Präjudicate

des

Rigaſchen Raths

betreffend den

Civil-Proceß.

(1871—1881.)

Nr. 52480



Riga,
Verlag von N. Kymmel.
1881.

Von der Censur erlaubt. Riga, am 6. October 1851

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.

Inhaltsübersicht.

Seite

Hauptstück 1.

Collision von Proceßgesetzen (Nr. 1—4) 1

Hauptstück 2.

Gegenstand des Rechtsstreites (Nr. 5 und 6.) 9

Hauptstück 3.

Subjecte des Rechtsstreites.

A. Das Gericht.

I. Competenz der Gerichte und Gerichtsstände im allgemeinen (Nr. 7—19) 13
II. Competenz des Handelsgerichts (Nr. 20 und 21) 30
III. Competenz des Amtsgerichts (Nr. 22) 33
IV. Competenz des Waisengerichts (Nr. 23—29) 34
V. Verantwortlichkeit des Richters. Syndicatsklage (Nr. 30) 46

B. Die Parteien.

I. Gerichtsstandsfähigkeit und Sachlegitimation (Nr. 31—35) 47
II. Dispositionsrecht der Parteien (Nr. 36) 56
III. Streitgenossenschaft und Litisdenunciation (Nr. 37 und 38) . . . 57

C. Die Proceßvertreter (Nr. 39—44) 59

Hauptstück 4.

Proceßcautionen.

I. Caution für Schäden und Kosten (Nr. 45—50) 67
II. Cautio pro reconventione (Nr. 51—53. 448.) 73
III. Cautio de judicio sisti et judicatum solvi (Nr. 54—56) . . . 76
IV. Cautionsbestellung und Verfahren (Nr. 57 und 58) 81

Seite

Hauptstück 5.

Klage, Einreden und weitere Verhandlung.

A. Die Klage.

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

B. Einlassung und Einreden.

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

C. Replik, Duplik und allgemeine Vorschriften in Betreff des Verfahrens (Nr. 82—90) 110

Hauptstück 6.

Ladung, Fristen, Ungehorsam.

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

Hauptstück 7.

Richteramt, Urtheil, Rechtskraft.

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

Hauptstück 8.

Beweisverfahren.

A. Beweisinterlocut (Nr. 146—151) 169
B. Beweisfrist und Beweisverfahren im allgemeinen (Nr. 152—158) 174
C. Gerichtliches Geständniß und Notorietät (Nr. 159—164. 450) . 180
D. Gegenbeweis (Nr. 165—168) 185
E. Additional- und Superadditionalbeweis (Nr. 169—173) . . . 189

F. Beweis durch Zeugen.

I. Zeugnißpflicht (Nr. 174) 193
II. Unfähige Zeugen (Nr. 175—188) 195
III. Verdächtigkeit der Zeugen (Nr. 189—198) 207
IV. Beweisantretung, Production und Vernehmung (Nr. 199—205) . . 215
G. Beweis durch Sachverständige (Nr. 206—212) 222

H. Urkundenbeweis.

I. Beweisantretung (Nr. 213 und 214) 229
II. Recognition und Echtheitsbeweis (Nr. 215—220) 230

Seite
III. Beweiskraft der Urkunden (Nr. 221—228) 237
IV. Editionspflicht (Nr. 229) 247

I. Beweis durch Eid.

I. Eidesfähigkeit und Eidesvertretung (Nr. 230—236) 250
II. Eidesleistung und Eidestermin (Nr. 237—244) 256
III. Der zugeschobene Eid, dessen Annahme, Zurückschiebung, Formulirung u. s. w. (Nr. 245—262) 268
IV. Schätzungseid und Manifestationseid (Nr. 263 und 264) 293
K. Außergerichtliches Geständniß (Nr. 265—268) 296
L. Vermuthungen (Nr. 269—271) 301
M. Beweisergebniß und Notheide (Nr. 272—284) 303

Hauptstück 9.

Rechtsmittel.

A. Appellation und Querel.

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

B. Revision.

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

Hauptstück 10.

Executionsverfahren (Nr. 350—369) 380

Hauptstück 11.

Summarische Processe.

I. Executivproceß (Nr. 370—379. 449.) 399
II. Wechselproceß (Nr. 380—391) 408
III. Arrestproceß (Nr. 392—406) 421
IV. Regulär-summarischer Proceß (Nr. 407—409) 446

Hauptstück 12.

Concursverfahren.

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

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

Hauptstück 13.

Verfahren vor dem Schiedsgericht.

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

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

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

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

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

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

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

für die Richtigkeit der klägerischen Forderung streitende Präsumtion abzuschneiden."

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hieraus ist ersichtlich, daß die in Frage gekommenen frei-

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

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

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

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

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

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

---

5. Zuständigkeit der Gerichte bei Abgabenforderungen der Krone.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

11. Zuständigkeit der Gerichte erster Instanz in Ehestreitsachen der Sectirer (Raskolniken).

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

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

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

12. Gerichtsstand des Erfüllungsortes.

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

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

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

App.-Erk. des Rathes vom 2. März 1871, Nr. 1434
Querelbescheid „ 20. Juni 1875, Nr. 4302

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

Bescheid	vom	4. August 1871,	Nr. 5297
App.-Erk.	„	18. Juli 1873,	„ 5455
Querelbescheid	„	18. October 1874,	„ 6559
do.	„	30. April 1875,	„ 3074

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(Querelbescheid vom 13. März 1881, Nr. 1822.)

---

16. Voraussetzungen des forum prorogatum.

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

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

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

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

---

17. Incompetenzeinrede. Voraussetzungen der Prorogation.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

19. Ueber den Gerichtsstand der Widerklage.

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

Die Beschwerde wurde durch Resolution des Raths vom 14. April 1876, Nr. 2414 mit folgender Motivirung zurückgewiesen:

„Die vom Waisengerichte resp. von den Supplicanten bezoge-

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

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

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

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

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

---

28. Competenz des Waisengerichts beim Erlaß von Nachlaßproclamen.

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

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

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

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

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

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

---

29. **Das Waisengericht darf in streitigen Nachlaßsachen Beweisinterlocute nicht erlassen.**

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

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

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

---

30. Syndicatsklage. Verantwortlichkeit des Richters.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

von unverheiratheten Frauenzimmern auch ohne männlichen Beistand vollzogen werden."

---

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

40. Umfang der Proceßvollmacht.

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Denn einerseits muß jede gerichtliche Auflage so zugemessen

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

45. Caution für Schäden, Koſten und Widerklage.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

50. Betrag der Caution für Schäden und Koſten.

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

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

---

51. Die Cautio pro reconventione iſt nur de judicio sisti zu leiſten.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

54. Cautio de judicio sisti et judicatum solvi darf nicht von jedem Unbesitzlichen und nie vor Anstellung der Klage gefordert werden.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

56. Voraussetzungen und Bestellungsart der cautio judicatum solvi.

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

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

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

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

---

57. Form der Cautionsleistung (Realcaution).

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

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

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

58. Cautionsgesuche sind summarisch zu verhandeln.

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

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

59. Erhebung der reichsgesetzlichen Klageposchlin.

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

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

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

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

---

60. Thatsächliche Begründung der Parteianträge.

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

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

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

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

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

den widerspruchslosen Empfang ausdrücklich bestritten und anderentheils ist der „Empfang" ein Rechtsbegriff, welchen die darauf sich berufende Partei nothwendig auf bestimmte Thatsachen zurückführen muß, während sich in der Klage solche nicht vorfinden".

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

---

61. Bedeutung der Zeitangabe für die Begründung eines Forderungsrechts.

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

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

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

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

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

62. Rechtliche Wirkung der objectiven Klagencumulation.

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

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

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

63. Ueber die Cumulation widersprechender Klagebitten.

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

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

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

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

---

64. Unzulässigkeit der Erweiterung der Klageforderung.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

66. Inwieweit ist eine Klageänderung in der Replik gestattet?

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

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

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

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

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

67. Vervollständigung der Klage in der Replik.

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

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

---

68. Fallenlassen der Klage ohne Verzicht auf den Klageanspruch.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

73. Über den Zeitpunkt des Vorbringens von Einreden.

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

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

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

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

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

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

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

---

74. Zeitpunkt für die Geltendmachung der proceßhindernden Einreden.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

75. Zeitpunkt der Geltendmachung der gerichtsablehnenden und der Cautionseinreden.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Wenn aber die Voraussetzungen des Editionsgesuches im Rahmen eines schwebenden Civilprocesses nicht vorhanden sind, entweder weil die Vorlage der edirt verlangten Urkunde zur Erklärung auf einen im Processe geltend gemachten materiellen Anspruch nicht erforderlich ist, oder der Proceß noch nicht in's Stadium des Beweises getreten ist, da eignet sich der auf einem materiellen Rechtsgrunde beruhende Editionsanspruch nur zur Anstellung einer besonderen Klage im Sinne des Art. 459 l. c. Bezweckt eine solche Editionsklage die Beschaffung des Materials zu einer anderen Klage, so ist es zweckmäßig, dieselbe ihrer präparatorischen Natur wegen vor dieser letzteren anzustellen, oder die Hauptklage, falls sie bereits erhoben, gegen dieselbe aber die exc. libelli obscuri vorgebracht worden, unter Vorbehalt einer neuen Klage fallen zu lassen und zuerst das Editionsverlangen in gesonderter Klage zum Austrag zu bringen."

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

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

---

78. Geltendmachung neuentstandener Einreden.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

79. Cumulation widersprechender Einreden.

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

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

80. Processualische Natur der exceptio deficientis legitimationis passivae.

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

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

---

81. Substantiirung der Solutionseinrede.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

83. Geltendmachung neuentstandener Repliken.

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

93. Achttägiger Präclusivtermin zur Einlassung auf die Klage nach Verwerfung dilatorischer Einreden.

Querulantin beschwerte sich darüber, daß ihr von dem Vogteigericht bei der Zurückweisung ihrer Incompetenzeinrede nur eine achttägige Präclusivfrist zur Klagebeantwortung anberaumt worden war.

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

96. Über die Erstreckbarkeit peremtorischer Fristen

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

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

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

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

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

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

Der Querelbescheid vom 15. October 1875, Nr. 6785 hob dieses Verfügen auf, wies den Präclusionsantrag des Klägers zurück und gab dem Kläger auf, sich binnen 8 Tagen auf die vom Beklagten in der Untergerichtskanzellei eingegebene Klagebeantwortung zu erklären. Die oberrichterlichen Motive führen aus: „Bei Erfüllung der Auflage, welche dem Beklagten gemacht worden war, daß er binnen peremtorischer Frist von 14 Tagen seine Klagebeantwortung bewerkstellige, war er nicht an eine Stunde innerhalb der herkömmlichen Sitzungszeit gebunden. Die ihm obliegende Handlung, welche lediglich in der Uebergabe des Klagebeantwortungsverfahrens in der Kanzellei zu bestehen brauchte, konnte auch in Abwesenheit des Richters vollzogen werden, der Schlußpunkt jener 14tägigen Frist fiel daher nicht in die Sitzungszeit des letzten Tages, vielmehr lief die mit diesem Tage ablaufende Frist noch so lange, als es vor Tagesschluß möglich war bei der Kanzellei des Gerichts eine Satzschrift einzureichen. Nun kann eine Ungehorsamsanklage nicht früher erhoben resp. vom Richter entgegengenommen werden, als bis der Ungehorsam eingetreten resp. bis die Frist abgelaufen ist, innerhalb deren es der zur Vornahme einer processualischen Handlung verpflichteten Partei frei steht die Handlung zu vollziehen. Denn eine wirksame Anschuldigung setzt das Vorhandensein einer Schuld voraus, wie eine solche vor gänzlichem Ablauf der Frist nicht angenommen werden kann. Die (am letzten Tage der Frist) während der Sitzungszeit erhobene Ungehorsams-

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

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

Die Resolution des Rathes vom 23. Mai 1873, Nr. 3833 enthält über diese Frage Folgendes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

Die Motivirung des Erkenntnisses zweiter Instanz lautet:

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

103. a) Das Mortificationserkenntniß ist ein Contumacialurtheil und kann deshalb auf einseitigen Antrag nicht aufgehoben werden.
b) Voraussetzungen der Restitution wegen Abwesenheit.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

105. Entscheidung über Accessorien der Klageforderung ultra petita.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

108. Richterlicher Augenschein ex officio.

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

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

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

---

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

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

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

---

110. Schadenersatzbetrag durch richterliches Ermessen bestimmt.

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

114. Abweisung einer Klage durch die Appellationsinstanz von Amtswegen.

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

122. Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

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

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

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

---

123. Voraussetzungen der exceptio rei judicatae.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

---

128. Rechnungsfehler im richterlichen Verfügen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

135. Entscheidung über die Proceßkosten im Falle der Plus-petition.

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

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

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

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

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

---

136. Kostencompensation wegen Pluspetition des Klägers.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

137. Theilung der Proceßkosten nach Quoten verworfen.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

139. Koſtencompenſation wegen Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage.

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

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

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

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

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

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

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

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

Demgemäß wurden die Kosten beider Instanzen compensirt.

---

140. Kostenersatz trotz theilweisen Obsiegens in der Oberinstanz.

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

„Es hat allerdings dem Beweissatz [im bestätigten unterge-

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

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

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

ist verfügt worden:

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

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

Dieser Satz ist ausgesprochen:

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

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

---

145. Kostencompensation, weil eine Desiguation derselben von dem obsiegenden Theile unterlassen worden ist,

war noch verfügt in dem Querelbescheide vom 16. October 1874 Nr. 6471, sowie in mehreren Entscheidungen aus dem Jahre 1873 (10. Januar, Nr. 184; 9. Februar, Nr. 1046; 7. März, Nr. 1739 2c).

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

---

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

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

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

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

— —

147. Das Beweisinterlocut schließt das erste Verfahren vollständig ab.

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

— — —

148. Zur Lehre von der Rechtskraft des Beweisinterlocuts.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

150. Probatio per aequipollens.

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

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

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

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

In der Erwägung, daß Eide nicht zugelassen werden dürfen,

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

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

---

151. Irrelevante Beweismittel sollen nicht zugelassen werden.

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

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

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

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

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

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

152. Beweisfrist. — Peremtorischer Charakter derselben.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

(Querelbescheid vom 13. März 1881, Nr. 1824.)

---

156. Verpflichtung des Beklagten, seinen Einredebeweis gleichzeitig mit dem Hauptbeweis anzutreten. Beweisauflage ex officio.

„Wenn der erste Richter davon ausgeht, daß das Gericht nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime den Beweis nur dann aufzuerlegen habe, wenn beide Theile um Erlaß eines Beweisinterlocutes gebeten hätten, so läßt sich diese Ansicht weder mit der Vorschrift der Stadtrechte Lib. II Cap. XX §. 1 vereinbaren, derzufolge nach erfolgter Litiscontestation der Beweis durch Urtheil und Recht auferlegt werden soll, noch mit der täglichen Praxis, welche in der großen Mehrzahl der Fälle den Parteien Beweis auferlegt, wiewohl sie um einen solchen *nicht* gebeten haben. Sodann ist diese Erwägung des ersten Richters aber auch ganz unerheblich für die Frage, um deren Entscheidung es sich *hier* handelt. Denn im Fragefalle ist nicht streitig, ob das Gericht ein Beweisinterlocut (also m. a. W. ein durch die Beweisführung bedingtes Endurtheil) erlassen solle, sondern einzig, ob der Beklagte, wenn und sofern er einen Einredebeweis zu führen beabsichtigt, diesen binnen derselben Frist, wie der Kläger den Klagebeweis anzutreten habe, oder ob es ganz seiner Willkür anheimfalle, zu welcher Zeit er ihn antreten wolle. Wenn der erste Richter sich für die letztere Alternative um deswillen entscheidet, weil es von Beklagtem abhänge, ob er beweisen, oder die mit der Unterlassung des Beweisantrittes verbundenen Rechtsnachtheile auf sich nehmen wolle, so trifft dieses Argument abermals nicht die zu entscheidende Frage, welche nicht darin besteht, ob Beklagtem der Beweis über gewisse Thatsachen aufzuerlegen ist, sondern darin, *wann* Beklagter einen etwa von ihm beabsichtigten Beweis anzutreten hat. In dieser Beziehung besagen die Stadtrechte a. a. O. §. 11, daß die Gegenbeweisung in gleicher Frist mit der Beweisung vollführt werden soll, und diese Bestimmung läßt sich, wenn man erwägt, daß zur Zeit ihrer Abfassung der Einredebeweis als s. g. „indirecter Gegenbeweis" mit zum Gegenbeweise gerechnet wurde, nicht anders als dahin verstehen, daß der Einredebeweis in derselben Frist wie der Klagebeweis angetreten werden muß, wogegen der directe Gegenbeweis (einschließlich des s. g. Beweises der Beweiseinreden Lib. II Cap. XXII §. 1 l. c.) logisch erst möglich ist, nachdem der Probat

Kenntniß von der Antretung des Hauptbeweises erlangt hat. Daß die Parteien von der Vorschrift des bezogenen §. 11 häufig absehen und der Kläger die Antretung des Einredebeweises erst nach absolvirtem Hauptbeweise zuläßt, kann die Wirksamkeit jener Bestimmung nicht beeinträchtigen, sondern diese ist — wie auch das Vogteigericht selbst in einem Bescheide vom 11. October 1877, Nr. 167 anerkannt hat — überall aufrechtzuerhalten, wo der Kläger auf den Rechtsvortheil des §. 11 cit., welcher augenscheinlich zu seinen Gunsten bzw. zur Vermeidung eines Proceßverschleppes durch die verzögerte Antretung des Einredebeweises gegeben ist, nicht freiwillig verzichtet."

(Querelbescheid vom 15. October 1880, Nr. 6732).

157. Antretung des Gegenbeweises ohne vorgängige Nachgabe desselben.

„Gegen die Gegenbeweisantretung des Beklagten protestirt Kläger einzig um deswillen, weil Beklagter noch gar nicht um Nachgabe des Gegenbeweises gebeten, denselben daher auch nicht nachgegeben erhalten habe und deshalb solchen nicht antreten könne. Wenngleich nach der städtischen Proceßpraxis auf Grund des Lib. II Cap. XX §. 1 der Rig. Stadtrechte die Parteien in der Regel um Gewährung der Beweisführung nachzusuchen haben und dies seinen rechtfertigenden Grund darin hat, unnütze, nur auf Protrahirung der Sache gerichtete Beweisführungen abzuschneiden, so bedarf es doch dieser Förmlichkeit keineswegs auch in dem Falle, wo das Gericht der Partei bereits das Recht der Beweisführung zuerkannt hat. Dies ist aber hier der Fall, da in dem Bescheide vom 30. Mai das Recht des Gegenbeweises ausdrücklich vorbehalten worden ist, und es hat keinen zum Nutzen der Sache gereichenden Sinn, wenn Kläger das Verlangen stellt, es solle Beklagter förmlich zuvor um Nachgabe der Gegenbeweisführung nachsuchen. Diese Bitte liegt implicite schon in der Einführung des beabsichtigten Beweises."

(Bescheid vom 6. März 1881, Nr. 1627).

158. Der Schluß des Beweisverfahrens muß allemal von den Parteien beantragt werden.

„Das Stadtrecht anerkennt die Berechtigung des Richters, ohne förmlichen Schluß des Beweisverfahrens durch die Parteien in der Hauptsache zu erkennen, nur in dem Falle, wo der gesammte Rechtsstreit durch den deferirten Eid, resp. durch Versäumung der Leistung des Gefährdeides entschieden wird (Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII §§. 6—8. 12. 13). Wird dagegen der Beweis durch andere Beweismittel als den Schiedseid, namentlich durch Zeugen geführt, so bedarf es auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. XXIII §. 1 und nach der Gerichtspraxis zum Schlusse des Beweisverfahrens eines ausdrücklichen Verzichtes der Parteien auf weitere Beweisführung. Nur für den Fall, daß die Partei widerrechtlich nicht verzichten will, entscheidet der Richter, daß das Beweisverfahren für geschlossen zu erachten sei. Diese Vorschrift ist im vorliegenden Falle vom Unterrichter nicht eingehalten worden: der Kläger hat, nachdem ihm eröffnet worden, daß sein Sohn als Zeuge vernommen sei, einfach zur Entscheidung submittirt und es hätte bei Vortrag der Acten der Unterrichter bemerken müssen, daß auf den Theil der klägerischen Beweisintroduction, in welchem die klägerische Ehefrau als Zeugin denominirt worden, Beklagter sich noch gar nicht erklärt hatte; er hätte hierauf den Beklagten dazu anhalten sollen."

(Resolution vom 4. April 1880, Nr. 2340.)

---

159. Bezugnahme auf in den Acten befindliche Zugeständnisse des Gegners ist keine Beweisantretung.

Beklagter hatte den ihm nachgegebenen Einredebeweis durch Bezugnahme auf angeblich in den Acten befindliche Zugeständnisse des Gegners angetreten und Kläger hatte gebeten, solche Bezugnahme in quantum juris zu verschreiben. In der Folge bat dann Beklagter um Nachgabe des Additionalbeweises, wurde aber auf den Protest des Klägers durch den Querelbescheid vom 15. November 1872, Nr. 8143 mit seinem Gesuch abgewiesen.

Die Motive des zweitinstanzlichen Bescheides lauten wie folgt:

„Zunächst sind in den Acten überhaupt keine klägerischen Zugeständnisse anzutreffen, auf welche Beklagter hätte Bezug nehmen

können, so daß diese Bezugnahme an sich schon als eine rein imaginäre, des Objects ermangelnde sich erweiset. Hiernächst ist aber, wie schon der Unterrichter anschaulich erörtert hat, eine bloße Bezugnahme auf in actis befindliche, gegnerische gerichtliche Zugeständnisse keine wirkliche Introduction von Beweismitteln. Das Geständniß ist kein Beweismittel, es ist ein Befreiungsmittel von der Beweislast, oder m. a. W.: was zugestanden ist, unterliegt im Civilproceß keiner weiteren Beweisführung. Es ist sonach gewiß, daß Beklagter dadurch, daß er vollständig überflüssiger Weise auf klägerische Zugeständnisse, welche in actis schon vorhanden sein sollten, Bezug nahm, keinen Beweis anzutreten vermochte. Querulant hat sich zwar auf eine dem entgegenstehende constante Praxis berufen, allein eine derartige Praxis kann nur bestritten werden".

160. Werth des vom Cridar zu Gunsten eines Gläubigers abgelegten Geständnisses.

I. Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 1. August 1875, Nr. 5193:

„Ein vom Cridar allerst im Concurse abgegebenes Geständniß ist Dritten, den Mitgläubigern des Appellanten, gegenüber rechtlich unwirksam, zumal wenn es hinter deren Rücken abgegeben, ihnen die Möglichkeit entzieht, das Geständniß und das durch dasselbe behauptete Rechtsgeschäft anzufechten oder anzuerkennen. Freilich läßt sich nicht jedem im Concurse abgelegten Geständniß des Gemeinschuldners alle Beweiskraft versagen. Zur Beurtheilung der größeren oder geringeren Beweiskraft eines solchen Geständnisses wird vielmehr in Erwägung zu ziehen sein das größere oder geringere eigene Interesse des Gemeinschuldners an dem, was er zugestanden hat. Dieses Interesse geht unzweifelhaft stets dahin, daß im Concurse nicht mehr Forderungen, als welche wirklich bestehen, Anerkennung finden, denn der Gemeinschuldner hat ja auch nach beendetem Concurse mit seinem künftigen Vermögen und seiner Person für alle anerkannten, aber nicht oder doch nicht zum Vollen zur Perception gelangenden Forderungen zu haften. So erklärt es sich denn leicht, daß dem Zugeständnisse des Schuldigseins von seiten des Cridars, wenn nicht besondere Verdachtsgründe vorliegen,

Beweiskraft in dem Maße beigemessen zu werden pflegt, daß durch den von den Gläubigern in supplementum zu leistenden Concurseid der Beweis des Forderungsrechts als zum Vollen erbracht gilt. Dagegen wird ein Zugeständniß des Gemeinschuldners von der Glaubwürdigkeit mehr oder minder entblößt, wenn dasselbe ohne weitere Gefährde für das eigene Interesse die privilegirte Natur der Forderung eines einzelnen Gläubigers einbekennt, [ein solcher Fall lag in casu vor] da hier eine Collusion des einzelnen Gläubigers mit dem Cridar keineswegs allem Verdacht entzogen ist; denn verschiedene persönliche Verhältnisse können es dem Cridar denkbarer Weise wünschenswerth machen, daß dieser oder jener seiner Gläubiger vor den anderen bevorzugt werde."

— — —

II. „Der Cridar ... ist wegen seines Interesses an der Sache als ein classischer Zeuge nicht anzusehen, sein Zeugniß, wenn es nicht durch andere Beweismittel unterstützt wird, kann daher keinen halben Beweis erbringen und die Producentin zur Leistung des Ergänzungseides nicht berechtigen.

Ein vom Cridar nach Eröffnung des Concurses über sein Vermögen etwa abgelegtes Schuldbekenntniß bezüglich einer vor dem Concursausbruch existent gewordenen Forderung würde für die Concursverwaltung nicht maßgebend sein und eine schuldbegründende Kraft nicht haben, da nach Art. 2912 des Prov.-Rechts Th. III für die ein Rechtsgeschäft vornehmenden Personen unter anderem Dispositionsbefugniß erforderlich ist, letztere aber dem Cridar über das zur Concursmasse gezogene und der Befriedigung der Concursgläubiger dienende Vermögen entzogen ist."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 10. October 1879, Nr. 6873.)

161. Articulans non fatetur.

„Es kann der von der Klägerin ausgesprochenen Ansicht nicht beigepflichtet werden, daß Beklagte durch den Inhalt der in der Oberinstanz eingereichten Beweisartikel die Unwahrheit ihrer Einrede zugegeben und somit die Ausschwörung des eventuell deferirten Eides überflüssig gemacht habe. Denn die Frage: articulans an

fateatur? ist regelmäßig verneinend zu beantworten, da, wenn nicht die besonderen Umstände des concreten Falles die Annahme des animus confitendi auf Seiten des Probanten rechtfertigen, der Zweck bei Abfassung des Beweisartikels nicht dahin geht, ein Geständniß abzulegen, sondern dahin, Beweis zu führen."

(Aus den Motiven eines Appellations-Erkenntnisses vom 19. Januar 1879, Nr. 455.)

162. Gerichtskundigkeit. Berücksichtigung nicht ordnungsmäßig beigebrachter Urkunden.

In einer Klagesache auf Räumung einer von der Beklagten im Hause des Klägers unentgeltlich innegehabten Wohnung handelte es sich um den Beweis, daß Beklagte die Ehefrau des Sohnes des Klägers sei — welchem Sohne Kläger freie Wohnung zugesichert habe. Die Beklagte hatte auch Zeugen benannt, jedoch nicht in der anberaumten Präclusivfrist sistirt, statt dessen aber, wiewohl außerhalb der Beweisintroductionsfrist, in einer Verhandlung der Parteien vor Gericht ein beglaubigtes Trauatteſtat (Extract aus dem Originalschnurbuch der hiesigen Schloßkirche), inhalts dessen sie mit dem Sohn des Klägers verehelicht war, exhibirt. Gegen das vogteigerichtliche Erkenntniß vom 25. November 1871, Nr. 111, welches die Eigenschaft der Beklagten als Ehefrau des klägerischen Sohnes als feststehend annahm, querulirte Kläger und führte u. a. aus, dieser Umstand sei durchaus nicht erwiesen, weil die Beibringung des Trauatteſtats seiner Gegnerin nicht „in proceßmäßiger Art, im vorbereitenden Verfahren, oder als Beweismittel in der anberaumten Beweisfrist" geschehen, auch dasselbe ihm nicht zur Recognition oder Agnition mitgetheilt, überhaupt von ihm eine Erklärung beziehentlich desselben nicht eingefordert worden sei. Darin, daß der Unterrichter die, ohne gehörige Beobachtung der Formalitäten eines Urkundenbeweises, von dem Ehestande der Beklagten gewonnene Kenntniß bei Entscheidung des Rechtsstreits berücksichtigte, glaubte Querulant eine Nichtigkeit der unterrichterlichen Verhandlungen, des Urtheils zu erkennen.

Der Querelbescheid vom 18. Februar 1872, Nr. 1073 bestätigte das untergerichtliche Urtheil und wies die obige Deduction des Beklagten mit folgender Motivirung zurück:

„Wiewohl die Beibringung des in den Acten befindlichen Trauatteſtates der Beklagten nicht unter Beobachtung derjenigen Proceduren ſtattgefunden hat, unter welchen nach den Proceßregeln der förmliche Urkundenbeweis geführt zu werden pflegt, ſo hat doch von der ſich aus jenem Atteſtat ergebenden Gewißheit, daß Beklagte mit dem Sohne ihres Proceßgegners ehelich verbunden iſt, ſeitens des Unterrichters nicht abgeſehen werden dürfen. Denn was der Richter als ſolcher, unabhängig von den Anträgen der Parteien actenmäßig zur Gewißheit bringt und was derart zur Gerichtskunde geworden iſt, bildet für ihn nicht minder als förmlich angebrachte Beweismittel die Grundlage, auf welche ſich die Entſcheidung ſtützt. Die Gerichtskunde erſpart ihrem Effecte nach den Beweis, ſo daß ein ihr entgegenſtehendes Leugnen der Gegenpartei gleichgültig iſt. Dadurch, daß Kläger ſeiner Proceßgegnerin die ihr gebührende Anerkennung als Ehefrau ſeines Sohnes verſagt, kann er die für deren rechtliche Stellung bedeutungsvolle Thatſache, daß ſie dieſem ehelich verbunden iſt, für den Richter nicht ungeſchehen machen, und es würde ſich der Richter, wenn er die zu ſeiner Kunde gelangte Beſchränkung in der Dispoſitionsfähigkeit der Beklagten (die dem Manne in die von dieſem gewählte Wohnung folgen müßte) unberückſichtigt laſſen wollte, einer Nichtigkeit nicht minder ſchuldig machen, als z. B. im Falle wiſſentlicher Zulaſſung eines Pupillen zur ſelbſtändigen Führung eines Proceſſes."

163. Gerichtskundig iſt nicht, was der Richter bei Ausübung ſeines Amtes zufällig erfahren hat.

„Wenn der Unterrichter ſein Erkenntniß lediglich auf einen Thatumſtand, der aus den Acten gar nicht erhellt, gegründet hätte oder zu gründen genöthigt geweſen wäre, um zu dem gewonnenen Reſultate zu gelangen, ſo wäre die untergerichtliche Entſcheidung allerdings anfechtbar, weil der Richter ſein Urtheil regelmäßig nur auf die im concreten Rechtsſtreite liquid geſtellten Thatſachen, jedenfalls aber nicht auf ſolche gründen darf, deren Kenntniß er zufällig bei Ausübung ſeines Richteramtes gewonnen hat. Allein mit jenem Entſcheidungsmotiv concurriren noch andere vollgültige Entſcheidungsgründe, welche die Abweiſung der Klage und die

Bestätigung des untergerichtlichen Erkenntnisses nothwendig erscheinen lassen."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 10. Januar 1879, Nr. 203.)

---

164. Handelsrechtliche Gewohnheit. Feststellung derselben durch sachverständige Richter.

Die Constatirung eines Gewohnheitsrechts im Handelsverkehr geschieht — wofern das Gericht, dem die Entscheidung der betr. Sache obliegt, zum Theil mit dem Handelsstande angehörigen Mitgliedern besetzt ist — durch das Gericht selbst ohne Hinzuziehung anderweitiger urtheilender Sachverständiger (vgl. Renaud, Civilproc. §. 149 S. 390).

Dieser Satz ist anerkannt in den Motiven des Appellationsurtheils vom 17. December 1875, Nr. 8321 und des Appellationsurtheils vom 24. October 1875, Nr. 7005.

---

165. Der Gegenbeweis ist gleichzeitig mit dem Hauptbeweis zu führen.*)

Aus den Motiven der Resolution des Raths vom 28. August 1874, Nr. 5401:

„Was die Ausführung des Supplicanten darüber, daß der Gegenbeweis nicht gleichzeitig mit dem Hauptbeweise zu führen ist, anbetrifft, so muß die Behauptung: der §. 11 Lib. II Cap. XX der Stadtrechte, welcher in dieser Hinsicht Bestimmung trifft, sei antiquirt, als einfach unwahr und den täglichen Erfahrungen der Praxis der städtischen Untergerichte widersprechend bezeichnet werden. Der Gegenbeweis wird darnach nicht nur auf Wunsch der Parteien, sondern, namentlich in Bagatell- und summarischen Processen, auch von Amtswegen gleichzeitig mit dem Hauptbeweise aufgegeben. Die Abweichungen von dieser gesetzlich begründeten Praxis beruhen durchweg auf der ausgedehnten Anwendung des Verhandlungsprincips. Wo dieses, wie vorliegenden Falls, weil die Parteien nicht einig sind, keine Geltung hat, tritt das Gesetz wieder in Kraft. .."

*) Vgl. oben Nr. 156.

166. Gegenbeweis durch Eidesdelation ist der Regel nach unstatthaft.

W. hatte den Beweis seiner Klagebehauptung, daß B. ihm ohne Modalitäten eine Zahlung versprochen habe, geführt. Gegen diesen Beweis wollte der Beklagte B. seinen Gegenbeweis dadurch führen, daß er dem W. einen Eid darüber zuschob, daß er nicht die ihm gemachten Anerbietungen der Art und Weise der Bezahlung der in Rede stehenden Schuld zurückgewiesen habe. Auf Antrag des W. wurde B. vom Untergerichte mit diesem Eidesantrage abgewiesen, ergriff jedoch gegen solche Entscheidung das Rechtsmittel der Querel an den Rath.

In den Motiven des Querelbescheides vom 2. März 1873, Nr. 1578, durch welchen das untergerichtliche Erkenntniß bestätigt wurde, heißt es:

„Der Eidesantrag als Gegenbeweis kann nur so aufgefaßt werden, daß Beklagter die Unwahrheit der Thatsache, welche das Thema des Hauptbeweissatzes bildet, durch diesen Eid unmittelbar darzulegen bemüht ist, da dasjenige, dessen Beeidigung Beklagter vom Kläger verlangt, nicht auf künstlichem, sondern auf directem Wege den Klagebeweis widerlegen soll. Mißlingt dem Kläger der ihm aufgegebene Klagebeweis, so stellt sich ein jeder Gegenbeweis als durchaus überflüssig heraus; gelingt ihm dagegen der Klagebeweis, so ist, wie das übrigens auch schon im Institut der Gewissensvertretung, welchem zufolge der Schiedseid durch jeden anderweitigen Beweis vollständig verdrängt wird und in Wegfall kommt, seine Begründung findet, nach der gemeinrechtlichen Proceßregel der Eid als Gegenbeweismittel solchenfalls ausgeschlossen; gelingt ihm endlich der Klagebeweis nur zum Theil oder unvollständig, so hat an Stelle des angetragenen Eides nach den Rig. Stadtrechten Lib. II Cap. XVIII Art. 14—16 der Notheid einzutreten. Nur wenn der Hauptbeweis durch eine bloße Rechtsvermuthung oder auf künstlichem Wege erbracht wird, wie in concreto aber nicht der Fall ist, ist ein Gegenbeweis durch Eidesdelation statthaft."

167. Reprobatio reprobationis.

J. machte gegen die G. einen Anspruch geltend aus einer angeblich von der G. in Zeugengegenwart am 24. Mai 1876 unterzeichneten Declaration, welche von der G. als gefälscht bezeichnet wurde. J. berief sich im Beweisverfahren auf die Mitunterzeichner des Schriftstücks, worauf die G. u. a. einen Gegenbeweis dahin introducirte, daß sie am 24. Mai ihre Wohnung überhaupt nicht verlassen habe und daher das betr. Schriftstück nicht habe unterzeichnen können. Gegen diese letztere Behauptung wurde dem J. in beiden Instanzen trotz gegnerischen Protestes ein Gegenbeweis nachgegeben. Die Motive der Entscheidung zweiter Instanz (Querelbescheid vom 17. November 1876, Nr. 7446) bemerken hierher gehörig:

„Die Bitte der Querulantin (G.) um Zeugenvernehmung darüber, daß sie am 24. Mai c. ihre Wohnung überhaupt nicht verlassen, war Gegenstand eines wenn auch künstlichen Gegenbeweises.

Damit stellt sich die Frage zur richterlichen Erwägung, ob eine Gegenbeweisführung wider einen Gegenbeweis überhaupt zulässig ist. Querulantin, einem von der älteren Theorie freilich aufgestellten Satz, also lautend „reprobatio reprobationis non datur", huldigend, glaubt diese Frage verneinen oder doch einen Gegenbeweis wider einen Gegenbeweis nur als insoweit statthaft erachten zu dürfen, als die reprobatio reprobationis auf die Verdächtigkeit eines vom Reprobanten vorgeschlagenen Beweismittels oder gegen eine den Probanten betreffende Vermuthung des Reprobanten gerichtet ist. Diese Anschauung ist indeß eine heutzutage ziemlich allgemein überwundene. Die jüngere Doctrin und die jüngere Rechtsprechung hat mit vollem Grunde die vorhin erwähnte Rechtsregel: reprobatio reprobationis non datur auf die Fälle beschränkt, in denen die Unwahrheit der vom Proceßgegner in Beweis gestellten Thatsachen unmittelbar Gegenstand des Gegenbeweises ist, indem in diesen Fällen der Gegenbeweis wider den Gegenbeweis eben nur eine Ergänzung des Hauptbeweises, also ein Additionalbeweis sein würde und auch nur als solcher bezeichnet werden dürfte. Wenn dagegen, wie im vorliegenden Fall, eine durchaus andere Thatsache, als welche in Beweis gestellt worden (die Nichtentfernung der Reprobantin aus ihrer Wohnung während des ganzen 24. Mai c.) zum

Thema der Reprobation gemacht worden, so ist in der That kein rechtlicher Grund erfindlich, aus welchem der Gegenbeweis wider den Gegenbeweis abgeschnitten werden könnte. Es würde bei solcher Abschneidung vielmehr die doch nothwendig vermeidliche Anomalie entstehen, daß der Beweis über diese im Gegenbeweis neu aufgenommene Thatsache nur dem einen Theil der Litiganten verstattet, dem anderen Theil nicht verstattet werden würde. Querulantin meint zwar, daß bei Annahme eines solchen Princips überhaupt gar keine Grenze des Beweisverfahrens sich auffinden lasse. Dem ist aber nicht so, weil eben das ausschließliche Thema des Gegenbeweises wider den Gegenbeweis einzig die Unwahrheit der vom Reprobanten in Beweis gestellten Thatsache sein darf und damit ein Gegenbeweis gegen eine reprobatio reprobationis von selbst ausgeschlossen und einzig noch ein Einredebeweis wider die Tauglichkeit des zu einem solchen Gegenbeweise vorgebrachten Beweismittels zulässig ist."

168. Der directe Gegenbeweis kann auch auf Thatsachen gerichtet werden, die im vorbereitenden Verfahren nicht vorgebracht sind.

„Der Inhalt der Gegenbeweisartikel enthält ganz neue Thatsachen, die im vorbereitenden Verfahren gar nicht vorgebracht sind ... Wenn nun allerdings Gegenbeweisartikel nicht nothwendig nur solche Thatsachen zu enthalten brauchen, welche bereits im vorbereitenden Verfahren vorgebracht und bestritten sind, sondern auch neue Thatsachen anführen können, so ist doch erforderlich, daß es solche sind, aus denen sich die Unwahrheit der klägerischen Behauptungen ergiebt und die klägerische Beweisführung widerlegt bzw. aufgehoben wird. Die vorliegenden klägerischen Beweisartikel enthalten jedoch nichts, was zur Widerlegung der vom Kläger zum Beweise gestellten Thatsachen dienen könnte."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 23. Februar 1879, Nr. 1362).

169. Ein Additionalbeweis ist nur nach bereits geführtem Beweise möglich.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 21. April 1876, Nr. 2599:

„Ein Additionalbeweis ist an sich nur denkbar, wenn ein Beweis vorhanden ist, welchem der additionale Beweis hinzugefügt werden kann. Jede Hinzufügung eines Gegenstandes zu einem anderen hat zur nothwendigen Voraussetzung das wirkliche Bestehen des einen Gegenstandes, welchem der andere addirt werden soll, während eine Addition lediglich mit einem Nichts begrifflich unmöglich ist. So kann denn auch ein anderes Beweismittel nur einem bereits vorhandenen Beweismittel hinzugefügt werden; wenn ein solches primäres Beweismittel nicht vorhanden ist, gleichviel ob es nie existent geworden, oder wegen Verzichts auf dasselbe, oder wegen Zurückweisung desselben aus irgend welchem formellen oder materiellen Grunde wieder erloschen ist, so lassen sich andere Beweismittel damit nicht in Verbindung bringen, wie das auch schon in vielfältigen Präjudicaten stets gleichmäßige Anerkennung gefunden hat."

Uebereinstimmend ist erkannt in der Resolution vom 4. August 1872, Nr. 5425 und in dem Querelbescheide vom 15. Januar 1875, Nr. 358.

---

170. Die Nachgabe des Additionalbeweises steht im richterlichen Ermessen.

I. Nach der Resolution des Raths vom 28. August 1874, Nr. 5400 ist in der Verweigerung des Additionalbeweises im summarischen Processe niemals ein Nichtigkeitsgrund zu sehen,

„weil nach § 9 Cap. XX Lib. II der Stadtrechte der Richter schon im ordentlichen Verfahren mit der Additionalbeweisnachgabe „bescheidene Maße gebrauchen", d. h. nach seinem Ermessen denselben verweigern soll, in Sachen des richterlichen Ermessens aber die streng formelle Nichtigkeitsbeschwerde nicht Platz greifen darf; und weil dieses Alles noch in erhöhtem Maße für den summarischen Proceß zu gelten hat, welchen der Richter auf Grund des Cap. XII l. c. nach Möglichkeit und bei Verhinderung jeder Verzögerung des Verfahrens abzukürzen verpflichtet ist."

II. Ebenso heißt es in der Resolution vom 10. Juni 1875, Nr. 408:

„Die Nachgabe des Additionalbeweises ist nach Lib. II Cap. XX §. 9 der Rig. Stadtrechte durchaus in das richterliche Ermessen gestellt, mithin kann in der Nachgabe desselben unter keinen Umständen eine Nichtigkeit gefunden werden."

171. Additionalbeweis im summarischen Processe.

„Daß im summarischen Proceß der Additionalbeweis nur ausnahmsweise und zwar nur dann zu gestatten ist, wenn der Richter die Ueberzeugung hat gewinnen müssen, daß nach Lage der Sache die Führung eines Additionalbeweises geboten sei, wird in Uebereinstimmung mit dem im Jahre 1870 auf Verfügen des Raths durch den Druck veröffentlichten, den stadtrechtlichen Proceß betreffenden Gutachten hiesiger Rechtsgelehrter durch die Rechtsprechung der Stadtgerichte regelmäßig anerkannt. Vorausgesetzt, die vorliegende Streitsache wäre im summarischen Proceß zu verhandeln, so müßte die Abweisung der auf Nachgabe des Additionalbeweises gerichteten Bitte der Beklagten dem Angeführten nach gerechtfertigt erscheinen, weil die Beklagten zu ihrer Begründung nichts angeführt und für die richterliche Ueberzeugung, daß der Additionalbeweis geboten sei, keinen besonderen Anhaltspunkt gegeben haben. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu . . . Ueber die streitige Sache ist nicht, wie über eine Handelssache im summarischen Proceß, sondern in gewöhnlichen dilatorischen Fristen verhandelt worden . . . Der Grund . . ., daß beim Wettgericht überhaupt im summarischen Proceß verfahren wird, kann also nicht verfangen bei einer Streitsache, welche gleichwohl im gewöhnlichen Proceß verhandelt worden ist."

(Querelbescheid vom 22. August 1879, Nr. 5786).

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Querelbescheide vom 23. April 1875, Nr. 2873 und vom 30. April 1880, Nr. 2805, wo es heißt: „Es ist nicht zweifelhaft, daß im summarischen Processe ein Additionalbeweis nur ausnahmsweise zu gestatten ist, wenn der Richter solches nach Lage der Sache für geboten erachtet (Lib. II Cap. XII §. 5 der Stadtrechte verbunden mit Cap. XX §. 9 daselbst)".

172. Über den Superadditionalbeweis im ordentlichen Processe.

Der Querelbescheid des Raths vom 26. April 1872, Nr. 2822, durch welchen das Protokollverfügen des Landvogteigerichts I. Sect. vom 24. Februar bestätigt und der vom Beklagten nachgesuchte Superadditionalbeweis denegirt wurde, enthält in seinen Motiven nachstehende Ausführung:

„Nach der gemeinrechtlichen Proceßtheorie ist eine Vervollständigung des bereits angetretenen Beweises, selbst, wenn diese vorbehalten sein sollte, nach Ablauf der Beweisfrist in der Regel unstatthaft, denn die Beweisfrist ist gemeinrechtlich eine peremtorische und auf sie eben ist anwendbar die Vorschrift: contumax est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremtorium appellatur, litteris evocatus praesentiam sui facere contemnit. Nur die gemeinrechtliche Praxis läßt allerdings die Nachbringung von Beweismitteln auch nach abgelaufener Beweisfrist zu, wenn entweder eidlicher Bekräftigung des Probanten gemäß die Beweismittel neu aufgefunden sind, oder wenn dem Probanten ohne seine Schuld rechtzeitig eingebrachte Beweismittel verloren gegangen sind. Ein Superadditionalbeweis ist ein weder von der gemeinrechtlichen Theorie, noch Praxis gekanntes Rechtsinstitut.

Nicht ganz mit dem gemeinen Recht übereinstimmend sind die Riga'schen Stadtrechte. Zwar ist auch nach den letzteren die Beweisfrist eine gesetzlich angeordnete und zwar von 14 Tagen, nicht also eine nach richterlichem Ermessen anzuberaumende (Lib. II Cap. XX Art. 1), und auch in ihnen ist hervorgehoben, daß die Beweismittel alle gleichzeitig eingebracht werden sollen (Art. 14 ibid). Es scheint sonach also auch in den Stadtrechten die peremtorische Natur der Beweisfrist und die Anwendbarkeit des Eventualprincips auf das Beweisverfahren anerkannt. Andererseits aber wird durch Art. 9 ibid. dem Probanten gestattet, bis zur Eröffnung der Zeugen-Scrutinien, d. h. bis zum Schluß des Beweisverfahrens, Additionalbeweis zu führen mit der einzigen Beschränkung, daß der Richter dabei bescheidene Maße gebrauchen soll, was keineswegs, wie Querulant dafür hält, sich einzig auf die Ueberwachung dessen bezieht, daß nicht die gesetzliche Zahl von Zeugen überschritten werde, denn von einer solchen Zahl sprechen die Stadtrechte überhaupt gar nicht. In Grundlage dieses Art. 9 der Stadtrechte ist nun aller-

dings von der Praxis im ordentlichen Proceß stets dem Probanten ein Additionalbeweis und mitunter je nach Umständen und nach der zuvor eingetretenen richterlichen Erwägung, ob dadurch nicht das vorschriftmäßige „bescheidene Maß" überschritten werde, ein Superadditionalbeweis verstattet worden. Niemals aber hat selbstverständlich schon der Superadditionalbeweis das Recht einer Regel für sich gewinnen können, da er ja eben abweichend von dem, was sonst als Recht gilt, eine Ausnahme bildet. Vielmehr ist stets auf den Zusatz zum Art. 9, daß in Betreff des bescheidenen Maßes das richterliche Erwägen einzutreten habe, vorzügliches Gewicht gelegt worden. Demzufolge, und da es ohnehin Pflicht ist jede Anomalie auf die engsten Grenzen zu beschränken, sowie alle unnützen Erschwernisse einer Rechtsverfolgung abzuschneiden, hat der Richter die unabweisliche Pflicht in jedem einzelnen Falle, in dem um einen Superadditionalbeweis nachgesucht, vom Proceßgegner aber der Befugniß zur Führung desselben widersprochen wird, aufs Gewissenhafteste zu prüfen, ob für die Bewilligung eines solchen, immer nur ausnahmsweise zu bewilligenden Benefizes zureichende Gründe vorliegen oder nicht. Im concreten Falle liegt zwischen der Bitte des Querulanten um Nachgabe eines Gegenbeweises und der Bitte um Nachgabe eines Superadditionalbeweises ein Zwischenraum von 13 Monaten, über welchen hinaus demnach dem Kläger die Durchführung seines Anspruchs verzögert worden. Schon dieser seitherige Verschlepp legt dem Richter die Pflicht auf weiterem Verschlepp möglichst vorzubeugen. Es hat ferner Querulant neben einem Urkundenbeweis bereits acht Zeugen denominirt, von denen drei über sämmtliche Gegenbeweisartikel vernommen werden sollen. Wenn nun von diesen drei letzteren einer in Wegfall gekommen, demnach aber die zur Führung eines vollständigen Beweises erforderliche Zahl von nur zwei Zeugen immer noch übrig geblieben ist, so kann das aus dem Wegfall dieses einen Zeugen vom Querulanten hergeleitete Motive zur Bitte um einen Superadditionalbeweis nicht für zureichend erachtet werden, um durch Bewilligung einer Ausnahme von der Regel dem Querulanten die endliche Erlangung seines Rechts weiter noch zu verzögern. Noch unannehmbarer ist das vom Querulanten weiter vorgeschützte Motiv, daß er mit einigen Beweismitteln zurückgewiesen worden sei. Denn die Vorbringung unzulässiger Beweismittel verleiht nicht die Befugniß zum

Nachtheil des Proceßgegners das Beweisverfahren mehr und mehr auszudehnen. Andere Beweggründe, als die eben benannten beiden hat aber Querulant zur Befürwortung der beanspruchten Ausnahmestellung nicht vorzubringen vermocht."

---

173. Im summarischen Proceß ist der Superadditionalbeweis ausgeschlossen.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 21. Januar 1872, Nr. 381 ist hierüber zu entnehmen:

„Querulant meint daß der §. 4 der Stadtrechte Lib. II Cap. XII hinsichtlich der Beschleunigung sich nur beschränke auf Verkürzung der Fristen, nicht aber auf Aenderung der Proceßart, und hat sich Querulant demgemäß für gravirt erachtet, weil ihm vom Unterrichter der Superadditionalbeweis nicht nachgegeben worden sei. Allein zu einer Beschleunigung des Verfahrens, wie sie im summarischen Proceß üblich ist, dienen die Abkürzung der Fristen, die Zusammenziehung des gesammten Vertheidigungsmaterials in der Erklärung und die Ausschließung aller Verziehungen im Beweisverfahren. Im summarischen Proceß ist daher ein Additionalbeweis nur ausnahmsweise, wenn der Gegner einwilligt, oder beim Widerspruch desselben, wenn der Richter denselben nach Lage der Sache für geboten hält, zu gestatten; ein Superadditionalbeweis aber jedenfalls auszuschließen, da die Nachgabe eines solchen dem Wesen und dem Zweck des summarischen Processes widersprechen würde. Daß Querulant die ihm zur Beweisführung anberaumte Zeit unbenutzt hat dahin gehen lassen, charakterisirt sich als eine solche Aufschiebung und Protelation, welche der §. 5 der Stadtr. Lib. II Cap. XII den Advocaten untersagt wissen will."

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Querelbescheide vom 7. December 1873, Nr. 9111.

---

174. Protestantische Geistliche sind von dem Zeugniß darüber befreit, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut ist.

Die I. Section des L.V.G. hatte den Superintendenten M. auf sein Ansuchen von der Zeugnißpflicht befreit, weil die betreffen-

den Thatsachen ihm in seiner amtlichen Eigenschaft anvertraut seien, und hatte sich auf Lib. II Cap. XXI §. 2 der Stadtrechte berufen. Der Probant erhob dagegen Querel, weil die Befreiung vom Zeugnisse sich nur auf das einem Geistlichen in der Beichte Anvertraute beziehe. Der Querelbescheid vom 10. September 1880, Nr. 5895 verwarf darauf die Beschwerde aus folgenden Gründen:

„Es muß zugegeben werden, daß die Berufung des Unterrichters auf die Stadtrechte Lib. II Cap. XXI §. 2 für zutreffend nicht erachtet werden kann. Denn, wenn es daselbst heißt, daß derjenige, welchem das eine oder andere Theil seine Heimuth auf guten Glauben in der Sache offenbaret und zum Beistand gebeten, nicht zeugen möge, so ist es zweifellos, daß diese Bestimmung nur auf Anwälte und Procuratoren zu beziehen ist. Im Uebrigen aber kann der von dem Querulanten vertretenen Anschauung nur das Zugeständniß gemacht werden, daß die Frage, ob Beichtväter unfähige Zeugen seien, einigermaßen controvers ist. Einige Rechtslehrer wollen namentlich dann, wenn der Beichtvater von dem Beichtkinde selbst zur Offenbarung der anvertrauten Thatsachen ermächtigt wird, den Prediger zum Zeugniß zulassen, während andere die Beichtväter in Betreff der ihnen als solchen amtlich anvertrauten Thatsachen ein für allemal von der Zeugnißablegung ausgeschlossen wissen wollen (Dist. 6. c. 2 de poenitent. C. 2 X. de poenit. V, 38. Wetzell, Civilproceß, S. 183 Note 13 u. Schmid, Civilproceß, §. 133 Note 22).

Für die Entscheidung des Fragefalles kommt in erster Reihe das Gesetz für die evangel.-luth. Kirche vom Jahre 1832 in Betracht. Dasselbe enthält in der zu demselben gehörigen Instruction für die Geistlichkeit und die Behörden (Art. 51—53) die bereits oben erwähnten, aus dem canonischen Recht herübergenommenen Bestimmungen von der Wahrung des Beichtgeheimnisses. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß bei solcher Herübernahme der Lehre des canon. Rechts von der Heiligkeit des Beichtsiegels in das protestantische Kirchenrecht und bei der gänzlichen Verschiedenheit der Bedeutung der Beichte, welche nicht, wie in der katholischen Kirche ein Sacrament ist und nicht in der Pflicht die einzelnen Sünden zu bekennen, besteht, den oberwähnten Bestimmungen des Kirchengesetzes eine viel weitergehende, über das Beichtgeheimniß hinausgehende Bedeutung beigelegt werden muß. Damit stimmt

denn auch die neuere Doctrin und Praxis vollkommen überein. Außer den bereits angezogenen Proceßlehrern Schmid und Wetzell sprechen namentlich auch Renaud, S. 270, Endemann, S. 717 und Langenbeck, Beweisführung S. 477 sich übereinstimmend im wesentlichen dahin aus, daß protestantische Geistliche über die ihnen amtlich anvertrauten, zumal in das Gebiet der Seelsorge hineingehörenden Thatsachen nicht zur Zeugnißablegung zuzulassen seien. ... Den genannten Schriftstellern, deren Zahl leicht vermehrt werden könnte, schließt sich auch das neueste heimische Werk über den Civilproceß von dem Dorpater Prof. O. Schmidt an, indem er S. 112 sagt: „Verpflichtet zur Ablehnung des Zeugnisses sind Geistliche evangelischer Confession hinsichtlich dessen, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut ist", während die Verpflichtung Geistlicher orthodox-griechischer und römisch-katholischer Confession sich nur auf dasjenige bezieht, was ihnen in der Beichte anvertraut ist."

