666 § 5 u. 24. März 1666 § 6.

3) Die Beweisantretung mittelst Sachverständiger *).

Dieselbe erfolgt, falls der Richter nicht etwa aus eigener Entschliebung Sachverständige hinzuzieht, im Ganzen analog der Beweisantretung durch Zeugen. Zu diesem Behufe stellt die Partei, welche einen solchen Beweis antreten will, den Satz, der durch das Gutachten bestätigt werden soll, in articulirter oder nichtarticulirter Form auf, benennt die Sachverständigen, deren Hinzuziehung sie wünscht und verbindet damit das Gesuch wegen Vernehmung derselben.

4) Die Beweisantretung mittelst richterlichen Augenscheines **).

Wird die Einnahme des Augenscheines nicht etwa vom Richter von amtswegen decretirt, sondern trägt eine Partei auf dieselbe an, so wird in dem Gesuche Zweck und Gegenstand des Augenscheines genau bezeichnet und die Bitte auf Vornahme desselben, falls erforderlich unter Hinzuziehung von Sachverständigen, die in Vorschlag gebracht werden können, gerichtet.

§ 18.

Richterliches Decret.

Ueber jede Beweis- und Gegenbeweisantretung muß der Probat, beziehungsweise der Reprobat gehört werden. Zu diesem Behufe ergeht an denselben unter Mittheilung der Antretungsschrift ein richterliches Decret, dessen Inhalt nach den einzelnen Beweismitteln ein verschiedener ist. Zweckmäßig wäre es, wenn die ausdrücklich nur in Beziehung auf den Zeugenbeweis vorgeschriebene sofort peremptorische Frist zur Geltendmachung etwaiger Einreden auch hinsichtlich der übrigen Beweismittel zur Anwendung käme, wie zum Theil schon von einigen Gerichten geschieht.

*) Bayer § 297, Schmid § 154, Renaud § 211, Endemann § 214.

**) Bayer § 296, Schmid § 152, Renaud § 109, Endemann § 215.

1) Ist ein Zeugenbeweis angetreten, so wird der Probat ad excipiendum vel interrogandum binnen einer Frist von drei Wochen sub poena amissionis beneficii angewiesen ¹⁹⁰⁾.

2) Sind Urkunden beigebracht, so wird die Antretungsschrift vom Hofgerichte dem Gegner regelmäßig zur Aeussderung binnen dilatorischer Frist zugefertigt. Ein Termin zur Anerkennung oder eidlichen Diffession der Urkunde sub poena agniti resp. recogniti wird erst für den Fall anberaunt, daß der Probat in seiner Erklärung die Echtheit der Urkunde nicht ausdrücklich anerkannt hat, da die auf Grund des jüngsten Reichsabschiedes ausgebildete Regel, nach welcher der Probat verpflichtet ist die Echtheit einer ihm vorgelegten Urkunde sogleich anzustreiten, widrigenfalls sie als anerkannt gilt, in Livland nicht Eingang gefunden hat. — Von den Landgerichten wird entweder dasselbe Verfahren wie beim Hofgerichte beobachtet oder es wird sogleich ein Termin zur Anerkennung oder Diffession der Urkunde sub poena agniti resp. recogniti anberaunt und erst, wenn der Probat sich in diesem Termine Einreden gegen die Urkunde vorbehält, zur Ausführung derselben eine Frist festgestellt.

3) Bei einem Antrage auf Hinzuziehung von Sachverständigen oder auf Einnahme des richterlichen Augenscheines verfügt das Gericht die Mittheilung des Antrages zur Aeussderung an den Probat, beziehungsweise den Reprobat binnen dilatorischer Frist. — Ordnet das Gericht von amtswegen die Hinzuziehung von Sachverständigen oder die Einnahme des Augenscheines an, so werden beide Theile unter dem Präjudiz der Ausschließung, so wie die etwa hinzuzuziehenden Sachverständigen zu dem zu diesem Behufe festgesetzten Termine vorgeladen. Bei dem Beweise durch Sachverständige werden die Parteien zugleich von der Frage, über welche das Gutachten einzuholen ist, so

190) Circulär-Befehl des Hofg. v. 27. Novbr. 1839, f. Anm. 185.

wie von den Personen, die zu diesem Zwecke gewählt sind, in Kenntniß gesetzt.

§ 19.

Die Erklärung des Probaten auf die Beweisantretung, das Einredeverfahren und die Fragestücke *).

Dem Gegner des Beweisführers steht das Recht zu die Beweisführung des letzteren als illegal oder unerheblich zu bestreiten oder wider die benutzten Beweismittel mittelst Beweis einreden zu excipiren. Dadurch kann ein Incidentverfahren entstehen, bei dem im Wesentlichen die für das Zwischenverfahren geltenden Grundsätze beobachtet werden. Im Interesse der Abkürzung sollen die Einreden jedoch sogleich liquide gestellt werden. Geschieht solches, so können die Schlußschriften fortfallen. Ein besonderes Beweisverfahren wird in der Regel nicht anberaumt, sondern es wird die im Incidentverfahren nothwendige Beweisaufnahme mit der Hauptbeweisaufnahme dergestalt verbunden, daß dem Excipienten offen gelassen wird seine Einreden durch Gegenbeweis oder Interrogatorien zu begründen und in der Schlußschrift näher auszuführen¹⁹¹⁾. Einreden gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen werden überhaupt nur vorbehalten und in den Schlußschriften zugleich mit den Einwendungen gegen den Inhalt der Zeugenaussagen ausgeführt¹⁹²⁾.

Innerhalb der für die Erklärung des Probaten anberaumten Frist hat derselbe das Recht in Beziehung auf einen angetretenen Zeugenbeweis Fragestücke (Interrogatorien) in Gemäßheit der im gemeinen Rechte ausgebildeten Regeln zu den Beweisartikeln zu überreichen¹⁹³⁾. Für den Fall, daß wider

*) Bayer § 285, 286, 291, 296 u. 297, Schmid § 138, 149, 152 u. 155, Renaub § 214—216, Endemann § 212, 214 u. 215, 218—220.

191) Vrgl. N^o 33 der Präjudicien.

192) Vrgl. N^o 34 der Präjudicien.

193) Hofg.-Conf. v. 21. Juli 1797 (f. Ann. 184) u. Circulär-Befehl des Hofg. v. 27. Novbr. 1839 (f. Ann. 185.)

die Zulässigkeit der Zeugen expirirt worden ist, sind die Interrogatorien zu den hinsichtlich der angestrittenen Zeugen gestellten Beweisartikeln zur Wahrung der peremptorischen Frist jedenfalls eventuell zu übergeben. Eine Mittheilung der Fragestücke an den Probanden findet nicht statt, vielmehr hat der Richter ihre Zulässigkeit von amtswegen zu prüfen.

§ 20.

Die Beweisaufnahme.

Ist ein Zeugenbeweis angetreten, so werden die Zeugen behufs der Beweisaufnahme *) vom Richter vorgeladen. Stehen sie in öffentlichen Diensten, so müssen sie durch Requisition an ihre nächsten Vorgesetzten citirt werden ¹⁹⁴⁾. In der Regel findet die Vernehmung bei demjenigen Gerichte statt, wo die Rechtsache verhandelt wird ¹⁹⁵⁾. In dieser Beziehung gelten jedoch folgende Ausnahmen:

- a) hat der Zeuge seinem Stande und Wohnorte nach seinen Gerichtsstand vor einem anderen Gerichte, so wird dieses letztere wegen seiner Vernehmung unter abschriftlicher Mittheilung der Beweisartikel und Fragestücke requirirt ¹⁹⁶⁾;
- b) bei großer Entfernung des Zeugen, so wie wenn er durch Amtsgeschäfte an seinen Dienstort gebunden ist, findet das Verhör bei demjenigen Gerichte statt, in dessen Bezirk er sich aufhält ¹⁹⁷⁾;

*) Bayer § 287 u. 288, Schmid § 139 u. 140, Wegell § 70, Renaud § 215, Endemann § 213.

194) Ewob der Reichsgesetze Bb. X Abth. 2 Art. 373.

