

TR

Est. A. 22

12

Zeitschrift

für

Rechtswissenschaft

herausgegeben

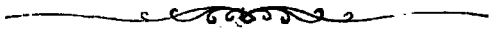
von der juristischen Facultät

der

Universität Dorpat.

Zweiter Jahrgang.

Heft 1.



Dorpat.

Verlag von C. Mattiesen.

1870.

Est. A-223

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

Dorpat, den 19. December 1869.

C. v. Hummel,
d. 3. Decan.

I.

Ueber den Gegenstand der Conventionalstrafe.

Gegenstand der Conventionalstrafe können sein: 1) Geldsummen, 2) andere fungible oder nicht fungible Sachen und 3) positive Handlungen oder Unterlassungen.

1.

Am häufigsten kommt das Versprechen einer Geldsumme als Strafe vor. Es liegt dieß in der Natur der Sache, einmal, weil das Geld der allgemeine Werthmesser ist, sodann, weil die Nothwendigkeit einer nachträglichen Schätzung, die bei anderen Sachen wegen eingetretener Unmöglichkeit der Leistung vorkommen kann, hier jedenfalls wegfällt, der Promissar insofern also hinsichtlich der Realisirung seines Rechtes unter Umständen besser gestellt erscheint.

Der letzterwähnte Vorzug ist im Allgemeinen auch mit dem Versprechen anderer vertretbarer Sachen als Strafe verknüpft, allein nicht immer, indem, wenn die Beschaffung derselben mit allzugroßen Schwierigkeiten für den Schuldner verknüpft ist, zur Verwandlung der Obligation in ihren Geldwerth geschritten werden muß. Freilich kann diese Nothwendigkeit auch dann eintreten, wenn die Zahlung in einer gewissen Münzsorte verabredet wurde. Savigny führt folgenden Fall an¹⁾:

1) Obligationenrecht Bd. 1 S. 467; zu vergl. Keyser, *Medit. ad Pandectas* Sp. 529 N^o 21.

Est. A

1

Tartu Ülikooli
Raamatukogu

Jemand schuldete 20,000 Schlickenthaler. Da nun diese Geldstücke nicht mehr geprägt wurden und zu der Zeit, wo das Darlehn bezahlt werden sollte, nur noch als Seltenheit vorkamen, so erschien es dem hart bedrängten Schuldner kaum möglich seiner Verbindlichkeit nachzukommen. In dieser Noth wandte er sich an Kaiser Karl V., welcher die Frage, wie weiland Alexander der Große den gordischen Knoten, einfach in der Weise löste, daß er durch die Herren von Schlick, denen er für diesen einen Fall ihr Münzrecht wiedergab, 20,000 neue Thaler prägen ließ. In unserer Zeit hätte man keinen Anstand genommen den Werth der betreffenden Münzen, nach ihrem Metallgehalt, an die Stelle derselben zu setzen.²⁾

2.

Einige Schriftsteller, wie z. B. Koch³⁾ und Heimbach⁴⁾ gehen von der Ansicht aus, daß nur Geld Gegenstand der Conventionalstrafe sein könne, allein es unterliegt keinem Zweifel, daß auch andere Sachen und zwar sowohl vertretbare als nicht vertretbare, sowohl generell als individuell bestimmte, als Strafobject dienen können, da nicht bloß allgemeine Gründe, sondern auch ausdrückliche Quellenzeugnisse gegen die von jenen Schriftstellern versuchte Beschränkung streiten.

Als Zwecke, welche durch die Bestellung einer Conventionalstrafe erreicht werden sollen, können nämlich bezeichnet werden: a) die Verstärkung der Hauptobligation in der Weise, daß die Furcht vor der Strafe den Debitor zu desto bereitwilligerer Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit anhalten soll⁵⁾ und b) die Ersparung des oft schwierigen Beweises des

2) Wangerow Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3 § 570, III.

3) Recht der Forderungen Bd. 2, S. 341.

4) Im Rechtslexikon Bd. 3, S. 59, Anm. 1.

5) § 36 Inst. de leg. 2, 20. Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis aliquid sa-

creditorischen Interesse.⁶⁾ Da nun diese beiden Zwecke in der Regel durch die Bestimmung sogar einer individuell bestimmten Sache als Conventionalstrafe erreicht werden können, so liegt von vorn herein kein vernünftiger Grund vor, solche Bestimmung nicht zu gestatten. Anlangend sodann die römischen Quellen selbst, so bestimmt l. 11 § 2 Dig. de rec. 4, 8:

Quod ait praetor „poena compromissa“ accipere nos debemus non tantum si utrumque poena nummaria, sed et si alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit. Diese Stelle bedarf ihrer Klarheit wegen keiner weiteren Interpretation. Ihre Bedeutung ist aber keineswegs etwa auf die prätorischen Stipulationen zu beschränken, vielmehr ist die Analogie zwischen diesen und den conventionellen Strafstipulationen, welche einige Schriftsteller, wie namentlich Wolff (zur Lehre von der Mora) für durchweg unstatthaft halten, hier anwendbar und geboten, indem der Natur der Sache nach nur da, wo die besondere Eigenthümlichkeit der stipulationes praetoriae rechtliche Berücksichtigung verlangt, vorzugsweise also, wenn mens praetoris aestimanda est,⁷⁾ die Anwendung der für dieselben geltenden Rechtsregeln auf die conventionellen Pönalstipulationen und umgekehrt, ausgeschlossen erscheint. Betrachten wir die vorliegende Digestenstelle von diesem Gesichtspunkt, so kann vernünftigerweise nicht angenommen werden, daß der besondere Zweck der stipulationes praetoriae von Einfluß bei Entscheidung der darin behandelten Frage gewesen sei, indem vielmehr bei der conventionellen Strafstipulation in noch höherem Grade der Willkür der Parteien überlassen bleiben muß, was sie zum Gegenstande

ciat, vel non faciat. L. 1. Cod. de rec. 2, 55: ob hoc poena promittitur, ut metu ejus a placitis non recedatur.

6) § 7 Inst. de verb. oblig. 3, 15 . . . in hujusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit.

7) cf. l. 9 D. de stipul. praet. 46, 5.

ihrer Uebereinkunft zu machen belieben, als wenn ein vom Prätor zu berücksichtigendes Zweckmäßigkeitsinteresse in's Spiel kommt.

Einen weiteren Beweis liefert l. 97 pr. Dig. de V. O. 45, 1:

si ita stipulatus fuero: te sisti; nisi steteris, hippocentaurum dari? perinde erit atque te sisti solummodo stipulatus essem —

weil diese Stipulation offenbar nur wegen der Unmöglichkeit der versprochenen Leistung, nicht aber deshalb für ungültig erklärt wird, weil der Gegenstand derselben keine Geldsumme ist.

Auch das Provinzialrecht der Ostseeprovinzen Bd. 3 huldigt der hier vertretenen Ansicht. Der Art. 3370 bestimmt nämlich ausdrücklich, daß die Conventionalstrafe nicht nur in Geld, sondern auch in anderen Leistungen bestehen könne. Dasselbe verordnen auch die deutschen Particularrechte; nur die auch von Kirchstetter⁸⁾ unerklärt gelassene Bestimmung des österreichischen Gesetzbuches (§ 1336): Gegenstand der Conventionalstrafe könne sein „ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag“ ist nicht recht verständlich — sollten etwa Geld oder andere Fungibilia gemeint sein?

Kann nun auch eine andere Sache als Geld den Gegenstand der Conventionalpön bilden, so fragt es sich weiter, was eintreten müsse, wenn als solche etwas von vorn herein Unmögliches stipulirt wurde, desgleichen, was dann Platz zu greifen habe, wenn die Leistung des Strafobject's späterhin unmöglich geworden ist.

Hinsichtlich der ersten Frage lehrt sowohl die oben citirte l. 97 pr. D. de V. O. als die mit derselben übereinstimmende l. 126 § 3 Dig. 45, 1., daß die Pönalstipulation für nicht hin-

8) in dem Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch 1868.

zugefügt erachtet wird. Dieß hat aber ohne Zweifel auch dann Geltung, wenn die Verabredung dahin getroffen wurde, daß bei Nichterfüllung der *prior obligatio*, nur die Strafe solle verlangt werden dürfen, da der Verzicht nur unter der Voraussetzung stattfand, daß ein neues Forderungsrecht entsteht.

Wurde aber die Leistung einer als Strafe versprochenen individuell bestimmten Sache, durch Untergang derselben vor dem Verfall der Strafe unmöglich — so tritt, falls ein Verschulden des Promittenten vorliegt, der Werth des Gegenstandes an Stelle desselben; lag kein Verschulden desselben vor, so wird, bei *electivem* und *cumulativem* Forderungsrecht des Promissars, sein Anspruch auf die Erfüllung der *prior obligatio* beschränkt. Zweifelhafter ist dagegen die Entscheidung, wenn nur die Strafe verlangt werden darf.

Faßt man die Vereinbarung, wonach unter der Bedingung, daß der Schuldner die *prior obligatio* nicht zur Zeit gehörig erfülle, die Strafoobligation an Stelle derselben treten solle, als eine bedingte *Novation* auf — und mir scheint nichts dagegen zu sprechen, — so gilt nach l. 14 Dig. de *novationibus* et *delegationibus* 46, 2^o) die *Novation* für nicht zu Stande gekommen, d. h. in unserem Fall, die *Strafstipulation* für nicht hinzugefügt und der bedingte Verzicht auf die Forderung aus der *prior obligatio* für nicht stattgefunden; denn wenn die *Novation* erst im Augenblick der Existenz der Bedingung geschehen soll, so müssen in diesem Momente nothwendig die Gegenstände beider Obligationen, der alten und der *novirenden*, vorhanden sein.

Verlangt man dagegen mit Liebe (die *Stipulation* und

9) *Quoties quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim sit novatio, sed tunc demum, quum conditio exstiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur.*

das einfache Versprechen), Runke (die Obligation und die Singularsuccession) und anderen Schriftstellern, daß die neue Obligation aus dem Rechts- oder Vermögensstoff der alten gebildet werde oder gar mit Gajacius (ad. leg. 44 Dig. de obl. et act. 44, 7) daß Identität des Gegenstandes beider, der novirten und novirenden Obligation, vorhanden sei, so kann man unseren Fall allerdings nicht als eine bedingte Novation auffassen. Dieß ist aber namentlich deshalb von Wichtigkeit, weil auch unser Provinzialcodex unzweifelhaft der Ansicht ist, daß die neue Obligation aus dem Stoff der alten gebildet werden müsse. Art. 3578 lautet nämlich:

„Die Umänderung oder Novation kann geschehen entweder so, daß der Berechtigte und der Verpflichtete beim neuen Forderungsrecht dieselben bleiben, wie bei dem früheren, daß also bloß in Beziehung auf den Rechtsgrund und die wesentlichen Bedingungen Veränderungen vorgenommen worden, oder so, daß in Betreff der Subjecte eine Veränderung vorgeht, daß mithin ein neuer Gläubiger oder ein neuer Schuldner an Stelle des bisherigen tritt.“

Bei solcher Ansicht über die Erfordernisse der Novation muß demnach die Vereinbarung, daß nur die Strafe, nicht auch die prior obligatio gefordert werden dürfe, anders construirt werden. Am Füglichsten dürfte dieß aber wohl so geschehen, daß man die Strafe auffaßt als unter einer Suspensivbedingung versprochen, die nach Absicht der Parteien zugleich als Resolutivbedingung für die prior obligatio wirken soll. Uebrigens gelangt man auch bei dieser Construction zu demselben Resultat, denn berücksichtigt man den Wortlaut der l. 8 Dig. de per. et com. 18, 6: „quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit usucapere eam pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente con-

ditione res extincta fuerit“ und vergleicht damit l. 23 Dig. de V. O. 45, 1: si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus teneberis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo, eum mihi dares . . . und l. 33 Dig. 45, 1: si Stichus certo die (um so mehr wenn unter einer Suspensivbedingung) dari promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor — so ergibt sich, daß der bedingt Versprechende, in casu der Promittent der Conventionalstrafe, durch die vor dem Verfall derselben — dem Eintritt der Bedingung — erfolgte unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung des Strafobject's befreit wird. Da nun aber dieselbe Bedingung offenbar nur unter der Voraussetzung eine auflösende Wirkung auf die prior obligatio, die Hauptverbindlichkeit äußern sollte, daß ihre Existenz zugleich wirklich ein Forderungsrecht auf die Strafe erzeuge, so ist es völlig gerechtfertigt, wenn beim Untergang des Strafobject's tota stipulatio perimitur, und daher keine von beiden Wirkungen der Bedingung, weder die begründende noch die resolvirende, eintritt.

Wird die Leistung des Strafobject's erst nach Existenz der Bedingung unmöglich, so kann, da die Gefahr der Sache auf den Promissar bereits übergegangen ist, das Recht desselben auf die prior obligatio keinesfalls auflieben, denn wenn die Unmöglichkeit der Leistung erst in diesem Augenblick und sei es selbst durch Schuld des Promittenten eingetreten sein sollte, so würde der Gläubiger in solchem Fall bloß eine Schadensersatzforderung für das untergegangene Object erwerben können.

3.

Auch positive Handlungen und Unterlassungen können Gegenstand einer Conventionalstrafe sein, etwa in der Art, daß A, wenn er das dem B Versprochene nicht leisten sollte, verbunden sein sollte, den Kindern des B drei Monate lang

unentgeltlich Unterricht zu erteilen oder nicht befugt sein sollte, sein Vieh auf eine beiden Paciscenten gemeinschaftliche Weide zu treiben. Es würde durch eine derartige Verabredung allerdings oft die Schwierigkeit der Berechnung des Interesse nicht vermieden werden, indem hier in der Regel an Stelle des Interesse an der Erfüllung der prior obligatio nur das Interesse an der Erfüllung der Strafobligatio treten könnte, sobald der Schuldner auch der accessorischen Verbindlichkeit nachzukommen nicht beliebte. In Folge dessen mag solch ein Vertrag wohl auch nicht häufig vorkommen — in den römischen Quellen findet sich kein Beispiel dafür — allein dieß ist kein genügender Grund die Möglichkeit und Statthaftigkeit desselben zu leugnen. Einerseits ist nämlich eine solche Verabredung weder irgendwo in unseren Quellen ausdrücklich unterjagt, noch ist in denselben eine erschöpfende Aufzählung dessen, was überhaupt Gegenstand der Conventionalstrafe sein dürfe, vorhanden. Andererseits kann aber die Furcht vor Entstehung des neuen Forderungsrechtes für den Gläubiger, dem Schuldner auch hier ein Sporn zur desto gewissenhafteren Erfüllung der Hauptverbindlichkeit werden, so daß der Zweck der Conventionalstrafe vollständig erreicht werden kann. Dieser Ansicht ist offenbar auch der Provinzialcodex, wenn er Art. 3370 bestimmt, daß nicht nur Geld, sondern auch andere Leistungen, außer Freiheits- und Ehrenstrafen, als Conventionalstrafe verabredet werden dürfen.

Es fragt sich dabei aber, ob die betreffenden positiven Handlungen und Unterlassungen einen Vermögenswerth für den Gläubiger haben müssen oder nicht.

Für das römische Recht ist diese Frage allein darnach zu beantworten, ob dasselbe überhaupt Forderungsrechte, die kein vermögensrechtliches Interesse für den Gläubiger enthalten, anerkennt oder nicht.¹⁰⁾ Während die viel citirte l. 9 § 2 Dig.

10) Zu vergl. Windscheid Pandekten § 251, Anm. 3.

de statuliberis 40, 7: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt, — ganz allgemein einen Vermögenswerth für jedes Forderungsrecht verlangt, und der Satz „ceterum ut alii detur nihil interest mea“ ebenfalls genugsam feststeht, auch in einzelnen Stellen, so namentlich l. 95 Dig. de V. O. 45, 1 (si ibi insulam fieri ejus intersit) und l. 6 § 1 Dig. de serv. export. 18, 7 offenbar wegen mangelnden Vermögensinteresse eine Forderung nicht anerkannt wird — scheint an anderen Stellen dieser Grundsatz nicht beachtet zu werden. Nach l. 11 § 1 Dig. quod vi aut clam 43, 24 kann z. B., wenn eine an einem öffentlichen Ort aufgestellte Statue vi oder clam weggenommen worden, derjenige, dessen Statue weggenommen wurde (obgleich ihm dieselbe doch nicht gehört) vermittelst des interdictum quod vi aut clam verlangen, daß sie wieder aufgestellt werde. Eben so wird in l. 3 § 9, 13 D. de hom. lib. exhib. 43, 29 jedem Dritten das interdictum de libero homine exhibendo mit dem Zusatz gewährt, daß wenn der Beklagte es vorziehen sollte, die litis aestimatio zu erlegen, statt den Menschen auszuliefern, der Kläger nochmals auf Auslieferung klagen dürfe. Hier liegt ohne Zweifel ein vermögensrechtliches Interesse des Klägers nicht vor, vielmehr greift in diesem Falle wohl ein staatsrechtliches Motiv Platz, wie dies auch die Worte „nemo est prohibendus libertati favere“ andeuten. Die l. 54 pr. Dig. mandati 17, 1 ferner bestimmt, daß wenn ein Sklave einem Dritten aufgetragen hat, ihn zu kaufen, um ihn freizulassen, der bisherige Herr und Verkäufer desselben, falls der Käufer mit der Freilassung zögert, befugt sein soll, sobald er ein gegründetes Affectionsinteresse hat, — etwa weil der Sklave sein natürlicher Bruder ist, — aus dem Mandat auf Freilassung des verkauften Sklaven zu klagen: placuit enim, heißt es, prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam. Hieraus geht hervor, daß es im römischen Recht mit

dem Erforderniß des vermögensrechtlichen Interesse durchaus nicht streng genommen worden sei. Jedenfalls steht der allgemeinen Regel in l. 9 § 2 Dig. 40, 7 die ebenso allgemeine in l. 54 pr. Dig. 17, 1 entgegen. Nimmt man aber an, daß die Nothwendigkeit der Geldcondemnation der Grund des betreffenden Erfordernisses sei, so darf nicht übersehen werden, einmal, daß schon im älteren Recht auf dem Gebiet der *extraordinaria cognitio* die Verurtheilung statt auf Geld auch auf Leistungen und Handlungen in natura gerichtet und durch die gemeinen Exccutionsmittel der Magistratur (*mana militari, muleta, pignoris capione* u. dergl.) erzwungen werden konnte,¹¹⁾ und sodann, daß diese *extraordinaria cognitio* seit Diocletian die Grundlage des ordentlichen Verfahrens bildete, — mithin jedenfalls für die spätere Zeit keine Ursache vorhanden war, das bezeichnete Erforderniß weiter zu urgiren.

Was das gemeine deutsche Recht betrifft, so kann man wohl mit Bestimmtheit behaupten, daß es positive Handlungen und Unterlassungen, die keinen Geldwerth für den Gläubiger haben, als Conventionalstrafe zu stipuliren gestattet. Es ergibt sich dieß aus den folgenden Erwägungen.

In Deutschland war lange Zeit hindurch die Verabredung vertragsmäßiger Freiheits- und Ehrenstrafen für den Fall üblich, daß einer Verbindlichkeit nicht nachgekommen werden sollte. Unter den vertragsmäßigen Freiheitsstrafen heben wir namentlich das sog. *obstagium*, Einreiten, Einlager hervor. Dasselbe bestand darin, daß sich Jemand verpflichtete selbst, gewöhnlich mit seinen Bürgen auf das Geheiß des Gläubigers, sich an einen von diesem bezeichneten Ort zu begeben und daselbst auf eigene Kosten zu zehren, mit der Pflicht sich bei Strafe der Infamie, vor Erfüllung der sämtlichen dem Gläubiger gegenüber übernommenen Verbindlichkeiten, nicht von dem Ort zu

11) Zu vergl. Keller: römischer Civilproceß § 81.

entfernen. Die Verabredung lautete beispielsweise folgendermaßen ¹²⁾: *archiepiscopus fidejussores ipsi Walramo statuit, qui fide data promiserunt, quod si in aliquo defectus fuerit premissorum, ipsi moniti Colonia in intrabunt infra mensem post factam eis monitionem, et ibi prout moris est fidejussorum jacebunt non recessuri donec omnis defectus in predictis fuerit emendatus.* Solche Abmachungen kamen bei Personen der höheren Stände sehr häufig vor — selbst einzelne Kaiser haben sich in der Form des obstagium verpflichtet. ¹³⁾ Ihren Ursprung verdankt diese Rechtsform wohl dem Umstande, daß dem Gläubiger im Mittelalter ein weitreichendes Recht auf die Person seines insolventen Schuldners und also auch auf dessen Freiheit zustand. So bestimmt z. B. der Sachsenspiegel III, 39 § 1 und 2: „derichtere sül ime (dem Gläubiger) den man antwerden vor dat gelt, den sal he helden gefik sinem ingefinde mit spise und arbeide. Wil he ine spannen mit eener helden, det mach he dun.“ Dergleichen verordnet das alte Lübbische Stadtrecht: „de anleger mach des in berat nehmen . . . wer he ene to egene hebben wille,“ — und noch nach dem revidirten Lübbischen Recht (1586) kann der Gläubiger „die Person“ des Schuldners „zu eigen annehmen.“ Wie hart der Schuldner aber, der zu „eigen“ angenommen wurde, behandelt werden konnte, ersieht man daraus, daß dem Gläubiger das Recht eingeräumt wird, ihn in Fesseln und Eisen zu legen ¹⁴⁾.

12) Zu vergl. Urkunde von 1248 in Kraut's Grundriß § 141, A 16.

13) Zu vergl. z. B. die Urkunde von 1349 bei Kraut a. a. O. A 19. In derselben geloben Carl IV. auf seinen dem Reiche geschworenen Eid und sein Bürge der Ritter Engelhart v. d. S., falls ersterer zu Johannis eine Schuld an Hufe zu der Luben und H. Knolz, Bürger zu Speier, nicht zahlen sollte, sich „beede antwurten zu Spire in die Stat,“ in den nächsten acht Tagen nach St. Johannes „ungemanet, in rechte giselschaft, u. nyemer danne kommen, bis die vorgenannt schult vergolten wird gar und genhlichen.“

14) Zu vergl. den vermehrten Sachsenspiegel II, 16, 2. Sehr bezeich-

Unter solchen Umständen konnte in der poena obstagii eine besondere Härte nicht erblickt werden und ebenso war man weit entfernt, sich daran zu stoßen, daß während die Schuldknechtschaft dem Gläubiger einen vermögensrechtlichen Vortheil brachte oder doch bringen konnte, das Einreiten durchaus ein solches Vermögensinteresse zu befriedigen ungeeignet war.