---

175. Begriff des testimonium in propria causa.

I. „Nach den Grundsätzen des auch bei uns geltenden gemeinen Proceßrechts wird in gewissen Fällen der Aussage eines verdächtigen Zeugen gar kein Glaube beigemessen und derselbe deshalb von der Vernehmung ausgeschlossen. Dazu wird unter anderem auch gerechnet, wenn die Rechtssache, in welcher Jemand zum Zeugniß berufen ist, als seine eigene Sache anzusehen ist, indem er bei dem Ausgange derselben selbst interessirt ist (Bayer, Vorträge, S. 814 und 815). Zur Begründung dieses Rechtssatzes beruft man sich auf l. 10 D. XXII. 5 und l. 10 Cod. IV. 20 und zur Beantwortung der Frage, was unter res sua und res propria zu verstehen sei, auf l. 1 §. 11 D. 49, 4. Wenn nun gleich diese ... Bestimmung dafür, daß jedes mittelbare oder unmittelbare Interesse an dem Rechtsstreite denselben zur causa propria mache und von einer Zeugnißablegung in derselben ausschließe, keinen genügenden Beweis abgiebt (Seuffert's Archiv V. 321), so steht doch fest, daß sie für die Doctrin des Proceßrechts den Anhalts- und Ausgangspunkt für die Erklärung der res sua und res propria abgegeben hat, und in Folge dessen Jeder als Zeuge in eigener Sache angesehen und als völlig unglaubwürdig von der Vernehmung

ausgeschlossen wird, dessen Aussage Einfluß auf den Ausgang des Processes und der zugleich von diesem Ausgange Vortheil oder Nachtheil in dem Maße zu erwarten hat, daß die Befürchtung nahe liegt, es werde sein Gewissen im Kampfe mit seinem Eigennutze unterliegen. Ob nun in einer concreten Streitsache ein solcher Fall vorliegt, kann allein von dem richterlichen Ermessen entschieden werden."

(Querelbescheid vom 10. März 1878, Nr. 1734).

II. „Als Zeugen in eigener Sache und daher als inhabil sind auf Grund der für die Praxis der hiesigen Gerichte maßgebenden Quellenbestimmungen diejenigen Personen anzusehen, welche als Zeugen in einem Rechtsstreit aufgeführt werden, von dessen Ausgang sie, jenachdem er für ihren Producenten günstig oder ungünstig ausfällt, einen Vortheil oder Nachtheil unmittelbar zu erwarten haben (l. 10 C. de test. IV, 20 l. 1 §. 11 D. quando appellandum 49, 4). Dagegen dürfen diejenigen Personen, welche nur möglicher Weise von dem Ausgange eines Processes für sich nachtheilige Folgen zu befürchten haben, nicht für unfähig zur Zeugnißablegung angesehen werden, weil sonst in vielen Sachen die Ausmittelung der Wahrheit unmöglich gemacht werden würde (Renaud, Civilproceß §. 110)."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 31. Januar 1879, Nr. 783).

Vollkommen übereinstimmend lautet der Querelbescheid vom 18. April 1879, Nr. 2817.

176. Beweisuntüchtigkeit des in einer früheren Criminalsache eidlich abgelegten Zeugnisses zu Gunsten des Zeugen in einem von diesem später angestrengten Civilproceß.

„Kläger ist bestrebt der Ansicht entgegenzutreten, daß das von ihm in Untersuchungssachen wider M. abgelegte eidliche Zeugniß sich in Beziehung auf den vorliegenden Rechtsstreit als ein Zeugniß in eigener Sache qualificire und daher in Anleitung der l. 10 Dig. XXII, 5 jeder Beweiskraft entbehre ... Berücksichtigt man indessen, daß der vom Kläger in der Untersuchungssache abgelegte

Eid für den vorliegenden Rechtsstreit die Bedeutung eines Proceßeides nicht haben kann, weil er ihm weder von dem diesen Rechtsstreit verhandelnden Richter auferlegt, noch ihm von der Gegenpartei zugeschoben bzw. zurückgeschoben worden ist, so kommt derselbe nur noch unter dem Gesichtspunkt eines Zeugeneides in Betracht. Als ein solcher kann er aber nicht aufgefaßt werden, weil eine Partei in eigener Sache Zeugniß abzulegen nach der herrschenden Zeugnißlehre durchaus unfähig ist (l. 10 D. de test. XXII, 5 und l. 10 Cod. de test. IV, 20). Ob und in welchem Maße Kläger bei der Zeugnißablegung in der Untersuchungssache unbefangen gewesen, oder durch Rücksicht auf den Ausgang der Sache bei ihm der Wille die Wahrheit zu sagen gestört gewesen ist, kommt bei absoluter Unbrauchbarkeit des von dem Kläger selbst abgelegten Zeugnisses als Beweismittel in seiner eigenen Streitsache gar nicht weiter in Frage. Daß aber der Richter als Beweisgrund auch solche Eide zu berücksichtigen hätte, welche weder als Proceßeide geleistet worden sind, noch zur Bekräftigung eines Zeugnisses dienen sollen, ist proceßrechtlich nicht begründet. Die Ansicht des Unterrichters, wonach Klägers Bezugnahme auf seine in der Untersuchungssache erfolgte eidliche Vernehmung als geeignete Beweisantretung deshalb nicht zu beurtheilen ist, weil des Klägers Aussage und Eid keinen Beweisgrund enthalten, ist mithin richtig und Ausschlag gebend".

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 7. Februar 1879, Nr. 945).

---

177. Der Abcitat ist zum Zeugniß unfähig.

Kläger (Querulant) hatte als Zeugen den S. aufgeführt, gegen welchen gleichzeitig, wie gegen den Beklagten, als Abcitaten geklagt worden war. Der Bescheid des Vogteigerichts vom 2. December 1871 verwarf den denominirten Zeugen, ebenso der Querelbescheid vom 28. Januar 1872, Nr. 556. Die Motive heben hervor:

„Querulant meint trotz seiner Abcitation die Proceßparteieigenschaft des S. bestreiten zu können, eine Parteinahme des S. zu seinen Gunsten erklärt Querulant mit der Proceßgegnerschaft desselben nicht vereinbar. Der geschehenen Abcitation des S. vindicirt er allein die Bedeutung der Anticipation eines Beweismittels.

Die Auffassung Querulantens von der Stellung des S. in dieser Streitsache ist jedoch eine unrichtige. Ebensowenig, wie eine Klage, auch wenn auf dieselbe eine vollständige Einräumung des Klagegrundes und ein Zugeständniß der Klageforderung seitens des Beklagten folgt, als anticipirter Beweis angesehen werden kann, wird bei durch Adcitation erfolgter Hinzuziehung dritter Personen zu einem Rechtsstreite, falls sich dieselben zu Gunsten der einen oder anderen Partei erklären, die hierin liegende Proceßtheilnahme in eine Zeugenschaft umgewandelt. Der Beklagte verliert durch Einräumung der Klage nicht die Parteistellung des Beklagten; der sich zu Gunsten des Klägers äußernde Adcitat hört in Folge dieser Aeußerung nicht auf, Proceßtheilnehmer zu sein. Wer durch Adcitation dazu geführt worden ist in einem Processe eine Parteistellung einzunehmen, dem fehlt es um dieser Stellung willen, wohin auch immer dieselbe eingenommen worden sein mag, an der Befähigung zur Zeugnißablegung in demselben Processe."

---

178. Der Cedent ist in Sachen des Cessionars wider den Schuldner ein inhabiler Zeuge in Betreff der Richtigkeit der cedirten Forderung.

„Der Grundsatz des röm. Rechts: nullus idoneus testis in re sua intelligitur (l. 10 D. de test. XXII, 5) kommt dann zur Geltung und der vorgeschlagene Zeuge ist dann als inhabil zu betrachten, wenn derselbe durch Bejahung oder Verneinung des Beweissatzes einen directen Vortheil oder Nachtheil für sich erreicht. Nach Art. 3481 des Prov.-Rechts Theil III haftet nun der Cedent dem Cessionar für die Richtigkeit der cedirten Forderung: wenn sich also herausstellt, daß die cedirte Forderung eine unbegründete sei, würde hiernach der Cedent zur Rückgabe des vom Cessionar gezahlten Abtretungspreises verpflichtet sein. Diese Verpflichtung des Cedenten und die Berechtigung des Cessionars gegen ihn seinen Regreß zu nehmen würde, weil es sich hier um abgeleitete Rechte des Cessionars handelt, auch dann schon vorliegen, wenn der Cedent selbst einräumen müßte, daß die cedirte Forderung keinen rechtlichen Halt habe, die Cession daher selbst gegenstandslos gewesen sei. Bezüglich der Frage über die Richtigkeit der cedirten

Forderung ist der Cedent daher als Zeuge in eigener Sache anzusehen und regelmäßig vom Zeugniß auszuschließen."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 10. October 1879, Nr. 6862.)

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Querelbescheide vom 5. December 1880, Nr. 7903.

---

179. Beweiskraft eines Zeugnisses des Cedenten für den Cessionar.

„Eine Personeneinheit zwischen dem Cessionar und Cedenten, auf welche der erste Richter hindeutet, läßt sich weder mit der römischen noch mit der heutigen Auffassung der Cession vereinigen, und es ist namentlich der Cedent durchaus nicht schlechtweg, sondern nur dann ein inhabiler Zeuge für den Cessionar, wenn er ein unmittelbares eigenes Interesse am Ausgange des Processes hat (vgl. das Appellations-Erkenntniß des Raths vom 10. October 1879, Nr. 6862). Folgerecht ist aber auch eine von dem Cedenten ausgestellte Quittung über eine an ihn geleistete Zahlung nicht deshalb ein untüchtiges Beweismittel für den Cessionar, weil sie rechtlich so anzusehen ist, als hätte der letztere sie selbst geschrieben, sondern ihr Beweiswerth ist lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen zu bemessen . . . Hiernach beweist die von dem Cessionar beigebrachte Quittung des Cedenten S. soviel, als überhaupt ein schriftliches Privatzeugniß gegen Dritte beweist. Diese Beweiskraft ist aber nur die eines Indiciums, welches erst in Verbindung mit anderen Beweismomenten seine Wirksamkeit äußert."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. Januar 1880, Nr. 359.)

---

180. Der Commis, welcher das streitige Rechtsgeschäft für den Principal abgeschlossen hat, ist nicht Zeuge in eigener Sache.

Ueber diese Frage enthält die Resolution vom 29. September 1871, Nr. 6487 Nachstehendes:

„Nach l. 10 Dig. XXII, 5 und l. 10 Cod. IV 20 ist es allerdings nicht zweifelhaft, daß Zeugen in eigener Sache (in re sua,

in re propria) unzulässig sind, es fragt sich aber, was als eigene Sache anzusehen ist. Im Allgemeinen darf als leitender Grundsatz angenommen werden, daß die Gründe der Ausschließung vom Zeugniß möglichst einzuschränken sind. Läßt sich nicht mit völliger Sicherheit voraussetzen, daß das Zeugniß unter allen Umständen werthlos sein wird, so ist die Ausschließung nicht gerechtfertigt, da ja noch immer nach der Vernehmung Zeit genug ist, die Gründe der Unglaubwürdigkeit in Betracht zu ziehen, und eventuell die Aussagen als werthlos bei Seite zu legen.

Anlangend die Zeugen in eigener Sache, so können nach der richtigen Ansicht in diese Kategorie, abgesehen von den Parteien selbst, nur diejenigen inbegriffen werden, welchen der ihrer Aussage entsprechende Ausgang des Processes geradezu und gewiß Vortheil oder Nachtheil bringt, und zwar nicht unerheblichen, weil sonst die Vermuthung nicht gerechtfertigt wäre, daß der Zeuge im Kampfe des eidlich geschärften Gewissens mit seinem Eigennutze unterliegen würde (Seufferts Archiv, Bd. 18 Nr. 190).

Hiernach wären zu den Zeugen in eigener Sache vornehmlich die einer Partei Regreßpflichtigen zu zählen, weil diese bei einem ihrer Partei ungünstigen Ausfalle des Processes directen Nachtheil zu erwarten haben. Supplicant behauptet nun zwar, daß der Zeuge P. dem Beklagten regreßpflichtig sei, dem kann jedoch nach Lage der Sache nicht beigepflichtet werden. Ein Commis, der für seinen Principal Geschäfte schließt, wird demselben nur unter der Voraussetzung regreßpflichtig sein, daß er seine Instruction verletzt oder sich einer Culpa schuldig macht. Hat der Commis die nöthige Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit beobachtet und sich innerhalb der ihm ertheilten Vollmacht gehalten, so ist eine weitere Haftung seinerseits nicht begründet. Da nach Lage der Sache nicht zu erfahren, noch anzunehmen ist, daß im vorliegenden Falle die Voraussetzungen einer Regreßpflicht des Zeugen P. gegenüber dem Beklagten gegeben sind, so ist der Protest des Supplicanten gegen die Vernehmung dieses Zeugen unrechtfertig."

181. Der Hauptschuldner ist im Proceß des Gläubigers gegen den Bürgen nicht unfähiger, sondern nur verdächtiger Zeuge.

Kläger, welcher in seiner auf Bezahlung einer Schuld gerichteten Klage namentlich auch angeführt hatte, daß von ihm für den innerhalb dreier Monate zu entrichtenden Preis der dem B. F. in Talsen von dem Beklagten zu liefernden Waaren Bürgschaft geleistet worden sei, hatte zum Beweise dessen, daß in Folge einer derartigen, seiner Bürgschaftsleistung beigefügten Beschränkung, sowie in Folge ausdrücklichen Verzichts des Beklagten auf weitere Bürgschaftsleistung seine Bürgschaft erloschen sei, sich in seiner Gegenbeweisantretung auf das Zeugniß des genannten Hauptschuldners des Beklagten berufen. Beklagter protestirte gegen die Vernehmung des B. F. wegen dessen Betheiligung und Interesse an der Sache und der Bescheid des Vogteigerichts vom 8. Januar 1872, Nr. 125 wies die klägerische Gegenbeweisantretung zurück. Auf erhobene Querel des Klägers hob der Rath dagegen im Querelbescheid vom 26. April 1872, Nr. 2823 den untergerichtlichen Bescheid auf und ließ die Vernehmung des B. F. als Zeuge zu.

Die oberrichterlichen Entscheidungsgründe führen aus:

„Der Werth jedes Zeugnisses hängt von der Ernstlichkeit des Willens ab, die Wahrheit zu sagen; wo dieser Wille gar nicht vorausgesetzt werden kann, ist das Zeugniß werthlos und die betreffende Person daher im concreten Falle ebensowenig zum Zeugniß zuzulassen, wie diejenigen, denen es aus physischen Ursachen an der Fähigkeit zur Zeugnißablegung gebricht. Aus diesem Grunde können z. B. die nächsten Verwandten einer Proceßpartei von dieser nicht zu Zeugen aufgerufen werden, ebensowenig aber auch solche Personen, welche, wiewohl sie an der Proceßführung nicht theilnehmen, doch sich in der Lage befinden, das processualische Interesse der Partei zu dem ihrigen machen zu müssen. Es beruht dieses, wie schon im unterrichterlichen Erkenntnisse hervorgehoben wird, auf der in l. 10 D. XXII, 5 enthaltenen Vorschrift, wonach Niemand in eigener Angelegenheit für einen tauglichen Zeugen gehalten werden soll; denn mit Recht wird befürchtet, daß die von der Partei zu erwartenden Vortheile oder Nachtheile, die sich aus dem von dem Zeugnisse abhängigen Ausgange des Processes er-

geben, von solchem Einflusse auf die Partei sein werden, daß vor dem Interesse die Achtung der Wahrheit zurücktreten könnte. Indessen, wie dieses Interesse ein sehr verschiedenes ist, jenachdem der Zeuge unmittelbar, oder doch nur mittelbar Vortheil oder Nachtheil von dem Ausgange des Processes zu erwarten hat, so erscheint bei ihm der Wille, die Wahrheit zu sagen, auch in sehr verschiedenem Maße bedroht, so daß nur im Falle eines unmittelbaren Interesses des Zeugen am Ausgange des Processes die völlige Ausschließung des Zeugen gerechtfertigt ist, wogegen dann, wenn das eigene Interesse des Zeugen an dem Ausgang des Processes nur ein mittelbares ist, dasselbe ihn nur verdächtig machen kann.

Ob im vorliegenden Falle blos Verdächtigkeit oder Unzulässigkeit des von dem Kläger aufgeführten Zeugen vorliegt, muß die concrete Prüfung ergeben, wobei nicht unberücksichtigt bleiben kann, daß die Frage, ob der in Streitsachen des Bürgen wider den Gläubiger von ersterem zum Zeugen vorgeschlagene Hauptschuldner wegen dieser seiner Stellung zur Streitsache und zur Person des Bürgen als testis in propria causa zu betrachten sei, in der deutschen Gerichtspraxis (vgl. Seufferts Archiv, Band III Nr. 212) dahin Beantwortung gefunden hat, daß ein solcher Zeuge zwar kein classischer Zeuge sei, jedoch nicht unter allen Umständen verworfen werden müsse."

182. Das Mitglied der Direction ist im Proceß der Direction unfähiger Zeuge.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 4. Februar 1872, Nr. 695 ist zu entnehmen:

„Kläger, modo Querulanten, erachten sich durch den .. Bescheid des Vogteigerichts deshalb gravirt, weil ihrem Ansuchen um Vernehmung des M. als Zeugen in dieser Sache nicht deferirt worden.

Die Zurückweisung dieses Ansuchens wird in dem erwähnten Bescheide dadurch motivirt, daß der von den Klägern als Zeuge aufgegebene Kaufmann M. zur Zeit Director der beklagten Fabrik ist, und daher, falls er vernommen werden würde, Zeuge in eigener Sache sein würde.

Dem gegenüber glauben die Querulanten aus Opportunitätsrücksichten, sowie aus dem Grunde, weil es ihnen nicht hätte ver-

ſagt werden können, dem Director M. einen Schiedseid anzutragen, ihr Verlangen, daß der Director M. als Zeuge vernommen werde, rechtfertigen zu können, umſomehr, als die zu ſeiner Vernehmung geſtellten Artikel gar nicht direct gegen ihn und ſein Intereſſe gerichtet ſeien.

Wenn aber nach der herrſchenden Zeugnißlehre im Proceß ſtets die Ausſage dritter, an der Proceßführung ſelbſt nicht betheiligter Perſonen erforderlich iſt und die in Eidesform auftretende eigene Verſicherung einer Partei, auch wenn ſie von der Gegenpartei als Beweismittel beantragt wird, nicht als Zeugniß aufzufaſſen iſt, ſondern als Schiedseid nach ganz anderen proceſſualiſchen Regeln als den für den Zeugenbeweis maßgebenden zu behandeln iſt, wenn mithin im vorliegenden Falle, wo die Kläger einen Zeugenbeweis angetreten haben, die Vorausſetzungen für die Ableiſtung eines Schiedseides durch die Gegenpartei nicht vorliegen und keinerlei Opportunitätsrückſichten eine derartige Verletzung der Proceßregeln, wie ſie klägeriſcherſeits intendirt wird, rechtfertigen können, ſo hat nicht anders, als vom Unterrichter geſchehen, erkannt werden können.“...

---

183. Die Ehefrau iſt in Sachen ihres Ehemannes für denſelben inhabile Zeugin.

Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 11. Auguſt 1872, Nr. 5642 iſt hier anzuführen:

„Die Beſchwerdepunkte des Appellanten werden aus dem Umſtande abgeleitet, daß die in der Beweisantretung benannte Zeugin M. B. noch vor dem Zeugenverhör die Ehefrau des Producenten geworden iſt, der Unterrichter (Landvogteiger. II. Sect. Erk. v. 30. März 1872, Nr. 49) aber ihren Ausſagen, wenn auch nicht vollſtändige, ſo doch einige Beweiskraft beigemeſſen hat. Es iſt nun zwar an ſich richtig, daß die Ehefrau eines Beweisführers, zumal wenn ſie nach Stadtrechten mit demſelben in Gütergemeinſchaft lebt, nur als Zeugin in eigener Sache gelten kann und mithin ihren Ausſagen nicht die mindeſte Glaubwürdigkeit innewohnt. Der Unterrichter hat die Zeugin als nur verdächtig und nicht vollſtändig inhabil anſehen zu dürfen gemeint, weil der Probat keine Einwendungen wider die Perſon der Zeugin erhoben. Indeß

eines solchen Protestes, welcher überhaupt erst nach der geschehenen Zeugenvernehmung hätte verlautbart werden können, weil der Probat vorher — der Zeugendenomination nach — von dem Verhältniß dieser derzeit noch unverehelichten Zeugin zum Probanten nichts wissen konnte, bedurfte es nicht, weil das Gesetz selbst schon (l. 10 Dig. de test. XXII 5 und c. 10 Cod. de test. IV 20, Rig. Stadtr. Lib. II Cap. XXI Art. 1 und 2) den Parteien für sich Zeugniß abzulegen nicht gestattet."

---

184. Die Stiefmutter und die Ehefrau sind, wenn sie als Zeugen gegen die Stiefkinder bzw. den Ehemann aufgerufen sind, nicht inhabil.

„Die Stiefmutter*) und die Ehefrau sind in Sachen wider ihre Stiefkinder und ihren Ehemann keineswegs durchaus unzulässige Zeugen, deren Vernehmung von vornherein ausgeschlossen ist. Der Protest der Kläger gegen die denominirte Zeugin war daher nicht begründet, es mußte diese vielmehr zur Zeugnißablegung aufgefordert werden, ihr stand aber allerdings gesetzlich das Recht der Ablehnung des Zeugnisses gegen die ihr nahestehenden Verwandten zu. Je nachdem sie nun hiervon Gebrauch machte oder nicht, war dem Processe der je nachdem erforderliche Fortgang zu geben, nicht aber durfte (wie das in dem Erk. der II. Section des L.V.G. vom 14. August 1880, Nr. 233 geschehen) die denominirte Zeugin für absolut unzulässig erklärt und darauf hin die Einrede als beweislos verworfen werden."

(Appellations-Erkenntniß vom 7. November 1880, Nr. 7278.)

---

185. Zeugnißfähigkeit des Cridars in Klagesachen der Concursverwaltung.

Der Curator der S.'schen Concursmasse hatte von B. die Bezahlung von 51 Rbl. 45 Kop. gefordert. Beklagter behauptete, eine hiergegen zu compensirende Forderung von 328 Rbl. 17 Kop. gegen den Gemeinschuldner S. zu haben. Es fragte sich, ob der

*) Dagegen sind Ascendenten in Sachen der Descendenten und umgekehrt für schlechthin unzulässige Zeugen erklärt in den Querelbescheiden vom 27. November 1863, Nr. 8116 und vom 19. Juni 1868, Nr. 4525.

Cridar als Zeuge darüber, daß rücksichtlich jener Forderungen ein Compensationsvertrag von ihm mit dem Beklagten geschlossen worden, zuzulassen sei. Der Querelbescheid vom 28. Januar 1877, Nr. 636 bejahte diese Frage mit folgender Motivirung:

„Ungeachtet der Selbständigkeit, mit welcher der Concurscurator in Processen die Ansprüche des Gemeinschuldners verfolgt und gegen ihn erhobene Ansprüche zurückweist, kann doch nicht unbeachtet bleiben, daß die dinglichen und persönlichen Rechte, um deren Geltendmachung und Vertheidigung es sich handelt, Rechte des Gemeinschuldners sind, und wenn der Gemeinschuldner auch keine Aussicht hat, zu dem für die Distribution bestimmten Vermögen wieder zu gelangen, so hat er doch schon wegen der nach dem Concurse fortbestehenden Verhaftung gegenüber den nicht befriedigten Gläubigern ein Interesse daran, daß sowohl die Consolidirung der Concursmasse, als auch deren Distribution in angemessener Weise erfolge. Daher kann, obwohl der Gemeinschuldner wegen Mangels der Dispositionsbefugniß in den wegen der Concursmasse geführten Processen nicht Partei ist, eine Zulassung desselben zur Ablegung eines Zeugnisses in solchen Processen nicht unbedingt für möglich erklärt werden. Die Inhabilität eines Zeugen wegen seines Interesses am Ausgange der Sache hängt nach der von den Stadtgerichten beobachteten Praxis vielmehr davon ab, ob derselbe durch Bejahung oder Verneinung des Beweissatzes einen directen Vortheil oder einen directen Nachtheil für sich erreicht. Nach diesem Maßstabe ist mithin auch im vorliegenden Falle zu ermessen, ob der Gemeinschuldner als Zeuge zu vernehmen sei. Erwägt man nun, daß es in Beziehung auf den Umfang der Nachhaft des Gemeinschuldners keinen Einfluß übt, ob die Forderung des Beklagten, falls eine solche überhaupt besteht, im Wege der Compensation befriedigt, oder in die Reihe der Concursforderungen gestellt wird, weil im ersteren Falle in demselben Maße, als dadurch die Activmasse verringert werden würde, der Gesammtumfang der Schulden des Cridars kleiner werden müßte, so liegt in casu für die gänzliche Zurückweisung des Zeugnisses des Gemeinschuldners umsoweniger Grund vor, als dasselbe nicht nur auf die Gerechtigkeit des Urtheilsspruches von Einfluß, sondern auch im Interesse der Masse sein kann."

186. Feindschaft zwischen dem Producten und dem Zeugen ist ein Grund zur Verwerfung des letzteren nur im Falle der Todfeindschaft.

I. „Die feindselige Gesinnung eines Zeugen gegen den Producten kann zu dessen Verwerfung höchstens im Falle einer s. g. Todfeindschaft führen, und zwar deshalb, weil der Grad der Feindseligkeit sich wesentlich erst aus den Aussagen des Zeugen wird beurtheilen lassen und der Verdachtsgrund gänzlich hinwegfällt, wenn diese zu Gunsten des Producten lauten. Ist daher ein Zeuge wegen muthmaßlicher Abneigung gegen den Producten nichtsdestoweniger zur Vernehmung zuzulassen (Langenbeck, Beweisführung, S. 480 und 493. Schmid, Handbuch II, §. 134. Bayer, Vorträge, S. 812) und ist eine Todfeindschaft zwischen ihm und der Zeugin von Beklagtem gar nicht einmal behauptet, so muß die Zeugin allerdings vernommen und die Würdigung ihrer Aussage dem Schlußerkenntniß überlassen werden."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 15. November 1878, Nr. 7747).

II. „An und für sich kann der Umstand, daß der Zeuge mit dem Producten einen Proceß führt, nicht für genügend erachtet werden, um ihm die Glaubwürdigkeit abzusprechen, denn die Gegnerschaft im Civilrechtsstreit bedingt noch keine solche Feindschaft, daß die Annahme ohne weiteres begründet wäre, es werde der zum Zeugen denominirte Proceßgegner gegen besseres Wissen und trotz des von ihm geleisteten Eides zu einer falschen Aussage sich verleiten lassen (cf. Nov. 90 de test. c. 7). Wohl aber erscheint es gerechtfertigt den Zeugen, welcher zu Ungunsten des Producten ausgesagt hat, nicht für vollkommen unbefangen zu halten, wenn es sich herausstellt, daß er und der Producent zwar gesonderte, aber ganz analoge Processe gegen den Producten anhängig haben, in welchen sie sich gegenseitig über ganz gleiche Beweissätze zu Zeugen aufgerufen haben."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 22. Juni 1879, Nr. 4352).

187. Unzulässigkeit des Zeugnisses des Mandatars für den Mandanten.

Hierüber heißt es in den Motiven des Appellationsurtheils des Raths vom 18. Mai 1873, Nr. 3734:
— — — — — „N. N. ist von einem Zeugniß in einer Sache relativ ausgeschlossen, in welcher er als Mandatar der Beklagten fungirt hat, da ein solches Zeugniß dem in eigener Sache abgegebenen, also einem rechtlich werthlosen gleichkommen würde."

---

188. Criminelle Bestrafung oder Unbekanntheit des Zeugen macht denselben nicht zeugnißunfähig.

Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 26. Juli 1874, Nr. 4719:

Appellant hat ... die Glaubwürdigkeit der ... Zeugen bestritten, weil der eine criminalrechtlich bestraft, der andere fremd ist. Da indeß eine Criminalstrafe, sofern sie dem Bestraften nicht alle ihm überhaupt und insbesondere seinem Stande nach zuständigen Rechte entzieht, zur Zeugnißablegung nicht unfähig macht, wenn immerhin sie Anlaß zu geben geeignet ist, die Depositionen eines Bestraften mit einiger Vorsicht zu behandeln, und da ferner der an sich zulässige Zeuge im Zweifel als vollkommen glaubwürdig zu betrachten ist, die bloße Unbekanntschaft mit der Person eines Zeugen*) also auch keinen Verdachtsgrund abgiebt, so ist der Beweis ein mehr als zur Hälfte erbrachter" (und daher zur Auflage des Ergänzungseides geeigneter).

---

189. Testes ignoti.

I. Durch Erkenntniß des Vogteigerichts vom 10. Februar 1872, Nr. 15 war der zur Bewahrheitung des Abschlusses eines Miethcontracts vom Kläger unternommene Zeugenbeweis, u. a. auch wegen gänzlichen Unbekanntseins der Zeugen, für nur in sehr geringem Maße gelungen erachtet und dem Beklagten der Reini-

*) Daß Unbekannte (plane ignoti) nicht unfähige Zeugen seien, ist anerkannt in dem Querelbescheide vom 12. April 1868, Nr. 2679 und dem Appellations-Erkenntniß vom 4. November 1870, Nr. 7900.

gungseid auferlegt worden. Auf Appellation des Klägers bestätigte der Rath die untergerichtliche Entscheidung durch das Appellations-Erkenntniß vom 3. Mai 1872, Nr. 3041, dessen Motiven, Folgendes zu entnehmen ist:

„Wenn das Provinzialrecht den Grundsatz aufstellt (Art. 2994), daß Rechtsgeschäfte auch durch mündliche Uebereinkunft begründet werden dürfen, und namentlich bei Miethcontracten über unbewegliches Vermögen (Art. 4042) im Gegensatze zum Reichsrecht (Band X, Theil 1 Art. 1700) ausdrücklich die Schriftlichkeit für nicht erforderlich erklärt, so läßt sich der Rechtszustand unter solchen Voraussetzungen nur dann erhalten, wenn zugleich der strengste und zweifelloseste Beweis über die Existenz der für das Zustandekommen des Vertrages erforderlichen Willenserklärung erbracht ist und dadurch im Streitfall dem Richter eine solche Ueberzeugung gegeben wird, daß die Annahme des Gegentheils völlig ausgeschlossen ist. Um solche Ueberzeugung aber zu erbringen, muß ebensowohl die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen vollkommen feststehen, als auch das Zeugniß selbst seinem Gegenstande und seinem Inhalt nach völlig glaubwürdig erscheinen. Es ist daher auch von den Gesetzen dem Richter die genaueste Prüfung und Abwägung der Zeugenaussagen zur Pflicht gemacht. (Bezugnahme auf l. 3 Dig. pr. 22, 5 und l. 3 §. 2 Cod. . . .)

Völlig unbekannte Personen, welche schon nach der Nov. 90 Cap. 1 nicht zum Zeugniß zuzulassen sind, können aber dem Richter eine solche Ueberzeugung nicht geben. Die Glaubwürdigkeit der Zeugen beruht in Ansehung ihrer Person zunächst auf der Ueberzeugung von ihrer persönlichen Rechtlichkeit, Gewissenhaftigkeit und Wahrhaftigkeit; wie es aber hiermit beschaffen ist, bleibt bei ganz unbekannten Persönlichkeiten dahingestellt, und wenn gegen die producirten Zeugen der Einwand der gänzlichen Unbekanntheit erhoben wird, so ist es Sache des Producenten, dem Richter die Persönlichkeit seines Zeugen darzulegen und deshalb den guten Leumund desselben nachzuweisen. Es ist aber nicht, wie Appellant vermeint, Sache des Producten, die Unbekanntheit darzuthun, weil dieser unter Voraussetzung der Richtigkeit solcher Behauptung zugleich in der Unmöglichkeit sich befindet, irgend etwas über die Persönlichkeit des Zeugen zu wissen, und eine Negative überhaupt nicht Gegenstand eines Beweises sein kann.

Nun hat aber Kläger und Appellant nichts zur Beseitigung dieses durchaus rechtzeitig in der Erklärung auf die Beweisintroduction erhobenen Einwandes vorgebracht und seine Zeugen können daher schon um deswillen nicht als unverdächtig gelten."

„Nach Nov. 90 cap. 1 pr. sollen zwar ganz unbekannte Menschen nicht zum Zeugniß zugelassen werden, doch können hierunter nur solche verstanden werden, über deren Persönlichkeit völliges Dunkel herrscht, und es muß zugleich gegenüber einem solchen Einwande der völligen Unbekanntheit dem Producenten offen stehen, den Nachweis zu führen, daß die von ihm Denominirten keineswegs so vollständig unbekannte, sondern vielmehr redliche und anständige Personen seien. Ein solcher Einwand gegen die Person der Zeugen hat daher im Beweisstadium stattzufinden und ist dort zu Ende zu bringen. Dort unterlassen, kann die Beweiseinrede in der Appellationsinstanz nicht mehr nachgeholt werden. Wenn sonach die beiden Zeugen nicht als unzulässige, auch nicht als verdächtige zu betrachten sind, so muß ihre übereinstimmende Aussage die Ueberzeugung von der Wahrheit der von ihnen bezeugten Thatsachen geben."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 9. August 1878, Nr. 5264).

190. Schwägerschaft als Verdächtigkeitsgrund bei Ablegung des Zeugnisses.

I. Aus den Entscheidungsgründen des Appellations-Erkenntnisses vom 3. Mai 1872, Nr. 3041:

„In Bezug auf den (klägerischen) Zeugen F. ist vom Beklagten angeführt worden, daß derselbe mit dem Kläger verschwägert sein solle, und hat dieser Zeuge auch bei seiner Vernehmung selbst erklärt, daß er ein Schwager des Klägers sei. Kläger, modo Appellant, nimmt nun zwar die Existenz einer Schwägerschaft im juristischen Begriff in Abrede, aber, da das in Rede gekommene Verhältniß jedenfalls nicht klar gestellt ist und Familienbeziehungen und damit verbundene Freundschaftsverhältnisse eine volle Unparteilichkeit meist zu beeinträchtigen pflegen, so ist der Zeuge F. auch aus solchem Grunde nicht als ein unverdächtiger zu erachten und

seine Aussage keineswegs geeignet, ein volles Vertrauen und einen vollen Beweis zu bewirken."

II. Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 11. Mai 1873, Nr. 3480:

„Der eine Zeuge ist allerdings ein Schwager des Producenten, welcher Umstand ihn indeß erheblich zu verdächtigen nicht vermag, und das umsoweniger, als die Aussagen dieses Zeugen durchweg das Gepräge der Wahrheit tragen."

191. Verdächtigkeit des Zeugnisses des Handelspersonals zu Gunsten des Handelsherrn.

In den Motiven des Appellationsurtheils vom 12. Januar 1872, Nr. 184 findet sich hierüber das Folgende:

„Beide Zeugen gehören zu des Producenten Handlungspersonal. Diese ihre Eigenschaft schließt zwar nicht deren vollständige Unglaubwürdigkeit in sich, andererseits aber beraubt sie dieselben doch der vollen Classicität. Handlungscommis sind zwar in Sachen ihrer Principale nicht unfähige, doch aber auch nicht über allen Verdacht erhabene Zeugen, wenigstens insolange nicht, als sie zum Producenten noch im Dienst- und sonach Abhängigkeitsverhältniß stehen."

192. Entlassung des im Dienste des Producenten stehenden Zeugen vor dessen Vernehmung.

„Es handelt sich um die Frage, ob das Zeugniß des Commis S. einen halben Beweis für Beklagte enthält. In dieser Beziehung ist als richtig anzuerkennen, daß mit dem Aufhören des Verhältnisses, welches eine besondere Abhängigkeit oder eine besondere Zuneigung zwischen dem Zeugen und dem Producenten mit sich bringt, die daraus sich ergebende Verdächtigkeit regelmäßig hinwegfällt. Allein im Fragefalle, wo der am 11. Juni 1879 vernommene Zeuge am 10. Juni noch Commis der Beklagten gewesen ist und am 17. November jedenfalls wieder sich in ihrem Dienste befunden hat, erscheint es wenig wahrscheinlich, daß eine ernstliche Entlassung des Commis S. überhaupt stattgefunden hat, sondern liegt vielmehr die Vermuthung nahe, daß diese nur zu dem Zweck in Scene

gesetzt sei, um die aus der Dienststellung des Zeugen sich ergebende Verdächtigkeit hinwegzuräumen. Unter diesen Umständen kann denn freilich von dem Wegfallen des Verdachtsgrundes nicht wohl die Rede sein und daher auch in der Aussage des Zeugen ein halber Beweis zu Gunsten der Beklagten nicht gefunden werden."

(Appellations-Erkenntniß vom 5. December 1880, Nr. 7905).

193. Der Unterhändler eines Geschäfts ist in Bezug auf dasselbe ein verdächtiger Zeuge.

„Den ihm obgelegenen Beweis hat Kläger unternommen und zwar durch einen einzigen Zeugen . . . Dieser Zeuge kann jedoch nicht, wie vom Unterrichter angenommen worden ist, als ein exceptionsfreier, vollkommen classischer Zeuge angesehen werden. Denn nach seiner eigenen Aussage ist dieser Zeuge der Vermittler des zwischen den Parteien abgeschlossenen Miethgeschäfts gewesen. Nun bestimmt aber l. 25 Dig. de test. XXII, 5, daß patroni causae und executores negotii zur Ablegung eines Zeugnisses gänzlich unfähig sind, und darauf hin haben sich auch die meisten Processualisten (Glück, XXII. S. 161. Schmidt, II. S. 238. Langenbeck, S. 469 unten) für die Unzulässigkeit der Unterhändler als Zeugen erklärt. Wenn dessenungeachtet gleichwohl die Gerichtspraxis die Unterhändler zum Zeugniß zugelassen hat, so hat sie dieselben doch immerhin nur für verdächtige Zeugen erklärt. Durch die alleinige Aussage eines verdächtigen Zeugen kann aber ein halber Beweis nicht hergestellt werden."

(Aus den Motiven des das Erkenntniß des Vogteigerichts vom 1. Februar 1877, Nr. 17 abändernden Querelbescheides vom 15. April 1877, Nr. 2488.)

---

194. Verdächtigkeit des Zeugen wegen des zwischen ihm und dem Producenten bestehenden Beistandsverhältnisses.

Aus den Motiven des das Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 13. Juli 1874, Nr. 146 aufhebenden Appellations-Erkenntnisses vom 25. October 1874, Nr. 6707:

„Auf die General-Interrogatorien bekennt der Zeuge zwar, dem Kläger (Producenten) in Processen Rath ertheilt und Schrif-

ten angefertigt zu haben, erklärt jedoch zugleich, daß dies in den Processen zwischen dem Kläger und dem Beklagten nicht der Fall gewesen sei. Aus einem solchen zeitweiligen Beistandsverhältnisse läßt sich aber rechtlicher Weise ein Verdachtsgrund nicht entnehmen. Der Zeuge ist daher als ein exceptionsfreier, vollkommen habiler Zeuge anzusehen."

---

195. Der Richter hat actenmäßige Verdachtsgründe gegen die benannten Zeugen von Amtswegen zu berücksichtigen.

„Beklagter hält es für unzulässig, daß der Richter sein Urtheil über den Grad der Glaubwürdigkeit des Zeugen sich aus den durch die Criminalverhandlungen constatirten Thatsachen bilde, da von ihm die Adhibition der Criminalacte nur zum Zwecke der Führung des Einredebeweises, nicht auch des Gegenbeweises beantragt worden sei. Allein die Zumuthung an den Richter, bei der Beweiswürdigung seine Augen für einen Theil dessen, was zu den Acten gebracht worden ist, zu verschließen, ist keine berechtigte. Denn nach dem Rig. Stadtrecht Lib. II Cap. XVIII §§. 14 und 15 hat der Richter die Pflicht, seine Ueberzeugung von der größeren oder geringeren Tauglichkeit der introducirten Beweismittel aus allen actenmäßigen Umständen, Anzeigen und Vermuthungen zu schöpfen, und überdies herrscht auch in der gemeinrechtlichen Doctrin heutzutage kein Zweifel mehr darüber, daß bei Beurtheilung des Resultates eines Zeugenbeweises der Richter ex officio, ohne daß von den Parteien darauf verwiesen wird, Rücksicht nehmen müsse auf die sich ihm darstellenden Verdachtsgründe, soweit sie aus den Acten hervorgehen oder notorisch sind, da er selbst prüfen muß, was sich ihm zur Herstellung seiner Ueberzeugung dienliches bietet, (vgl. Langenbeck, Beweisführung, S. 488)."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 21. März 1880, Nr. 1988.)

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Appellationsurtheil vom 25. October 1874, Nr. 6710.

---

196. Der Producent eines Zeugen kann dessen Glaubwürdigkeit nicht anfechten.

I. „In Beziehung auf die Glaubwürdigkeit der klägerischen Zeugen kommt in Betracht, daß sich Beklagter, indem er auch seinerseits sich auf den Zeugen S. berufen hat, des Rechts Einwendungen gegen die persönliche Glaubwürdigkeit dieses Zeugen zu erheben, nach allgemeinen Grundsätzen begeben hat (vgl. const. 17 Cod. de test. IV, 20)."

(Aus den Motiven des Erkenntnisses vom 29. April 1877, Nr. 2919.)

II. „Wäre Zeuge G. wirklich relativ unglaubwürdig, so würde diese Unglaubwürdigkeit doch nach den gemeinrechtlich feststehenden Beweisregeln (l. 17 Cod. de test. IV, 20) dadurch beseitigt sein, daß Appellant selber sich auf das Zeugniß eben dieses Zeugen und zwar über dieselbe Thatsache und in demselben Proceß berufen hat."

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

III. Ebenso ist auch erkannt in den Appellationsurtheilen vom 17. September 1875, Nr. 6151 und vom 27. Februar 1876, Nr. 1357.

---

197. Die Aussage eines Zeugen, der ein eigenes Interesse an dem Ausgange des Processes hat, ist selbst dann nicht zu berücksichtigen, wenn er von der das entgegengesetzte Interesse verfolgenden Partei denominirt ist.

„Es ist zwar richtig, daß der Zeuge Polko vom Beklagten selber, wenn auch zunächst nur zur Anerkennung der Authenticität der von ihm ausgefertigten Quittungen, zum Zeugen denominirt war und daß es dem Producenten nicht zusteht, seinen eigenen Zeugen hinterher zu verdächtigen. Ein Anderes aber ist es, wenn erst aus den Depositionen des Zeugen selbst dessen Inhabilität kund wird. Da ist nicht nur der Producent vollständig berechtigt, auf diese Inhabilität hinzuweisen, sondern vor Allem der Richter, der in seinen rechtlichen Erwägungen an die Anträge der Parteien nicht ge-

bunden ist, verpflichtet dieselbe nicht außer Acht zu lassen. Ein solcher Fall liegt hier vor. Der Zeuge bekennt, an dem Ausgange des Processes ein ganz directes Interesse zu haben, indem er den durch sein angebliches Versehen dem Kläger zugefügten Schaden aus eigenen Mitteln ersetzt habe und den Rückersatz für den Fall zu erwarten habe, daß Kläger den Proceß gewinnen würde."

(Appellationsurtheil vom 13. Mai 1877, Nr. 3299.)

198. Beweiskraft der Aussagen verdächtiger Zeugen.

„Der Richter ist nach der auf l. 7 Dig. XXII, 5; l. 8 §. 6 Cod. V, 17: c. 27 X. de test. II, 20 und c. 3 X. IV. 18 sich gründenden communis opinio befugt, nach seinem Ermessen verdächtige Zeugen den classischen gleichzustellen, wenn die zu beweisenden Umstände der Natur der Sache nach nicht wohl von anderen Personen bezeugt werden können."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 28. Februar 1879, Nr. 1473).

II. „Auch den Aussagen verdächtiger Zeugen ist nicht jede Glaubwürdigkeit abzusprechen, vielmehr ist es dem jedesmaligen Ermessen des Richters anheimgegeben, den Werth ihrer Aussagen festzustellen, und dieser wird namentlich in solchen Fällen anerkannt, wo die Aussagen solcher Zeugen den sonstigen Beweis in Einzelheiten ergänzen und bestätigen und zugleich das Gepräge der Unbefangenheit und inneren Glaubwürdigkeit an sich tragen (cf. l. 3 pr. §. 1 D. XXII, 5. Bayer, Vorträge §. 247. Seuffert's Archiv XXIV, Nr. 165)."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 31. August 1879, Nr. 5965).

III. „In wieweit einem verdächtigen Zeugen Glauben beizumessen sei, ist nach l. 3 pr. §. 1 und l. 13 Dig. XXII, 5 dem jedesmaligen Ermessen des Richters überlassen."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 13. September 1878, Nr. 6140).

199. Der Zeugenbeweis muß uno actu introducirt werden. — Beweisergänzung.

Der beweisführende Kläger hatte im Laufe der richterlich festgestellten Beweisfrist seinen Beweis introducirt, indem er zu drei verschiedenen Malen Zeugen denominirte. Der Protest des Beklagten gegen diese successive Beweisintroduction wurde vom Wettgericht durch Bescheid vom 23. Mai 1872, Nr. 384 zurück- und Beklagter zur Erklärung auf die klägerischen Ergänzungen der ursprünglichen Beweisintroduction angewiesen. Hiergegen querulirte der Beklagte, worauf der Querelbescheid des Raths vom 19. Juli 1872, Nr. 5040 die untergerichtliche Entscheidung aufhob und die ergänzenden Beweisintroductionen des Klägers als unstatthaft zurückwies.

Die Motive der oberrichterlichen Entscheidung enthalten Folgendes:

„Was ... die Frage anbetrifft, ob einem Probanten zu gestatten ist, einen angetretenen Beweis innerhalb der noch übrigen Zeit der noch laufenden Beweisfrist durch Vorbringung weiterer Beweismittel zu vervollständigen, so muß dieselbe im allgemeinen mit dem Unterrichter bejaht werden. Denn mit der Gewährung einer Frist zur Einbringung des Beweises verbindet sich für den Probanten von selbst das Recht, den ganzen Lauf derselben benutzen zu dürfen, und daraus, daß die Beweisantretung inmitten der Frist vorgenommen wird, läßt sich mit einem rechtlichen Grunde nicht auf einen Verzicht der Benutzung des übrigen Theiles der Frist schließen. Es muß demnach dem Probanten freistehen, seine Beweismittel auch nach einander im Laufe der Frist und nicht blos uno actu beizubringen. Diese Berechtigung findet auch noch in Rücksichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit eine Unterstützung, da dadurch allein meistens die Nöthigung ausgeschlossen wird, mit der Introduction des Beweises bis zum letzten Moment der Frist zu warten, vielmehr es möglich gemacht wird, daß ein der Protrahirung abholder oder ein vorsichtiger Probant, der, um einer aus unvorhergesehenen Ereignissen möglicher Weise entstehenden Versäumniß vorzubeugen, frühzeitig mit der Beweisintroduction beginnt, ohne Gefahr eine solche Beschleunigung der Beweisintroduction vornehmen kann, sobald ihm offen steht, eintretenden Falls die weitere Frist noch zur Beibringung auch solcher

Beweismittel zu benutzen, deren Existenz ihm im Anfange der Beweisfrist etwa noch unbekannt oder zweifelhaft war.

Eine Ausnahme von dieser Berechtigung des Probanten tritt jedoch nach einer speciellen Vorschrift der Rig. Stadtrechte in dem Falle ein, wenn es sich um eine Beweisführung durch Zeugen handelt; denn während allerdings sowohl im gemeinen, als im localen Proceßrechte ein allgemeiner Rechtssatz, daß alle Beweismittel mit einem Male vorzubringen sind, sich nicht vorfindet, enthält jedoch das Rig. Stadtrecht Lib. II Cap. XX §. 14 in Bezug auf den Zeugenbeweis die Bestimmung, daß alle Zeugen zu einer Zeit denominirt werden sollen.

In Folge dieser Bestimmung muß demnach die successive Denomination von Zeugen im Laufe der Beweisfrist allerdings für unzulässig erachtet werden und ist daher der Protest des Beklagten für begründet anzuerkennen und Kläger mit den nachträglich unternommenen, ergänzenden Beweisintroductionen zurückzuweisen. Dabei wird es demselben allerdings offen bleiben, um einen Additionalbeweis nachzusuchen und nach ihm gewordener Gewährung desselben in Gemäßheit der Stadtrechte Lib. II Cap. XX §. 9 weitere Zeugen aufzuführen."

---

200. Die Beweisartikel müssen so abgefaßt sein, daß sie auch ohne Fragestücke die Ueberzeugung von der Wahrheit des Beweissatzes zu begründen vermögen.

Die vom Kläger formulirten Beweisartikel waren durch Bescheid des Vogteigerichts vom 31. December 1879, Nr. 228 verworfen worden, weil sie nicht genügend substantiirt seien und dem Producten nicht die Pflicht obliege, sondern nur das Recht zustehe durch Stellung von Fragestücken ihre Mangelhaftigkeit zu beseitigen. Die dagegen erhobene Querel wurde durch den Querelbescheid vom 4. April 1880, Nr. 2339 aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Der Producent hat die Aufgabe, durch die Beweisführung die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit der streitigen Thatsachen zu begründen, während der Product nicht verpflichtet ist, zu diesem Zwecke mitzuwirken, sondern nur das Recht hat, durch Fragestellung an die producirten Zeugen dahin zu wirken, daß die Gründe für die Ueberzeugung des Richters klargestellt werden. So darf denn

auch dem Producten — wie der erste Richter mit Recht bemerkt — nicht zugemuthet werden, durch seinerseitige Fragestücke die Versäumnisse des Producenten gutzumachen und die thatsächlichen Angaben zu ergänzen, an denen dieser es hat fehlen lassen. Die Beweisartikel müssen daher an sich so beschaffen sein, daß durch ihre Bejahung der Beweisgrund hergestellt wird, gleichviel ob noch Aussagen auf etwanige Fragestücke des Producten hinzukommen oder nicht."

---

201. Processualische Verpflichtung des Producenten seine Zeugen zum Verhör zu stellen.

„Wenn Supplicantin die stattgehabte Verzögerung ihrer Proceßsache dem Landvogteigericht zur Last legen zu können glaubt, so übersieht sie, daß nach §§. 3 und 13 Cap. XX Lib. II der Stadtrechte und nach constantem Gerichtsgebrauch es nicht Sache des Gerichts, sondern allein Sache des Producenten ist, die benannten Zeugen zum Verhör zu stellen. Gewohnheitsmäßig pflegt, falls der Producent bei genauer Angabe der Adresse der Zeugen dem Ministerial die Citationsgebühr einhändigt, die Vorladung der Zeugen durch den Gerichtsministerial besorgt zu werden. Ist der Producent säumig in der Sistirung der Zeugen, oder verzögert sich die Vernehmung, so hat nach der im stadtrechtlichen Processe geltenden Verhandlungsmaxime zunächst der Gegner des Producenten, wofern er ein Interesse an der Beschleunigung der Sache hat, nach vorgängiger Citation des Producenten seine etwaigen Anträge auf Anberaumung einer peremtorischen Frist bzw. auf Präclusion des Producenten mit den betreffenden Zeugen bei Gericht vorzubringen. Da Supplicantin seit dem Tage, an welchem die Zeugenvernehmung verfügt wurde, unterlassen hat, eine gerichtliche Verhandlung in dieser Sache herbeizuführen und die geeigneten Anträge zur Beschleunigung des Processes zu verlautbaren, so hat sie die stattgehabte Verzögerung nur sich selbst zuzuschreiben." (Resolution vom 3. Juni 1877, Nr. 3898).

---

202. In welchen Fristen sind die Beweiszeugen zur Vernehmung zu stellen? Der Richter hat das Recht, auch von sich aus Fristen zur Zeugensistirung zu bestimmen.

In einem vor dem Waisengerichte verhandelten Processe war der Beklagte angewiesen worden, seine Zeugin binnen 8 Tagen bei der Verwarnung vor Gericht zu sistiren, daß es widrigenfalls so angesehen werden solle, als habe er auf deren Vernehmung verzichtet. Beklagter, der die ganze Streitsache mittels Appellation an den Rath brachte, verband mit diesem Rechtsmittel eine Nullitätsbeschwerde, in welcher er ausführte, daß durch das oberwähnte Verfügen positive gesetzliche Vorschriften verletzt würden, da die Stadtrechte für eine Zeugensistirung wie die vorliegende (Zeugin hatte sich krank gemeldet) nur eine sechswöchentliche Frist kennen.

In den Motiven des Appellationsurtheils des Raths vom 20. Juni 1873, Nr. 4683 wird hierüber gesagt:

„Diese Behauptung ist jedoch unrichtig, indem die Stadtrechte Lib. II Cap. XX §. 13 die sechswöchentliche Frist für die Vorführung solcher Zeugen, die außerhalb der Stadt und deren Botmäßigkeit allhie im Lande wohnhaft sind, festsetzen, während es sich aber hier um die Stellung einer solchen Zeugin handelte, die innerhalb der Stadt und des städtischen Jurisdictionsgebietes wohnhaft war. Für Zeugen letzterer Art, hiesige Bürger und Einwohner verpflichtet derselbe § den Producenten unter der Voraussetzung, daß der Zeuge zu verreisen beabsichtige, diesen Zeugen zum nächsten Rechtstage zu stellen, im Unterlassungsfalle aber die Ehehaft nachzuweisen und den Zeugen im darauf folgenden Rechtstage zu produciren und zwar bei der Androhung, daß, wenn auch dies unterlassen würde, der Kläger seiner Klage niederfällig sein solle. Es ist hier für einen besonderen Fall also von dem Stadtrecht selbst eine achtundvierzigstündige Frist für die Sistirung eines Zeugen festgesetzt. Wenn der Richter, dem die Berechtigung obliegt die Fristen zur Vornahme der nothwendigen Proceßhandlungen im Interesse des Fortganges des Processes auch gegen den Willen der für einen solchen nicht interessirten Partei festzusetzen, im vorliegenden Falle dem gegenwärtigen Appellanten, eine achttägige Frist gestellt hat, um entweder die Zeugin zu Gericht behufs ihrer Vernehmung zu sistiren, oder aber durch ein den gesetzlichen Vorschriften gemäßes

Zeugniß darzuthun, daß die Zeugin außer Stande sei ihr Zimmer zu verlassen, so liegt in diesem Verfügen durchaus nicht eine Nullität, da dasselbe weder contra jus clarum in thesi, noch gegen ein substantiale des Processes gerichtet ist."

---

203. Die Nichtbeeidigung eines Zeugen macht dessen Vernehmung nichtig.

In dem Erkenntniß des Raths vom 15. September 1871, Nr. 6140 heißt es:

„Wie gemeinrechtlich (l. 9 pr. Cod. de test. IV, 20) so ist nach den Rigaschen Stadtrechten (Lib. II Cap. XX Art. 3) die Beeidigung des Zeugen so sehr ein essentiale des Zeugenbeweises, daß von ihr erst die Beweiskraft eines Zeugnisses abhängig wird. Die Nichtbeobachtung eines vom Gesetz vorgeschriebenen unbedingten Erfordernisses führt aber eine Nichtigkeit selbst dann herbei, wenn dieses Erforderniß nicht aus der Natur des Geschäfts fließt, sondern lediglich eine Förmlichkeit ist. Anlangend nun die Beeidigung eines Zeugen, so wird man diese nicht einmal als leere Förmlichkeit bezeichnen dürfen, sondern im Gegentheil sagen müssen, daß sie in der That die hauptsächlichste und wesentlichste Gewähr für die Wahrheit der Zeugenaussagen ist. Die unterlassene Vereidigung des Zeugen P. charakterisirt sich demnach als ein Verstoß gegen eine zwingende Proceßnorm und zieht als solche eine, wenngleich heilbare Nichtigkeit nach sich."

---

204. Wiederholung der Zeugenvernehmung wegen Widerspruchs oder Unklarheit muß von den Parteien vor dem Schlußverfahren beantragt werden.