195) Seerecht tit. VIII c. 8 § 1: Alle Zeugen insgemein sollen in selbigem Gerichte, da die Sache anhängig ist, abgehört werden, wofern sie so nahe bey der Hand sind.

196) Nov. 90 c. 5 u. l. 18 C. de fide instr. 4, 21. Während die ältere Praxis die strenge Beobachtung dieses Grundsatzes forderte, wird gegenwärtig von Seiten des Proceßgerichtes häufig davon abgesehen.

197) L. L. p. 353 n. f: Sind die Zeugen, worauff man sich beziehet, so weit entfernt, daß sie ohne große Mühe nicht können vor demselben

- c) Kranke, Gebrechliche, Frauen adeligen Standes und höhere Beamte können in ihrer Wohnung durch eine Delegation des Gerichtes vernommen werden ¹⁹⁸);
- d) ist eine große Anzahl von Zeugen aus derselben Landgemeinde zu vernehmen, so findet das Verhör durch eine gerichtliche Delegation an dem Aufenthaltsorte der Zeugen statt ¹⁹⁹);
- e) das Hofgericht überträgt Zeugenvernehmungen in den daselbst anhängigen Rechtsfachen regelmäßig dem betreffenden Gerichte erster Instanz.

Jeder, sei es schlechtthin, sei es unter Vorbehalt der Einreden gegen seine Person oder seine Aussagen zugelassene Zeuge, muß vor der Vernehmung nach dem Ritual seiner Confession beeidigt werden ²⁰⁰), es sei denn, daß die Parteien ihn nach Uebereinkunft von der Eidesleistung befreien oder daß ihm dieselbe durch gesetzliche Vorschrift erlassen ist. Zu den von der Eidesleistung befreiten Personen gehören:

- a) Geistliche aller christlichen Confessionen ²⁰¹);
- b) Beamte hinsichtlich ihrer Aussagen über Wahrnehmungen, die sie in Ausübung ihres Amtes gemacht haben. Uebrig-

Gerichte erscheinen, so mögen sie ihr Zeugnisse bey dem Richter, worunter sie sich befinden, ablegen, wenn nur beyderseits Parteyen dazu vorher vorgeladen sind. Swob der Reichsgesetze Bd. X. Abth. 2 Art. 371.

198) L. L. p. 353 u. f: Kommet auch eine rechtliche Verhinderung dazwischen, daß die Zeugen vor dem Gerichte nicht erscheinen können, so mögen sie in Gegenwart einiger vom Gerichte dazu Berordneten, alda, wo sie sind, abgehört werden. — Vrgl. l. 3 § 6, l. 8 u. 19 D. de test. 22, 5 u. c. 8 X. de test. 2, 20.

199) Swob der Reichsgesetze Bd. X Abth. 2 Art. 372.

200) Seerecht tit. VIII c. 8 § 2: Die Zeugen sollen zuerst ihren Eyd ablegen, ehe sie zeugen, daß sie die Wahrheit offenbaren und von allem dem, was ihnen von der Sache wissend, nichts verhehlen wollen oder sollen; dazu soll der Gegentheil citiret werden, daß er zugegen sey, den Eid anhöre und seine Nothdurft dabey einbringen möge. — Vrgl. L. L. p. 375 u. b.

201) Swob der Reichsgesetze Bd. X Abth. 2 Art. 381 in der Fortsetzung v. J. 1863 und Patent der k. k. Gouv.-Reg. vom Jahre 1859 Nr. 24.

gens sind dieselben in solchen Fällen nicht verpflichtet auf Beweisartikel und Interrogatorien zu antworten, sondern haben in Aufforderung des ihnen vorgesezten Gerichtes über den fraglichen Hergang Bericht zu erstatten ²⁰²);

- c) Personen, denen ihre Glaubenslehre den Eid nicht gestattet. An Stelle des Eides haben sie zu versprechen nach bestem Wissen und Gewissen die volle Wahrheit zu bezeugen ²⁰³).

Die Beeidigung der Protestanten und Katholiken findet in der Session des Gerichtes statt ²⁰⁴). Angehörige der orthodox-griechischen Confession werden in der Kirche ²⁰⁵) und Juden in der Synagoge ²⁰⁶), falls solche am Gerichtsorte vorhanden sind, bei Anwesenheit eines delegirten Beamten des Gerichts in Eid genommen.

Jeder Zeuge wird gleich nach der Beeidigung einzeln und in Abwesenheit der Parteien nach den darüber im gemeinen Proceffe ausgebildeten Regeln vernommen ²⁰⁷). Nach beendigter Vernehmung sämmtlicher Zeugen läßt das Gericht aus den Verhörprotokollen das sog. Scrutinium (den Zeugenrotulus) und zwar getrennt über den Beweis und den Gegenbeweis in der Weise anfertigen, daß alles, was die verschiedenen Zeugen über jeden Beweis-

202) Vrgl. *N* 35 der Präjudicien.

203) *Swob* der Reichsgesetze *Bd. X* Abthl. 2 Art. 381.

204) Patent der k. k. Gouv.-Reg. v. J. 1860 *N* 117.

205) Circulär-Befehl der k. k. Gouv.-Reg. v. 24. April 1836.

206) Ueber das Eidesformular für Juden vrgl. Patent der k. k. Gouv.-Reg. v. J. 1860 *N* 135.

207) Landgerichts-Ordnung v. J. 1632 § 19: Würde die Sache auf Zeugniss beruhen, sollen . . . die Zeugen absonderlich verhört und nach ihrer Aussage vor geendigtem Examen mit dem anderen nicht zusammen gelassen werden. — Vrgl. *Seerecht* tit. VIII c. 8 § 3 und *L. L.* p. 352 n. c., p. 350 n. a und p. 352 n. c: Die Zeugen sollen nicht allein besonders abgehört, sondern auch befraget werden, wie und durch was Gelegenheit sie wissen können, was sie zeugen, ob sie selbst dabey gewesen, von dem einen oder beyden Parten dazu erbethen oder sonst unversehens dazu gekommen sind oder ob sie solches von anderen gehört haben.

artikel und die dazu gehörigen Fragestücke ausgesagt haben, zusammengestellt wird. Dieses Scrutinium wird von den Landgerichten mittelst Bescheides, in welchem zugleich der Schluß des Beweisverfahrens auszusprechen ist, den Parteien behufs Einreichung der Schlußschriften eröffnet. Das Hofgericht benachrichtigt, nachdem das Scrutinium vom Untergerichte eingeliefert worden ist, hiervon die Parteien in einem besonders dazu mittelst Anschlages anberaumten Termine zu dem Behufe, damit sie von ihrer Seite Anträge bezüglich der Eröffnung der Scrutinien stellen können. Unterlassen sie solches, so folgt die Eröffnung *ex officio*. Nach eröffnetem Scrutinium ist eine weitere Beweisantretung nicht mehr gestattet²⁰⁸⁾, wohl aber können die Parteien zur Verbesserung eines Verhörs, in welchem sich Dunkelheiten oder Unvollständigkeiten finden, auf eine nochmalige Vernehmung der Zeugen, ja sogar auf eine Confrontation derselben unter einander antragen. Ein solcher Antrag darf jedoch nur bei derjenigen Instanz, welche das Verhör geleitet hat, sofort nach Eröffnung der Scrutinien gestellt werden, ohne das neue Beweisartikel zulässig sind²⁰⁹⁾.

Beim Urkundenbeweise findet der Natur der Sache nach eine Aufnahme des Beweises nicht statt, da diese mit der Antretung zusammenfällt. Beim Beweise durch Sachverständige und durch richterlichen Augenschein kommen hinsichtlich der Beweisaufnahme die Grundsätze des gemeinen Rechts in Anwendung.

208) Hofg.-Const. v. 15. März 1690 § 1: daß . . . post dedicta testium effata darwider keine Reprobationes ferner verstattet werden sollen. Hofg.-Const. v. 3. März 1691 § 2: Daß ein jeder alle seine Zeugen bei der Articulirung auf einmal zu nominiren gehalten sein und post dedicta testium effata keine Probation per testes künftig mehr admittirt werden soll.