Auch im alten Livland war das Einreiten wohlbekannt, was bei dem Einfluß des sächsischen Rechts, namentlich des Sachsenspiegels und des lübischen Rechts auf dieses Land sehr natürlich erscheint, obgleich es von Helmersen ¹⁵⁾ bestritten wird. So verspricht zum Beispiel in einer Kaufurkunde vom 10. März 1336 ¹⁶⁾ Edward Lode dem Heinrich Havesvorde falls er zum Termin den geschuldeten Kaufpreis nicht zahlen sollte, mit seinen Bürgen Lode, Walderfo, Rabes und Rosshagen in Reval einzureiten und die Stadt nicht eher zu verlassen, als bis die Schuld und der dem Havesvorde etwa angerichtete Schaden vollständig ersetzt sein würden. Wie häufig aber in unseren Provinzen die Strafe des Einreitens von den Parteien verabredet worden, beweist zur Genüge eine vom 27. April 1346 datirte Urkunde. ¹⁷⁾ In derselben wird mitgetheilt, wie der Hauptmann von Reval, die Rätthe des Königs von Dänemark in Estland, die Bürgermeister und übrigen Glieder des Rathes der Stadt Reval mit Zustimmung der königlichen Vasallen und der Gemeinde der Stadtbürger, um des gemeinen

nend ist die in demselben hinzugefügte Beschränkung des Rechtes des Gläubigers: „Her sal in (den Schuldner) auch nicht setzjin uff swinstobin noch priweten noch bei seichslos, do her bei irstinken mochte und dovon her in eine crancheit ader sucht mochte vallin. Her sal in auch nicht setzjin webir zu kalt noch zu warm, noch zu nas.“

15) In der Geschichte des livländischen Adelsrechts S. 209.

16) Zu vergl. v. Bunge's Brieflade I, 39.

17) Zu vergl. v. Bunge's Urkundenbuch II, N^o 1005.

Besten wissen und zur Hebung vielfacher Beschwerden anordnen, daß jeder Einwohner von Bierland und Allentaken, welcher seinen Gläubigern Geld unter der Bedingung des Einreitens, gewöhnlich „Inkome“ genannt, versprochen, wenn er zehn Mark schulde, seinem Gläubiger einen Haken als Pfand (gewöhnlich „Besatz“ genannt) setzen solle, „womit ein guter Mann den anderen befriedigen kann.“ Für jede zehn Mark, für die ein Haken verpfändet ist, soll der Schuldner außerdem dem Gläubiger einen geeigneten Bürgen stellen, der für Schäden und Interesse haftet. Wenn der Verpfänder dem Gläubiger Schaden oder Gewalt in den verpfändeten Haken zufügt, so soll er mit seinen Bürgen, bei seiner Treue, binnen fünfzehn Tagen, von der Ankündigung gerechnet, in die Stadt Reval einreiten und die Stadt nicht eher verlassen dürfen, als bis er Schäden und Gewalt gebessert; nichts desto weniger soll der Gläubiger die verletzten Haken behalten dürfen, bis er sein Geld erhalten und der Verpfänder die Haken zurückgekauft hat. Wenn aber einer der Bürgen vor dem Rückkauf der Haken stirbt, so sollen die übrigen in fünf Tagen einen gleich tüchtigen stellen.

Der Sinn dieser Verordnung ist offenbar der, daß, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil verabredet worden, die Festsetzung der poena obstagii die Verpflichtung des Einreitens nur bei nicht erfolgter Zahlung der Zinsen hinsichtlich dieser und bei vorkommenden Störungen des gläubigerischen Pfandbesitzes, hinsichtlich der daraus entspringenden Schadenersatzforderungen, begründen sollte, während für das Capital das Pfand haftet, welches der Gläubiger, wenn darüber nichts Besonderes abgemacht worden, zu fordern berechtigt war. Es war also mit dem „Inkome“ ipso jure ein Pfandrecht verbunden und zwar augenscheinlich aus dem Grunde, weil die bloße Verpflichtung zum Einreiten keine genügende Sicherheit gewährte. Würden jedoch die Parteien ausdrücklich verabredet haben, daß

auch für das Capital die Obstagalverbindlichkeit allein, und zwar ohne irgend welchen Anspruch auf eine Verpfändung von Grundstücken haften sollte, so ist wohl nicht daran zu zweifeln, daß auch diese Verabredung nach dem Sinn der Verordnung gültig gewesen wäre. Im Wesen unterscheidet sich demnach das „Infome“ in keiner Weise von dem deutschen Einreiten.

Wegen vielfachen Mißbrauchs wurde das obstagium durch die Reichspolizeiordnung von 1577 verboten und muß seitdem nach gemeinem Recht als unstatthaft gelten, wenngleich particularrechtlich und zwar namentlich für Holstein ein sehr ähnliches Institut noch 1604 durch die Hadersleber Constitution anerkannt wurde. Danach konnte sich der Schuldner gültig verpflichten, für den Fall, daß er seiner Verbindlichkeit nicht nachkommen würde, auf geschehene Mahnung des Gläubigers ein von diesem benanntes anständiges Gasthaus zu beziehen, daselbst auf eigene Rechnung zu zehren und dasselbe, bei Strafe der Infamie, nicht vor erfolgter Befriedigung des Gläubigers zu verlassen. Noch Schrader¹⁸⁾ bezeichnet diesen Vertrag als einen solchen, welcher durch bloße Uebereinkunft der Parteien noch immer gültig eingegangen werden könne.

Was unsere baltischen Lande betrifft, so scheint in denselben, obgleich die Reichspolizeiordnung von 1577 nicht mehr unmittelbar zur Anwendung kommen konnte, das obstagium auch nicht weiter vorgekommen zu sein. Für die jetzige Zeit spricht jedenfalls Art. 3370 die Unstatthaftigkeit conventioneller Freiheitsstrafen ausdrücklich aus.

Wenn übrigens Meilenberg¹⁹⁾ auch den Wechselvertrag unter den Gesichtspunkt einer Conventionalstrafe zu bringen sucht, so verkennt er die Natur desselben durchaus. Im Wechselvertrage liegt keine *tacita poenalis conventio*, vielmehr

18) in dem holsteinischen Privatrecht 1806.

19) in der *diss. de poena conventionali* 1866.

ist die Wechselhaft als gesetzliche Folge an die Wechselform geknüpft. Ebensovohl könnte man eine *tacita poenalis conventio* darin sehen, wenn Jemand in einem Lande, wo die Schuldhaft existirt, sich verpflichtet eine Geldsumme, die er darlehnsweise erhalten hat, zurückzuerstatten, obgleich er keinerlei Executionenobjekte besitzt!

Auch Ehrenstrafen wurden häufig, namentlich seit dem 13. Jahrhundert für den Fall der Nichterfüllung übernommener Verbindlichkeiten verabredet²⁰⁾. Das Nichtbezahlen einer Schuld war sogar an sich schon nach älterem deutschen Recht sowohl für die Ehre, als für die Freiheit des Schuldners mit nachtheiligen Folgen verknüpft. So bestimmt z. B. das rev. sächsische Recht I, 3, 1: „Hiermit ist verboten Frawens=Personen den Creditoren an die Hand zu geben, die nicht bezahlen können, doch mag der Creditor zu allen Zeiten, wenn er sie betrifft, ihr das oberste Kleid abnehmen“. Daß überdies die Hingabe in die Schuldknechtschaft stets zugleich eine Ehrenstrafe involvirte, bedarf keiner weiteren Ausführung; ferner sehen wir, daß die Verabredung der Verpflichtung zum Einreiten mit der eventuellen Commination der Infamie verbunden war²¹⁾.

Abgesehen hiervon aber war es schon früh üblich durch ein besonderes Gelöbniß — *sidem facere, rewardiare* — sich die Bezahlung einer Schuld sichern zu lassen; der säumige Schuldner — *boese geltaere* — galt in diesem Falle als treubruchig und damit in den Augen des von jeher die Treue am

20) zu vergl. Grimm's Rechtsalterthümer S. 412 fgg., woselbst mehrere hierher gehörige Beispiele angeführt sind.

21) Hierher gehört auch eine interessante Urkunde von 1276, in welcher Johannes Kuso seinem Gläubiger verspricht: „*se nunquam decedere volle de Kylo, nisi prius solvisset omnibus, quod deberet, si autem recederet, omnibus „für“ in debitis illis debeat esse.*“

gegebenen Wort besonders hochhaltenden Deutschen, für an seiner Ehre geschädigt.

Anknüpfend an diese Verhältnisse entstand, wiederum vorzüglich unter den höheren Ständen die Sitte, namentlich wenn ein Darlehn gegeben wurde, die Standesehre des Schuldners sich gleichsam verpfänden und zugleich vertragsmäßig sich das Recht einräumen zu lassen, ihm, wenn er säumig sein sollte „Scheltbriefe“ senden oder sonst seine Schande bekanntmachen zu dürfen. So heißt es in einer Urkunde von 1478 ²²⁾: „versprechen bei unseren Ablichen Ehren, wolhergebrachten guten Nahmen und wahren Treuen auf den Tag der heiligen Dreyer König 3000 Thaler zu erlegen. (Wiedrigenfalls) wollen wir dem E. . . vollkommene Macht und Gewalt zugestellt haben, unß sambt und sonders oder unsere Erben mit schmähhen, Gemeldte an Pranger oder Kirchenthüren oder wo es ihnen sonsten geliebet anzuschlagen, oder sonsten bey allen Ehrenliebenden zu höhnen, schmechen und verunglimpfen, wie solche, die ihr Siegel und Zusage nicht in acht haben.“ Auch diese Art vertragsmäßiger Strafen wurde jedoch durch die Reichspositzordnung v. 1577, tit. 35 § 7 aufgehoben: „Wenn wir auch berichtet worden sind“, heißt es hier, „daß in etlichen Landen dieser Mißbrauch eingriffen, da dem Gläubiger auf sein Angefinnen von seinem Schuldner oder Bürgen nicht bezahlet wird, daß er derentwegen dieselbigen mit schändlichem Gemähld und Brieffen öffentlich anschlagen, schelten, beschreyen und beruffen läset. — Solche Geding und pacta den Verschreibungen einverleiben, (wollen wir) hiermit gänglich verboten und aufgehoben haben“. Beispiele für eine derartige Verabredung haben wir in unseren provinziellen Rechtsquellen nicht gefunden — jedenfalls unter sagt aber Art. 3370 die conventionelle Ehrenstrafe durchaus.

Wenngleich nun aus dem Vorstehenden erhellt, daß die

22) zu vergl. Kraut a. a. O. § 148 Nr. 11.

Bestellung von Freiheits- und Ehrenstrafen als Conventionalstrafe heute nicht erlaubt ist, so ergibt sich doch aus der Statthastigkeit derselben zu irgend einer Zeit, vollends nach der Reception des römischen Rechts, daß Handlungen als Conventionalstrafe bestellt werden konnten, die keinen Vermögenswerth für den Gläubiger hatten. Konnten aber solche Handlungen jemals Gegenstand einer Conventionalstrafe sein, so ist dieses Recht durch das spezielle Verbot vertragsmäßiger Freiheits- und Ehrenstrafen gewiß nicht in seinem vollen Umfange aufgehoben worden.

Man hat auch heute um so weniger Grund das Requirit des vermögensrechtlichen Interesse an der Handlung aufzustellen, als die Nothwendigkeit der Geldcondemnation jetzt jedenfalls nicht besteht, vielmehr der Richter befugt ist, durch die allgemeinen Executionsmittel die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung zu erzwingen²³⁾. Was aber die gemeinrechtliche Praxis betrifft, so verweisen wir auf ein Urtheil des OAG. zu Cassel vom 5. Oct. 1844²⁴⁾. Ein Handlungscommis hatte sich seinem Principal gegenüber verpflichtet, für den Fall, daß er dessen Dienste verlassen würde, nie und unter keinem Vorwande in die Dienste eines ähnlichen Geschäftsherrn treten zu wollen. Als er letzteres gleichwohl that, klagte der Principal gegen ihn und bat, daß Beklagter angehalten würde, aus dem neuen Dienst zu treten, indem er als sein Interesse bei diesem Antrag die Bewahrung des Handlungsgeheimnisses angab. Der Beklagte wurde nun vom OAG. zu Cassel aus folgenden Gründen verurtheilt: „Wenn auch anzunehmen wäre, daß nach römischem Recht bei den auf ein Thun oder Unterlassen gerichteten Verträgen, eine Verurtheilung nur auf Leistung des Interesse stattfindet, so ist doch diese Bestim-

23) zu vergl. Bayer's Civilproceß S. 1107.

24) mitgetheilt in Seuffert's Archiv Bd. 2 N^o 272.

mung bei der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland nicht allgemein anerkannt worden, vielmehr darf, nach gemeinem deutschen Gerichtsgebrauch die Klagebitte, beziehungsweise die Verurtheilung, auch bei Verträgen der obengedachten Art auf den Vertragsgegenstand selbst gerichtet werden.“

Die Bewahrung des Handelsgeheimnisses kann, so lange dasselbe nicht wirklich verletzt worden und dem Paciscenten daraus ein Schaden erwachsen ist, nicht als nachweisbares Vermögensinteresse gelten. Wird aber überhaupt ein Forderungsrecht ohne solches Interesse anerkannt, so liegt kein Grund vor, warum ein solches nicht auch als Conventionalstrafe bestellt werden könnte. Dem Einwande, daß wenn durch die Schuld des Schuldners die Leistung, welche keinen vermögensrechtlichen Werth hat, unmöglich wird, der Gläubiger nicht zu seinem Recht komme, — derselbe sollte ein Argument gegen die Wirksamkeit von Forderungen, ohne Vermögenswerth für den Gläubiger, abgeben, — begegnet Windscheid²⁵⁾ mit der treffenden Bemerkung: „Also weil dem Gläubiger nicht vollständig geholfen werden kann, soll ihm gar nicht geholfen werden?“ Uebrigens darf sich der Richter natürlich nie dazu hergeben, einer bloßen Chicane Vorschub zu leisten.

Das provincielle Recht weicht in dieser Frage von dem gemeinen Recht ab. Wenngleich nämlich Art. 3369²⁶⁾ von keinerlei Beschränkung der Conventionalstrafe auf die Festsetzung vermögensrechtlicher Nachtheile spricht, und ob schon Art. 3370²⁷⁾ indem er nur Freiheits- und Ehrenstrafen

25) a. a. D. Bd. 2 S. 4.

26) „Unter Conventionalpön ist ein durch Uebereinkunft, im Zusammenhang mit einer anderen Leistung, festgesetzter Nachtheil zu verstehen, welcher für den Fall eintreten soll, daß die Leistung gar nicht oder nicht vertragsmäßig und gehörig geschehen würde.“

27) „Eine Conventionalpön kann jedem erlaubten Vertrage beigefügt werden, und nicht nur in Geld, sondern auch in anderen Leistungen bestehen, nur nicht in körperlichen, Freiheit und Ehre beschränkenden Strafen.“

ausschließt, jede andere Conventionalpön als erlaubt hinzustellen scheint, so muß man doch im Hinblick auf Art. 2907 ²⁸⁾ behaupten, daß, da das Recht auf eine Conventionalstrafe als Forderungsrecht aufzufassen ist, auch die Conventionalpön nur als ein „durch Uebereinkunft festgesetzter vermögensrechtlicher Nachtheil“ definiert werden und ebenso nur in „Geld und anderen Leistungen, die einen Geldwerth haben“ bestehen darf, weil jede andere Leistung rechtlich nicht geltend gemacht werden könnte. In diesem Sinne müssen demzufolge die Art. 3369 und 70 restriktiv ausgelegt werden.

Haben wir in dem Vorstehenden erörtert was als Conventionalstrafe versprochen werden könne — so werden wir uns jetzt mit dem: wieviel? d. h. damit zu beschäftigen haben, ob eine gesetzliche Beschränkung der Höhe der Conventionalstrafe im Verhältniß zur Hauptobligation besteht oder ob der Werth des Gegenstandes der Strafe ganz unabhängig von dem der Hauptobligation dasteht.

Die Frage ist dahin zu beantworten, daß allerdings eine solche Beschränkung existirt. So sehr nämlich die Wucherergesetze von dem Standpunkt einer gesunden Volkswirtschaft aus zu verwerfen sind, so unzweifelhaft ist es, daß das positive Recht dieselben kennt und namentlich auch darauf hinweist, daß sie durch Bestellung einer Conventionalpön nicht umgangen werden sollen. So heißt es in der l. 44 Dig. de Usuris 22 1:

poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.

In diesem Falle wäre daher die Conventionalstrafe auf das gesetzliche Maß der Zinsen zu beschränken.

28) „Forderungsrechte sind solche Rechte, vermöge deren eine Person — einer anderen Person — zu einer Handlung verpflichtet ist, die einen Vermögenswerth hat.“

Wann ist nun aber die Conventionalstrafe pro usuris, statt der Zinsen, bestellt worden? Vor allen Dingen nicht, wenn sie bei völliger Nichterfüllung der Hauptobligation, an Stelle derselben tritt, so daß sie das volle Interesse an Erfüllung der prior obligatio enthält — denn dieses Interesse vertreten die Zinsen nicht. Aber selbst wenn die Conventionalstrafe die nicht rechtzeitige Leistung ahnden soll, greift das Verbot der Umgehung der Zinsgesetze dann nicht Platz, wenn sie dem Gläubiger das besondere, außerordentliche Interesse an der rechtzeitigen Erfüllung und den aus der Verspätung etwa entspringenden Schaden ersetzen soll, denn auch dieß Alles wird nicht durch die Zinsen vergütet. Ferner findet keine Umgehung der Wuchergesetze statt, wenn die Hauptobligation auf Gewährung anderer als vertretbarer Sachen geht, weil nur die letzteren verzinst zu werden pflegen. Dagegen liegt kein Grund vor mit Holzschuher²⁹⁾ das Verbot des verschleierten Zinswuchers auf den Fall der verspäteten Entrichtung einer Geldschuld zu beschränken. Zu eng wird daselbe wohl auch von Savigny³⁰⁾ gefaßt, wenn er meint, daß es nur für die Conventionalstrafe bei dem Darlehnsvertrage erlassen worden sei, denn wenn auch die in l. 9 pr. Dig. de usuris, 22. 1., l. 15 und 16 Cod. eod. 4. 32. angeführten Beispiele vom Darlehn handeln (während l. 13 § 26 Dig. de A. E. V. 19. 1. nur sehr schwer davon verstanden werden kann), so erklärt sich dieß einfach daraus, daß die Umgehung ohne Zweifel am häufigsten beim Darlehn vorkam und liegt darin gewiß kein Grund die allgemein ausgesprochene Regel der l. 44 de usur. in der von Savigny beliebten Weise zu beschränken. Die einzige Stelle z. B., in der die eurländischen Statuten überhaupt von der Conventionalstrafe sprechen (§ 89),

29) Theorie u. Casuistik Bd. 3 S. 345.

30) a. a. O. Bd. 2 § 80.

ist gleichfalls die von dem Darlehn — daraus wird aber gewiß Niemand schließen wollen, daß die Hinzufügung einer Strafe nur bei diesem Vertrage erlaubt gewesen sei!

Ist daher eine zu hohe Strafe an Stelle der Zinsen verabredet worden, so ist es gleichgültig, ob den Gegenstand derselben Geld oder eine andere vertretbare Sache bildet³¹⁾. Liegt aber eine das gesetzliche Zinsmaß übersteigende Conventionalstrafe vor und wird von Selten des Schuldners die Absicht der Umgehung der Buchergesetze behauptet, so muß der Beweis somit den Umstand betreffen, daß die Pön an Stelle der Zinsen versprochen worden sei. Ein Urtheil des Obertribunals zu Stuttgart³²⁾ spricht sich nun dafür aus, daß wenn die Strafe bloß wegen verspäteter Leistung vertretbarer Sachen ausbedungen würde, — in welchem Falle überhaupt die Möglichkeit einer *stipulatio poenae pro usuris* vorhanden ist — eine Umgehung der Zinsgesetze zu vermuthen sei, sobald dieselbe den Betrag der erlaubten Zinsen übersteigt. Demnach hätte der Gläubiger in diesem Falle zu erweisen, daß in casu ein besonderes Interesse sich für ihn an die rechtzeitige Erfüllung knüpfe. Das Obertribunal zu Stuttgart stützt seine Ansicht auf l. 13 § 26 Dig. de A. E. V. 19, 1. l. 9 pr. u. l. 44 Dig. de usur. 22, 1, l. 15 Cod. de usur. 4, 32., welche Gesetze in sofern zum Theil die Auffassung des Obertribunals unterstützen, als in den daselbst entschiedenen Fällen, ohne irgend welchen Vorbehalt auf Ermäßigung der Conventionalstrafe erkannt wird, obgleich der Schuldner mit keiner Silbe dessen Erwähnung thut, daß der Gläu-

31) l. 16 Cod. de usur. 4, 32: *Quam non frumentam sed pecuniam te accepisse foenori alleges, ut certa modialio tritici praestaretur, ac, nisi is modius sua die fuisset oblatas, mensurarum additamentis in fraudem legitimarum usurarum, gravatum te esse contendas, potes adversus improbam petitionem competenti uti defensione.*

32) mitgetheilt in Seuffert's Archiv Bd. 3 N^o 155.

biger nicht ein besonderes Interesse durch Bestellung der Strafe habe schütten wollen³³⁾. Die von dem Obertribunal zu Stuttgart behauptete Präsumtion erscheint um so gerechtfertigter, als es in der That in der Natur der vertretbaren Sachen liegt, daß sie verhältnismäßig leicht zu beschaffen sind. Wenn für die verspätete Lieferung eine Strafe gezahlt werden soll, zugleich aber das Recht auf die nachträgliche Erfüllung der Hauptobligation bestehen bleibt, dieselbe also nicht unnütz oder werthlos geworden ist, so ist in der Regel nicht anzunehmen, daß dem Gläubiger ganz besondere Verluste daraus entstehen werden. Es kann dieß allerdings geschehen und geschieht wohl auch im kaufmännischen Verkehr — in diesen Fällen wird es aber dem Gläubiger leicht werden, sein Interesse zu beweisen und dadurch die Präsumtion zu entkräften, während ohne diese Vermuthung, wegen der Schwierigkeit des betreffenden Beweises, das Verbot der Umgehung des Zinswuchers vermittelt Bestellung einer Conventionalstrafe, in der That ein nahezu illusorisches wäre, was entschieden nicht im Sinne des Gesetzgebers liegt.

Etwas von dem gemeinem Recht in dieser Beziehung Abweichendes bestimmt scheinbar der Provincialcodeg, wenn es Art. 3371 heißt:

„Die Bestimmung des Betrages der Conventionalpön hängt ganz von dem Belieben der Contrahenten ab und ist nicht an das Maß des durch Nichterfüllung zu erwartenden Schadens beschränkt; nur darß durch Verabredung einer solchen Pön keine Umgehung der gesetzlichen Zinsbeschränkungen bezweckt werden.“

33) l. 15 Cod. 4. 32 lautet z. V.: *Quam allegas, uxorem tuam ex conditione mille aureorum numero quantitatem sumsisse, ut, si intra diem certum debito satis non fecisset, cum poena quadrupli redderet quod accepit, juris forma non patitur legem contractus istius ultra poenam legitimarum usurarum posse procedere.*

Wollte man den Ausdruck „bezweckt“ urgiren, so müßte man nämlich offenbar annehmen, daß der auf Ermäßigung der Conventionalstrafe wegen Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsfußes Antragende, die Absicht der Umgehung des Gesetzes nachweisen müsse, denn ein, nach Art. 1707 des Strafgesetzbuchs von 1866 sogar criminalrechtlich zu bestrafender dolus dürfte in keinem Fall präsumirt werden. Auch wäre der Beweis derselben ein schwer zu führender, da die Möglichkeit, daß der Gläubiger bei Constituirung der Pön an eine Umgehung der Zinsgesetze gar nicht gedacht habe, in den meisten Fällen zugegeben werden müßte, ein Indicienbeweis in Civilsachen nicht zur Verurtheilung führen und von zugehobenen oder richterlich auferlegten Eiden de propria turpitudine nicht die Rede sein könnte. Das Verbot des verschleierten Zinswuchers wäre daher bei dieser Auffassung des Wortes „bezweckt“ ein durchaus illusorisches, was unmöglich Wille des Gesetzgebers sein konnte.