„Allerdings würde möglicher Weise bei der nachträglichen abermaligen Vernehmung der Widerspruch und die Unklarheit der Zeugenaussage aufzuheben gewesen sein und es gestatten auch die Stadtrechte Lib. II Cap. XXIII §. 2 beim Mangel an Deutlichkeit, Gründlichkeit und Uebereinstimmung des Zeugen mit sich selbst auch nach eröffneten Scrutinien zur Erläuterung und Aufklärung eine abermalige Vernehmung des Zeugen. Aber nach der Verhandlungsmaxime des städtischen Processes kann solches nur auf Antrag

der Parteien geschehen, wie dies auch Samson in seinen Institutionen des Livl. Processes §. 355 unter Berufung auf die citirte Stelle des Stadtrechts bezeugt, und jedenfalls muß solche abermalige Vernehmung von den Parteien vor dem Deductions- und Gegendeductionsverfahren beantragt werden (Querelbescheid vom 2. Juni 1865, Nr. 4598 in Sachen Kowalewsky :: Schurowsky), da diese von dem Resultat der abermaligen Vernehmung doch jedenfalls betroffen werden müssen. Nun hat aber Appellantin versäumt, nach Eröffnung der Scrutinien und nach Kenntnißnahme von ihrem Inhalte vor dem Eintritt des Deductionsverfahrens und überhaupt in der Unterinstanz auf eine solche abermalige Vernehmung des Zeugen anzutragen: sie hat daher auch nunmehr die Folgen dieser ihrer Versäumniß selbst zu tragen."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. März 1879, Nr. 2004).

205. Unzulässigkeit des Antrages auf Confrontation der Zeugen mit der Gegenpartei im Civilproceß.

Kläger hatte in einem Processe nach bereits geschlossenem Beweisverfahren und eröffneten Scrutinien auf eine Confrontation der von ihm benominirten Zeugen mit dem Beklagten J. angetragen, um so die Identität des J. mit derjenigen Person, welcher die klägerischen Zeugen nach ihrer Aussage eine Quantität Gerste (deren Herausgabe Kläger verlangte) abgeliefert hatten, festzustellen. Trotz des vom Beklagten wider diesen Antrag verlautbarten Protestes hatte das Wettgericht in dem Bescheide vom 2. September 1871, Nr. 811 dem Antrage des Klägers gemäß die Confrontation genehmigt. Diese Entscheidung wurde jedoch mittels Appellations-Erkenntnisses vom 5. November 1871, Nr. 7418 aufgehoben und Kläger mit seiner Antrage auf Confrontation aus nachstehenden Gründen abgewiesen:

„Das Untergericht ist zu seiner Entscheidung durch die Erwägung gelangt, daß die Feststellung der Identität der Person des Beklagten mit der Person, an welche die Zeugen die Gerste geliefert haben, von wesentlichem Einfluß auf die Entscheidung des obschwebenden Rechtsstreites ist, daß über diese Identität die Zeugenaussagen keinen Aufschluß geben, daß die Stadtrechte eine wieder-

holte Vernehmung der Zeugen auch nach eröffneten Scrutinien für den Fall gestatten, daß eine Dunkelheit oder Unvollständigkeit in den Zeugenaussagen sich findet (Lib. II Cap. XXIII §. 2) und daß endlich die Pflicht des Richters dahin geht, die materielle Wahrheit thunlichst zu erforschen. Alle diese an sich richtigen Sätze können indeß zugestanden werden, ohne daß dadurch das nichtsdestoweniger civilprocessualisch vollständig unzulässige klägerische Anverlangen irgend gerechtfertigt wird. Zunächst muß hier hervorgehoben werden, daß, wenn die vorhin bezeichnete Identität zwischen dem Beklagten und dem Empfänger der klägerischen Waare allerdings dunkel geblieben, diese Dunkelheit kein Fehler der an sich klaren und unverworrenen Zeugenaussagen, sondern lediglich ein jetzt nach geschlossenem Beweisverfahren nicht mehr reparabler Fehler der Beweisführung ist.

Wollte man aber auch in den Antworten einiger der vernommenen Zeugen insofern vielleicht einen Widerspruch entdecken, weil sie zum zweiten Beweisartikel die Ablieferung der Gerste an den Beklagten J. bejahen und zum dritten Beweisartikel die seinerseitige Weigerung zur Ertheilung einer Empfangsquittung bestätigen, gleichwohl aber zu den Fragestücken angeben, den Beklagten persönlich nicht zu kennen, sondern ihn nur nach der klägerischen Wohnungsanzeige für den berechtigten Empfänger angesehen zu haben, so würde der aus diesen streng genommen vielleicht nicht ganz congruirenden Angaben herzuleitende Widerspruch doch nach den Regeln der gemeinen, wie der localen Proceßordnung nur durch eine nochmalige Vernehmung der Zeugen über diese Divergenz gelöst werden dürfen. Nicht eine solche Repetition der Zeugenvernehmung über die ihnen schon früher zur Beantwortung vorgelegten Thatsachen, sondern ein vollständig neues Beweismittel, eine Confrontation der Zeugen mit dem Producten hat der Kläger aber verlangt. Zu diesem Anverlangen ist Kläger schon nach den bekannten Regeln über die Präclusivität der Beweisfristen und über die Rechtskraft des Bescheides, durch welchen der Schluß des Beweisverfahrens decretirt wurde, nicht befugt. Zugleich ist aber das jetzt nachträglich von ihm in Vorschlag gebrachte Beweismittel nur ein im Criminal-, nicht aber im Civilproceß zulässiges. Kein Product ist durch irgend welches Gesetz verbunden, sich behufs einer Confrontation mit den gegnerischen Zeugen persönlich vor Gericht

zu stellen; kein Producent ist befugt, ein persönliches Erscheinen seines Gegners zu solchem Zweck zu fordern; mit anderen Worten: die Confrontation ist nur eine Maßregel der Untersuchungs-, nicht der Verhandlungsmaxime, welche dem Civilproceß zur rechtlichen Grundlage dient. Deshalb ist das klägerischerseits zur Rechtfertigung der Klage neugewählte Beweismittel nicht nur ein verspätet vorgebrachtes, sondern ein an sich unstatthaftes. Der Richter hat allerdings auch im civilproceßualischen Gebiet die Aufgabe der Erforschung der materiellen Wahrheit, indeß, wie der Unterrichter selbst schon hinzufügt, in thunlichster Weise. Ueber diese „thunlichste Weise", über die Schranken seiner Machtvollkommenheit würde er hinausgehen, wenn er, statt an die zulässigen Anträge der Parteien sich zu binden, aus eigener Initiative im Untersuchungswege für seinen Urtheilsspruch das thatsächliche Material einsammeln wollte. Demnach kann auch durch die dem Richter obliegende Pflicht zur Ermittelung der Wahrheit der unterlassene Identitätsbeweis überhaupt nicht und am wenigsten durch eine Maßnahme, welche dem Civilproceß völlig fremd ist, nachbeschafft werden."

206. Begriff der Sachverständigen.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 25. October 1874, Nr. 6709:

„Unter Sachverständigen versteht man im Civilproceß solche Personen, welche wegen der ihnen eigenen besonderen wissenschaftlichen, technischen oder gewerblichen Kenntnisse entweder vom Richter, oder aber auf Antrag der Parteien herbeigezogen werden, um vermöge ihrer erwähnten Fachkenntnisse Auskunft zu ertheilen über eine Frage, welche ohne jene dem Richter in der Regel abgehenden Kenntnisse sich nicht, oder doch nicht genüglich beantworten läßt. Die ersteren, die vom Richter selber herbeigezogenen Sachverständigen pflegt man als Gehilfen des Richters, die anderen, die auf Antrag der Parteien herbeigezogenen, als Beweismittel der Parteien zu bezeichnen. Die letzteren Auskunftspersonen sind hinwiederum, wofern sie ihr Gutachten abgeben sollen unter Zugrundelegung von ihnen bereits wahrgenommener Thatsachen, *sachverständige Zeugen*, wofern sie dagegen ihr Gutachten abgeben sollen unter gleichzeitiger Berücksichtigung von ihnen allerst wahrzunehmender

Thatsachen oder ohne Berücksichtigung aller und jeder Thatsachen überhaupt, Sachverständige der Parteien schlechthin. Das Verfahren, welches der Richter bei Heranziehung von sachverständigen Gehilfen durch ihn selber und von Amtswegen zu beobachten hat, kommt hier nicht weiter in Betracht. Das Verfahren, welches dagegen die Parteien bei ihrerseitiger Herbeiziehung von Sachverständigen zu beobachten haben, ist, wofern die benannten Sachverständigen als sachverständige Zeugen sich darstellen, ein dem Zeugenbeweise ganz gleiches, wofern sie dagegen als Sachverständige der Parteien schlechthin zu bezeichnen sind, ein dem Zeugenbeweise mindestens analoges, wenngleich zwischen sachverständigen Zeugen und den Sachverständigen der Parteien schlechthin der nicht ganz unwesentliche Unterschied besteht, daß erstere nicht, letztere dagegen wohl die Verpflichtung zur Auskunftsertheilung von sich ablehnen dürfen."

---

207. Wenn der Probant sich auf die vereidigten Amtsmeister als Sachverständige beruft, kann der Probat verlangen, daß die zu Experten gewählten Personen namentlich bezeichnet werden.

Kläger berief sich in seiner Beweisantretung auf das Gutachten der vereidigten Sachverständigen des Zimmeramts. Die Beklagten verlangten, Kläger möge die Zahl und den Namen der von ihm erwählten Sachverständigen aufgeben. Mit diesem Verlangen durch den Bescheid der II. Section des L.V.G. vom 5. Juli 1877, Nr. 148 zurückgewiesen, wandten sie sich beschwerend an den Rig. Rath, welcher in dem Querelbescheide vom 19. August 1877, Nr. 5663 erkannte:

„Nach dem allgemeinen, auch hier geltenden Proceßrechte hat die Partei, welche sich zur Führung ihres Beweises eines Sachverständigen-Gutachtens bedienen will, in ihrer Beweisintroduction den Satz anzugeben, welcher durch das Gutachten der Sachverständigen bewahrheitet werden soll, und die von ihr als Sachverständige erwählten Personen zu bezeichnen. Dem Producten steht das Recht zu, seinerseits gleichfalls Sachverständige zu benennen und Beweiseinreden vorzubringen, die sich theils gegen das den Sachverständigen vorzulegende Thema, theils gegen die Zulässigkeit der benann-

ten Personen richten können. Um solche Einreden wider die Personen aber vorbringen zu können, ist es erforderlich, daß sie namentlich genannt werden. Auch ist dies deshalb nothwendig, damit sich aus den aufgeführten Personen die Zahl der von Seiten des Producenten gewünschten Sachverständigen ergebe, so daß nach dem Grundsatze der Gleichheit der Parteien auch von dem Producten eine gleiche Zahl von Sachverständigen in Vorschlag gebracht werden kann.

Eine Ausnahme von diesen processualischen Regeln kann auch dann nicht eintreten, wenn der Producent seine Sachverständigen aus der Zahl der von dem hiesigen Amtsgerichte erwählten, ständigen, beeidigten Besichtiger und Taxatoren entnehmen will. Denn es giebt kein Zwangsrecht für die proceßführende Partei, die Sachverständigen gerade aus dieser Kategorie zu erwählen, noch sich den von Gegnern aus dieser Kategorie erwählten allein und einwandlos zu unterwerfen.

Es kommt in der Praxis allerdings häufig vor, daß, wenn der Producent diese Kategorie von Sachverständigen in Vorschlag bringt, der Product sich dem unterwirft, ohne nach den Namen derselben zu verlangen und ohne einen Anspruch auf seinerseitige Benennung noch anderer Sachverständigen zu machen. Allein, wenn dies auch in einer großen Zahl von Fällen stattfindet, so kann daraus doch nicht, wie es in den untergerichtlichen Entscheidungsgründen geschehen ist, eine constante Gerichtspraxis abgeleitet werden, bei welcher andere Grundsätze als im sonstigen Sachverständigen-Beweisverfahren eintreten, sobald die eine Partei die vom Amtsgericht aus den verschiedenen Gewerken zur Besichtigung und Taxation erwählten ständigen Personen in Vorschlag bringt, und bei welcher der Producent von der Anführung der Namen und der Zahl seiner Sachverständigen, auch gegenüber dem desfallsigen gegnerischen Verlangen, befreit sein soll. Der für die Befreiung von der namentlichen Bezeichnung angeführte Grund, daß die Gegenpartei beim Amtsgerichte Erkundigung über die Namen einziehen könne, ist hinfällig, da damit die dem Producenten obliegende Verpflichtung zur genauen Bezeichnung seiner Beweismittel nicht aufgehoben wird."

208. Sachverständigenbeweis. Verpflichtung des Richters zur Aufklärung der Sache durch seinerseitige Fragen beizutragen.

In einem Processe über die Brauchbarkeit eines von der beklagten Maschinenfabrik dem Kläger gelieferten Dampfkessels hatte Kläger die Vornahme praktischer Versuche mit dem seit 3 Jahren außer Thätigkeit gesetzten Kessel beantragt, war aber mit diesem Antrage abgewiesen worden. Auf seinerseitige Beschwerde wurde dagegen durch den Querelbescheid vom 1. Juli 1877, Nr. 4934 dem Antrage aus folgenden Gründen stattgegeben:

„Der erste Richter ist der Anschauung: weil der gegenwärtige Zustand des Kessels bei seinem Alter und bei seinem möglicher Weise incorrecten Gebrauch keinen sicheren Schluß auf den Zustand des Kessels zur Zeit seiner Ablieferung an den Kläger zulasse, so sei der beantragte praktische Probeversuch für die Entscheidung des Rechtsstreites irrelevant, es sei denn daß durch ein Sachverständigengutachten vorgängig festgestellt werde, was durch ein klägerisches Additionalbeweisverfahren zu ermöglichen sei, daß in der That Alter und Behandlung des Kessels auf seinen jetzigen Zustand keinen Einfluß ausgeübt haben ...

Kann es dem Vogteigericht nicht verargt werden, wenn es Bedenken getragen hat, aus einem durch einen Probeversuch zu ermittelnden gegenwärtigen Zustand des Kessels auf den Zustand desselben bei seiner Ablieferung an den Kläger ohne weiteres zurückzuschließen, so hat das Vogteigericht doch durch von sich aus an die Sachverständigen, welche ja des Richters Gehilfen sind, zu stellende Fragen sich über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines solchen Schlusses Gewißheit zu verschaffen. Dazu ist der Richter bei ihm mangelnder fachmännischer Kenntniß wie berechtigt, so verpflichtet, nicht aber darf er eine Frage, welche der Producent an die Experten gerichtet zu sehen verlangt, einzig deshalb verwerfen, weil er über die Wirksamkeit einer Antwort auf diese Frage ungewiß ist, und noch weniger darf er verlangen, daß der Kläger die Berechtigung zu einer an sich sachgemäßen Frage dadurch klarstelle, daß noch ein anderes Gutachten sich zuvor über die Tragweite seiner Frage unter den gegebenen Umständen verbreite. Dadurch würde die Beweisführung unvermeidlich verwirrt werden."

209. Den Sachverständigen darf nicht zugemuthet werden, behufs Abgabe des von ihnen verlangten Gutachtens außerhalb des Bereichs ihrer Kunstfertigkeit liegende Studien zu machen bzw. das für sie erforderliche Material selbst herbeizuschaffen.

In einem Grenzstreit über das Immobil auf Benkensholm Nr. 62b war von Landmessern ein Gutachten über die Grenzlinien eingefordert, von den Beklagten aber die Gegenfrage gestellt worden, ob nicht die Entstehungsgeschichte des Immobils ein anderes Resultat in Bezug auf die Grenzen ergebe, als das auf der Grundkarte verzeichnete. Ueber diese Frage heißt es in dem Querelbescheide vom 13. Januar 1878, Nr. 301:

„Ist an sich schon ohne nähere Erläuterung, welche nicht gegeben worden, nicht recht verständlich, was unter der „Entstehungsgeschichte" des Immobils eigentlich begriffen werden soll, so hat das Verständniß dafür umsomehr für die Sachverständigen verschlossen bleiben müssen, weil auch ihnen gegenüber die Art der Entstehung nicht näher angedeutet worden ist, den Sachverständigen aber niemals außer dem Bereich ihrer Wissenschaft oder ihrer Kunstfertigkeit liegende Studien zugemuthet werden dürfen, um durch sie erst das zu ergänzen und von dem Kenntniß zu gewinnen, was zuvor vollständig klar zu legen und in Gewißheit zu bringen Sache des Fragestellers war. Aus der Querelsjustification ergiebt sich nun, daß den Experten von der Querulantin zur Last gelegt wird, sie hätten nicht Einsicht in die betreffenden Grundbücher des Cassa-Collegiums genommen, aus denen die Entstehungsgeschichte der einzelnen in Rede stehenden Immobilien vermeintlich erhellt haben würde. Hierbei wird von der Querulantin indeß übersehen, daß den Sachverständigen füglich nicht vorgeschrieben werden kann, welcher Hülfsmittel sie bei der Abgabe eines Gutachtens sich bedienen sollen, und daß sie zum Verlangen einer Einsichtnahme in die einem der streitenden Theile allein gehörigen Bücher insolange gar nicht befugt waren, als die Beibringung der Bücher zu Gericht nicht beantragt und nicht verfügt war. Ueberhaupt aber sind Sachverständige immer nur verbunden, die ihnen ausdrücklich bezeichneten Gegenstände in Augenschein zu nehmen, soweit sie ihnen zuvor zugänglich gemacht sind, und daran ihr wissenschaftliches oder

technisches Urtheil zu knüpfen; zur ihrerseitigen eigenen Herbeischaffung des zu besichtigenden Materials sind sie nie verbunden.

Die von den Sachverständigen einzig nicht beantwortete Frage war daher eine von vornherein unzulässige."

210. Sachverständigengutachten. Beweiskraft desselben.

In den Motiven des Appellationsurtheils des Raths vom 5. September 1873, Nr. 6785 heißt es:

„Nach den richtigen Grundsätzen über die Beweiskraft von Sachverständigen-Gutachten hat der Richter sich keineswegs an den Ausspruch der Mehrheit zu binden, sondern auf die ausreichende und wohlbegründete Motivirung des Ausspruchs zu sehen."

211. Unbeeidigtes Sachverständigengutachten. Widerspruch der Sachverständigen bei einer Schätzung.

„Das Gutachten der Sachverständigen verliert seine formelle Beweiskraft nicht deshalb, weil es an Eidesstatt und nicht nach vorgängiger Vereidigung abgestattet ist, da einerseits die Vereidigung Sachverständiger nicht als ein unerläßliches Erforderniß der Beweiskraft ihrer Aussagen gilt und andererseits der Sachverständige M. bereits früher mit Zustimmung der Klägerin unvereidigt vernommen worden war, mithin für das Vogteigericht kein Grund zu der Annahme bestand, daß Klägerin jetzt die Vereidigung desselben verlange ...

Nach einem unstreitigen processualischen Grundsatze soll im Falle einer Differenz der Sachverständigen hinsichtlich einer Werthschätzung die arithmetische Durchschnittszahl der einzelnen Schätzungssummen entscheiden (Renaud, Civilproceß, §. 149 und die daselbst in der Note 57 Genannten)."

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 15. November 1878, Nr. 7746).

212. Gegenbeweis gegen einen Sachverständigenbeweis.

I. Beklagte waren mit ihrem Antrage auf Führung eines Gegenbeweises wider den klägerischerseits hergestellten Sachverständi-

genbeweis durch Bescheid der I. Section des Landvogteigerichts vom 23. November 1878, Nr. 278 abgewiesen worden. In Abänderung desselben sprach der Querelbescheid vom 11. April 1879, Nr. 2626 aus:

„Was das aus dem Charakter der Gegensachverständigen hergeleitete Motiv der untergerichtlichen Entscheidung anlangt, so ist zwar zuzugeben, daß in der gemeinrechtlichen Praxis und Doctrin die Ansicht viele Vertreter gefunden hat, daß die Befugniß des Producten zum Vorschlage von Gegensachverständigen gegenüber dem vom Producenten angetretenen Sachverständigenbeweis ein Surrogat des eigentlichen Gegenbeweises sei und daß, da dem Producten zum Vorschlage von Gegensachverständigen eine Präclusivfrist anberaumt wird, folgeweise, nachdem Product einmal von seinem Recht Gebrauch gemacht, ein abgesonderter Gegenbeweis durch Sachverständige über den nämlichen Satz unzulässig sei (vgl. Langenbeck, Beweisführung, S. 581 ff). Allein abgesehen davon, daß diese Ansicht auch in der gemeinrechtlichen Praxis keine unbestrittene ist (Seufferts Archiv XXII, 189), kann sie mit den Grundsätzen des stadtrechtlichen Processes nicht in Einklang gebracht werden, weil hier der gemeinrechtliche processualische Grundsatz keine Geltung hat, daß der Beweisführer nach Ablauf der peremtorischen Beweisfrist neue Beweismittel über denselben Satz, über welchen er den Beweis bereits angetreten hat, nachträglich einzubringen nicht mehr befugt sei, vielmehr die Führung eines Additionalbeweises über das Thema des ersten Beweises regelmäßig gestattet wird. Vom Gesichtspunkte des städtischen Proceßrechts aus empfiehlt es sich daher, die auch im gemeinen Recht vertretene Anschauung zu adoptiren, daß der Vorschlag von Gegensachverständigen nicht unter den Begriff des directen Gegenbeweises falle, sondern eine durch die Nothwendigkeit einer fachmännischen Controle der vom Producenten beantragten Expertise hervorgerufene Eigenthümlichkeit des Sachverständigenbeweises sei. Im vorliegenden Falle kommt noch hinzu, daß der Gegenstand der von den Beklagten neuerdings beantragten Expertise keineswegs identisch ist mit der den früher vernommenen Sachverständigen gestellten Aufgabe ... Hier wird ein indirecter Gegenbeweis gegen die Bedeutung des Gutachtens jener intendirt und in solchem Falle kann an der Zulässigkeit eines abgesonderten Sachverständigenbeweises des Reproducenten, selbst wenn man der

oberwähnten gemeinrechtlichen Ansicht beipflichtet, nicht gezweifelt werden."

II. In dem Querelbescheide vom 25. October 1874, Nr. 6709 ist gleichfalls ausgesprochen,

„daß dem Probaten, wofern die Gegenpartei von dem Sachverständigenbeweise Gebrauch gemacht hat, die Befugniß nicht entzogen werden darf, seinerseits gegen den geführten Sachverständigenbeweis einen Gegenbeweis, wie mit anderen Beweismitteln, so auch mit Sachverständigen anzutreten (Langenbeck, Beweisführung, S. 581. Bayer, Vorträge, S. 823. Renaud, Civilproceß, S. 287)."

---

213. Bezugnahme auf nicht in den Acten befindliche Urkunden im Beweisverfahren ist unzulässig.

I. Aus den Motiven des Querelbescheides vom 16. October 1874, Nr. 6472:

„Urkunden müssen, um als Beweismittel zu dienen, beigebracht werden; eine Bezugnahme auf Urkunden ist als Beweisantretung nur dann zulässig, wenn die Urkunden zu den Acten des Processes bereits beigebracht worden sind. Die Bitte, den dritten Besitzer von Urkunden von Seiten des Gerichts ex officio zur Edition derselben anzuweisen, ist vollkommen unstatthaft, da das Editionsverlangen, als präparatorischer Antrag für die Beschaffung des Beweismittels, gegen den Besitzer verlautbart und demselben das Recht zur Erklärung auf dieses Verlangen und resp. zur Bestreitung der rechtlichen Begründung desselben offen gelassen werden muß."

II. „Die bloße Bezugnahme auf Urkunden kann nur dann dazu führen, daß der Richter von ihrem Inhalte Kenntniß nehme, wenn sie bei den Acten derselben Sache liegen. Bei anderweitigen Acten des Proceßgerichts oder einer anderen Behörde befindliche Instrumente finden daher nur dann in einer Proceßsache Berücksichtigung, wenn sie auf Ansuchen der Partei kurzer Hand oder durch Requisition abregistrirt worden sind (Seufferts Archiv IX, 342). Die Bezugnahme der Impetrantin auf eine im October 1871 angestellte, zur Zeit beim Rath verhandelte Klage ist mithin nicht ge-

eignet, dieses Actenstück als Bescheinigung in der vorliegenden Arrestsache verwendbar zu machen."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 16. März 1879, Nr. 2005).

214. Die Gerichte sind nicht verpflichtet über eingereichte Documente Quittungen zu ertheilen, dagegen kann der Uebergebende gegen Erlegung der Gebühr die Ausfertigung eines Protokolls verlangen.

„Supplicant führt an, er habe einige vom Cridar in dessen Status nicht aufgegebene Rechnungen beim Vogteigericht übergeben, die Ausgabe eines Beleges über die Einreichung dieser zur Acte genommenen Rechnungen sei ihm jedoch vom Gericht wiederholt verweigert worden. Nach der bei den hiesigen Gerichten geübten Geschäftsordnung pflegt allerdings den Parteien keine specielle Quittung über ein von ihnen eingereichtes Document ausgegeben zu werden. Dagegen steht jeder Partei die Befugniß zu, gegen Erlegung der betreffenden Gebühr die Ausfertigung des Protokolls über die stattgehabte Verhandlung bzw. über die Entgegennahme des Documentes zu beanspruchen. Die Ausreichung einer solchen Protokollausfertigung ist dem Supplicanten nicht verweigert worden, ebensowenig als die Aufnahme eines Protokolls vom Gericht hätte abgelehnt werden können, falls eine thatsächlich stattgehabte Verhandlung vor Gericht in Frage kam."

(Aus den Motiven der Resolution vom 13. Mai 1877, Nr. 3305).

---

215. Zerrissene bzw. beschädigte Urkunden sind nicht beweisfähig.

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 30. Januar 1876, Nr. 706:

„Die zum Beweise bezogene Urkunde ist augenscheinlich behufs ihrer Vernichtung in verschiedene Theile (und zwar in mindestens deren vier) zerrissen und nachher soweit möglich wieder künstlich zusammengeflickt worden, wobei es indeß keineswegs gelungen ist den Text wieder vollständig herzustellen, indem vielmehr beträchtliche Bruchstücke fehlen. Gilt nun im allgemeinen schon als Regel, daß

Urkunden, um im Civilproceß als Beweismittel benutzt werden zu können, weder durchstrichen, noch durchkreuzt, noch durchgerissen — es sei denn, daß Alter der Grund ihrer Schadhaftigkeit geworden — noch sonst mit Zeichen beabsichtigter Wiedervernichtung versehen sein dürfen, und wird eine Ausnahme von dieser Regel nur in dem hier jedoch nicht zutreffenden Fall zuzulassen sein, wenn durch sie ein früher bestandenes, aber wieder erloschenes Schuldverhältniß in Gewißheit gesetzt werden soll, so muß vollends die Beweisfähigkeit derjenigen Urkunde, durch welche in casu der Beweis geführt werden soll, umsomehr verneint werden, als diese Urkunde überhaupt nur ein Fragment ist und ihre Lücken sich durch bloße Vermuthungen für den Civilrichter nicht ausfüllen lassen. Mangelhafte Form der Urkunde und die aus ihr hervorgehende Beweisuntüchtigkeit schließt die Verpflichtung zur Recognition aber von selbst aus (Langenbeck, Beweisführung, S. 685. Renaud, Civilproceß, §. 116)."

---

216. Der Diffessionseid kann nicht verlangt werden über Urkunden, die formell beweisuntüchtig oder die von dritten Personen ausgestellt sind.

„Der Bescheid des Vogteigerichts vom 7. März 1878, Nr. 28 hat die beklagte Handlung deshalb nicht für verpflichtet erachtet, die die Namensunterschrift „for John R... M... & Co." tragende Urkunde zu recognosciren, weil die die Schiedsgerichtsclausel betreffenden Worte nicht über die Namensunterschrift, sondern neben derselben, offenbar nachträglich hineingeschrieben seien. Querulant meint, es handle sich gar nicht darum, daß Beklagte die Aechtheit und Verbindlichkeit der qu. Worte, sondern nur darum, daß sie die Aechtheit der Unterschrift der Handlung M... & Co. anerkennen solle.

Die Schiedsgerichtsclausel ist aber insofern gerade der wesentliche Theil der Urkunde, weil dieselbe zur Grundlage des klägerischen Anspruches dient, daß beklagte Handlung sich dem ergangenen Schiedsspruche unterwerfe und das durch denselben ihr Aberkannte dem Kläger zahle. Wenn nun gerade die Einführung dieser Clausel in die betreffende Urkunde an solchen Mängeln leidet, daß sie sich als nachträglich von anderer Hand in die Urkunde hineingeschrieben

darstellt und keineswegs einen Theil desjenigen Inhalts bildet, welcher durch die Unterschrift sanctionirt wird, so muß dieser Theil der Urkunde sich als rechtsunwirksam und als irrelevant darstellen, was auch durch eine Anerkennung der Aechtheit der Unterschrift nicht gehoben würde. Irrelevante Beweismittel sind aber zurückzuweisen und es ist unzulässig, hinsichtlich derselben den Producten zu einem Diffessionseide zu zwingen.

Dazu kommt aber noch ein fernerer Grund. Nach dem gemeinen Proceßrecht ist es zwar zulässig, daß der Diffessionseid auch über solche Urkunden angetragen werde, welche von Dritten ausgestellt sind, wobei jedoch die Eidesformel dahin abgeändert wird, daß der Delat zu schwören hat, er wisse nicht und glaube nicht, daß dieser vom Producenten angegebene Dritte die Urkunde selbst geschrieben oder unterschrieben, oder daß er sie von einem Anderen habe schreiben oder unterschreiben lassen. Nun ist aber der Glaubenseid nach den besonderen Bestimmungen des Rig. Stadtrechts ausgeschlossen, indem im §. 10 Lib. II Cap. XVIII ein Eid nur dann für zulässig erklärt wird, wenn der Delat aus eigener Wahrnehmung Kenntniß von der Thatsache hat."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 2. August 1878, Nr. 5084.)

217. Pflicht des Concurscurators zur Recognition angeblich vom Gemeinschuldner ausgestellter Urkunden.

Die Motive des den Bescheid der II. Section des Landvogteigerichts vom 11. November 1876, Nr. 240 bestätigenden Querelbescheides vom 28. Januar 1877, Nr. 636 enthalten hierüber Folgendes:

„Bei Entscheidung der Frage, ob der Concurscurator zur Recognition oder Diffession einer angeblich von dem Gemeinschuldner ausgestellten Urkunde verpflichtet sei, muß allerdings auch darauf Rücksicht genommen werden, daß durch die Concurseröffnung dem Gemeinschuldner nicht das Eigenthum, auch nicht der juristische Besitz seiner Vermögensstücke entzogen wird, und daß er nicht aufhört, Gläubiger seiner Forderungen zu sein, sondern daß im Interesse der aus seinem Vermögen Befriedigung suchenden Gläubiger ihm nur die Detention und Verwaltung, folgeweise auch die Fähigkeit

zur Proceßführung über das zur Masse gehörige Vermögen entzogen ist, während diese Befugnisse auf den Concurscurator übertragen werden, welcher nach örtlichem Proceßrecht auch die Functionen des Contradictors auszuüben berufen ist. Sowohl in der auf Herbeischaffung und Veräußerung des gemeinschuldnerischen Vermögens, als auch in der auf Feststellung der Passivmasse gerichteten Thätigkeit hat also der Concurscurator die Rechte des Gemeinschuldners auszuüben und als dessen Stellvertreter so zu handeln, wie nicht anders ein redlicher Schuldner im Interesse seiner Gläubiger handeln müßte.

Die Dispositionsfähigkeit des Gemeinschuldners in Beziehung auf das zur Masse gehörige Vermögen hat aber auch zur Folge, daß der an seiner Stelle handelnde Concurscurator nicht als ein seinen Willen ausführender Mandatar auftritt, sondern in des Gemeinschuldners Angelegenheiten *selbständig* handelt und *gleich einem Hausherrn* die Geschäfte des Gemeinschuldners leitet. Die Concurscuratel ist eine auf dem Mangel rechtlichen Willens des Gemeinschuldners beruhende Species der Curatel im allgemeinen und macht daher eine selbständige (Art. 357 Th. III des Prov.-Rechts) und namentlich in gerichtlichen Rechtsstreitigkeiten eine gänzliche Vertretung des Gemeinschuldners nothwendig (Art. 359. l. c.). Wie der Tutor in den von ihm in Angelegenheiten seines Mündels geführten Processen *selbst Partei* ist, so ist es auch der Concurscurator in Sachen des Gemeinschuldners, es mag sich um Geltendmachung der Forderungen desselben oder um Abwehr von Forderungen an denselben handeln. Die Consequenzen dieser Parteistellung müssen sich in Beziehung auf die Verpflichtung, sich über die Aechtheit einer Urkunde zu erklären, bei der Concurscuratel ebenso, wie bei der Tutel äußern. Wie also der Tutor in den für den Mündel geführten Processen zweifellos angehalten werden kann, sich über die Aechtheit einer etwa von dem Erblasser seines Mündels ausgestellten und wider ihn producirten Urkunde zu erklären, ebenso auch der Curator eines Großjährigen nicht berechtigt ist, eine solche Erklärung in Ansehung einer von dem Curanden vor gerichtlicher Entziehung der Dispositionsbefugniß ausgestellten Urkunde abzulehnen, so trifft auch den Concurscurator und zwar ihn selbst, nicht den von ihm vertretenen Gemeinschuldner — welchem keine Dispositionsbefugniß gegeben ist — die Verpflichtung, im Ur-

kundenbeweise von sich aus zu erklären, ob er die angeblich vom Gemeinschuldner unterzeichnete Urkunde als solche recognoscire.

Hierbei kann freilich der Umstand, daß der Concurscurator nicht Urheber oder Miturheber der fraglichen Urkunde ist, nicht ohne Einfluß auf den Inhalt und die Folge der von ihm abzugebenden Erklärung bleiben. Denn eine stricte Erklärung mit Ja oder Nein kann in Beziehung auf die Aechtheit einer Urkunde — wenn diese für die Entscheidung von Relevanz ist — nur dann von dem Producten, welcher für die Richtigkeit seiner bezüglichen Erklärung mit dem Eide einzustehen hat, gefordert werden, wenn die Urkunde von ihm selbst und nicht von einem Dritten herrührt (vgl. Lib. II Cap. XVIII, §. 10 der Stadtrechte). In einem solchen Falle genügt die Erklärung des Producten, daß er nicht wisse oder nicht glaube, daß die Urkunde von dem angeblichen Aussteller herrühre; von dieser Erklärung erscheint er aber aus dem Grunde nicht entbunden, weil nach ihrer Abgabe der gewöhnliche Diffessionseid, welcher die Unächtheit der Urkunde zum Gegenstand hat, nicht zugeschoben werden kann, sondern dem Producenten anheimgegeben werden muß, auf andere Weise die Aechtheit der Urkunde zu erweisen. Die Erklärungspflicht des Producten ist eben mit der nur eventuellen Pflicht desselben, den Diffessionseid zu leisten, nicht zu verwechseln, und der Diffessionseid kann als das Kriterium für die Berechtigung des Producenten, einen Urkundenbeweis zu führen, nicht angesehen werden."

---

218. Subscriptio tenet subscribentem. Bestreitung der Beweiskraft einer Urkunde wegen mangelnder Kenntniß ihres Inhalts bei der Unterzeichnung.

I. „Kläger hat nach seiner eigenen Darstellung sich nach anfänglicher Weigerung entschlossen, der ihm gestellten Alternative des Beklagten (die schriftliche Erklärung über seine volle Befriedigung gegen Empfangnahme von 39 Rbl. 25 Kop. zu geben, oder aber die Zahlung verweigert zu sehen) nachzugeben und die ihm vorgelegte Schrift zu unterzeichnen. Nach dem Rechtssatze: subscriptio tenet subscribentem kann er sich daher der Rechtswirkung seiner schriftlichen Erklärung nicht mehr entziehen. Vorausgesetzt ist dabei nach Art. 2942 des Prov.-Rechts Th. III allerdings, daß er den

Inhalt des Unterzeichneten kannte. Kläger hat aber selbst erklärt, daß ihm der Inhalt des zu Unterzeichnenden vorgelesen worden ist. Er will zwar gegenwärtig geltend machen, daß er bei ungenügender Kenntniß der deutschen Sprache den ihm vorgelesenen Inhalt des Schriftstückes nicht verstanden habe: wenn dies der Fall war, so hätte er das Schriftstück nicht unterzeichnen sollen. Die nothwendige Sicherheit des Rechtsverkehrs schließt die Zulässigkeit solcher Berufung aus, wie es in einem Erkenntniß in Seufferts Archiv II, 87 heißt; zur Aufrechthaltung derselben muß davon ausgegangen werden, daß ein verständiger Mann eine Urkunde nicht anders vollzieht, als nach erlangter Kenntniß ihres Inhalts, resp. nach erlangter Einsicht in den Sinn und die Tragweite ihm nicht geläufiger Ausdrücke."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 31. August 1879, Nr. 5965.)

II. Ferner heißt es in dem Appellations-Erkenntniß vom 7. Januar 1881, Nr. 135:

„Durch die Unterzeichnung des Schriftstückes hat Kläger nach dem Satze subscriptio tenet subscribentem sein Einverständniß mit den daselbst enthaltenen, ihn tangirenden Stipulationen zu erkennen gegeben. Allerdings bestimmt der Art. 2942 des Prov.-Rechts Th. III, daß, wer eine Urkunde unterzeichnet, als zustimmend betrachtet wird, vorausgesetzt, daß er den Inhalt der Urkunde kennt. Hierunter ist aber nicht zu verstehen, daß, wenn der Unterzeichner erklärt, er habe bei der Unterzeichnung den Inhalt nicht gekannt, der Gegner dadurch verpflichtet werde, den Beweis, daß dem Unterzeichner der Inhalt der Urkunde bekannt war, zu führen. Wollte man den Ausdruck „vorausgesetzt" in diesem Sinne interpretiren, so würde in den wenigsten Rechtsfällen ein directer Beweis durch Privaturkunden überhaupt möglich sein, weil dann der Product ungeachtet der Recognition seiner Unterschrift die Beweiskraft der Urkunde durch die einfache Erklärung mit Erfolg anfechten könnte, daß er bei der Unterzeichnung den Inhalt des Urkundentextes nicht gekannt habe. Vielmehr schließt, wie es bereits im Appellations-Erkenntniß des Rathes vom 31. August 1879, Nr. 5965 heißt, die nothwendige Sicherheit des Rechtsverkehrs die Zulässigkeit solcher Berufung aus und zur Aufrechterhaltung derselben muß davon aus-

gegangen werden, daß ein verständiger Mann eine Urkunde nicht anders vollzieht, als nach erlangter Kenntniß ihres Inhalts bzw. nach erlangter Einsicht in den Sinn und die Tragweite ihm nicht geläufiger Ausdrücke. Von diesem Gesichtspunkt aus gewinnt der Art. 2942 l. c. den Sinn, daß die liquide Thatsache der Unterzeichnung einer Urkunde eine Rechtsvermuthung für die Zustimmung des Unterzeichners zu deren Inhalt abgeben solle, weil vorauszusetzen ist, daß Niemand eine Urkunde ohne Kenntniß ihres Inhalts unterzeichnen werde. Durch den Nachsatz im Art. 2942 soll daher nur die Statthaftigkeit des Gegenbeweises gegen die im Vordersatze enthaltene Rechtsvermuthung anerkannt werden: es soll angedeutet werden, daß nicht eine s. g. praesumtio juris et de jure, welche jeden Gegenbeweis ausschließt, sondern eine einfache praesumtio juris, welche nur juristische, nicht aber unter allen Umständen materielle Gewißheit giebt, vorliege.

Wer daher die Beweiskraft einer von ihm unterzeichneten Urkunde durch Berufung auf die Unbekanntschaft mit dem Inhalt anfechten will, hat Gründe darzulegen, aus welchen der Inhalt der Urkunde ihm unbekannt geblieben sei, und nöthigenfalls den Beweis dieser Behauptungen zu führen.

Im vorliegenden Falle hat Kläger die Behauptung aufgestellt, daß die deutsche Sprache, in welcher die in Rede stehende Verbindungsschrift abgefaßt ist, eine ihm fremde und er derselben unkundig sei. Diese Behauptung wird indessen durch keinen Beweis unterstützt und kann ... nicht weiter in Betracht kommen."

Gleichlautend ist erkannt in dem Appellationsurtheil vom 29. Mai 1881, Nr. 3656.

---

219. Recognition von Urkunden durch Zeugen.

Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 25. October 1874, Nr. 6710:

„Lehrt schon die tägliche Erfahrung, wie trüglich die Urtheile selbst kunstverständiger, um so gewisser also kunstunverständiger Personen über fremde Schriftzüge sind und wie selbst über ihre eigene Unterschrift die Aussteller selber nicht selten sich täuschen, so daß aus einem solchen, nicht einmal durch Schriftvergleichung gezogenen subjectiven Urtheil objective Wahrheit füglich nicht

gewonnen werden kann, so ist es auch ein fast unbestrittener Grundsatz der Proceßlehre, daß eine Urkundenrecognition durch Zeugen in gleicher Weise unstatthaft ist, wie eine solche durch richterlichen Augenschein (vgl. Renaud, Lehrb. d. Civilproceßes, S. 298 und die daselbst der Note 27 allegirten Autoritäten, ferner Langenbeck, Beweisführung, S. 651)."

---

220. Schriftvergleichung.

In den Motiven des Appellationsurtheils vom 19. Mai 1876, Nr. 3319 findet sich u. a. der Satz:

„Da der in Rede stehende Beweis durch Schriftenvergleichung geführt worden, die Schriftenvergleichung aber nur die hohe Wahrscheinlichkeit, nicht die volle Gewißheit der Aechtheit herzustellen geeignet ist, so mußte auf die Vervollständigung des an sich mangelhaften Beweises durch einen Notheid erkannt werden."

---

221. Beweislast darüber, daß eine Urkunde von ihrem Aussteller auch ausgereicht ist.

„Der erste Richter bemerkt zwar zutreffend, daß eine Urkunde in der Regel erst durch ihre Aushändigung, nicht schon durch ihre Ausstellung Beweiskraft erlangt (Seufferts Archiv XXXI, 289), er verlangt aber mit Unrecht von dem Producenten den Beweis der stattgehabten Aushändigung durch den Aussteller an den aus der Urkunde Berechtigten, da für diese die rechtliche Vermuthung streitet, bis das Gegentheil von dem Producten bewiesen wird (vgl. Bähr, in den Jahrb. f. Dogm. Band XIV, S. 47; Seufferts Archiv XXI, 261.)"

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. Januar 1880, Nr. 359).

---

222. Zulässigkeit von Rechnungsbüchern als Beweismittel.

Der Fleischermeister K. hatte gegen den Restaurateur U. eine Rechnungsforderung ausgeklagt und zum Beweise seiner Forderung sein Scharrenbuch producirt. Der Beklagte protestirte gegen die Zulässigkeit solchen Beweismittels, da das beigebrachte Buch keine

Beweiskraft haben könne. Die II. Section des Landvogteigerichts bestätigte den Protest des Beklagten und wies den Kläger mit seinem producirten Beweismittel zurück, weil das Buch des Klägers fast in jedem Betracht derjenigen Voraussetzungen entbehre, welche sich zusammenfinden müßten, um den Büchern eines Geschäftsmannes die Bedeutung eines Beweismittels zu verleihen.

Kläger legte gegen diesen Bescheid die Querel an den Rath ein. Der Rath hob die unterrichterliche Entscheidung auf und führte in den Motiven des Querelbescheides vom 8. August 1873, Nr. 5976 aus:

„Wenn sich Kläger gravirt erachtet, zunächst weil dem von ihm producirten Beweismittel jegliche Beweisfähigkeit abgesprochen worden, so ist bei der Entscheidung über diesen Beschwerdepunkt nicht zu übersehen, daß in dem gegenwärtigen Stadium des vor dem Unterrichter geführten Processes nicht darüber zu erkennen gewesen ist, in wie weit durch das in Rede stehende Buch diejenigen thatsächlichen Momente außer Zweifel gestellt werden, auf deren Feststellung es Seitens des Klägers bei Producirung des Buches abgesehen war. Denn die Beurtheilung der materiellen Beweisergebnisse ist Gegenstand erst des Definitiverkenntnisses. So lange dagegen das Beweisverfahren noch nicht geschlossen, resp. noch nicht dargelegt worden ist, welcher Gebrauch von einem beigebrachten Beweismittel gemacht werden solle, und ob daneben noch andere Beweismittel zur Anwendung gebracht werden würden, läßt sich nur darüber erkennen, ob die stattgehabte Beweisantretung nach den Regeln des Processes zulässig sei. Nur dann, wenn sich voraus-erkennen läßt, daß sich aus den beigebrachten Beweismitteln der dabei in's Auge gefaßte Beweis nicht herstellen lassen wird (wie z. B. beim Zeugenbeweise, wenn die Beweisartikel außer jedem Zusammenhange mit dem Beweisthema stehen), ist wegen mangelnder Beweisfähigkeit das in Vorschlag gebrachte Beweismittel schon im Laufe des Beweisverfahrens zu verwerfen. In den meisten Fällen aber wird die Beweisfähigkeit eines Beweismittels sich der richterlichen Beurtheilung insolange entziehen, als die Absicht nicht declarirt worden ist, welche den Producenten bei der Wahl dieses Beweismittels geleitet hat. Steht nun auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. XXIV §. 4 und 5 fest, daß nicht nur Handelsbücher der Kaufleute, welche nach bestimmten Regeln der Buchführung

geführt sein müssen, sondern auch anderer ehrbarer Leute Bücher, darinnen die Ursachen der Schuld verzeichnet sind, für sie semiplene und wider sie vollkommenen Glauben gewinnen sollen, so könnte die Zulässigkeit einer Beweisantretung durch Beibringung des klägerischen Scharrenbuches nur dann in Zweifel gezogen werden, wenn gegen die Ehrbarkeit des Klägers gegründeter Einwand erhoben wäre, was indessen nicht geschehen ist, und wenn das in Rede stehende Scharrenbuch, welches allerdings nach den Regeln der kaufmännischen Buchführung geführt ist, so beschaffen wäre, daß sich daraus eine Aufzeichnung der beklagtischen Schuld und ihre Entstehungsursachen nicht ersehen ließen."

— —

223. Ueber die Beweiskraft der Bücher des Waarenempfänger-Vereins zu Gunsten Dritter

heißt es in dem Appellations-Erkenntnisse vom 24. Januar 1879, Nr. 569:

„Der Waarenempfängerverein ist eine Anzahl, von verschiedenen Handlungshäusern unter bestimmten Bedingungen und in bestimmter Art angestellter Expeditoren, wobei sich die betreffenden Handlungshäuser verpflichtet haben, ihre gekauften Waaren durch diese Expeditoren empfangen zu lassen (vgl. Rig. Börsencomité in den Jahren 1866—1872, S. 386 ff). Der Verein steht somit in dem Dienste dieser Handlungshäuser und entbehrt jeden amtlichen Charakters. Das von ihm geführte Buch ist daher auch das Buch eines Privaten und gegenüber den Parteien eines Dritten; es entbehrt daher völlig der Beweiskraft. Auf das Privilegium der Handlungsbücher, das auch nur zwischen den Parteien selbst statthat, kann es keinen Anspruch machen, weil es nicht ein von der Partei selbst geführtes Buch ist, ebensowenig aber auch auf das Privilegium der Bücher der Makler, da diesen die amtliche Qualification beiwohnt, die jenem fehlt. Das Buch des Waarenempfängervereins kommt nach den betreffenden Zeugenaussagen der Art zu Stande, daß die Waarenempfänger selbst die im Laufe des Tages von ihnen empfangenen Waaren nach Quantität und Qualität jeden Abend eintragen und die Richtigkeit der Eintragungen von dem Vorstande auf Grund der ihm von eben denselben gemachten Aufgaben controlirt wird. Das Buch beruht somit auf den Berichten der einzelnen Waaren-

empfänger, die als außergerichtliche, unbeeidigte Zeugnisse jeder Beweiskraft entbehren und diese Natur auch auf die Eintragungen des Buches übertragen."

224. Unzulässigkeit der Beeidigung des Maklerbuches wegen Nichtübereinstimmung der Aufzeichnung in demselben mit dem ausgereichten Schlußzettel.

In einer Klagesache über einen Lieferungskauf hatte die klagende Handlung sich im Beweisverfahren auf das von dem Makler X., welcher das betr. Geschäft abgeschlossen, geführte Buch berufen und zugleich die Beeidigung dieses Buchs durch den Makler beantragt, wurde jedoch mit diesem Antrag in beiden Instanzen (Wettgerichts-Bescheid vom 7. Mai 1870, Nr. 384 und Querelbescheid vom 17. März 1872, Nr. 1801) zurückgewiesen.

Die oberrichterlichen Motive deduciren wie folgt:

„Es hat sich aus einer bei Gericht vorgenommenen Einsicht in das betreffende Maklerbuch ergeben, daß das betreffende, zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft unter dem 18. November 1869 eingetragen war, während der Schlußzettel bereits vom 26. October 1869 datirt war, außerdem aber auch die Inscription des Buches noch andere wesentliche Abweichungen enthielt, indem sie nur von einer Garantie, der Schlußzettel dagegen von einer expromissorischen Garantie spricht, dieser die Garantie durch die Vermittlung des Maklers übernommen sein läßt, jene aber dieses Umstandes nicht erwähnt. Außerdem lehrt eine Vergleichung der Inscription des Buches mit dem Schlußzettel, daß dieser keine wörtliche Wiedergabe des ersteren enthält.

Wenn nun der untergerichtliche Bescheid in Folge dieser Mängel des Maklerbuches demselben die Beweisfähigkeit abgesprochen und in Folge dessen auch die Beeidigung desselben für unstatthaft erklärt hat, so muß dem oberrichterlich vollkommen zugestimmt werden.

Denn die hochobrigkeitlich bestätigte Instruction für die Handlungs- und Schifffahrtsmakler in Riga schreibt §. 9 ausdrücklich vor, daß alle vermittelten und abgeschlossenen Geschäfte von dem Makler an demselben Tage in das Maklerbuch einzutragen sind, und die Rig. Stadtrechte Lib. II Cap. XXIV §. 6 stellen als

Bedingung für die Beweisfähigkeit des Maklerbuchs ausdrücklich fest, daß die Händel richtig im Tage und dato, da sie geschehen, zu Buch gebracht werden.

Wenn sich nun aber aus dem zu den Acten genommenen Schlußzettel ergiebt, daß der Makler X. bereits am 26. October 1869 den stattgehabten Abschluß des fraglichen Handelsgeschäfts durch denselben bezeugt hatte, die Inscription in seinem Maklerbuch aber besagt, daß dasselbe Geschäft am 18. November abgeschlossen sei, so ist durch diesen Widerspruch schon allein die Unwahrheit der einen oder anderen Behauptung dargethan und der Beweis gegen die Glaubwürdigkeit des Buches und seiner Eintragung gegeben, abgesehen von den anderen Abweichungen, welche diese beiden Zeugnisse desselben Maklers über dasselbe Geschäft enthalten. . . .

Eine Divergenz des ausgereichten Schlußzettels mit der Eintragung des Maklerbuches in Bezug auf Zeit und Inhalt des Geschäfts muß beiden die Glaubwürdigkeit rauben, da die Wahrheit des einen Documents durch das Zeugniß des anderen aufgehoben wird. Dies muß aber um so mehr der Fall sein, wenn sich, wie hier, aus der eigenen Behauptung des Klägers, daß das Geschäft am 26. October abgeschlossen sei, die Vermuthung ergiebt, daß die Eintragung des Geschäftsabschlusses ins Buch erst mehr als drei Wochen später, also gesetzwidrig geschehen ist.

Wenn nun in Folge dieser offenbar unrichtigen Eintragung und des Widerspruches der Eintragung mit dem ausgereichten Schlußzettel dem Maklerbuche des Maklers X. die Beweisfähigkeit abgesprochen werden muß, so kann auch eine eidliche Erhärtung der Richtigkeit desselben nicht zugelassen werden und müssen in Folge dessen die gravamina, welche sich auf die verweigerte Beeidigung des Buches beziehen, für ungerechtfertigt erachtet werden."

---

225. Inwiefern kann die Auszahlung eines Darlehens durch Handelsbücher bewiesen werden?

„Es fragt sich, ob die Eintragungen in die Handelsbücher des Cridars rechtlich als Beweisgrund für die streitige Auszahlung des Darlehens angesehen werden dürfen. Appellantin bestreitet dies, weil Handelsbücher einen Beweis zu Gunsten desjenigen, der sie

geführt hat, nur in Handelssachen lieferten, ein Darlehen aber kein Handelsgeschäft sei, wenn es nicht zu einem solchen in Beziehung stehe, was hier nicht erhelle. Der erste Satz ist vollkommen zuzugeben (Lib. II Cap. XXIV §. 4 der Stadtrechte), nicht richtig ist es aber, wenn Appellantin den Begriff der Handelssache mit demjenigen des Handelsgeschäfts, der viel enger ist, identificirt, und ebensowenig läßt sich der Ansicht beipflichten, daß ein Darlehen durch das Handelsbuch nur in dem angegebenen Ausnahmefalle bewiesen werden könne, wenngleich dieselbe allerdings von einigen Processualisten vertreten wird. Denn ein Darlehen ist ein Handelsgeschäft, sobald es von einem Kaufmann zum Zwecke seines Gewerbebetriebes aufgenommen wird, und ein Streit über ein Darlehen ist eine Handelssache, sobald das Darlehen irgendwie zu dem Handelsbetriebe in Beziehung steht. Streitet aber schon die Präsumtion allemal dafür, daß Geschäfte, welche ein Kaufmann abschließt, in seinem Handelsbetriebe abgeschlossen seien, so wird diese Präsumtion zur Gewißheit gesteigert, wenn der Kaufmann das aufgenommene Darlehen in sein Handelsbuch einträgt. Da aber dies seitens des Cridars geschehen ist, so ist der Streit über das Darlehen nicht nur eine Handelssache, sondern das Darlehen selbst ein wahres Handelsgeschäft, folglich auch die Beweiskraft der bezüglichen Einträge in das Handelsbuch nicht zu bezweifeln."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. Januar 1880, Nr. 359.)

---

226. Über den Beweis durch Handelsbücher und den Bucheid.

„In der Doctrin, wie in der hiesigen Praxis ist anerkannt, daß durch das Handelsbuch wohl der Kaufabschluß bewiesen wird, daß hingegen die Ablieferung der Waare im Streitfalle besonders bewiesen werden muß (Civilrechtl. Entscheid. II, S. 213. III Nr. 472). Andererseits ist nicht minder unzweifelhaft (vgl. Lib. II Cap. XXIV §§. 4 und 5 der Stadtrechte und das diesseitige Appellations-Erkenntniß vom 31. October 1879, Nr. 7356), daß der vom Producenten zu leistende Eid nur den in dem Bucheintrage vorliegenden halben Beweis zu einem vollständigen ergänzt, nicht aber ein neues Beweismoment für das Beweisresultat hinzufügt. Dem entspricht es denn auch, daß der Rath in dem Appellations-

Erkenntniß vom 29. April 1870, Nr. 3183 gleich der Mehrzahl der Untergerichte den Bucheid für einen Ergänzungseid erklärt hat, der nicht auf die Richtigkeit der Buchführung überhaupt, sondern auf die Wahrheit der streitigen Thatsache zu richten ist (Civilrechtl. Entscheid. II, 270. V, 892). Im vorliegenden Falle hat Kläger, wiewohl Beklagter nicht nur den Kauf, sondern ausdrücklich auch den Empfang der Waare bestritten hatte, für die Thatsache der erfolgten Ablieferung gar keinen Beweis erbracht, es durfte daher auch ein Ergänzungseid über diese Thatsache ihm nicht auferlegt werden."

(Appellations-Erkenntniß vom 14. Mai 1880, Nr. 3154.)

---

227. Beweiskraft der Auszüge aus den Kirchenbüchern evangelisch-lutherischer Kirchen für die eheliche Geburt nach provinziellem Recht.