209) L. L. p. 353 n. c: Die Gerichte sind auch besuget, wenn es erfordert wird und die Umstände solches an die Hand geben, die Zeugen in den stücken, so zu Erforschung der Wahrheit dienen können, confrontiren zu lassen, jedoch daß solches zu gebührender Zeit auch behöriger Massen geschehen möge. — Vgl. N^o 36 der Präjudicien.

§ 21.

Der außerordentliche Beweis.

Zu den außerordentlichen Beweisen, die außerhalb der Beweisfrist angetreten werden können, gehören nach livländischem Proceßrechte:

1) Der Urkundenbeweis. In Uebereinstimmung mit dem canonischen Rechte und den deutschen Reichsgesetzen legten die älteren livländischen Rechtsquellen den Parteien die Pflicht auf Urkunden wo möglich schon bei den ersten Sagschriften zu übergeben. Seitdem eine besondere Frist für die Beweisantretung eingeführt ist besteht eine solche Verpflichtung nicht mehr, wengleich es den Parteien gestattet ist den Urkundenbeweis wie im gemeinen Proceße zu anticipiren. Eine aus dem älteren livländischen Rechte stammende Eigenthümlichkeit des Urkundenbeweises besteht darin, daß die Antretung desselben keineswegs durch die peremptorische Beweisfrist, sondern nur dadurch begrenzt wird, daß sie nicht *ultra replicam* erfolgen soll ²¹⁰⁾, wobei die Praxis das „*ultra replicam*“ so auslegt, daß Urkunden noch nach der Replik, so lange die Duplik noch nicht übergeben worden ist, beigebracht werden können ²¹¹⁾.

2) Der Additionalbeweis. Hinsichtlich des Zeugenbeweises galt im canonischen Rechte der Grundsatz, daß der Proband, beziehungsweise der Reprobant über denselben Punkt regelmäßig zu drei Produktionen ²¹²⁾ so lange freie Erlaubniß habe, als der Zeugenrotulus noch nicht eröffnet worden war ²¹³⁾. Nachdem jedoch die peremptorische Beweisfrist im gemeinen Proceße Eingang gefunden hat, wird nach Ablauf derselben kein nachträglicher Zeugenbeweis (Additionalbeweis) mehr zugelassen. In

210) Vrgl. Ann. 96.

211) Vrgl. № 41 der Präjudicien.

212) c. 15, 49 X. de test. 2, 20 u. c. 2 in VI eod. 2, 10.

213) c. 2 Clem. de test. 2, 8 vrgl. mit c. 17, 19, 25, 35 X. de test. 2, 20.

Livland dagegen hat sich der Additionalbeweis trotz der Einführung der peremptorischen Beweisfrist bis auf den heutigen Tag, wengleich in modificirter Gestalt im Vergleich zu den Bestimmungen des canonischen Rechtes, erhalten.

Nach der Praxis kann der Proband, beziehungsweise der Reprobant unter der Voraussetzung, daß er innerhalb der Beweisfrist einen Zeugenbeweis geführt und den Additionalbeweis sich ausdrücklich vorbehalten hat, nach Ablauf solcher Frist, so lange dieselbe nicht förmlich geschlossen worden ist oder die Scrutinen nicht eröffnet sind, noch einen Additional-²¹⁴⁾ und sogar einen Superadditionalbeweis²¹⁵⁾ durch Zeugen antreten und zwar sowohl durch Denominirung neuer, im ersten Verfahren noch nicht genannter Zeugen als auch durch Stellung neuer Beweisartikel²¹⁶⁾. Für die Antretung des Additionalbeweises wird in dem Bescheide, welcher über die Zulässigkeit der denominirten Zeugen erkennt, eine peremptorische Frist von ebenfalls drei Wochen anberaumt.

3) Der Beweis zum ewigen Gedächtnisse *). Derselbe beruht vorzugsweise auf den Vorschriften des canonischen Rechtes und kommt in Livland gegenwärtig in derjenigen Ausbildung zur Anwendung, die er in der Theorie des gemeinen Processes auf dieser Grundlage erlangt hat. In den Quellen des livländischen Rechtes geschieht seiner nur beiläufig Erwähnung²¹⁷⁾.

214) Justizpunkte v. 22. Septbr. 1671 § 8 (s. Anm. 187) und Landgerichts-Ordnanz v. J. 1632 § 20.

215) Vgl. N^o 37 der Präjudicien.

216) Vgl. N^o 38 der Präjudicien.

*) Bayer § 240, Schmid § 120, Weßell 24 Anm. 32, Renaud § 146, Endemann § 161.

217) Landg.-Ord. v. J. 1632 § 22, Seerecht tit. VIII c. 8 § 4: Hat man zwar noch zur Zeit mit jemanden keinen Rechtsproceß, befürchtet sich aber gleichwol, daß Streit entstehen möchte, so mag man nichtsdestoweniger zur Steuer der Wahrheit und sicherer Nachricht der Sache rechten Verlaufs seine Zeugen abhören lassen, sonderlich wenn solches wegen deren Alter, Weg-

III. Die Schlußschriften.

Die von den Partelen gewechselten Schlußschriften, welche im Hauptverfahren Replik und Duplik, im Exceptionalverfahren dagegen *salvatio* und *ulterior elisio* genannt werden, bezweckten ursprünglich, wie noch gegenwärtig die Replik und Duplik des gemeinen Rechtes, die nähere Feststellung des *status causae et controversiae*, indem in denselben neue thatsächliche Behauptungen gegenüber den Ausführungen des Gegners geltend gemacht werden konnten. Diesen Charakter haben sie verloren, seitdem es Regel geworden ist, daß das Beweisverfahren ihnen vorausgehen muß. Gegenwärtig können sie, da nach dem Beweisstadium keine neuen thatsächlichen Behauptungen mehr zulässig sind, nur noch zur näheren Ausführung, beziehungsweise Anfechtung dessen, was bis dahin von den Partelen behauptet oder bewiesen worden ist, insbesondere auch zur weiteren Ausführung der im Beweisverfahren vorbehaltenen Beweiseinreden, dienen. Dadurch haben die Schlußschriften des livländischen Processes eine ähnliche Bedeutung erlangt, wie die sog. Impugnations- und Salvationschriften des gemeinen Rechtes. Von den letzteren unterscheiden sie sich jedoch wesentlich dadurch, daß die Impugnations- und Salvationschriften nur den geführten Beweis und die vorbehaltenen Einreden zum Gegenstande haben und daß stets der Producent mit der Impugnationschrift den Anfang macht, wogegen die Schlußschriften gewechselt werden auch wenn kein Beweis geführt worden oder keine Einreden gegen die Beweismittel vorbehalten sind und daß stets der Kläger, beziehungsweise der Exciptent den Anfang macht.

reisens oder anderer Zufälle nöthig zu sein erwiesen wird. Jedoch daß damit rechtmäßig verfahren werde, wie vorhergesaget ist (d. h. in Bezug auf das Zeugenverhör). — Vrgl. *N* 39 der Präjudicien.

Die Schlußbitte besteht in einer Wiederholung des bereits in der Klage, beziehungsweise in der Exceptionsschrift gestellten Gesuchs, auf welches meist Bezug genommen wird. Eine Abänderung der Klagebitte nach dem Resultate des geführten Beweises ist nur innerhalb derjenigen Grenzen zulässig, in denen eine Abänderung der Klage nach der Einlassung gestattet ist. Demnach kann der Kläger dasjenige, was er *ratione re, loco* oder *causa* zuviel gefordert hat, fallen lassen. Es ist ihm aber nicht gestattet nachträglich mehr oder eine andere Art der Leistung oder ein anderes Object oder die Anerkennung eines anderen Rechtes zu verlangen, weil dadurch der *status causae et controversiae* eine Abänderung leiden würde, auf welche die *Litiscontestatio* des Beklagten nicht bezogen werden kann. In einem solchen Falle muß daher stets die Abweisung des Klägers ohne Rücksicht auf die von ihm etwa vorgenommene Abänderung der Klagebitte erfolgen, wogegen derselbe sich im Falle einer zulässigen Aenderung höchstens der Kostencompensation aussetzt. — Die vom römisch-canonischen Rechte geforderte, von den Parteien vor dem Urtheile zu erklärende *submissio ad sententiam* ist gegenwärtig, ebenso wie nach gemeinem Rechte, kein nothwendiges Erforderniß der Schlußschriften, da sich in dem rein schriftlichen Verfahren der Aktenschluß nach den für die Parteivorträge geltenden Grundsätzen von selbst versteht. Dagegen muß den Schlußschriften eine specificirte Aufgabe der Proceßkosten beigefügt werden, widrigenfalls die Partei den Anspruch auf den Ersatz derselben verliert ²¹⁸⁾.