Es ist daher das Wort „bezweckt“ in der Weise zu verstehen, daß als Resultat der Bestellung einer Pön nicht die Umgehung der Zinsbeschränkungen sich ergeben darf — was mit der gemeinrechtlichen Lehre übereinstimmen würde. Dieß erhellt aus folgenden Gründen. Erstens: die zu dem Art. 3371 angegebenen Quellen sind zunächst l. 13 § 26 Dig. 19, 1; l. 9 pr., l. 29, l. 44 Dig. 22, 1, l. 15, 16, 26 Cod. 4, 32, also lauter Stellen des römischen Rechts, und zwar zum größten Theil dieselben, die das allegirte Urtheil des Obertribunals zu Stuttgart zur Begründung seiner Ansicht führt, während auch die übrigen Citate (l. 29 D. 22. 1., l. 16 und 26 Cod. 4. 32, desgleichen auch die Witt. Statuten II 13 § 4) nichts enthalten, was eine andere Auffassung befürwortete.

Zweitens: wenn Art. 3432 lautet: „Alles was über das gesetzliche Maß der Zinsen ausbedungen oder genommen wird, ist unerlaubter Wucher, ohne Rücksicht darauf, unter

welchem Titel dieß geschieht. Jeder Gewinn, den sich der Gläubiger neben den Zinsen ausbedingt, ist bei der Berechnung der Zinsen mit in Anschlag zu bringen“ — so ist darin schon enthalten, daß auch die unter dem Titel einer Conventionalstrafe verabredeten Wucherzinsen verboten sind, während einer auf Umgehung des Gesetzes gerichteten Absicht der Contractanten keine Erwähnung geschieht.

Das Verbot des verschleierteu Zinswuchers ist die einzige gesetzliche Beschränkung der Höhe der Conventionalstrafe; denn wenn einige Schriftsteller und unter ihnen namentlich auch Cujacius, auf Grundlage der l. un. Cod. de eo quod interest 7, 47, verlangen, daß die Conventionalstrafe ebenso wenig wie das Interesse, das duplum des Werthes der Hauptobligation übersteige, so ist diese Ansicht nicht vereinbar mit l. 38 § 17 D. de V. O. 45, 1: *poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit . . .* und mit l. 56 de evict. 21, 2: *„si dictum fuerit in vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum, ex empto perpetua actione agi poterit.“* Die Stellen sprechen es deutlich aus, daß die Höhe der Strafe an kein Maximum gebunden ist. Scharfsinnig und elegant ist dieß namentlich von Donellus³⁴⁾ nachgewiesen, indem er zeigt, welche Ungerechtigkeit darin liegen würde, wenn selbst der vorsorgliche Gläubiger sich in keiner Weise sein wirkliches Interesse an Erfüllung einer Obligation sichern könnte, sobald dasselbe das duplum übersteigt. Wie vor Allem, ruft er treffend aus, soll sich Jemand sein Affectionsinteresse sichern, wenn nicht durch eine hohe Conventionalstrafe? Sei es daher wahr, was Scaevola in der l. 24 Dig. quae in fraudem creditorum 42, 8 schreibt: *„jus civile vigilantibus scriptum est“*, so könne Justinian unmöglich in dieser Weise die Höhe der Conventionalstrafe

34) zu vergl. *commentarii de jure civ.* XXVI. 24.

haben beschränken wollen! Dennoch hält er sich durch die disjunctive Fassung der Worte der l. un. Cod. 7. 47:

eas tantum modo exigi poenas, quae vel cum competente moderamine proferuntur, vel a legibus certo sine conclusae statuuntur —

für genöthigt, den ersten Satz mit „vel“ von der Conventionalstrafe zu verstehen. Es gehe, argumentirt er, aus dieser Entgegenstellung hervor, daß die Höhe der Conventionalstrafe nicht certo sine legibus conclusa sei, vielmehr sei l. un. Cod. 7. 47 in der Weise mit den oben angeführten l. 38 § 17 D. 45. 1. und l. 56 D. 21. 2. zu vereinigen, daß man annimmt, es solle ein moderamen bis zur wahren Höhe des Interesses in den Fällen eintreten, wo schon *proposita facti specie*, aus der Art der Leistung ersichtlich wäre, daß Niemand, unter irgend welcher Bedingung, ein Interesse bis zur Höhe der Conventionalstrafe, an Erfüllung der Hauptobligation haben könne.

So überzeugend aber die sonstige Deduction des großen Commentators ist, so wenig kann man die Hypothese billigen, durch deren Aufstellung er den Widerspruch zwischen den angezogenen Gesetzesstellen zu lösen und zu beseitigen vermeint, denn auch in dem von ihm angenommenen Fall liegt kein Grund vor, weshalb den Contrahenten das Recht versagt sein sollte, sich freiwillig zu einer höheren Strafzahlung zu verpflichten, beziehungsweise sich dieselbe versprechen zu lassen. Wir schließen uns daher der von den neuern Juristen vertheidigten Erklärung der l. un. Cod. 7. 47 an, wonach in dem ersten der mit *vel* — *vel* verbundenen Sätze von einer, dem richterlichen Ermessen überlassenen Festsetzung des Interesses die Rede ist, wie denn das Wort „*poena*“ sich auch sonst noch in diesem Sinne findet ³⁵⁾.

35) zu vergl. z. B.: l. 10. D. de eo, quod certo loco 13. 4.

Die richtige Ansicht ist übrigens in der gemeinrechtlichen Praxis noch nicht durchgängig zur Geltung gekommen, wie eine Entscheidung des O.A.G. zu Cassel vom 18. Decbr. 1852 zeigt ³⁶⁾. Dagegen stellt der oben allegirte Art. 3371 des Provincialcodex die richtige Ansicht fest — in Uebereinstimmung auch mit Art. 284 des Allg. Deutsch. Handelsgesetzbuchs — und zeichnet sich dadurch vortheilhaft z. B. vor dem preussischen Landrecht aus, welches ³⁷⁾ wenn eine Schätzung des Interesse an Erfüllung der Hauptobligation möglich ist, die Conventionalstrafe auf den doppelten Werth desselben, als Maximum, beschränkt. Dem Zweck mehr entsprechend dürfte in diesem Falle wohl die Bestimmung des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs ³⁸⁾ erscheinen, wonach der Richter allenfalls, nach Einvernehmung der Sachverständigen, den Betrag einer Conventionalstrafe ermäßigen darf, wenn derselbe vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird. Immerhin bleiben aber solche Bevormundungsversuche in Beziehung auf Rechtsverhältnisse, hinsichtlich deren das volle jus disponeudi der Parteien geachtet werden sollte, höchst bedenklich!

36) zu vergl. Seuffert's Archiv Bd. 11 Nr. 224.

37) zu vergl. § 301. Titel 5. Theil I.

38) zu vergl. § 1336.

J. Schirmann.

II.

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

Die ursprüngliche Form des Criminalprocesses ist die der Privatanklage. Entsprechend einer unentwickelten Auffassung staatlicher Verhältnisse finden wir bei den Deutschen, wie bei den übrigen Völkern die Bestrafung des Criminalverbrechers vom privatrechtlichen Standpunkt als die erste Gestaltung des strafrechtlichen Verfahrens. Das Verbrechen kam nur insoweit in Betracht, als dem Einzelnen daraus ein Schade erwuchs. Der entwickeltere Rechtszustand des Mittelalters brachte aber, hauptsächlich beeinflusst durch die Herrschaft der Kirche und ihrer Lehren, den entgegengesetzten Standpunkt zur Geltung. Das Verbrechen wird zur Sünde, Staat und Kirche, die Vertreter göttlicher und weltlicher Ordnung, müssen als solche sorgen für das Bestehen des ganzen Organismus wie des einzelnen Gliedes und haben daher Recht und Pflicht gegen den Verbrecher ohne jegliche Einwirkung des Privaten einzuschreiten. — Zwischen diesen beiden, zu verschiedenen Zeiten streng durchgeführten entgegengesetzten Anschauungen, die dem Anklage- und Untersuchungsproceß zu Grunde liegen, steht die dritte, nach welcher der Criminalproceß durch die Klage von Amtswegen in Bewegung gesetzt wird. Sehen wir hier ganz ab von den neuesten Umwälzungen, die das Strafverfahren in unserm Jahrhundert erfahren hat, da sie nicht in das Gebiet dieser Abhandlung gehören, so läßt sich jenes vermittelnde

Princip der Klage von Amtswegen folgendermaßen erklären: die Idee, daß durch das Verbrechen eine Privatverletzung herbeigeführt werde, war noch die herrschende. Daneben machte sich aber die Unzulänglichkeit der hierauf gegründeten Strafrechtspflege geltend und der Gedanke, daß die öffentliche Sicherheit aufrecht zu erhalten sei, verlangte es, daß der Staat die Bestrafung des Verbrechens nicht ausschließlich der Willkür des Privaten überließ. Um dies nun mit dem herrschenden Anklageprincip zu vereinigen, ließ man den Staat selbst durch seinen Vertreter als Ankläger auftreten. Der Staat hatte dabei noch das Interesse der Erlangung der Sühnegelder u., die ihm in Folge des Verbrechens zustanden, und verfocht so gewissermaßen als Privatperson (fiscus) sein durch Störung der öffentlichen Sicherheit gefährdetes Privatinteresse durch seinen Beamten, den Fiscal.

In Nachfolgendem soll untersucht werden, welcher der erwähnten Erscheinungsformen des Criminalprocesses sich das Verfahren in Livland während der schwedischen Zeit vorzugsweise anschloß.

In einer 1845 erschienenen Schrift: „Zur Geschichte des Criminalprocesses in Livland“ von W. v. Boë ist diese Frage dahin beantwortet worden, daß in Livland während Schwedens Herrschaft nach Gesetz und Praxis unbedingt der Anklage- und zwar der Staatsanklage-Proceß durch den Fiscal gegolten habe. Der Verfasser jener Abhandlung, ein entschiedener Feind des Untersuchungsprocesses, dem er sogar die historische Berechtigung abzuspochen scheint, geht darauf aus nachzuweisen, daß die augenblickliche Praxis Livlands gänzlich im Unrecht ist, wenn sie bei Anwendung des Inquisitionsprozesses sich auf Quellenzeugnisse der schwedischen Zeit beruft.¹⁾ — Der Hauptfehler des Wertes ist die Subtilität der darin angewand-

1) a. a. O. § 8.

ten Kritik; v. Voß behandelt die unpräcisen, weitſchweifigen Verordnungen Schwedens, als hätte er es mit der knappen Ausdrucksweiſe des *corpus juris* zu thun und kommt daher in ſeinem Urtheil über eine Zeit, welche ſich einer ſehr behaglichen Freiheit und Ungenauigkeit in Geſetz und Praxis erfreute, zu durchaus ſchiefen Schlüſſen. — In einer kurzen Kritik ²⁾ hat v. Bunge die falſchen Reſultate der v. Voßſchen Arbeit zurechtgeſtellt und die allgemeine Geltung des Unterſuchungsproceſſes in Livland nachgewieſen.

Wenn ich trotzdem eine nochmalige Bearbeitung dieſes Stoffes unternahm, ſo glaubte ich aus zwei Gründen dazu berechtigt zu ſein: einmal iſt v. Bunge's Arbeit eine Recenſion, liefert daher meiſt negative Reſultate und berückſichtigt nur das von W. v. Voß beigebrachte Material. Es ſollte dagegen hier eine nochmalige vollſtändige Kritik aller zu Gebote ſtehenden Geſetze unternommen werden. Sodann aber wollte ich durch genauere Kenntnißnahme der Praxis jener Zeit mir ein ſicheres Urtheil über die zu beſprechende Frage ſchaffen. Man braucht nur flüchtig die unfertigen Geſetze der ſchwediſchen Regierung über den Criminalproceß anzusehn, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß für denſelben die Gerichtspraxis jener Zeit eine unentbehrliche Quelle bilden muß. In beiden obenerwähnten Schriften iſt aber nach dieſer Seite hin nicht Genügendes geleistet worden.

Das Archiv des livl. Hofgerichts wurde mir auf meine Bitte bereitwilligſt geöffnet. Gar keine Ausbeute ergab das Urtheilsbuch des Hofgerichts, enthaltend: „Criminalurtheile aus den Jahren 1695—1700.“ ³⁾ Die Mehrzahl der daraus

2) In den „Erörterungen“ 2c. Bd. V. 1853: „Inquisitions- oder Anklageproceß?“

3) Daſſelbe bildet die Grundlage der Unterſuchungen E. v. Tiefenhausen's in den „Mittheilungen“ der „Geſellſchaft für Geſchichte und Alterthumskunde“, Bd. II pag. 44 ff.

über die Proceßform gesammelten Notizen erwiesen sich als falsch. Reiches Material dagegen lieferten mir die Acten, welche von den verschiedenen Untergerichten (Landgerichten und Magistraten der kleinen Städte) während der schwedischen Zeit dem Hofgericht zur Leutation eingesandt worden sind und in dessen Archiv aufbewahrt werden. Sie reichen bis zum Jahre 1631 hinauf und sind besonders seit Mitte der schwedischen Zeit sehr zahlreich vorhanden. *) Alle diese Acten durchzustudiren war schon der beschränkten Zeit wegen unmöglich und erschien mir auch überflüssig, da es hier nur darauf ankam ein zuverlässiges, allgemeines Bild des Verfahrens herzustellen. Zu diesem Zweck genügte die von mir durchgesehene Anzahl von circa 400 Acten. — Der Criminalproceß gegen adelige Personen ist in dieser Abhandlung unberücksichtigt geblieben. Die denselben betreffenden Bestimmungen erfordern eine gesonderte Darstellung und es ist mir noch nicht gelungen ausreichendes darauf bezügliches Actenmaterial aufzufinden.

Die nachfolgenden Untersuchungen beschäftigen sich ferner nur mit dem Zeitraum zwischen den Jahren 1630 bis 1710. Ist es nun schon gewagt bei der Darstellung einer Criminalproceßgeschichte Livlands eine willkürliche Schlußlinie zu ziehen und ohne sachlichen Grund den Wechsel der politischen Herrschaft zum Endpunkt zu nehmen, so ist es jedenfalls noch mißlicher bei einer historischen Darstellung auch einen willkürlichen Anfangspunkt zu wählen; und doch war ich dazu gezwungen, denn ich wollte ein actenmäßiges Urtheil über den livl. Criminalproceß liefern. Aus der Zeit vor 1630 standen mir aber durchaus keine Documente zu Gebote, man ist hier nur auf Hypothesen beschränkt. Ich reproducire daher in Beziehung auf das Strafverfahren in der angestammten und polnischen Periode Livlands in aller Kürze nur die durch die

*) In noch vollständigerer Anzahl ist die Zeit nach 1710 vertreten.

Untersuchungen v. Bock's und v. Bunge's bisher festgestellten Resultate. In der dann folgenden Abhandlung sind Gesetz und Praxis der schwedischen Zeit in zwei verschiedenen Abschnitten behandelt und ist zur besseren Uebersicht in jedem der beiden Abschnitte der Inquisitionsproceß getrennt von dem sonstigen Proceß mit fiscalischer Thätigkeit dargestellt.

Im Capitel 77 des aus dem Anfang des 15. Jahrhunderts datirenden mittleren livl. Mitterrechts finden sich die Worte: „Es darf der Richter nicht über das, was nicht vor Gericht ausgeklaget wird, Recht sprechen.“⁵⁾ — Es ist dieser Satz: „wo kein Kläger ist, da ist kein Richter,“ der Grundgedanke, nach welchem sich in den germanischen Ländern die Anfänge des Criminalprocesses bildeten. Wir finden denselben noch an mehreren anderen Stellen des livl. Mitterrechts bestätigt.⁶⁾ Der hieraus zu ziehende Schluß wäre nur, daß im angestammten livl. Landrecht die Privatanklage die Regel, ursprünglich wohl die ausnahmslose Regel, bildete; daß aber während der ganzen angestammten Periode der livl. Criminalproceß kein anderer gewesen sei, als der Privatanklageproceß,⁷⁾ ist, wenn man die v. Bunge'sche Beweisführung hiergegen betrachtet, doch sehr zweifelhaft. Jedenfalls ist es ein naheliegender Gedanke, daß das von lauter geistlichen Fürsten beherrschte Livland, in welchem das Ansehen des Papstes so bedeutend war, auch in Beziehung auf den Strafproceß der canonschrechtlichen Einrichtungen theilhaftig geworden sei, welche gerade zu jener Zeit das Vordringen des Inquisitionsprocesses zu Wege brachten. W. v. Bock's allgemeine Bemerkung, daß das Bestehen des

5) Buddbrock, Sammlung der Gesetze, Bd. 1, 1802, pag. 110: — „Wat öuerst nicht vor gerichte vorklaget wert, dat en darff man nicht richten.“

6) B. V. cap. 125 § 1 u. 2, cap. 178 § 1 u. 2. (Buddbr. l. c.)

7) Wie v. Bock behauptet, l. c. pag. 34.

Anklageprocesses „im Einklange mit der ganzen germanisch-mittelalterlichen Staats- und Rechtsanschauung“ stehe, beweist nichts dagegen, denn während des Mittelalters ist gerade, gestützt auf die seit Innocenz allmählig üblich gewordenen Ausnahmen vom regelmäßigen Anklageproceß, der Inquisitionsproceß nach und nach in ganz Deutschland zur Alleinherrschaft gelangt.⁸⁾

Auf das Vorkommen von Sendgerichten mit überwiegend inquisitorischem Verfahren weist v. Bunge ebenfalls hin und ziehen wir weiter in Betracht, daß für die Ordensbrüder (auch nach v. Bock) der rein inquisitorische preussische Proceß in Übung war und gewiß auch vielfach Einfluß auf die Praxis der andern Gerichte hatte, — so wird es uns sehr leicht gemacht mit v. Bunge anzunehmen, daß zur Zeit der Selbstständigkeit Livlands neben dem Privatanklageproceß auch ein inquisitorisches Criminalverfahren in geistlichen wie in weltlichen Gerichten in sehr bedeutendem Umfange stattgefunden habe.

Die polnische Regierungszeit begünstigte das Gedeihen des Untersuchungsprocesses, der, nach übereinstimmender Ansicht v. Bock's und v. Bunge's, im letzten Viertel des 16. Jahrhunderts bereits vollständig die Praxis unserer Gerichte beherrschte.

I. Die gesetzlichen Quellen der schwedisch-livländischen Zeit.

1. Der Inquisitionsproceß.

Ehe wir uns speciell zu Livlands Rechtszustand während der schwedischen Herrschaft wenden, müssen wir in Kurzem die Frage zu beantworten suchen, ob in Schweden vor der Unterwerfung Livlands nur der Anklageproceß gegolten habe, oder ob auch ein inquisitorisches Verfahren zulässig gewesen sei?

8) Ueber die *denunciatio, exceptio, notoria, infamia*, cf. Zachariae „Handbuch“ ic. pag. 113 ff. u. besonders Biener „Beiträge“ pag. 17 ff.

Unmöglich ist es mit v. Boß anzunehmen, daß für den schwedischen Criminalproceß im Anfang des 17. Jahrhunderts der Landtag die einzige gesetzliche Norm gewesen sei. Abgesehen davon, daß dieses Gesetzbuch schon 1442⁹⁾ publicirt worden, weisen auch einige Quellenzeugnisse darauf hin, daß der in demselben geschilderte Proceß mit seinen Geschworenen und dem öffentlichen, fast ausschließlich auf der Privatanklage basirenden Verfahren¹⁰⁾ schon vor 1620 verschiedenen Modificationen unterlegen ist. Zur Begründung dieser Ansicht sei hier zuerst die „Straff-Ordnung“ Christina's angeführt.¹¹⁾ Sie datirt allerdings vom 18. Mai des Jahres 1653, kann aber doch hier als beweisend aufgeführt werden, denn es heißt in derselben gleich zu Anfang: es sei von Nebelstand, daß die Untergerichte „stricte nach dem Lagebuch urtheilen müssen, welches doch Praxis forensis und die königlichen Resolutiones ein gut Theil schon vor geraumer Zeit verändert.“¹²⁾ Die „Praxis forensis“ braucht aber einen längeren Zeitraum um bedeutenderen Einfluß auszuüben und man kann daher mit Sicherheit annehmen, daß schon zur Zeit des Uebergangs Livlands an Schweden (30 Jahre vor Erlaß jener „Straffordnung“) das „Lagebuch“ nicht mehr vollständig in Kraft war.

Was ferner die beiden von Gustav Adolph erlassenen Verordnungen von 1614 und 1615¹³⁾ anbetrifft, so bezieht sich

9) Nicht wie v. Boß l. c. pag. 50 ff. meint im Jahre 1608, cf. v. Bunge l. c. pag. 170.

10) cf. L. L. Tit. VII „Von Gerichtssachen“. Nur in seltenen Fällen trat subsidiär der „Länsmann“ klagend auf (cap. XVIII pag. 344.).

11) cf. Anhang zum L. L. pag. 63 ff.

12) Die Verordnung redet eigentlich nur von Criminalstrafen, nicht vom Verfahren. Die im Text angeführten Worte lauten jedoch so allgemein, daß sie sehr wohl auch auf den Proceß bezogen werden können und jedenfalls kann die Analogie nicht übersehen werden. Es ist anzunehmen, daß mit den Wandlungen des Criminalrechts auch die bedeutend beweglichere Proceßpraxis mindestens gleichen Schritt gehalten habe.

13) „Gerichts-Ordinance“ ic. vom 10. Febr. 1614, cf. Anhang zum L.

der „Gerichtsproceß“ von 1615 wohl nur auf den Civilproceß. Ueberhaupt ist, was an gesetzlichen Zeugnissen dieser Periode für den Anklageproceß im Strafverfahren angeführt wird, oft darum nicht stichhaltig, weil die schwedische Gesetzgebung es liebte den Civil- und Criminalproceß gemeinschaftlich zu behandeln, wobei natürlich der weniger ausgebildete Criminalproceß entschieden zu kurz kommen mußte. — Aus der „Gerichts-Ordinance“ von 1614 geht allerdings hervor, daß der Anklage- (und wie es scheint der Privatanklage-) Proceß damals die Regel war. Wir finden zur Genüge darauf hinweisende Ausdrücke, wie z. B. „Kläger“, „Beklagter“, „Klage“, „Parthen“ etc. Indes stoßen wir auch im Art. 2 auf den Satz: „die Richter sollen verpflichtet seyn alle die Sachen, Controversien und Proceße, welche ihnen nach dem Gesetz und Lagh gebühren anzunehmen.“ Sollte diese Entgegenstellung nicht auf ein gleichzeitiges Herrschen von Accusations- und Inquisitionsproceß schließen lassen,¹⁴⁾ besonders, wenn man die Fortsetzung der Stelle betrachtet, wo es heißt: „fleißig zu inquiren, nach Gesetz und Ordnungen dieselben zu urtheilen“? — Hervorzuheben sind hier noch Art. 14 und 17 derselben Verordnung, in welchen vielfach die Ausdrücke: „inquiren, Inquisition, gerichtliche Inquisition“ vorkommen. Ich bin keineswegs im Unklaren über den großen Mangel an Präcision des Ausdrucks, der jenen Zeiten eigen war, und könnte mit v. Bock¹⁵⁾ manches Beispiel dafür anführen, daß in den livl. Acten ein accusatorischer Proceß als „Inquisition“ und in einem rein inquisitorischen Proceß der Denunciat als „Accusa-

L. pag. 20 und „Gerichtsproceß“ etc. vom 23. Juni 1615, cf. Anhang zum L. L. pag. 31.

14) Der Schluß wäre jedenfalls minder gewagt, als die Folgerung v. Bock's (l. c. pag. 9), aus den Worten: „der Richter soll vor sich ventilliren lassen“ etc. ergebe sich die unbedingte Herrschaft des Accusationsprocesses.