Querulant hatte in einem Erbschaftsprocesse, in welchem bezüglich der ehelichen Geburt eines Erben ein Taufschein und ein Todtenschein widersprechend einander gegenüber standen, auf die Begutachtung dieser Urkunden durch eine Predigercommission als Sachverständige angetragen, war jedoch auf den Protest des Gegners vom Waisengericht in dem Bescheide vom 12. August 1871, Nr. 568 abgewiesen worden. Dieser Bescheid wurde auch in der Appellationsinstanz durch Querelbescheid vom 17. September 1871, Nr. 6188 durchweg bestätigt. Aus den Motiven ist zu entnehmen:

„Nach gemeinrechtlicher Anschauung ist die Beweiskraft der Kirchenbücher an sich nur eine beschränkte. Gleichwie die Glaubwürdigkeit anderer öffentlicher Urkunden insbesondere auch davon abhängig ist, daß der Urkunde vom befugten Aussteller ihr Inhalt auf Grund eigener Sinneswahrnehmung gegeben worden, so beweisen eben auch Kirchenbücher mindestens unmittelbar nur die Thatsachen, welche in sie vom zuständigen Prediger auf Grund eigener Sinneswahrnehmung eingetragen sind, während sie von anderen etwa eingetragenen Thatsachen nur bezeugen, daß über dieselben das oder jenes dem Prediger referirt worden sei (cf. Uihlein im civil. Archiv Bd. XV, Seite 46 ff. Weiske, Rechtslexicon Bd. VI, Seite 100. Wetzell, System, Seite 202 ff. Renaud, Lehrbuch des Civilprocesses S. 302. Seufferts Archiv Bd. VI, Nr. 281, Bd. IX, Nr. 98),

so daß also die Abstammung eines Kindes von den angegebenen Eltern und dessen eheliche Geburt vollwirkend durch das Kirchenbuch bewiesen werden kann, wenn der Prediger von der Identität der betheiligten Personen sich zu vergewissern Gelegenheit gehabt hat.

Einen von diesen gemeinrechtlichen Meinungen allerdings gewissermaßen abweichenden Gebrauch hat sich nicht nur die hiesige Gerichtspraxis gestattet, sondern auch das geschriebene Gesetz ausgesprochen, indem der Art. 146 des III. Theils des Prov.-Rechts ganz allgemein feststellt, daß der Nachweis der ehelichen Geburt am vollständigsten durch Zeugnisse aus den Kirchenbüchern (Taufscheine) geführt wird. Damit aber diesen Zeugnissen aus den Kirchenbüchern eine derartige Beweiskraft innewohne, hat stets nicht nur die Gerichtspraxis verlangt, sondern hebt auch ganz entschieden das obenerwähnte geschriebene Gesetz hervor, daß in den Kirchenbüchern, aus denen diese Zeugnisse entnommen werden, ausdrücklich angegeben sein muß, ob das getaufte Kind in gesetzlicher Ehe oder außer derselben geboren ist.

Die letzte Ausgabe des evang.-luth. Kirchengesetzes vom Jahre 1857 schreibt in §. 337 nicht nur ganz präcise, unabweisliche Formen für die Taufregister vor, sondern giebt in einer Beilage zu diesem §. auch genaue Formulare, nach denen die Eintragung der Getauften in die Kirchenbücher zu geschehen hat, und zwar finden sich in diesem Formular besondere Rubriken, in denen von jedem getauften Kinde verzeichnet werden muß, ob es aus einer ehelichen Verbindung oder aus einer außerehelichen geschlechtlichen Vermischung seiner Eltern herstammt. Die ältere (in diesem Falle maßgebende) Ausgabe des evang.-luth. Kirchengesetzes hat zwar die Eintragung in die Kirchenbücher nicht genau an die später vorgeschriebenen Formen gebunden, sie hat jedoch in §. 204 den Predigern aufgegeben, die verschiedenen kirchlichen Handlungen in der Art in die Kirchenbücher einzutragen, daß aus denselben ersichtlich sei, wo und durch welchen Prediger die einzelne geistliche Handlung verrichtet worden, und im nachfolgenden §. 205 speciell für die Verzeichnisse der Geborenen und Getauften als Regel festgestellt, daß in denselben angegeben werden muß (Punkt 4), ob das Kind in gesetzlicher Ehe oder außer derselben geboren worden sei.

Demnächst ist in §. 212 der älteren und §. 340 der jüngeren Ausgabe des evang.-luth. Kirchengesetzes völlig übereinstimmend

angeordnet worden, daß die von den Predigern über von ihnen oder von ihren Amtsvorgängern vollzogene Amtsverrichtungen auf Verlangen der Obrigkeit oder auf Ansuchen von Privatpersonen auszufertigenden Atteſtate einen von Wort zu Wort getreuen Auszug aus den Kirchenbüchern enthalten, vom Prediger sub fide pastorali unterſchrieben und mit dem Kirchenſiegel bekräftigt ſein müſſen.

Dieſe durchweg klaren und detaillirten Vorſchriften ermöglichen für Jedermann, insbeſondere alſo auch für den Richter, eine von jedem Schwanken freie Beurtheilung, ob im gegebenen Einzelfall die Bedingungen für die Beweisfähigkeit eines beigebrachten Taufſcheines vorhanden ſind, und ſchließen an ſich nothwendig die Prüfung eben deſſen durch irgend welche artis periti aus. Denn ein Sachverſtändigenbeweis hat zu ſeiner unumgänglichen Vorausſetzung einen Mangel ſolcher Kenntniſſe von Seiten des Richters, zu deren Erwerb eigenthümliche, weder aus der allgemeinen Schulbildung, noch aus der Rechtswiſſenſchaft, noch endlich aus dem gewöhnlichen, allſeitigen Geſchäftsverkehr ſich ergebende Lebenserfahrungen, Beſchäftigungen oder Studien erforderlich ſind, und die dafür eintretende Nothwendigkeit des Erſatzes dieſes Kenntnißmangels durch die Erfahrung oder wiſſenſchaftliche reſp. techniſche Bildung anderer durch ihre Lebensſtellung, ihren Beruf oder ihre Fachſtudien ſolcher Erfahrung oder Bildung ſich erfreuender Perſonen. Ueberall da hingegen wo es ſich *nicht* um ſolche Erfahrungs- oder wiſſenſchaftliche Sätze handelt, welche der unmittelbaren Reflexion entzogen ſind oder dem Kreiſe der dem Richter eigenen Kenntniſſe fern liegen, kann ſelbſtverſtändlich ein Sachverſtändigenbeweis nicht Platz greifen. Was nun die Beweistauglichkeit oder die Tragweite ſolcher Urkunden anlangt, für deren Form und Inhalt das Geſetz ſelbſt ſchon eine maßgebende Richtſchnur feſtgeſtellt hat, ſo bedarf es der weiteren Erläuterung nicht, daß zu ihrer Beurtheilung der Richter, als der der Geſetze und des Rechts berufsmäßig kundige Mann, zugleich der ganz eigentliche und vorzügliche Sachverſtändige iſt, ſo daß er in ſolcher Beziehung ſein Urtheil dem Anderer unterſtellen nicht einmal darf, denn es iſt ja eben ſeines richterlichen Amts zu entſcheiden, ob eine Urkunde, auf welche ein proceßgemäß zur Geltung gebrachter Anſpruch ſich ſtützt, in Form und Inhalt diejenigen Eigenſchaften an ſich trägt, an welche

das Gesetz die Wirkung ihrer Glaubwürdigkeit und Beweiskraft knüpft. Sonach hat denn die von dem Querulanten beantragte Begutachtung des von ihm beigebrachten Taufscheines durch eine zu erwählende Predigercommission nur zurückgewiesen werden können.

Es tritt noch hinzu, daß das Object, welches dem querulantischen Antrag zufolge der Beprüfung durch Sachverständige unterzogen werden soll, sich dazu überhaupt nicht eignet. Denn abgesehen davon, daß der in actis befindliche Taufschein in mehrfacher Hinsicht den durch das evang.-luth. Kirchengesetz festgestellten Anforderungen keineswegs entspricht, wie denn in ihm insbesondere nicht ausdrücklich der Vorschrift gemäß angegeben worden ist, sondern eben nur durch eine Schlußfolgerung hergeleitet werden kann, daß das getaufte Kind ein in der Ehe geborenes gewesen, so ist vor Allem auch aus diesem Taufschein nicht ersichtlich, ob er wie das Gesetz anordnet, ein von Wort zu Wort getreuer Auszug aus dem Kirchenbuche ist. In der Gestalt, in welcher der beigebrachte Taufschein dem Auge sich darstellt, erscheint er im Gegentheil nicht als solcher Auszug, sondern vielmehr als ein bloßes referens und zwar ohne daß dessen genaueste wörtliche Uebereinstimmung mit dem relatum, nämlich dem Kirchenbuch, in Gewißheit gesetzt ist. Sonach würde die Begutachtung des vorliegenden Taufscheines durch eine Predigercommission, selbst wenn sie sonst rechtlich zulässig wäre, doch jedenfalls eine an sich fruchtlose Arbeit sein."

---

228. Beweisführung über Auslassungen in einem Protokoll.

„Da dem untergerichtlichen, für die darin bezeugten Thatsachen vollen Beweis liefernden Protokoll nicht eine falsche, wahrheitswidrige Darstellung, sondern eine Unvollständigkeit, eine Auslassung vorgeworfen wird und da in einem solchen Falle nach übereinstimmender Ansicht der neueren Rechtslehrer (vgl. z. B. Renaud, Civilproceß §. 118) die öffentliche Urkunde nur eine Rechtsvermuthung begründet, welche durch einen mit den gewöhnlichen Beweismitteln zu führenden Gegenbeweis entkräftet werden kann, so ist ... dem Supplicanten der von ihm erbetene Beweis hiedurch nachzugeben."

(Resolution vom 23. März 1879, Nr. 2232).

---

229. Ueber die Editionspflicht insbesondere bezüglich gemeinschaftlicher Urkunden.

I. „Der angefochtene Bescheid geht davon aus, daß die Edition einer Urkunde durch die Gegenpartei nur aus einem besonderen materiellen Rechtsgrunde gefordert werden könne, wenn die Urkunde nicht eine gemeinschaftliche sei. Beklagter behauptet dagegen, der Kläger sei schon als solcher und ohne jeden besonderen Rechtsgrund verpflichtet, dem Beklagten die zu dessen Vertheidigung dienenden Urkunden zu ediren. Diese Ansicht war zwar in der gemeinrechtlichen Praxis sehr verbreitet, beruht jedoch (vgl. Vangerow, Pandekten III, §. 708 und Gimmerthal, im civilist. Archiv 54, S. 96—101) auf einer fälschlichen Verallgemeinerung von einzelnen Aussprüchen der römischen Quellen und ist innerlich unhaltbar. Denn es ist nicht abzusehen, weshalb nur der Kläger mit einer solchen Verpflichtung belastet sein soll und nicht auch der Beklagte; dehnt man die Editionspflicht aber — wie die Praxis es meistens gethan hat — auch auf den excipirenden Beklagten aus, so heißt das im Grunde nichts anderes, als die Urkundenedition zu einer allgemeinen Pflicht, also zur Regel machen, während sie doch nur als Ausnahme gelten soll gegenüber dem Satze des c. 1 X. de prob. II, 19: nemo contra se edere tenetur. Die neuere Doctrin und namentlich die Gesetzgebung (vgl. die deutsche C.P.O. §. 387 u. 388. Entw. der balt. Justizcommission §. 478) hat daher die jetzt vom Beklagten vertretene Ansicht verworfen und erkennt die unbedingte Verpflichtung zur Edition nur in Betreff solcher Urkunden an, auf welche die betreffende Partei sich zur Begründung ihrer Ansprüche beruft, was auch mit dem Rig. Stadtrecht Lib. II Cap. XXIV §. 8 übereinstimmt.

Ist hiernach der Vorinstanz darin beizupflichten, daß der Antrag auf Edition einer Urkunde, auf welche die Gegenpartei sich nicht selbst zur Begründung ihrer Ansprüche bezieht, allemal entweder einen besonderen Rechtsgrund oder die Gemeinschaftlichkeit der Urkunde voraussetzt, so bedarf nunmehr die Frage der Erörterung, ob das streitige Buch des Klägers als eine „gemeinschaftliche" Urkunde der Parteien anzusehen ist. Der erste Richter verneint dieselbe, weil nur Handelsbücher in Streitigkeiten aus Handelsverhältnissen gemeinschaftliche Urkunden seien, nicht aber private

Einnahme- und Ausgabebücher, die nicht zur Beurkundung von Rechtsgeschäften, sondern nur zur eigenen Orientirung geführt werden. Wenn mit dieser Ausdrucksweise gemeint ist, daß private Einnahme- und Ausgabebücher überhaupt nicht zur Beurkundung von Rechtsgeschäften dienen, so wird damit der Begriff der gemeinschaftlichen Urkunden zu sehr eingeengt. „Gemeinschaftlich" ist im allgemeinen (vgl. den Querelbescheid des Raths vom 28. April 1871, Nr. 2922) jede Urkunde, welche im Interesse der Parteien errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse beurkundet, und diese Voraussetzung trifft keineswegs nur bei den Handelsbüchern, sondern in gleichem Maße auch bei anderen Büchern zu, die z. B. ein Handwerker oder Expeditor über die Annahme, Besoldung und Entlassung seines Dienstpersonals, ein Gutsherr über dieselben Verhältnisse seiner Knechte, endlich auch ein Hauswirth über die mit seinen Miethern geschlossenen Miethverträge und die auf Grund derselben geleisteten Zahlungen führt u. s. w. Entscheidend für die Gemeinschaftlichkeit ist der Umstand, daß das Buch *zu dem Zwecke* geführt wird, um die beiderseitigen Rechtsverhältnisse festzustellen: liegt dieser vor, so ist die Editionspflicht gegeben, liegt er nicht vor, so besteht keine „gemeinschaftliche" Urkunde und damit auch keine Verbindlichkeit zur Vorlegung derselben. Hat der erste Richter also sagen wollen, daß private Einnahme- und Ausgabebücher *dann nicht* gemeinschaftliche Urkunden seien, *wenn* sie nur zur eigenen Orientirung geführt werden, so ist ihm abermals beizustimmen ...

Maßgebend ist die Absicht des Buchführers, durch das Buch die beiderseitigen Rechtsverhältnisse zu beurkunden. Das Vorhandensein dieser Absicht ist nach der Darstellung des Klägers, welcher angiebt, daß er das Buch keineswegs nur über die Zahlungen seiner Miether führe, sondern es zur Eintragung aller seiner Ausgaben und Einnahmen, sowie zu anderen, seine persönlichen und Familienverhältnisse betreffenden Notizen benutze, zu verneinen ... Darnach ist die Ansicht, daß das fragliche Buch nicht als eine „gemeinschaftliche" Urkunde gelten kann und deshalb auch vom Kläger nicht vorgelegt zu werden braucht, zu billigen."

(Querelbescheid vom 22. April 1881, Nr. 2688.)

II. „Die schon im römischen Recht begründete Regel, daß ein Editionsanspruch in Ansehung gemeinschaftlicher Urkunden begründet ist, hat in der Praxis der hiesigen Stadtgerichte stets Anwendung in dem Umfange gefunden, daß als gemeinschaftliche Urkunden nicht nur die im Miteigenthum stehenden aufgefaßt werden, in Betreff deren die Editionspflicht des sie Besitzenden schon durch den speciellen Titel des Miteigenthums begründet ist; es werden unter gemeinschaftlichen Urkunden vielmehr auch alle diejenigen verstanden, welche über ein zwischen dem Imploranten und Imploraten gemeinschaftliches Rechtsverhältniß, oder auf Antrag und im Interesse des Imploranten zum Beweise eines ihm zustehenden Rechts errichtet worden sind.

Insbesondere werden daher die Handelsbücher eines Kaufmanns in Ansehung des letzteren und der mit ihm in geschäftlicher Beziehung stehenden Personen als gemeinschaftliche Urkunden der Edition unterworfen. Der Editionspflicht unterliegen nicht minder die öffentlichen Verkehrsanstalten gegenüber den sich ihrer bedienenden Personen in Ansehung aller sich auf das dadurch entstehende Rechtsverhältniß beziehenden Urkunden. Denjenigen Personen ferner, welche eine Streitsache bei einem Gerichte verfolgen, kann die Einsicht in die darüber aufgenommenen Verhandlungen und bzw. eine Abschrift von denselben nicht versagt werden, wie denn auch die öffentlichen Notare verpflichtet sind, denjenigen Personen, auf deren Antrag sie Urkunden aufgenommen haben, dieselben auf Verlangen zu ediren.

In allen diesen Fällen beruht die Editionspflicht auf der Gemeinschaftlichkeit der zu edirenden Urkunden, welche als vorhanden angesehen wird, sobald die letztere auch nur ein gemeinschaftliches Rechtsverhältniß zum Inhalt hat, oder im Interesse des Imploranten zum Beweise eines ihm zustehenden Rechts errichtet ist, und mithin übt weder die amtliche Stellung des die Urkunde besitzenden Theiles, noch der ihm sonst etwa eigenthümliche öffentliche Charakter auf den Editionsanspruch des Imploranten einen Einfluß."

Aus vorstehenden Gründen wurde in dem Querelbescheide vom 28. April 1871, Nr. 2922 die Direction einer Eisenbahngesellschaft zur Edition des von ihren Beamten in einer Angelegenheit des Klägers aufgenommenen Protokolles verpflichtet.

230. Der Verlust aller besonderen Standesrechte bewirkt keine Eidesunfähigkeit.

„Selbst wenn der Kläger mit dem Verluste der Standesrechte bei Abgabe in die Correctionsarrestantencompagnieen bestraft worden wäre, so könnte doch aus dem in dieser Beziehung maßgebenden Art. 43 des Strafgesetzbuches keineswegs auf eine gänzliche Unfähigkeit des Klägers zur Eidesleistung geschlossen worden. Die Zulassung des Klägers zum Notheide war hiernach in keinem Falle ungesetzlich, wenngleich es allerdings dem Gerichte freigestanden hätte, falls begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit des Klägers vorlagen, nicht ihm, sondern dem Gegner den Eid aufzuerlegen."

(Resolution vom 22. März 1878, Nr. 2082.)

---

231. Ein gerichtlicher Eid kann von einem Minderjährigen auch nach erlangter Eidesmündigkeit nicht selbst, sondern muß von dessen Vormund im Namen des Minderjährigen abgeleistet werden.

Revisionsimpetrant hatte darauf angetragen, den Revisionseid für sich und seine 19jährige Tochter leisten zu dürfen; die Revisionsimpetratin hatte hiergegen protestirt, weil die Tochter bereits confirmirt sei und daher den geforderten Revisionseid selbst leisten müsse, war mit ihrem Protest jedoch abgewiesen worden.

Die Motive des Revisionsbescheides vom 8. Januar 1871, Nr. 115 besagen hierüber Folgendes:

„Die bezügliche Protestation ist unrechtfertig, denn es ist von der Revisionsimpetratin nicht bestritten, daß die S. Z. erst 19 Jahre alt und mithin (Art. 269 Th. III des Prov.-Rechts) noch minderjährig ist, und ebensowenig ist von der Revisionsimpetratin behauptet worden, daß die S. Z. aus der elterlichen, also der väterlichen Gewalt entlassen worden sei. Als unter der väterlichen Gewalt stehende Minderjährigen geht derselben aber nach Art. 354 und 2916 l. c. der rechtliche Wille und die Dispositionsbefugniß ab und ist sie daher in allen Rechtsgeschäften von ihrem Vater als dem natürlichen Vormund zu vertreten (Art. 273). Da nun die Ableistung eines Revisionseides unzweifelhaft zu den gerichtlichen Rechtsgeschäften gehört und die Entschließung über die Ableistung

desselben einen rechtlichen Willen und eine Dispositionsbefugniß voraussetzt, so ergiebt sich daraus, daß die Ableistung des Revisionseides nicht der Minderjährigen, sondern ihrem Vormund aufzuerlegen ist, wie denn auch einem solchem ausdrücklich von dem Gesetze (Art. 398 l. c.) diese Berechtigung gegeben ist, im Namen des Pupillen zu schwören."

---

232. Aussetzung des Eidestermins bis zum Eintritt der Volljährigkeit der schwurpflichtigen Partei.

Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 10. December 1876, Nr. 8030:

„Mittels Erkenntnisses des Waisengerichts vom 1. Juli 1875, Nr. 365 ist die Anerkennung des von der Klägerin geltend gemachten Anspruches von einem der Klägerin auferlegten Notheide abhängig gemacht, der Termin zur Ausschwörung dieses Eides aber bis zu einem Zeitpunkt hinausgeschoben worden, in welchem die Klägerin das Alter der Volljährigkeit erreicht haben würde (23. Januar 1878). Wegen dieser Aussetzung des Termins zur Eidesleistung erachtet Klägerin sich für gravirt, weshalb sie die Appellation ergriffen und zu deren Rechtfertigung Nachstehendes geltend gemacht hat:

Nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen und der constanten Praxis der Stadtgerichte werden auch Unmündige zum Eide zugelassen, sofern sie confirmirt oder ad sacra gewesen seien. Man vereidige also einen Unmündigen, wenn von ihm ein genügendes Verständniß von der Sache vorauszusetzen sei. In dieser Beziehung sei ein Notheid einem Zeugeneide gleichzustellen, denn beide Eide bezwecken die Feststellung eines ungewissen Factums. Lasse man einen Unmündigen zur Zeugnißablegung zu, so müsse ihm auch die Ausschwörung eines Notheides gestattet werden und in casu sei die Aussetzung des Eidestermins bis nach erlangter Volljährigkeit mit Rücksicht auf das Alter der Klägerin nicht gerechtfertigt.

Die Appellation ist jedoch für begründet nicht zu erachten.

Die Fähigkeit zur Ausschwörung eines richterlich auferlegten Eides kann bei einem Minderjährigen nicht nach denselben Grundsätzen, wie seine Zulassung zum Zeugeneide beurtheilt werden. Sobald bei einem Minderjährigen neben der zu richtiger Perception

der Dinge erforderlichen Geisteskraft diejenige Willenskraft vorausgesetzt werden kann, welche dazu gehört, um aller äußeren Einwirkungen ungeachtet die Wahrheit auszusagen, — also wohl in der Regel nach der Confirmation — stehen der Zulassung eines Minderjährigen zur Ablegung eines beeidigten Zeugnisses weiter keine Bedenken entgegen. Bei dem richterlich auferlegten Eide handelt es sich dagegen nicht nur um die intellectuelle und moralische Fähigkeit die Wahrheit auszusagen, sondern auch um die civilrechtliche Befähigung zur Vornahme gerichtlicher Acte in einer eigenen Rechtssache.

Wenn nun nach Art. 353 d. III. Th. des Pr.-R. Minderjährige keinen rechtlichen Willen haben, daher in allen gerichtlichen Rechtsgeschäften, insbesondere aber auch in ihren gerichtlichen Rechtsstreitigkeiten (Art. 359 eod.) ganz von dem Vormunde vertreten werden müssen, so muß einleuchten, daß dem Pupillen selbst ein Ergänzungseid nur derart auferlegt werden darf, daß er erst nach erlangter Großjährigkeit und Fähigkeit zu eigener Wahrnehmung seiner Rechte sich über die Ausschwörung zu entscheiden bzw. den Eid zu leisten hat.

Demnach hat, wie vom Unterrichter geschehen, der Zeitpunkt für die Ausschwörung des der Klägerin aufzuerlegen gewesenen Notheides bis zur erreichten Volljährigkeit derselben hinausgeschoben werden müssen".

---

233. Wann ist die Eidesvertretung zulässig?

Aus den Motiven des Querelbescheides vom 27. Februar 1876, Nr. 1355:

„Von der nach gemeinem Rechte in Ansehung aller gerichtlichen Eide, insbesondere auch der Beweiseide herrschenden Regel, daß der Schwurpflichtige sie in Person zu leisten habe, finden sich allerdings einige Ausnahmen. Zu diesen Ausnahmen — die übrigen kommen als hier nicht zutreffend vorliegenden Falls nicht in Betracht — zählt nach einem gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch und verschiedenen Particulargesetzgebungen denn auch unter bestimmten Voraussetzungen die Eidesunfähigkeit der schwurpflichtigen Partei. Allein die Stellvertretung für den Eidesunfähigen hat ihre enggezogenen Grenzen und erstreckt sich nicht weiter, als daß für den Minderjährigen dessen Vormund, für den Geistes-

kranken und den Abwesenden dessen Curator in der Weise eintreten darf, daß in ihre eigene Seele hinein die Vormünder und Curatoren denjenigen Eid zu leisten berechtigt sind, welcher ihren Pupillen und Curanden obliegt. Mit diesem Grundsatz harmonirt denn auch im Wesentlichen unser Provinzialrecht (Bd. III Art. 398). Ueber diese Schranken hinaus kann aber eine Stellvertretung bei der Eidesleistung durch eine in die Rolle des Schwurpflichtigen tretende andere Person nicht stattfinden, da es dafür, wie an jeder gesetzlichen, so auch an jeder selbst nur gerichtsgebräuchlichen Grundlage gebricht. Auch eine, wenn immerhin mit dem Ehemanne in Gütergemeinschaft lebende, Ehefrau*) kann daher bei mangelnder Genehmigung der Gegenpartei denjenigen Eid nicht leisten, zu dessen Ausschwörung die Person ihres Ehemannes als Proceßpartei verbunden ist. Ein solcher Eid der Ehefrau würde vielmehr wie der eines jeden Dritten überhaupt, so lange der Eid nicht ein bloßer Zeugeneid ist, vollständig wirkungslos sein."

---

234. Ueber die Eidesleistung seitens einer Actiengesellschaft.

I. In den Motiven des Revisionsbescheides vom 28. März 1880, Nr. 2112 heißt es:

„Was die Frage anlangt, wer bei der Eidesleistung die Impetrantin zu vertreten habe, so ist aus den §§. 25 und 29 des am 25. Februar 1869 bestätigten Statuts der III. Rig. Creditgesellschaft zu entnehmen, daß der Geschäftsgang der Gesellschaft der aus fünf Gliedern bestehenden Direction anvertraut ist und daß Anforderungen und Beitreibungen der Gesellschaft namens der Direction ausgehen. Es unterliegt hiernach keinem Zweifel, daß die impetrantische Gesellschaft in Proceßsachen durch ihre Direction vertreten wird, und da im Zweifel angenommen werden muß, daß über Dispositionen, welche dem Competenzkreise der Direction zugewiesen sind, die Majorität derselben beschlußfähig ist, in der Leistung oder Verweigerung processualischer Eide aber vermögensrechtliche Dispositionsacte zu erblicken sind, so muß der Antrag, daß Impetrantin den Revisionseid durch eine die Majorität bildende

*) Es handelte sich um diesen Fall: der Ehemann erklärte, vom Thema des Notheides keine Kenntniß zu haben, und seine Ehefrau war erbötig, den Eid auszuschwören.

Anzahl Glieder ihrer Direction leiste, für rechtlich begründet erachte werden.

Da andererseits die Direction aus fünf Gliedern besteht, so ist dem Antrage, daß der Revisionseid durch die drei namhaft gemachten Directionsglieder, gegen deren Person gegnerischerseits nichts eingewandt worden ist, geleistet werde, zu deferiren."

Uebereinstimmend wurde auch in dem Bescheide vom 13. Juni 1877, Nr. 4194 erkannt.

II. Ferner enthalten die Motive des Querelbescheides vom 10. September 1871, Nr. 6020 Folgendes:

„Das Verlangen des Hypothekenvereins, daß Kläger die Person, von welcher er den Gefährdeeid abgeleistet wissen wolle, zu benennen gehabt habe, ist nach dem gemeinen, wie nach dem städtischen Proceßrechte ungerechtfertigt. Es ist vielmehr solchenfalls von der eidespflichtigen juristischen Person anzugeben, durch wen aus ihren Vorstehern sie den Eid ablegen wolle. Der Gegenpartei steht sodann nur das Recht zu, Einwendungen gegen die gewählten Personen zu machen. Geschieht diese Bezeichnung weder aus eigenem Antriebe der schwurpflichtigen Partei, noch auf Verlangen der Gegenpartei früher, als im anberaumten Eidestermin und erfolgen die etwaigen Einwendungen daher auch erst in diesem, so wird es Sache des leitenden Richters sein, diese Zwischenfrage vor Ableistung des Eides, resp. in demselben Termine oder unter Salvation dieses Eidestermins zu entscheiden und das weiter Erforderliche richterlich festzustellen. Das Verlangen des querulantischen Vereins, der Richter habe die Personen aus den Vorstehern des eidespflichtigen Vereins, welche den Eid auszuschwören haben, vor Feststellung des Eidestermines von sich aus namentlich zu bezeichnen, ist daher vollkommen ungerechtfertigt. Die Bezeichnung der zur Eidesleistung bestimmten Personen bildet vielmehr nach den Grundsätzen des Proceßrechts ein Recht der eidespflichtigen juristischen Person, das derselben umsomehr zuerkannt werden muß, als sie allein beurtheilen kann, wer von ihren Vorstehern das Wissen und den Willen hat, welche zu der Ableistung des Eides vorhanden sein müssen, und als auch nur sie von dem Nachtheil der Eidesverweigerung getroffen wird."

---

235. Zur Eidesleistung namens einer kaufmännischen Firma ist außer dem Principal nur der Procurant, nicht aber ein anderer Handelsbevollmächtigter befugt.

In dem Querelbescheide vom 13. Januar 1878, Nr. 299, welcher den Bescheid des Wettgerichts vom 20. October 1877, Nr. 948 bestätigte, heißt es:

„Es ist unbestritten, daß seitens der beklagten Handlung das Geschäft nicht von dem Chef oder dem Procuranten, sondern von dem Oberexpeditor abgeschlossen worden ist, daß mithin diejenigen Personen, denen eine Vertretung der beklagten Handlung zusteht, aus eigener Wissenschaft keine Kenntniß von den Kaufbedingungen haben können.

Klägerin will dagegen behaupten, daß der Eid auch von solchen Personen ausgeschworen werden könne, welche, ohne daß ihnen die Procura ertheilt worden, von einer Handlung doch einzelnen Branchen des Geschäfts vorgestellt werden und welche daraufhin die Firma verpflichtend contrahiren, sofern sie von dem betreffenden Rechtsgeschäft Kenntniß haben. Dieser Ansicht steht aber die processualische Regel entgegen, daß der Schiedseid immer nur von der Proceßpartei selbst ausgeschworen werden darf. Proceßpartei ist aber lediglich die Handlung selbst und diese stellt sich allein dar in dem Chef der Handlung oder in dem Procuristen, indem letzterer durch die Procuravollmacht dieselbe vollständig vertritt, die vollste Dispositionsbefugniß hat und sogar oft der einzige Leiter der Handlung, selbst mit Ausschluß des Chefs ist. Ein zur Ausführung gewisser Branchen eines Handelsgeschäfts beauftragter Commis ist dagegen nicht ein vollständiger Vertreter und Geschäftsführer der Handlung und kann diese daher auch nicht in einem Processe vertreten und Proceßpartei werden, während der Procurist dazu verpflichtet ist und gezwungen werden kann."

---

236. Eidesvertretung der Firma beim Wechsel des Firmeninhabers.

Es handelte sich um die Frage, ob in einer Proceßsache der Revisionseid, welcher der beklagten Handlung oblag, von dem während des Processes aus der Handlung ausgeschiedenen, aber an

dem Austrag der Sache rechtlich noch interessirten früheren Chef, oder dem jetzigen Chef, dem Sohne des Ersteren, zu leisten sei.

Der Revisionsbescheid des Raths vom 29. November 1874, Nr. 7464 entschied für letzteres und zwar in der Erwägung „daß die gerichtliche, wie die außergerichtliche Vertretung einer Handelsfirma immer nur dem derzeitigen Inhaber des Geschäfts, resp. dem von ihm bestellten Bevollmächtigten gebühre, gesetzt auch, daß eine dritte, außerhalb der Firma stehende Person (etwa als Capitaleinleger oder in der Eigenschaft eines Rechtsvorgängers des gegenwärtigen Handlungsherrn) an dem Ausgange des betreffenden Processes thatsächlich ein stärkeres vermögensrechtliches Interesse besitzt, als dieser."

---

237. Die Eidesleistung außerhalb des Sitzes des Proceßgerichts ist nur unter besonderen Umständen zulässig, deren Würdigung vom richterlichen Ermessen abhängt.

„Ein Gerichtsgebrauch, wonach der Eid von den Parteien regelmäßig an ihrem Wohnorte zu leisten ist, besteht hierselbst nicht und hat auch nicht entstehen können, weil die Rig. Stadtrechte im Anschluß an das gemeine Recht gerade als Regel den Satz hinstellen, daß Eide in der Sitzung des Proceßgerichts zu leisten sind, wie aus Lib. II Cap. XVIII §. 8 und Cap. XXXI §. 4 in den abgeänderten Artikeln unzweideutig erhellt. Als Ausnahme von dieser Regel wird es allerdings gestattet, daß Parteieneide auch außerhalb des Gerichts, bzw. an einem anderen, als dem Orte seines Sitzes geschworen werden; allein diese Ausnahme muß durch besondere Umstände gerechtfertigt sein, deren Würdigung dem richterlichen Ermessen anheimgegeben ist. (Renaud, Civilproceß, §. 128, Note 14. Strippelmann, Eideszuschiebung, S. 413 ff. Seuffert's Archiv XXVI, 83. XVIII, 279. Vgl. auch Art. 501 des Dorpater Entwurfs und Art. 441 der deutschen C.P.O.)

Daß Jemand sein Domicil an einem anderen Orte hat, begründet eine solche Ausnahme noch nicht, wohl aber erscheint die Eidesabnahme am Orte des Aufenthaltes des Eidespflichtigen auch dann gerechtfertigt, wenn dieser Ort von dem Sitze des Proceßgerichts soweit entfernt ist, daß eine Reise zu dem letzteren als eine unbillige Belästigung der Partei erscheint. Im vorliegenden Falle

hat Beklagter nicht einmal ausdrücklich behauptet, daß er sich zur Zeit in Polozk, wo er angeblich sein Domicil hat, auch aufhalte, und wollte man dieses vermuthen, so erscheint eine Eisenbahnfahrt von Polozk nach Riga doch jedenfalls nicht als eine solche Belästigung für den Beklagten, daß sie ein Abgehen von der Regel, wonach die Eidesleistung am Proceßorte erfolgen soll, zu rechtfertigen vermöchte."

(Querelbescheid vom 7. September 1879, Nr. 6186).

---

238. Die Anwesenheit eines Gerichtsbeamten bei der Eidesleistung von Juden ist zu deren Giltigkeit nicht absolut erforderlich; der Mangel derselben bildet also keinen Nichtigkeitsgrund.

„Die Beschwerde hebt als einen wichtigen formellen Mangel des Eidesformulars hervor, daß auf demselben die Unterschrift des bei der Vereidigung zugegen gewesenen Beamten des Vogteigerichts fehle, während eine derartige Unterzeichnung des Eidesformulars durch Patent der livl. Gouv.-Regierung vom 17. October 1860, Nr. 135 vorgeschrieben sei.

Zunächst dürfte nicht anzunehmen sein, daß die mangelnde Unterschrift der betreffenden Amtsperson auf dem Eidesformular die stattgehabte Vereidigung nichtig macht, wofern nur sonst erwiesen wird, daß die durch das Gesetz dazu verpflichteten Personen der Eidesleistung beiwohnten. Die fehlende Unterschrift könnte also nicht ohne weiteres als Nichtigkeitsgrund aufgeführt werden. Supplicant fügt freilich die Vermuthung hinzu, daß überhaupt kein Beamter des Vogteigerichts der Vernehmung beigewohnt habe, und da das Vogteigericht nicht direct erklärt hat, diese Vermuthung sei thatsächlich unzutreffend, so muß es immerhin von Interesse sein, zu untersuchen, ob in der That die Nichtanwesenheit eines Beamten des Vogteigerichts bei der betreffenden Vereidigung eine Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge hätte haben müssen. Die Durchsicht der einschlagenden Stelle des vom Supplicanten angezogenen Patents ergiebt ein Doppeltes. Einmal ist die Anwesenheit des Polizeimeisters bei der Vereidigung als „durchaus" nothwendig hingestellt, im Gegensatze zu der Assistenz eines Gerichtsgliedes, wo das erwähnte Beiwort fehlt. Es liegt nahe, zu vermuthen, daß damit

die Anwesenheit des betreffenden Gerichtsgliedes als nicht absolut erforderlich hat hingestellt werden sollen, so daß dieselbe nicht ohne weiteres für eine Nullität des Verfahrens entscheidet. Sodann ist aber gesagt, daß von Gerichtspersonen der Untersuchende und ein Glied der Behörde zugegen sein müssen. Da im Civilproceß ein „Untersuchender" bekanntlich gar nicht vorhanden ist und da ferner nicht alternativ etwa im Criminalverfahren der Untersuchende „oder" im Civilverfahren ein Glied der betreffenden Behörde zur Assistenz bei der Eidesleistung angehalten wird, so kann die stricte Interpretation jener Stelle des Patents nur zu der Schlußfolgerung führen, daß die Anwesenheit von Gerichtsgliedern bei der Vereidigung nur in Criminalprocessen, wo sich gleichzeitig ein Gerichtsglied und ein Untersuchender finden können, ausdrücklich vorgeschrieben ist, während eine ausdrückliche Vorschrift in dieser Richtung für die Vereidigung im Civilprocesse fehlt.

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob gegenüber der ganzen Wortfassung des Patents gerade eine so strenge Interpretation stets am Platze sein würde; allein so viel dürfte doch gewiß sein, daß eine der Anschauung des Supplicanten entgegengesetzte Auffassung der angezogenen Worte immerhin nicht ausgeschlossen ist. Es liegt also hier unbedingt kein klares, unzweifelhaftes Gesetz vor, dessen Außerachtlassung seitens des Richters eine Nullität des Verfahrens herbeizuführen geeignet wäre."

(Aus den Motiven der Resolution vom 16. August 1878, Nr. 5448).

---

239. Die poena deserti tritt nur ein, wenn der Termin zur Eidesleistung gerichtlich festgesetzt und die poena deserti angedroht war.

I. Dem Kläger war am 16. September 1875 von der II. Sect. des Landvogteigerichts aufgegeben worden, „den von ihm acceptirten Eid in noch anzuberaumendem Termine praevia citatione seines Gegners sub poena deserti in der Allerheiligenkirche zu leisten, zu welchem Behufe dem betr. Geistlichen das Eidesformular zuzufertigen sei". Die Parteien wurden hierauf durch einen ihnen vom Gerichtsministerial eröffneten Citationsbefehl verpflichtet, am 6. October 1875 in der Allerheiligenkirche zu erscheinen. Als Kläger zu

diesem Termin nicht erschienen war, wurden die Parteien abermals durch den Ministerial zum 10. October in die Kirche citirt, und da der zur Eidesleistung verpflichtete Kläger dieses Mal gleichfalls ausblieb, so wurde vom Untergericht durch Verfügen vom 14. October 1875 auf Antrag des Beklagten der dem Gegner obliegende Eid für desert erklärt. Dieses Verfügen wurde durch Resolution des Raths vom 5. März 1876, Nr. 1589 auf erhobene Beschwerde des Klägers als nichtig aufgehoben. Die oberrichterlichen Motive bemerken:

„Ein Contumacialverfügen — und ein solches ist die Decretirung der poena deserti — bedarf zu seiner Grundlage einer vorausgegangenen, den Parteien gehörig eröffneten gerichtlichen Verfügung, in welcher die der betreffenden Partei obliegende Handlung genau präcisirt und zugleich die Contumacialfolge bestimmt ausgesprochen wurde. Wenn in dem eingangs wiedergegebenen Verfügen der II. Section des Landvogteigerichts an die Nichtleistung des Eides in der griechischen Kirche in einem anzuberaumenden Termine die poena deserti geknüpft wird, so setzt die spätere Verhängung dieser Strafe voraus, daß jenes noch nicht genügend bestimmte Verfügen gehörig ergänzt war, d. h. es war der Eidestermin speciell vom Gericht anzuberaumen und hierüber den Parteien Eröffnung zu machen. Ueber den Termin der Eidesabnahme ist aber im vorliegenden Falle ein gerichtliches Verfügen nicht ergangen; der Termin, auf welchen Kläger zur Eidesleistung vorgeladen war, kann mithin auch nicht für einen vom Gericht anberaumten gelten. Aus der untergerichtlichen Erklärung, sowie aus den eingeforderten Acten des Untergerichts muß nämlich entnommen werden, daß der Gerichtsministerial mit dem Geistlichen der griechischen Kirche über den Tag der Eidesleistung Rücksprache genommen und zu diesem Tage — demnächst aber, als Supplicant ausblieb, zu einem zweiten, auf dieselbe Weise festgesetzten Termine, die Parteien vorgeladen hat. Die Anberaumung des Eidestermins ist hier offenbar nicht, wie doch erforderlich gewesen wäre, gerichtlich erfolgt und auch eine Fiction, als habe der Ministerial im Auftrage des Gerichts den Termin festgesetzt, wäre durchaus unzulässig, da dem Gerichte die Befugniß zu einer derartigen Uebertragung seiner Amtsgewalt nicht zusteht. Dagegen hätte, wenn der Termin vom Gerichte selbst normirt gewesen wäre, zur Eröffnung desselben an die

Parteien die Insinuation durch den Gerichtsministerial ausgereicht und zur Herbeiführung des entsprechenden Rechtseffects wäre eine nach vorgängiger Ladung im Gerichtslocal vorzunehmende Publication aus dem Grunde nicht geboten gewesen, weil sich das Erforderniß der Publication gerichtlicher Verfügungen nur auf Entscheidungen erstreckt, durch welche ein contradictorisches Verfahren zum Abschluß gelangt, während über Terminbestimmungen, welche nicht von den Parteien, sondern vom Richter ausgehen, ein contradictorisches Verfahren nicht Platz zu greifen hat.

Lag mithin im vorliegenden Falle auch nicht die Nothwendigkeit vor, den Parteien von der Terminanberaumung in der Gerichtssitzung Kenntniß zu geben, konnte vielmehr ein gerichtliches Decret, welches die Anberaumung des Termins qu. zum Gegenstande hatte, statt publicirt zu werden, auch insinuirt werden, so konnte doch die vom Gerichtsministerial vollzogene zweimalige Citation die Bedeutung der Insinuation eines den Eidestermin bestimmenden gerichtlichen Decrets nicht erlangen, weil ein solches gar nicht ergangen war, die Terminanberaumung vielmehr vom Ministerial stattgefunden hatte.

Die untergerichtliche Erklärung glaubt ein derartiges Verfahren u. a. auch durch praktische Rücksichten begründen zu können; allein abgesehen davon, daß die Proceßformen nicht jeder Zeit einer Wandlung zu Gunsten der augenblicklichen Zweckmäßigkeit unterworfen sind, so liegen die praktischen Schwierigkeiten bei Einhaltung des gehörigen formellen Verfahrens durchaus nicht vor. Es ist nicht abzusehen, weshalb eine Verzögerung des Verfahrens, oder sonst eine Inconvenienz entstehen sollte, wenn der Eidestermin — bei griechischen resp. hebräischen Eiden — nach Relation des Ministerials mit dem betr. Geistlichen gerichtlich festgesetzt und darnach das bezügliche Verfügen durch den Ministerial den Parteien insinuirt wird.

Da nun das am 14. October ergangene, die poena deserti aussprechende Verfügen des Untergerichts nur zum Theil eine vorhergegangene gerichtliche Festsetzung, zum Theil aber Anordnungen des Gerichtsministerials in einer ihm nicht competirenden Vertretung des Gerichts zur Grundlage hat, so entbehrt dieses Contumacialverfügen der rechtlichen Voraussetzung seiner Giltigkeit."

II. Der Beklagte, welcher griechischer Confession war, hatte in dem angesetzten Termin den Eid in der Kirche nicht geleistet, worauf das Wettgericht auf klägerischen Antrag den Eid für verweigert erkannte. In Folge der dawider vom Beklagten erhobenen Appellation wurde diese Entscheidung durch Appellations-Erkenntniß vom 20. August 1880, Nr. 5432 aus folgenden Gründen aufgehoben:

„Eine gültige declaratio contumaciae setzt eine wirkliche contumacia voraus, also die verweigerte oder versäumte oder mangelhafte Erfüllung einer von dem competenten Gericht ausgegangenen und gehörig bekannt gemachten richterlichen Auflage (Renaud, Civilproceß, §. 166). Handelt es sich um die richterlicherseits decretirte Vornahme einer willkürlichen Parteihandlung, wie die Ausschwörung eines acceptirten Schiedseides in einem bestimmten Termin, so ist die Ausschließung mit dieser Handlung die Folge der contumacia nur dann, wenn die Nöthigung zur rechtzeitigen Vornahme durch die Androhung des Rechtsnachtheils der Präclusion — der poena deserti beim Eide — geschehen war. Nur unter dieser Voraussetzung erscheint die declaratio contumaciae als schlüssig. Wenn nun im vorliegenden Falle nach Ausweis der Acten vom Untergericht weder ein bestimmter Eidestermin förmlich anberaumt, noch auch zugleich die poena deserti angedroht war, so erscheint die Entscheidung des ersten Richters, daß der beklagterseits acceptirte Schiedseid für desert zu erkennen sei, nicht gerechtfertigt. Es ist daher unter Aufhebung des untergerichtlichen Erkenntnisses dem Untergericht aufzugeben, nach erfolgtem Actenremiß einen Termin zur Ausschwörung des vom Beklagten acceptirten Schiedseides s. p. deserti anzuberaumen."

III. In einem gleichen Falle wurde der Bescheid erster Instanz, welcher den vom Beklagten in der Synagoge zu leistenden Eid für verweigert erkannt hatte, auf Nichtigkeitsbeschwerde desselben als nichtig durch die Resolution vom 20. Juni 1875, Nr. 4301 aufgehoben, weil ein gerichtliches Verfügen, durch welches der Eidestermin s. p. deserti anberaumt wäre, in den Acten nicht existirte.

---

240. Krankheit des Eidespflichtigen muß im Eidestermin durch ein ärztliches Zeugniß bescheinigt oder von einer dieserhalb zu beantragenden Delegation des Gerichts constatirt werden.

Der Beklagte war in dem Termin zur Ableistung des von ihm acceptirten Schiedseides nicht erschienen, sondern ließ durch seinen Mandatar anzeigen, er sei krank geworden, worauf das Vogteigericht letzteren anwies, vor dem Schluß der Sitzung eine ärztliche Bescheinigung über die behauptete Krankheit beizubringen. Da dies nicht geschah, wurde der Eid auf Antrag des Klägers für desert erkannt.

Die dagegen von Beklagtem erhobene Beschwerde wurde in der Resolution vom 19. August 1877, Nr. 5668 aus folgenden Gründen verworfen:

„Die Motivirung der Beschwerde ist überhaupt nicht zutreffend, denn Supplicant hat unterlassen, im Eidestermin auf Entsendung einer Gerichtsdelegation anzutragen, welche entweder den Eid dem Supplicanten in dessen Wohnung hätte abnehmen können, oder aber constatirt hätte, daß Supplicant augenscheinlich durch körperliches Unwohlsein an der Eidesleistung verhindert sei. Zur Absendung einer Gerichtsdelegation in die Wohnung des Supplicanten von Amtswegen war das Vogteigericht aber gar nicht befugt."

---

241. Wann ist der Eidestermin versäumt, wofern eine Stunde für denselben nicht angesetzt ist?

„Was die Deduction betrifft, daß der Eidestermin erst mit dem thatsächlichen Schlusse der Sitzung habe ablaufen können, so wird derselben vom Untergericht mit Recht entgegengehalten, daß, wenn jeder Partei das Recht zustehen würde, die ihr obliegende Proceßhandlung bis zum Schlusse der Sitzung vorzunehmen, dieser Sitzungsschluß unter Umständen kaum herbeizuführen sein würde. Es bedarf namentlich für die Präclusivtermine einer bestimmten zeitlichen Grenze, mit deren Ablauf, wofern der Gegner es beantragt, die verpflichtete Partei nicht weiter zu der betreffenden Rechtshandlung zugelassen wird. Durch eine constante Praxis ist bei den städtischen Unterbehörden — wie die tägliche Erfahrung in Con-

tumacialsachen lehrt — als eine solche Grenze der Ablauf der ersten Nachmittagsstunde festgesetzt worden. Diejenige Partei, welche nach ein Uhr Nachmittags beim Abruf ihrer Sache im Gerichtslocal nicht anwesend ist, hat den Termin versäumt und kann auf Antrag der Gegenpartei präcludirt werden. Im vorliegenden Falle hat Supplicant sogar bis nach 2 Uhr Zeit gehabt, sich zur Eidesleistung zu stellen, und es steht ihm daher umsoweniger zu, das untergerichtliche Präclusionsverfügen anzugreifen, dessen Rechtfertigkeit auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII §. 7 gar nicht weiter bezweifelt werden kann."

(Resolution vom 2. Mai 1879, Nr. 3199).

---

242. Versäumung des Eidestermins. Einwand, daß sie in Folge Vergleiches mit der Gegenpartei erfolgt sei.

„Das wettgerichtliche Erkenntniß vom 9. September 1878 trifft deshalb kein Vorwurf der Unrichtigkeit, weil es die s. g. Vergleichseinrede des Beklagten nicht berücksichtigt und die von ihm nicht geleisteten Eide für verweigert erkannt hat. Zwar kann der vom Kläger zur Rechtfertigung des erstrichterlichen Erkenntnisses angezogene Art. 3598 des Prov.-Rechts Th. III ebensowenig, wie der Art. 285 des I. Theils ibid. auf vorliegenden Fall Anwendung finden, da in jenen Gesetzesstellen vom Vergleich, insofern er Aufhebungsgrund des in Streit gezogenen Forderungsrechts ist, die Rede ist, der außergerichtliche Abschluß eines solchen Vergleiches aber beklagterseits gar nicht behauptet worden ist. Beklagter hat nämlich auf den Contumacialantrag des Klägers nur zur Anzeige gebracht, daß er die fraglichen Schiedseide im anberaumten Termin deshalb nicht geleistet, weil Kläger Vergleichsverhandlungen in Aussicht gestellt und den Beklagten zur Nichtleistung des Eides aufgefordert habe. Eine Uebereinkunft der Parteien war hiernach außergerichtlich nur insofern zu Stande gekommen, als der Eidestermin einstweilen hinausgeschoben werden sollte. Eine solche Uebereinkunft ist aber ohne Mitwirkung des Gerichts, welches den Termin anberaumt und an dessen Nichtbeobachtung einen Rechtsnachtheil geknüpft hat, wirkungslos, es sei denn daß nachträglich die eine Partei auf die durch die Contumaz der anderen, eidespflichtigen Partei errungenen processualischen Vortheile, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend

— indem sie den Contumacialantrag zu stellen unterläßt — Verzicht leistet. Der §. 7 der Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII verordnet nämlich, daß die eidespflichtige Partei, wenn sie im angesetzten Termin sich nicht angiebt, noch die Gegenpartei zur Anhörung des Eides vorzuladen bittet, sondern den Termin verfließen läßt, sich mit dem Eide versäumt habe und hernach zu demselben nicht mehr zuzulassen sei. Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß die eidespflichtige Partei, wenn sie sich nicht des Ungehorsams gegenüber der gerichtlichen Auflage schuldig machen will, im Eidestermin jedenfalls bei dem Gericht oder dem mit der Eidesabnahme beauftragten Repräsentanten desselben anzugeben und nach Befinden eine Erstreckung oder Salvation des Termins vom Gericht zu erbitten hat. Wenn sie dagegen solches unterläßt und auch nachträglich keine Ehehaften, d. h. ihr Erscheinen unmöglich machende, von ihr unabhängige Hindernisse, vorzubringen vermag, so ist der Richter, welcher nach Art. 288 des I. Theils des Prov.-Rechts an die Beobachtung der vorgeschriebenen Regeln und Formen des Verfahrens gebunden ist, auf den Contumacialantrag der Gegenpartei verpflichtet, den für die Unterlassung der betreffenden Parteihandlung angedrohten Rechtsnachtheil auszusprechen. Es kann daher nur gerechtfertigt erscheinen, wenn der Unterrichter die s. g. Vergleichsanzeige des Beklagten unberücksichtigt gelassen und die in Frage kommenden Schiedseide für verweigert erachtet hat."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 7. Februar 1879, Nr. 946).

---

243. a) Ist ein Eid in Abwesenheit und ohne Vorladung der Gegenpartei geschworen, so ist derselbe auf Verlangen dieser noch einmal zu schwören.
b) Dagegen zieht die Versäumung dieser Vorladung nicht die Desertion des Eides nach sich.

Beklagter hatte in dem dazu anberaumten Termin den Delateid in der Synagoge geschworen, aber ohne die Gegenpartei dazu vorzuladen. Das Verlangen der letzteren, den Eid für desert zu erkennen, wurde von dem Vogteigericht abgewiesen, und auf klägerische Beschwerde wurde durch Querelbescheid vom 8. December 1878, Nr. 8352 diese Entscheidung zwar gebilligt, aber gleich-

zeitig angeordnet, daß Beklagter den Eid nach Vorladung der Klägerin abermals zu schwören habe. Gründe:

„Maßgebend für die Beurtheilung der Beschwerde ist die Auslegung des §. 7 der Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII. Während der erste Richter diese Vorschrift dahin auffaßt, daß nur derjenige, welcher den Termin verfließen läßt, nicht aber auch derjenige, welcher die Vorladung des Gegners unterlassen hat, sich mit dem Eide „versäumt" habe, vertheidigt der klägerische Officialanwalt dagegen die Ansicht, daß nach dem unzweideutigen Wortlaute der angezogenen Stelle, wie nach constanter hiesiger Praxis auch in der unterlassenen Vorladung des Deferenten ein Versäumen der gehörigen Eidesleistung liege.

„Unzweideutig" ist nun der angezogene §. der Stadtrechte jedenfalls nicht, sondern seine Fassung giebt im Gegentheil einer mehrfachen Deutung Raum. Dagegen ist es richtig, daß das Vogteigericht selbst in einem Erkenntniß vom 5. Juni 1873 die jetzt klägerischerseits verfochtene Auslegung angenommen und der Rath dieselbe in dem Appellations-Erkenntniß vom 24. August 1873, Nr. 6490 gebilligt hat. Nichtsdestoweniger nöthigt eine nochmalige genaue Erwägung der einschlägigen Rechtsfrage dazu, von der damaligen Auslegung abzugehen. Gegen dieselbe spricht nämlich, daß der in Rede stehende §. den Nachdruck offenbar auf die Worte: „sondern läßt den Termin verfließen" legt und man, ohne den Worten Zwang anzuthun, nicht sagen kann, der Delat, welcher im Termin erscheint und den Eid zu leisten sich erbietet oder ihn gar wirklich leistet, habe „den Termin verfließen" lassen. Insbesondere ist es nicht wohl möglich, gegen jemand, der durch die thatsächlich — wenn auch immerhin nicht in der vorgeschriebenen Form — vollzogene Eidesleistung seinen Willen, den Eid auszuschwören, mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit erklärt hat, die Fiction auszusprechen, er habe den Eid *verweigert*. Andererseits müßte der Satz: „noch Klägern zur Anhörung der Eidesleistung vorzuladen bittet", wenn ihm der Sinn innewohnen sollte, daß die Verabsäumung der Vorladung die Desertion des Eides nach sich ziehe, entweder *vor* den Satz: „in angesetztem Termin nicht angiebt" gestellt sein, oder doch lauten: „noch Klägern vorzuladen *gebeten hat*." In der gegenwärtigen Stellung und Fassung ist er aber der (offenbar einen besseren Sinn gebenden) Auslegung

fähig, daß der Delat, welcher im Termin erscheint, aber den Deferenten zu laden unterlassen hat, jetzt um nochmalige Vorladung des nicht erschienenen Deferenten auf einen anderen Termin bitten darf. Wäre der Deferent dagegen, wenngleich ohne Vorladung, von selbst erschienen, so würde der Eidesleistung in seiner Gegenwart trotz der verabsäumten Vorladung rechtlich nichts entgegenstehen, weil der Zweck der Vorladung auch ohne diese erreicht ist.