Das Verfahren hinsichtlich der Schlußschriften anlangend, so ergeht der Auftrag zur Einreichung einer solchen unter An-

218) Hofg.-Const. v. 28. Febr. 1695: daß . . . hinfüro sowohl Actor als Reus bei Einreichung der Schlußschriften seine Expensen-Designation und zwar bei Verlust dieses *beneficii* zugleich mit einzubringen und der Moderation zu untergeben schuldig sein soll.

beraumung einer Frist nach den allgemeinen für den Schriftenwechsel der Parteien bestehenden Regeln im direkten Verfahren zuerst an den Kläger, im Exceptionalverfahren dagegen zuerst an den Excipienten und darauf, sobald dieser der Auflage Folge geleistet oder sich mit seiner Handlung hat präcludiren lassen, an die Gegenpartei. Sind Einlassung und Exceptionen vom Beklagten verbunden vorgeschützt, so wird in dem lettischen Distrikte Livlands die gesonderte Verhandlung der Einlassung und der Exceptionen, welche bereits durch die gesonderte Auflage des Klagebeweises einerseits und des Exceptionalbeweises andererseits eingetreten ist, auch für die Schlußschriften fortgesetzt, wogegen im estnischen Distrikte Livlands, wo die Beweisfrist in einem solchen Falle für beide Theile eine gemeinsame ist, der Beklagte als Excipient zuerst seine Salvationschrift aus dem Grunde einzureichen hat, weil das Verfahren in Folge der vorgeschützten Exceptionen sich als ein indirektes charakterisirt. Hat eine Partei die Schlußschrift bereits übergeben, ehe die andere den Beweis angetreten hat, was im lettischen Distrikte Livlands jederzeit möglich ist, da die Auflage zur Beweisantretung oder zur Einreichung der Schlußschrift alternativ zu erfolgen pflegt, so muß der ersteren durch Anberaumung einer neuen Frist Gelegenheit gegeben werden ihre erste Schlußschrift mit Beziehung auf den inzwischen geführten Beweis zuvor zu ergänzen, bevor die andere zur schließlichen Deduktion zugelassen wird ²¹⁹⁾. Dem Auftrage in Betreff der einzureichenden Schlußschrift ist, falls Beweis geführt worden, das Scrutinium über die Zeugenaussagen, das Protokoll über die stattgehabte Recognition oder Diffession einer Urkunde, über das Gutachten der Sachverständigen oder über die Einnahme des Augenscheines beizufügen.

219) Vgl. N^o 32 der Präjudicien.

§ 23.

Das Erkenntniß nach dem Ergebniß der Beweisführung *).

Da der livländische Proceß sich hinsichtlich dieses Erkenntnisses wesentlich dem gemeinen Rechte anschließt, so genügt es die allgemeinen Gesichtspunkte kurz hervorzuheben. Das Erkenntniß ist ein verurtheilendes oder ein freisprechendes, je nachdem es der Klagebitte oder der Gegenbitte entspricht. Es ist ferner mit Rücksicht auf den geführten Beweis ein definitives oder ein bedingtes, welches letztere den endlichen Ausgang von einem Notheide abhängig macht. Nach dem Ergebniß der Beweisführung erfolgt:

1) ein definitives Erkenntniß und zwar:

- a) ein verurtheilendes, wenn der Hauptbeweis vollständig hergestellt ist ²²⁰);
- b) ein freisprechendes, wenn der Hauptbeweis gar nicht oder ein vollständiger Gegenbeweis erbracht ist ²²¹). Dasselbe findet statt, wenn Beweis und Gegenbeweis vollständig geführt und von gleicher Kraft sind oder wenn der letztere stärker als der erstere ist, weil Beweis und Gegenbeweis, insofern sie hinsichtlich desselben Satzes collidiren, sich gegenseitig aufheben ²²²);

*) Bayer § 301—303, Schmid § 171—173, Wegell § 70 u. 72, Endemann § 225.

220) Richterregeln § 29 (s. Anm. 175)

221) Richterregeln § 29 u. § 33: Wenn der Beklagte gültigen Beweis oder Zeugen, wodurch er die Klage zu belegen vermag, auf seiner Seite hat, so wäre es unbillig, wenn demselben nicht desto weniger der Befreyungs-Ehd aufzuerlegen würde, massen ihm vielmehr seine Zeugen und Beweis, wenn sie gültig sind und vom Richter dafür angenommen werden, alsdann zu statten kommen müssen. — Vrgl. auch daselbst § 35.

222) L. L. p. 352 n. a: Haben aber beyde Parten gleich viele und gleich gute Zeugen, die da beydersseits solche Umstände vorbringen, daß des einen Theils Beweisrthumb nicht erheblicher als des anderen geschäget werden mag, wodurch der Richter auch nicht erforschen kan, was darin für Recht zu halten sey, so soll man in solchem Fall den Beklagten losprechen, ob er gleich schuldig seyn möchte.

2) ein bedingtes Erkenntniß, wenn weder der Beweis noch der Gegenbeweis vollständig erbracht ist. In diesem Falle ist auf den Ergänzungs- oder den Reinigungseid zu erkennen.

Bei der Prüfung und Abwägung des beiderseits geführten Zeugenbeweises ist die innere Wahrscheinlichkeit der Aussage und die größere Anzahl der Zeugen zu berücksichtigen ²²³).

223) L. L. p. 351 u. 352 n. a: Da denn hernach demjenigen Parten Glauben und ein besseres Recht zugelegt wird, der die meisten und besten Zeugen vor sich gehabt, die auch mit guten Gründen, Beweis und Umständen die Wahrheit am deutlichsten eröffnet und zu Tage gelegt haben. — Daselbst p. 356 n. c: Es müssen doch aber alle Umstände genau erwogen und nach der Aussage, die mit der Wahrheit am besten übereinstimmt, gesprochen werden.

Schmidt.

X.

Präjudicien des livländischen Hofgerichts, den Civilproceß betreffend.

(Fortsetzung.)

27.

Die Frist für die Zurückgewinnung des Aberkannten.

Der Anspruch des Querulanten . . . auf Rückforderung der von ihm, beziehungsweise für ihn zur Erfüllung des rechtskräftigen landgerichtlichen Contumacialabscheides vom 12. Aug. 1865 sub № 2068 zum Besten des Querulanten . . . eingelieferten Gelder und Werthpapiere (erweist sich) jedoch als längst verfallen und seiner Wirksamkeit nach daher als rechtlich nicht existent . . ., da seit dem Tage des beregten Contumacialabscheides, d. i. vom 12. August 1865 bis zum 8. Februar d. J., wo Querulat allererst seine Absicht, gedachten Anspruch durch eine *condictio sine causa* geltend zu machen, verlaublich hat, fast anderthalb Jahr verfloßen sind, — wonach die in der Königlich-Schwedischen Executions-Verordnung vom 10. Juli 1669 § 23, pag. 244 der R.=D., festgesetzte Fatalienfrist von Nacht und Jahr, d. i. von einem Jahr, sechs Wochen und dreien Tagen, — binnen welcher es dem durch ein Contumacial-Erkenntniß zu einer Leistung Condemnirten nur zusteht die etwa stattgehabten rechtlichen Hinderungen bezüglich des von ihm unterlassenen Verfahrens nachzuweisen und die ihm auferlegte Leistung zurückzugewinnen, — am 8. Febr. c. vorlängst abgelaufen war.