15) l. c. pag. 53 Anm. 19.

tus“ bezeichnet wurde. Immerhin ist es aber merkwürdig und nicht ohne Bedeutung, daß eine so häufige Anwendung des Ausdrucks „inquiriren“ sich schon damals findet und ferner sind die angezogenen Art. 14 und 17 der Ger.-Ord. von 1614 in sofern von negativer Beweisraft, als sie auch nicht mit einem Worte die von W. v. Bock behauptete unbedingte Herrschaft des accusatorischen Processes charakterisiren. Die Bezeichnung „Kläger“ oder dergl. kommt in diesen Stellen, obgleich sie vom Criminalverfahren handeln, gar nicht vor.

Den Ausschlag in dieser Frage ¹⁶⁾ geben jedenfalls die „Richterregeln.“ ¹⁷⁾ Sie sind allerdings eine Privatarbeit und vielleicht erst um die Mitte des 17. Jahrhunderts entstanden, ¹⁸⁾ können aber durch die große Bedeutung, die sie in Schweden schon bald erlangten, als vollgültige Beurkundung der Praxis angesehen werden und sind daher nicht nur für den Augenblick ihres Erscheinens, sondern auch für geraume Zeit vorher von Beweisraft, da sie den Rechtszustand zu schildern unternehmen, wie er sich in Schweden damals vorfand, d. h. sich in der Praxis allmählig festgesetzt hatte. — Der § 27 der Richterregeln, der „für den Criminalrichter sehr wichtig ist,“ ¹⁹⁾ läßt unbedingt ein inquisitorisches Verfahren auf „Gerücht“, üble „Nachrede“ zu. Erscheint der Schluß des Paragraphen beim ersten Anblick auch als Beweis für die alleinige Herrschaft eines entschiedenen Anklageprocesses, so ergibt sich doch aus dem Zusammenhang der ganzen Stelle unwiderleglich, daß die Absicht des Verfassers der Richterregeln nur die war, den Richter zu warnen, daß er

16) Auf die „Kriegsartikul“ und das durch sie für die Militärgerichte eingeführte Verfahren komme ich, der chronologischen Ordnung wegen, erst später zu sprechen (cf. unten pag. 44 fg.)

17) Anhang zum I. L. pag. 1—19.

18) cf. Bunge, „Einl. in die liv-, esth- und estländische Rechtsgeschichte“, 1849 pag. 206. Ann. g. und Buddenbr. I. c. Bd. II, pag. 1989 ff.

19) Wie v. Buddbr. hinzufügt I. c. pag. 2023.

den Inquisitionsproceß nicht mißbrauche, nicht leichtsinnig einen Menschen „vor Gericht ziehe.“²⁰⁾

Mit ziemlicher Gewißheit können wir uns also der von v. Bunge ausgesprochenen Ansicht anschließen, daß in Schweden neben dem Anklage- (und zwar nur selten dem Staatsanklage-) Proceß der Inquisitionsproceß zur Zeit der Unterwerfung Livlands keinen unbedeutenden Platz eingenommen habe.

Die Frage, welcher Art sich das Criminalverfahren in Livland während der schwedischen Periode gestaltet, beantwortet v. Boë einfach dahin, daß der reine Staatsanklageproceß durch den Fiscal gegolten habe. Gegen diese Ansicht tritt v. Bunge in der erwähnten Abhandlung auf.

Nach dem Vorausgeschickten gehen wir mit einem ganz andern Vorurtheil an die Beantwortung dieser Frage. Wir fanden, daß schon vor 1620 in Livland, wie in Schweden, der Inquisitionsproceß auch Geltung erlangt hatte. Ist diese Voraussetzung richtig, so spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß der einmal, wenn auch in geringem Maaße aufgenommene Untersuchungsproceß in Livland, ebenso wie in ganz Deutschland, allmählig seinen überwältigenden Einfluß geltend gemacht habe. Nur ein unzweifelhafter Act der Gesetzgebung hätte

20) Der § 27 der Richterregeln lautet: „Es geschiehet offenbar Unrecht und kann viel Arges daraus entstehen, wenn ein Richter auff bloße Kländerey und Neben jemand vor Gerichte zieht und ohne gültige und zureichliche Praesumptiones und Anzeigungen denselben zum Befreyungs-Gyde verurtheilet.“ (Sind solche „gültige“ Praesumptiones vorhanden, so kann der Richter also sehr wohl ohne Kläger entscheiden.) „Denn es kann leicht ein feindseliger Mensch aus Neyd und Abgunst einen ehrlichen Mann in böse Nachrede bey Leuten setzen, wie man dergleichen Exempel viele und fast täglich vor Augen hat, daß öffters falsche Gerüchte von jemand entstehen, die weit und breit herum getragen werden; sollte man nun desfalls alsofort einen ehrlichen Mann vor Gerichte ziehen und dahin verbinden, daß er sich mit einem Gyde von der entstandenen bösen Nachrede befreyen müsse, so würde einem solchen Menschen groß Unrecht widerfahren, vielmehr sollte man einen solchen, welcher dergleichen böses Gerüchte ausbringet, dazu anhalten, daß er solchane Nachrede wahr machen müsse.“

diese natürliche, geschichtliche Entwicklung des Verfahrens niederhalten können. Ein solcher Schritt der schwedischen Gesetzgebung ist aber nirgends und am Allerwenigsten (wie v. Bock will ²¹⁾) in der Executionsverordnung von 1669 zu finden.

Mit dem Jahre 1630 begann die schwedische Gesetzgebung eine umfassende Reorganisation der Gerichtsverfassung und des Gerichtsverfahrens in Livland. Am 20. Mai dieses Jahres erschien die „Ordnanz“ ²²⁾, in welcher geregelt wurde, wie der Landrichter „in seinem Gerichte tanquam prima instantia procediren sollte“, — „doch alles provisionaliter, bis künftig eine gewisse Ordnung verfertigt wird“. Diese versprochene Ordnung erschien denn auch am 1. Febr. 1632 ²³⁾. Falls sich nun ein Widerspruch zwischen der Ordinance von 1630 und der von 1632 finden sollte, wie ihn v. Bock „im Princip“ dieser beiden Ordnungen zu finden und durch verschiedene Hypothesen zu erklären sucht, so muß einfach jede Bestimmung des Gesetzes von 1630, welche sich nicht mit der Landger.=Ordn. von 1632 vereinigen läßt, nach § 1 der Ordinance von 1630 als derogirt betrachtet werden. Ein derartiger Widerspruch existirt aber gar nicht. Bei unparteiischer Betrachtung stellt sich vielmehr das Verhältniß jener Verordnungen zu einander gerade so heraus, wie die schwed. Regierung es beabsichtigte: das vorläufige und deshalb unbestimmter gefaßte Gesetz bereitet das nach 20 Monaten erfolgende ausführlichere und präcisere (trotzdem aber noch immer recht unvollständige) Gesetzeswerk vor.

In der Land=Ger.=Ordnanz von 1630 handeln nur die §§ VIII und XIV von Criminalsachen. Ueber die Form des Processes ist eigentlich nichts gesagt. Denn daß aus dem Ausdruck, der Landrichter solle die Criminalsachen vor sich „venti-

21) l. c. pag. 61.

22) Buddbr. l. c. Bd. II pag. 13 ff.

23) Buddbr. l. c. pag. 95. Die sog. verbesserte Landgerichtsordinanz.

liren lassen“, nicht auf eine unbedingt vorgeschriebene Durchführung des Anklageprocesses ²⁴⁾ geschlossen werden kann, geht schon aus der ganzen flüchtigen, „unfertigen“ Form ²⁵⁾ dieses Gesetzes hervor und wird zur Gewißheit, wenn man die ungenaue Ausdrucksweise jenes Jahrhunderts berücksichtigt, von der auch v. Boß zugesteht, daß sie zuweilen die Bezeichnungen Klage und Inquisition als synonym gebrauche. Außer jenem Ausdruck „ventiliren lassen“, findet sich aber absolut kein Anhaltspunkt für die Hypothese, als ob die Landgerichtsordnung ausschließlich den Anklageproceß habe einführen wollen. Der § VIII berührt diese Frage nicht weiter und der Schluß desselben ²⁶⁾ könnte eher für eine Zulassung inquisitorischen Verfahrens zeugen. Jedoch ist diese Stelle zu unbestimmt, um beweiskräftig zu sein. Sie ist der schwedischen Gerichtsordinanz von 1614 (§ 14) entlehnt und bezieht sich wohl weniger auf die Form des Processes, als auf das privilegierte forum der Edelleute. — Der ferner noch zu betrachtende § XIV bestimmt nichts über die Form des Processes, sondern setzt nur fest, daß gewisse Criminalsachen der Reuteration unterliegen. — In der Landgerichts-Ordnung von 1630 ist also nichts über die Form des Verfahrens bestimmt, sondern Alles dem Gerichtsgebrauch überlassen, natürlich „provisionaliter“ bis zum Erscheinen der „künftigen Ordnung.“ In dieser Ordnung vom Jahre 1632 beziehen sich die Artikel XXIV bis XXX auf den Criminalproceß. Der Art. XXV ist der einzige, welcher vom Anklageproceß handelt. Die hier gebrauchten Bezeichnungen: „gebührlische Citation“,

24) W. v. Boß l. c. pag. 9 not. 2.

25) cf. v. Bunge l. c. pag. 181.

26) „Sollte aber ein Edelmann pecciren und auf frischer That begriffen werden, so soll allda und in welchem Kreysse Er das crimen begangen, Er apprehendiret, in Verhör genommen und wie die Sache bewandt befunden, auch gestalt die Verbrechen gewandt, der Delinquent zugleich neben dem Protokoll davon in das Rügische Gubernament geschickt werden.“ Budd b. l. c. pag. 17.

„Klage und Antwort“, „geführter Schein und Beweis“ zwischen Klägern und Beklagten, deuten direct auf das accusatorische Verfahren hin und zwar zunächst auf den Privatanklageproceß, da eines Fiscals an dieser Stelle keine Erwähnung geschieht. Dieses Anklageverfahren soll stattfinden in allen Criminalsachen Ueblicher, mit alleiniger Ausnahme der im Art. XXIV genannten „hochpönlischen Laster“²⁷⁾. — Wie aber der Proceß zu führen sei gegen nichtadelige Verbrecher, oder (ohne Unterschied des Standes) wenn die erwähnten hochpönlischen Verbrechen in Frage kommen, ist in den hierher gehörigen Artikeln XXIV, XXVIII u. XXX mit keinem, einigermaßen Beweis liefernden Worte festgesetzt. — Aus der Nichterwähnung der Proceßform in diesen Fällen schließen nun v. Voß und v. Bunge²⁸⁾ übereinstimmend, daß in denselben der Inquisitionsproceß stattgefunden habe. Ungezwungener und genauer ist es dahin zu interpretiren, daß in allen Fällen, wo nicht ausdrücklich accusatorischer Proceß gesetzlich bestimmt ist, sowohl Anklage- als Untersuchungsproceß zulässig gewesen sei. — Es ist allerdings unzweifelhaft, daß der Untersuchungsproceß schon früh in Livland Eingang gefunden hat; besonders eingeschränkt wurde er, wie wir sahen, durch die Ordinanz von 1630 und 32 nicht, er mußte sich also weiter entwickelt haben. Jedoch ist auch anzunehmen, daß der Anklageproceß (und zwar sowohl die Privatanklage, als das fiscalische Verfahren) nur allmählig das Feld räumten. Diese Annahme würde auch dem Entwicklungsgange entsprechen, welchen der Criminalproceß im gemeinen Recht genommen hat, wo der Inquisitionsproceß Jahrhunderte brauchte, um sich allein des Strafverfahrens zu bemächtigen²⁹⁾. Lange bestanden in Deutschland die verschiedenen Criminalproceßformen

27) Blutschande in den näheren Graden, Sodomie, Nothzucht, Kindermord, vorsätzliche Tödtung.

28) cf. v. Bunge l. c. pag. 174 u. 175.

29) cf. Zachariae l. c. § 26.

nebeneinander ³⁰⁾ und für Livland speciell läßt sich dieses gleichberechtigte Nebeneinanderbestehn aus dem § VII der Landger.Ord. von 1632 beweisen, welcher zum Schluß Privatanklagen, fiskalische Action und Inquisition neben einander auführt ³¹⁾, ohne irgendwie festzusetzen, daß eine Grenze für die Anwendung des einen oder anderen Verfahrens bestehn solle. — Somit war nach den beiden Landgerichtsordinanzen gesetzlich festgestellt, daß der Accusationsproceß nur bei Verbrechen Adeltiger (und auch hier mit Ausnahme der schwersten Verbrechen) in Anwendung kommen mußte, während im Uebrigen überall accusatorisches und inquisitorisches Verfahren gleichmäßig zulässig war. — Die übrigen Artikel der Landger.Ord. von 1632 beziehen sich nicht auf die hier allein zu betrachtende Form des Strafverfahrens und, was die „königliche Hofgerichtsordnung für Livland“ vom 6. Sept. 1630 ³²⁾ anbetrifft, so ist sie dem „Gerichtsproceß“ von 1615 ³³⁾ entlehnt, und enthält wie dieser, fast nur civilprocessualische Bestimmungen, jedenfalls aber nichts auf die augenblicklich vorliegende Frage Bezügliches.

Im Jahre 1669 erließ Hedwig Eleonore am 10. Juli die Verordnung ³⁴⁾, durch welche „das Executionsverfahren im Reiche geregelt“ werden sollte. W. v. Bock ³⁵⁾ sucht nun aus dem § XXVI dieser Verordnung nachzuweisen, daß die schwedische Regierung fortan den reinen Anklageproceß (durch den im Namen des Staates Klagenden Fiscal), mit Ausschließung jeder bisher üblichen Art inquisitorischen Verfahrens, habe einführen

30) cf. Meister: Ausführliche Abhandlung des peinlichen Processes, 1766, pag. 204.

31) „Auff ordentliche Klage, oder des Landfiscalis Anhalten, oder auch ex officio gestraffet.“ Buddb. I. c. pag. 97.

32) Buddb. I. c. pag. 27 ff.

33) Anhang zum 22. pag. 31 ff.

34) Buddb. I. c. pag. 467 ff.

35) I. c. pag. 61 ff.

wollen. Wir brauchen hier nur hinzuweisen auf die unbestreitbar richtige Darlegung v. Bunge's³⁶⁾, aus welcher sich ergibt, daß in der Executionsverordnung von 1669 nur vom Verfahren gegen diejenigen, „welche königliche Verordnungen und Stadgen übertreten“³⁷⁾ die Rede ist, also gar nicht von eigentlichen Criminalverbrechern. Die besagte Verordnung spricht nur von der Thätigkeit der FISCAL in einzelnen Fällen von Amtsvergehen und Verfehlungen gegen einige Verordnungen „meist polizeilichen Inhalts“. Dieselbe Classe von Vergehen wird auch in der Instruction für die Kreisfiscal³⁸⁾ abgesondert behandelt, denn daselbst wird dem § VI, nach welchem der FISCAL diejenigen anzuklagen hat, welche „die Polizei und Landesordnungen nicht in guter Observanz halten“, der § VII entgegengesetzt, der von „Blutschulden“ und andern „Sünden“ spricht. — Als überzeugendes Moment dafür, daß die Executionsverordnung von 1669 nicht den ganzen, bis dahin gesetzlichen und in der Pragis gültigen Rechtszustand habe ändern wollen — und das hätte sie thun müssen, wenn die v. Brätsche Annahme richtig wäre, daß von nun an ausschließlich Staatsanklageproceß gelten sollte — sei hier nur der § 1 des fraglichen Gesetzes angeführt³⁹⁾. Er verweist ausdrücklich auf den Land- und

36) l. c. pag. 173.

37) Dieser technische Ausdruck wird bestätigt durch die Laneger.-Ordinanz von 1632 Art. VII, wo, wenn auch in Concurrenz mit Privatanklage und Inquisitionsproceß, die fiscalische Thätigkeit angeordnet wird.

38) Hndb. l. c. pag. 811.

39) „Demnach in des Reiches Schweden Land- und Stadt-Rechten, sonderlich aber in denen Titeln von Gerichtssachen und Rathhausachen, wie auch in der Gerichts-Ordinanz und Gerichtsproceß ein Vieles wegen Vollbringung der Urtheile, Bewerfstellung der Execution . . . ausführlich enthalten ist, so wollen Wir dasselbe auch nicht allein im geringsten nicht abgeschafft wissen, sondern gebiethen vielmehr unsern Befehlshabern, daß sie sich dessen im genauesten erkundigen und in allen Stücken ihnen zur Richtschnur dienen lassen, massen hierbei zu wissen, daß solches alles in gegenwärtiger Verordnung meistens ausgelassen, aus den vorgedach-

Stadttag, sowie die Gerichtsordnung von 1614 und den Proceß von 1615, welche in allen Stücken dem Richter als Richtschnur dienen sollen. Diese Gesetze aber und die ihnen zum großen Theil entlehnten Landger.=Ordnungen von 1630 und 32, sowie die Hofgerichtsordnung von 1630 gestatten, wie wir sahen, theilweise ausdrücklich den Inquisitionsproceß. Ein Gesetz aber, das dem Richter vorschriebe, sich „in allen Stücken“ nach jenen Ordnungen zu richten und einige Artikel später für das Verfahren das stricte Gegentheilsbestimmte, wäre unmöglich.

Somit ergibt sich aus der vorstehenden Untersuchung das der v. Boß'schen Ansicht strict entgegengesetzte „legal=theoretische Resultat“: in Livland galt der Accusationsproceß nur für Edelleute ⁴⁰⁾ und, wie es scheint, ⁴¹⁾ in einigen speciell angegebenen Fällen von Amtsvergehungen und Polizeiübertretungen; im Uebrigen waren durchgängig Anklage= und Inquisitionsproceß gleichmäßig gestattet.

Mit der Executionsverordnung von 1669 schließt die Proceßgesetzgebung Schwedens, so weit sie sich auf Livland direct bezieht. — Wir haben jetzt noch ein schwedisches Singulargesetz, die „Kriegesartikel“ ⁴²⁾ vom Jahre 1683, zu besprechen. Obgleich sich dasselbe nur auf den Proceß vor den Kriegsgewichten bezieht, mußte es doch selbstverständlich in einer Zeit, wo die Proceßgesetzgebung so überaus dürftig war, als einziges einigermaßen systematisches Gesetz auch bei den übrigen Gerichten eine gewisse Autorität erlangen und in der That fin-

ten Gesetzen aber, wohin sie verwiesen werden, gesucht werden müsse.“ (§ 1 der Executionsverord. von 1669. Buddb. I. c. pag. 468.)

40) Mit Ausnahme der oben pag. 41 aufgeführten Fälle.

41) Das Nähere cf. unten bei Gelegenheit der Besprechung der Kreisfiscalsinstruction.

42) Sie werden schon im Art. 14 der Gerichtsordnung von 1614 erwähnt. Wann sie erschienen sind, vermag ich nicht anzugeben, da sie mir nur in der „erneuerten“ Gestalt vorgelegen haben, wie sie im Jahre 1686 „mit dazu gehörigen Placaten und Stadgen“ herausgegeben worden sind.

den wir die Kriegsartikel nicht nur häufig in den Noten zum Landtag citirt, sondern auch in den Criminalacten der livl. Landgerichte jener Zeit oft directe Bezugnahmen darauf. — Der § 1 der „Reguln den gerichtlichen Proceß, die Untersuchung und das Urtheil betreffend“⁴³⁾ beginnt mit den Worten: „Gleichwie in denen Criminalsachen, welche bei dem Kriegswesen mehrentheils vorkommen, auff zweierlei Weise procedirt und gehandelt wird, entweder mittelst des Klägers oder dessen Anklage, welchem die Sache angehet; oder auch durch gerichtliche Nachfrage und Untersuchung desjenigen, deme die Verwaltung der Justiz anvertraut ist und welchem von Amptswegen obliegt nach den Gesetzen und gerichtlichen Statuten alle Mißhandlungen zu erforschen, zu richten und die Straffe darnach ergehn zu lassen; also ist zu wissen“ ic. Offenbar ist hier dem Privatanklageproceß (auf Klage dessen, „deme die Sache angehet“ d. h. des Verletzten) ein Officialverfahren entgegensezt. Welcher Art war nun dieses Officialverfahren? — Bei flüchtiger Durchsicht obiger Stelle scheint es zuerst, als sei damit nur ein Proceß durch einen bestimmten fiscalischen Beamten gemeint. Doch sehen wir genauer zu. Die §§ 2—20 geben uns eine Schilderung des Privatanklageprocesses, bei welchem mit Ausschließung der Tortur der Reinigungseid üblich war. Der § 21 aber lautet: „Was nun gesagter Maßen von denen Sachen bereits gemeldet worden, welche von gewissen Klägern oder denjenigen, welchen die Sache angehet, für dem Richter und dem Gerichte angegeben werden, dasselbe muß und kann auch in solchen Fürsällen verstanden werden, wann der Richter Amptes halber und auff vorher ergangene sichere Gründe oder auch wahrscheinliche Praesumptiones und Muthmaßungen (wann die Sache so beschaffen) einen Mißethäter entweder greiffen oder sonst für Gerichte angeben läffet,“ ic. — Hier ist nun

43) Kriegsartikel von 1683 pag. 123 ff.

jenes Officialverfahren, welches der § 1 der Privatanklage entgegensetzt, näher ausgeführt und stellt sich als ein zweifaches dar:

1. „Wenn der Richter“ — „einen greiffen“ — „läßt“. Hierunter kann wohl unzweifelhaft nur der reine Inquisitionsproceß verstanden werden. Und

2. wenn der Richter den „Missethäter“ — „sonst für Gerichte angeben läßt“. Dieser etwas allgemeine Satz wird im weiteren Verlauf unseres Paragraphen folgendergestalt ausgeführt: „so daß bei dergleichen Inquisition und Untersuchung“ — „und wann ein vom Richter verordneter Ankläger die Sache führet“ u. Es ergibt sich also, daß unter der zweiten Art des Officialverfahrens, wo der Richter den Missethäter „sonst noch für Gerichte angeben läßt“, ein Proceß mit fiscalischer Thätigkeit gemeint ist ⁴⁴).