Kann man hiernach der Entscheidung des ersten Richters, soweit sie davon ausgeht, daß Beklagter sich mit dem Eide nicht versäumt habe, nur vollständig beitreten, so muß man doch der von ihm zwar nicht in der Entscheidung, wohl aber in deren Motiven ausgedrückten Ansicht, daß der Eid auch ungeachtet der unterbliebenen Vorladung der Vormünder der Klägerin für rechtswirksam geleistet anzusehen sei, entgegentreten ... Die §§. 6 und 7 des angezogenen Capitels der Stadtrechte schreiben die Vorladung der Gegenpartei zu der Eidesleistung ausdrücklich vor und sie wird in der Praxis sämmtlicher städtischer Gerichte bis auf den heutigen Tag constant eingehalten, wo es sich um Eidesleistungen vor Gericht handelt. Findet die Vorladung der Gegenpartei aber statt, wenn der Eid in der Gerichtssitzung geschworen werden soll, so liegt keine Veranlassung vor, sie für entbehrlich zu halten, wenn der Eid in der Kirche bzw. Synagoge zu schwören ist. Denn die vorgängige Anberaumung des Eidestermins durch richterliches Decret, welches den Parteien eröffnet wird, findet dort ebenso statt, wie hier, und gilt sie dort nicht als ausreichend, so kann sie es hier umsoweniger sein, weil die Eidesleistung in der Synagoge oder Kirche regelmäßig nicht einmal in Gegenwart einer Gerichtsdelegation, sondern eines Kanzelleibeamten oder gar nur eines Ministerials vor sich geht, die Gegenpartei also noch mehr daran interessirt ist, sich durch ihre Gegenwart davon zu überzeugen, daß die vorgeschriebenen Förmlichkeiten bei der Eidesleistung eingehalten werden. Die Vorladung der Gegenpartei ist demnach in dem stadtrechtlichen Proceß als ein nothwendiges Erforderniß der Eidesleistung, gleichviel ob diese vor Gericht oder außerhalb desselben erfolgt, in dem Sinne zu betrachten, daß die nicht geladene Partei die in ihrer Abwesenheit geschehene Eidesleistung als für sich rechtsverbindlich nicht gelten zu lassen braucht, und von dieser Prämisse aus ergiebt sich dann von selbst die Schlußfolgerung, daß der Eid, wenn die nicht

geladene Gegenpartei es verlangt, noch einmal geleiſtet werden muß, wie das auch im gemeinen Proceßrecht mehrfach für nothwendig erklärt worden iſt (vgl. Strippelmann, Eideszuſchiebung, S. 443. Langenbeck, Beweisführung, S. 795. Seuffert's Archiv IV, 267. XIV, 263)."

---

244. Ein Eid, welcher im anberaumten Termin zwar geleiſtet iſt, aber nicht in der geſetzlichen Form, darf nicht als deſert angeſehen werden.

In dem sub Nr. 4 mitgetheilten Falle hatte das Wettgericht, davon ausgehend, daß die von S. vor dem öffentlichen Notar in England abgegebene Declaration keine Eidesleiſtung ſei, den Eid für deſert erkannt. Auf ſeine Appellation wurde durch Appellations-Erkenntniß vom 23. Mai 1880, Nr. 3619 ein neuer Termin zur Ableiſtung des Eides vor dem Wettgericht anberaumt.

„Der erſte Richter geht zu weit" — heißt es in den Gründen — „wenn er im vorliegenden Falle um deswillen, weil S. den deferirten Eid nicht in der üblichen Form und unter gerichtlicher Autorität innerhalb der angeſetzten Präcluſivfriſt ausgeſchworen hat, die Deſertion des Eides ausſpricht. Nach den Stadtrechten Lib. II Cap. XVIII §. 7 ſoll der deferirte Eid für deſert erachtet werden, wenn der Beklagte (Delat) im angeſetzten Termin ſich nicht angiebt, noch Klägern (den Deferenten) zur Anhörung des Eides vorzuladen bittet, ſondern den Termin verfließen läßt. Der Rath hat ſich ſchon im Querelbeſcheide vom 8. December 1878, Nr. 8352 dahin ausgeſprochen, daß der in Rede ſtehende §. den Nachdruck offenbar auf die Worte: „ſondern läßt den Termin verfließen" lege und daß man, ohne den Worten Zwang anzuthun, nicht ſagen könne, der Delat, welcher im Termin erſcheint und den Eid zu leiſten ſich erbietet oder ihn gar wirklich leiſtet, habe „den Termin verfließen laſſen." Insbeſondere ſei es nicht wohl möglich, gegen Jemand, der durch die thatſächlich — wenn auch immerhin nicht in der vorgeſchriebenen Form — vollzogene Eidesleiſtung ſeinen Willen, den Eid auszuſchwören, mit einer jeden Zweifel ausſchließenden Deutlichkeit erklärt hat, die Fiction auszuſprechen, er habe den Eid *verweigert*. Dieſe Gründe machen ſich weſentlich auch im vorliegenden Falle geltend."

---

245. Eidesdelation an eine Handelsfirma. Recht derselben, den Eid durch einen Theilhaber oder Procuranten schwören zu lassen.

„Wenn Kläger, nachdem beklagte Handlung sich bereit erklärt hat, den Eid durch einen oder durch beide Theilhaber auszuschwören, noch eine Erklärung darüber fordert, ob und welcher Theilhaber das streitige Geschäft mit dem Kläger geschlossen habe, so fehlt dafür die rechtliche Grundlage. Die hiesige Praxis hat die kaufmännische Firma hinsichtlich der Proceßführung und der Eidesdelation insbesondere, als juristische Person behandelt und in Anwendung der für letztere geltenden Grundsätze (Renaud, Civilproceß, §. 131 gegen Ende) angenommen, daß die Firma, welcher der Eid angetragen ist, denselben durch einen von ihr zu bezeichnenden Theilhaber oder Procuranten abzuleisten befugt sei (Civilrechtliche Entscheidungen I, Nr. 167).*) Dabei ist nach Lib. II Cap. XVIII §. 10 der Rig. Stadtrechte allerdings vorausgesetzt, daß der Schwörende von der zu beschwörenden Thatsache auch aus eigener Wahrnehmung Wissenschaft hat, daraus folgt aber nicht, daß die Beklagte diejenige Person zu nennen verpflichtet ist, welche das fragliche Geschäft geschlossen hat, vielmehr ist es eben ihr Recht, die Person des Schwörenden zu wählen, und dem Deferenten ist es nur gestattet, wider die gewählte Person etwaige rechtliche Einwendungen vorzubringen. Darnach ist es schon nicht richtig, wenn Kläger den Eid demjenigen Chef oder Vertreter der beklagten Firma, der das Geschäft mit ihm geschlossen hat, und nicht schlechthin der Beklagten angetragen hat, und es ist vollends nicht gerechtfertigt, wenn Kläger *seine* processualische Pflicht, die Einwendungen gegen die gewählte Person zu begründen, von sich abzuwälzen sucht, indem er Beklagte zur ihrerseitigen Angabe dessen zwingen will, welche Person das streitige Geschäft geschlossen habe. Außerdem kann Kläger in keinem Falle *fordern*, daß der Eid statt von einem Theilhaber oder von beiden Theilhabern, von einem Procuranten geschworen werde, sondern hierzu ist die beklagte Firma nur berechtigt, aber nicht verpflichtet; wogegen Kläger einen Procuranten nur als *Zeugen* be-

*) Dieser Satz ist auch anerkannt in dem Bescheide des Raths vom 13. Februar 1881, Nr. 1196.

nennen kann, wenn er seine Aussage als Beweismittel zu benutzen beabsichtigt."

(Querelbescheid vom 6. Februar 1880, Nr. 967.)

---

246. Im Concurse ist eine Eidesdelation an den Cridar nur mit Zustimmung des Curators gestattet.

Der vom Concurscurator belangte Beklagte hatte dem Cridar B. den Eid zugeschoben. Durch Bescheid der II. Section des L.V.G. vom 17. Juli 1880, Nr. 218 war der klagende Concurscurator angewiesen worden, nach Befragung des Cridars sich darüber zu erklären, ob bzw. in welcher Fassung der Eid angenommen bzw. zurückgeschoben werden solle. Dagegen wurde in Folge der von ihm erhobenen Querel die Eidesdelation durch den Querelbescheid vom 17. October 1880, Nr. 6791 aus folgenden Gründen verworfen:

„Was die Frage anbelangt, ob dem Cridar im Liquidationsverfahren von den betreffenden Liquidanten der Schiedseid deferirt werden könne, so erkennt der erste Richter an, daß zur Heranziehung des Cridars zur Leistung solchen Eides die Genehmigung des Concurscurators ertheilt sein müsse. Hierin muß dem ersten Richter vollkommen beigepflichtet werden. Denn obgleich der Cridar nicht aufhört Eigenthümer der Concursmasse zu sein, so ist ihm doch die Disposition über die Masse gänzlich entzogen; eben daher ist er unfähig zur Proceßführung und nicht er, sondern der zur Disposition über die Masse berufene Curator tritt den einzelnen Liquidanten als Proceßpartei gegenüber. Die Delation des Schiedseides an den Cridar kann mithin im Liquidationsverfahren nur unter derselben Voraussetzung stattfinden, unter welcher auch sonst eine Eideszuschiebung an einen Dritten, der nicht unmittelbar Proceßpartei ist, zulässig erscheint, d. h. unter der Voraussetzung, daß beide Proceßparteien mit einer solchen Eidesdelation einverstanden sind. Da indessen der die klägerische Concursmasse vertretende Curator im vorliegenden Falle ausdrücklich seine Zustimmung zur Delation eines Schiedseides an den zur Disposition und zur Proceßführung nicht fähigen Cridar versagt hat, so kann auf den Eidesantrag des Beklagten auch weiter nicht eingegangen werden.

Dagegen hat der erste Richter ungeachtet dessen, daß die Zulässigkeit eines an den Cridar zu deferirenden Schiedseides von

der in casu nicht ertheilten Zustimmung des Curators abhängen soll, den letzteren für verpflichtet erklärt, den Gemeinschuldner über den Eid zu befragen und sodann eine Erklärung auf den Eidesantrag abzustatten. Diese der klagenden Partei gemachte Auflage ist nicht gerechtfertigt. Denn folgt die Unzulässigkeit der Eidesdelation schon aus der Verweigerung der Zustimmung des klägerischen Theiles, so muß die Eidesdelation zurückgewiesen werden."

---

247. Ueber die Unzulässigkeit der Delation eines Schiedseides an eine dritte, im Proceß nicht betheiligte Person, namentlich an den Cedenten im Processe des Cessionars mit dem debitor cessus

enthalten die Motive des Querelbescheides vom 17. November 1872, Nr. 8200 nachstehende Erörterung:

„Es ist die Frage, ob einer dritten, nicht zu den Proceßparteien gehörigen Person, namentlich dem Cedenten in einem Processe zwischen dem Cessionar und dem debitor cessus, der Schiedseid angetragen werden dürfe, in der Doctrin des gemeinen Proceßrechts allerdings eine bestrittene; es muß aber bei der Beurtheilung und Beantwortung dieser Frage darin von der Meinung des Untergerichts abgewichen werden, daß das größere Gewicht der Argumente sich für die Bejahung dieser Frage herausstelle, daß die Bejahung nach der Tendenz und nach dem Wortlaute des localen Proceßrechts für zulässig erachtet werden müsse und daß sie endlich mit der bisher im Gebiete unseres localen Proceßrechts geltenden Praxis in Uebereinstimmung gebracht werden könne, auch von der Praxis des gemeinen Rechts anerkannt sei.

Das Institut der Eideszuschiebung hat sich nach Ausweis der Rechtsquellen aus dem Gesichtspunkte des Vergleiches herausgebildet. Die l. 2 D. 12, 2 sagt ausdrücklich: jusjurandum speciem transactionis continet und ebenso bezeichnet l. 1 ibid. den angetragenen Eid als ex pactione ipsorum litigatorum hervorgehend.

Die Partei, welche zu dem Mittel der Eidesdelation greift, erklärt damit, daß sie den Ausgang des Streites von einem Eide und zwar ihres Gegners abhängig machen wolle; sie setzt dabei voraus, daß der Gegner in Folge der ihm zugetrauten Gewissen-

haftigkeit auf die Ausschwörung verzichten, oder dieselbe dem Gewissen des anderen anheimgeben werde.

Der Grund des Schiedseids liegt somit in dem Willen des Deferenten, die streitige Thatsache im Fall einer eidlichen Erhärtung seitens des Gegners als wahr gelten und damit den Streit entschieden sein zu lassen, und ebenso gründet er sich auf den Willen des Delaten, im Fall dieser den Eid zurückschiebt, die Entscheidung des Streites seinem Gegner in die Hand zu legen. Die Eidesdelation ist demnach ein Vorschlag, welcher von einer Partei der anderen zur Erledigung des Streites gemacht wird, und es liegt diesem Institute ein unter den Parteien zu treffendes Uebereinkommen zu Grunde, nach welchem der eine oder andere der Gegner die Entscheidung herbeiführt und, wie schon das Römische Recht sagt, von seinem Gegner zum Richter in der eigenen Sache gemacht wird (l. 1. pr. Dig. 44, 5).

Eine solche Entscheidung über das Streitobject, wie sie aus der Annahme und resp. Verweigerung des angetragenen Eides hervorgeht, kann nun offenbar nur denen zustehen, welche das Dispositionsrecht über dasselbe haben. Es würde gegen alle rechtlichen Grundsätze verstoßen, wenn man von dem Willen eines Dritten, dem keine Befugniß über das Streitobject zusteht und der nicht berechtigt ist, über dasselbe einen Vergleich einzugehen, den Ausgang des Streites abhängig machen und das Schicksal der Parteien von seiner Erklärung über den Eid, seine Ableistung oder Verweigerung entschieden sein lassen wollte.

Um die Vertragsnatur des Schiedseides und die daraus zu ziehenden Folgerungen zu widerlegen, ist von dem Untergerichte darauf hingewiesen worden, daß der Vertrag ein Consensualvertrag sei, der aus der freien Uebereinstimmung beider Theile hervorgehe, bei der Eidesdelation aber der Delat solcher Freiheit entbehre, indem er die Eideszuschiebung sich wider seinen Willen gefallen lassen müsse und auf dieselbe einzugehen verpflichtet werde, woher denn die Eidesdelation kein Vergleichsmittel, sondern ein Beweismittel sei. Dieser Einwand ist aber insofern nicht zutreffend, als er die historische Entwicklung und die Natur dieser processualischen Institution übersieht. Anfangs war der Eidesantrag, d. h. der Vorschlag, den Streit durch den Schwur der einen Partei entschieden sein zu lassen, ausschließlich Sache des freien Uebereinkommens;

als aber die Nothwendigkeit eintrat, ein weiteres remedium expediendarum litium zu haben, so stellte der Prätor — wohl in dem Gefühl, weil es, wie es in l. 38. D. 12, 2 heißt, manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare nec jusjurandum referre — den Satz auf (l. 34 §. 6 Dig. 12, 2): eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam, d. h. „denjenigen, von welchem der Eid gefordert wird, werde ich zwingen, zu zahlen oder zu schwören." Damit begann denn in der Entwicklung des Proceßrechts das processualische Institut des Schiedseides. Es war wohl ein Zwangselement hineingetragen, nicht aber die Vergleichsnatur völlig aufgehoben, indem den Parteien noch eine freie Alternative gelassen war, einerseits die Sache auf den Eid zu stellen oder nicht, andererseits zu schwören oder schwören zu lassen.

Indem der Eid als Mittel zur Streitentscheidung im Proceß zugelassen wurde, blieb es jedoch ausgeschlossen, daß die Partei sich selbst zum Eide erbieten und selbst durch einen Eidschwur die Wahrheit ihrer Behauptungen feststellen konnte; denn damit wäre der Rechtschaffene gegenüber dem Gewissenlosen schutzlos geworden. Wohl aber konnte dem Gegner der Vorschlag gemacht werden, die Streitsache durch einen von ihm abzuleistenden Eid entscheiden zu lassen, wobei ihm zugleich zur Vermeidung jeder Beschwerung seines Gewissens freigestellt blieb, den Eid seinem Gegner anheimzugeben. Wenn in dieser Weise die Entscheidung herbeigeführt und die Partei selbst zum Richter in der eigenen Sache gemacht werden sollte, so war es erforderlich und vorausgesetzt, daß der Eid eben nur von dem Gegner beansprucht wurde. Die Grundlage des Instituts ist aber immer die Idee des Vergleichs geblieben und auch die weiteren Bestimmungen dieses Instituts haben sich aus dieser Idee entwickelt. Die Meinung, daß dasselbe lediglich Beweismittel und nicht Vergleichsmittel sei, ist daher nicht begründet und mit Recht sagt Linde (Proceß S. 302), daß bei der Ausbildung dieses Instituts die ursprüngliche Betrachtung desselben als eines Vergleichsmittels ebenso folgenreich gewesen ist, als die spätere Ansicht von demselben als einem gerichtlichen Beweismittel.

Aus der dem Schiedseide innewohnenden Vertragsnatur ergiebt sich, daß die Eidesdelation nur unter den Parteien selbst stattfinden kann, weil diesen allein die Befugniß zusteht, über den Streitgegenstand zu disponiren, und in der Verweigerung, An-

nahme und Zurückschiebung des Eides wesentlich ein Act der Disposition liegt, indem das bis dahin beanspruchte Recht, wenn der Gegner auf den Vorschlag eingeht, aufgegeben wird. Wie nun ein Dritter rechtlich nicht befugt ist, über den Streitgegenstand zu disponiren und Vergleiche über denselben abzuschließen, so muß es auch als allen civilrechtlichen Grundsätzen widersprechend angesehen werden, ihm die Rechte solcher Disposition durch Gestattung eines Eidesantrags an ihn zuzugestehen und von seinem Willen den Ausgang des Streites abhängig sein zu lassen.

Ueberhaupt ist es mißlich und den rechtlichen Grundsätzen widerstrebend, den Ausgang eines Rechtsstreits und die rechtlichen Folgen desselben ganz allein dem guten Willen und der Gewissenhaftigkeit eines Dritten anheimzugeben. Es lassen sich viele Fälle denken, wo damit entweder dem Leichtsinn oder der Befangenheit oder geradezu der übelwollenden Gesinnung die Entscheidung über Hab und Gut anheimgegeben werden würde. Es wird als Argument dagegen auf das Institut der Zeugen hingewiesen, da auch bei diesem durch eine eidliche Aussage dritter, hinsichtlich der betreffenden Sache nicht dispositionsfähiger Personen eine Entscheidung über das Streitobject herbeigeführt wird. Allein hier hat die Gesetzgebung in weiser Vorsicht zur möglichsten Sicherung gegen jede Rechtsverletzung eine übereinstimmende Aussage mehrerer, wenigstens zweier Personen verlangt und dabei zugleich gefordert, daß die Wahrnehmungsfähigkeit, die Interesselosigkeit und Unparteilichkeit dieser Personen festgestellt werde. Bei dem einem Dritten angetragenen Schiedseide ist es aber nur eine einzige Person, deren eidlicher Aussage schon die schwere Folge zugesprochen werden soll, ohne daß gegen sie zugleich diejenigen Einreden zugelassen werden, wie sie gegen Zeugen erhoben werden können und ohne daß überhaupt ihre Glaubwürdigkeit und Unparteilichkeit zur Prüfung kommt.

Es ist zwar von den Vertretern der Zulässigkeit der Eidesdelation an Dritte anerkannt, daß als Hauptregel allerdings feststehe, daß der Eid dem Proceßgegner selbst angetragen werden müsse, sie meinen aber, daß in gewissen Fällen eine Ausnahme geboten oder wenigstens zulässig sei, und suchen dies theils durch Rechtsdeductionen, theils durch Zweckmäßigkeitsgründe darzuthun. Namentlich wird als ein solcher Ausnahmefall das Verhältniß zwischen dem Cedenten und dem Cessionar bezeichnet. Man beruft

sich dabei auf die Rechtsparömie: cedens et cessionarius pro una persona habentur, nach welcher zwischen beiden eine rechtliche Personeneinheit bestehen solle. Allein es fehlt diesem Satze an der inneren rechtlichen Begründung und Wahrheit, wie er denn auch nirgendwo von der Gesetzgebung sich ausgesprochen findet. Eine juristische Personeneinheit kann nur durch eine Universalsuccession hergestellt werden; der Cessionar ist aber nur Singularsuccessor. Nach geschehener Cession hört das Recht des Cedenten auf, er kann über den Gegenstand weder sich vergleichen, noch sonstwie rechtsgültig verfügen, noch von dem über die Cession in Kenntniß gesetzten Debitor Zahlung empfangen; alle seine desfallsigen Handlungen sind für den Cessionar unwirksam. Der Cessionar ist vielmehr nach der Cession der einzig Berechtigte und Dispositionsbefugte, er allein ist zur Vertretung seiner erlangten Rechte berechtigt und dies gegen Alle und Jeden und namentlich auch gegen den Cedenten selbst. Wenn sonach Cessionar und Cedent selbst Gegner und Proceßparteien werden können, so ist es klar, daß zwischen ihnen eine Personeneinheit ausgeschlossen sein muß. Die singulären Gesetzbestimmungen, welche aus der Berücksichtigung der Natur der Verhältnisse hervorgegangen und zum Schutz des Schuldners gegeben sind (wie z. B. Art. 3480 Prov.-R. Th. III, daß der debitor cessus dem Cessionar Einreden aus der Person des Cedenten entgegensetzen kann) und welche wohl ausschließlich zur rechtlichen Feststellung des Objects in seinem Umfange bestimmt sind, geben noch keine Berechtigung, eine Verallgemeinerung vorzunehmen und dadurch zur Aufstellung des obigen Satzes zu kommen.

Es ist ferner angeführt worden, daß die Rücksicht auf die Erlangung der objectiven Wahrheit für die Eidesleistung durch den Cedenten streite, weil dieser oft in der Lage sei, die bessere Kenntniß zu haben. Indeß das geltende locale Civilproceßrecht kennt das Princip der freien Beweiswürdigung nicht und stellt dem Richter nicht die Aufgabe, das materielle Recht zu ergründen; es schreibt ihm vielmehr für sein Erkennen formelle Regeln vor, nach welchen er unter gewissen Voraussetzungen den Beweis für erbracht oder für nicht erbracht anzusehen hat, und die Ansicht, daß das Princip der formalen Wahrheit und des formalen Rechts mehr Gewähr auch für die wirkliche Wahrheit und für das materielle Recht biete, als das individuelle Befinden des Richters, ist in der

Doctrin noch keineswegs unvertreten und beseitigt. Abgesehen davon giebt aber auch die Möglichkeit, ein besseres Wissen zu haben und zu bekennen, noch keineswegs die Gewähr, daß dies auch geschieht, da persönlicher Charakter, Beziehungen zum Cessionar und Cedenten und eigenes Interesse trübend einzuwirken vermögen; sodann aber ergiebt sich aus dem Umstande, daß ein Dritter bessere Kenntniß von den einschlagenden thatsächlichen Verhältnissen hat, überhaupt gar kein rechtlicher Grund, um Jemand für verpflichtet zu halten, sich deshalb Dispositionsrechte über sein Recht durch einen solchen Dritten gefallen zu lassen. Will man sich auf die Kenntniß des Dritten berufen, so kann man dieses dadurch erlangen, daß man den Dritten als Zeugen beizieht.

Ferner ist noch für die Zulässigkeit der Eidesdelation an Dritte darauf hingewiesen worden, daß anderenfalls die Gegenpartei eines Beweismittels verlustig gehe. Es ist dies aber einestheils unrichtig anderentheils irrelevant. Denn es bleibt dem Producenten immerhin übrig den Dritten als Zeugen vorzuschlagen und somit ihn zu einem Zeugenbeweis zu benutzen. Der mögliche Verlust eines Beweismittels berechtigt aber noch nicht dafür in irgend einer Weise eine Entschädigung zu beanspruchen, den Zufall des Verlustes hat vielmehr der dominus zu tragen, und umsomehr, wenn derselbe ein selbstverschuldeter ist; dies wird aber immer da der Fall sein, wo zur geeigneten Zeit unterlassen worden ist, über die Thatsache, die von Werth ist, einen schriftlichen Beweis und somit eine bleibende Urkunde für sein Recht sich zu verschaffen — ein Fall, in dem sich in vorliegendem Falle die beklagte Partei befindet.

Endlich ist noch hervorzuheben, daß es kein gesetzliches Mittel giebt, die Eidesdelation an den Dritten gegen seinen Willen überhaupt in Wirksamkeit zu setzen. Der Dritte muß, um ihn in Kenntniß von dem gegen ihn gerichteten Eidesantrage zu setzen, zu dem Processe adcitirt werden. Es besteht aber kein staatsrechtliches Gesetz, welches jemand verpflichtete gegen seinen Willen als Adcitat an einem Processe zwischen zwei anderen Gegnern Theil zu nehmen und in die Rolle einer Proceßpartei einzutreten. Die Ladung zur Adcitation ist daher immer nur eine monitorische, wollte man eine peremptorische, also mit einem Nachtheil bedrohte Ladung ergehen lassen, so könnte dieser Nachtheil doch immer nur ihn, den Geladenen und Ungehorsamen, den adcitirten Dritten, nicht aber die

Proceßpartei treffen. Eben dasselbe ist der Fall, wenn der Adcitat etwa erscheint, aber erklärt, daß er sich auf den Eidesantrag überhaupt einzulassen durchaus nicht für verpflichtet erachte. Zur Widerlegung eines solchen Einwandes fehlt es an einem positiven Gesetze. Staatsrechtliche Strafen, wie bei der Verweigerung eines Zeugnisses, giebt es für solchen Fall nicht und processualische Strafen aus richterlicher Befugniß können gegen ihn nicht ausgesprochen werden, weil er nicht Partei in einem Processe ist und die Eidesdelation ihn zu einer solchen zu machen auch gar nicht beabsichtigt. Für seine Weigerung aber einen Anderen, die ursprüngliche Proceßpartei büßen zu lassen, dafür fehlt es an einem jeden Rechtsgrunde und diese Rechtsfolge würde somit zum Unrecht werden.

Falls aber der Adcitat sich auf den in einem fremden Processe gegen ihn gerichteten Eidesantrag einließe, so fragt es sich, welche Wirkungen hat eine solche Einlassung und durch welche Gesetze ist sie sanctionirt. Ein angetragener Eid kann recusirt, ausgeschworen, zurückgeschoben, oder durch einen Gewissensvertretungsbeweis ersetzt werden. Soll dem adcitirten Dritten die Berechtigung zu jeder dieser Handlungen zustehen, welche Folgen würden sich daraus ergeben und wie würden diese sich zu den geltenden Rechtsgrundsätzen verhalten? Wenn man den Eidesantrag an einen Dritten überhaupt für zulässig hält, so muß man ihm auch das Recht der Recusation und der Ausschwörung zugestehen. Was aber diesem angeblichen Rechte entgegensteht und welche der Rechtsidee widerstreitenden Folgen daraus erwachsen, ist bereits oben erörtert worden. Wie aber verhält es sich mit der Zurückschiebung und Gewissensvertretung? Will man dem Dritten dies Recht zugestehen, so tritt bei der Zurückschiebung der Fall ein, daß die Leistung des Eides nun dem Deferenten zufällt, daß der Dritte, dem die eigene Eidesleistung vielleicht unbequem war, oder der sich gegen beide Parteien zugleich von dem Verdacht einer leichtsinnigen Eidesleistung frei halten wollte, ganz allein über das Maß der Gewissenhaftigkeit des Deferenten entscheidet, und daß somit durch die Schuld des Dritten der Proceßgegner des Deferenten nunmehr den Proceß verliert und von der Willkür eines Dritten über sein Recht disponirt werden sieht.

Wählt der Adcitat die Gewissensvertretung, so wird er in einem fremden Processe Proceßpartei und muß fremde Interessen

vertreten und geltend machen, während die ursprüngliche Partei unterdessen des Rechts zu ihrer eigenen Vertheidigung entsetzt wird, und über sich die Gefahr ergehen lassen muß, daß durch eine ungeschickte Beweisinstruction eines Dritten sie ihres Rechts verlustig wird. Oder soll der ursprünglichen Proceßpartei vorbehalten bleiben, über die Zurückschiebung des Eides, über die Wahl der Gewissensvertretung zu entscheiden, und ihr die Instruction dieses Beweises zustehen? Soll in diesem Falle der, dessen Gewissen durch Beweis vertreten werden soll, sich zufrieden geben mit der Art wie, vielleicht gegen seine Ueberzeugung, der Beweis geführt wird? Es ist offenbar eine schiefe, mit den Rechtsgrundsätzen nicht zu vereinbarende und von keinen positiven Gesetzesvorschriften gerechtfertigte Lage, welche dadurch erzeugt wird.

Diese Lage giebt den Nachweis, daß Argumentationen und Deductionen allein nicht ausreichen, um das behauptete Proceßinstitut der Eideszuschiebung an Dritte zu schaffen und festzustellen, sondern daß es dazu einer gesetzlichen Grundlage und legislatorischen Regelung bedürfte. Für die Zulässigkeit des Eidesantrags an Dritte, außerhalb der Proceßparteien stehende Personen, giebt es aber kein positives Gesetz, weder des gemeinen, noch des localen Rechts. Man hat sich wohl zur Vertheidigung derselben auf die l. 1 §. 2. D. 44, 5: „Si petitor fundi jusjurandum detulerit adversario, ut si auctor ejus jurasset, suum fundum se tradidisse, ab ea controversia discessurum se, exceptio possessori fundi dabitur“ berufen, aber durchaus mit Unrecht. Denn diese Stelle liefert wohl ein Argument dafür, daß die Parteien vereinbarungsmäßig die Schlichtung ihres Streites von dem Eide des Auctors abhängig machen können, sie spricht aber durchaus nicht die Verpflichtung der Gegenpartei aus, sich auf einen derartigen Eidesantrag einzulassen.

Was das locale Recht betrifft, so weist das Cap. XVIII Lib. II der Stadtrechte nach, daß letztere nur eine Eidesdelation der Proceßparteien unter einander (des Klägers und des Beklagten) kennen, und es läßt sich aus keiner Bestimmung dieses Capitels deduciren, daß auch einer dritten, nicht zu den Proceßparteien gehörigen Person der Schiedseid angetragen werden dürfe. Das von dem untergerichtlichen Erkenntnisse dawider hervorgehobene Argument aus der Personeneinheit zwischen dem Cedenten und Cessionar ist, wie oben bemerkt, unbegründet.

Anlangend ferner die Praxis der städtischen Gerichte, so hat diese sich bisher immer dahin ausgesprochen, daß ein Eid nur der Proceßpartei, nicht aber einem Dritten angetragen werden darf, und daß, falls beide Parteien in die Ausschwörung eines Schiedseides willigen, hierin ein in seiner Wirkung gesteigertes Zeugniß zu finden ist. (Resolution des Rathes vom 29. September 1871, Nr. 6487. Bescheid des Landvogteigerichts II. Section vom 18. October 1869, Nr. 138. Bescheid des Landvogteigerichts I. Section vom 30. April 1871, Nr. 77. Bescheid des Wettgerichts vom 5. October 1857).

Eine Entscheidung, in welcher der besondere Fall des Cedenten vorgelegen hätte, ist nicht nachweisbar und daher auch nicht nachweisbar, daß die städtischen Gerichte sich für die Zulässigkeit der Eidesdelation an Dritte in einem solchen Falle ausnahmsweise ausgesprochen hätten. Die Behauptung der Querulaten, daß dies in einem Erkenntnisse der II. Section des Landvogteigerichts in Sachen Lukschansky :/: Heymann geschehen sei, ist eine unrichtige, indem in dieser Sache mit Einwilligung beider Parteien dem Cedenten ein Eid über eine vor der Cession geschehene Abschlagszahlung angetragen wurde, so daß es in dieser Sache zu einer gerichtlichen Entscheidung einer Controverse gar nicht gekommen ist.

Daß nun aber in der umfangreichen Praxis der städtischen Gerichte sich kein Fall auffinden läßt, wo die jetzt vorliegende Frage über die Zulässigkeit eines Eidesantrages an den Cedenten in Verhandlung und zur Entscheidung gekommen ist, läßt sich wohl als ein Beweis dafür anführen, daß bisher in der Anschauung der Gerichte und der gerichtlichen Vertreter kein Zweifel bestanden hat und daß aus solchem Grunde die Forderung der Leistung eines Schiedseides durch den Cedenten überhaupt nie erhoben und folglich jene Frage nie gestellt worden ist.

Wenn dagegen von dem Erkenntniß des Untergerichts zur Bestätigung der in der Gegenwart geltenden Rechtsanschauung auf den Entwurf einer baltischen Civilproceßordnung hingewiesen ist, so ist dagegen mit Recht vom querulantischen Theile hervorgehoben worden, daß sich hierin nicht das bestehende, jetzt geltende Recht, sondern ein gewolltes, neues abspiegele und zwar ein Recht, das sich auf mannigfache andere Principien und Voraussetzungen, als das geltende, stützt und daher nicht zum Beweise für das Bestehende herangezogen werden kann.

Auch selbst die Praxis im Gebiet des gemeinen Proceßrechts hat sich noch neuerdings wiederholt gegen die Zulässigkeit des Eidesantrages an den Cedenten ausgesprochen (cf. Seuffert's Archiv XVI, 165. XXI, 87 und 203) und es ist dies namentlich auch in jüngster Zeit von einer gewichtigen Autorität, dem Bundes-Oberhandelsgericht zu Leipzig in dem Erkenntniß vom 6. Juli 1871 geschehen (Seuffert's Archiv XXVI, 86). Endlich hat sich auch die Doctrin in überwiegender Weise gleichermaßen ausgesprochen (Vgl. Schmid, Handbuch II, Seite 334. Heffter, System §. 239. Linde, Lehrbuch §. 302 Note 7. Renaud, Lehrbuch §. 133, Note 35 und die daselbst Genannten)."

---

248. Die Erklärung auf den angetragenen Schiedseid darf nicht nur in dem Verlangen zuvoriger Ableistung des Gefährdeeides bestehen.

Der Beklagte, dem vom Kläger ein Schiedseid angetragen worden war, verlautbarte in der peremtorisch zur Erklärung anberaumten Frist nur das Verlangen, Kläger möge zuvor den Gefährdeeid leisten und behauptete, als Kläger den Beklagten mit seiner Erklärung auf den Eid zu präcludiren und den letzteren für verweigert zu erkennen hat: er, Beklagter, habe durch die Erklärung, daß er den Gefährdeeid fordere, die ihm gestellte peremtorische Frist salvirt. Der wettgerichtliche Bescheid vom 31. August 1872, Nr. 714 legte dem Kläger den Gefährdeeid auf und bestimmte, daß im Falle der Ableistung dieses Eides der Schiedseid vom Beklagten als verweigert, im Falle der Nichtleistung des Gefährdeeides dagegen der Schiedseid als vom Kläger erlassen zu gelten habe.

Beklagter querulirte, „weil der ihm angetragene Eid bedingungsweise für recusirt erachtet worden", wurde aber durch den Querelbescheid vom 29. November 1872, Nr. 8502 unter Bestätigung der untergerichtlichen Entscheidung auch in der Oberinstanz abgewiesen. Den oberrichterlichen Motiven (welche sich nur über die allein angefochtene Verfügung, daß die peremtorische Frist durch Abgabe der qu. Erklärung nicht für salvirt erachtet werden könne, verbreiten) ist zu entnehmen:

„Nach der gemeinrechtlichen Doctrin hat der Delat innerhalb

der ihm anberaumten Frist sich darüber zu erklären, ob er den ihm angetragenen Schiedseid annimmt, zurückschiebt, oder sein Gewissen durch Beweis zu vertreten beabsichtigt, und es ist an das Ausbleiben dieser Erklärung innerhalb jener Frist der Rechtsnachtheil einer Recusation des Eides geknüpft. Ob die directe Erklärung auf einen angetragenen Eid dadurch einstweilen verschoben werden kann, daß Einreden wider die Zulässigkeit dieses Eides vorgebracht werden, darüber schwankt die gemeinrechtliche Doctrin. Die hiesige städtische Praxis hat sich dafür erklärt.

Wäre das in das Gewand einer Einrede gekleidete Begehren des Beklagten, von der Bereitschaft seines Gegners zur Leistung des Gefährdeeides unterrichtet zu werden, seinem Wesen nach als eine Einrede gegen die Zulässigkeit des Eides aufzufassen, so müßte demnach dem Querulanten allerdings Recht gegeben werden. Als eine solche Einrede charakterisirt sich aber jenes Begehren nicht, dasselbe ist vielmehr nur die Geltendmachung einer dem Delaten zuständigen selbständigen Befugniß. Sollte auch diese Geltendmachung eines selbständigen Rechts befähigt sein, von der Regel abweichend den Delaten vorläufig von der ihm obliegenden Erklärung zu entbinden, so müßte das durch ein Gesetz festgestellt sein. Ein solches Gesetz findet sich aber nirgends, wogegen aus dem Rig. Stadtrecht (Lib. II Cap. XVIII Art. 1 und 2) deutlich genug das Gegentheil herauszulesen ist, wenn es daselbst heißt, daß neben und mit der Erklärung auf den Eid auch der Gefährdeeid verlangt werden dürfe."

Uebereinstimmend ist erkannt in der Resolution vom 30. Januar 1881, Nr. 800.

---

249. Dem Deferenten ist zur Erklärung über die Leistung oder Nichtleistung des Gefährdeeides keine besondere Frist zu gewähren.

In dem Querelbescheide vom 10. September 1871, Nr. 6020 heißt es:

„Was zunächst die Ansicht des querulantischen Hypothekenvereins betrifft, daß bei Zurückweisung seiner Protestation wider den von ihm geforderten Gefährdeeid nicht gleich der Eidestermin hätte anberaumt, sondern ihm zuvor eine Frist zur Erklärung über die Acceptation dieses Eides hätte gegeben werden müssen, so

ist dieselbe durchaus unrechtfertig. Denn es steht sowohl nach dem gemeinen Recht, als nach den statutarischen Bestimmungen des Stadtrechts Lib. II Cap. XVIII §. 1, 2, 3 u. 6 dem Delaten das Recht zu, von dem Deferenten die zuvorige Ableistung des Gefährdeeides zu fordern. Es steht nicht in dem Ermessen des Deferenten, ob er diesen Eid leisten will oder nicht, sondern er ist auf Verlangen des Delaten zur Ableistung desselben gesetzlich verpflichtet und die Unterlassung zieht für ihn den Verlust des von ihm gewählten Beweismittels nach sich. Indem ihm bei der Wahl des Beweismittels der Eidesdelation diese gesetzliche Verpflichtung sowohl, als der gesetzlich feststehende Inhalt des Gefährdeeides vor Augen lag, war ihm gesetzlich schon die Möglichkeit zu der Erwägung gegeben, ob er diesen Eid zu leisten im Stande sei. Es bedarf daher keiner Anberaumung einer Frist, um dem Deferenten Zeit zu einer solchen Erwägung und einer solchen Erklärung zu geben. Die Theorie des Processes und die gerichtliche Praxis haben auch eine Fristgewährung zu einem solchen Zweck keineswegs eingeführt, es war daher vollkommen gerechtfertigt, wenn das Untergericht ohne Anberaumung noch einer besonderen Frist zur Erklärung auf das Verlangen des Gefährdeeides den Termin zur Ableistung dieses Eides auf denselben Tag mit der Leistung des deferirten Eides in Uebereinstimmung mit §. 3 l. c. festgestellt hat."

---

250. a) Unzulässigkeit des Glaubenseides.
b) Inhalt des Ignoranzeides.

I. „Es ist den Ausführungen des Appellanten darin beizustimmen, daß nach den Vorschriften des Rig. Stadtrechts Lib. II Cap. XVIII §. 10 in dem stadtrechtlichen Proceß ein Glaubenseid überhaupt nicht stattfindet, wie das wiederholt von dem Rathe in seinen Entscheidungen ausgesprochen ist.

Vgl. Querelbescheid vom 13. Januar 1878, Nr. 299,
bsgl. „ 2. August 1878, „ 5084.

Dagegen enthält das Stadtrecht hinsichtlich des Ignoranzeides keine Bestimmungen und hat daher in Bezug hierauf auf Grund des Lib. II Cap. IV ibid. das gemeine Recht einzutreten, was auch von der stadtrechtlichen Praxis wiederholt anerkannt ist:
Bescheid der I. Section des L.V.G. vom 5. Sept. 1870, Nr. 168.

Bescheid des Wettgerichts vom 8. Febr. 1871, Nr. 81.
„ „ Vogteigerichts „ 7. Jan. 1875, „ 195.
„ der II. Section des L.V.G. „ 6. Mai 1876, „ 101.

Beklagter muß daher für verpflichtet erachtet werden, sich auf die angetragenen Eide, sofern diese auf die Feststellung der Kenntniß rsp. Unkenntniß der betreffenden Thatsachen seitens des Beklagten gerichtet sind, einzulassen ... Ferner muß aber auch der Delat für verpflichtet erachtet werden, hinsichtlich der ihm zum Eide gestellten Thatsachen sorgfältige Nachforschungen anzustellen und, daß er solcher Verpflichtung nachgekommen sei, eidlich zu erhärten, weil ohne diesen Zusatz der Eid keine Bedeutung hätte und die Einwendung des Nichtwissens einzig auf Nachlässigkeit oder bösem Willen beruhen könnte."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 20. December 1878, Nr. 8701.)

II. „Es könnte das Bedenken entstehen, ob der Eid auch in der Glaubensform, wie er vom Unterrichter gestäbt worden, auszuschwören sei, da auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII §. 10 durch vielfache Präjudicate des Rathes und seiner Untergerichte der Glaubenseid für unzulässig erklärt worden ist. Da aber appellantische Handlung dieser Formulirung des Eidessatzes ausdrücklich zugestimmt hat und den Parteien nach §. 13 l. c. das Recht zusteht, den Ausgang ihrer Sache von einem unter gegenseitiger Uebereinstimmung formulirten Eide abhängig zu machen, so ist jenes Bedenken im vorliegenden Falle nicht weiter in Berücksichtigung zu ziehen."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 24. Januar 1879, Nr. 569.)

---

251. Der Eidessatz braucht in der Fassung nicht nothwendig mit dem festgestellten Beweisthema übereinzustimmen.

I. „Appellant remarquirt, daß das untergerichtliche Erkenntniß bei der Formulirung des Eides zu dem im Beweisinterlocut aufgestellten Beweisthema die Worte „für der Vermiether Rechnung" hinzugesetzt habe, weil auch der Richter an das rechtskräftige Be-

weisinterlocut gebunden sei und weil, wenn der Richter bereits im Beweisinterlocut diesen Zusatz gemacht hätte, Beklagter dann seinen Beweis erbracht haben könnte. Diese Remarque ist vollständig müssig. Das Beweisthema ist durch jenen Zusatz keineswegs auch nur im mindesten abgeändert. Wenn der Beweis aber durch einen zugeschobenen Eid geführt werden sollte, so war die richterliche präcise Feststellung des Eidessatzes nothwendig, damit der Schwörende genau und unzweifelhaft wisse, was er zu schwören habe."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 28. März 1880, Nr. 2114.)

II. „Bei seiner Polemik gegen die Erheblichkeit des Eides geht Kläger von der irrigen Voraussetzung aus, als ob der Eidesantrag nur über solche Thatsachen stattfinde, die allein schon den Beweissatz in Gewißheit setzen. Dies ist aber keineswegs der Fall, sondern wie man überhaupt den Eid über die Prämissen eines künstlichen Beweises zuschieben darf (O.B. vom 5. Juni 1868, Nr. 4120), so ist dieses Beweismittel auch dort anwendbar, wo die zum Eide gestellte Thatsache erst in Verbindung mit anderen dasjenige Moment ergiebt, welches die Entscheidung des Rechtsstreites bedingt."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 2. Juli 1880, Nr. 4432.)

---

252. Ueber die Aufnahme der sog. Adversative in die Eidesformel.

Durch Bescheid der II. Section des L.V.G. vom 5. September 1878, Nr. 203 war der vom Kläger dem Beklagten über die Klagebehauptung angetragene Eid auf Antrag des Beklagten dahin gestäbt worden:

es ist nicht wahr, daß mir die vom Kläger unterzeichneten Wechsel über 1500 Rbl. nur zur Sicherstellung einer mir zustehenden Obligationsforderung von 1100 Rbl. und nur für die Zeit übergeben worden sind, bis die Obligation auf das Haus des Klägers ingrossirt sein würde, sondern es ist vielmehr wahr, daß unserer Abmachung gemäß sowohl die Obligationsforderung, als auch eine andere aus einem Viehhandel entstandene Forderung durch die bezeichneten Wechsel haben besichert werden sollen.

In Folge der vom Kläger dawider erhobenen Querel wurde der zweite Theil des Eidessatzes durch Querelbescheid vom 24. Januar 1879, Nr. 570 aus folgenden Gründen gestrichen:

„Dem Querulanten muß darin Recht gegeben werden, daß die Eidesformel nicht, wie vom Unterrichter geschehen, auch auf die vom Kläger in Abrede gestellte, vom Beklagten durch nichts bescheinigte Behauptung auszudehnen ist*), daß nämlich Kläger dem Beklagten aus einem Viehandel 990 Rbl. schulde und auch für diese Schuld die qu. Wechsel verpfändet seien. Einerseits bedarf es dieses Zusatzes nicht, da der Eid ohne denselben vollkommen klar und der Klage entsprechend ist und der Delat denselben ohne jegliche Gewissensqual ausschwören kann; andererseits ist aber nach unserer Proceßpraxis ein abgeleisteter Eid auch in einem anderen Rechtsstreit unter denselben Parteien präjudiciell und es würde daher hier durch jenen Zusatz über einen Anspruch entschieden werden, für den in diesem Processe Beklagter die Führung jeden Beweises unterlassen hat und gegen welchen dem Kläger die Vertheidigung in einem separaten Processe mit Recht nicht abgeschnitten werden darf."

---

253. Die irrelevante oder unrichtige Fassung der Eidesformel zieht nicht von selbst die Verwerfung der Eidesdelation nach sich.

I. „Es bleibt der Einwand übrig, daß in ihrer gegenwärtigen Formulirung die Eidessätze irrelevant seien. Indessen muß gegenüber dem Antrage des Klägers auf Verwerfung der Eidesdelation aus diesem Grunde bemerkt werden, daß eine unrichtige Fassung der Eidessätze noch nicht eine Verwerfung des Eidesantrages nach sich zieht, sondern nur die Veranlassung zu einer sachgemäßen Umstäbung desselben seitens des Richters giebt, der von Amtswegen darüber zu wachen hat, daß unnütze Eide nicht geschworen werden (vgl. die Querelbescheide des Raths vom 4. Juli 1873, Nr. 5041; vom 16. November 1873, Nr. 8609; vom 12. August 1877, Nr. 5480), wobei einzig vorausgesetzt wird, daß das thatsächliche Vorbringen

*) Vergl. auch das Appellations-Erkenntniß vom 3. August 1879, Nr. 5262.

der Parteien zu einer solchen Umstäbung die genügende Grundlage bietet."

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

II. „Es ist allerdings gerechtfertigt, was Kläger — freilich erst jetzt — gegen die Formulirung des Eidessatzes geltend macht, und der Umstand, daß Kläger auf eine Umstäbung seinen Antrag nicht ausdrücklich gerichtet hat, steht einer solchen insofern nicht entgegen, als die Eidesstäbung Sache der richterlichen Amtspflicht und daher von Parteianträgen nicht abhängig ist (Querelbescheid des Raths vom 12. August 1877, Nr. 5480) ... Eine unrichtige Fassung des Eidessatzes zieht nicht die Verwerfung desselben nach sich, sondern hat lediglich zur Folge, daß der Richter denselben auf Grund der actenmäßigen Thatsachen zurechtstellt (Q.B. vom 21. December 1879, Nr. 8531). Eine derartige Zurechtstellung erweist sich aber im Fragefalle deshalb als unmöglich, weil Beklagter keinerlei Thatsachen angeführt hat ... Aus diesem Grunde bleibt denn allerdings nichts anderes übrig, als den in Rede stehenden Eid wegen seiner unbestimmten Fassung zu verwerfen."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 2. Juli 1880, Nr. 4432).

---

254. Der Richter ist befugt, irrelevante Eide von Amtswegen zu verwerfen.

I. „Anlangend die geschehene Verwerfung eines Eidesantrages, ohne daß sich der Delat auf denselben geäußert hatte, so kann darin eine Nichtigkeit nicht erblickt werden. Denn die Verhandlungsmaxime, wenn sie den Richter auch in thatsächlicher Beziehung an die Anträge der Parteien bindet, behindert ihn doch in keiner Weise in rein juristischer Beziehung. Sie gestattet ihm nicht nur, nach negativer Richtung dahin zu wirken, daß Zeit und Kosten erspart werden, sondern sie überläßt ihm auch in positiver Richtung jede proceßleitende Thätigkeit und jede rechtliche Beurtheilung wie des ganzen Streitverhältnisses überhaupt, so aller in dasselbe hineinschneidenden Rechtsfragen. Es ist hiernach vollständig gerechtfertigt

wenn der Richter von Amtswegen Eide abschneidet, welche er als nicht streitentscheidender Natur nicht würde zulassen dürfen."

(Aus den Motiven des Erkenntnisses vom 23. November 1877, Nr. 7958).

II. Beklagter hatte einen ihm von der Klägerin zugeschobenen Eid acceptirt, in dem anberaumten Schwurtermin aber durch eine Eingabe seine Bereitwilligkeit zur Ausschwörung des Eides — jedoch in anderer Fassung — erklärt. Bald darauf stellte Klägerin die Ungehorsamsbeschuldigung und bat den Eid für desert zu erkennen.

Das Landvogteigericht (II. Section) stäbte den deferirten Eid, den es in der angetragenen Fassung für irrelevant erklärte, um und wies den Beklagten zur Erklärung darauf an. Der querulirende Kläger wurde durch den Querelbescheid des Raths vom 16. November 1873, Nr. 8609, abgewiesen.

Den oberrichterlichen Motiven ist zu entnehmen:

„Die Irrelevanz des in Rede stehenden Schiedseides in der von der Klägerin beantragten Fassung läßt sich in der That nicht verkennen ....

Wenn nun vom Richter zur Vermeidung von Weiterungen schon ex officio Eide über irrelevante Thatsachen abgeschnitten werden müssen und, wenn es geht, noch ehe Parteianträge dieserhalb verlautbart werden, den beantragten Schiedseiden eine dem Beweisthema entsprechende Fassung zu geben ist, aus einer unrichtigen Eidesstäbung aber nicht für die Parteien die Möglichkeit erwachsen kann, von dem Dasein gleichgiltiger Umstände ihrerseits behauptete Rechtsansprüche abhängig zu machen, so kann andererseits, wenn gleichwohl ein in unangemessener Stäbung deferirter Eid acceptirt, nicht aber ausgeschworen wird, hieraus sich nicht als Folge ergeben, daß der Kläger wegen unrichtig beantragter Eidesfassung des Beweismittels der Eideszuschiebung, und folgeweise überhaupt des Beweises seines Klagegrundes verlustig gehe. Es ist daher eine bis zum Moment der Eidesabnahme vom Richter auszuübende Pflicht darüber zu wachen, daß die Eidesformel dem streitigen Sachverhalte derart entspreche, daß aus der Verweigerung des Eides sich eine zur Klagebegründung geeignete Thatsache ergebe und es ist im vorliegenden Falle, wiewohl an und für sich der Schiedseid desert gewesen wäre, aus dem Grunde, weil dieser Eid nicht

richtig gestäbt war, von der gegenstandslosen Deserterklärung abzusehen und eine richtige Eidesstäbung vorzunehmen gewesen, deren Folge zunächst keine andere sein kann, als daß Beklagter sich nunmehr auf gegnerischen Antrag nochmals über die Acceptation zu erklären haben wird."

---

255. Umstäbung bzw. Streichung des Eides ex officio. Der Oberrichter ist zu einer bezüglichen Abänderung des untergerichtlichen Decrets auch ohne Antrag der Parteien befugt. Reformatio in pejus.

Zwei vom Beklagten dem Kläger zugeschobene Eide waren von letzterem acceptirt und durch Erkenntniß des Wettgerichts vom 13. März 1875, Nr. 195 umgestäbt worden. Auf die vom Kläger wider dieses Erkenntniß erhobene Appellation hob das Appellationsurtheil vom 3. September 1875, Nr. 5815 die untergerichtliche Entscheidung auf und verwarf die Eidesleistung als überhaupt in casu unzuläßig. Die Motive bemerken:

„Der Beweggrund zur Abänderung des untergerichtlichen Erkenntnisses liegt in der jedem Richter obliegenden Verpflichtung zur Beseitigung unnützer und überflüssiger Eide von Amtswegen. Diese jedem Richter obliegende Verpflichtung schließt für ihn, wenn er ein Oberrichter ist, zugleich die Berechtigung zu einer sonst allerdings unzuläßigen reformatio in pejus in sich (Renaud, Civilproceß, Ausg. von 1873 S. 585. Seufferts Archiv XX, 92, 267, 270; XXI, 256). Dürfen nun aber nicht nur, sondern sollen vielmehr geradezu überflüssige und auf die Entscheidung der Streitsache einflußlose Eide vom Oberrichter selbst zum Nachtheile des Appellanten und ohne einen darauf abzielenden Adhäsionsantrag des Appellaten abgeschnitten werden, und zwar auch bei sonst rechtlich bestehender Verhandlungsmaxime, weil die Nothwendigkeit zur Verwerfung solcher Eide aus moralischen Motiven auch ohne und selbst wider den Willen der Parteien sich von selbst geltend macht und diese Geltung, wo sie in Gefahr steht verabsäumt zu werden, durch den proceßleitenden Richter amtlich herbeigeführt werden muß, so ist hier weiter nur noch in Betracht zu ziehen, ob diejenigen Thatsachen, welche durch die angetragenen beiden Schiedseide in Gewißheit gesetzt werden sollen, für die Entscheidung des

Rechtsstreites seiner Sachlage nach wirklich vollständig unerheblich und gleichgiltig sind."

(Es folgt der Nachweis, daß letzteres thatsächlich der Fall sei) — — — „Diesem Allem nach müssen beide Schiedseide, von deren Ausschwörung oder Nichtausschwörung durch die eine oder andere der Parteien das untergerichtliche Erkenntniß den Ausgang des obschwebenden Rechtsstreits abhängig wissen will, als nutz- und zwecklos wegen ihrer den Streit keineswegs entscheidenden Natur erachtet werden. Damit tritt denn aber, wie oben erläutert wurde, auch die Nothwendigkeit zu deren amtlicher Beseitigung ein."

Dieselben Grundsätze sind unter fast gleichen Verhältnissen ausgesprochen im Appellationsurtheil vom 10. September 1875, Nr. 5963.

---

256. Zurückziehung des deferirten Eides nach geschehener Acceptation.

Aus den Motiven des den Vogteigerichtsbescheid vom 7. März 1874 bestätigenden Querelbescheides vom 19. Juni 1874, Nr. 3902:

„. . . das Recht des Deferenten auch nach geschehener Acceptation des angetragenen Eides, so lange derselbe noch nicht ausgeschworen ist, ihn zurückzunehmen und während des Laufes der Beweisfrist durch andere Beweismittel zu ersetzen, ist keinem Zweifel zu unterziehen. Es wird nicht nur von den bewährtesten Processualisten auf Grund ausdrücklicher Gesetzesbestimmung in l. 11 Cod. de reb. cred. ausdrücklich anerkannt (cf. Gönner, Handbuch Bd. II, S. 309. Schmid, Handbuch II, S. 360. Bayer, Civilproceß, S. 902. Renaud, Lehrbuch, S. 351 u. a. m.) sondern auch von der constanten Praxis der hiesigen Gerichte sancirt."