Querel-Bescheid v. 31. October 1867 Nr. 5340.

Voraussetzungen für die Anstellung der Widerklage.

Es liegt in dem Begriff der Widerklage und ist in neueren Rechten festgestellter Grundsatz, daß die Reconvention nicht allein mit der Convention unmittelbar connex sein, sondern auch von dem Beklagten mit der Litiscontestation in conventione verbunden oder doch spätestens vor dem Beweise angebracht werden muß, weil beide in der Regel *simultaneo processu* zu verhandeln sind, damit nicht der Beklagte zur Erschwerung seines Rechtes nöthig habe die Widerklage besonders zu erheben. Zwar steht es dem Richter frei in Fällen, wo die Verhandlung der Klage und der Widerklage in einem Verfahren Verwirrung hervorbringen würde, oder auch, wo die Reconvention von dem Ausgange der Convention abhängig ist und daher beide *pari passu* nicht fortschreiten können, die Widerklage dergestalt zu sistiren, daß allererst in dem Erkenntniß in conventione der ersteren Fortsetzung oder Erhebung verordnet wird und ist Cap. 14 Lib. 2 der rigaschen Stadtrechte übereinstimmend mit den Vorschriften des gemeinen Rechts in der Anordnung, daß der Widerkläger vor geendigter Klage mit seiner Injurien- und Widerklage nicht zu hören sei, nur dergestalt zu verstehen. Allein diese dem Richter zustehende Befugniß Klage und Widerklage von einander zu trennen, hebt die Verpflichtung des Widerklägers nicht auf seine Widerklage im Laufe der Convention abhängig zu machen oder allerwenigstens sich dergestalt zu bewahren, daß deren Anstellung bei Aburtheilung der Conventions-Sache ausdrücklich offen gelassen werde, wo alsdann *terminus peremptorius* zur Klage-Erhebung präfigirt werden muß.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 16. März 1817 N^o 773.

Anmerkung. Die Bestimmungen des lib. II c. 14 der Rigaschen Statuten können ebenso wenig, wie die des lib. I tit. 16 des estländischen Ritter- und Landrechts auf die ge-

meinrechtliche Widerklage bezogen werden, sondern sind der sächsischen Wider- oder Nachklage und zwar in derjenigen Gestalt entlehnt, die sie durch die kursächsischen Constitutionen vom Jahre 1572 (pars 1 const. 7) erhalten hat.

29.

Zeit der Anstellung und Gerichtsstand der Widerklage.

Wiewohl die Rechtslehrer, von den Gesetzen über diese Rechtsmaterie wenig unterstützt, hinsichtlich derjenigen Frist, binnen welcher dem Beklagten mit einer Widerklage aufzutreten erlaubt ist, nichts weniger als gleicher Ansicht sind, indem einige dieselbe auf die Zeit der Litiscontestation beschränken, andere sie auf den ganzen Lauf des Klageprocesses, wenn nur vor dem Erkenntnisse, ausdehnen wollen, so hat sich die Rechtsobservanz hiesigen Landes dennoch dahin festgestellt, daß die Convention allemal zulässig sey, wenn sie entweder vor oder mit der Litiscontestation oder auch nach derselben, wenn nur vor dem Beweisverfahren des Klägers, angebracht worden, wie dies unter andern der von Querulanten selbst zwar allegirte, aber hierin mißverständene Bescheid vom 16. März 1817 genügend bezeugt.

Noch unerheblicher und unzweifelhaft irrig ist der von Querulanten angeführte Grund, daß er keinesfalls bei einem andern als seinem persönlichen foro belangt werden dürfe. Auch hierin hat Querulant den bezogenen Bescheid des Hofgerichts mißverstanden, indem dort nicht von einer rechtzeitig angebrachten, sondern von Unzulässigkeit einer Widerklage die Rede ist, welche eine geraume Zeit nach Aburtheilung der Convention angebracht werden wollen, wo natürlich alles Recht der Widerbelangung bei demselben foro längst erloschen war.

Es besteht nach überall anerkannten Grundsätzen und

überdem in der Nov. 96 Cap. II § 1 sanctionirt, daß Wesen der Widerklage eben darin, daß der Kläger verpflichtet ist dem Beklagten auch seinerseits bei demselben foro Rede zu stehen, bei welchem er diesen in Ansprache genommen hat und andernfalls, wenn dem nicht so wäre und der Beklagte dennoch dem foro des Klägers folgen müßte, würde dadurch der Begriff der Widerklage zerstört und dieses Rechtsinstitut gänzlich aufgehoben werden, für welche Meinung aber auch von Querulanten weder ein Gesetz noch Präjudicat angeführt werden können.

Querel-Bescheid des Hofgerichts vom 25. November 1842
N^o 2402.

30.

Bewegfähigkeit der Verwandten, des Hausgesindes und der Advocaten.

Anlangend testem 1, den Bruder der Beweisführerin, so ist es eine durchaus irrige Behauptung, daß Anverwandte in solchem Grade ad testimonium dicendum plane inhabiles seien. Das römische Recht, auf welches Querulant hauptsächlich seinen Einwand stützen will, überläßt vielmehr in l. 13 D. de testibus lediglich dem Ermessen des Richters auch Zeugen, welche nicht omni exceptione maiores sind, zu admit-
tiren, *verbis*:

*Verumtamen quod legibus omissum est, non omit-
tetur religione judicantium, ad quorum officium perti-
net, eius quoque testimonii fidem, quod integrae
frontis homo dixerit, perpendere.*

Wenn nun die L. L. in not. a pag. 350 dem keineswegs entgegen ist, vielmehr die beständige Praxis, welche mehr zu consideriren als schwankende und weit hergeholte Interpreta-
tionen, den Vorbehalt in diesem Gesetz: „es sei denn, daß

man andere nicht haben könnte“, allezeit auch auf Verwandte anwendet, insonderheit in *causis domesticis*, wie hier, so konnte *Judex a quo* keinen Anstand nehmen querulatischen zweiten Zeugen vorläufig zu admittiren. Und mußte solches um so mehr geschehen, als eines Theils dieser Zeuge nicht allein auf den ersten Artikel dirigirt und dessen Zeugniß daher nicht entscheidend ist, anderen Theils aber auch *Judex a quo* oft gedachten Zeugen noch nicht für *omni exceptione maior* anerkannt, vielmehr dem Querulanten alle Einreden *contra effata testis* reservirt hat, aus welchen Aussagen denn Querulant die Verwerflichkeit des Zeugen selbst seiner Zeit zu deduciren versuchen mag.

Auf gleiche Weise konnte *testis 3* deshalb nicht gänzlich verworfen werden, weil derselbe über Eincaßirungs-Aufträge deponiren soll, welche ihm vor langer Zeit gegeben worden und die erfüllt sind, theils weil nicht zu präsumiren ist, daß dieser Zeuge zu seiner eigenen Verantwortlichkeit Gelder empfangen zu haben einbekennen wird, welche er nicht erhalten hat, theils weil die *Pragis* selbst *Advocaten* in bereits abgethanen Geschäften ihrer *Clienten*, obgleich nicht als *testes omni exceptione majores* admittirt. Es ist daher auch dem Querulanten von *Judice a quo* billig alles Recht *contra effata hujus testis* vorbehalten worden und wird Querulant aus selbigem oder sonst beliebig, daß der Zeuge nicht zulässig, zu deduciren haben.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 27. März 1815 N^o 911.

31.

Zeugnißfähigkeit der Handlungs-Commis.

Querulanten's Beschwerde hinsichtlich der Zulassung der genannten Zeugen in der Qualität als *Commis* des Zeugenführers ist nicht gerechtfertigt und zwar weil Handlungs-*Commis*, wenn auch im Dienstverhältniß zu ihrem *Principalen*, dennoch mit nichten für dessen *Mandatate* oder *negotiorum gestores*

und noch weniger für dessen Hausgefinde anzusehen sind, nicht der Abhängigkeit dieser letzteren unterliegen und daher auch bei ihnen nicht diejenige Parteilichkeit zu befürchten ist, wie sie das Gesetz bei dem Gefinde voraussetzt, welches dennoch auch in Ermangelung anderer Zeugen ebenfalls zum Zeugniß zugelassen wird und daher nicht absolut unfähig ist.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 28. November 1844 N^o 2865.