Diese Interpretation, so ungezwungen sie auch erscheint, wird aber scheinbar wieder stark erschüttert durch den Schluß des § 21, welcher lautet: „so daß bey dergleichen Inquisition und Untersuchung und wann ein vom Richter verordneter Ankläger die Sache führet, selbige Methode und Ordnung sowohl im Reden, Antworten, Führung des Beweises, Leistung des Eydes, als was sonst von dergleichen mehr berühret ist“ (scilicet in den vorgehenden §§ 2—20 bei Schilderung des Privatanklageproceßes) „gebrauchet und beobachtet werden könne.“ — Hiernach soll also überall dasselbe Verfahren, das Anklageverfahren stattfinden, selbst wenn der Richter „Amptes halber“

44) Die Richtigkeit der hier gemachten Scheidung ergibt sich auch unzweifelhaft aus L. L. pag. 348 Not. e, (welche Gesetzesstelle somit auch strict für die Geltung des Inquisitionsproceßes spricht). Es heißt dort nämlich: „wenn der Richter oder etwa eine andere publique Person Amtes wegen eine Inquisition oder (sic) Klage anstellt, so kann dawider keine Reconvention zugelassen werden.“ Also wird mit klaren Worten gesagt, daß unter Verfahren von „Amtswegen“ einerseits Inquisitionsproceß und andererseits fiscalischer Proceß zu verstehen ist. Vgl. auch L. L. pag. 344 Not. a.

durch „Inquisition“ verfährt. Man fühlt sich wohl versucht dieser Stelle das Widerspruchsvolle, das ihr auf den ersten Blick anhaftet, dadurch zu nehmen, daß man folgendermaßen interpretirt: Inquisition ist ein unpräciser Ausdruck für Verfahren von Amtswegen im Allgemeinen; soll ein Verfahren von Amtswegen aber (wie hier vorgeschrieben) nach den Regeln des Anklageprocesses geführt werden, so kann darunter nur ein Proceß auf fiscalische Action hin verstanden werden. Also: die Kriegsartikel setzen dem Privatanklageproceß den Staatsanklageproceß, mit Ausschließung des Untersuchungsverfahrens, entgegen. Trotzdem müssen wir aber bei der ersten von uns gegebenen Interpretation verbleiben. Sie hat nicht nur den Vorzug, daß sie sich enger an die Worte des § 21 anschließt, sondern läßt sich auch sonst vertheidigen. Wenn nämlich jene Gesetzesstelle sagt, das Officialverfahren richte sich im Allgemeinen nach den Grundsätzen des Privatanklageprocesses, so ist dies deshalb richtig, weil in den Militairprocessen die Klage von Amtswegen des dazu eingesetzten Beamten der häufigste Fall eines Verfahrens *ex officio* war⁴⁵). Aber selbst den wirklichen Inquisitionsproceß konnte ein nicht allzusehrpulsloser Gesetzgeber sehr gut am Schlusse des beregten Paragraphen im Auge gehabt haben, denn auch im Inquisitionsproceß kann man das, was „mehr berühret ist“ (vergl. oben) „gebrauchen und beobachten“. Da nämlich jene §§ 2—20 hauptsächlich den Reinigungseid behandeln, so ist mit dieser Stelle eigentlich nicht viel mehr gesagt, als daß im Inquisitionsproceß wie im Privatanklageproceß die Folter verboten sei und der Reinigungseid angewandt werden müsse. Ja, wenn man nur etwas weniger streng interpretiren wollte, so könnte man hier

45) Aus den verschiedenen als Anhang zu den Kriegsartikeln abgedruckten Verordnungen ersehen wir, daß eine große Anzahl militairischer Beamten zur Anzeige und Anklage von Verbrechen berechtigt und verpflichtet war, so z. B. „der Regimentsgewaltiger“, „der Generalprofoß“ u. c.

darauf hinweisen, daß in jenen Zeiten, wie aus den Criminalproceßacten ersichtlich, oft recht bedeutende Verwechslungen zwischen Denunciation und Klage vorkamen und also der § 4 der hier in Rede stehenden Verordnung, welcher den „falschen Ankläger“ mit Strafe bedroht, sehr wohl auch auf den gewissenlosen Denuncianten im Inquisitionsproceß analoge Anwendung finden konnte⁴⁶⁾. Es wäre dies die directe Annäherung zwischen einem mündlichen Anklageproceß und einem noch formlosen inquisitorischen Verfahren mit vorausgehender gerichtlicher Denunciation, die wir (so paradox es auch klingen mag) oft in den Acten und Protokollen aus der schwedischen Periode beobachten können.

In den Kriegsartikeln ist also im Wesentlichen dieselbe Bestimmung enthalten, wie in den livl. Landgerichtsordnungen, d. h. neben dem Privatanklageproceß war das Verfahren durch den Fiscal sowohl, als auch der Inquisitionsproceß gestattet.

Um des Zusammenhanges willen sei es gestattet hier vorgehend einige Beweisdocumente aus der Praxis aufzuführen. — Der § 1 der von uns soeben besprochenen Verordnung über den Proceß erklärt ausdrücklich⁴⁷⁾, daß in den nachfolgenden Bestimmungen nichts Neues geboten, sondern der bestehende Rechtszustand geschildert werden soll. Wir können uns also sehr wohl zur Erklärung der 1683 „erneuerten“

46) Hervorgehoben werden muß hier noch der § 8 unseres Gesetzes, in welchem allerdings vom „Beklagten“ gesprochen wird, jedoch mit dem Hinzufügen, daß er in einen „gemeinen Ruff und Gerücht verfallen ist, so sich auf wahrscheinenden Raisons gründet“ und schließt die Stelle mit den Worten: „alsdann liegt dem Beklagten ob sich davon zu purgiren und frey zu machen.“ Der § 9 verpflichtet ihn, falls er nicht sonst sich reinigen kann, zum Eide. Hier kann man wohl eher an ein inquisitorisches Verfahren auf mala fama, wie es die Kirche des Mittelalters aufbrachte, als an einen regulären Privatanklageproceß denken.

47) „Gleichwie in denen Criminalsachen, welche bei dem Kriegs-Wesen mehrentheils vorkommen, auff zweierlei Weise procediret und gehandelt wird“ ic. (nicht etwa „gehandelt werden soll.“)

Kriegsartikel auf ältere Actenstücke berufen, welche die Praxis, wie sie in den Kriegsartikeln dargelegt sein soll, charakterisiren. — Im Hofgerichtsarchiv findet sich unter der Ueberschrift „Acta criminalia Militaria“ ein Actenconvolut aus dem Jahre 1654 und aus demselben geht unbedingt hervor, daß die gegebene Interpretation: die Kriegsartikel gestatten Privatanklage, fiscalischen und Inquisitionsproceß, richtig ist. — Die Prozesse die in jenen Acten vorkommen, betreffen die verschiedensten Verbrechen. Wir finden Privatanklage. In den meisten Fällen tritt jedoch der Regimentsgewaltiger oder der Generalproceß klagend vor Gericht auf. Aber auch ohne weitere Motivirung von Amtswegen angestellte Inquisitionsproceße kommen vor. Am 12. Octbr. wird ein gewisser J. M. „auf den vom Consistorio eingekommenen remiss vorgefordert und befraget“, die Zeugen werden selbstständig vom Gericht citirt. Noch klarer beweist eine Criminalsache vom 22. Febr. Hier „wird ein Weib fürgefördert und inquirirt, weil ihr Mann (Soldat) sie hat erwürgen wollen“. Von einem Kläger ist durchaus keine Spur und besonders macht das Weib seine Aussagen gar nicht freiwillig, sondern nur auf Befragen des Gerichts. Im weiteren Verlauf der Sache wird der Mann und schließlich werden auch die Zeugen vom Gericht vorgefordert, befragt und das Urtheil erfolgt ohne jegliche Mitwirkung eines Dritten (Klägers oder Fiscals).

Die Wichtigkeit der in Beziehung auf die schwedische Gesetzgebung gezogenen Schlüsse, von den Kriegsartikeln abgesehen, an der Praxis zu prüfen, bleibt dem folgenden Abschnitte (II.) vorbehalten, hier sei nur noch auf einige Momente hingewiesen, welche das Gedeihen des Inquisitionsprocesses, nachdem er sich einmal eingebürgert hatte, entschieden begünstigen mußten. Nach der älteren Theorie der Criminalproceßualisten ⁴⁸⁾

48) Vergl. Carpzow pract. rer. crim. P. III qu. 107.

wurde nämlich der Untersuchungsproceß als der summarische Proceß gegenüber dem Anklageproceß, als dem förmlichen, feierlichen Verfahren bezeichnet⁴⁹⁾. In der schwedischen Zeit war das Verfahren bei den Ober- und Untergerichten Livlands ein verschiedenes⁵⁰⁾ und zwar sollten die Landgerichte sich des „summarischen Verfahrens“ bedienen, gemäß dem § 15 der Landger.-Ordn. v. 1632. Wenngleich sich dies nach der Absicht des Gesetzgebers zunächst nur auf Civilsachen beziehen sollte, so ist doch jedenfalls sehr wahrscheinlich, daß in jener, an criminalproceßualischen Gesetzen nicht gerade reichen Zeit, die erwähnte Theorie über die Bezeichnung „summarisch“ auch in Betreff des Strafverfahrens geltend gemacht wurde. — Aber solcher Combinationen bedarf es nicht, um das Ueberhandnehmen des Inquisitionsproceßes zu erklären. Wir können mit F. C. Fleischer⁵¹⁾ mutatis mutandis sagen: „daß man in Livland (Deutschland) von dem Accusationsproceß nichts mehr hört, dazu hat am allermeisten die peinliche Halsgerichtsordnung beigetragen.“ Es ist allerdings unmöglich mit G. v. Tiesenhausen⁵²⁾ die C. C. C. schlechthin als die Hauptquelle des livländischen Criminalproceßes schwedischer Zeit aufzuführen. (Die Carolina läßt bekannt-

49) Anders unterscheidet Quistorp (Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, 1794, pag. 931) beim Inquisitionsproceß selbst zwischen dem summarischen peinlichen Proceß, einem beschleunigten, abgetürzten Inquisitionsverfahren und dem ordentlichen peinlichen Proceß, in welchem umständliche Untersuchung der Sache, eidliches Verhör der Zeugen u. stattfand, so daß also sowohl summarischer, als ordentlicher peinlicher Proceß ein inquisitorisches Verfahren bedeuten. — Diese Unterscheidung ist (wie sich aus den Acten ergibt) während der zweiten Hälfte der schwed. Periode in Livland gebräuchlich.

50) cf. Schmidt in dieser Zeitschrift Bd. I, pag. 25 u. 31 ff.

51) v. Voß l. c. pag. 77. Anm. 45.

52) „Beitrag zur Kenntniß des strafrechtlichen Zustandes Livlands am Ende der schwedischen Periode“, in den „Mittheilungen“ u. der Gesellschaft für Geschichte und Alterthumskunde der russischen Ostseeprovinzen Bd. II, 1842, pag. 44—78. Vergl. hier besonders pag. 47.

lich dem Inquisitions- wie dem Accusationsproceß gleichmäßigen Spielraum.) Daß die Praxis aber schon durch die Reception der Folter (in der Landgerichtsordnung von 1632), welche in der C. C. C. sanctionirt wird, auf das in Deutschland geltende Recht und seinen grausamen Inquisitionsproceß verwiesen wurde und ihr Recht des subsidiären Gebrauchs des gemeinen Rechts immer mehr benutzte, ist einleuchtend. Die schwedische Gesetzgebung hat übrigens selbst die C. C. C. als Quelle des Criminalprocesses in Livland ausdrücklich bestätigt. In „des livl. Hofgerichts gelbem Buch, enthaltend königliche Briefe de annis 1621—1673, Originalia,“ findet sich nämlich sub № 38⁵³⁾ ein für das öfelsche „Oberlandgericht“⁵⁴⁾ bestimmtes „Project der Landgerichts-Ordnung, wie sie auf Sr. gräßlichen Excellence gnädige Resolution von den Herrn Landrätthen ist beliebet worden“ und hier heißt es im Art. 14 am Anfang: „in hochpeinlichen⁵⁵⁾ Sachen soll wie vorhin vermöge Caroli V Halsgerichtsordnung verfahren — werden.“ Daß die C. C. C. aber, wenn sie in „hochpeinlichen Sachen“ die einzige Richtschnur für den Criminalproceß war, auch sonst die Praxis stark beeinflussen mußte, ist angesichts dieser dürftigen Gesetzgebung selbstverständlich. Diese Gerichtsordnung vom 13. Juli 1650 ist, wie eine am Schlusse des Originals befindliche Notiz bezeugt, „auf Anhalten der Herren Deputirten von Ihrer Königlichen Majestät im Reiche approbiret und confirmiret worden.“ Mag sie nun auch nicht zur Ausführung gekommen sein⁵⁶⁾, bestätigt wurde sie jedenfalls. Es wurde urkundlich festgestellt, daß schon „vorhin“, d. h. vor 1650

53) Uebereinstimmend mit „des livl. Hofgerichts braunem Buch“, Ab. I, pag. 80.

54) Diesen Namen trug bis 1695 die öfelsche Gerichtsbehörde erster Instanz, welche dem livl. Hofgericht untergeordnet war.

55) cf. Landgerichtsordnung von 1632 Art. 24.

56) cf. Tiefenhausen l. c. pag. 45.

die C. C. C. in Dessel in Gebrauch war und die Regierung Schwedens sanctionirte dies. Wenn aber demgemäß in Dessel die Halsgerichtsordnung eine solch' große Bedeutung hatte, so müssen wir entschieden eine ganz analoge Entwicklung der Praxis in Livland annehmen, — umsomehr, als das öfselfche Oberlandgericht eine Unterbehörde des livl. Hofgerichts war.

2. Das schwedisch-livländische Fiscalat mit Berücksichtigung der verwandten Institute in Deutschland. ⁵⁷⁾

Das Fiscalat ist ein rein deutschrechtliches Institut. Die ersten Anfänge desselben, die Klagen von Amtswegen, entwickeln sich in den Reichen, die auf den Trümmern Roms entstanden. Das Königthum, das so vielfach zur Scheidung der Begriffe des Privat- und öffentlichen Interesses beitrug, begünstigte großen Theils wohl aus Rücksicht auf den pecuniären Vortheil des Fiscus ein derartiges Officialverfahren. Wilda ⁵⁸⁾ führt aus dem Rechtsbuch des Königs Erich zwei Bestimmungen auf, nach welchen der Amtmann des Königs den Mißethäter anklagen konnte, wenn der sonst dazu Berechtigte außer Stande war und wenn er die Sache nicht verfolgen wollte, d. h. sich entweder zum Schaden des Königs verglich oder zur Selbsthilfe schritt oder aber aus Furcht vor dem mächtigeren Gegner zurücktrat. Neben der Privatanklage — bekanntlich ein Recht des Verletzten und seiner Verwandten — war also auch die öffentliche peinliche Anklage dem ältesten germanischen Recht nicht fremd. Daß die Entstehung dieser Klage zum großen Theil, wenn nicht ausschließlich, durch die

57) Vgl. besonders: H. Drlloff „die öffentliche Anklage in Deutschland mit besonderer Berücksichtigung des Fiscalats“ in der „Zeitschrift für Deutsches Recht“ u. von Beseler, Wilda und Meyßner Bb. XVI pag. 254 bis 316 und 376—410, sowie: Chr. Fr. Georg Meisters „Ausführliche Abhandlung des peinlichen Processes“, 1766. Th. I pag. 178 ff.

58) Strafrecht der Germanen, 1842 pag. 220.

Rücksicht auf das Geldinteresse des Fiscus bedingt war, geht aus verschiedenen bei Wilsa l. c. abgedruckten Gesetzstellen hervor. Wir begegnen dort häufig den Ausdrücken „des Königs Recht“, „des Königs Rechtsanspruch“, des Königs „Recht auf Buße“, „des Königs Recht bezahlen“ u. Einzelne Erscheinungen die uns zu weit führen würden übergehen wir.⁵⁹⁾ — Die Klage von Amtswegen mußte sich, bevor die Einwirkung des Inquisitionsprincips sich direct äußerte, schon deshalb weiter entwickeln, weil man die Geltung des Sazes: „wo kein Kläger, da ist auch kein Richter“ mit dem öffentlichen Interesse in Einklang zu bringen suchte. Wir finden denn auch in Deutschland recht viele Hinweise auf die Zulässigkeit einer solchen Klage, die zugleich den Zweck hatte dem Gericht die ihm zukommenden Geldvorthelle nicht entgehen zu lassen.⁶⁰⁾ Im 14. und 15. Jahrhundert bestanden bereits verschiedene Einrichtungen, welche darauf zielten, ohne den Privatanklageproceß abzuschaffen, subsidiär (im Fall eines mangelnden Klägers) die Bestrafung der Verbrecher durch eine Klage von Amtswegen herbeizuführen. Hierher gehören z. B.: der „Bauermeister“, die sog. „Heimbürgen“, der „Vogt“. Letzterer findet sich besonders im bremischen Stadtrecht, wo es ihm schon seit dem 13. Jahrhundert zustand die Anklage eines zurückgetretenen Privatanklägers, wenn das Verbrechen ein handhaftes war, fortzusetzen.⁶¹⁾ Zu durchgreifender Bedeutung kam diese öffentliche Anklage aber erst gegen Ende des 15. und 16. Jahrhunderts, wo sie im Fiscalat eine festere Gestalt an-

59) Ueber die *missi dominici*, *ballivi*, *seneschalli* unter den Karolingern, die *advocati de parte publica* in den den longobardischen Gesetzen beigefügten Formeln vgl. Orloff l. c. pag. 269—272.

60) cf. Zacharia l. c. pag. 135 und Wiener l. c. pag. 141.

61) Näheres hierüber, sowie ausführliche Nachweise aus alten Particular-Rechten giebt besonders v. Maurer „Geschichte der altgermanischen Gerichtsverfassung“, 1824, pag. 151 ff.

nahm. — Ortloff⁶²⁾ sucht das Fiscalat auf die römischrechtlichen Grundsätze über den *advocatus fisci* und *procurator fisci* zurückzuführen und ist der Ansicht, das Fiscalat habe sich nach Roms Untergang in verschiedenen romanischen Ländern erhalten, sei von dort, zugleich mit der Reception des römischen Rechts, nach Deutschland hinübergenommen worden und habe daselbst einen bequemen Anschluß in der schon theilweise entwickelten Anklage von Amtswegen gefunden. Der Widerspruch Ortloffs gegen Meister⁶³⁾, der in dem Fiscalat eine germanische Einrichtung sieht, ist jedenfalls unbegründet. Meister nämlich theilt die von ihm sehr ausführlich behandelten FISCALen in „allgemeine“ und „besondere“. Zu den „besonderen FISCALen“ rechnet er wieder die in einzelnen Territorien vorhandenen „peinlichen FISCALen“ und von diesen allein behauptet er, sie seien germanischen Ursprungs. Daß dies unzweifelhaft richtig ist, geht schon aus dem oben Angeführten hervor und wird auch von Ortloff implicite zugestanden. Ortloff hat dagegen das ganze organisirte Institut des Fiscalats vor Augen und berücksichtigt die beiden charakteristischen, durchaus nicht immer zugleich vorhandenen Functionen desselben: die Vertretung des FISCUS und die Erhebung der Criminalklage. Aber auch dieses entwickelte Fiscalat muß wohl richtiger auf germanisches Recht zurückgeführt werden. Wie die Klage von Amtswegen, so finden wir auch die Vertretung des FISCUS schon früh bei deutschen Stämmen besonderen Beamten anvertraut. Eine Vereinigung dieser beiden Aufgaben liegt offenbar schon gleich anfangs darin, daß der klagende Beamte des Königs im öffentlichen Interesse, zugleich aber auch durch Eintreibung der dem König zukommenden Buße, im Namen des FISCUS handelte. Wenn Ortloff sagt, man habe bei der Reception des Fiscalats in Deutschland darin ei-

62) l. c. pag. 291.

63) l. c. pag. 201—203.

nen passenden Ausdruck für eine „jedenfalls auch germanische Idee“ gefunden, so ist das wohl nur ein Zugeständniß für die hier vertretene Ansicht. Wir haben demnach im Fiscalat eine Einrichtung durchaus germanischen Ursprungs, die sich langsam und aus geringen Anfängen entwickelte und von dem römischen Recht nur den Namen und vielleicht einige formelle Momente entlehnte: „Inquisitores hi hodie Fiscales nominari coeperunt.“⁶⁴⁾ — Neue Autorität bekam das Institut allerdings dadurch, daß sich in dem widerspruchlos angenommenen römischen Recht eine ähnliche, aber auch nur ähnliche Einrichtung vorfand, denn die Verschiedenheit zwischen römischem und deutschem Fiscalat läßt sich leicht verfolgen. In Rom war der procurator fisci oder Caesaris wohl nur ein Cassenbeamter, während dem von Hadrian eingesetzten advocatus fisci die öffentliche Anklagepflicht oblag und letzteres Amt eingerichtet wurde, um dem argen Denunciations- und Anklagewesen zu steuern, mehr aber noch um der Habsucht der Kaiser, denen die confiscirten Güter zu Gute kamen, zu genügen.⁶⁵⁾ Der Angelpunkt des römisch-rechtlichen Instituts war somit die Vertretung des fiscalischen Interesses. Das deutsche Fiscalat dagegen gestaltete sich fester zu einer Zeit, wo der Kampf zwischen Anklage- und Inquisitionsprincip in vollster Blüthe stand. Hier tritt die processualische Seite unbedingt in den Vordergrund, denn das Fiscalat entstand ja hauptsächlich in der Absicht, gegenüber dem siegenden Inquisitionsprincip wenigstens die Form des Anklageprocesses zu retten. — Wir haben es also hier mit einem deutschen Rechtsinstitut zu thun, welches sich jedoch im Mittelalter so schwankend und unbestimmt entwickelte,⁶⁶⁾ daß „nach der Mei-

64) So schließt Stiernhöök de Jure Sveonum et Gothorum vetusto, Holmiae 1672, pag. 68, eine kurze Darstellung des schwedischen Fiscalats, das sich durchaus selbstständig entwickelte.

65) cf. darüber Meister und Ortloff l. c.

66) Die fiscalischen Beamten Roms dagegen hatten ganz präcis begrenzte Amtsbefugnisse.

nung verschiedener Rechtsgelehrten keine Beschreibung gegeben werden kann, die sich auf alle (sc. Fiscale) schidet, . . . die Ursache davon soll in der Verschiedenheit des Amtes, so ihnen unter diesem Charakter anvertraut ist, liegen“⁶⁷⁾. — Die im Mittelalter in Deutschland auftretenden Fiscale kann man in kaiserliche und reichsständische eintheilen. Die ersteren (der Kammergerichts-, Reichskammergerichtsfiscal) waren beim Reichskammergericht und beim Reichshofrath angestellt und hatten dafelbst neben der Vertretung der kaiserlichen Interessen unter Umständen die Verpflichtung zur peinlichen Anklage.⁶⁸⁾ Die reichsständischen Fiscale zerfallen wieder in die allgemeinen und die besonderen. Erstere, die Generalfiscale, sind diejenigen, welchen die Besorgung aller fiscalischen Sachen und Klagen in ihrem ganzen Umfang aufgetragen ist. Außerdem erhielten sie aber noch oft ganz specielle Instructionen und waren nach Art der kaiserlichen Fiscale oft gegliedert in „Fiscaladvocaten, Notarien, Actuarien“ ic., — die sogenannten „fiscalischen Beamten.“ „Besondere Fiscale“ waren für einzelne Zweige der Verwaltung bestimmt. So hatte man z. B. Jagd-, Domainen-, Kriegsfiscale. Was endlich die für unser Thema allein wichtigen „peinlichen Fiscale“ anlangt, so begegnen wir in den verschiedenen deutschen Territorien ganz abweichenden und zum Theil sehr unbestimmt begrenzten Einrichtungen. Gemeinrechtlich ist das Institut nicht gewesen⁶⁹⁾ und die einzel-

67) Meister l. c. pag. 181.