---

257. Unzulässigkeit einer Gewissensvertretung im Schwurtermin.

Aus den Motiven des den Wettgerichtsbescheid vom 4. Februar 1875 bestätigenden Querelbescheides vom 12. März 1875, Nr. 1955:

„Es liegt die Rechtsfrage zur Entscheidung vor, ob der Delat, der seine Bereitschaft zur Ableistung eines ihm zugeschobenen Eides erklärt hat, in dem für die Eidesleistung anberaumten Termin sein Gewissen durch Beweis zu vertreten verlangen darf. Diese Rechtsfrage muß aber mit dem Unterrichter verneint werden.

Ob und in welchem Maße diese Rechtsfrage nach der gemeinrechtlichen Proceßtheorie controvers ist und mit welchen Rechtsgründen sich die eine oder andere Anschauung unterstützen läßt, kommt hier zunächst nicht in Betracht, in erster Reihe ist vielmehr den Bestimmungen des Rigaschen Stadtrechts Aufmerksamkeit zuzuwenden. Schon der Unterrichter hat hervorgehoben und ihm kann darin nur beigepflichtet werden, wie nach den Stadtrechten die Gewissensvertretung als ein Mittel sich darstellt, um vorläufig die Einlassung auf einen deferirten Eid abzulehnen (Lib. II Cap. XVIII Art. 2 u. 3), und wie daher wohl die Folgerung gerechtfertigt ist, daß die Gewissensvertretung nach bereits erklärter Einlassung präcludirt sei. Fast noch schlagender erweiset sich aber die Bestimmung des Art. 5 l. c. Denn wenn es daselbst heißt: „es sei nun gleich Kläger oder Beklagter, welchem der Eid zu leisten zuerkannt wird, so soll er denselben dergestalt, wie ihm derselbe in der Klage deferirt oder referirt worden, prästiren", so erscheint wohl jeder weitere Zweifel darüber ausgeschlossen, daß nach geschehener gerichtlicher Anberaumung des Eidesleistungstermins, in welcher offenkundig eine Zuerkennung des Eides liegt, an die Stelle des zu leistenden Eides nicht ein Surrogat für ihn gesetzt werden kann, da ja solchenfalls der Eid nicht dergestalt geleistet wird, als er verlangt oder angetragen worden."

---

258. Die falsch gewählte Bezeichnung des Eides als eines „eventuellen" ist irrelevant.

In Klagesachen B. wider G. war dem Beklagten G. durch Appellationserkenntniß vom 23. April 1871 der Beweis seiner Einredebehauptungen auferlegt worden und er hatte denselben durch Production einer Urkunde rechtzeitig angetreten. Kläger B. introducirte hierauf einen Gegenbeweis, indem er vom Beklagten die Edition zweier anderer Urkunden verlangte. Nachdem Beklagter jedoch den Besitz derselben geleugnet und auch den Editionseid geleistet hatte, introducirte Kläger einen Additionalgegenbeweis durch eine von ihm als „eventuell" bezeichnete Eidesdelation. Beklagter protestirte hiergegen, weil ein eventueller Eid zugleich mit der Antretung des Principalbeweises zu introduciren gewesen wäre, und Kläger wurde hierauf mit dem eventuell deferirten Eide vom

Wettgericht mittels Bescheides vom 31. Juli 1871 abgewiesen und in die Kosten des Zwischenverfahrens verurtheilt. Wider diesen Bescheid ist vom Kläger das Rechtsmittel der Querel interponirt und hierauf vom Rathe unter dem 3. December 1871, Nr. 8162 dahin entschieden worden, daß Beklagter mit seiner Protestation wider den Eidesantrag des Klägers ab- und zur directen Erklärung anzuweisen, die Kosten des Zwischenverfahrens in beiden Instanzen aber zu compensiren seien. Aus der Motivirung dieser Entscheidung ist zu entnehmen:

„Nach dem stadtrechtlichen Proceßverfahren ist die Introduction von Beweismitteln und zwar Beweismitteln jeder Art nicht blos innerhalb des Laufes der Beweisfrist, sondern auch während des Laufes der Additionalbeweisfrist, wenn ein Additionalbeweis nachgegeben war, statthaft. In der vorliegenden Sache war, nachdem von Seiten des Gegners erklärt worden war, gegen die auf Nachgabe eines Additionalgegenbeweises gerichtete Bitte des Klägers nichts einwenden zu wollen, ein Additionalbeweis dem Kläger rechtlich nachgegeben worden, wodurch zugleich die Frage über die Zulässigkeit eines solchen Beweises unter den concreten Umständen bejahend entschieden und außer Streit gestellt worden ist.

Kläger hat nun diese Berechtigung zur Führung eines Additionalbeweises in der Art benutzt, daß er dem Gegner einen Eid über gewisse Thatsachen deferirte. Daß auch im Additionalbeweise das Beweismittel der Eidesdelation statthaft sei, unterliegt an sich keinem Zweifel, ein solcher ist im vorliegenden Falle nur dadurch entstanden, daß Kläger diesem Eidesantrage die Bezeichnung eines eventuellen gegeben hat. Da diese Bezeichnung aber eine Cumulation mit anderen Beweismitteln, somit das Vorhandensein dieser voraussetzt, solche aber in der That gar nicht vorhanden waren, so ergiebt sich daraus, daß es gar nicht im Willen des Producenten gelegen haben kann, die Eidesdelation erst in zweiter Reihe stattfinden zu lassen, sondern daß seine Absicht lediglich darauf gegangen ist, den von ihm unternommenen Gegenbeweis allein durch dieses von ihm introducirte Beweismittel führen zu wollen. Sonach ist denn die gebrauchte Bezeichnung „eventuell" mit den factischen Umständen im Widerspruch und ist offenbar eine falsche.

Es ist aber kein rechtlicher Grund vorhanden, blos in Folge dieser falschen Bezeichnung dem Kläger die Führung des nachge-

gebenen und von ihm beabsichtigten Beweises zu versagen, sondern es ist vielmehr von dieser Bezeichnung ab- und allein auf das Wesen der Sache zu sehen.

Daher ist denn unter Aufhebung des untergerichtlichen Decretes dahin zu erkennen, daß Beklagter unter Zurückweisung seiner wider den klägerischen Eidesantrag erhobenen Protestation anzuweisen ist, sich auf solchen Eidesantrag binnen 8 Tagen nach der ihm gewordenen Eröffnung des Actenremisses sub poena recusati zu erklären."

---

259. Auf den eventuellen Schiedseid ist zu greifen, sobald die principalen Beweismittel wegfallen.

Aus den Motiven des den waisengerichtlichen Bescheid vom 2. Juli 1874, Nr. 574 aufhebenden Querelbescheides vom 16. October 1874, Nr. 6472:

„Was den eventuellen Eidesantrag anbetrifft, so ist derselbe vom Unterrichter deshalb nicht in Betracht gezogen worden, weil ein solcher nur in Verbindung mit anderen Beweismitteln statthaft sei, in casu aber die anderen Beweismittel sämmtlich hätten für unzulässig erkannt werden müssen. Da nun aber der eventuelle Eidesantrag der mit ihm verbundenen Absicht gemäß nicht bloß dann in Wirksamkeit zu treten hat, wenn die anderen Beweismittel ihrem Inhalte nach ein Resultat nicht ergeben, sondern auch in dem anderen Falle, wenn die anderen Beweismittel selbst aus irgend einem Grunde in Wegfall kommen, so muß die eventuelle Eidesdelation für zulässig erachtet werden."

---

260. Bei mißlungenem Hauptbeweis hat der Richter den Delaten zur Erklärung auf den eventuellen Eidesantrag anzuhalten.

Die II. Section des L.V.G. hatte den vom Beklagten geführten Einredebeweis für mißlungen erklärt und ohne Rücksicht auf die in der Beweisantretung enthaltene eventuelle Eidesdelation die Zahlungseinrede verworfen. Auf des Beklagten Appellation erkannte der Rath am 18. Juni 1880 sub Nr. 4154:

„Die eventuelle Eidesdelation tritt erst dann in Wirksamkeit, wenn die Eventualität, für welche der Eid angetragen wurde,

nämlich daß der Hauptbeweis nicht vollständig oder bis zur Auflage eines Ergänzungseides erbracht sein sollte, vorliegt. Ob vorher schon eine Instruction in Bezug auf dieses Beweismittel stattzufinden habe, hängt von dem Ermessen des Richters ab, welcher dabei die Umstände des concreten Falles zu berücksichtigen hat. Ist die Erklärung des Delaten, wie im vorliegenden Falle, nicht während des Beweisstadiums eingeholt, sondern bis dahin beanstandet worden, wo das Resultat des Hauptbeweises vorliegen würde, so muß der Proceßrichter wenigstens später, sofern das Beweisresultat nicht zu Gunsten des Probanten ausgefallen ist, auf das eventuell vorgebrachte Beweismittel der Eideszuschiebung eingehen und den Delaten zur Erklärung auf die letztere anhalten (vgl. die Resolution vom 19. Januar 1872, Nr. 326*). Die Unterlassung dessen widerstreitet dem Grundsatze, daß einerseits alle Beweismittel, die rechtzeitig eingebracht sind, von dem Gericht auch berücksichtigt werden müssen und daß andererseits ein Verzicht des Beweisführers auf ein producirtes Beweismittel nicht vermuthet werden darf. Demnach hat das angefochtene Erkenntniß, soweit es ohne Rücksicht auf den eventuellen Eidesantrag schon definitiv die Zahlungseinrede des Beklagten verworfen hat, aufgehoben und der klagenden Handlung aufgegeben werden müssen, sich auf den eventuellen Eidesantrag zu erklären."

---

261. Die eventuelle Eidesdelation ist nicht zu berücksichtigen, wenn das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache bewiesen ist.

„Querulant macht geltend, daß über die Unzulässigkeit des von ihm seinem Gegner eventuell angetragenen Eides nicht hätte erkannt werden dürfen, da sein Gegner eine Erklärung auf diesen Eid verabsäumt habe und demgemäß von der poena recusati betroffen werde. Da aber das Gegentheil dessen, was vom Intervenienten hat in Eid gestellt werden wollen, durch die übereinstimmenden Aussagen der drei interventischen Gegenbeweiszeugen bereits in vollständige Gewißheit gesetzt ist und da der Richter die Pflicht hat

---

*) In dieser war in der Nichtberücksichtigung des eventuellen Eidesantrages eine Nichtigkeit gefunden worden.

unnütze Eide zu verhüten, so bedurfte es weiter keiner Erklärung des Intervenienten auf den ihm eventuell angetragenen Eid."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 8. April 1877, Nr. 2273.)

---

262. Die Anfechtung einer auf Grund eines Schiedseides erfolgten Entscheidung vor dem Civilrichter ist unzulässig.

Die Motive der Resolution vom 19. März 1871, Nr. 2332 lauten:

„Der Bescheid des Untergerichts vom 28. October 1871 ist in Grundlage eines ausgeschworenen Schiedseides erfolgt. Ein solcher Bescheid wird in den Stadtrechten Lib. II Cap. XVIII §. 9 u. 13 für unanfechtbar erklärt. Demnach konnte das Untergericht ein Rechtsmittel wider den in Rede stehenden Bescheid nicht nachgeben. Dem Vorbringen des Supplicanten, die Unterinstanz habe die angeblichen Vorgänge bei der Eidesleistung unerörtert gelassen, ist entgegen zu halten, daß zufolge Lib. II Cap. XVIII §. 9 der Stadtrechte jede Beweisführung über die Wahrheitswidrigkeit eines abgelegten Schiedseides vor dem Civilrichter ausgeschlossen ist. Es muß somit bei der untergerichtlichen Entscheidung sein Bewenden haben; es kann dem Supplicanten nur offen gelassen bleiben, eine Entschädigungsklage wider die Klägerin geltend zu machen, falls ihm eine durch das Criminalgericht ausgesprochene Verurtheilung derselben wegen Meineides zur Seite stehen sollte (cf. Wetzell, System des ordentl. Civilprocesses 2. Aufl., §. 27 Pkt. 5, S. 265.)"

---

263. Processualische Erfordernisse des Würderungseides.

I. Der Klage auf Zurückgabe angeblich geliehener Pferdegeschirre war Beklagter mit der Behauptung der bereits geschehenen Zurückgabe begegnet und, nachdem durch Richterspruch die geschehene leihweise Entnahme der Geschirre als zugestanden, die Rückgabe aber als nicht bewiesen anerkannt war, verlangte Kläger, da über den Werth des Streitgegenstandes die Parteien uneinig waren, Zulaß zum Würderungseide, welcher ihm jedoch durch Bescheid der Landvogtei (I. Section, 12. October 1871, Nr. 155) verweigert wurde.

Das Erkenntniß des Raths vom 12. Mai 1872, Nr. 3272 gestattete auf Appellation des Klägers hin den Würderungseid unter folgender Motivirung:

„Es kann der unterrichterlichen Verwerfung des Würderungseides, als eines in concreto unzulässigen Beweismittels nicht zugestimmt werden. Nach Art. 3456 Th. III des Prov.-Rechts gehört zu den rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit dieses Beweismittels sonst nichts, als daß der Schade, welcher entgolten werden soll, durch Argliſt oder grobes Verschulden hervorgerufen worden ist und daß eine Ermittelung des Werthes auf anderem Wege sich als nicht füglich ausführbar darstellt. Beide Voraussetzungen treffen hier zu. Wer ohne Angabe irgend welchen Befreiungsgrundes ihm auf kurze Zeit geliehene Gegenstände nicht rückliefert, hat bis zum etwaigen, vom Beklagten aber unterlassenen, Beweise des Gegentheils die rechtliche Präsumtion mindestens groben Verschuldens gegen sich. Daß andererseits bei dem in Folge der verabsäumten Rückgabe nunmehrigen Nichtvorhandensein der Pferdegeschirre für den Kläger der Werth einzig durch einen Schätzungseid ermittelt werden kann, läßt sich aber um so gewisser behaupten, als gleich anderen Producten des menschlichen Gewerbfleißes auch solche Geschirre je nach ihrer Beschaffenheit einen sehr verschiedenartigen und keinen marktgängigen Werth haben".

II. „Der Schätzungseid findet nach Art. 3456 a. a. O. nur zum Beweise des Werthes eines anderweitig bereits bewiesenen Schadens statt (Appellations-Erkenntniß vom 19. November 1875, Nr. 7630) und er muß andererseits, um als Beweismittel zu dienen, zum mindesten vor dem Actenschluß von der beweispflichtigen Partei unter gehöriger Substantiirung angeboten sein (civilrechtl. Entscheid III, Nr. 365 und Erkenntniß der II. Section des L.V.G. vom 29. April 1876, Nr. 95). Beklagter aber hat weder bewiesen, daß ihm die angegebenen Sachen überhaupt aus dem Hotel des Cridars entwendet seien, noch sich im Beweisverfahren zum Schätzungseide erboten."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 16. November 1879, Nr. 7684).

III. In dem Appellations-Erkenntniß vom 27. März 1881, Nr. 2161 heißt es:

„Bereits im Appellations-Erkenntniß des Rathes vom 16. November 1879, Nr. 7684 ist anerkannt worden, daß der Schätzungseid nach Art. 3456 a. a. O. nur zum Beweise des Werthes eines anderweitig bereits bewiesenen Schadens stattfinde (vgl. Appellations-Erkenntniß vom 19. November 1875, Nr. 7630) und daß er andererseits, um als Beweismittel zu dienen, im Beweisverfahren von der beweispflichtigen Partei unter gehöriger Substantiirung angeboten sein müsse. Ueberdies ist der Schätzungseid nach dem angezogenen Artikel ein blos subsidiäres Beweismittel, welches erst zur Anwendung kommt, wenn der Werth des Schadens anders nicht ermittelt werden kann."

---

264. Analoge Anwendung des Manifestationseides bei der Verbindlichkeit zur Rechnungslegung.

Beklagter war rechtskräftig verurtheilt, dem Kläger eine specificirte und die Zahl der gelieferten □Faden enthaltende Aufgabe über die vom Kläger an einer Kirche gelieferten Klempnerarbeiten vorzulegen. Nachdem er eine solche vorgelegt hatte, verlangte Kläger, daß Beklagter die □Fadenzahl gesondert für die Dach- und für die Thurmdeckung aufgebe, weil für beide ein verschiedener Preis vereinbart sei, worauf Beklagter erklärte, dazu nicht im Stande zu sein. Durch Erkenntniß der I. Section des L.V.G. vom 19. April 1877, Nr. 100 wurde Beklagter angewiesen, diese Erklärung eidlich zu erhärten, anderenfalls aber die verlangte Angabe bei der Verwarnung zu machen, daß angenommen werden solle, die Hälfte der □Fadenzahl entfalle auf die Thurmdeckung. Auf klägerischerseits erhobene Querel erging am 11. Januar 1878 sub Nr. 233 folgender Querelbescheid:

„Man hätte eher erwarten sollen, daß Beklagter, als daß Kläger sich durch das untergerichtliche Erkenntniß an seinem Recht verletzt erachten würde. Denn Kläger hatte genau erfüllt, was ihm judicatmäßig vorgezeichnet war; ferner ist die Ausdehnungsfähigkeit des Manifestationseides auf den zur Rechnungslegung Verpflichteten, wie sie gesetzlich nicht begründet ist, eine an sich vielbestrittene Controverse ... Nichtsdestoweniger ist es gerade Kläger, welcher den unver-

kennbar zu seinen Gunsten herangezogenen Eid des Beklagten sich nicht gefallen lassen will. Er erachtet den Manifestationseid deshalb für unzulässig, weil nach dem Art. 4459 des Prov.-Rechts Th. III jeder Rechnungspflichtige ein genau specificirtes und mit Belegen versehenes Verzeichniß sämmtlicher Einnahme- und Ausgabeposten anzufertigen habe. Gewiß ist es allerdings, daß durch einen Eid der Rechnungspflichtige sich nicht der Verpflichtung zur Rechnungslegung entziehen darf. Nicht diesen Zweck hat aber der Eid, er soll vielmehr nur im Hinblick darauf, daß die Vollständigkeit an sich ein relativer Begriff ist, die Gewißheit dafür geben, daß der Rechnungsleger in Bezug auf die Vollständigkeit seiner Rechnung nichts an ihm zu Diensten stehendem Material vorenthalten hat, und eben nur zu diesem Behuf ist dem Querulaten die Last eines von ihm auszuschwörenden Eides zugewälzt worden."

---

265. Bedeutung eines in einem früheren, zwischen denselben Parteien geführten Processe abgelegten Geständnisses.

I. Die Motive des Appellations-Erkenntnisses vom 4. März 1877, Nr. 1474 bemerken hierüber Folgendes:

„Nach den Grundsätzen des Proceßrechts (cf. Bayer §. 226) hat ein vor Gericht in einem anderen, auch zwischen denselben Parteien geführten Processe abgelegtes Geständniß nur als ein außergerichtliches Geständniß zu gelten, und um demselben Werth zu geben, muß der animus confitendi vorhanden sein, d. h. es muß aus den Umständen, unter welchen das Geständniß abgelegt wurde, hervorgehen, daß der Gestehende nicht durch irgend eine Nebenabsicht zu seiner Aussage bestimmt wurde, sondern die ernstliche Absicht hatte, der Wahrheit Zeugniß zu geben. Ist daher diese Absicht nicht vorhanden, so beweist das Geständniß gar nichts; ist sie zweifelhaft, so reicht sie zu einem vollen Beweise nicht hin (Bayer, l. c.). Ueberhaupt erfordert aber ein Geständniß nicht nur eine ausdrückliche, sondern auch umständlich und völlig bestimmt abgelegte Erklärung (cf. l. 6. §. 1. D. 42. 2)."

II. „Als ein gerichtliches Zugeständniß läßt sich das, was Beklagter in einem früheren, zwischen denselben Parteien verhandelten und durch Zurückweisung der Klage beendeten Rechtsstreite, in welchem

es sich zudem um ein anderes Streitobject handelte, seinerseits eingeräumt hat, nicht auffassen (vgl. Renaud, Civilproceß, §. 104. Seuffert's Archiv, Band IX, Nr. 352. Band XXI, Nr. 89. Band XXIII, Nr. 87). Es kann vielmehr in dem, was in jener anderen Klagesache vom Beklagten eingeräumt worden, nur ein außergerichtliches Geständniß erblickt werden und einem solchen außergerichtlichen Geständniß ist eben nur in einzelnen Fällen, je nach richterlichem Ermessen, eine Beweiskraft beizulegen."

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 6. Mai 1877, Nr. 3126).

---

266. Beweiskraft eines außergerichtlichen Geständnisses.

I. Hierüber sagen die Motive des Appellationsurtheils des Rathes vom 31. Januar 1873, Nr. 794 Folgendes:

„Damit einem außergerichtlichen Geständnisse Beweiskraft beigemessen werden könne, ist es zunächst erforderlich, daß die Aeußerung, aus welcher das Geständniß abgeleitet werden soll, an und für sich unzweifelhaft feststeht und daß der animus confitendi (die ernste Absicht des Aeußernden, die Wahrheit zu sagen) auch vorhanden und zwar in der Art erkennbar sei, daß sie einem Zweifel nicht unterliegt, da in letzterem Falle eine richterliche Ueberzeugung nicht erbracht und somit ein Beweis nicht bewirkt wird. Um nun aber zu erkennen, ob einer betreffenden Aeußerung jene Absicht in der That zu Grunde gelegen habe, ist es nothwendig, die begleitenden Umstände zu kennen, unter denen sie geschehen, und nach diesen abzumessen, ob jene ernstliche Absicht als vorhanden anzunehmen ist, was allein Sache der richterlichen Beurtheilung ist."

II. „Es muß anerkannt werden, daß durch außergerichtliches Geständniß nicht minder als durch ein gerichtlich abgelegtes Geständniß vollkommener Beweis hergestellt wird, wenn es die Absicht des Bekennenden gewesen ist, durch die außergerichtlich abgegebene Erklärung anderen Personen gegenüber eine bestimmte Thatsache festzustellen. Die Beweiskraft des in diesem Sinne abgelegten außergerichtlichen Geständnisses beruht, wie die Beweiskraft des gerichtlichen Geständnisses, auf dem bei dem letzteren zu präsumirenden, bei dem außergerichtlichen Geständniß aber nachzuweisenden Willen, eine Thatsache als wahr gelten zu lassen ...

Obwohl aber ein Geständniß nur in dem Falle, daß der Wille des Bekennenden auf die Feststellung einer streitigen Thatsache gerichtet ist, vollen Beweis zu erbringen vermag, so können doch auch die im uneigentlichen Sinne des Wortes als Geständnisse bezeichneten Erklärungen, durch welche von einer Partei für sie nachtheilige Thatsachen dritten Personen gegenüber eingeräumt werden, für die Beweiserhebung als werthlos nicht angesehen werden, weil schwerlich jemand ohne eine besondere Veranlassung die Unwahrheit zu erzählen und namentlich für ihn nachtheilige Thatsachen dritten Personen einzuräumen geneigt sein dürfte und hieraus sich eine gewisse Wahrscheinlichkeit solcher Einräumung ergeben muß.

Das außergerichtliche Geständniß in dem Sinne, wie es nachweislich von der Klägerin abgelegt worden ist, kann daher nicht volle Wahrheit, sondern nur eine Vermuthung zu Gunsten der Beklagten ergeben."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 8. Februar 1880, Nr. 1023.)

Uebereinstimmend ist auch erkannt in dem Appellations-Erkenntnisse vom 16. Januar 1881, Nr. 406.

---

267. Beweis des animus confitendi.

„Was den angeblich nicht nachgewiesenen Bekenntnißwillen des Appellanten bei seinen, den Zeugen gegenüber abgelegten, außergerichtlichen Geständnissen seiner Schuld betrifft, so ist ein solcher Bekenntnißwille als ein innerlicher Vorgang kaum jemals durch die sonst gewöhnlichen Beweismittel in Gewißheit zu setzen, sondern meist oder gar immer nur aus den das Geständniß begleitenden Umständen zu folgern. Diese begleitenden Umstände sind aber vorliegendenfalls der Art, daß an einem Bekenntnißwillen des Appellanten füglich nicht gezweifelt werden kann."

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 18. Januar 1878, Nr. 478.)

---

268. Irrthum bei Ablegung eines außergerichtlichen Geständnisses.

In einer Versteigerung, bei welcher Beklagter als Auctionator fungirt hatte, hatte Kläger eine Partie in Tonnen gepackter Nägel

gekauft. Bei der Versteigerung war nach Gewicht geboten worden und verweigerte der Beklagte bei später entstandener Meinungsverschiedenheit über die Höhe des zu zahlenden Preises dem Kläger die Herausgabe der erstandenen Waare. Nachdem Kläger den vom Beklagten geforderten Mehrbetrag baar deponirt, forderte er denselben gerichtlich zurück, und zwischen den nunmehrigen Proceßparteien handelte es sich jetzt um die Frage, ob in casu ein Verkauf nach einem Pauschquantum oder ein Kauf nach einem durch Zuwägung zu ermittelnden Quantum vorliege. Kläger behauptete das Erstere und berief sich zum Erweis dessen darauf, daß Beklagter vor Beginn der Versteigerung auf die Anfrage der Kaufliebhaber erklärt habe, jede Tonne solle zu 5 Pud brutto, wovon 10 Pfund Tara abzuziehen, fest gerechnet und nach Gewicht geboten werden. Dies sei auch in der vom Kläger beigebrachten, vom Beklagten aufgestellten schriftlichen Berechnung des zu zahlenden Kaufpreises, sowie in einer Auszahlungsordre des Beklagten an den die qu. Waare aufbewahrenden Fabrikdirector früher vom Beklagten eingestanden worden. Beklagter behauptete dagegen, es sei nur nach Gewicht verkauft worden; jene Aeußerung habe er (Beklagter) nur zur Befriedigung desfallsiger Nachfrage gethan. Die Versteigerungsbedingungen seien dadurch nicht berührt worden und die Rückforderung des Klägers sei unberechtigt, weil ein späteres Nachwägen constatirt habe, daß die Quantität der gekauften Partie größer sei, als ursprünglich aus Irrthum vom Beklagten angegeben worden. Beklagter submittirte hierauf, indem er sich für den Fall, daß ihn nach richterlichem Ermessen in irgend einer Hinsicht die Beweislast treffen sollte, das Recht zur Beweisführung ausdrücklich vorbehielt, zugleich mit dem Kläger zur Entscheidung.

Das vogteigerichtliche Urtheil vom 18. September 1871, Nr. 85 bestätigte die klägerische Ansicht und verfügte die Auszahlung der zurückgeforderten deponirten Summe an den Kläger. Die Motivirung ging dahin: Kläger habe den historischen Klagegrund, dessen Beweis ihm oblag, durch Bezugnahme auf verschiedene außergerichtliche Geständnisse des Beklagten in juridische Gewißheit gesetzt, zumal der Irrthum, auf welchen sich Beklagter zur Entkräftung des Klagebeweises berufen, des Beklagten eigene Handlungen betreffe und einem solchen Irrthume keine Relevanz beigemessen werden könne.

Durch Appellations-Erkenntniß vom 31. März 1872, Nr. 2231 wurde indeß der Bitte des appellirenden Beklagten gemäß das untergerichtliche Erkenntniß aufgehoben und dem Beklagten der Gegenbeweis nachgegeben.

Den oberrichterlichen Motiven ist hierher gehörig Folgendes zu entnehmen:

„Die Geständnisse (des Beklagten) sind nicht dispositiver Natur, derart, daß dadurch ein neues Recht für den Kläger hat begründet werden sollen: es hat durch dieselben vielmehr nur anerkannt werden sollen, welche Rechte Kläger aus dem Steigerungskauf erworben hat. Daher haben diese Geständnisse auch nur so lange als Beweisgrund Werth, als die Voraussetzung, daß Beklagter mit Bewußtsein und Kenntniß die Wahrheit anerkannt hat, nicht in Zweifel gerathen ist. Die Beweiskraft des Geständnisses des Beklagten ist eben keine absolute, sondern eine an bestimmte Voraussetzungen gebundene, und daher muß der Gegenbeweis zugelassen werden." ...

„Die Ansicht des Unterrichters, daß der Irrthum, auf welchen sich Beklagter berufen hat, irrelevant sei, weil er des Beklagten eigene Handlungen betreffe, kann für zutreffend nicht erachtet werden. Es handelt sich hier nicht um den nach den Normen des Privatrechts zu beurtheilenden Irrthum im Vertrage, der, wenn er über eigene Handlungen stattgefunden hat, in der Regel nicht entschuldbar ist. Es kommt im vorliegenden Fall darauf an, ob Beklagter dasjenige, was Kläger gegen ihn zur Begründung der Klage als Geständniß auszubeuten gesucht hat, mit voller Kenntniß der Wahrheit und im Bewußtsein derselben ausgesprochen hat; denn jeder Irrthum, durch welchen er an dem richtigen Erkennen der Wahrheit gehindert wird — von welcher Art derselbe auch sein mag — macht einen Wahrheitsschluß aus dem ursprünglich abgelegten Geständnisse unmöglich.

Auch schon, weil nach den Grundsätzen des Civilprocesses der Gegenbeweis gegen ein außergerichtliches Geständniß stets zugelassen werden soll, hätte dem Beklagten, welcher sich das Recht des Gegenbeweises ausdrücklich vorbehalten hatte, nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden dürfen, einen Gegenbeweis zu führen."

269. Ueber den Einfluß thatsächlicher Vermuthungen auf die Beweisauflage

finden sich in den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 23. Januar 1880, Nr. 563 folgende Ausführungen:

„In dem heutigen Proceßrecht ist es nicht mehr streitig, daß auch negative Behauptungen oder die Nichtexistenz von Thatsachen zum Beweise zu verstellen sind, sofern sie zur Begründung des verfolgten Anspruches gehören. Dagegen hätte Kläger allerdings Grund zur Beschwerde, wenn der erste Richter solche Thatsachen, die ihm aus anderen Acten bekannt geworden sind und die nur eine factische Vermuthung für den Beweissatz begründen, als eine Veranlassung dazu angesehen hätte, die Beweislast umzukehren oder den Beweissatz als bereits bewiesen anzunehmen. Denn factische Vermuthungen entbinden nicht von der Beweislast, sind nicht ein Beweissurrogat, sondern Beweismittel, die erst bei der Beweiswürdigung am Schlusse des Beweisverfahrens berücksichtigt werden können, und selbst wenn über die Prämissen der thatsächlichen Vermuthung bereits im ersten Verfahren der Beweis anticipirt ist und der Richter die Vermuthung für stark genug zur Herstellung des Beweises hält, hat er der Gegenpartei nicht den Beweis aufzuerlegen, sondern ihr nur den Gegenbeweis vorzubehalten. (Vergl. Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung, 2. Aufl. V §. 3 a. E. Langenbeck, Beweisführung, S. 198. Martin, Lehrbuch, §. 181 Note l. Bayer, Vorträge, S. 717. Renaud, Lehrbuch, §. 107 Note 4 und 12.) Im Fragefalle hatten nun Beklagte nicht einmal den Beweis anticipirt, die Befreiung derselben von der Beweislast wegen *factischer* Vermuthungen, deren Prämissen nicht in den Proceßacten sich fanden, war daher allerdings unstatthaft."

— — — —

270. Judicienbeweis im Civilproceß (Beweis der Simulation).

Die Motive des Appellationsurtheils vom 25. Februar 1877, Nr. 1285 enthalten hierüber Folgendes:

„Im Civilproceß ist abweichend vom Criminalproceß der Judicienbeweis von untergeordneter Bedeutung und nicht geeignet, den in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erforderlichen formellen Beweis zu ersetzen. Allerdings darf die Pflicht zur Erbringung solchen

formellen Beweises dort in Wegfall kommen, wo das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen von solcher Beweisführung liberirt, weil es an solche Voraussetzungen an sich selbst schon eine praesumtio juris oder richtiger eine Fiction knüpft. Die gemeinen Vermuthungen aber, oder die sobenannten praesumtiones hominis und facti (d. i. solche logische Schlußfolgerungen, welche aus einer oder aus mehreren unzweifelhaften Thatsachen nach einem Erfahrungs- oder Vernunftsatz auf eine andere, processualisch strittige Thatsache mit größerer, oder geringerer Wahrscheinlichkeit gezogen werden) geben dem Civilrichter keine juridische Gewißheit und entheben — es sei denn, daß beide Thatsachen in einem solchen Verhältniß zu einander stehen, daß die eine ohne die andere undenkbar, oder aber nur im Verein mit der anderen denkbar ist, — der Beweispflicht nicht. Was nun insbesondere den Beweis der Simulation eines Rechtsgeschäfts anbelangt, so ist bei diesem Beweise nicht außer Acht zu lassen, daß er vornehmlich darauf zu richten ist, wie derjenige, gegen welchen die Einrede geltend gemacht wird, seinerseits an der Simulation Antheil genommen habe."

(Im vorliegenden Falle wurde der Beweis der stattgehabten Simulation des fraglichen Geschäfts — obgleich nicht unbedeutende Wahrscheinlichkeitsgründe dafür sprachen — für mißlungen erklärt, weil directer Nachweis der Theilnahme der Proceßpartei, gegen welche der Einwand erhoben wurde, gerade nicht vorhanden war).

---

271. Wenn es sich um den Beweis abstracter Begriffe handelt, so brauchen die den Begriff darthuenden Thatsachen erst in der Beweisantretung speciell namhaft gemacht zu werden.

Gegen die Klage aus dem Verdingungsvertrage auf Bezahlung des Lohnes schützte Beklagter u. a. auch vor, „Kläger habe sich zur Leitung und Ausführung des übernommenen Baues als völlig untauglich erwiesen, indem alles dasjenige, was er selbst hergestellt, fehlerhaft angelegt und mangelhaft ausgeführt sei."

Diese vom Gegner in Abrede genommene Behauptung wurde durch den Bescheid der II. Section des Landvogteigerichts vom 8. Juli, Nr. 132 nicht zum Beweise zugelassen, durch den Querel-

beſcheid des Raths vom 3. September 1875, Nr. 5817 jedoch in das Beweisthema aufgenommen.

Die oberrichterlichen Motive führen hierher gehörig aus:

„Allerdings wird die Unfähigkeit als ein abſtracter Begriff nicht unmittelbar Gegenſtand des Beweiſes ſein können, ſondern es werden ſpecielle concrete Thatſachen angeführt und dargethan werden müſſen, aus denen durch eine begründete Schlußfolge ſich jene ergiebt. Es erſcheint indeſſen nicht nothwendig, daß dieſe concreten Thatſachen ſchon mit dem Vorbringen der Einrede ſelbſt ſpeciell angeführt und auseinandergeſetzt werden, ſondern es muß als vollkommen genügend angeſehen werden, wenn ſie bei Einführung des Beweiſes aufgeſtellt werden. Der Anſicht des Unterrichters, daß die Angaben, welche Beklagter in dieſer Beziehung aufgeſtellt hat, allgemein und unbeſtimmt gehalten ſeien und zu einer Beweisauflage nicht geeignet erſcheinen, weil es an einem greifbaren Stoffe fehle, um einen ſeinem Inhalt nach genau abgegrenzten Streitſatz hinſtellen zu können, kann daher nicht beigetreten werden; es erſcheint vielmehr die behauptete Thatſache, daß das vom Kläger zur Ausführung des übernommenen Baues bereits Hergeſtellte fehlerhaft angelegt und mangelhaft ausgeführt iſt, genügend, um ſie als Beweisthema aufzuſtellen. Allerdings wird Beklagter, um den Beweis dieſes Themas zu erbringen, zugleich den Nachweis zu führen haben, einmal was Kläger zum Zweck des Hausbaues hergeſtellt hat, und ſodann welches die Fehler und die Mängel ſind, welche dabei von dem Kläger verſchuldet ſind. Dies ſind auch mit dem Beweisthema zuſammenhängende thatſächliche Vorausſetzungen, die Theile der Beweisführung ſein müſſen, wenn die Bewahrheitung des Beweisthemas und der aus demſelben je nach den Umſtänden vom Richter allein oder unter Zuziehung von Sachverſtändigen zu ziehende Schluß auf die Unfähigkeit des Klägers gelingen ſoll."

---

272. Unzuläſſigkeit von Zeugen ex auditu.

In einer Alimentationsklage wurde Beklagter, welcher die exc. plur. concumbentium nicht erweiſen konnte und mit ſeinem denominirten Zeugen präcludirt worden war, in beiden Inſtanzen verurtheilt. Aus den Motiven des oberrichterlichen Querelbeſcheides

vom 28. Januar 1872, Nr. 557 ist über die vorliegende Frage zu entnehmen:

„Es hat Querulant (Beklagter) mit der Querelrechtfertigung zugleich ein Beweisnachgabegesuch verbunden, indem er zur Anzeige gebracht hat, daß er erst jetzt von den Schlossergesellen A. B. und H. G. erfahren, daß ihnen der von ihm, dem Beklagten, in der Unterinstanz benannte, aber nicht gestellte Zeuge R. mitgetheilt, daß zu der gleichen Zeit mit ihm, dem Beklagten, auch er, R., der Klägerin fleischlich beigewohnt habe, was erst nach geschlossenem Beweisverfahren ermittelt zu haben Querulant eidlich zu erhärten sich erbietet. Es kann indeß Querulant zu diesem Beweise nicht zugelassen werden, weil sein Resultat auch im für ihn günstigsten Fall ein irrelevantes sein würde, da die Aussagen von Zeugen über Thatsachen, welche sie nicht mit eigenen Sinnen wahrgenommen, sondern lediglich durch Erzählungen anderer erkundet haben, rechtlich gewichtlos sind. Auf die Beweisnachgabebitte des Querulanten hat unter diesen Umständen keine Rücksicht genommen werden dürfen."

---

273. Testimonium ex auditu oder Beweis des außergerichtlichen Geständnisses?

In einer Klagesache auf Auslieferung verkaufter Balken hatte Kläger den Beweis des geschehenen Verkaufs durch Vorlegung einer — zugleich mit der Quittung über den Empfang des vollen Kaufpreises versehenen — Verkaufsrechnung des Beklagten geführt. Beklagter hatte dagegen die Aussage zweier Zeugen für seine Behauptung beigebracht, daß ein Verkauf nur simulirt worden, eigentlich aber eine Verpfändung jener Partie Balken zur Sicherung einer klägerischen Forderung beabsichtigt worden sei.

In den Motiven des Appellationsurtheils vom 12. Januar 1872, Nr. 184 findet sich folgender Passus:

„Allerdings referiren die beiden Zeugen nicht über eine von ihnen mit eigenen Sinnen wahrgenommene Thatsache, denn sie sind beide eingestandenermaßen bei dem in Rede stehenden Geschäftsabschluß nicht zugegen gewesen, sie bekräftigen vielmehr nur, was sie wie von dem Beklagten, so auch vom Kläger selber darüber vernommen haben und erheben damit mehr nicht zur Gewißheit, als ein außergerichtliches Geständniß. Aber auch in der Verkaufs-

rechnung ... des Beklagten hat nichts anderes, als gleichfalls ein nach denselben Principien zu beurtheilendes außergerichtliches Geständniß Ausdruck gefunden. Insoweit dürfte sich das Gewicht des einen Beweises über das des anderen also wohl kaum erheben und kann der Argumentation des Unterrichters, derzufolge die Aussagen der Zeugen als ex auditu hervorgegangen, den beigebrachten Urkunden nachzustehen haben, nicht beigepflichtet werden, weil kein rechtlicher Grund vorliegt, die in den Urkunden enthaltene Willenserklärung des Beklagten höher zu stellen, als das durch zweier Zeugen übereinstimmende Deposition bewahrheitete Einbekenntniß des Klägers."

---

274. Beurtheilung von Zeugenaussagen über juristische Begriffe.

Es handelte sich um den Beweis, daß das fragliche Verkaufsgeschäft einer Partie Balken nur ein Scheinkauf gewesen und in Wahrheit vielmehr nur die Verpfändung jener Balken zur Sicherstellung einer klägerischen Forderung bezweckt habe. Der Unterrichter (Erkenntniß vom 21. August 1871, Nr. 791, Wettgericht) bemängelte die Aussagen zweier Zeugen, welche deponirt hatten, es habe ein simulirter Kauf, eigentlich eine Verpfändung stattgefunden, weil von den Zeugen, „als Laien kaum vorausgesetzt werden könne, daß sie die, juristisch allerdings streng scheidbaren, in ihrem praktischen Resultate aber einander nahe verwandten Rechtsbegriffe eines Verkaufs mit Rückkaufsrecht und einer Verpfändung genau zu unterscheiden und nicht mit einander zu verwechseln im Stande gewesen." Anders urtheilen die Motive des Appellationsurtheils vom 12. Januar 1872, Nr. 184 hierüber:

„Es erscheint nicht erlaubt, sich der Präsumtion des Unterrichters anzuschließen. Wenn die Unfähigkeit zu solcher Unterscheidung und eine stattgehabte Verwechslung jener Begriffe immerhin auch nicht außer dem Bereich der Möglichkeit liegen mag, so darf sie doch — zumal den Versicherungen der beiden Zeugen gegenüber, daß sie die Verschiedenartigkeit beider Rechtsbegriffe, wenn sie auch juristisch sie nicht gerade zu definiren vermöchten, doch sehr wohl einsähen und verständen — keineswegs präsumirt werden, denn ein Rechtsirrthum oder ein Mißverständniß wird rechtlich nicht vermuthet, sondern bedarf des Beweises."

275. Objective Glaubwürdigkeit des Zeugnisses.

Das Appellationsurtheil des Raths vom 23. November 1873, Nr. 8767 führt in seinen Motiven aus, daß der vom Kläger (Appellanten) unternommene Zeugenbeweis, obgleich zwei Zeugen das Beweisthema strict bejahen, mißlungen sei. Die Zeugen sollten nämlich bewahrheiten, daß zum Bau bestimmter Ziegelöfen im Ganzen 168,500 Ziegel verbraucht worden seien und erklärten, dies sei ihnen, welche beim Bau der betr. Oefen vor 3 Jahren beschäftigt gewesen, erinnerlich, obgleich sie selbst sich keineswegs die Zahl der täglich verbrauchten Ziegel notirt hätten, sondern nur ihre Aufgaben dem Kläger zur Notirung gemacht hätten, sie hätten aber besondere Veranlassung gehabt von der Zahl der vermauerten Ziegel Kenntniß zu nehmen, weil der Maurerlohn nach der Zahl der verarbeiteten Ziegel berechnet worden sei. Ein derartiges Erinnerungsvermögen erklärt das obergerichtliche Erkenntniß für unmöglich und erachtet den Beweis daher für vollständig mißlungen. Es heißt daselbst u. a.:

„Da nicht etwa nur der Strafrichter, wie Appellant vermeint, sondern auch der Richter in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Pflicht hat von Amtswegen, wie die subjective, so auch die objective Glaubwürdigkeit der Zeugen zu prüfen und insbesondere die Art ihrer Aussage und ihren Wissensgrund in nähere Erwägung zu ziehen, so war, selbst abgesehen davon, daß Beklagter die Einreden wider der Zeugen Person und Aussagen sich ausdrücklich gewahrt und in der Gegendeduction auf die Beweisuntüchtigkeit der Zeugen hingewiesen hatte, der Unterrichter nicht nur befugt, sondern auch verbunden, behufs Gewinnung einer Basis für seine Ueberzeugung auf alle Umstände einzugehen, welche die Richtigkeit der Zeugendepositionen wahrscheinlich oder unwahrscheinlich machen, und konnte der Unterrichter, da für die Voraussetzung eines außergewöhnlichen und widernatürlichen Erinnerungsvermögens der klägerischen Zeugen kein Anhalt vorlag, füglich zu keinem anderen Resultat, als geschehen gelangen. Der Beweis mußte für vollständig mißlungen erachtet werden."

276. Beweiskraft eines einzigen, jedoch gemeinschaftlichen Zeugen.

Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 15. December 1876, Nr. 8158:

„Die Herstellung eines vollen Beweises durch ein Einzelzeugniß setzt eine Einigung der Parteien darüber voraus, daß diesem Einzelzeugnisse eine solche Wirkung beizumessen sei. Eine derartige Einigung der Parteien hat aber nicht stattgefunden, im Gegentheil hat Beklagter angegeben, daß der Zeuge nicht über allen Verdacht erhaben erscheinen möge, und nur die Unzulässigkeit dieser Einwendung gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen, nicht aber eine Verbindlichkeit, diesen einen Zeugen statt zweier gelten zu lassen, ergiebt sich daraus, daß Beklagter in seinem Gegenbeweise ebenfalls sich auf denselben Zeugen berufen hat."

---

277. Die Existenz eines Marktpreises wird durch das amtliche Zeugniß eines Maklers nicht vollständig erwiesen.

„Der Börsenmakler S. hat auf seinen Amtseid ausgesagt, daß er von dem Associé der klägerischen Handlung zum Ankaufe von 1000 Tonnen ℔ pfündiger Schlagsaat (wie sie Beklagter der Klägerin verkauft, aber zum Termin nicht geliefert hatte) beauftragt worden sei, jedoch Schlagsaat von dieser Qualität am Markte nicht habe ermitteln können und deshalb Saat im Gewicht von 108/109 Pfd. gekauft, deren Marktpreis am 1. November 1877 per Tonne 3 Rbl. 30 Kop. betragen habe. Diese Aussage hat der erste Richter als vollen Beweis angenommen, weil sie von einer Amtsperson abgelegt sei. Das Zeugniß eines Beamten liefert aber nur dort vollen Beweis, wo es sich auf Thatsachen bezieht, die er in amtlicher Eigenschaft und innerhalb seines amtlichen Berufes wahrgenommen hat, und die Feststellung des Marktpreises für eine bestimmte Waare gehört nicht zu dem amtlichen Wirkungskreise des einzelnen Maklers, welcher nur von den durch ihn selbst vermittelten Geschäften amtliche Kenntniß erlangt; sondern sie erfolgt auf Grund der Berichte sämmtlicher Makler, aus deren Zusammenstellung erst der Durchschnittspreis oder Marktpreis gewonnen wird. Nun findet sich in dem klägerischerseits beigebrachten Waarenpreis-

courant vom 29. October und vom 2. November 1877 eine Notirung bezüglich des Preises von Schlagsaat in loco überhaupt nicht, es kann also auch die Existenz eines „Marktpreises" für diese Waare am 1. November 1877 als constatirt nicht angesehen werden."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 15. Juni 1879, Nr. 4193.)

---

278. Zeugen und Urkundenbeweis im Verhältniß zu einander.

Kläger forderte vom Beklagten die Auslieferung einer Anzahl angeblich von seinem Gegner ihm verkaufter Balken und producirte zur Begründung seines Anspruchs eine zugleich mit der Quittung über den Empfang des vollen Kaufpreises versehene Verkaufsrechnung des Beklagten betr. die fragliche Partie Balken. Beklagter behauptete, es habe nur ein Scheinkauf stattgefunden, in Wahrheit seien die in Rede stehenden Balken lediglich zur Sicherstellung einer judicatmäßigen klägerischen Forderung verpfändet worden. Zwei Zeugen bejahten diese Behauptung des Beklagten.

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

„Nach dem heutigen Standpunkte der Rechtswissenschaft kann als allseitig zugegeben anerkannt werden, daß im allgemeinen — einzelne Fälle, deren hier keiner vorliegt, ausgenommen — den Zeugenaussagen, wie den Urkunden — deren volle Beweistüchtigkeit selbstverständlich vorausgesetzt — gleiche Beweiskraft innewohnt. Von dieser Regel bilden auch dispositive Urkunden, wie sie hier zur Begründung des Klageanspruchs beigebracht werden, keine Ausnahme, denn diese Urkunden beweisen zwar allerdings unumstößlich die geschehene Disposition, nicht aber deren unbedingte Giltigkeit, sodaß sie insbesondere auch durch den Beweis der Simulation wohl entkräftet werden können. Die Annahme eines Uebergewichts des Urkundenbeweises über den Zeugenbeweis oder vice versa wäre daher mindestens dieses Falls nicht zu rechtfertigen."

---

279. Urkundenbeweis. Gegenbeweis gegen eine Schuldurkunde, nach deren Ausstellung die zweijährige Frist bereits abgelaufen ist.

Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 15. Octbr. 1875, Nr. 6787:

„Nach dem Art. 3678 Th. III des Prov.-Rechts liefert nach dem (hier eingetretenen) Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist die Schuldurkunde über ein Darlehen einen vollständigen Beweis dafür, daß dem Aussteller derselben diejenigen Valuta ungekürzt dargeliehen worden ist, deren die Urkunde erwähnt. Das Recht zum Gegenbeweise ist dem Schuldner nicht versagt. Stellt sich, nachdem der Schuldner von dieser Befugniß Gebrauch gemacht hat, dem vollen Urkundenbeweis ein voller Gegenbeweis gegenüber, so mag dem Richter die Wahl freigegeben sein, die Streitfrage je nach seinem Ermessen durch die Auflage sei es eines Ergänzungseides, sei es eines Reinigungseides zum Austrag zu bringen. Anders gestaltet sich das Verhältniß aber, wenn dem vollen urkundlichen Beweise ein ungenüglicher, ja — wie in casu — kaum ein halber Gegenbeweis entgegensteht. Hier überwiegt der volle Beweis den nicht vollen Gegenbeweis und es kann, wenn mit Rücksicht darauf, daß auch der volle Urkundenbeweis durch einen nicht vollen Gegenbeweis einigermaßen abgeschwächt wird, ein Notheid Platz zu greifen hat, nur auf einen Reinigungseid, nicht auf einen Erfüllungseid erkannt werden, indem widrigenfalls dem Unvollkommenen ein Uebergewicht über das Vollkommene gegeben und der in den Rig. Stadtrechten Lib. II Cap. XVIII, Art. 15 enthaltenen Regel entgegengetreten werden würde."

---

280. Fassung des Notheides bei der Alimentationsklage.

Die Klägerin belangte Beklagten auf Alimentation des angeblich mit ihm außerehelich erzeugten Kindes und trat, als Beklagter leugnete, mit der Klägerin geschlechtlichen Umgang überhaupt gehabt zu haben, den Beweis der Vaterschaft des Beklagten durch Denomination von Zeugen an, von denen zwei nur Irrelevantes auszusagen wußten, während der Dritte ein außergerichtliches Geständniß der Vaterschaft vom Beklagten gehört zu haben behauptete. Das Landvogteigericht I. Section legte durch Erkenntniß vom 21. September

dem Beklagten den Reinigungseid auf, daß er in der kritischen Zeit mit der Klägerin keinen fleischlichen Umgang gepflogen habe. Durch Querelbescheid vom 1. December 1872, Nr. 8552 änderte indeß der Rath die untergerichtliche Entscheidung ab und legte der Klägerin den Ergänzungseid darüber auf, daß Beklagter den von ihr geborenen Sohn außergerichtlich als sein Kind anerkannt habe.

Die oberrichterliche Motivirung lautet:

„Nach Art. 165 Th. III des Prov.-Rechts hat als Vater eines unehelichen Kindes der zu gelten, welcher sich entweder freiwillig, als solcher bekennt, oder vor Gericht dessen geständig oder überwiesen ist, der Mutter des Kindes in der Zeitdauer zwischen zehn Monaten und 128 Tagen vor der Geburt des Kindes fleischlich beigewohnt zu haben. Beklagter war gerichtlich der ihm zur Last gelegten Paternität nicht geständig. Nach den beiden anderen vom Gesetz angezeigten Richtungen erstreckte Klägerin aber ihren Beweis. Der versuchte Concumbenzbeweis mißlang ihr vollständig, denn beide in dieser Beziehung vernommenen Zeugen vermochten im wesentlichen mehr nicht zu bestätigen, als nur im allgemeinen, daß Beklagter die Klägerin mitunter besucht habe. Dieser Theil des Beweises muß daher als ein ganz und gar ergebnißloser betrachtet werden. Dagegen ist der Geständnißbeweis der Klägerin allerdings zur Hälfte gelungen. Denn die dritte Zeugin, gegen deren Glaubwürdigkeit kein Einwand erhoben worden, versichert, daß in ihrer Gegenwart Beklagter sich als Vater des Kindes und als alimentationsbereit erklärt habe. Da nun, wie vorher gezeigt worden, ein solches außergerichtliches Geständniß, für dessen erfolgte Ablegung ein halber Beweis geführt ist, zur Feststellung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes genügt, so kann der Appellantin nicht wohl verwehrt werden, den halben Beweis des außergerichtlichen Bekenntnisses des Beklagten durch einen ihrerseitigen Ergänzungseid in rechtlich genüglicher Weise zu vervollständigen, während für den durch das untergerichtliche Erkenntniß dem Beklagten aufgegebenen Reinigungseid es ganz eigentlich an einem wahren Halt gebricht, weil für den fleischlichen Umgang des Beklagten mit der Klägerin außer dem außergerichtlichen Bekenntnisse des Beklagten gar kein Beweis vorliegt."

281. Notheid. Auswahl der eidschwörenden Partei nach richterlichem Ermessen.

I. „Nach Maßgabe der Bestimmungen der Stadtrechte ist allerdings in dem Falle, daß eine Proceßpartei ihr Vorbringen nur halb erwiesen haben sollte, die Wahl zwischen dem Ergänzungs- und dem Reinigungseide derart in das Ermessen des Richters gestellt, daß dieser hierbei einerseits auf „Anzeigen und Vermuthungen", d. h. auf die objective Wahrscheinlichkeit, andererseits auf „Ansehen, Ehr und Würde" jeder Partei, d. h. auf deren subjective Glaubwürdigkeit, entsprechend Rücksicht zu nehmen hat. Ungeachtet einer vom Probanten erbrachten semiplena probatio ist also nach den Stadtrechten, sobald Vermuthungen mehr gegen als für die Wahrheit seines Beweissatzes streiten, oder wenn der Probat größere Glaubwürdigkeit als der Probant in Anspruch nehmen kann, auf einen Reinigungseid zu erkennen."

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 9. Juli 1875, Nr. 4744.)

II. Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 10. December 1876, Nr. 8032:

„Wenn nach den §§. 14 und 15 Lib. II Cap. XVIII der Stadtrechte es in das Ermessen des Richters gelegt ist, welcher Partei er bei mangelhaftem Beweise den Eid auflegen will, je nach den Umständen und der Persönlichkeit jeder Partei, und je nachdem für den einen oder anderen Theil nach dem erbrachten Beweise die bessere Vermuthung spricht, und wenn nun Beklagter dadurch, daß er auch solche Thatsachen in seiner Erklärung in Abrede gestellt hat, die durch den Beweis in volle Gewißheit gesetzt worden sind, die Vermuthung gegen sich gelenkt hat, so rechtfertigt es sich nach allem diesem, wenn in Abweichung von dem untergerichtlichen Erkenntnisse nicht dem Beklagten, sondern dem Kläger der Eid auferlegt wird." (Der beweisführende Kläger hatte nicht gerade halben Beweis erbracht und es war in der Unterinstanz dem Gegner der Reinigungseid aufgelegt worden.)

III. Durch Bescheid des Raths vom 16. März 1877, Nr. 1782 wurde der appellirenden Beklagten der erbetene Novenbeweis über

die unsittliche Führung des Klägers — trotz des von diesem wegen der Irrelevanz des Beweisthema erhobenen Protestes — nachgegeben,

„weil der Beweis keineswegs irrelevant erscheine, da er für die möglicher Weise sich herausstellende Frage ob die Entscheidung der Sache nicht etwa schließlich von einem dem einen oder dem anderen Theile aufzuerlegenden Eide abhängig zu machen sein werde, immerhin von Einfluß sein könne, zumal nach §. 15 Lib. II Cap. XVIII der Stadtrechte der Richter verpflichtet sei, bei der Auferlegung eines Notheides auch in Berücksichtigung zu ziehen, in was Ansehen, Ehr und Würde jede Partei sei."