32.

**Das Recht der Gegenbeweissführung geht durch den Verzicht
des Gegners auf den Beweis nicht verloren.**

Demnach in diesem bis zur *ulterior elisio* als Schlusschrift gediehenen und nach der bekannten Proceß-Regel „*excipiendo reus sit actor*“ mit gewechselter Parteirolle sich bewegenden Exceptional-Verfahren eben dieselben Proceßnormen wie für das Hauptverfahren selbst maßgebend sind, so daß in den allein nur gestatteten vier Satzschriften *actor* gleich wie der *Excipient* seinen Angriff *si lubet* durch Beweis zu unterstützen, *reus* dagegen und *Elident*, nach erfolgter Einlassung auf den Angriff, letztern durch Gegenbeweis *si lubet* zu entkräften hat, worauf sodann aus dem solchergestalt von *partibus* beliebig *ad acta* zu beschaffenden Beweis- und Gegenbeweis-Material die *Deduction* mittelst der zwei Schlusschriften *re- et duplicando* oder *salvando et ulterius elidendo* das gesetzlich gestattete Verfahren zum nunmehr zu fällenden Richterspruche abschließt, mithin *actor* und der ihm gleichstehende *Excipient* für seinen klägerischen oder Exceptional-Angriff nur zum Beweise, niemals aber zu einem stets nur dem angegriffenen Beklagten oder *Elidenten* zuständigen Vertheidigungs- oder Gegenbeweise proceßberechtigt ist, rubricirter Beklagter modo *Excipient* B . . . aber in seinem hier vorliegenden Exceptional-Verfahren von dem *beneficio probationis nemini denegando*, nach

erfolgter elidirender Einlassung seiner exceptivisch angegriffenen Gegnerin, keinen Gebrauch gemacht, viel mehr sofort seine Schlußsatzschrift in diesem Exceptional-Verfahren salvando unterm 18. August d. J. ad acta übergeben und dadurch, wengleich seiner von ihm angegriffenen Elidentin A . . . den ihr zuständigen Exceptional-Gegenbeweis keineswegs abschneiden können, so doch seinerseits auf den ihm offengestandenen Beweis seiner Einreden verzichtet hat, folglich bei solchem seinerseitigen Actenschlusse in exceptione zu keinem fernern Verfahren in dieser intercalaren Exceptional-Procedure mehr berechtigt ist, außer lediglich nur zu einer ihm zu gewährenden Kenntnißnahme und nachträglich deducirenden Benutzung des von seiner elidirenden Gegnerin vor deren Schlußschrift und ulterior elisio gegenwärtig quoad exceptiones erbetenen und etwa geführten Gegenbeweises; als wird dem Gesuche der elidirenden Klägerin A . . . willfahrend deren bereits demandirte ulterior elisio hierdurch für salvirt erkannt und der Wittstellerin zu dem von derselben nachgesuchten Exceptional-Gegenbeweise (Vertheidigungsbeweise der Elision) terminus auf drei Wochen a dato sub poena amissionis beneficii reprobandi in exceptione desmittelst anberaunt, mit dem Vorbehalt nach beschaffter solcher reprobatio exceptionum einer daraus dem Excipienten zu seiner bereits übergebenen Salvation annoch zu gestattenden nachträglichen Deduction.

Beschaid des Hofg. v. 1. November 1860 № 4252.

33.

Das Exceptionalverfahren hinsichtlich der Zulässigkeit von Begen.

Gravamen 2, daß dem Querulanten nicht der Beweis und die Salvation seiner Einreden contra testes in instantia unde concedirt worden, ist unstatthaft, weil weder nach der Proceß-

ordnung zweifache Schriftsätze im Exceptionalverfahren wider der Zeugen Zulässigkeit gestattet werden, da solche Einreden vielmehr in *continenti liquid* sein müssen wenn sie Eingang finden sollen, noch auch eine besondere den Fortgang der ganzen Rechtsache aufhaltende Beweisführung über eine solche Incidentfrage denkbar ist. Geseze und Praxis verordnen im Gegentheil, daß, wo der Einwand wider den Zeugen nicht sofort dargethan werden kann, dessen Abhörnung *salvo jure producti* geschehen müsse und letzterer seine künftig auszuführenden Einreden durch Interrogatorien und Gegenbeweis begründen könne.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 27. März 1815 *N* 911.

34

Verdächtige Zeugen sind *salvis exceptionibus contra effata* zu verhören.

Außer jenen durch das Gesetz für absolut unfähig erklärten Zeugen kommen auch noch durch mannigfache Umstände relativ unzulässige und suspekta Zeugen im Civilproceße vor, deren vollständige Aufzählung das Gesetz selbst für unmöglich erklärt und daher ihre rechtliche Würdigung in jedem concreten Falle dem Richter anheimstellt, *arg. l. 3 § 1 & 2, l. 13 D. de testibus, 22, 5* und Kriegproceß Petri I., Theil 1 § 13 Pt. 5 *in fine, verbis*: „und andere dergleichen Ursachen mehr, so ein vernünftiger Richter von selbst erachten kann, maßen selbige insgesammt in denen Rechten umständlich nicht beschrie- ben werden können.“ — Und wenn ferner *Nov. 90 c. 7* die Abhörnung der aus verschiedenen Ursachen verdächtigen Zeugen *salvis exceptionibus contra effata* bei künftiger Deduction vorschreibt, als hat aus diesen Gründen wie *in verbis decisivi* geschehen von diesem Hofgerichte statuirrt werden müssen.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 29. März 1857 *N* 1059.

Vernehmung von Beamten.

Wenn gleich es nach const. 9 § 1 Cod. de testibus 4, 20, fr. 21 D. eod. 22, 5 und cap. 28 et 47 X. eod. 2, 20 keinem Zweifel unterliegt, daß Amtspersonen als Zeugen für nicht zu ihren Amtsgeschäften gehörige Handlungen mit allen anderen Privatzeugen nach ganz gleichen Regeln zu beurtheilen sind, so haben andererseits doch wiederum die Zeugnisse der Amtspersonen über Handlungen ihres officii nach cap. 6 X. de renuntiatione 1, 9:

„et tanta sit judicialis auctoritas, ut semper pro ipso praesumi debeat, donec contra ipsum aliquid legitime comprobetur,“ —

und nach cap. 7 X. de probat. 2, 19:

„quia per literas iudicis ordinarii, quibus standum est, donec probetur contrarium, nobis constiterit,“ —

vollen Glauben bei Gericht, wobei jedoch nothwendig ist, daß diese amtlichen Zeugnisse als gesetzliche Documente über das gerichtlich Producirte auch in der vorgeschriebenen und üblichen Gerichts-Ordnung ertheilt werden, widrigenfalls denselben kein Effect beigemessen werden soll, arg. const. 4 Cod. de sententiis et interlocut. 7, 45:

„Prolatam a Praeside sententiam contra solitum iudiciorum ordinem, auctoritatem non obtinere,“ —

und cap. 11 X. de probationibus 2, 19:

„nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis,“ —

in welcher Hinsicht ferner die bestehende Gerichts-Ordnung zu beachten ist, daß nemlich die bei Gericht angestellten einzelnen Beamten nur gegen ihre Behörde und ihre vorgesetzten Amts-Autoritäten, keinesweges aber irgend einem privato auf dessen beliebige Fragen zur Rede und Antwort, mithin auch nicht auf

die von der Privat-Partei gestellten Frage-Artikel und Interrogatorien zu antworten verpflichtet sind, wie solches bereits der hofgerichtliche Abscheid vom 1. März 1692 ausspricht, verbis:

„Weiln ein Richter von dem, was in seiner Gegenwart,
 „wann er in Hegung des Gerichts begriffen ist, vorfällt,
 „ad articulos et interrogatoria, als sonst ein ordentli-
 „cher Zeuge coram Judicio zu deponiren, alhier weder
 „rechtlich noch gebräuchlich, überdem auch Beklagens
 „Mandatarins die versiegelt eingesandten beiden attestata
 „anzunehmen coram protocollo d. 17. Februar sich er-
 „kläret; als kann Beklagter solches mit Recht nicht revo-
 „ciren, noch dessen Intention dawider admittiret werden,“ —

daher denn die Beamteten oder die Behörde über das vor dem officio des einzelnen Beamteten oder vor dem officio der Gesamtbehörde Vorgefallene die etwa erforderlich werdenden Auskünfte nur in der für die gerichtlichen Erlasse vorschriftmä-
 sig üblichen Form als Attestate, bescheinigende Resolutionen oder Decrete oder Berichterstattungen zu ertheilen haben.