68) Vgl. über dieselben Meister l. c. Da ihre Functionen speciell mit der für uns unwichtigen Einrichtung des Kammergerichts zusammenhängen und sie als peinliche Ankläger eigentlich nur beim öffentlichen Friedensbruch auftraten, so können wir sie hier füglich übergehen.

69) Die C. C. C. spricht sich nur beiläufig über die öffentliche Anklage aus, erkennt sie jedoch als berechtigt und bestehend an. So enthält z. B. der Art. 89 eine „Witt der Börsprecher, der von Amtswegen — klagt.“ Art. 165 bestimmt: „Die Obrigkeit oder der Richter“ soll in bestimmtem Fall „von Amtswegen nicht klagen, noch straffen.“ Art 209 ferner sagt: „Wo aber die

nen Territorialherren hatten daher um so größeren Spielraum bei der nothwendigen Fortbildung der Klage von Amtswegen. — Es kann von wenig Interesse sein, den einzelnen Befugnissen dieser verschiedenen Beamten nachzuspüren. Das eigentliche fiskalische Verfahren soll erst an späterer Stelle berührt werden und es genügt daher hier anzuführen, daß wir in den deutschen Ländern bald ordentlichen, bald außerordentlichen Fiscalen begegnen. Zuweilen fungirt der Vertreter des gemeinen Wesens überhaupt als peinlicher Fiscal oder es wird ein besonderer bestellt u. In manchen deutschen Gebieten ist der Fiscal eine beständig beim Gericht beschäftigte Person, in andern wird er nur bestellt, wenn ihn die Regeln des Processes erfordern, — kurz wir haben es mit einer Menge ganz singulärer Bestimmungen zu thun, die für das vorliegende Thema ohne Bedeutung sind, da über das livländische Fiscalat ebenfalls genügend in's Speciell gehende Normen in den verschiedenen Instructionen niedergelegt sind.

Das livländische Fiscalat ist eine Schöpfung Schwedens. Ueber das in Schweden schon längst eingebürgerte Fiscalat giebt Stiernhövö⁷⁰⁾ einige Andeutungen. Wir erfahren daraus, daß nach der alten Rechtsanschauung durch jedes Verbrechen, außer der zunächst benachtheiligten Privatperson, der König „*praevaricatione, vel transgressionem legis*“ und das Gemeinwesen „*exemplo*“ verletzt wurde. Diese drei Personen hatten nun von einander unabhängig ein Recht auf Sühne, Buße, so daß sich bei jedem Criminalverfahren drei Kläger einfanden konnten: der Verletzte, der Vertreter des Königs, *actor vel inquisitor Regis, qui id quod Regis erat circa causam per-*

Oberkeit *ex officio* und von Amtswegen wider einen Mißhandler mit peinlicher Anklage volnführte.“ Ähnliche unbestimmte Erwähnungen finden sich gleichfalls in den Artikeln 201, 88 und 188.

70) l. c. pag. 62—68.

seqnebatur (Konungz=Soðnare) und der Vertreter des Gemeinwesens, actor communitatis sive territorii (Häradz=Soðnare). In der Zeit, wo der Criminalproceß überhaupt nur vom Standpunkte der Privatverletzung aus in Bewegung gesetzt wurde, verfolgten die beiden angeführten Beamten offenbar durch die Klage das Privatinteresse, d. i. das Recht auf Buße des Königs resp. der communitas, sie waren Vertreter derselben und von dem Charakter eines wirklichen öffentlichen Anklägers konnten sie wenig haben, besonders da sie neben dem eigentlich Verletzten auftraten. Auch später scheint der Schwerpunkt der Stellung dieser schwedischen Beamten nicht gerade im Criminalproceß gelegen zu haben, nicht speciell in dem Erheben der Anklage, denn Stiernhööck meldet weiter: diese früher „quaesitores seu inquisitores“ genannten Beamten seien im Laufe der Zeit „Ländzmann“ genannt worden „sive quod in provinciis agerent et negotia Regis aut territorii procurarent (also ganz allgemein: die Geschäfte führten) sive potius quod eis praefecturae datae essent, quae nostra voce „Lähn“ etiam hodie dicuntur.“ Die Amtspflichten des „Konungzländzmann“, des procurator regius, bestanden darin: Aufsicht zu führen, daß nichts gegen die Gesetze und Gebote des Königs verbrochen werde, besonders aber die jura fisci zu wahren und über die öffentliche Ruhe und Sicherheit zu wachen. Der „Häradzländzmann“, der procurator communitatis hatte dem entsprechend die Rechte des einzelnen Territorium (Härad) zu wahren. — Die Schilderung schließt mit den Worten: „In universum inquisitores hi hodie Fiscales nominari coeperunt, quod eorum opera ad fisci sive aerarii reditus praecipue dirigatur.“

Von den speciell schwedischen Gesetzen, die mir vorgelegen haben, wird der Fiscal nur erwähnt in der Gerichtsordnung von 1614 und dem Gerichtsproceß von 1615. Die erstere bestimmt im § 15, daß der Adocatus Fisci beim Hofgericht die

Urtheilsbücher der Untergerichte jährlich um Marienlichtmehrs einsammeln und dem Gerichte vorlegen soll. Dieselbe Verordnung enthält auch der Gerichtsproceß von 1615, wo noch hinzugefügt wird: „würde er hierin versäumlich seyn, soll er nach unsres Präsidenten und der Beystzer Gutdünken gestraffet werden.“ Auch hier ist also von der Pflicht der FISCALen zur Justizverwaltung, zur Beaufsichtigung der Gerichte, nicht von der peinlichen Anklage die Rede.

Aus der Zusammenfassung der gesetzlichen Quellen⁷¹⁾ aus den Jahren 1630—1709 ergibt sich in Bezug auf die speciell livländischen FISCALen Folgendes: Es existirten in Livland drei Arten FISCALen: der Oberfiscal beim Hofgericht, der Kreisfiscal beim Landgericht (auch Landfiscal genannt) und der Economiefiscal. Der letztgenannte war ein ganz specieller Beamte und gehört nicht in den Kreis dieser Abhandlung. Er hatte wahrscheinlich die Rechte der Kronsgüter zu vertreten und trat wohl auch in den betreffenden Processen klagend auf. Sein Amt wurde später mit dem der Kreisfiscalen vereinigt. — Der ursprüngliche Gedanke, der dem Fiscalat in Livland sowohl als in Schweden zu Grunde lag, war wohl hauptsächlich die Vertretung des fiscalischen Interesses und die Sorge für Ordnung und Gesetzmäßigkeit im gerichtlichen Verfahren. Die öffentliche Anklage trat anfänglich in den Hintergrund. Das läßt sich schon aus den verschiedenen hier zu berücksichtigenden Instructionen entnehmen, in denen die criminalprocessualischen Pflichten dieser Beamten immer nur sehr

71) Einheimische Literatur über das livl. Fiscalat existirt unseres Wissens so gut wie gar nicht, denn die Werke von A. v. Richter „Der livl. Strafproceß, 1845, Thl. I pag. 59—68 und R. F. L. Samson's „Institutionen des livl. Proceßes, 1824, Thl. II, pag. 167 ff. konnten hier nicht nützen, da sie den zur Zeit ihres Erscheinens bestehenden Proceß schildern wollen und auf das Historische daher weniger Gewicht legen. Liesenhaußen, l. c. pag. 50 erwähnt nur, daß fiscalische Prozesse überhaupt stattfanden. Auf die citirten Schriften v. Bunge's und v. Bock's kommen wir später noch ausführlicher zurück.

kurz und oberflächlich behandelt sind, während ihre sonstigen Obliegenheiten mit großer Genauigkeit specialisirt werden. Der Fiscal wird von der Gesetzgebung gewissermaßen als eine zum Bestande der Gerichtsbehörde, die er beaufsichtigt, gehörende Person betrachtet ⁷²⁾ und danach gliedert sich das Institut in Ober- und Unter-(Kreis-)Fiscale. Das Oberfiscalamt wurde 1630 errichtet ⁷³⁾ „nach dem nunmehr durch des Allmächtigen Hilfe das königliche Hofgericht in Dröpath“ zu Stande gebracht war, und zugleich wurden wohl auch die Kreisfiscale eingesetzt, denn im § 15 der Oberfiscals-Instr. v. 1630 geschieht der Unterfiscale Erwähnung. Eine besondere Instruction für diese letzteren Beamten ist jedoch aus jener Zeit nicht vorhanden. Die im Anfang der 2ten Hälfte des 17. Jahrhunderts erlassene Kreisfiscalsinstruction ⁷⁴⁾ ist offenbar nach dem Muster der „Oberfiscals-Bestallung“ gearbeitet, woraus sich ergibt, daß im Allgemeinen die Thätigkeit jener Beamten eine durchaus analoge war. Eine Gliederung des Fiscalats endlich, als einer organisirten Staatsbehörde und somit etwa eine directe Unterordnung des Kreisfiscals unter den Oberfiscal ist nicht nachzuweisen. Beide haben sich allerdings gegenseitig Anzeige zu machen, wenn vorkommende Fälle die Thätigkeit eines anderen Gerichts und somit eines anderen Fiscals erfordern ⁷⁵⁾, abhängig sind sie aber durchaus nicht von einander. Die Instruction für den Commissarius fisci

72) „Zur Beförderung des Justitien-Werkes“, wie es in der Oberfiscalsinstruction von 1630 heißt.

73) Merkwürdiger Weise findet sich aus dem Jahre 1667 vom 17. Aug. (cf. Buddebrock l. c. pag. 377) eine Entscheidung, in der, „des Hofgerichts Begehren wegen eines eigenen Fiscals von S. K. Maj. billig gefunden“ wird. Das in dieser Stelle Gesagte paßt im Uebrigen ganz auf den Oberfiscal. Aber dieser war ja schon 37 Jahre früher eingesetzt. War die Stelle inzwischen nicht besetzt worden, oder sollten hier zwei verschiedene Beamte gemeint sein?

74) Buddebrock l. c. pag. 811 ff.

75) Oberfisc.-Instr. § 15 und Exec.-Verord. von 1669 § 26.

R. Kolditz⁷⁶, (der zur Zeit der Reductionen nach Livland geschickt wurde), in welcher laut § 7 dem commissarius fisci „völlige Discretion über alle Fiscale“ gegeben wurde, beweist hierfür nichts, da das Hofgericht selbst in einem Bescheide vom 20. Novbr. 1757 und einer Resolution vom 12. Juli 1760⁷⁷) darauf aufmerksam macht, daß aus diesen Ausnahmebestimmungen durchaus keine Analogieen für andere Fälle zu ziehen seien. — Nach dem Vorhergehenden können wir also die beiden Aemter des Oberfiscals und Kreisfiscals sehr wohl gemeinschaftlich behandeln. Die Fiscale sind:

1. Vertreter der Interessen des Fiscus und des Gemeinwefens im Allgemeinen. Als solche haben die Fiscale allen Gefahren in dieser Beziehung durch fleißiges Nachforschen vorzubeugen und die entstandenen Schäden verbessern zu helfen⁷⁸). Zu den besondern Verpflichtungen des Oberfiscals gehört dann noch: eine fleißige Achtung auf die Verwaltung der Kirchen im ganzen Lande zu haben und geeigneten Falls ihre Sache zu führen.⁷⁹)

2. Der Fiscal hat auf gesetzmäßige Gerichtsbezugung, ordentliche Amtsausübung von Seiten der Richter und gebührieliches Betragen der Parten zu sehen, überhaupt in jeder Beziehung die gerichtlichen Verhandlungen zu überwachen und für die Legalität derselben zu sorgen.⁸⁰) Er mußte auf Ein-

76) In der v. Siewersschen handschriftlichen Sammlung königl. Briefe und Resolutionen zc. sub N^o XLVII.

77) Beide Resolutionen finden sich in einer handschriftlichen Sammlung des Dörpfschen Rathes, enthaltend „Hofgerichts Constitutiones, Judicata“ zc. pag. 202 und 207.

78) Landger.-Ordn. von 1632 Art. VII, Oberf.-Instr. § 1 u. 2 und Kreisf.-Instr. § I u. II.

79) Oberf.-Instr. § 14. Vgl. auch Kreisfisc.-Instr. § V, besonders aber die Landesordnung vom Jahre 1671 § 3 bei Buddbr. l. c. pag. 561 und L. O. pag. 5.

80) Oberf.-Instr. § 3, 5, 6, 7, 12, 13, Kreisf.-Instr. § III, IV, VIII, IX, Gouvernements-Placat vom 9. Mai 1689 und zur Beförderung der Justiz gereichende 12 Punkte § XXII cf. Buddbr. l. c. pag. 569.

ziehung der Strafgeelder, schnelle Execution u. sehn und der Oberfiscal hatte noch besonders die jährliche Einsendung der landgerichtlichen Urtheilsbücher an das Hofgericht zur rechten Zeit zu beaufsichtigen. ⁸¹⁾)

3. Der Fiscal ist Wächter des Gesetzes im Allgemeinen und hat besonders auf die Erfüllung der königlichen Verordnungen, Decrete, Mandate, Edicte u. zu sehen ⁸²⁾, Uebertretungen derselben (oder „Excesse gegen“ dieselben) zu verfolgen. Unter diesen „Uebertretungen königlicher Verordnungen“ ist nun ein speciell von der schwedischen Gesetzgebung beliebter Kunstausdruck zu verstehen, der, wie v. Bunge in der angeführten Schrift nachweist, theils Amtsvergehen, theils aber auch Verfehlungen gegen gewisse polizeiliche Gesetze umfaßt, die kein privates, sondern ein öffentliches Interesse verletzen ⁸³⁾ und daher der Verfolgung durch den Fiscal unterlagen. Welche Vergehen darunter zu verstehen sind, darüber giebt die Landgerichts-Ordnanz v. 1632 § 7 und zwar in fast wörtlicher Uebereinstimmung mit der Oberfiscals-Instruction § 8 u. 9 ⁸⁴⁾ Aufschluß. (Vorkäuferei, Unterlassung des Wege- u. Brückenbaues u. dgl. m.) Bei diesen Polizeiübertretungen und Amtsvergehen sollte nun der Fiscal auftreten. Nach dem § 7 der verbesserten Landgerichts-Ordnanz konnte in diesen Fällen auch eine Privatanz-

81) Schwed. Ger.-Ord. v. 1614 § 15, Ger.-Proc. v. 1615 § 10, Landger.-Ord. v. 1632 § XXX, Oberf.-Instr. § 4.

82) Oberf.-Instr. § 8, 9, 10 und 15, Kreisf.-Instr. § VI, Exec.-Verord. v. 1669 § XXV und XXVI.

83) Dies geht auch aus dem Stiernhöök'schen Werk hervor, wo dem Fiscal zur Pflicht gemacht ist, zu sorgen: ne quid contra leges et edicta Regis peccaretur, besonders wenn man den folgenden Satz hinzunimmt: praecipue vero ad jura fisci attendere.

84) Diese Uebereinstimmung ist offenbar ein Argument für die Beweisführung v. Bunges gegenüber v. Bod. — Angeführt mag auch noch sein, daß die Verordnung vom 20. Dec. 1694 (Buddb. r. l. c. pag. 1329) besonders darauf hinweist, daß von den Fiscalen dafür gesorgt werden solle, daß die Polizeiordnung nicht übertreten werde.

klage oder ein Verfahren *ex officio* stattfinden. Diese Alternative scheint aber durch den § 26 der Executionsverordnung von 1669 aufgehoben zu sein, denn hiernach hat der Fiscal jene Delinquenten „anzuklagen“. Für den Fall der Säumigkeit aber bestimmt die Executionsverordnung nicht etwa ein Verfahren des Richters *ex officio*, sondern ordnet die Bestellung eines anderen öffentlichen Anklägers an. Die stricte Auslegung dieses Gesetzes ergiebt, daß für gewisse Vergehen ausschließlich der Anklageproceß durch den Fiscal gegolten habe. Mit Sicherheit zu entscheiden, ob dies der wahre Sinn der Stelle ist, scheint mir, selbst bei Hinzuziehung der Zeugnisse der Praxis, unmöglich, denn um den ausschließlichen Anklageproceß zu bezeichnen, bedient sich die schwedische Gesetzgebung gewöhnlich bestimmterer Ausdrücke, wie z. B. „Citation, Klage und Antwort“ u. dgl. Der § 26 der Executionsverordnung läßt an sich betrachtet allerdings gar keinen Zweifel, wir müssen aber hier auf zwei andere Gesetze hinweisen, in denen bei Polizeiübertretungen durchaus nicht der Anklageproceß allein gestattet ist. In der Verordnung vom Jahre 1671⁸⁵⁾ über das Kirchenwesen wird dem Ober- resp. Landfiscal befohlen „gestalten Sachen nach in foro competenti gerichtlich zu eysern“ gegen diejenigen, welche „durch Gezänk oder Schlägerei“, „öffentliche Aergerniß in der Kirche, auffm Kirchhofe und im Pastorat“ erregen. Allerdings wird dies als ein „grobes delictum“ bezeichnet, aber trotzdem erscheint es doch wohl richtiger das Gesetz nicht unter die peinlichen Anklagepflichten des Fiscals zu ziehen, da eben durch die Motivirung „öffentliche Aergerniß erregend“ der polizeiliche Charakter der Maßregel genugsam hervortritt. Das Gouvernementsplacat von 1696⁸⁶⁾ enthält eine ähnliche Specialbestimmung. Es ist erlassen um Aufregungen

85) Abth. III § 9, Buddbr. I. c. pag. 564.

86) Buddbr. I. c. pag. 1453.

der Bauern gegen die Herrschaft und damit verderbliche Unruhe und Unzufriedenheit zu verhüten und gebietet, also auch wesentlich vom polizeilichen Standpunkt aus, im Interesse der öffentlichen Ordnung, den Fiscalen „ihr Amt zu beobachten“ „wenn Jemand sich untersteht einen Andern, insonderheit die einfältige und zum Klagen geneigte Bauern zum Klagen zu reizen, zu verleiten und wider ihre Herrschaft zu verhetzen.“ Diese beiden ganz allgemeinen Ausdrücke: „gerichtlich eifern“ und „ihr Amt zu beobachten“ schließen jedenfalls ein inquisitorisches Verfahren, bei dem der Fiscal etwa nur die Denunciation gehabt hat, nicht aus.

4. Um die Thätigkeit des Fiscals im eigentlichen Strafproceß als actor officiosus festzustellen, kehren wir zunächst wieder zur Landger.-Ordnung von 1632⁸⁷⁾ zurück. Wir fanden oben, daß nach § XXV derselben in allen Criminalverbrechen Adelliger der reine Accusationsproceß die Regel bildet, mit alleiniger Ausnahme der im § XXIV aufgeführten „hochpönllichen Laster“. Und zwar konnte sowohl Privatanklage, als fiscalische Action stattfinden, denn am Schluß des § XXV heißt es, daß zur folgenden Hofgerichtssthung „remittirt“ werden sollen „beide Parten“ oder, „wo ex officio procediret wurde, der Angeklagte.“ Unter dem Ausdruck „ex officio“⁸⁸⁾ procediren“ ist hier offenbar der Strafproceß durch den Fiscal gemeint. Der Fiscal hatte also in Strassachen Adelliger, falls sich kein Privatankläger fand, den Delinquenten beim Landgericht zu verklagen. Erhoben wurde diese Klage übri-

87) Die provisorische Landger.-Ord. v. 1630 schweigt über den Fiscal.

88) Ex officio ist allgemein nur der Gegensatz zu dem auf Ansuchen des Verletzten begommenen Privatanklageproceß. Im § VII der Landger.-Ord. von 1632 scheint er allerdings für ein inquisitorisches Verfahren gebraucht zu sein, hier ist es der fiscalische Proceß, der sehr wohl als Proceß „ex officio“ bezeichnet werden kann, da er von einem zum Bestande des Gerichts gehörigen Beamten vermöge seines officii in Bewegung gesetzt wird.

gens vom Kreisfiscal, denn die Bestimmung der Executionsverordnung von 1669, wonach der Oberfiscal die Verbrechen Adelliger verfolgen soll, beschäftigt sich, wie erwähnt, nur mit einer besonderen Kategorie der Verbrechen. Der Oberfiscal hatte somit in der Regel mit den Verbrechen Adelliger nichts zu schaffen. Sehr wahrscheinlich ist allerdings, daß, wenn ⁸⁹⁾ die Sache vom Kreisfiscal ex officio beim Landgericht accusatorisch verhandelt worden war und hierauf an das Hofgericht gelangte, der Oberfiscal dann die Rolle des öffentlichen Anklägers, falls es nothwendig erschten, für den Kreisfiscal übernahm. Wir schließen dies daraus, daß in einem Privatanklageproceß „beide Parteien“, — sonst nur der Angeklagte an das Hofgericht remittirt wurden. Im ersten Fall wurde also die contradictorische Form des Rechtsstreits offenbar streng gewahrt, selbst in der zweiten Instanz, die eigentlich nur das Urtheil zu fällen hatte. Consequent war es nun, auch dem allein an das Hofgericht remittirten „Angeklagten“ einen Partem gegenüber zu stellen und das geschah eben in der Person des Oberfiscals. — Abgesehen von dem bisher Erwähnten war aber die oberfiscalische Thätigkeit nur noch auf die crimina laesae majestatis der Adelligen gerichtet. Da diese nämlich „immediate an das Hofgericht“ gingen ⁹⁰⁾, ferner der Criminalproceß Adelliger im accusatorischen Verfahren durchgeführt wurde, so mußte hier offenbar der Oberfiscal eintreten. Dies sind meines Erachtens die einzigen Fälle, in denen nach den schwedisch = livländischen Gesetzen der Hofgerichtsfiscal gegen Verbrecher adeligen Standes thätig sein mußte ¹⁾. — Aus-

89) Nach § 25 der Landger.-Ord. von 1632, am Schluß.

90) Hofger.-Ord. von 1630, § 20 Pt. 2. Vergl. auch Art. VI der Landger.-Ord. von 1632.