IV. Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 19. Mai 1876, Nr. 3319:

„Die Aussagen des Zeugen, soweit sie die bestrittene Quantität von den Klägern ausgebrochener Steine betreffen, sind durchaus geeignet, für dieselben einen halben Beweis zu liefern. Ist aber halber Beweis erbracht, so liegt kein Grund vor, von der in solchem Fall allgemein beobachteten Regel abzuweichen, nach welcher dem semiplene Probanten der Ergänzungseid, nicht dem Probaten der Reinigungseid zuerkannt wird. Denn weder schließt die über den Kläger W. verhängte Criminalunterſuchung, noch die Peregrinität des Klägers S. eine Eidesunwürdigkeit in sich. Allerdings ist durch die Rigaschen Stadtrechte in Lib. II Cap. XVIII §§. 14 und 15 dem Richter ziemlich freier Spielraum in Ansehung dessen gegeben, welcher Partei er den Notheid auferlegen will, doch ist er dabei nicht minder an einige gesetzliche Regeln gebunden. Nicht nur „Ansehen, Ehr und Würde" der Parteien hat er dabei in Betracht zu ziehen, sondern gleichzeitig nicht außer Acht zu lassen, welche Partei von der Sache die beste Wissenschaft hat und was sie vor der anderen erwiesen und welche bessere Vermuthung sie für sich hat. Wenn daher immerhin auch Beklagter berechtigt sein mag für sich mehr „Ansehen, Ehr und Würde" in Anspruch zu nehmen, als seinen Proceßgegnern zukömmt, so ist doch nicht zu übersehen, daß die Kläger, wie vorausgesetzt werden darf, von dem Maße der von ihnen ausgebrochenen Steine zuverlässigere Wissenschaft haben als Beklagter, welcher persönlich dabei nicht oder doch nur in oberflächlicher Weise thätig gewesen ist, und daß die Kläger das

Zeugniß eines unbescholtenen Mannes mindestens für das Quantum, welches zum Eide gestellt worden, für sich haben."

---

282. Die Formulirung eines Notheides kann auch nach beschrittener Rechtskraft des Erkenntnisses noch abgeändert werden.

Durch rechtskräftiges Erkenntniß vom 4. April 1878 war dem Kläger der Ergänzungseid dahin auferlegt worden: „daß er die ganze ihm anvertraute Ladung Heu — 88 SPfd. enthaltend — von Mitau nach Riga transportirt und dem Beklagten abgeliefert habe". Kläger zeigte darauf an, daß er das Gewicht des Heues nicht selbst geprüft habe, und beantragte, entweder die Worte „88 SPfd. enthaltend" wegzulassen oder ihnen die Worte „nach Angabe des Expeditors Seitz" vorauszuschicken. Die II. Section des Landvogteigerichts entsprach durch Bescheid vom 3. Juni 1878, Nr. 136 dem letzteren Antrage und diese Entscheidung wurde durch den Querelbescheid vom 9. August 1878, Nr. 5259 aus folgendem Grunde bestätigt:

„Das Erkenntniß vom 4. April 1878 ist ein nach vorhergegangener zweiseitiger Verhandlung erlassenes Decisivdecret und als solches allerdings der Rechtskraft fähig. Allein diese Eigenschaft einer gerichtlichen Entscheidung kommt derselben stets nur in dem Umfange zu, in welchem der Richter sie zu geben, durch Parteianträge unmittelbar berufen war, sie erstreckt sich mithin nicht auf diejenigen Theile, in welchen der Richter unabhängig von Parteianträgen ex officio Feststellungen irgend welcher Art getroffen hat. Bei Beantwortung der Frage, wieweit der Umfang der Rechtskraft des Erkenntnisses vom 4. April reicht, d. h. in welchem Umfange dasselbe vom Gesichtspunkte der Richtigkeit nicht mehr hat angefochten werden dürfen, kommt demnach wesentlich in Betracht, daß die Feststellung der Fassung, in welcher ein richterlich auferlegter Eid von einer Partei zu schwören ist, unabhängig von den Parteianträgen aus richterlicher Amtspflicht zu treffen ist, mithin kann wohl die Entscheidung über die Frage, ob überhaupt auf einen Ergänzungseid zu erkennen und welcher Partei derselbe aufzuerlegen sei, unanfechtbar werden, dagegen ist die Bestimmung der Worte, mit welchen ein solcher Eid zu leisten ist, ebensowenig wie über-

haupt eine proceßleitende Verfügung der Rechtskraft fähig. Einerseits hat also Beklagter vermöge der Rechtskraft des Erkenntnisses vom 4. April 1878 einen Anspruch darauf nicht erworben, daß der Eid dem Kläger in keiner anderen, als in der ursprünglich angenommenen Fassung abgenommen werde, andererseits ist dem Kläger durch jenes Erkenntniß ungeachtet dessen, daß er es hat rechtskräftig werden lassen, nicht die Möglichkeit abgeschnitten gewesen, eine andere Fassung des Eides, als die richterlich festgestellte, in Vorschlag zu bringen; wie denn auch beim Schiedseide den Parteien unbenommen ist, bis zum Schwörungstermin ihre Erinnerungen gegen die vom Richter vorgeschriebene Eidesformel vorzubringen (Bayer's Vorträge S. 977)."

283. Ergänzungseid über die durch Nachforschung erlangte Ueberzeugung von der Wahrheit gewisser Thatsachen.

In dem Appellations-Erkenntniß vom 13. August 1880, Nr. 5296 heißt es:

„Der in Frage kommende Ergänzungseid bedarf wegen seiner rechtlichen Qualification einer Abänderung. Es hat nämlich der Unterrichter bei der Eidesstäbung die Wahrheitsform mit der des Wissens vereinigt, obgleich aus den Verhandlungen erhellt, daß Beklagter die zum Eide gestellten Thatsachen nicht auf Grund eigener Sinneswahrnehmung, sondern anderweitig gewonnener Ueberzeugung zu beschwören im Stande ist. Es scheint daher nothwendig, von der Wahrheitsform in casu ganz abzusehen und mit Rücksicht auf die Ueberzeugung, die Beklagter durch seine Handelsbücher, seine Correspondenz oder durch Vermittelung seines Handelspersonals sich über die in Frage kommenden Umstände gebildet haben mag, dem Eide folgende Fassung zu geben:

„Ich rede und schwöre, daß auf Grund von mir angestellter sorgfältiger Nachforschungen mir bekannt ist, daß Kläger in Pipory 8335 ganze, 1333 halbe, 49 Doppelsleeper und 568 Poltoriki zum Verflößen nach Riga erhalten und abgeflößt hat."

284. Ein Reinigungseid kann auch auf das Nichtwissen gestellt werden.

„In seiner Appellationsrechtfertigung behauptet Kläger, daß der ihm auferlegte Reinigungseid Thatsachen betreffe, von welchen er keine Kenntniß habe und deren Kenntniß nach Lage der Sache weder vorausgesetzt, noch gefordert werden könne. Diese Umstände berechtigen aber keineswegs den Kläger den Eid vollständig abzulehnen und zu fordern, daß der beklagtische Beweis für durchaus mißlungen zu gelten habe, was doch mit dem factischen Resultate desselben in Widerspruch stehen würde. Wohl muß dem Kläger zugegeben werden, daß ein Wahrheitseid von einer Proceßpartei nur unter der Voraussetzung gefordert werden könne, daß sie von der zu beschwörenden Thatsache aus eigener Wahrnehmung Kenntniß habe... Dagegen muß darauf hingewiesen werden, daß nach gemeinrechtlicher Praxis und Doctrin auch Notheide nach Glauben und Nichtwissen auferlegt werden können (Seuffert's Archiv XXIV, Nr. 100, Renaud, Civilproceß, §. 142). Im hiesigen stadtrechtlichen Processe muß zwar nach der für den deferirten Eid bestehenden analogen Bestimmung im Rig. Stadtrecht Lib. II Cap. XVIII §. 10. die Unzulässigkeit der Glaubensform auch bezüglich des Notheides anerkannt werden. Dagegen enthält das Stadtrecht hinsichtlich des Ignoranzeides keine Bestimmungen und hat daher in Bezug hierauf gemäß Lib. II Cap. IV das gemeine Recht einzutreten, was auch von der stadtrechtlichen Praxis wiederholt anerkannt ist.

cf. Querelbescheid des Raths vom 20. December 1878, Nr. 8701. Es erscheint daher unter Abänderung des untergerichtlichen Erkenntnisses gerechtfertigt, dem Kläger die Ausschwörung des ihm auferlegten Reinigungseides in der Form der Ignoranz zu gestatten."

(Appellations-Erkenntniß vom 16. November 1879, Nr. 7689).

---

285. Undeutlichkeiten im Urtheil sind zunächst durch ein Declarationsgesuch und nur eventuell durch Appellation zu beseitigen.

„Es fragt sich mit Rücksicht auf den Kostenpunkt, ob die interponirte Querel wegen der Ungenauigkeit der Entscheidungsworte des angefochtenen Erkenntnisses nicht einigermaßen gerechtfertigt sei.

Diese Frage muß indessen verneint werden, weil die Nichtübereinstimmung der Entscheidungsworte mit den Entscheidungsgründen in Gemäßheit der abg. Art. der Rig. Stadtrechte Lib. II Tit. XXVII §. 1 zunächst nur zu einem Declarationsgesuch Anlaß geben könnte und erst, wenn der vorhandene Widerspruch durch die Declaration nicht gelöst wird, die Prosecution des ordentlichen Rechtsmittels gerechtfertigt erscheint."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 22. Februar 1880, Nr. 1355).

---

286. Beim Mangel der Unterschrift des Appellanten auf der Appellationsjustificationsschrift wird die angemeldete Appellation desert.

(Bescheid des Raths vom 18. Juni 1871, Nr. 4316).

---

287. Das Armenrecht befreit nicht von der Erlegung des Appellationsschillings.

„Das Armenrecht befreit denjenigen, dem es zuerkannt worden, lediglich von der Vergütung der Kanzelleikosten und der Advokatengebühren, sowie nach dem neuesten Stempelgesetz von dem Gebrauche gestempelten Papiers. Der Appellationsschilling, welcher in das Stadtärar fließt, gehört aber nicht zu den Proceßkosten, er ist vielmehr eine Abgabe zum Besten der Stadt und zur Entrichtung derselben ist jeder verbunden, der nicht durch Gesetz oder bewilligten Erlaß von ihr befreit ist".

(Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 24. März 1876, Nr. 2068).

---

288. Appellationsformalien. Erscheinen sämmtlicher Streitgenossen im Appellationsanmeldungstermine. Der Appellationsschilling ist von sämmtlichen Streitgenossen zusammen nur einmal zu erlegen.

Diese Fragen sind in den Motiven der Resolution des Raths vom 21. Juni 1873, Nr. 4736 folgendermaßen entschieden:

„Der gerügte Mangel gehöriger Vertretung kann den beiden

Mitimpetranten als Unterlassungssünde nicht füglich angerechnet werden. Diese beiden Mitimpetranten waren mit der Anna J. behufs der Appellationseinlegung zu einer Parteirolle verbundene Streitgenossen. Sie alle drei hatten, wie das untergerichtliche Protokoll d. d. 9. Juni c. ausweist, ihre hinwiederum zu einer gemeinschaftlichen Parteirolle verbundenen Gegner behufs der Appellationsanmeldung vorbescheiden lassen, sie alle drei hatten den die Appellationsanmeldung enthaltenden Locoreceß eigenhändig unterzeichnet. Ihr persönliches Ausbleiben im Appellationsanmeldungstermin und ihre Stellvertretung in demselben durch ihre allerdings von ihnen nicht weiter bevollmächtigte Streitgenossin A. J. konnte aber für sie das Präjudiz einer Versäumung der Appellationsformalien umsoweniger mit sich bringen, als nach der const. 2 Cod. de consort. 3, 40 und Clem. 3 de procur. 1, 10 ein Streitgenosse an sich und ohne Vollmacht befugt ist, die anderen mit ihm zu einer Parteirolle verbundenen Personen zu vertreten.

Endlich läßt sich die Vernachlässigung eines Appellationsformale auch darin nicht finden, daß die Impetranten nicht jeder für sich, sondern nur alle zusammen den Appellationsschilling beigebracht haben. Das Gesetz (abgeänd. Artikel des Rig. Rechts zu Lib. II Tit. XXVIII §. 2) fordert allerdings auch von dem Appellaten, welcher einer Appellation zu inhäriren beabsichtigt, als von einem an sich selbständigen Appellanten, die Entrichtung des Appellationsschillings. Daß aber auch Streitgenossen, welche sich zu derselben Appellation aus gleichen Gründen vereinigen, einen nach ihrer persönlichen Zahl vervielfältigten Appellationsschilling zu erlegen haben, sagt kein Gesetz, wogegen die Rechtsübung einem solchen Grundsatz schnurstracks zuwiderläuft, für welchen Grundsatz es zudem an jedem Sinn umsomehr mangeln würde, als ja nach der l. 10 princ. Dig. de appell. 49, 1 und §. 4 ibid., const. 1 und 2 Cod. si unus ex plurib. appell. 7, 68 und nach Cap. 72 X. de appell. 2, 28 selbst die von nur einem der Streitgenossen ergriffene Appellation bei gleichen Verhältnissen auch den übrigen Streitgenossen zu Statten kommt."

289. Stillschweigender Verzicht auf ein Rechtsmittel durch Forsetzung des Processes.

In Proceßsachen S. wider B. wurde am 17. Januar den Parteien von der II. Section des Landvogteigerichts ein Bescheid publicirt, nach welchem S. binnen peremtorischer Frist von 8 Tagen Beweis anzutreten hatte. S. introducirte noch in derselben Verhandlung den Beweis durch Delation dreier Eide an B., worauf dieser von der Beweisantretung Abschrift bat und sich erbot, binnen 8 Tagen sub poena recusati auf die Eide sich zu erklären. Da es sich um einen Incidentstreit handelte, so wurde nur eine 48stündige Präclusivfrist bewilligt, nach deren Ablauf am 19. Januar B. die Querel gegen das Beweisverfügen vom 17. Januar interponirte. Auf gegnerischen Protest wurde die Querelnachgabe verweigert. Die gegen das Denegationsdecret von B. erhobene Beschwerde wurde durch die Resolution des Raths vom 12. März 1876, Nr. 1776 mit folgender Motivirung zurückgewiesen:

„Nach dem in Ermangelung specieller particularrechtlicher Bestimmungen für die vorliegende Frage maßgebenden gemeinen Recht ist es zunächst fraglos, daß ein Decret die Rechtskraft beschreitet, nicht nur nach erledigtem Appellationsverfahren resp. nach Ablauf des fatale zur Einwendung der Appellation, sondern auch vor letzterem Termin, wofern die Parteien auf die Interposition eines Rechtsmittels verzichten. In den Gesetzen ferner ist ausdrücklich ausgesprochen und daher auch in der Theorie nicht bestritten, daß der Verzicht auf ein Rechtsmittel sowohl ausdrücklich, wie auch stillschweigend (durch concludente Handlungen) geschehen kann. Es fragt sich somit nur, ob vorliegenden Falls aus dem Verfahren des Supplicanten in schlüssiger Weise der Verzicht auf die Interposition der Querel gefolgert werden konnte.

Wenn keinerlei Parteierklärung vorliegt, so tritt die Wirksamkeit der in einem Decret enthaltenen Auflage für die betr. Partei erst nach Ablauf des Appellationsfatale ein; erfüllt die beauftragte Partei das Judicat früher, so verzichtet sie damit ihrerseits auf Einwendung eines Rechtsmittels. Wenn S. dem Bescheide vom 17. Januar c. sofort nach der Publication entsprach, indem er durch Eidesdelation an den Gegner den ihm im Bescheid aufgelegten Beweis antrat, so konnte er solches nur thun in der Voraussetzung,

der Beſcheid werde ſofort die Rechtskraft beſchreiten, und in der Beweisantretung lag, wie der Verzicht des Introducenten auf die Anfechtung jenes Beſcheides, ſo die Aufforderung an den Gegner ſich ſeinerſeits über die etwaige Einwendung eines Rechtsmittels zu erklären. Selbſtverſtändlich konnte durch einen ſolchen Antrag das Recht des Gegners ſich erſt nach 48 Stunden über den einzuſchlagenden Rechtsmittelweg zu entſcheiden, nicht geſchmälert werden; allein da die 48 ſtündige Deliberationsfriſt eine Siſtirung des geſammten Verfahrens, die Beweisantretung des S. aber eine Fortführung des Proceſſes darſtellt, ſo konnte Supplicant, wenn er nicht eine in ſich ſelbſt widerſpruchsvolle Erklärung abgeben wollte, nur: entweder ſein Recht zur Siſtirung des Proceſſes auf 48 Stunden verfolgen (dann mußte er gegen die verfrühte Beweisantretung proteſtiren, reſp. ſich die erſte Aeußerung darauf ohne Commination bis zum Ablauf des Appellationsfatale vorbehalten), oder aber mit Aufgebung jenes Rechts auf den gegneriſchen Antrag ſich einlaſſen und damit ſelbſt die Zuſtimmung zur Fortſetzung des Proceſſes geben. Beide Wege ſtanden dem Supplicanten offen, da dieſelben aber den directen Widerſpruch zu einander bezeichnen, ſo mußte das Beſchreiten des einen den Verzicht auf den anderen involviren. Erwägt man zumal noch, daß Supplicant nicht etwa nur eventuell ſich die Erklärung auf die Beweisantretung vorbehielt, ſondern ſelbſt die Anberaumung einer peremtoriſchen Erklärungsfriſt auf die ihm zugeſchobenen Eide in Vorſchlag brachte, alſo doch den ſofortigen Beginn dieſes Friſtenlaufs wollte, ſo kann es nicht zweifelhaft ſein, daß er durch dieſe Erklärung ſich mit dem Urtheil zufrieden gab („sententiae acquievit“ l. 5 Cod. 7. 52 de re judicata). Denn die Rechtskraft jenes Verfügens war eben die Vorausſetzung für den Beginn des reſp. Friſtenlaufs.

Das Landvogteigericht war daher vollkommen im Recht, wenn es die vom Supplicanten am 17. Januar c. abgegebene Erklärung nach dem einzig ihr unterzuſchiebenden Sinne als Genehmigung zur Fortſetzung des Proceſſes und Verzicht auf die Einwendung eines Rechtsmittels gelten ließ. Folgerichtig mußte dann auch die im Widerſpruch hierzu am 19. Januar c. angemeldete Querel, da ſie eine unzuläſſige Rücknahme der früheren, bindenden Erklärung involvirte, auf gegneriſchen Proteſt denegirt werden.“

290. Gravamina gegen die Motive der Entscheidung zu richten ist unstatthaft.

I. Die Motive des Querelbescheides des Raths vom 20. April 1873, Nr. 2932 enthalten hierüber Folgendes:

„Die Beklagte hat durch ihren Mandatar ihre Beschwerde in neun besonderen Punkten formulirt und zwar in der Art, daß dieselben nicht gegen die Entscheidung selbst, sondern gegen die Motive der Entscheidung gerichtet sind. Eine solche Formulirung der gravamina ist aber processualisch unzulässig und daher nicht weiter zu berücksichtigen, sondern vielmehr, indem zugleich dem betr. Mandatar dies bemerkt wird, ganz abgesehen von dieser Formulirung, die Sache in oberrichterliche Beurtheilung zu ziehen."

II. In den Motiven des Querelbescheids vom 22. Januar 1874, Nr. 572 findet sich u. a. über eines der vom Querulanten angemeldeten gravamina folgende Bemerkung:

„Dieses gravamen ist unstatthaft und schon deshalb ohne weitere Erörterung zurückzuweisen, weil dasselbe nicht gegen die verba decisiva des untergerichtlichen Bescheides, sondern nur gegen eine zur Begründung der Entscheidung vom Unterrichter in der Motivirung ausgesprochene Rechtsansicht gerichtet ist, woher denn dies gravamen schon der Voraussetzung entbehrt, daß, wie in demselben angegeben wird, in der That entschieden worden ist."

III. Der Querelbescheid vom 18. November 1877, Nr. 7897 besagt:

„Wenn die untergerichtliche Entscheidung als Entscheidungsgrund anführte, daß es gerichtskundig sei, daß der Auftrag des Hauses noch nicht erfolgt sei, so ist diese Motivirung, welche allerdings nicht ganz zutreffend ist, doch für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung ganz irrelevant, da das Maßgebende nicht der Entscheidungsgrund, sondern die Entscheidung selbst ist und auch nur gegen diese, nicht aber gegen ihre Motivirung ein Rechtsmittel zulässig ist."

---

291. Die Beschwerdepunkte sind bei der Appellation einzeln aufzuführen.

In den Motiven des Appellations-Erkenntnisses des Raths vom 7. September 1873, Nr. 6842 wird gesagt:

Wider solches Erkenntniß legte Beklagter die Appellation ein unter Angabe des einzigen und in solcher Isolirtheit an sich schon unzulässigen Beschwerdepunktes „weil wie geschehen erkannt worden".

---

292. Der Devolutiveffect der Appellation erstreckt sich nur auf diejenigen Festsetzungen der angefochtenen Entscheidung, welche als Beschwerdepunkte formulirt worden sind.

Der Appellant hatte sein gravamen unicum bei der Appellationsanmeldung dahin angegeben, „daß die seinen Kindern zu zahlende Alimentationsquote auf den Betrag von 12 Rbl. monatlich richterlich festgestellt worden sei." In dem Appellations-Erkenntnisse vom 1. Juli 1877, Nr. 4933 heißt es:

„Appellant hat in seiner Appellationsjustification das untergerichtliche Erkenntniß deshalb angegriffen, weil seine Einrede des von der Klägerin erklärten Verzichts auf die Alimentation für die Kinder nicht für bewiesen erachtet worden ist. Allein er hat bei seiner Appellationsanmeldung ein gravamen gegen diesen Theil der untergerichtlichen Entscheidung gar nicht gestellt. Nach den Regeln des geltenden Proceßrechts müssen nun aber diejenigen Festsetzungen des anzufechtenden Erkenntnisses, durch welche die Partei sich benachtheiligt glaubt, mittelst ordentlicher Beschwerdepunkte angezeigt werden (vgl. Nielsen, Proceßform §. 343, Samson, Institutionen des livl. Processes §. 609), da alle übrigen Festsetzungen der Entscheidung, gegen welche ein gravamen bei Interponirung des Rechtsmittels der Querel oder Appellation nicht verlautbart wird, mit dem Ablauf der Anmeldungsfrist in Rechtskraft übergehen und deshalb in der Oberinstanz nicht mehr Gegenstand der Verhandlung und oberrichterlichen Abänderung sein können."

Uebereinstimmend ist erkannt in den Appellations-Erkenntnissen vom 7. Januar 1872, Nr. 69 und vom 13. Januar 1878, Nr. 302.

---

293. Justification der gravamina als formelles Erforderniß der Appellation.

I. In den Motiven des Querelbescheides vom 8. Januar 1875, Nr. 123 findet sich folgender Satz:

„Auf die in der Appellationsrechtfertigung enthaltene Motivirung der gravamina einzugehen verbietet sich aus dem Grunde, weil dieselbe aus einer Reihe neuer Behauptungen besteht. Es ist daher unabhängig von den Mitteln, mit welchen Beklagter (Querulant) die unterrichterliche Entscheidung angefochten hat, die Frage zu beantworten, ob die Einrede, durch welche Beklagter die Erfüllung der Forderung seines Gegners abzulehnen bestrebt ist, Berücksichtigung finden kann."

II. Die Resolution vom 9. Juli 1871, Nr. 4775 lautet:

„Wenn nach den abg. Artikeln Lib. II Cap. XXVIII §. 5 und 6 die Justification einer Querel in einer vollkommenen Satzschrift enthalten sein und wofern das nicht geschehen, die Querel für desert erkannt, der Querulant aber auf Anhalten des Gegentheils in die Unkosten verurtheilt werden soll,

wenn dem widersprechend die Querulantin an Stelle einer Auseinandersetzung ihrer Beschwerdegründe sich damit begnügt hat, in einer, allerdings auf dem vorschriftmäßigen Stempelbogen eingebrachten, Eingabe lediglich auf ihre Erklärungen in dem Untergerichte sich zurückbeziehen, eine solche bloße Verweisung auf die Verhandlungen im Untergericht aber, wie das schon in Appellationssachen des J. Kronberg wider den E. Sternberg (Urtheil vom 9. Juni 1870, Nr. 127) festgestellt worden, nicht als die vorschriftmäßige Prosecution des eingelegten Rechtsmittels, sondern nur als eine Verabsäumung desselben angesehen werden darf,

so ist die interponirte Querel für desert zu erachten und die Querulantin für schuldig zu erkennen, ihrem Proceßgegner die Kosten der Oberinstanz binnen 14 Tagen bei Strafe der Execution zu ersetzen."

294. Appellationsprüfung in der Oberinstanz trotz unrechtfertiger Nachgabe der Appellation seitens der Unterinstanz.

Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 8. Januar 1875, Nr. 121.

„Die Kläger forderten vom Beklagten den Kaufpreis für von ihm empfangene 49,100 Ziegelsteine mit 785 Rbl. 60 Kop. Der Beklagte erklärte, die geklagte Schuld habe ihre Richtigkeit und er wolle sie auch bezahlen, er habe aber über selbige keine Rechnung erhalten. Nachdem hierauf Beklagter zu der verlangten Zahlung verurtheilt worden war, brachte er zur Anzeige, daß er eine Gegenforderung von 3000 Rbl. habe. Damit schließen die untergerichtlichen Verhandlungen in der Hauptsache, denen nur noch weitere Verhandlungen über das von dem Beklagten gegen das ihn verurtheilende Erkenntniß eingelegte Rechtsmittel der Appellation folgen. Da nun die angemeldete Appellation, wiewohl nach den Rig. Stat. Lib. II Cap. XII Art. 3 über gestandene Schuld kein Proceß zugelassen werden soll, dem Beklagten vom Unterrichter nachgegeben worden ist, so hat die oberrichterliche Prüfung des angefochtenen Erkenntnisses zwar nicht unterlassen, nichts destoweniger hier aber darauf hingewiesen werden müssen, daß, wo wie vorliegenden Falls ein unumwundenes Eingeständniß der geklagten Schuld abgegeben worden, eine Reformirung des den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisses nach dem bestehenden Recht geradezu ganz unmöglich ist."

295. Wirkung des Devolutiveffects im Falle der Aufhebung des angefochtenen Urtheils.

Das Amtsgericht hatte durch Bescheid vom 30. April 1874 in einer Streitsache die vorgeschützten Einreden als unzulässig verworfen, war auf das Beweisnachgabegesuch der Parteien nicht eingegangen und hatte dem Beklagten die directe Erklärung aufgegeben. Durch Erkenntniß des Raths vom 20. November 1874, Nr. 7257 wurde bei Aufhebung des untergerichtlichen Bescheides auf Beweis erkannt und das Beweisthema, wie die Beweislast festgestellt. Die Motive bemerken:

„Der Oberrichter darf nicht dabei stehen bleiben, die ange-

fochtene Entscheidung als unrechtfertig aufzuheben, oder sich damit begnügen, die Sache zur Abänderung des Spruches an die Unterinstanz zurückzuverweisen, ihm liegt vielmehr ob, falls keine Gründe der Zweckmäßigkeit dem entgegenstehen, das seiner Ansicht nach richtige Erkenntniß an die Stelle des beseitigten zu setzen und zu diesem Behufe alle spruchreifen Punkte durch die erforderliche Sentenz zu erledigen."

---

296. Ueber die Regel: contumax non appellat.

„Die Verweigerung der Querel erscheint im vorliegenden Falle nicht begründet. Das Vogteigericht beruft sich auf den Satz: contumax non appellat, allein abgesehen davon, daß über den Umfang der Anwendbarkeit dieses Satzes die Theorie höchst streitig ist (vgl. z. B. Bayer §. 312 mit Renaud §. 158 und Wetzell §. 54), so kann von der Giltigkeit der Regel*) doch nur dann die Rede sein, wenn die Thatsache des Ungehorsams, auf Grund dessen das Contumacialerkenntniß ergeht, unzweifelhaft ist. Das Contumacialurtheil, insofern es die nothwendige rechtliche Consequenz aus einer unstreitigen Thatsache (dem Ungehorsam der Parteien) zieht, soll nicht im ordentlichen Rechtsmittelwege anfechtbar sein. Das hier in Frage kommende vogteigerichtliche Verfügen aber enthält eine doppelte Entscheidung; einmal darüber, daß in der That ein Ungehorsam der Partei vorliege, und sodann darüber, welche Folge dieser Ungehorsam nach sich ziehe. Nur in seinem letzten Theile ist das Verfügen als Contumacialbescheid aufzufassen, gegen den ersteren Theil aber mußte die Querel zugelassen werden; denn gegen die unrichtige Unterstellung des Ungehorsams muß die verletzte Partei offenbar durch Berufung an die Oberinstanz sich schützen können."

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

---

297. In Wettgerichtssachen ist in der Appellationsinstanz jeder Partei nur ein Schriftsatz gestattet.

In Appellationssachen wider das Erkenntniß des Wettgerichts vom 28. August 1871 erging vom Rathe auf den Antrag des

*) Diese ist anerkannt in der Resolution vom 13. October 1871, Nr. 6831.

Appellaten auf Actenschluß am 24. November 1871 sub Nr. 7890 nachstehender Zwischenbescheid:

„Wenn das Protokollverfügen dieses Raths vom 20. October c., demzufolge dem Appellanten von der gegnerischen Appellationswiderlegung die gebetene Abschrift nachgegeben und das weitere Verfahren reservirt worden, gegenüber der gemessenen und in der Gerichtspraxis stets gleichmäßig beobachteten Vorschrift der Rig. Stadtrechte Lib. II Cap. XVIII §. 4 dahin gehend, daß in Wettgerichtssachen jedem Theile in appellatario nur ein schriftlicher Satz verstattet sein soll, selbstredend keinen anderen Sinn haben konnte, als daß dem Appellanten die Befugniß nicht hat abgeschnitten werden sollen, von dem Inhalte der Appellations-Refutation Kenntniß zu nehmen, damit er auf in ihr etwa vorhandene nova hinweisen und gegen dieselben bei der ihm sonst einzig nur noch zuständigen Submission zum Appellationserkenntniß protestiren könne, jenes Protokollverfügen dagegen keineswegs die Bedeutung haben sollte, daß ihm gegen die stricte Gesetzesvorschrift noch ein weiteres schriftliches Verfahren in dieser Appellationssache gewährt sei, so wird Appellant hiermit angewiesen, binnen 8 Tagen bei der Verwarnung auch seinerseits zur Entscheidung zu submittiren, daß widrigenfalls die Submission fingirt und die Parteien ohne weiteres behufs ihres Antrages wegen Relation der Acten vorgeladen werden würden."

298. Appellation wegen der Kosten allein ist unstatthaft.

Die Direction der baltischen Leinenmanufactur hatte wider ein verurtheilendes Erkenntniß des Vogteigerichts unter dem Erbieten den ihr abgesprochenen Betrag zu bezahlen, um Nachgabe der Appellation gebeten, weil sie sich durch die Entscheidung über die Proceßkosten gravirt fühlte. Dieselbe war ihr jedoch in dem Verfügen des Vogteigerichts vom 16. März 1871 denegirt worden. Die Beschwerde der beregten Direction über dieses Verfügen des Vogteigerichts wurde durch die Resolution vom 7. Juli 1871, Nr. 4693 aus nachstehenden Gründen verworfen:

„Der gemeine Civilproceß, welcher auf Grund der Stadtrechte Lib. II Cap. IV für die Verhandlungen in civilrechtlichen Streitigkeiten bei den Rigaschen Stadtgerichten in unzweifelhafter Geltung ist, ist in Bezug auf die Frage, ob wegen der Proceßkosten eine

selbständige Appellation zulässig sei, keineswegs schwankend; dieselbe wird vielmehr von allen Proceßlehrern übereinstimmend verneint (vgl. Linde, Lehrbuch §. 403; Schmid, §. 228 Note 17; Wetzell, §. 54 Note 69; Endemann, §. 232 Note 33; Renaud, §. 176 Note 35).

Der Grundsatz der Unstatthaftigkeit einer selbständigen Appellation wegen der Proceßkosten ist ferner auch in die Entwürfe aufgenommen worden, welche den provinziellen Civilproceß zum Gegenstande haben, und es ist damit Zeugniß dafür abgelegt, daß derselbe auch in der Anschauung der juristischen Doctrin, sowie in der Praxis der Provinzialgerichte feststeht (vgl. Entwurf des IV. Theiles des Pr.-Rechts der Ostseegouvernements, Civilpr.-Ordn. Riga 1865, §. 196 und 699. Bunge, Entwurf einer Ordnung des Gerichtsverfahrens in Civilsachen für Liv-, Est- und Kurland, Reval 1864, §. 19, 38 und 88.)

Daß die provinziellen Schriftsteller über den Proceß sich über diesen Gegenstand nicht ausgesprochen haben und daß die Praxis der städtischen Gerichte kein Präjudicat über denselben auffinden läßt, hat wohl darin seinen Grund, daß ein Zweifel bisher niemals erhoben und der Grundsatz in der Praxis niemals in Frage gestellt worden ist.

Muß nun aber nach Doctrin und Praxis des hier geltenden Civilprocesses es für feststehend erachtet werden, daß eine selbständige Appellation wider einen Nebenpunkt der Hauptsache, insbesondere die Proceßkosten unstatthaft ist, so kann die supplikantische Beschwerde wider das Verfügen des Vogteigerichts vom 16. März c. nicht für gerechtfertigt erachtet werden."

---

299. Appellations-Adhäsion wegen der Proceßkosten.

Aus den Motiven des Appellationsurtheils vom 18. December 1874, Nr. 7948:

„Es ist hier schließlich noch zu erwähnen, daß Appellat unter Hinweis darauf, daß er allein wegen der ihm nicht zuerkannten Kosten ein ordentliches Rechtsmittel zwar nicht einlegen dürfe, nichtsdestoweniger aber dieserhalb bei dem Oberrichter Beschwerde zu führen befugt sei, gebeten hat, unter Abänderung des untergerichtlichen Erkenntnisses ihm die Kosten der ersten Instanz zuzusprechen. Diese Bitte hat indeß unberücksichtigt bleiben müssen, da eine selb-

ständige Beschwerde von dem Appellaten, welcher der Appellation nicht adhärirt hat, mit der Appellationswiderlegung processualisch nicht verbunden werden darf und eine reformatio in pejus da ausgeschlossen ist, wo kein dem Untergericht angezeigtes und von ihm für zulässig erkanntes gravamen vorliegt."

---

300. Das Beweisnachgabegesuch ist mit der Appellationsrechtfertigung zu verbinden.

Hierüber enthalten die Motive des Bescheides des Raths vom 10. Januar 1873, Nr. 182 Folgendes:

„Es ist gewiß, daß Appellant in dieser Instanz mit einer Beweisführung nicht zugelassen werden kann, da er keineswegs, wie das unbedingt erforderlich gewesen wäre, mit seiner Appellationsrechtfertigung ein Beweisnachgabegesuch verbunden und noch viel weniger alle die vorschriftsmäßigen Bedingungen erfüllt hat, von denen der Zulaß zur Beweisführung in der Appellationsinstanz gesetzlich abhängig ist."

---

301. Unzulässiges Gesuch um Nachgabe des Novenbeweises nach erfolgter Submission.

Aus den Motiven des Erkenntnisses des Raths vom 24. Mai 1872, Nr. 3639:

„Es ist noch zu bemerken, daß, nachdem längst schon der Schluß der Verhandlungen in der Oberinstanz und die Relation der Acten verfügt worden und während eben diese Acten behufs Abgabe einer Erklärung auf die (vom appellirenden Beklagten mit der Appellation verbundene) Nichtigkeitsbeschwerde an das Untergericht remittirt waren, Appellant unzulässiger und unwirksamer Weise um Nachgabe eines Beweises zur Introducirung neu aufgefundener Beweismittel gebeten hat. Auf dieses Gesuch hat indeß hier nicht weiter eingegangen werden dürfen, weil nach längst erfolgter Submission zur Entscheidung die actenmäßige Sachlage nicht weiter verrückt und den Parteien weiteres Vorbringen in dieser Sache ebensowenig gestattet werden darf, als wenn die Sache bereits entschieden worden wäre."

---

302. Das beneficium novorum ist bei außerordentlichen Rechtsmitteln unanwendbar.

Hierüber sagen die Motive des Querelbescheides des Raths vom 14. März 1873, Nr. 1970:

„Das beneficium novorum, welches eben nur im ordentlichen Rechtsmittelverfahren unter Umständen exceptionell statthaft ist, ist wie bei der simplen Beschwerde, so überhaupt bei jedem außerordentlichen Rechtsmittel unanwendbar."

303. Allgemeine Voraussetzungen der appellatio ex capite novorum.

I. In Sachen H. wider W. hatte Kläger W., nachdem er von dem Unterrichter mit seiner Klage abgewiesen worden war, in seiner Appellationsjustification um das beneficium nondum probata probandi gebeten, welcher Bitte unter der Bedingung der Ableistung der Noveneides deferirt wurde. Die Motive des Bescheides vom 3. Februar 1871, Nr. 804 besagen hierüber Folgendes:

„Wenn das Ergebniß des in der Unterinstanz geführten Zeugenbeweises allein keineswegs für hinreichend erachtet werden kann, um eine Ueberzeugung für die wirklich geschehene Ablieferung des ganzen Quantums Balken zu gewinnen, somit das bereits An- und Ausgeführte allein nicht schon eine weitere Beweisführung unnöthig macht, eine neue Beweisführung in der Oberinstanz in Berücksichtigung des zu berücksichtigenden materiellen Rechts nach den durch die Praxis festgestellten, auf die Königl. schwed. Revisionsverordnung vom 31. August 1682 §. 6 (pag. 384 L.O.) beruhenden Grundsätzen des hiesigen Proceßverfahrens dann zulässig erscheint, wenn es sich um solche Beweismittel handelt, welche von dem Producenten erst nach dem vollendeten Verfahren in der Unterinstanz aufgefunden sind, oder deren Nothwendigkeit und Dienlichkeit sich erst später herausgestellt hat, und der Producent diese Thatsachen und daß er sich des neuen Beweismittels nicht als Mittel der chicanösen Proceßverzögerung bedient, eidlich zu erhärten im Stande ist, das Vorhandensein dieser Voraussetzung von dem Appellanten auch behauptet wird und von ihm eidlich erhärtet werden will, so ist der Bitte des Appellanten in Bezug auf die neue Beweisführung und

zwar umsomehr, als von Seiten des Appellaten kein Widerspruch eingelegt worden, nachzugeben gewesen."

II. Durch den Querelbescheid vom 23. April 1875, Nr. 2871 wurde die Zulassung zum Novenbeweise verweigert, weil „die Befugniß eine Beschwerde durch neues thatsächliches Vorbringen zu begründen zur Voraussetzung habe, daß die hierzu zu verwendenden Momente, sie mögen neue selbständige Behauptungen, oder in Vorschlag gebrachte neue Beweismittel sein, von der Beschaffenheit sind, daß, wenn sie schon früher hätten geltend gemacht werden können, sie den Richter bewogen haben würden anders, als es geschehen ist, zu erkennen", und weil diese Voraussetzung bei den vom Impetranten bezeichneten neuen Beweismitteln resp. neuen thatsächlichen Behauptungen nicht zutreffe.

III. „Die von Amtswegen richterlich zu prüfende Voraussetzung einer in der Oberinstanz zulässigen Beweisführung ist — wie durch zahlreiche Präjudicate des Raths festgestellt worden ist —, daß die neu zu beweisenden Thatsachen bzw. die neuen Beweismittel nicht schon während der Verhandlungen in der Unterinstanz dem Beweisführer zur Hand waren, d. h. es muß sich auf Grund der Acten als bescheinigt erachten lassen, demnächst aber noch eidlich erhärtet werden, daß die fraglichen Thatsachen bzw. Beweismittel dem Beweisführer vorher nicht bekannt gewesen seien, oder daß er ihre Einbringung deshalb unterlassen, weil er nicht vermeint, daß sie zur Sache dienlich seien, so daß in der nachträglichen Einbringung nicht eine arglistige Beeinträchtigung der Gegenpartei gefunden werden kann. Auf Grund der Parteiverhandlungen kann indessen im vorliegenden Falle als bescheinigt nicht angesehen werden, daß Beklagter aus entschuldbarer Unkenntniß diejenigen Beweismittel, welche er in dieser Instanz einzubringen wünscht, früher zu introduciren verabsäumt habe."

(Appellations-Erkenntniß vom 29. April 1877, Nr. 2919).

IV. „Anlangend den erbetenen Novenbeweis, so hat Querulant diese Bitte zu begründen unterlassen. Denn weder hat er die Gründe angegeben, um derentwillen er nicht in der Lage gewesen ist, innerhalb der in der ersten Instanz ihm für die Beweisführung

anberaumten präclusivischen Frist von dem Beweise, welchen er jetzt erst zu introduciren beabsichtigt, Gebrauch zu machen, noch hat er die Beweismittel bezeichnet, welche er jetzt in Anwendung zu bringen beabsichtigt, obwohl wie das eine, so das andere für die Beurtheilung der Zulässigkeit eines nachgesuchten Novenbeweises geradezu unentbehrlich ist. Bei dem solchergestalt vorhandenen Mangel an den Voraussetzungen, unter denen allein die Nachgabe eines Novenbeweises statthaft ist, hat auf die dahinzielende Bitte des Querulanten nicht eingegangen werden können."

(Aus den Motiven des Querelbescheides vom 24. August 1877, Nr. 5788).

VI. „Die Revisionsordnungen vom 28. Juni 1662 und vom 31. August 1682, welche die Grundlage für die provinzialrechtliche Beurtheilung des Novenbeweises abgeben, lassen zwar als eine besondere Vergünstigung im Interesse der Billigkeit und des materiellen Rechts die Einbringung neu aufgefundener Documente und Beweismittel in der Oberinstanz zu, machen aber dieselbe einestheils von einer eidlichen Versicherung des Appellanten, anderntheils von einer Beprüfung des Oberrichters abhängig. Um solche möglich zu machen, ist die Bezeichnung der zu gebrauchenden neuen Beweismittel, wie sie auch vom gemeinen Recht (Renaud, Civilproceß, 1867 S. 505) gefordert wird, nothwendig. Denn ohne eine solche specielle Bezeichnung ist die Prüfung dessen, ob die neuen Documente und die neuen Zeugen in der That neu entdeckte und neu aufgefundene sind und in dem Verfahren der ersten Instanz gar nicht bekannt waren und sein konnten, überhaupt nicht ausführbar. Die Gewißheit darüber aber ist um so mehr nothwendig, als das beneficium des Novenbeweises nicht mißbräuchlich dazu benutzt werden soll, um in der Unterinstanz versäumte Beweismittel in der Oberinstanz nachzuholen und verfehlte Beweisführungen in der Oberinstanz zu verbessern."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 3. August 1879, Nr. 5258).

VI. „Ob und inwiefern gegen processualische Versäumnisse eine Restitution möglich ist, kommt hier nicht in Betracht, weil es sich hier gar nicht um eine Versäumniß des Klägers handelt, sondern

um ein neu aufgefundenes Beweismittel und in solchen Fällen eine Hilfe nur in zweiter Instanz durch das beneficium nondum probata probanti et nondum deducta deducendi gegeben werden kann. Auf Grund der schwedischen Revisionsordnung vom 28. Juni 1662 und der Revisionsordnung vom 31. August 1682, sowie auf Grund des dem gemeinen Processe zu Grunde liegenden J. R. A. vom Jahre 1654 §. 73 hat auch das städtische Proceßverfahren in Berücksichtigung des zu begünstigenden materiellen Rechts unter der Voraussetzung der Ableistung des in jenen Gesetzesbestimmungen vorgeschriebenen Eides jenes beneficium der Zulassung neuer Beweismittel in der Oberinstanz für zulässig erklärt und dasselbe nur da ausgeschlossen, wo in der Unterinstanz der Beweis für desert erklärt war oder wo der Novenbeweis auf solche Thatsachen sich richtet, über die schon in der Unterinstanz ein Zeugenbeweis stattgefunden hat."

(Bescheid vom 30. Mai 1880, Nr. 3769).

304. Ein Novenbeweis ist unzulässig, wenn in der Unterinstanz der Beweis versäumt oder darauf verzichtet wurde.

Aus den Motiven des einen nachgesuchten Novenbeweis denegirenden Urtheils des Raths vom 21. Juli 1876, Nr. 4697:

„Den Beweis, welchen Beklagter (Appellant) gegenwärtig zu führen beabsichtigt, hat er jedenfalls durch eigenes Verschulden einzubringen versäumt. Da nun Beklagter trotzdem ausdrücklich auf jeden seinerseitigen Gegenbeweis verzichtet hat, das beneficium nondum probata probandi sich aber nicht auf Beweise erstreckt, auf welche verzichtet oder welche verabsäumt worden, so ist um deswillen schon der gebetene Novenbeweis dem Beklagten nicht zu verstatten."

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Appellations-Erkenntniß vom 2. Juni 1876, Nr. 3571.

---

305. Novenbeweis mit Beweismitteln, welche der Probant zwar kannte, aber beizubringen nicht die Möglichkeit hatte.

„Die Voraussetzung einer in der Oberinstanz zulässigen Beweisführung ist von Amtswegen richterlich zu prüfen. Sie ist

regelmäßig dann vorhanden, wenn auf Grund der Acten für bescheinigt erachtet, demnächst aber noch eidlich erhärtet werden kann, daß die fraglichen Thatsachen bzw. Beweismittel dem Beweisführer vorher nicht bekannt waren, oder doch, daß er ihre Einbringung deshalb unterlassen hat, weil er nicht vermeinte, daß sie zur Sache dienlich seien, so daß in dem Unterlassen des früheren Einbringens nur eine entschuldbare Unkenntniß und in dem Nachholen nicht eine arglistige Beeinträchtigung der Gegenpartei gefunden werden kann. (Vgl. Appellations-Erkenntniß des Raths vom 29. April 1877, Nr. 2919.) Diese Voraussetzungen für den Novenbeweis liegen im concreten Falle nicht vor. Denn nach Ausweis der Acten hat Beklagter schon in der Unterinstanz Kenntniß von dem jetzt vorgeschlagenen Beweismittel gehabt und seine Benutzung für dienlich gehalten. Wollte man aber — wie bisher hier nicht üblich — auch auf Grund des J. R. A. §. 73 weiter gehen und dem Probanten das Nachholen von neu aufgefundenen Beweismitteln gestatten, deren Existenz und Zweckdienlichkeit ihm bereits früher bekannt gewesen ist, die er aber aus von ihm unabhängigen Gründen in erster Instanz nicht einzubringen vermocht hat, so kann doch diese Befugniß ihm nur unter der Voraussetzung gewährt werden, daß ein Verschulden seinerseits beim Unterlassen des früheren Einbringens und eine arglistige Beeinträchtigung der Gegenpartei ausgeschlossen ist. Diese Voraussetzung trifft im Fragefalle gleichfalls nicht zu. Die Beibringung der vom Beklagten bezeichneten Urkunde kann im gegenwärtigen Rechtsstreit nur durch dreierlei Operationen erreicht werden: entweder durch den gegen die Kläger gerichteten Antrag auf Edition derselben, oder durch Exhibition seitens des Beklagten selbst, oder durch Requisition einer Behörde, die sich etwa in ihrem Besitz befindet. Das Editionsgesuch kann nun nicht statthaben, weil Beklagter unter Acceptation der Kläger auf dasselbe verzichtet hat ... zu den beiden anderen Operationen aber kann Beklagter, wenn ihn nicht der Vorwurf der Chicane und der Protrahirung treffen soll, nur dann greifen, wenn er mit Bestimmtheit anzugeben vermag, daß er selbst oder die zu requirirende Behörde im Besitze der Beweisurkunde sei, denn sonst liegt der Begriff des noviter repertum nicht vor. Das Gegentheil gerade ergiebt sich aber aus seinem Novengesuch, es kann daher von einem Nachholen eines früher zwar verloren

gegangenen, aber jetzt wieder aufgefundenen Beweismittels nicht die Rede sein."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 11. April 1879, Nr. 2633.)

---

306. Novenbeweis gegen die Glaubwürdigkeit der in der Unterinstanz vernommenen Zeugen und gegen die Moralität des Proceßgegners.

I. Durch Bescheid des Raths vom 16. März 1877, Nr. 1782 wurde der wider das Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 1. Juni 1876, Nr. 110 appellirenden Beklagten unter Auflage des Noveneides der Novenbeweis mit folgender Motivirung nachgegeben:

„Gegen die Nachgabe des Novenbeweises ist von dem Appellaten protestirt worden, weil derselbe eine irrelevante Thatsache betreffe, da, wenn es auch der Appellantin gelingen sollte durch den Novenbeweis die formelle Glaubwürdigkeit der Zeugen K. zu erschüttern, dies doch bei der Uebereinstimmung der Aussagen der Zeugen K. mit denen der übrigen Zeugen bedeutungs- und wirkungslos wäre. Außerdem stehe der von der Appellantin prätendirte Novenbeweis im Widerspruch zu Cap. XXII §. 1 der Stadtrechte und der constanten Praxis des Raths, derzufolge ein Gegenbeweis, welcher auf Anfechtung von Zeugen gerichtet ist, nach eröffneten Scrutinien durchaus unzulässig erscheine. Endlich habe der auf den unsittlichen Lebenswandel des Klägers gerichtete Novenbeweis nicht die mindeste Relevanz, da Kläger als solcher überhaupt und von vornherein keine Glaubwürdigkeit für sich in Anspruch nehme, sondern als Proceßpartei seine Klage zu beweisen habe.

Wenn Appellat behauptet, daß die Vorschrift des Rig. Stadtrechts Lib. II Cap. XXII §. 1

„Wer da gedenket der Zeugen Person durch andere Zeugen zu reprobiren und zu verwerfen, der soll nicht warten, bis er ihre Aussage, ob ihme dieselbe zuträglich oder nicht, erfahren, sondern seine reprobatorios testes probatoriorum balde nach geschehenem Examine hervorbringen"

dem beabsichtigten Novenbeweis entgegenstehe, so ist dies keineswegs richtig. Sowohl nach gemeinrechtlicher Doctrin, als nach der stadt-

rechtlichen Praxis und der in subsidium geltenden königl. schwedischen Revisionsordnung vom 31. August 1682 ist die Zulassung neuer Behauptungen in der Appellationsinstanz sowohl zum Angriff, als zur Vertheidigung zulässig, und daraus ergiebt sich denn, daß sie auch zum Beweise zugelassen werden müssen, da sonst ihr Vorbringen zwecklos wäre. Aber auch selbst der bloße Vorschlag neuer Beweismittel über bereits früher aufgestellte, aber nicht gehörig bewiesene Behauptungen ist von Gesetz und Doctrin für zulässig erkannt worden. (cf. Bayer, 10. Aufl. S. 1020, 1021. Jordan in Weiske's Rechtslexikon I. S. 377.) Und auch in dem Falle werden neue Beweismittel gestattet, wenn in der vorigen Instanz eine peremtorische Beweisfrist festgesetzt worden war (Bayer, S. 1026. Langenbeck, S. 374 ff.). Wollte man auch in der obigen Vorschrift des Stadtrechts die Festsetzung einer peremtorischen Beweisfrist sehen, so würde in Folge dieser Doctrin dennoch dem nichts entgegenstehen, daß neue Beweismittel für die Reprobation der Zeugen in der Oberinstanz vorgebracht werden dürfen. Das vom Appellaten angezogene Präjudicat des Raths vom 6. März 1870, Nr. 1648, bestätigt auch keineswegs die appellatische Behauptung, da in demselben diese Frage nur gestellt, aber nicht entschieden ist. Dagegen ist in dem Appellationsbescheide des Raths vom 2. April 1869, Nr. 6383 der Beweis über die vom Unterrichter verworfene Habilität eines Zeugen auf Grund neu entdeckter Thatsachen zugelassen worden. Ein Präjudicat des Raths, durch welches ausgesprochen wäre, daß ein Beweis in der Oberinstanz gegen die Habilität der gegnerischen Zeugen ausgeschlossen wäre, findet sich unter den zahlreichen das beneficium nondum probata probandi betreffenden Entscheidungen nicht vor.

Appellat hat ferner zur Unterstützung seines Protestes darauf hingewiesen, daß die behaupteten neuen Thatsachen gänzlich irrelevant seien. Die Relevanz der Thatsachen ist nun allerdings eine Voraussetzung für die Zulassung derselben zum Beweise. In concreto können aber die behaupteten neuen Thatsachen keineswegs für irrelevant erachtet werden, da von ihnen die Glaubwürdigkeit der beiden Zeugen K., deren Aussagen einen entschiedenen Einfluß auf die Beurtheilung der Wahrheit der klägerischen Behauptung haben, abhängt. Inwiefern die Wahrheit dieser Behauptungen auch noch aufrecht zu erhalten sein wird auf Grund der alleinigen Aussagen

der übrigen Zeugen, ist Sache der Beweiswürdigung, die aber erst im Enderkenntnisse stattzufinden haben wird.

Ebensowenig irrelevant erscheint auch der auf die unsittliche Führung des Klägers gerichtete Novenbeweis, da er für die möglicher Weise sich herausstellende Frage, ob die Entscheidung der Sache nicht etwa schließlich von einem dem einen oder dem anderen Theile aufzuerlegenden Eide abhängig zu machen sein werde, immerhin von Einfluß sein kann, zumal nach §. 15 Lib. II Cap. XVIII der Stadtrechte der Richter verpflichtet ist, bei der Auferlegung von Notheiden auch in Berücksichtigung zu ziehen, in was Ansehen, Ehr und Würde jede Partei sei."

II. Appellat hat behauptet, daß — wie er neuerdings in Erfahrung gebracht — die beiden hebräischen Zeugen maculirte Persönlichkeiten seien, als solche aber nicht volle Glaubwürdigkeit besitzen, und neue Momente, die sich auf die Habilität der Zeugen beziehen, begründen nach mehrfachen Präjudicaten des Raths (Appellationsbescheid vom 2. September 1864. Urtheil vom 4. März 1870, Nr. 1648) allerdings die Berechtigung zum Novenbeweise."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 22. November 1878, Nr. 7927.)

---

307. Novenbeweis findet wegen angeblichen Mißverständnisses der Zeugen in Betreff der ihnen vorgelegten Fragen nicht statt.

„Beklagter und Appellant hat neue Thatsachen, welche ihm zur Seite stehen und welche das behauptete Recht des Klägers widerlegen, nicht angeführt. Er will nur gegenwärtig erfahren haben, daß die Unklarheiten und Widersprüche namentlich in den Zeugenaussagen des S. ihren Grund in der mißverständlichen Auffassung der ihm vorgelegten Fragen haben. Allein einestheils ist es Sache des vernehmenden Gerichts, sich bei der Vernehmung zu vergewissern, daß der Befragte die Frage richtig auffaßte, und andrerseits steht dem Producten zur Vorbeugung solcher unrichtigen Auffassung und zur Klarlegung des in Betracht kommenden Verhältnisses das Recht des Interrogirens zu. Es muß aber für unzulässig erachtet werden, daß nach eröffnetem Scrutinium und zumal nach in der Unter-

instanz vollendeter Proceßführung es einer Partei gestattet werde, unter dem Vorgeben, der vernommene Zeuge habe die Frage nicht richtig verstanden und daher auch nicht richtig beantwortet, eine neue Beweisführung in der Oberinstanz zuzulassen, da einerseits ein solcher Gegenstand der beabsichtigten Beweisführung nicht unter den Begriff neuentdeckter Thatsachen und Beweismittel fällt, andererseits zu Collusionen der Partei mit den Zeugen und zu einem chicanösen Verschlepp des Processes führen kann."

(Aus den Motiven des Bescheides vom 19. August 1877, Nr. 5664.)