Bescheid des Hofg. v. 7. August 1857 N^o 2734.

36.

Wiederholung der Beugenernehmung und Confrontation der Beugen.

Da das zufolge der königlichen Briefe v. 26. Januar und 15. März 1688, so wie des Hofgerichts-Urtheils v. 15. Febr. 1708 und des Hofgerichts-Bescheides v. 24. Febr. 1776 aus dem schwedischen Rechtsgebrauche auch hier zu Lande für den Civilproceß eingeführte Institut der Zeugen-Confrontation und Re-
 petition, falls zu gehöriger Zeit nach Mittheilung des scrutinii darauf angetragen worden, wohl auf Erläuterung ihrer, der Beugen, ad articulos bereits abgelegten Depositionen, nicht aber auf ein nochmaliges zweites Abhören über denselben schon

beantworteten Artikel sich erstrecken mag, — so ist der hier selbst in appellatorio vorgebrachte art. prob. 1 hinsichtlich des Zeugen . . . , weil letzterer ihn in der Vorinstanz ad articulum prob. addit. 5 qua testis 2 bereits beantwortet hat, zu verworfen.

Bescheid des Hofg. v. 12. Januar 1849 *N* 49.

37.

Es ist nur der Additional- und Superadditionalbeweis gestattet.

Wenn frühere Vorschriften die Beweisführung hinsichtlich der dazu gestatteten Zeit in einigem beschränkt hatten, so ist doch nach hinlänglich bekannter und in dieser Provinz überall gültiger Observanz die anscheinende Beschränkung zwar erweitert, jedoch dahin ein festes und unter keiner Bedingung zu überschreitendes Ziel gesetzt worden, daß nachgeführtem Beweise und Additionalbeweise per testes nur noch ein Superadditionalbeweis, falls er zu rechter Zeit vorbehalten worden, geführt werden dürfe. Weiter aber erstreckt sich das beneficium nicht und wären auch andernfalls überhaupt für die Zeugenbeweisführung keine Grenzen abzuwehen. Vorausgesetzt den zeitigen Vorbehalt, darf daher der Richter auch die Eröffnung der Scrutinien nicht eher decretiren, als bis die Parteien darin gewilligt und dadurch der weiteren Beweisführung sich begeben haben, dann aber, oder auch sobald der Superadditionalbeweis geführt worden, muß der Beschluß der Beweisführung ohne Weiteres festgesetzt werden.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 9. December 1836 *N* 3778.

38.

Antretung des Additionalbeweises.

Es will sich keineswegs finden, daß durch die hofgerichtliche Constitution vom 17. November 1697 untersagt worden

bei übrigens zulässigen Additionalbeweisartikeln andere als bereits früher producirtte Zeugen zu denominiren und mag auch kein nur anscheinender Grund erfonnen werden, warum zwar der Additionalzeugenbeweis erlaubt, die Denomination neuer Zeugen aber verboten sein soll, vorausgesetzt, daß die Sache — wie hier — *processu ordinario* verhandelt wird, da sich im summarischen Rechtsgange allerdings Fälle denken lassen, die sowohl Abkürzung des Verfahrens überhaupt, als insbesondere Abweisung von Additionalbeweis = wie neuer Zeugen rechtfertigen. Ebenso wenig gehören hieher die Proceßstadga v. 4. Juli 1695 und Hofgerichtsordnung v. 6. September 1630 mit ihren Bestimmungen über die den Parteien auf ihr Ansuchen zu bewilligenden Dilationen, da sie nichts über die zur Frage gestellte Zulassung von neuen Zeugen *ad articulos additionales* enthalten, auch in diesen Stellen nur wenig überhaupt anwendbar sind, weil neuere Verordnungen das Nöthige über Befristungen festsetzen und diesen zufolge nicht untersagt ist *terminum ad probandum* zu prorogiren. Es handelt sich jedoch von einer solchen Prolongation ganz und gar nicht allhier, wo die Zulassung der Additionalartikel nicht bestritten wird, wie sie denn überall und allezeit bis zur Eröffnung der Scrutinen und daher auch von *Judice a quo* angenommen worden sind und schon darum angenommen werden müssen, weil *favor probationis* nicht beschränkt werden soll. Es war vielmehr der auffallende Satz zu erweisen, daß nur nicht neue Zeugen zulässig seien und dazu haben die hofgerichtliche Constitution vom 3. März 1691 und die Ordinanß zur Beförderung der Justiz, pag. 42 der L.=D., dienen sollen, sind aber für den vorgesezten Zweck im Gegentheil ganz undienlich. Denn wenn die Constitution festsetzt, daß ein Jeder alle seine Zeugen bei der Articulirung auf einmal zu nominiren gehalten sein soll, so kann und will das nichts mehr sagen, als daß die zu den jedes Mal übergebenen Artikeln gehörigen Zeugen mit einem Mal

denominirt werden sollen. Die angeführte Ordinance aber enthält in ihrem anwendbaren Theil, was nicht bestritten wird, daß der Additionalbeweis allerdings zulässig sei, und wenn es weiter heißt *ad producendos testes* soll keine Dilation gegeben werden, so ist die Anwendung auf Zeugen=Denomination eine zu beschränkte wörtliche Auslegung, da offenbar und dem ganzen Zusammenhange nach die Prolongation des Beweistermins überhaupt untersagt werden wollen, — eine Unordnung, die jedoch nicht mehr in Kraft ist. Es wird daher nützlich sein an dem steten Gerichtsbrauch zu halten, welchem zufolge einmaliger Additionalbeweis *ante aperturam scrutini*, und folglich auch beliebige Zeugen=Denomination *ad articulos additionales* zulässig ist und billig zulässig bleiben muß.

Dagegen hat des Herrn Beklagten Mandatarius und mit ihm Judex a quo übersehen, daß die Constitution des Hofgerichts v. 15. März 1690 die bestimmteste Vorschrift enthält das *beneficium excipiendi contra testes et articulos* in einem und demselben zum Interrogiren gesetzten Präklusivtermin zu gebrauchen und wäre daher schon aus diesem Grunde die veräumte Einrede zu verwerfen gewesen.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 23. December 1830 *Nº* 3116.

39.

Beweis zum ewigen Gedächtnisse.

Bei dem sowohl nach gemeinem Rechte *cap. 5 X. ut lite non contestata* 2, 6; *cap. 41 X. de testibus* 2, 20; *cap. 4 X. de confirm. utili* 2, 30; *Nov. 90 cap. 9*; *Deput.-Abscheid de Ao. 1600 § 28, 83 & 125*, wie auch nach den besondern livländischen Gesetzen und Rechtsquellen *L. S. D. pag. 61 § 22*; *livl. B. B. de Ao. 1849 § 926*; *esthl. Ritter- u. Landr. Buch I Tit. XXVII*; *Kriegsproceß Petri I Thl. II Hauptstück 3 § 10*; *Rig. Statuten Libr. II Tit. XIX § 2*, hier

zu Lande ebenfalls rechtsbeständigen und ante litem contestatam zulässigen Zeugenverhör zum ewigen Gedächtniß ist zwar allerdings das dazu nöthige Adcitiren der Gegenpartei und Offenlassen der Interrogatorien als Regel geboten, jedoch beim etwanigen Wegfallen der Interrogatorien aus irgend einer gesetzlichen Ursache keineswegs ohne Weiteres eine sofortige Ungültigkeit des bloß ad articulos hergestellten Zeugenverhörs die rechtsnothwendige Folge, sondern muß dieserhalb alle gesetzliche Erwägung dem über den späterhin angebrachten Rechtsstreit erkennenden Richter anheimgestellt bleiben.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 5. December 1857 N^o 4319.