91) Eine ganz singuläre Bestimmung, die übrigens auch mit dem polizeilichen Charakter des Fiscalamts zusammenhängt, ist der § 12 des Duellplacats vom 22 Aug. 1682 und der königl. Brief vom 29. Nov. 1688, wo-

drückliche gesetzliche Zeugnisse für eine Pflicht des Fiscals zum Einschreiten im Criminalproceß finden sich nur äußerst wenige. Genauer zu betrachten haben wir hier eigentlich nur den § 2 der Oberfiscals-Instruction und den § VII der Kreisfiscalinstruction, also nur zwei und dazu, wie wir sehen werden, sehr unbestimmte Paragraphen. Sollte man wirklich trotzdem mit W. v. Voß schließen können, der Staatsanklageproceß, der fiscalische Proceß, habe in Livland vorwiegend Gültigkeit gehabt? Wenn dem Fiscalat wirklich eine so umfassende Bedeutung für unser Strafverfahren zukommen sollte, so konnte die schwedische Gesetzgebung die criminalproceßualische Seite des Fiscalats wohl nicht so stiefmütterlich behandeln. Man könnte hier einwerfen, der Inquisitionsproceß sei ja auch beinahe gar nicht, jedenfalls noch weniger als der peinliche fiscalische Proceß, in den schwedisch-livländischen Gesetzen berücksichtigt. Aber der Inquisitionsproceß war in Livland mindestens schon seit der polnischen Zeit bekannt. Die ganze Richtung des deutschen Mittelalters ging dahin, ihm immer mehr Geltung zu verschaffen, man hatte in ganz Deutschland die schönsten, übereinstimmenden Vorbilder für ein inquisitorisches Verfahren und konnte ausführliche Gesetze deshalb bei uns um so leichter entbehren. Schließlich ist ja auch die Durchführung eines reinen Inquisitionsprocesses, als des consequenten Ausdrucks eines einzigen Princips, eine ganz einfache, ebenso wie die des reinen Anklageprocesses. Ganz anders ist aber dies bei dem Proceß durch den Fiscal. Derselbe ist aus accusatorischen und inquisitorischen Elementen gemischt und diese Vereinigung ist, schon ihrer complicirten Natur wegen, eine durchaus künstliche, welche von der Gesetzgebung vielmehr als von der Praxis ihre Ausbildung ver-

nach die Duellsachen vom Fiscal verfolgt wurden. Beide Verordnungen siehe bei Puddr. pag. 857 und 1083.

langen muß. Die Praxis muß einen bestimmten Anhaltspunkt haben, von dem aus sie sich weiter entwickeln kann. Das war aber gerade bei dem Fiscalat nicht möglich, da das peinliche Fiscalat in Deutschland nur particularrechtlich vorkam und, wenn auch in sehr vielen Territorien, so doch in beinahe ebensoviel gänzlich von einander verschiedenen Erscheinungsformen aufgetreten ist, die je nach der Ansicht des jedesmaligen Gesetzgebers modulirt wurden. — Schon die äußerst geringe Anzahl von speciellen Bestimmungen über die peinliche fiscalische Klage rechtfertigt demnach die Vermuthung, daß dieses Institut nie eine wirklich hervorragende Bedeutung im livländischen Criminalproceß behauptet habe. Dazu kommt noch die große Unbestimmtheit der wichtigsten Gesetze über diesen Punkt.

Wir haben zuerst zu betrachten „des Herrn Generalgouverneuren Ober-Fiscals Bestallung ad instar Instructionis pro Christophoro Mebild“, Riga den 23. August 1630 ⁹²⁾. Der § 2 dieser Instruction lautet, in den verschiedenen Abschriften ziemlich übereinstimmend, wörtlich wie folgt: „Angleichen, da ⁹³⁾ außerhalb Gerichte in obgedachten Fürstenthümern etwas — es seyn criminalia, so zum wiedern Gottes und Menschenjagungen von hohen und niedrigen Standespersonen, Geist- und Weltlichen sollten heimlich oder öffentlich gewaltfamer Weise, so Leib und Lebens, Gutts und Bluts, Ehren, Gelder und Güter Verlust auf sich tragen, darinnen soll er fleißig inquiren und sich umbthun und fleißig nachforchen und da er

92) Diese Verordnung, ein Muster der abenteuerlichsten Verirrungen eines verschrobenen Ganzzelleists, ist noch nicht gedruckt. Sie findet sich abschriftlich im schwarzen Buch des Hofgerichts pag. 487 ff., im braunen Buch des livl. Hofgerichts Bd. II pag. 1—7, in der erwähnten Constitutionen-Sammlung des bürgerlichen Rathes N^o 61 und in einer von v. Sievers veranstalteten handschriftlichen Sammlung.

93) Dieses „da“ ist mit „wenn“ zu übersetzen, ähnlich wie in der Landgerichtsordnung v. 1630 § IX. (Buddbr. l. e. pag. 17.)

solches den Gerichten, davon er jederzeit gestalten Sachen nach Information haben soll, das geheimb gebührlich angezeigt, soll er in alle solche Sachen, wie oben berührt in denen, so ex privatorum causis ebulliren⁹⁴⁾, per protestationes setzen, darnach wie in criminalibus durch ordentliche citationes und Proceß executive verfahren“. Im ersten Theil dieses Paragraphen fehlt offenbar durch Nachlässigkeit des Abschreibers ein Wort. Um überhaupt einen Satz zu Stande zu bringen, müssen wir nach „gewaltfamer Weise“ oder nach „auf sich tragen“ ein Verbum einschalten, etwa „verbrochen worden“ oder dergl. Die vorliegende Bestimmung setzt nun fest, daß der Oberfiscal in allen Criminalsachen, ohne irgend welche Einschränkung nach dem Stande des Verbrechers oder nach der Schwere des Vergehens, „fleißig inquiriren“ soll und ferner, daß er seine Erfahrungen den Gerichten, von denen er immer „information haben soll“, — „das geheimb gebührlich“ mitzutheilen habe. In diesen Worten ist die Pflicht des Fiscals zur Denunciation von Criminalverbrechen ausgedrückt. Damit hängt zusammen das vorhergehende Nachforschen in solchen Sachen. Diese „Nüchepflicht“ des Fiscals entspricht dem Charakter seines Amtes, zu dessen Geschäftskreis es gehörte⁹⁵⁾ nicht nur für das königliche Interesse zu sorgen, sondern auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe sich angelegen sein zu lassen. Das Gebot „fleißig nachzuforschen“ u. ⁹⁶⁾ ist gewiß nicht so zu verstehen, als ob es die Verpflichtung des Fiscals sein sollte, selbstständig auf die Erforschung von Verbrechen auszugehen⁹⁷⁾, sondern er hatte

94) Statt dieses Wortes steht in der Handschrift der v. Sieberschen Sammlung das jedenfalls gleichbedeutende „resultiren“.

95) Vgl. oben Punkt 1 und 3 pag. 61 und 62.

96) Daß die Worte „inquiriren, sich umbthun“ und „fleißig nachforschen“ nur unnütze Tautologien sind und keine verschiedene Bedeutung haben, braucht wohl nicht besonders hervorgehoben zu werden.

97) Vgl. über die „Nüchepflicht“ des Fiscals das angeführte Werk von Meister pag. 214 ffe.

nur das, was er erfährt, den Gerichten anzuzeigen. Der Ausdruck „geheim anzuzeigen“ läßt mit Sicherheit darauf schließen, daß der Oberfiscal in diesen Sachen keine weitere Function als die Denunciation haben sollte. Denn wenn man annehmen wollte, der Oberfiscal habe die Sache geheim dem Gerichte angegeben um später — etwa nach geschעהener Voruntersuchung von Seiten des Richters — den Auftrag zur Erhebung einer öffentlichen Anklage zu erhalten, so würde man damit allerdings einen „Staatsanklageproceß“ haben, der sich mit dem Wortlaut dieses Paragraphen wohl vereinigen ließe, aber sonst in keinem Gesetze auch nur angedeutet wird und in der Praxis jedenfalls nirgends in Livland zu finden ist.⁹⁸⁾ Aus der Bemerkung endlich, daß der Oberfiscal „von den Gerichten jederzeit gestalten Sachen nach Information haben soll“, können wir das schon oben⁹⁹⁾ Ange deutete herausfinden, daß nämlich der Fiscal den Geschäftsgang der Justizbehörden zu beaufsichtigen und die Legalität des Verfahrens zu überwachen hatte. Um dieser Pflicht genügen und ermessen zu können, ob nicht das fiscalische Interesse in den betreffenden Sachen verletzt sei, erhält er Information. Durch den in Rede stehenden § 2 wird dem Fiscal die Beaufsichtigung der Behörden speciell bezüglich der Criminalsachen eingeschränkt, was ziemlich natürlich ist, da ja die gesetzmäßige Bestrafung der Criminalverbrecher zumeist das öffentliche Interesse berührt und zur „Förderung des Justitienwerkes“¹⁰⁰⁾ gereicht. — Der Schluß des § 2 der Oberf.-Instr. sagt, daß der Ober-

98) Ein derartiger Anklageproceß durch den Fiscal bestand lange Zeit in Hessen. Vgl. darüber: Bopp, „der öffentliche Ankläger in Hessen bei Rhein“ in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren von Sagemann und Möllner Bd. II, 1842, pag. 316.

99) Seite 61 Punkt 2.

100) Dies ist nach den Einleitungsworten der Oberfiscalsbestallung für Weibild der Grund zur Einsetzung eines „täglichen (täglichen) Fiscals“.

fiscal in allen Criminalsachen „per protestationes ersetzen und durch ordentliche Citation und Proceß executive verfahren“ soll. Dabei ist in den Worten „wie oben berühret“ direct auf den § 1 dieses Gesetzes verwiesen und nur durch diesen Hinweis wird es möglich, überhaupt einen Sinn in diese Stelle zu bringen, die auf den ersten Blick beinahe einen reinen Anklageproceß durch den Fiscal in allen Criminalsachen vorzuschreiben scheint. Im § 1¹⁰¹⁾ dieses Gesetzes ist nämlich gesagt, daß der Oberfiscal im Civilproceß die Interessen des Königs, des Staats, des Gemeinwohls vertreten soll und nach dem § 2 soll er im Criminalproceß ebenso (sc. das öffentliche Interesse) „per protestationes ersetzen und“ (falls es dabei nöthig erscheinen sollte, gegen diejenigen, die das königliche Interesse verletzen¹⁰²⁾) „durch ordentliche Citationes und Proceß executive verfahren.“ Diese ganze Stelle enthält also nichts weiter als die ausdrückliche Ausdehnung der Verpflichtungen des Fiscals im Civilproceß auf die Criminalproceßverhandlungen. — Der bisher nicht berücksichtigte Ausdruck „wie in criminalibus“ giebt übrigens der ganzen Stelle eine große Unklarheit. Durch das „wie“ soll scheinbar eine Gegenstellung hervorgebracht werden und in dem § 2 ist gar kein solcher Gegenatz zu finden, da er ja lediglich von „criminalibus“ handelt. Wichtig ist wohl, bei dem entschieden corrumpirten Zustande des Gesetzes hier einen Schreibfehler anzunehmen und

101) Er lautet folgendermaßen: 1) Auf alle Privatsachen, so daselbst ventiliret werden, ein wachendes Auge habe, stetig dieselben, als wenn er ihnen selbst patrocinirte, so viel möglich anhöre, examinire, ob auch dieselben directe Ihre königl. Majest. meines allergnädigsten Herrn oder des Reiches Schweden und der dazu gehörigen Provinzen Interesse, dero königliche Hoheit jurisdictionem concerniren oder oblique per consequentiam aus solchen Sachen ein solches, so bonum publicum arguiret, causirt werden könnte.

102) Und zwar direct verletzen. Es ist hier durchaus nicht an das Criminalverbrechen als solches zunächst gedacht.

statt „wie in criminalibus“ — „wie in civilibus“ zu lesen, womit dann freilich alle Schwierigkeiten beseitigt wären. Eine andere Möglichkeit die Unklarheit hinwegzuräumen wäre das „wie“ hier mit „als“, dem lateinischen *qua*, zu übersetzen. Die Stelle müßte dann ungefähr folgendermaßen umschrieben werden: „in allen solchen Sachen per protestationes ersuchen und, wie in denen, so ex privatorum causis ebulliren (sc. so auch in diesen) als criminalibus durch ordentliche Citationen und Proceß executive verfahren.“ — Daß der Ausdruck „ordentliche Citation etc.“ nur auf ein fiskalisches Civilverfahren gehen kann, ist außer Zweifel, wenn man ihn mit dem Anfang des § 2 vergleicht, in welchem ja bei Criminalsachen dem Oberfiscal die heimliche Denunciation geboten wird. — Die Bedenken gegen das Resultat obiger Interpretationen lassen sich übrigens leicht wegräumen, wenn man berücksichtigt, daß es dem General-Gouverneuren Skytte¹⁰³⁾ wohl kaum einfallen konnte seinen Oberfiscal zum alleinigen öffentlichen Ankläger für alle Criminalsachen in ganz Livland zu machen (und nur diese Interpretation wäre allenfalls möglich, wenn die obige verworfen wird), denn das hätte doch die Kräfte des „ehrenwerthen Christophorus Mebild“ überstiegen, wenn er auch noch so „mannhaft und ehrenfest“ war, wie die Instruction versichert.

Das eben besprochene Gesetz liefert also wenig Ausbeute für Beurtheilung der criminalproceßualischen Thätigkeit des Fiscals in Livland. Etwas bestimmter spricht sich der § VII der Instruction für die Kreisfiscale¹⁰⁴⁾ aus. Das Haupt-

103) Er erließ dieses Gesetz kraft seiner Vollmacht v. 30. Nov. 1629.

104) Er lautet nach Buddenbrock l. c. pag. 813: „Wann auch sehr viele Blutschulden und andere eingerissene Sünden im Lande sich häuften und vielmahl verhelet worden, als wird der Fiscalis nicht allein alle solche zur öffentlichen Aergerniß eingerissene Sünden und Laster wieder die Verbrecher selbst gerichtlich ehfern, sondern auch diejenigen, so etwa wissent-

gewicht dieser Stelle ruht wohl in dem Anfang: „Wenn auch sehr viele Blutschulden und andere eingerissene Sünden im Lande sich häufen und vielmahl verhelet werden“. Hienach erscheint dieses Gesetz als eine außerordentliche Maßregel, durch welche eine fiscalische Thätigkeit, die sonst wohl nicht üblich war, vorgeschrieben wird. Die Motivirung für diese außerordentliche Maßregel fehlt auch nicht, denn der Fiscal hat hier einzuschreiten, weil die Sünden „zu öffentlichem Ungerniß eingerissen“ sind und weil in denselben auch eine „Uebertretung königlicher Verordnungen“ liegt.¹⁰⁵⁾ Daß letztere Bemerkung werthlos ist, liegt auf der Hand, denn schließlich könnte ja jedes Vergehen als „Uebertretung königlicher Verordnung“ aufgefaßt werden. Aber gerade aus diesem Saßchen nach Motivirung könnte geschlossen werden, daß eine ungewöhnliche Maßnahme vorliegt, die durchaus nicht selbstverständlich mit den bisherigen Amtspflichten des Fiscals harmonirt. Wichtiger ist es jedoch auf die Ausdrücke „gerichtlich erfern“, „gerichtlich verfahren“ aufmerksam zu machen. Diese Worte sind unbestimmt und können sowohl den Accusationsproceß, als auch jedes andere gerichtliche Verfahren bezeichnen. Sie sind auch gewiß nicht ohne Absicht gewählt. Daß in demselben Paragraphen zugleich mit jenen Ausdrücken sich die Bezeichnung „verklagen“ findet, ist jedenfalls nicht beweiskräftig, wenn wir den Mißbrauch, der mit dem Worte „klagen“ in der Praxis jener Zeit getrieben wurde, im Auge behalten. Die einfache Denunciation, ein berichtender Brief des Pastors

lich die böse Thaten, so es möglich, nicht verhindern, sondern verhehlen oder auch nicht zeitig offenbahren, in foro fori verklagen oder auch dem Ober-Fiscali solches vor dem königl. Hoffgericht zu thun zeitig kund machen und wieder dieselbe als Uebertreter der obrigkeitlichen Verordnung pro atrocitate delicti gerichtlich verfahren.“

105) Durch eine solche Motivirung wird dies Gesetz gewissermaßen mit den oben pag. 62 Punkt 3 ff. angeführten Verordnungen in Einklang gebracht.

werden häufig als „Klage“ oder genauer als „peinliche Klage“, aufgeführt. Warum sollte in einem Gesetz nicht eine ähnliche Ungenauigkeit sich vorfinden. Wir müssen hier übrigens auch auf das deutsche Recht verweisen. Die fiskalische Thätigkeit bestand ¹⁰⁶⁾ zuweilen im Criminalproceß lediglich im Einreichen einer Klage. Diese „Klage“ war aber sehr oft nichts weiter als eine Zusammenstellung von „Inquisitionalartikeln“, die den Richter auf gewisse Fragen beim Verhör aufmerksam machen sollten. An etwas derartiges haben wir wohl hier, ganz abgesehen von den später beizubringenden Beweisen, schon von vorn herein bei dem Worte „verklagen“ zu denken, besonders da, wie schon erwähnt, die schwedische Gesetzgebung, wenn sie den reinen Accusationsproß bezeichnen wollte, sich genauerer, ausführlicherer Worte bediente ¹⁰⁷⁾. Jedenfalls würde es eine schwer zu vertheidigende Ansicht sein, wollte man den § 7 der Kreisfiscalinstruction strict interpretiren und behaupten, daß danach bei allen „eingerissenen Sünden“ der Accusationsproceß durch den Fiscal stattfinden sollte, während sonst doch der Inquisitionsproceß mindestens statthaft war. Um „eingerissene Sünden“ zu verfolgen hätte die schwedische Gesetzgebung wohl wirksamer den Inquisitionsproceß verordnet, da dieser doch rascher zum Ziel führt, als ein vielleicht mit mancherlei Formalitäten verbundener Accusationsproceß. Zu welchen Widersprüchen aber eine derartige stricte Interpretation führen müßte, läßt sich auch daraus erweisen, daß nach § 24 der Landger.-Ord. v. 1632 z. B. Sodomie und Kindesmord im inquisitorischen Verfahren verfolgt wurden. Dies waren aber, wie aus den Acten ersichtlich, die „eingerissensten“ Verbrechen jener Zeit und es ist wohl kaum anzunehmen, daß durch die Kreisfiscalinstruction, und noch dazu durch einen so unbestimmt gefaßten

106) Vgl. Meister l. c. pag. 212.

107) Vgl. oben pag. 63.

Artikel derselben, jenes Gesetz derogirt worden sei, welches das Fundament unseres Criminalprocesses in der schwedischen Zeit bildet. Nach v. Bunge ¹⁰⁸⁾ ist unter den im § 7 bezeichneten Verbrechen eine ganz bestimmte Gattung von „geheimen, mehr in das Gebiet der Strafpolizei gehörenden Sünden, zunächst, wie es scheint, Fleischesverbrechen“ gemeint. Diese Erklärung ist höchstens auf die Worte „öffentliches Mergerniß“ erregende Sünden gegründet und durchaus willkürlich, auch führt v. Bunge weiter keine Belegstelle dafür an. Richtiger ist wohl unter „Blutschulden und anderen eingerissenen Sünden“ jedes schwere Criminalverbrechen zu verstehen. Daß Fleischesverbrechen am meisten in Frage kommen mußten, ist insofern richtig, als im 17. Jahrhundert die landgerichtlichen Criminalproceßacten in Livland zum weitaus größten Theil diese Verbrechen zum Gegenstand haben. Vorzüglich mag wohl der § 7 der Instruction auf den Kindesmord, das eingerissenste Verbrechen, Rücksicht genommen haben und dieses Verbrechen konnte auch speciell „Uebertretung königlicher Verordnung“ genannt werden, da im Jahre 1680 am 23. Jan. ein besonderes, sehr hartes Gesetz darüber erlassen wurde ¹⁰⁹⁾, welches von der Kanzel herab den Bauern verkündigt werden mußte. Meiner Ansicht nach wurde durch die vorliegende Instruction den Fiscalen besonders eingeschärft, bei allen schweren Criminalverbrechen dafür zu sorgen, daß die Delinquenten nicht ungestraft blieben und deshalb die nöthigen Schritte zu thun. Zunächst haben wir es hier wieder mit der Denunciationspflicht der Fiscale zu thun. Aber auch abgesehen davon sollte ein gerichtliches Verfahren unter Mitwirkung des Fiscals eintreten. Von der Form dieses Verfahrens giebt jedoch der höchst dürftige,

108) L. c. pag. 176.

109) Vgl. Rudbenbr. l. c. pag. 751, das sog. „Kinder-Mord-Placat“, welches erneuert wurde durch eine Verordnung vom 15. Nov. 1684 (Rudbenbr. l. c. pag. 909.)

vielleicht absichtlich ganz allgemein gefasste § 7 durchaus keine Nachricht. — Die schon bei Besprechung der Oberfiscals-Instruction hervorgehobene fiscalsche Rügepflicht findet übrigens auch in der Kreisfiscalsinstruction ausdrückliche Erwähnung ¹¹⁰⁾. — Fassen wir somit Alles zusammen, was in den schwedisch-livländischen Gesetzen über die Amtspflicht des Fiscals im Criminalproceß gesagt ist, so ergibt sich: der Fiscal hat überall die Pflicht zur Denunciation eines Criminalverbrechens. Gegen Adlige hat er, in Ermangelung eines Privatanklägers, im Wege des Anklageprocesses einzuschreiten. Im Uebrigen steht ihm auch sonst noch die Verfolgung von Criminalverbrechen beim Gericht zu. In welcher Weise sich aber diese Thätigkeit regelte, ist aus den Gesetzen allein nicht zu entscheiden. Für die Vermuthung, als sei der Fiscal in jedem Criminalproceß „actor officiosus“ im vollen Sinn des Wortes gewesen, findet sich in den Gesetzen durchaus kein Anhaltspunkt.

Wenden wir uns jetzt wieder zurück zu der deutschen Partikulargesetzgebung über das Fiscalat, um einen Anhaltspunkt zu gewinnen für die richtige Beurtheilung dieses Instituts, das von der schwedischen Gesetzgebung so wenig eingehend behandelt worden ist, so brauchen wir eben nicht weit zu suchen, um ein Land zu finden, wo sich das Fiscalat ganz ebenso gestaltet hat, wie bei uns. Es ist der Nachbarstaat Preußen ¹¹¹⁾. Im ehemaligen Herzogthum Pommern (schwedischen Antheils ¹¹²⁾ wurde das fiscalsche Amt durch eine königliche

110) Der § 2 derselben befiehlt, wenn auch zunächst nicht mit specieller Rücksicht auf Criminalsachen, dem Fiscal das „Anmelden.“

111) Die folgenden Nachrichten über die preussischen Fiscale sind geschöpft aus einer Abhandlung von Heffter: das ehemalige und zum Theil noch jetzt bestehende Fiscalat in Deutschland mit seinen Fehlern, im „Archiv des Criminal-Rechts, Neue Folge, Jahrg. 1845“, pag. 595—613.

112) Bekanntlich war dasselbe im westphälischen Frieden an Schweden gekommen und erst am 21. Jan. 1720 im Frieden zu Stockholm von Ulrike Eleonore als vormundtschaftlicher Regentin an Friedrich Wilhelm I. gegen eine Entschädigung abgetreten worden.