---

308. Novenbeweis über Thatsachen, über welche schon in der Unterinstanz Zeugen vernommen wurden, ist unzulässig.

I. Aus den Motiven des Rathsbescheides vom 13. September 1872, Nr. 6401, durch welchen der appellirende Kläger mit seiner Bitte um Nachgabe des Novenbeweises abgewiesen wurde, ist hervorzuheben:

„Anlangend die vom Appellanten beanspruchte Berechtigung zu weiterer Erweisung derjenigen Thatsachen durch Zeugen, welche er bereits in der Unterinstanz durch Zeugen in Gewißheit zu setzen bemüht gewesen, so ist es ein schon aus dem justinianeischen Recht (Nov. 90 cap. IV §. 1) hergeleiteter und im canonischen Recht (Clem. 2. de testib. 2. 8) noch directer und dürrer ausgesprochener Grundsatz, daß in der Appellationsinstanz über solche Thatsachen, über welche Zeugen bereits in der Unterinstanz abgehört worden, nicht dieselben oder auch andere Zeugen wiederum vernommen werden sollen. Dieser gemeinrechtliche Grundsatz hat auch in der hiesigen städtischen Praxis in Ermangelung eines abweichenden Particulargesetzes Anwendung gefunden, wie das insbesondere im Bescheide dieses Raths vom 22. November 1867, Nr. 9845 Ausdruck gefunden hat.

Da nun Appellant einen angeblich neu entdeckten Zeugen genau nur über eben die von ihm articulirten Fragen abhören zu lassen beabsichtigt, über welche auf sein Verlangen von ihm bereits früher im Beweisstadio denominirte Zeugen verhört worden sind, so stellt sich ein solches Unternehmen als unstatthaft dar."

II. „Der Rath hat bereits in früheren Erkenntnissen
vom 27. August 1875, Nr. 5690,
„ 24. März 1876, „ 2066,
„ 29. April 1877, „ 2919,
„ 17. Juni 1877, „ 4295,
„ 24. August 1877, „ 5784,
wiederholt ausgesprochen, daß über solche Thatsachen, über welche bereits in der Unterinstanz Zeugen vernommen sind, nicht noch in der Oberinstanz in einem Novenbeweise neue Zeugen vernommen werden dürfen, weil sonst einer Subornation der Zeugen Raum gegeben werden würde. Es gründet sich dies auf die in der Novelle 90 cap. 4 §. 1 enthaltene und auch in die Rig. Stadtrechte Lib. II Cap. XX §. 9 und 10 übergegangene Bestimmung, nach welcher nach Publication der Zeugenaussagen neue Zeugen über dieselben Thatsachen, über welche bereits Zeugen vernommen sind, nicht mehr zuzulassen sind."

(Aus den Motiven des Appellations-Erkenntnisses vom 2. Mai 1880, Nr. 2863.)

III. Uebereinstimmend wurde erkannt in den Appellations-Erkenntnissen vom 14. Mai 1880, Nr. 3156 und vom 23. Mai 1880, Nr. 3615.

---

309. Gegenbeweis gegen einen Novenbeweis.

I. Appellantin hatte einen Novenbeweis angetreten, Appellaten hatten um Nachgabe des Gegenbeweises gebeten und zu dessen Antretung ein Consistorialerkenntniß beigebracht. Appellantin protestirte gegen dessen Berücksichtigung, weil ihr Novenbeweis einzig und allein gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen und auf den Leumund des einen Appellaten gerichtet sei, der Gegenbeweis also auch nur diese Momente zum Gegenstande haben könne, anderenfalls aber unter Beobachtung der bezüglichen Formalien als selbständiger Novenbeweis nachzusuchen sei. Dieser Einwand wurde durch den Bescheid vom 31. August 1877, Nr. 5890, aus folgenden Gründen bestätigt:

„Nach der richtigen Theorie hat der Gegenbeweis nur den Inhalt und den Zweck, die von dem Producenten behaupteten

Thatsachen, deren Bewahrheitung Gegenstand des Hauptbeweises ist, in ihrer Wahrheit und Richtigkeit zu widerlegen und zu dem Behufe Thatsachen darzulegen und nachzuweisen, welche die Annahme der juristischen Gewißheit jener vom Producenten behaupteten und von ihm im Hauptbeweise nachzuweisen unternommenen Thatsachen verhindern oder ausschließen. Der Gegenbeweis ist daher durch die Grenzen beschränkt, welche ihm durch den Gegenstand des Hauptbeweises gegeben worden. Im vorliegenden Falle handelt es sich im Hauptbeweise um die Verdächtigkeit der appellatischen Zeugen und um den nachtheiligen Leumund des einen Appellaten. Nur diese von der Appellantin behaupteten Thatsachen sind zu widerlegen und können den Gegenstand des Gegenbeweises bilden. Appellaten sind aber darüber hinausgegangen, wenn sie eine Urkunde beibringen, welche mit jenem Gegenstande gar nichts zu thun hat, sondern dazu dienen soll, den schlechten Leumund der Appellantin darzuthun. Dies ist eine neu vorgebrachte Behauptung und kann nur Gegenstand eines von den Appellaten zu führenden Hauptbeweises sein. Ein solcher steht aber den Appellaten gegenwärtig nicht zu."

II. „Da der Gegenbeweis sich darstellt als Vertheidigung gegen den Hauptbeweis und da das Recht auf denselben gegenüber der Beweisführung unbestreitbar ist, so ist auch bei dem Novenbeweis dem Gegner unbedingt der Gegenbeweis offen zu lassen, und ferner hat der Gegner bei Zulassung einer Beweisführung auf den Grund neuer Beweismittel die Befugniß, in dem Gegenbeweise über dieselben Momente aller ihm zugänglichen Beweismittel, gleichviel ob dieselben neu aufgefunden worden, oder schon früher vorhanden waren, sich zu bedienen. Der Gegner mag von den ihm zu Gebote stehenden Beweismitteln nur so viel gebrauchen, als ihm zur Entkräftung des Beweises als nothwendig erscheint. Sein Verzicht auf einen Theil der Gegenbeweismittel ist nur ein bedingter, insofern nämlich es bei den Hauptbeweismitteln sein Bewenden hat. Fällt durch die Nachgabe des Novenbeweises diese Bedingung weg, so kann der Beweisführer jenen Verzicht des Gegners zu seinen Gunsten nicht weiter geltend machen."

(Aus den Motiven des Bescheides vom 25. August 1878, Nr. 5691).

310. Bei Berechnung der Appellationsſumme ſind die Nebenforderungen an Zinſen und Koſten nicht zu berückſichtigen.

In der Reſolution vom 15. October 1875, Nr. 6779 iſt anerkannt, daß

„nach gemeinrechtlich kaum mehr ſtreitigen, in Grundlage des Lib. II Cap. IV der Stadtrechte auch im hieſigen Proceß giltigen, und bereits mehrfach in der ſtädtiſchen Praxis anerkannten Rechtsgrundſätzen — bei der Berechnung der Appellationsſumme nicht die summa libelli, ſondern die summa gravaminis in Betracht kommt, wobei gleichzeitig nur die Hauptforderung zu berückſichtigen, der Betrag der Acceſſionen (Proceß-Zinſen und Koſten) aber nicht zu veranſchlagen iſt (Reichsdep. Abſch. von 1600 §. 14. K. G. Gem. Beſch. v. J. 1603. J. R. A. §. 114. Appellationsurtheil des Raths v. 8. Juli 1870, Nr. 3172. Reſol. v. 14. Februar 1875, Nr. 1262 und Reviſionsbeſcheid v. 10. October 1873, Nr. 7740)."

Uebereinſtimmend iſt erkannt in dem Reviſionsbeſcheide vom 9. Juli 1880, Nr. 4595.

---

311. Feſtſtellung der Summa appellabilis.

I. „Nach feſtſtehenden gemeinrechtlichen und provincialrechtlichen Grundſätzen entſcheidet bezüglich der Appellationsfähigkeit eines Erkenntniſſes nicht die summa libelli, ſondern vielmehr die summa gravaminis."

(Reſolution des Raths vom 14. Februar 1875, Nr. 1262.)

II. Die Adminiſtration der Gertrudkirche hatte gegen M. auf Zahlung einer Conventionalpön wegen nicht erfüllten Verdingungsvertrages geklagt und war in zweiter Inſtanz für den Fall eines vom Beklagten zu leiſtenden Ergänzungseides abgewieſen worden. Der demnächſt von ihr geſtellte Antrag, die Sache gemäß Art. 621 des Kirchengeſetzes auf dem Kronsintereſſewege dem Senate vorzuſtellen, wurde durch den Reviſionsbeſcheid vom 27. Auguſt 1880, Nr. 5570 aus folgenden Gründen verworfen:

„Nach dem von der Impetrantin angezogenen Art. 621 ſoll das Eigenthum der evang.-luth. Kirche mit dem Rechte des Kronseigenthums vertheidigt werden. Nach der richtigen Interpretation

welche auf die im Art. 829 Bd. X Th. II der Reichsgesetze (Ausg. von 1857 oder Art. 644 in der Ausgabe von 1876), sowie in der Anmerkung zu diesem Artikel enthaltene Bestimmung Rücksicht nimmt, sind aber unter dem im Kirchengesetze a. a. O. gebrauchten Ausdruck „Eigenthum" nur kirchliche Sachen und vornehmlich das unbewegliche Vermögen der Kirche zu verstehen und hat in Uebereinstimmung mit dieser Auffassung der Rath in einem früheren Bescheide vom 1. Juli 1877, Nr. 4619 dahin erkannt, daß im Wege des Civilprocesses verhandelte Forderungsklagen der Kirchen nicht dem Dirig. Senate auf dem außergewöhnlichen sog. Kronsinteressewege zur Revision vorzustellen seien. Da es sich im vorliegenden Fall aber um einen persönlichen Anspruch der klagenden Administration wider den Beklagten handelt, so kann dem Antrage der Klägerin nicht deferirt werden.

Bei der Frage, ob der Klägerin die Revision nachzugeben sei, kommt in Betracht, daß über ein Streitverhältniß erkannt worden, welches eine bestimmte Werthschätzung nicht zuläßt. Unter solchen Umständen ist aber nach den einschlägigen, dem gemeinen Recht entnommenen Proceßregeln (Renaud, Civilproceß, §. 176 Note 74 und 76) von dem Vorhandensein der Appellationssumme abzusehen und der Impetrantin das angemeldete Rechtsmittel nachzugeben."

---

312. Summa revisibilis bei Alimentenforderungen.

Im Bescheide des Raths vom 7. Mai 1876, Nr. 3034 heißt es:

„Da nach Art. 464 Th. I des Prov.-Rechts alle Erkenntnisse dieses Raths allendliche und nicht revisionsfähige sind, wofern der Streitgegenstand, um welchen es sich handelt, den Werth von 600 Rbl. nicht übersteigt und

da der zwischen den Parteien in concreto obschwebende Streit sich um eine jedenfalls sehr viel geringere Summe dreht, indem durch das Urtheil des ersten Richters, welches in der Oberinstanz bestätigt worden, Impetrat zur Bezahlung von nur 1 Rbl. monatlich zur Alimentation des von der Impetrantin außer der Ehe geborenen Kindes für die Zeit vom 3. August 1874 bis zum 1. December 1875 und von 2 Rbl. monatlich vom 1. December 1875 bis auf weitere gerichtliche Bestimmung eventuell angewiesen worden, Impetrantin aber nicht über einen allzuniedrig bemessenen Alimen-

tenbetrag, sondern vielmehr einzig darüber Beschwerde geführt hat, daß an Stelle dessen, daß sie zum Ergänzungseide hätte zugelassen werden sollen, die Entscheidung des Rechtsstreites von der Leistung oder Nichtleistung eines dem Beklagten von ihr eventuell zugeschobenen Schiedseides abhängig gemacht worden,

so ist die interponirte Revision wegen der Sache in Ansehung ihres Werthbetrages mangelnder Revisionsfähigkeit zu denegiren."

---

313. Das Zusammenwerfen zweier Sachen zur Erzielung der revisionsfähigen Summe ist unstatthaft.

I. Hierüber sagen die Motive des Bescheides des Raths vom 18. April 1873, Nr. 2871:

„Da der Betrag, über welchen ein jeder einzelne der beiden erwähnten Querelbescheide entscheidet, die revisionsfähige Summe nicht erreicht und da ein Zusammenwerfen zweier in verschiedenen, wenn auch unter denselben Litiganten verhandelten, Sachen getrennt ergangener Erkenntnisse zu dem Zwecke, um aus den zusammengerechneten Beträgen beider Sachen eine revisionsfähige Summe zu erzielen, an sich vollständig unstatthaft ist und zwar selbst dann, wenn es sich auch nicht, wie in concreto, um zum Theil andere That- und Rechtsfragen in beiden Sachen handeln würde, — so ist die nachgesuchte Revision zu denegiren."

II. Zwischen den Parteien waren pari passu zwei Wechselprocesse über resp. 311 Rbl. 14 Kop. und 307 Rbl. 84 Kop. jedoch vollständig getrennt verhandelt und in den beiden ersten Instanzen mit durchweg gleichlautender Motivirung zu Gunsten des beklagten Theiles entschieden worden. Gegen die bezüglichen Querelbescheide des Raths vom 13. December 1874, Nr. 7781 und 7782 meldete Kläger, beide Processe zusammenziehend, die Revision an den Senat an. Auf Protest des Gegners wurde jedoch die Devolvirung der Sachen an die dritte Instanz durch Bescheid des Raths vom 12. März 1875, Nr. 1953 mit folgender Motivirung denegirt:

„Einem begründeten Zweifel kann die Gewißheit nicht begegnen, daß die vom klägerischen Theile angestrebte Zusammenschmelzung zweier Judicate zu einem Judicat, oder richtiger der Werthbeträge, über welche in zweien verschiedenen Judicaten einzeln

erkannt wurde, zu einem Werthbetrage, um durch solche Operation die Höhe der Appellationssumme zu erreichen, ein durchaus unstatthaftes Unternehmen ist. Ist heutzutage schon kaum mehr bestritten, daß, wenn in Folge objectiver Klagenhäufung über eine Mehrzahl von Ansprüchen in einem Erkenntniß entschieden worden, gleichwohl eine Addirung der Beschwerdesummen nicht gerechtfertigt ist, so ist vollends über jede Controverse erhaben, daß mehrere, wenn auch auf gleichem thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende und zwischen denselben Litiganten, aber in getrennten Processen nebeneinander verhandelte und nur zufällig gleichzeitig entschiedene Streitsachen, über welche in nothwendiger Folge der getrennten Verhandlung mehrere nur zufällig gleichzeitig anfechtbare Erkenntnisse ergangen sind, nicht hinterher beliebig zusammengeworfen werden dürfen, um dadurch den Betrag der Appellationssumme zu erzielen, welcher jedem einzelnen der verhandelten Processe und der gefällten Entscheidungen mangelt. Einer solchen Zusammenwerfung stellt sich nicht nur der seither vollständige Mangel jeglicher formellen Verbindung der mehreren Ansprüche, sondern auch die äußerliche Mehrheit der Urtheilssprüche als unbesiegbares Hinderniß entgegen. Ist aber eine derartige Verschmelzung vorliegenden Falls, da Kläger seine vermeintlich ihm aus verschiedenen Wechseln an den Beklagten erwachsenen wechselmäßigen Regreßansprüche in separirten Klagen zur Geltung zu bringen versucht hat und über jeden dieser Ansprüche ein für sich bestehendes Erkenntniß ergangen ist, rechtlich unausführbar und erreicht keiner dieser Ansprüche in seiner Einzelheit die Höhe derjenigen Geldsumme, von deren Vorhandensein der Art. 464 Th. I des Prov.-Rechts die Revisionsfähigkeit von civilgerichtlichen Erkenntnissen des Rigaschen Raths abhängig macht, so muß das eingelegte Rechtsmittel regelmäßiger Revision für durch das Gesetz ohne alles Weitere ausgeschlossen erachtet werden."

---

314. Statthaftigkeit der Revision gegen Beweisinterlocute.

I. „Durch den angefochtenen diesseitigen Querelbescheid wird allerdings das durch die Litiscontestation begründete Streitverhältniß nicht erledigt, wohl aber enthält derselbe eine Entscheidung über verschiedene unter den Parteien bestrittene Punkte, wegen deren sie das Gericht angerufen und ihre betreffenden Anträge vor Gericht

verlautbart haben. Denn während der Klageanspruch darauf gegründet ist, daß eine Obligation, zu deren Bezahlung klägerisches Theil im Executivprocesse verurtheilt worden war, nicht zu dem Zweck ausgestellt worden sei, um von dem Gemeinschuldner P. als Forderungsdocument gegen den Kläger benutzt zu werden, sondern um nach erhaltener Blancoaufschrift des P. gegen Hingabe dieses Instruments bei einer dritten Person ein Darlehen aufzunehmen, hat Beklagter die Relevanz dieser Thatsache aus verschiedenen Gründen bestritten und eben daher auch gegen die Nachgabe des gebetenen Klagebeweises protestirt. Da die Bestätigung dieses Protestes eine Abweisung der Klage hätte zur Folge haben müssen, die Abweisung des Protestes aber mit der Entscheidung zusammenfällt, daß die Klage im Falle des Nachweises jener zu ihrer Begründung angeführten Thatsache für gerechtfertigt zu erachten sei, so muß einleuchten, daß das von dem Beklagten angefochtene Erkenntniß dieses Raths, ohne eine Definitivsentenz zu sein, doch das Wesen der Sache, wegen deren die Parteien vor dem Richter certiren und seine Entscheidung angerufen haben, bereits eventuell entscheidet.

Wenn mithin das angefochtene Erkenntniß zu denjenigen Interlocutorien, welche vim sententiae definitivae haben, gerechnet werden muß, so ist nach Lib. II Tit. XXXI §. 2 der abgeänderten Artikel der Rig. Stadtrechte die Protestation wider die Nachgabe der Revision als unrechtfertig zurückzuweisen."

(Revisionsbescheid vom 3. Juni 1877, Nr. 3896).

. . . . .

II. In erster Instanz war die Klage angebrachtermaßen abgewiesen, in zweiter Instanz dagegen der Klägerin der von ihr nachgesuchte Beweis ihrer Replikbehauptungen nachgegeben worden. Als Beklagter wider die letztere Entscheidung Revision anmeldete, protestirte Klägerin gegen deren Nachgabe, weil das Urtheil zweiter Instanz kein Definitiverkenntniß sei. Gleichwohl wurde die Revision durch den Revisionsbescheid vom 9. Januar 1880, Nr. 163 nachgegeben.

„Wenn Beweisinterlocute, insofern durch dieselben über die rechtliche und thatsächliche Begründung derjenigen Anträge entschieden wird, auf welche sich die Beweisauflage bezieht, ihrem Wesen nach bedingte Endurtheile sind und demnach nicht zu denjenigen Interlocutorien gehören, von welchen nach Lib. II Tit. XXXI §. 2 der abg. Artikel der Rig. Stadtrechte die Revision nicht verstattet

werden soll, so kann der aus dieser Bestimmung hergeleitete Protestationsgrund für begründet nicht erachtet werden."

III. „Durch das gegenwärtige Appellations-Erkenntniß ist anerkannt, daß die Verjährungseinrede je nach dem Ergebnisse des Beweisverfahrens bestätigt oder zurückgewiesen werden könne, ohne den zu führenden Beweis aber nicht begründet erscheine. Dasselbe enthält somit allerdings ein bedingtes Enderkenntniß und gegen bedingte Enderkenntnisse findet, wie bereits in dem Bescheide vom 3. Juni 1877, Nr. 3896 ausgesprochen ist, die Revision an den Dirig. Senat nach Lib. II Tit. XXXI §. 2 der abg. Artikel der Stadtrechte allerdings statt."

(Aus dem Revisionsbescheide vom 16. Januar 1880, Nr. 362).

315. Statthaftigkeit der Revision gegen Erkenntnisse, durch welche die Verurtheilung von der Ausschwörung von Eiden abhängig gemacht ist.

„Gegen die Nachgabe der Revision ist von dem Appellaten um deswillen protestirt worden, weil es sich in casu noch keineswegs um ein Definitiverkenntniß, sondern nur um einen Zwischenbescheid handle, durch welchen nur die Resultatlosigkeit des Hauptbeweisverfahrens festgestellt sei. Diese Ansicht des Appellaten ist jedoch eine unrichtige, denn das ergangene Urtheil ist ein definitives, indem es die Condemnation oder die Freisprechung von einer vorher noch vorzunehmenden Parteihandlung der beklagten Partei, der Ableistung der ihr angetragenen Eide abhängig macht und durch die Ableistung oder Verweigerung resp. Versäumung des Eides die Streitsache allendlich entschieden ist."

(Revisionsbescheid vom 25. Mai 1877, Nr. 3626).

316. Unstatthaftigkeit der Revision, weil „auf gerichtliche Protokolle gesprochen worden."

In dem Revisionsbescheide vom 14. Mai 1880, Nr. 3150 wurde die Zulässigkeit der Revision unter anderem damit begründet:

„Da der Einwand des Meistbieters E., die Revision sei unstatthaft, weil in vorliegender Sache auf gerichtliche Protokolle gesprochen worden, unbegründet erscheint, indem in jedem Processe

auf Grund gerichtlicher Protokolle gesprochen wird und die bezügliche Vorschrift des §. 2 der abg. Artikel Cap. XXXI daher nur auf solche Fälle bezogen werden kann, wo eine Partei das anstreitet, was durch das gerichtliche Protokoll liquid gestellt ist; da dies im Fragefalle aber nicht geschehen, sondern nur darüber Streit ist, ob der Reluent W. die Bedingungen der Reluition rechtzeitig und gehörig erfüllt habe ꝛc. ꝛc."

---

317. In Bausachen und Servitutstreitigkeiten, welche das Bauwesen betreffen, ist die Revision an den Senat unzulässig.

I. Hierüber sagen die Motive des Revisionsbescheides des Raths vom 12. September 1873, Nr. 6964:

„Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß in eminenter Weise der zwischen den Parteien obschwebende Streit das Bauwesen betrifft, woher denn auch die Impetranten ihren Schutz fast ausschließlich in den baupolizeilichen Vorschriften gesucht haben, wie solche in den Bauordnungen dieser Stadt enthalten sind. Demnach ist denn aber auch für den Instanzenzug in dieser Sache der §. 2 Tit. XXXI Lib. II der Rig. Stadtrechte in den abgeänderten Artikeln maßgebend, welchem zufolge in Sachen, die das Bauwesen oder dessen Servituten betreffen, die Revision oder extraordinäre Appellation durchaus nicht zugelassen und verstattet werden soll."

II. Aus den Motiven des Revisionsbescheides vom 27. August 1875, Nr. 5687:

„Gegenstand des zwischen den Parteien geführten Processes ist die Frage über die Rechtsbeständigkeit oder Nichtigkeit einer stattgehabten Servitutbestellung und hat die Servitut in der Errichtung von auf den Hof des appellatischen Hauses ausschauenden Fenstern bestehen sollen.

Nach dem Rigaschen Stadtrechte, abgeänderte Artikel Tit. XXXI §. 2, soll nun aber die Revision oder extraordinäre Appellation unter anderem in Sachen, die das Bauwesen oder dessen Servituten betreffen, durchaus nicht zugelassen und verstattet werden.

Da es sich in gegenwärtigem Falle nun um nichts Anderes als um eine mit dem Bauwesen verbundene Servitut handelt, so

ist die angemeldete Revision gesetzlich unzulässig und muß daher die Nachgabe derselben versagt werden."

III. Der Bescheid des Raths vom 17. November 1876, Nr. 7444 lautet:

„Da der zwischen den Parteien obschwebende Rechtsstreit einzig die Frage zum Gegenstande hat, ob Revisions-Impetrant verpflichtet ist oder nicht, die in seiner hart auf der Grenze des gegnerischen Grundstücks befindlichen Mauer vorhandenen verschiedenen Fenster, Lucken und Luft- oder Lichtöffnungen festmauern zu lassen;

da dieser Rechtsstreit nach der Auffassung des Raths sich als eine Servitutenstreitigkeit charakterisirt, jedenfalls aber das Bauwesen betrifft und ebendaher auch in erster Instanz bei dem Kämmereigericht verhandelt und entschieden worden ist;

da nach §. 2 der abg. Art. zu Tit. XXXI Lib. II der Rig. Stadtrechte in allen das Bauwesen und dessen Servituten betreffenden Sachen die Revision durchaus nicht zugelassen und verstattet werden soll,

so ist die vom Impetranten im Uebrigen rite ac tempestive angemeldete Revision an E. Dirig. Senat zu denegiren".

318. Die im Auslande sich aufhaltende Partei kann den Revisionseid durch Unterzeichnung des Eidesformulars leisten.

Diese Entscheidung ist in dem Concessionalbescheide vom 20. December 1878, Nr. 8702 damit motivirt,

„daß die abgeänderten Artikel der Rig. Stadtrechte hinsichtlich der Formalien der Revision die Revisionsordnung vom 21. August 1682 zur Grundlage haben, daß diese Revisionsordnung für den Fall, daß eine Partei sich außerhalb des Reiches und dessen Provinzen aufhalten sollte, derselben gestattet, den Revisionseid schriftlich durch eigenhändige Unterschrift unter dem Eidesformular zu vollziehen, und daß letztere Bestimmung sich deshalb als nothwendig erweist, weil kein Gericht eines auswärtigen Staates genöthigt werden kann, vor seinen Schranken die mündliche Abnahme des Revisionseides zu vollziehen, dem Revisionsimpetranten aber die

Möglichkeit der Fortführung der ihm nachgegebenen Reviſion durch Unausführbarkeit der vorgeſchriebenen Formalien nicht genommen werden darf."

---

319. Geht eine Forderung während des Proceſſes auf einen anderen Gläubiger über, ſo hat den Reviſionseid dieſer zu leiſten bzw. für eine Handlungsfirma deren Chef oder Procurant.

„Was die auszuſchwörenden Reviſionseide betrifft, ſo... kann als Streitpartei in dem obſchwebenden Proceſſe nach Maßgabe der actenmäßigen Vorgänge nicht mehr die klagende Handlung S. gelten. Denn, wie das Protokoll des Wettgerichts ausweiſt, hat die Handlung S. den ſeither von ihr geführten Rechtsſtreit der Handlung L. und der Rig. Commerzbank zu deren gemeinſchaftlichem Eigenthum übertragen und letztere haben die Fortführung des Rechtsſtreites ſolidariſch für eigene Gefahr und Rechnung auf Gewinn und Verluſt übernommen. Demgemäß haben die letzteren denn auch einzig für ſich, und zwar als Nachfolger von S. die Appellationsrefutation unterſchrieben. Die ſelbſtverſtändliche Folge dieſer Vorgänge iſt aber die, daß auch nun die Handlung L. und die Rig. Commerzbank als derzeitige patroni causae die Reviſionseide auszuſchwören haben. Was die Handlung L. angeht, ſo hat für dieſelbe nach dem ſeitherigen Gerichtsgebrauch der Chef oder Procurant einzutreten."

(Reviſionsbeſcheid vom 15. Juli 1877, Nr. 4937.)

---

320. Mitkläger, welche nach dem Urtheil ihren Antheil an der Klageforderung durch Ceſſion veräußert haben, brauchen den Reviſionseid nicht zu leiſten.

„Die beklagte Direction hat erklärt, daß trotz der geſchehenen Ceſſion der Reviſionseid von ſämmtlichen klägeriſchen Erben abgeleiſtet werden müſſe und die Reviſion nur denjenigen nachzugeben ſei, welche den Reviſionseid geleiſtet hätten. Dieſer Anſicht kann man indeſſen nicht beipflichten. Denn der Reviſionseid iſt nach §. 3 der abgeänderten Artikel der Rigaſchen Stadtrechte Lib. II Cap. XXXI erſt zu ſchwören, wenn die Sache appellabel befunden

und die Revision nachgegeben worden ist und zwar nach §. 4 daselbst von der Partei, d. h. von demjenigen, welcher hinsichtlich der Revisionsklage als Partei erscheint. Durch die von den Miterben des Klägers P. bewerkstelligte und der beklagten Direction angezeigte Cession sind nun die jenen Miterben zustehenden Antheile an der streitigen Forderung auf Grund des Art. 3474 des Prov. Rechts Th. III auf den Cessionar P. übergegangen, damit haben sie aufgehört Gläubiger aus dieser Forderung zu sein und weil Kläger nur jemand sein kann, der hinsichtlich der geklagten Forderung als Gläubiger erscheint, sind sie auch zur Zeit nicht mehr Proceßpartei. Das Verlangen der Beklagten, daß außer dem zur Zeit allein forderungsberechtigten P. auch noch dessen Miterben sämmtlich den Revisionseid leisten, ist daher gesetzlich nicht begründet."

(Revisionsbescheid vom 18. Juni 1880, Nr. 4055.)

---

321. Deponirung des in beiden Instanzen Aberkannten ist nicht erforderlich, wenn die Erkenntnisse bedingt gestellt waren.

Durch das mittelst Appellations-Erkenntnisses vom 27. Februar 1876, Nr. 1351 bestätigte Erkenntniß des Wettgerichts vom 20. November 1875, Nr. 943 war Beklagter für den Fall der Leistung eines Schiedseides seitens des Klägers verurtheilt worden, eine Partie Hafer vom Kläger zu empfangen und den Kaufpreis von 9840 Rbl. sammt Zinsen und den erweislichen Proceßkosten binnen 48 Stunden sub poena exec. zu bezahlen. Beklagter war demnächst ebenfalls in die erweislichen Kosten der Appellationsinstanz verurtheilt worden.

Der vom Kläger gegen die Bitte des Beklagten um Nachgabe der Revision erhobene Protest, welcher darauf gestützt war, daß Beklagter, obwohl er in beiden Instanzen seine Sache verloren, dennoch das Aberkannte nicht zu Gericht deponirt habe, wurde durch den Revisionsnachgabebescheid vom 7. Mai 1876, Nr. 3033 mit folgender Motivirung zurückgewiesen:

„Allerdings heißt es in Lib. II Cap. XXXI §. 8 der abgeänderten Artikel des Rigaschen Stadtrechts, daß, wer seine Sache wie bei dem Untergericht, so bei dem Rath verloren hat, aber

die Sache durch extraordinäre Appellation fortsetzen will, innerhalb der in dem Urtheil bestimmten Frist auch ohne Anregung des Gegentheils, was ihm aberkannt ist, bei Gericht deponiren oder seinem Gegentheil einzuräumen und in Besitz zu geben sich erbieten soll, und heißt es weiter im §. 16 ibid. daß, wenn irgend ein Prästandum vom extraordinarie Appellanten versäumt sein sollte, die Appellation pro deserta erkannt und das Urtheil des Raths als in rem judicatam ergangen erachtet werden soll. Diese Gesetzesbestimmungen sind jedoch auf den vorliegenden Fall nicht zutreffend und ebendaher auch nicht anwendbar.

Denn, wie durch das untergerichtliche Erkenntniß, welches die oberrichterliche Bestätigung gefunden, dargelegt worden, ist der Beklagte keineswegs unbedingt, sondern nur bedingt und zwar für den bisher noch ungewissen eventuellen Fall, daß Beklagter den Gefährdeeid, Kläger aber den von ihm freilich acceptirten Schiedseid künftig wirklich ausschwören würden, zur Empfangnahme und Bezahlung des gekauften Hafers sowie zum Ersatze der Proceßkosten angewiesen worden. Solange jene Eventualität nicht eingetreten, solange die Bedingung nicht erfüllt ist, von deren Erfüllung die Sachfälligkeit des Beklagten abhängig gemacht worden, so lange ist Beklagter überhaupt zu irgend welcher Leistung nicht verbunden und am wenigsten, ehe ihm noch irgend welcher Hafer geliefert, resp. die Lieferung desselben sichergestellt worden, indem urtheilsmäßig der Leistung des Beklagten eine gleichzeitige klägerische Gegenleistung gegenübergestellt worden.

Ebensowenig ist für den Revisionsimpetranten schon jetzt die Nothwendigkeit, ja selbst nur die Möglichkeit eingetreten, die ihm abgesprochenen Kosten der Oberinstanz niederzulegen oder gar zu berichtigen, da Appellat die Kosten seither zu specificiren, geschweige denn zu erweisen unterlassen hat, ihm aber bei versäumter Specification überhaupt nur die erweislichen Kosten zugebilligt werden können und zugebilligt worden sind. Wenn nichtsdestoweniger Impetrant noch vor Ablauf der anberaumten vierzehntägigen Frist nach Publication des Appellationsurtheils zur Sicherstellung muthmaßlich erweislicher Kosten den Betrag von 113 Rbl. 40 Kop. in Reichsschatzbilleten und baarem Gelde bei dem Wettgericht eingezahlt hat, so hat er schon mehr vollführt, als er der Sachlage nach zu vollführen schuldig war.

Wenn diesem allem nach der Einwand des Revisionsimpetranten als in jeder Hinsicht haltlos sich darstellt, so hat das Rechtsmittel der Revision dem Impetranten nicht versagt werden dürfen."

Ebenso der Revisionsbescheid vom 2. Juni 1876, Nr. 3577.

---

322. Die Verpflichtung zur Deposition des Aberkannten ist unabhängig von dem Verlangen bzw. Verzicht der Gegenpartei.

Auf die gegnerische Bitte die Revision nicht nachzugeben, weil sie desert sei, da Beklagter weder in der urtheilsmäßigen Frist, noch auch später das durch zwei gewonnene Urtheile dem Kläger Zuerkannte erfüllt, wandte Beklagter ein, indem er die ihm in der Oberinstanz aberkannten Kosten nachträglich beibrachte, daß bis dahin ihm diese Kostendeponirung vom Impetraten gestundet worden.

Der Bescheid des Raths vom 25. August 1872, Nr. 5954 erklärte das Rechtsmittel der Revision für desert.

Die Motive besagen:

„Nach Lib. II Tit. XXXI §. 8 der abgeänderten Artikel der Rig. Stadtr. hat derjenige, wer es auch sein mag, welcher in zwei Instanzen unterlegen ist, ohne einige Ausflucht und Einwendung, obgleich er die Sache durch interponirte extraordinäre Appellation fortsetzen will, sofort innerhalb der in dem Urtheil bestimmten Zeit das, was ihm aberkannt ist, zu Gericht zu deponiren oder sich zu erbieten, es seinem Gegner einzuräumen und in Besitz zu geben. Nur in dem einzigen Fall ist er von der Erfüllung dieser Verbindlichkeit befreit, wenn durch die Urtheilsvollziehung die extraordinäre Appellation oder deren Fortsetzung fruchtlos werden würde. Ein solcher ausschließlicher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

Impetrant hat zwar behauptet, daß solche Beibringung ihm vom Impetraten befristet worden sei, allein einestheils ist dem vom Impetraten widersprochen worden, anderentheils hatte Impetrat überhaupt nicht die Befugniß den Impetranten sei es auch nur zeitweise von der Erfüllung eines Revisionsprästandums zu entkleiden. Vielmehr ist von Amtswegen schon nach Maßgabe des §. 16 l. c. der Rath verbunden kein remedium suspensivum oder devolutivum weiter zu gestatten, sobald irgend ein praestandum nicht oder nicht

rechtzeitig erfüllt worden, ſondern hat derſelbe ſolchenfalls die Appellation ohne weiteres pro deserta zu erkennen."

---

323. Depoſition der aberkannten Koſten.

Gegen die Reviſionsnachgabe hatte der Impetrat proteſtirt, weil der Gegner es verſäumt habe, die ihm richterlich aberkannten Koſten bei Gericht zu deponiren reſp. baar anzubieten. Der Impetrant vertheidigte ſich durch den Hinweis darauf, daß die in zwei Inſtanzen aberkannten Koſten des untergerichtlichen Verfahrens gar nicht definitiv feſtgeſtellt ſeien. Zugleich brachte Impetrant den Betrag von 100 Rbl. bei.

Der Reviſionsbeſcheid vom 12. Januar 1877, Nr. 193 verwarf die Proteſtation mit folgender Motivirung:

„Es iſt gewiß, daß der Reviſionsimpetrant inſolange, als der Impetrat ſeinerſeits ſeine Koſtenforderung noch nicht vollkommen liquid geſtellt hatte, zur Beibringung des betreffenden Betrages gar nicht in der Lage, geſchweige denn zu ihr verpflichtet war. Für die Herbeiführung ſolcher Liquidität hatte der Impetrat, als der Forderungsberechtigte, nicht Impetrant, als der Zahlungspflichtige, Sorge zu tragen. So lange Impetrat dieſer Obliegenheit nicht nachgekommen war, ſo lange mußte Impetrant von der Zahlung liberirt ſein, da das Wieviel vollſtändig ungewiß war. Auch bis zu dieſem Augenblick iſt die Summe der erſtinſtanzlichen Koſten nicht feſtgeſtellt. Der Impetrat hat ſich damit begnügt, jene Koſtendeſignation ſeiner in der Oberinſtanz eingereichten Schlußſchrift, von der Impetrant keine Kenntniß erlangt hat, hinzuzufügen. Damit iſt überhaupt noch nichts geſchehen. Um eine Liquidität herbeizuführen, hat der Impetrat vielmehr die Koſtenſpecification in der Unterinſtanz dem Impetranten vorzulegen und, falls ſie von ihm bemängelt werden ſollte, ein Erkenntniß des erſten Richters über den Koſtenbetrag herbeizuführen. Impetrant hat demgemäß mehr geleiſtet, als wozu er rechtlich verbunden war, indem er und zwar rechtzeitig, weil binnen 14 Tagen nach geſprochenem Urtheil der Oberinſtanz, den gemuthmaßten ungefähren Koſtenbetrag einzahlte."

II. Der Proteſt des Klägers gegen die Nachgabe der Reviſion an Beklagten war damit motivirt worden, daß letzterer die ihm aber-

kannten Proceßkosten binnen der urtheilsmäßigen Frist nicht deponirt habe. Die Revision wurde gleichwohl durch den Revisionsbescheid vom 7. December 1879, Nr. 8124 nachgegeben:

„da, obwohl Beklagter sich zur Berichtigung der Proceßkosten bisher nicht erboten hat, hieraus ein Nachtheil für ihn aus dem Grunde nicht erwachsen kann, weil Kläger seine Kosten bisher actenausweislich nicht designirt und liquide gestellt hat."

Ebenso ist auch erkannt am 9. Januar 1876 sub Nr. 117 und am 2. Juni 1876 sub Nr. 3577.

324. Leistung des Aberkannten bei den sog. Feststellungsklagen.

Die Motive des Revisionsbescheides des Raths vom 19. Sept. 1873, Nr. 7168 sagen hierüber:

„Es handelt sich zur Zeit noch nicht um eine concrete Summe, welche Appellant zu zahlen hat, sondern zunächst nur um ein rechtliches Princip und eine abstracte Verpflichtung, wobei die eventuell zu zahlende Summe noch keineswegs feststeht; dies ist auch hinsichtlich der durch das Erkenntniß des Waisengerichts der Appellatin zugesprochenen Kosten der Fall, die noch von letzterer in Erweis zu setzen, somit noch nicht liquid und in Folge dessen auch noch nicht zahlbar sind.

In dieser Hinsicht muß nun allerdings der Ansicht des Appellanten beigetreten werden, daß von ihm zur Zeit noch nichts geleistet werden kann und somit eine Erfüllung des Urtheils durch gerichtliche Deponirung des Aberkannten und Einräumung desselben an das Gegentheil als Voraussetzung der Revisionsnachgabe ausgeschlossen ist.

Dagegen ist aber der Revisions-Impetrant durch das Urtheil des Raths verpflichtet worden der Gegnerin die Kosten dieser Instanz mit 20 Rbl. zu ersetzen und diese ihm auferlegte Verpflichtung vollkommen erfüllbar."

(Da Impetrant diese Kosten nicht bezahlt hatte, wurde die nachgesuchte Revision wegen vernachlässigter Revisionsformalien auf Grund der abg. Artikel der Rig. Stadtr. Lib. II Tit. XXXI §. 8 denegirt).

325. Der Reviſionsimpetrant, welcher zur Lieferung bei Strafe der Rückzahlung des Vorſchuſſes und des Erſatzes der Preisdifferenz verurtheilt iſt, braucht den ungewiſſen Betrag der Preisdifferenz nicht zu deponiren.

Beklagte waren durch Erkenntniß des Wettgerichts verurtheilt worden, der Klägerin Balken von beſtimmter Länge bei der Verwarnung zu liefern, daß Klägerin widrigenfalls berechtigt ſein ſolle, dieſelben für beklagtiſche Rechnung anderweitig anzukaufen und die Beklagten wegen der Preisdifferenz und bzw. wegen Rückzahlung des ungedeckten Vorſchuſſes von 1452 Rbl. ſammt Zinſen in Anſpruch zu nehmen. Als ſie gegen das beſtätigende Appellationsurtheil des Rig. Raths die Reviſion anmeldeten, verlangte Klägerin, daß Beklagte außer dem Vorſchuß noch 2000 Rbl. für die Preisdifferenz deponiren mögen. Dieſes Verlangen wurde durch den Reviſionsbeſcheid vom 16. November 1877, Nr. 7825 zurückgewieſen und die Reviſion nachgegeben:

„da, wenngleich nach §. 8 der abg. Artikel Lib. II Tit. XXXI der Rig. Stadtrechte derjenige, welcher, nachdem er in zweien Inſtanzen gleichmäßig zu einer Leiſtung angewieſen worden, die Reviſion an die dritte Inſtanz interponirt hat, innerhalb der in dem Urtheil beſtimmten Zeit auch ohne Anregung des Gegentheils die ihm aberkannte Sache zu Gericht deponiren oder ſeinem Gegenpart einzuräumen und in Beſitz zu geben, ſich erbieten ſoll, dieſe Vorſchrift doch nur inſoweit Erfüllung finden kann, als die judicatmäßige Leiſtung qualitativ wie quantitativ reſp. ziffermäßig vollſtändig feſtgeſtellt iſt;

da vorliegenden Falls den Impetranten alternativ obliegt, entweder der Impetratin ein beſtimmtes Fußmaß Balken in einer beſtimmten Stückzahl zu liefern, oder aber der Impetratin den ungedeckt gebliebenen Vorſchuß von 1452 Rbl. ſammt Zinſen und die etwaige Differenz zu zahlen;

da, wofern die Impetranten es vorziehen ſollten, in letzterwähnter Weiſe mit der Impetratin ſich auseinander zu ſetzen, dieſelben, weil eben für das wirkliche Vorhandenſein einer Preisdifferenz aller Anhalt, umſomehr alſo für deren Betrag jeder Maßſtab fehlt, nur den erwähnten Vorſchuß ſammt Renten, nicht aber die ganz ungewiſſe Preisdifferenz ſchon jetzt baar beizubringen haben."

326. Der Revisionsimpetrant kann sich seiner Verbindlichkeit zur Deposition des Streitgegenstandes nicht durch Einwilligung in die Notirung eines Verbots auf sein Immobil entledigen.

I. „Nach §. 3 des Cap. XXXI der abg. Art. des Rig. Stadtrechts hat derjenige, welcher sowohl beim Untergericht, als beim Rathe seine Sache verloren hat, wer er auch sein mag, ohne irgend welche Ausflucht und Einwendung, obgleich er die Sache durch die interponirte extraordinäre Appellation weiter fortsetzen will, sofort innerhalb der judicatmäßigen Erfüllungsfrist, was ihm aberkannt ist, zu Gericht zu deponiren oder (falls nämlich der Streitgegenstand zur Deposition nicht geeignet ist) seinem Gegner einzuräumen und in Besitz zu geben, sich zu erbieten, welches alsdann die Gegenpartei auf hinlängliche und sichere Bürgschaft für alles, was sie unter die Hände bekommt, entgegen nehmen kann.

Die Regel, daß der in zwei Instanzen verlierende Schuldner das Urtheil durch Deposition des Aberkannten innerhalb der judicatmäßigen Frist zu erfüllen hat, erleidet nach §. 11 ibid. eine Ausnahme für den Fall, daß der Schuldner so unvermögend ist, daß er die Execution nicht ausstehen kann; in solchem Falle hat er die judicatmäßige Schuld durch Bürgen sicher zu stellen, oder wenn er auch dieses nicht vermag, in Anleitung des mittels Patentes der Livl. Gouv.-Reg. von 1806, Nr. 5684 publicirten Allerh. N. U. vom 26. Aug. 1806 sich zu reversiren, bis zur ausgemachten Sache nicht aus der Stadt zu entweichen und auf Verlangen der Gerichtsbehörde, die die Sache beprüft, sich unweigerlich vor dieselbe zu stellen.

Im vorliegenden Falle hat nun Beklagter der Vorschrift des allegirten §. 8 nicht Genüge geleistet. Ebensowenig ist von ihm das Vorhandensein der Voraussetzung für die Anwendbarkeit des allegirten §. 11 constatirt worden . . . Die Depositionspflicht des Revisionsimpetranten aber kann nicht durch die Bewilligung einer Verbotnotirung wider den Willen des Impetraten ersetzt werden, da solchenfalls letzterer von dem ihm durch den allegirten §. 8 gewährten Rechte zur Erhebung des Depositums gegen genügende Sicherheitsleistung keinen Gebrauch machen könnte."

(Bescheid vom 4. Juni 1880, Nr. 3886.)

II. „Aus der imperativen Fassung der Vorschrift des §. 8 („ohne einige Ausflucht und Einwendung" bzw. „auch ohne Anregung des Gegentheils") erhellt schon deutlich, daß sie eine absolute, der Dispositon der Parteien nicht unterliegende ist, und daraus folgt denn auch, daß die in ihr gegebene Zeitbestimmung allerdings den Charakter eines Fatale trägt. Beklagter, welcher in beiden Instanzen zur Zahlung von 3125 Rbl. 47 Kop. sammt Zinsen verurtheilt worden ist, war daher ohne Rücksicht auf einen bezüglichen Antrag oder eine Ungehorsamsbeschuldigung seitens der Kläger ipso jure verpflichtet, jene Summe binnen der urtheilsmäßigen Frist von 14 Tagen gerichtlich zu deponiren. Was dagegen die Kosten der Appellationsinstanz anbelangt, so bestand hinsichtlich dieser zwar die Depositionspflicht noch nicht, weil Kläger die Designation derselben nicht zu den Acten gegeben hatten und daher der Betrag derselben noch der Feststellung bedurfte; allein es liegt andererseits auf der Hand, daß die mangelnde Kostendesignation kein Hinderniß für die Hinterlegung der Schuldsumme von 3125 Rbl. 47 Kop. bildete."

(Bescheid vom 15. October 1880, Nr. 6735.)

---

327. Bei einem Eigenthumsstreit braucht der in zwei Instanzen verurtheilte Beklagte im Falle der Revisionsanmeldung die streitige Sache dem Kläger nicht auszuliefern.

„Nach §. 8 Tit. XXXI der abg. Artikel der Rig. Stadtrechte soll der Revisionsimpetrant, wenn er, wie im vorliegenden Falle Beklagter, in zwei Instanzen den Proceß verloren hat, sich innerhalb der im Urtheil bestimmten Zeit zur Einräumung oder gerichtlichen Deposition des Aberkannten erbieten, worauf der Gegenpart auf hinlänglich sichere Bürgschaft für alles, was er unter Händen bekommt, in Besitz des Aberkannten gesetzt werden kann, wogegen, wenn solche Bürgschaft nicht bestellt wird, das Streitobject in gerichtlicher Deposition verbleiben oder unter Sequester gestellt werden soll. Diese vorläufige Urtheilsvollziehung unterbleibt indessen, wenn durch dieselbe die Verfolgung des Rechtsmittels fruchtlos gemacht werden würde.

Das von Beklagtem im Wege der Revision angefochtene Er-

kenntniß ist wesentlich auf Anerkennung des Eigenthums des Klägers an den ihm verkauften und auf seinen Holzplatz übergeführten Brennholzpartieen gerichtet. Sollten die Schranken, welche der Disposition des Klägers bisher durch die Bewachung gestellt gewesen und deren Aufhebung das angefochtene Erkenntniß bezweckt, schon vor der Entscheidung E. Dirig. Senats beseitigt und Kläger sogleich in Stand gesetzt werden, das streitige Holz zu verkaufen, so würde Beklagter an der Verfolgung der angemeldeten Revision offenbar weiter kein Interesse haben. Daher ist es nach Maßgabe des angezogenen Gesetzes geboten, von der Urtheilsvollziehung in diesem Sinne Abstand zu nehmen. Der Bestimmung aber, daß der Revisionsimpetrant die etwaige Erfüllung des zu Gunsten seines Gegners ausgefallenen Urtheils durch Auslieferung des Streitobjects sicherzustellen habe, ist im vorliegenden Falle schon dadurch hinreichend Rechnung getragen worden, daß Beklagter die Detention des verkauften Holzes aufgegeben hat und dasselbe demnächst unter Wache gestellt worden ist."

(Revisionsbescheid vom 18. October 1878, Nr. 7038.)

---

328. Erfüllung des Judicats bei Klagen auf Räumung einer Miethwohnung.

Der Revisionsbescheid vom 9. Januar 1876, Nr. 117 lautet wie folgt:

„Durch das Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts war Impetrant als Beklagter angewiesen worden, ein von ihm in dem klägerischen Hause gemiethetes Local zu räumen und die erweislichen Proceßkosten an den Kläger zu bezahlen. Dieses Erkenntniß, wider welches der Beklagte das Rechtsmittel der Appellation eingelegt und durchgeführt hatte, wurde unter Verwerfung der Appellation durch das Appellationsurtheil dieses Raths vom 29. Octbr. 1875, Nr. 7152 bestätigt. Der Appellant, welcher sich durch das erwähnte Appellationsurtheil an seinen Rechten verletzt erachtet, hat wider dasselbe rechtzeitig die Revision an E. Dir. Senat angemeldet, Appellat aber wider die Nachgabe dieses Rechtsmittels protestirt, weil dem §. 8 der abgeänderten Art. zu Lib. II Tit. XXXI der Rig. Stadtrechte zuwider von Seiten des Impetranten, obwohl er in zwei Instanzen sachfällig geworden, dennoch unterlassen worden

den Besitz des in Rede stehenden Locals ihm, dem Impetraten, einzuräumen und die Gerichtskosten beider Instanzen ad depositum judiciale zu bringen. Diese Protestation des Impetraten kann indeß für gerechtfertigt nicht erachtet werden. Zu der wenngleich in zwei Instanzen ihm ebenmäßig aufgegebenen Räumung des klägerischen Locals, um deren willen der vorliegende Proceß geführt wird, war der Revisionsimpetrant nach Maßgabe des allegirten §. 8 in fine nicht verbunden, weil durch solche Räumung die interponirte Revision und deren Fortsetzung offenbar fruchtlos sein würde, indem ein geräumtes und Anderen in Besitz gegebenes Local nicht sofort wieder bezogen werden kann."

Ebenso die Revisionsbescheide vom 16. Januar 1876, Nr. 3271 und vom 2. Juni 1876, Nr. 3577.

---

329. Revisionsprästanden in dem Falle, wo die von dem Impetranten geforderte Summe schon früher durch den Impetraten gerichtlich deponirt ist.

Klägerin hatte vom Beklagten einen Bergelohn von 10,000 Rbl. gefordert und zur Abwendung eines auf das beklagtische Schiff gelegten Arrestes war dieser Betrag von Beklagtem gerichtlich deponirt worden. In der ersten Instanz wurden der Klägerin 500 Rbl., in der zweiten Instanz 1000 Rbl. zugesprochen, worauf sie gegen letztere Entscheidung Revision anmeldete. Diese wurde nachgegeben und in dem Revisionsbescheide vom 31. October 1879, Nr. 7362 bemerkt:

„daß im vorliegenden Falle, in welchem der Revisionsimpetrant nicht im Besitze der streitigen Sache sich befindet, die Berechtigung zur Revision nicht von der vorhergehenden Leistung der Caution abhängig zu machen ist, sondern nach §. 9 des Tit. XXXI der abg. Art. des Rig. Stadtrechts in solchem Falle der Revisionsimpetrant die Caution nur vor Ertheilung der Concessionalien zu bestellen haben würde."

---

330. Der Revisionsimpetrant hat nur die in dem angefochtenen Erkenntniß ihm aberkannten Kosten zu deponiren und braucht im Falle des §. 9 der abg. Art. Tit. XXXI die Caution nicht schon bei der Revisionsanmeldung zu bestellen.

„Was den appellantischen Einwand des mangelnden Kostenersatzes betrifft, so kann es sich bei Erfüllung eines Revisionsprästandums immer nur um den Ersatz der Kosten handeln, welche dem Revisionsimpetranten durch das anzufechtende Enderkenntniß aberkannt worden sind. In dem in Rede stehenden Appellations-Erkenntniß sind aber die Kosten compensirt, also keine irgend einem Theile aberkannt worden. Die in einem vorhergegangenen Zwischenbescheide aberkannten Kosten kommen daher nicht in Betracht und zwar um so weniger, wenn sie, wie im vorliegenden Fall, nicht einmal liquid gestellt sind. . . .

„Es hat hier der §. 9 der abg. Art. Tit. XXXI zur Grundlage zu dienen, welcher den Fall voraussetzt, daß nicht der Revisionsimpetrant, sondern der Revisionsimpetrat sich in dem Besitze der streitigen Sache befinde. In diesem Falle hat der Revisionsimpetrant nur, ehe und bevor er die Revision wirklich genießen kann oder die mundirten Acten aus der Rathskanzellei erhält, eine hinlängliche Sicherheit durch Pfand oder Bürgen für die Expensen und allen daraus fließenden Schaden zu stellen. Zur Leistung der Caution ist demnach dem Revisionsimpetranten eine Frist bis zur Ausreichung der mundirten Acten nebst Relation gegeben, daher die Berechtigung zur Revision nicht von der vorhergehenden Leistung der Caution abhängig gemacht. Die Revisionsimpetranten haben sich zur Erfüllung aller Revisionsprästanden erboten und werden daher auch die Caution zu leisten haben, ehe ihnen die Concessionalien ertheilt werden können."

(Aus den Motiven des Revisionsbescheides vom 18. November 1877, Nr. 7895).

331. Zur Bestellung einer processualischen Sicherheit durch ein Immobil gehört der Nachweis, daß es im Verhältniß zu seinem Werthe nicht schon beträchtlich belastet ist, und die Aufschreibung der Cautionsschrift oder eines Verbotes.

Der Revisionsimpetrant glaubte seiner Verbindlichkeit zur Bestellung der nach §. 9. der abg. Art. Tit. XXXI erforderlichen Sicherheit für Schäden und Kosten dadurch genügt zu haben, daß er ein angeblich ihm gehöriges Immobil als Sicherheit angeboten und in die Notirung eines Verbots darauf gewilligt hatte.

Dagegen sprach der Bescheid vom 26. März 1877, Nr. 2021 aus:

„Gegen den Willen der Impetraten wird das Haus des Impetranten nur alsdann als ausreichende Sicherheit angesehen werden dürfen, wenn Impetrant zuvor dargethan haben wird, daß solches Haus auf seinen Namen aufgetragen worden und daß es im Verhältniß zu seinem Werthe nicht schon beträchtlich belastet ist, und wenn Impetrant ferner darauf zu Gunsten der Impetraten sei es eine Cautionsschrift, sei es ein Verbot wird haben ingrossiren und aufschreiben lassen. Solange Impetrant nicht der Vorschrift des §. 9 l. c. genügt haben wird, müssen ihm die erbetenen Concessionales vorenthalten werden."

332. Ueber die Bestellung der Sicherheit für Schäden und Kosten durch den Revisionsimpetranten im Falle der Armuth desselben

heißt es in dem Bescheide vom 22. April 1877, Nr. 2735:

„Impetrant hat sich erboten, wegen der von seinem Gegner zu fordernden Kosten und Schäden „juratorische Caution" zu stellen, und daran die Bitte geknüpft, ihm daraufhin die erforderlichen Concessionales zu ertheilen, worauf am 29. März 1876 sub Nr. 1876 der Bescheid ergangen ist, daß eine Cautionsbestellung im juratorischen Wege für zulässig nicht zu erachten und Impetrant, auch wenn er das Armenrecht zu genießen hätte, nach Lib. II Tit. XXXI §. 13 der abgeänderten Art. der Rig. Stadtrechte von Bestellung der Caution für Expensen und Schäden nicht zu befreien sei, sondern, falls er selbige nicht leisten könne oder wolle, selbst Bürge zu