40

Beweisantretung durch Urkunden.

Wenn ferner, abgesehen von einigen in casu nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen, die Art der Beweisführung, insbesondere die Beibringung von Documenten, sei es nun im Original oder in Copien lediglich dem Ermessen jeder streitenden Partei anheimgestellt bleiben muß und es nie Sache des Richters sein darf einer Partei, selbst auf desfalligen Antrag der Gegenpartei, den modus probandi vorzuschreiben, der Richter vielmehr allererst bei Fällung des Erkenntnisses die Regelung des probandi et reprobandi causa beigebrachten Beweismaterials zu beprufen hat, — das . . . Landgericht aber im laufenden Gegenbeweisverfahren auf desfalls vom Kläger . . . gestellten Antrag, ohne auf solchen Antrag den Beklagten . . . zu hören, mittelst Bescheides letzteren verpflichtet hat die Originale der seinem Gegenbeweisverfahren in beglaubigter Abschrift angeschlossenen Privaturfunden beizubringen, — obschon weder ein Gesetz noch die Praxis die Beibringung von Copien probandi et reprobandi causa verbietet, — als ist gedachter Bescheid ex capite nullitatis aufzuheben.

Abscheid des Hofg. v. 26. April 1863 N^o 1619.

41.

Die Beweisantretung durch Urkunden nach der Replik.

Demnach dieses Kaiserlichen Hofgerichts Constitution vom 24. März 1666 und die nach solcher beobachtete Praxis die Beibringung der Documente nach bereits eingereichter Replik nicht schlechterdings präcludirt, sondern nur äußerster Möglichkeit nach alle zur Sache gehörigen Beweissthümer bei den ersten Satzschriften jeden Theiles beizubringen verlangt; als fällt die vom Herrn Appellanten wider die Beibringung der Documente sub N . . . eingelegte Protestation als unerheblich dahin.

Bescheid des Hofg. v. 17. November 1759.

42.

Unzulässigkeit der Eidesdelation.

Gleich unrechtfertig ist Grav. 2. dawider formirt, daß Judex a quo hinsichtlich des vom Kläger modo Querulanten seinem Herrn Gegner zugeschobenen Schieds-Eides in dem gravirlichen Beweis-Interlocut die Entscheidung über die Zulässigkeit dieses Eides auf das in dieser Sache zu fällende Endurtheil verschoben habe, denn es ist die nach gemeinem deutschen Proceßrechte den Parteien beim Mangel von Beweisen gestattete Zuschiebung eines mit Zwangspflicht seiner Annahme oder Zurückschiebung verknüpften sogenannten freiwilligen Schieds-Eides durch das § 29 der Richter-Regeln gegebene besondere livl. Gesetz, wonach im Civilproceß keinem von den beiden streitenden Theilen der Eid ohne bereits wider ihn vorliegenden (halben oder mehr als halben) Beweis auferslegt werden soll, hier in Livland für gänzlich abgeschafft und durch jenes besondere livl. Gesetz nur der bei schon vorliegendem andern Beweise eintretende Befreiungs- oder Ergänzungs-Eid, mithin nur der nach Maßgabe der vorliegenden Beweissthümer aus richterlicher Beurtheilung dem Einen oder

dem Andern der beiden Streitgegner von gerichtswegen aufzuerlegende nothwendige Eid im hiesigen civilrechtlichen Proceß-Verfahren für allein zulässig erklärt worden, welcher hier im Lande beim Civilproceße allein nur zulässige Befreiungs- oder Erfüllungseid daher denn auch nicht eher dem Einen oder Andern der Parten gesetzlich zuerkannt werden kann, als bis der ganze Proceß mit allen beschafften Beweisthümern und deren Deuctionen zur genügenden Würdigung des Richters, ob ein Uebergewicht dieses beschafften Beweises auf Seite des Klägers oder auf der des Beklagten vorhanden sei, vollständig zur Aburtheilung beendet bereits vorliegt. Es hat folglich *judex a quo* mit allem Rechte die Zusprechung dieses Ergänzungs- oder Befreiungseides dem in *fine litis* zu fällenden Urtheilspruche vorbehalten, Querulant aber gänzlich unrechtfertig in diesem Stücke querulirt und ist dabei von diesem Hofgerichte nur *ex officio judicis superioris* und ohne alle Querel der Partei dasjenige zurechtzustellen gewesen, was *Judex a quo* im Widerspruche mit dem gesetzlichen Gebote der nach den beschafften Beweisthümern eintretenden inalterabeln Nothwendigkeit eines Ergänzungs- oder Befreiungseides für den einen Parten oder eines Befreiungseides für den andern Parten, demnach erst von einer vorgängigen desfallsigen Annahme- oder Zurückschiebungs-Erklärung, mithin von einer Willkühr der Partei, hat abhängig machen wollen.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 14. Juni 1854 *Nº* 1707.

43.

Bevorzugung des Klägers hinsichtlich des richterlich aufzuerlegenden Eides im Exceptionalverfahren.

Das Landgericht hat verurtheilt, daß weil Kläger B., nachmaliger Appellant, einen Zeugen *testem 2^{um}* für sich habe, welcher auf das Bestimmteste deponirt, daß Beklagter, *modo Appel-*

lat die rückständigen 300 Rbl. erlassen und Kläger einen halben Beweis für sich habe, dem Kläger zwar nicht der Eid zu gestatten sei, er aber wohl Beklagten auf einen Eid bringen könne, weil die 29. Richterregel und L. L. S. 346 nota c. solches zulasse, wenn Kläger einigen Fug, Beweis, Warscheinlichkeit oder auch einen Zeugen auf seiner Seite habe, daher dessen Ja mehr als Beklagten's Nein gelte, und Jener alsdann diesen auf einen Eid bringen könne. Es ist aber hierbei versehen worden, daß wengleich B. in Ansehung der assignirten 400 Rbl. Kläger ist, doch über die streitigen Abzüge nicht er, sondern Appellat als Kläger erscheint, da er aus diesen Gegen-Prätensionen seine Ansprüche formirt, also alles, was von Zulassung zum Eide gesagt worden, nicht zum Besten des Beklagten gereichen können, sondern zum Besten des Klägers.

Appellations-Urtheil des Hofg. v. 7. Juli 1814 № 2267.

44.

Die Partei muß sich zu dem richterlich auferlegten Eide im Termine erbieuten ohne Rücksicht auf ein etwa von der Gegenpartei ergriffenes Rechtsmittel.

Obzwar gewiß ist, daß falls der einen Partei in einem Erkenntniß vom Richter ein Eid auferlegt und von der andern dawider ein Devolutiv-Mittel eingelegt worden, der ersteren, für welche das Erkenntniß Kraft Rechtsens beschritten, ohnerachtet dessen suspendirter Erfüllung obliegt sich in dem einfälligen Termin zu der Leistung zu erbieuten, wo dann die Ableistung allerdings nicht statt finden, sondern bis zum obrichterlichen Erkenntniß oder bis auf andere Weise erlangter Rechtskraft der Eidesfestsetzung auch für die andere Partei salvirt bleiben muß, so findet die rechtliche Nothwendigkeit eines solchen Erbietens dennoch nur bei dem allein vom Richter auferlegten juramento necessario statt, nicht aber bei dem voluntario,

zu welchem die Partei ohnehin sich schon selber erboten gehabt, und welcher daher vom Richter nur concedirt worden und zwar weil hier das Erbieten zu der Ableistung schon für alle Fälle stattgefunden, über die Bereitwilligkeit dazu also kein Zweifel mehr existirt und auch sodann, wenn durch vom Gegentheil eingelegte Rechtsmittel die wirkliche Leistung suspendirt bleibt, rechtlich präsumirt werden muß.

Querel-Bescheid des Hofg. v. 27. Januar 1839 N^o 199.