Verordnung vom Jahre 1699, den 4. April, organisirt. In dieser Verordnung wird dem Oberschwalt zur Pflicht gemacht: „überhaupt auf Befolgung der bestehenden Verfassungen, Gesetze, Statuten und Instructionen zu halten. Er sollte deshalb befugt sein bei allen Collegien und Civilstellen Nachfragen und Untersuchungen anzustellen und die Uebertreter dabei durch den advocatus fisci verfolgen lassen. Alle Fiscale wurden seiner Direction unterworfen, sowie die Advocaten und Notarien seiner Aufsicht. An ihn sollten die Proceßtabellen eingesandt werden u. s. w. Vorzüglich aber war die Criminalrechtspflege seiner Obhut anvertraut, wie nicht minder die Erhaltung der landesherrlichen Gerechtsame“¹¹³). Man braucht nur von dem unwichtigen Moment der Unterordnung der Fiscale unter die „Direction“ des Oberschwalts abzusehn, so kann Alles, was Heffter in der citirten Stelle vom pommer'schen Fiscal sagt, auch auf den livländischen angewandt werden. Ueber die criminalprocessualische Stellung des Fiscals sagt jene Verordnung auch nur, daß die „Criminalrechtspflege seiner Obhut anvertraut war“. Aus dieser unbestimmten Bezeichnung geht zur Genüge hervor, daß dem Fiscal in Pommern allerdings ein Aufsichtsrecht im Criminalproceß zustand, daß ihm aber eine sonstige Mitwirkung als Parte (sc. als actor officiosus) nicht eigentlich zukam. Dies ist eine ganz singuläre Erscheinung. In allen Particularrechten Deutschlands, die ein Fiscalat kennen, — besonders in Hessen —, ist diese Einrichtung aus dem Gedanken der öffentlichen Anklage und ihrer Unentbehrlichkeit entstanden und die Idee der Vertretung der Staats-Interessen kommt erst in zweiter Linie in Betracht. Troß verschiedener Abweichungen ist insofern der Charakter der deutschen Fiscalate derselbe und nur in Preußen und Pommern hat das Institut den umge-

113) Heffter l. c. pag. 602.

kehrten Entwicklungsgang genommen. Hier rief das Bedürfniß nach einer umfassenden Vertretung der landesherrlichen Interessen das Fiscalat hervor und die öffentliche Anklage trat zurück, — ja es bildete sich die Einrichtung dahin aus, daß der Fiscal als ein beaufschlagender Beamte für die Aufrechterhaltung der Proceßordnung, des regelmäßigen Geschäftsganges u. s. w. zu sorgen hatte. Durch eine solche Verpflichtung wurde er aber über das Gericht, bei welchem er thätig war, gestellt und das widerspricht am meisten dem Charakter des actor officiosus, der als Parte im Anklageproceß die Hülfe des übergeordneten Gerichts gegen den Verbrecher anruft. Das pommersche Fiscalat ist somit streng zu unterscheiden von dem Fiscalat in den übrigen deutschen Territorien.

Gerade diese unterscheidenden Merkmale finden sich aber auch in Livland, so daß man bei Vergleichung der Verordnung von 1699 mit unseren Fiscalinstructionen durch die auffallende Uebereinstimmung derselben veranlaßt wird, jenes pommersche Gesetz zur Erläuterung der leider so unbestimmt gefaßten livländischen Verordnungen zu benutzen. Der § 2 der Oberfiscals-Instruction und der § 7 der Kreisfiscals-Instruction würde dann nichts weiter zu bedeuten haben als was die pommersche Verordnung von 1699 präciser ausdrückt, wenn sie sagt: „die Criminalrechtspflege ist der Obhut des Fiscals anvertraut.“ Die Bedenken gegen eine derartige Interpretation lassen sich am leichtesten wegräumen, wenn man in Anschlag bringt, daß jene Verordnung von derselben Regierung erlassen wurde, welche die livländischen Fiscale ins Leben rief. — Leider war mir Einsicht in die Gesetzesurkunden nicht möglich.¹¹⁴⁾ Sie würde gewiß von großem Werth für die richtige Beurtheilung des vorliegenden Instituts sein und könnte die Entscheidung der Frage ermöglichen, ob das Fiscalat in Livland und Pommern eine

114) Heffter a. a. O. bringt nur Auszüge aus den Gesetzen.

specifisch schwedische Einrichtung war, die zuerst nach Livland, dann nach Pommern kam oder ob das pommersche (Schwedisch-livländische) Fiscalat dem Fiscalat in den brandenburgisch-preussischen Ländern nachgebildet ist. In den letztgenannten Gebieten finden wir nämlich nach den Mittheilungen, die Heffter darüber giebt, ein Institut, dessen nahe Verwandtschaft mit dem livländischen Fiscal sich unschwer aus den Gesetzen nachweisen läßt, welche hauptsächlich im 18. Jahrhundert darüber erlassen wurden. Der preussische Generalfiscal Uhden erhielt im Jahre 1740 eine Instruction, welche ihm und den übrigen fiscalischen Beamten ihren Geschäftskreis anwies. Danach hatten sie:

1) „Beleidigungen der göttlichen Majestät und wörtliche oder schriftliche Anfechtung der königlichen Person, Verfassung und Edicte zur Bestrafung zu ziehn.“ Eine derartige specielle Bestimmung findet sich in unsern Gesetzen allerdings nicht, läßt sich aber unter die allgemeine Pflicht des livländischen Fiscals, streng auf die Wahrung jedes königlichen Interesses zu sehn, in ungezwungenster Weise subsumiren.

2) „Ueber die Beeinträchtigung der königlichen Gerechtfame zu wachen.“ Dieselbe Verpflichtung ist in § 1 und 2 der Instruction für Meibid und in § 1 der Kreisfiscals-Instruction den livländischen Fiscalen auferlegt.

3) „Auf die Ausführung königlicher Verordnungen zu halten.“ Hier ist in bestimmteren Worten genau dasselbe gesagt, was wir oben in der schwedischen Executionsverordnung von 1669 fanden. Die Executionsverordnung geht ins einzelne, während das preussische Gesetz den allgemeinen Ausdruck wählt.

4) „Die Procuratoren und Advocaten, sowie die Landreuter zur gehörigen Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten.“ Wir machen, um den Vergleich durchzuführen, auf die oben Seite 61 und 62 sub 2 und 3 angeführten Gesetze aufmerksam, nach welchen der Fiscal in Livland die Parten vor dem Gericht zu beaufsichtigen und Amtsvergehen zu verfolgen hatte.

5) „Auf Beschleunigung der Inquisitionsproceſſe zu ſehn.“

6) „Die fiſcaliſchen Proceſſe zu betreiben.“ Dieſe Pflicht lag ſelbſtverſtändlich auch dem livländiſchen Fiſcal ob (cf. die Citate zu 2).

Ein Blick auf die pommerſche Verordnung von 1699 zeigt uns, daß dieſelbe mit der hier aufgeführten von 1740 faſt wörtlich übereinſtimmt. Daſſelbe iſt auch der Fall in Bezug auf die ſchwediſch-livländiſchen Geſetze, wie ſich aus dem eben angeſtellten Vergleiche ergibt.¹¹⁵⁾ Mit ziemlicher Sicherheit kann man alſo das von den preußiſchen Fiſcalen Geſagte zur Ergänzung unſerer einheimiſchen Geſetze benutzen und ſomit den eben angeführten Punkt 5 der Verordnung von 1740 als erſchöpfende Darſtellung der criminalproceſſualiſchen Thätigkeit unſerer Fiſcale betrachten. Daß die fiſcaliſche „Klage“ (im eigentlichen Sinn) gegen Adelige eine Singularität war und nur im Fall des Mangels eines Privatanklägers ſubſidiär eingeführt war, iſt ſchon oben angedeutet und ſomit ſteht nichts im Wege, wenn wir hier gemäß dem § 2 der Oberſt-Inſtr. und § 7 der Kreisſt-Inſtruction und übereinſtimmend mit § 5 der preußiſchen Inſtruction für den Generalfiſcal vorläufig den Schluß ziehen: im livländiſchen Strafproceß war im Allgemeinen den Fiſcalen nur befohlen, ſich beſonders für die Criminalrechtspflege zu intereſſiren und „auf den ſchleunigen Fortgang der Inquisitionsproceſſe zu ſehn.“ Dieſes iſt überdem die einzige Rolle, die wir dem Fiſcal bei uns in der ſchwediſchen Zeit zuweiſen können, denn wir haben ja geſehn, daß bereits nach der Landgerichtsordnung von 1632 dem Inquisitionsproceß ein, auch ſpäter durch die

115) Zum Beweiſe der überaus genauen Uebereinſtimmung des Fiſcalats in Preußen und Livland und ſomit auch zur Begründung der hier zu ziehenden Schluſſe laſſen ſich noch verſchiedene §§ des 1748 veröffentlichten Projectes des Codicis Fridericiani Marchici, Th. 1, Tit. 13 aufführen. Entſchiedene Vergleichungspunkte geben z. B. § 17, 35, 37, 38 — cf. bei Heffter l. c. pag. 606 ff.

Gesetzgebung nicht widerrufener, recht ausgedehnter Platz eingeräumt war.

Zwei Sätze sind es also hauptsächlich, die sich als Resultat des vorliegenden Abschnitts ergeben und deren Richtigkeit an den Beugnissen der Gerichtspraxis Livlands zur schwedischen Zeit zu prüfen ist:

1) Der Inquisitionsproceß, der schon zu Anfang der schwedischen Herrschaft in Uebung war, erstarkte in dieser Periode immer mehr und

2) das Fiscalat ist für das eigentliche Verfahren in Strassachen während der schwedischen Zeit von durchaus untergeordneter Bedeutung. Sein Schwerpunkt ruht nicht in der Anstellung einer öffentlichen Anklage, resp. in der Durchführung eines wirklichen Accusationsprocesses, sondern in der Pflicht zur Beschleunigung der Inquisitionsproceße und zur Beaufsichtigung ihres gesetzmäßigen Ganges.

(Fortsetzung folgt.)

J. C. Schwarz.

III.

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

1. Hat in Ermangelung einer besonderen Verabredung der Grundzinsner ein Recht auf die ausschließliche Nutzung der das Zinsgrundstück begrenzenden, gleichfalls im Eigenthume des Grundzinsherrn befindlichen Gewässer oder verbleibt dieses Recht dem Grundzinsherrn?

(Art. 1325, 947 und 1012 des Prov.-Rechts Th. 3).

Das städtische Weidencollegium belangte die Handlung N. auf Bezahlung eines Lagergeldes für verschiedene Hölzer, welche dieselbe in den Gewässern des klagenden Collegiums, der rothen Dina und dem sog. Kühlgraben, gestapelt hatte. Die Handlung N. bestritt das Klagerrecht des Weidencollegiums, weil diejenigen Gewässer, in welchen sie die fraglichen Hölzer gestapelt gehabt habe, theils zu der Kronsbefizlichkeit Alexandershöhe, theils zu dem Grundstücke des Fischers L. gehörten, das Recht zur Benutzung dieser Gewässer daher nicht dem klagenden Collegium, sondern den Besitzern der genannten Zinsgrundstücke zustehende und Beklagte deshalb auch von diesen die resp. Gewässer gepachtet, sowie an sie das Lagergeld schon entrichtet habe; wogegen das Weidencollegium replicando geltend machte, daß den genannten Grundzinsnern nur die Grundstücke auf Zins vergeben worden, ihnen jedoch nicht auch die Befugniß zur Nutzung der außerhalb dieser Grundstücke belegenen Gewässer übertragen sei, daß sie somit zur Verpachtung

der Gewässer nicht ermächtigt gewesen und daß aus letzterer der beklagten Handlung lediglich ein Recht auf Rückforderung des Pachtzinses erwachse.

Das Vogteigericht hat durch Urtheil vom 15. November 1866 die zur Klage gebrachte Forderung unter Bestätigung der beklagtschen Einrede abgewiesen, aus folgenden Gründen:

„Nach dem, was von der beklagten Handlung angegeben und von klagendem Theile nicht bestritten worden, kann als feststehend angenommen werden, daß ein Theil der in die rothe Düna gestößten Hölzer im Wasser bei und auf dem Grundstücke des Fischers L., ein anderer Theil in dem Wasser bei den Anstalten auf Alexandershöhe gelegen hat. Es ist ebenso unbefritten, daß der Fischer L. wie die Anstalten auf Alexandershöhe die von ihnen besessenen und von der rothen Düna bespülten Landstücke auf Grundzins vom Weidencollegium innehaben und somit diese Grundstücke zufolge Art. 947 u. 1325 des Privatrechts der Ostsee-Gouv. dergestalt und in gleichem Umfange benutzen dürfen, wie der Grundherr selbst Solches zu thun berechtigt ist. Zu diesen Rechten gehört aber auch unzweifelhaft die Disposition über die Wassergrenze und die Benutzung des Wassers, wie sie der Grundeigenthümer selbst auszuüben befugt ist. Daß die Grundzinsner oder Nutzungseigenthümer dadurch jedes Rechts auf Benutzung des ihre Grundstücke bespülenden Gewässers verlustig gehen sollen, weil dieses Wasser ganz innerhalb der Grenzen des Weidencollegiums gelegen und sonach nach der Bestimmung des Art. 1012 l. c. Eigenthum desselben ist, kann für rechtlich begründet nicht erachtet werden. Durch den Art. 1012 cit. hat lediglich der Grundsatz, nach welchem die öffentlichen Gewässer von den privaten zu unterscheiden sind, festgestellt werden sollen. Es kann aus diesem Artikel unbezweifelt im Allgemeinen die rechtliche Befugniß des Eigenthümers eines privaten Gewässers gefolgert werden, die Benutzung desselben Jedem zu unterfa-

gen; allein diese Befugniß wird nicht gegenüber dem Grundzinsner, welcher ein an das Wasser grenzendes Landstück von jenem Grundeigenthümer auf Erbzins erhalten hat, geltend gemacht werden dürfen, weil derselbe das Land nach den Art. 947 u. 1325 l. c. gleich dem Grundherrn „im weitesten Sinne zu nutzen“ berechtigt ist, der Grundherr aber eben auch das Wasser selbst vollständig sich nutzbar machen darf. Wie weit sich die Befugnisse des Grundherrn dem Zinsmann gegenüber erstrecken, ist in den Art. 1324—34 l. c. genau bestimmt; eine Beschränkung der im Art. 947 cit. dem Zinsmann gegebenen Rechte in dem vom klagenden Collegium bezeichneten Sinne und Maße findet sich jedoch nirgend auch nur andeutungsweise vor. — Es kann wohl gedacht werden, daß im einzelnen Falle durch besondere Verträge diejenigen Beschränkungen, welche klagendes Collegium als selbstverständlich seinen Grundzinsnern vorschreiben will, dem Nutzungseigenthümer in Beziehung auf die Benutzung des angrenzenden Wassers auferlegt werden; allein die Existenz solcher besonderen Verträge hat klagendes Theil weder behauptet, noch nachgewiesen. Wenn also das klagende Collegium sich von beklagter Handlung eine Gebühr für Hölzer, die diese in die Gewässer des Weidencollegiums einlassen und stapeln würde, stipuliren ließ, so kann diese Gebühr mit Recht nur von solchen Hölzern gefordert werden, die in dem der eigenen freien Disposition des Weidencollegiums noch unterliegenden Wasser gelegen haben oder noch sich vorfinden, keineswegs aber von Hölzern in denjenigen Theilen der rothen Düna, welche durch die Abgabe der betreffenden angrenzenden Grundstücke auf Grundzins der Benutzung und Disposition des Weidencollegiums entzogen sind und über welche diesem nur noch ein „Obereigenthum“ unter den gesetzlichen Beschränkungen zusteht. Hierher gehört aber namentlich das die Grundstücke des Fischers L. und der Anstalten von Alexandershöhe bespülende Wasser.

Was von Hölzern der beklagten Handlung hier gelegen hat, ist deshalb von der Zahlung des Lagergeldes an klagendes Collegium für liberirt zu erachten.“

Auf klägerische Appellation hat sodann der Nigafche Rath durch App. = Erk. vom 18. August 1867 das Erkenntniß erster Instanz aufgehoben und die beklagte Handlung nach dem Klageantrage verurtheilt. Die Entscheidungsgründe lauten, soweit sie hier interessieren, wie folgt.

„Das untergerichtliche Erkenntniß findet den Rechtsgrund für die Bestätigung der beklagterseits vorgeschützten Einrede in dem aus dem Befehz zu folgernden Uebergang des dem Eigenthümer zustehenden Benutzungsrechtes auf den Grundzinsner. Gegen solche Deduction hat klägerisches Theil in der Appellationschrift darauf hingewiesen, daß die nach den Art. 947 u. 1325 dem Nutzungseigenthümer gegebene Befugniß, das Zinsgrundstück im vollsten Sinne gleich dem Grundeigenthümer zu nutzen, sich doch immer nur auf dasjenige Grundstück beziehen könne, welches auf Grundzins ausgegeben ist, nicht aber sich über die Grenzen desselben hinauserstrecken dürfe, möge hier nun Land oder Wasser in Frage kommen, weil es dazu an jedem Rechtstitel fehle. In der That muß diese Auslegung der Art. 947 u. 1325 l. e. für die richtige gehalten werden.“

„Die Nutzungsberechtigung, von der in diesen Artikeln die Rede ist, kann nur auf das Grundstück bezogen werden, welches von dem Grundherrn in Grundzins vergeben ist. Nur dieses Grundstück soll der Grundzinsner in demselben Maße und Umfange nutzen dürfen, wie es dem Eigenthümer selbst zugestanden hat, — selbstverständlich innerhalb der Grenzen des Grundstücks, da das, was außerhalb seiner Grenzen liegt, eben nicht zu dem betreffenden Grundstück mehr gehört und nicht in das Grundzinsverhältniß übergegangen ist. Was über die Grenzen eines Zinsgrundstückes hinaus liegt, ist — soweit es nicht etwa anderweitig ebenfalls auf Grundzins vergeben ist — im vollen

Eigenthum des Grundherrn verblieben. Wenn daher dieser Theil in das Eigenthum eines Anderen übergehen soll, sei es in das *dominium directum* oder *utile*, so bedarf es dazu unzweifelhaft eines Rechtstitels. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob dieser Theil Land oder Wasser ist, wie denn auch schon das römische Recht ausdrücklich ausspricht, daß ein Privatfluß sich von anderen Privatplätzen in Nichts unterscheide (l. 4 Dig. 47, 12). Ein solcher Rechtstitel ist für das in casu in Anspruch genommene Wassergebiet nun keineswegs nachgewiesen. Es ist nicht einmal behauptet worden, daß bei der Constatirung der Grundzinsstücke, in deren Besitz sich Alexanderhöhe und der Fischer I. befanden, auch das angrenzende Wassergebiet mit in Grundzinsrecht vergeben worden sei. Es soll vielmehr mit der Uebertragung der Zinsgrundstücke an die genannten Grundzinsner ihnen auch das Recht auf Nutzung der anliegenden Gewässer, mithin das *dominium utile* an diesen, stillschweigend deshalb übertragen sein, weil dem Eigenthümer das Nutzungsrecht an diesen Gewässern zustehe und er dasselbe ausgeübt habe. Man schließt: weil nach den Art. 947 u. 1325 l. c. der Grundzinsner das Grundstück wie der Eigenthümer sollte benutzen dürfen, der Eigenthümer aber das anliegende Gewässer benutzt habe, so habe auch der Grundzinsner das volle Nutzungsrecht an diesen. Wäre dieser Schluß richtig, so müßte er auch von allem um das Zinsgrundstück liegenden Lande gelten, da der Grundzinsherr auch an diesem das Nutzungsrecht hat. Das anliegende Wasser ist gleich dem anliegenden Lande eben nicht ein Theil des betreffenden Grundstücks. Gesetzliche Bestimmungen aber, welche etwa für Gewässer etwas Anderes Rechtens sein ließen und welche es namentlich aussprächen, daß mit der Vergebung eines am Wasser belegenen Grundstücks auf Grundzins auch das angrenzende Wasser in das *dominium utile* übertragen werde, existiren nicht. Das Irrthümliche in der von dem Unterrichter ver-

tretenen Meinung liegt darin, daß ohne allen rechtlichen Grund vorausgesetzt wird, das Benutzungsrecht an dem um das Grundstück liegenden Gebiete hafte an dem Besitz des Grundstücks, während dasselbe vielmehr ein Ausfluß desjenigen Eigenthums ist, welches dem Grundeigenthümer an dem zu nutzenden Gebiete selbst zusteht.“

„Will ein Grundzinsner das Benutzungsrecht des an sein Grundstück angrenzenden in dem vollen Eigenthume des Grundherrn zurückgebliebenen Gewässers verlangen, so ist es nothwendig, daß er dasselbe ausdrücklich *justo titulo* erwerbe und sich zu dem Zwecke des *dominium utile* übertragen lasse. Daher ist es denn auch Sache des Grundzinsners für die von ihm beanspruchten Rechte den Titel seines Erwerbes nachzuweisen, nicht aber hat der Grundherr, wie der Unterrichter meint, durch besondere Verträge mit dem Nutzungseigenthümer sein Eigenthums- und Nutzungsrecht an dem an das Zinsgrundstück anstoßenden Wassergebiete sich zu bewahren.“

„Wenn ferner das Erkenntniß erster Instanz darauf hinweist, daß die Bestimmungen darüber, wie weit sich die Befugnisse des Grundherrn dem Grundzinsmanne gegenüber erstrecken, sich in den Art. 1324—1334 l. c. vorfinden und zugleich ausspricht, daß dieselben eine Beschränkung der im Art. 947 dem Zinsmanne eingeräumten Rechte in dem von klagendem Theile bezeichneten Sinne und Maße nicht enthalten, — so ist dagegen zu bemerken, daß dasjenige Recht, welches der Unterrichter in dem Art. 947 gegeben sieht, nämlich das Recht, ein außerhalb des auf Grundzins vergebenen Landstücks liegendes Gebiet zu benutzen, in jenem Artikel eben gar nicht liegt, sondern dieser offenbar einzig und allein die Nutzung des auf Grundzinsrecht veräußerten Grundstücks innerhalb der demselben zugetheilten Eingrenzung im Auge hat. Steht aber dem Zinsmanne das vermeinte Recht überhaupt nicht zu, so kann

auch in den Gesetzen eine Bestimmung über dessen Beschränkung nicht erwartet werden.“

„Aus vorstehenden Erwägungen ergibt sich denn, daß der von beklagter Handlung der Klage entgegengestellte Einwand, es fehle dem klagenden Collegium das Recht auf die Nutzung der betreffenden Gewässer, indem dieses Recht vielmehr den anliegenden Grundbesitzern zustehe, als unberechtigt zurückzuweisen ist. *)

2. Wenn bei einem zweiseitigen Vertrage der klagende Contrahent nur mangelhaft erfüllt hat, darf der andere auf Erfüllung belangte Contrahent deswegen nicht alle Gegenleistung verweigern, sondern bloß eine verhältnismäßige Minderung seiner Gegenleistung beanspruchen. Wenn jedoch der Beklagte selbst den Kläger an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert hat, so ist der Vertrag dem Beklagten gegenüber rechtlich als erfüllt zu betrachten und darf der Kläger die vollständige vertragsmäßige Gegenleistung verlangen, während er für die dem Beklagten durch die Nichterfüllung erwachsenen Schäden nicht verantwortlich ist.

Kläger hatte durch einen am 12. Februar 1863 förmlich abgeschlossenen Contract sein Grundstück nebst den darauf befindlichen und verschiedenen noch zu errichtenden Gebäuden, wie

*) Die in Obigem entwickelte Rechtsanschauung hat der Rigasche Rath auch in einem App.-Erf. vom 19. April 1868 und in einem App.-Erf. vom 10. Juli 1868 seiner Entscheidung zu Grunde gelegt.

Das im Texte mitgetheilte App.-Erf. d. d. 18. August 1867 hat übrigens, da dawider von beklagter Handlung des Rechtsmittel der Revision ergriffen worden, die Rechtskraft nicht beschritten und soll über die von C. Dirigirenden Senate getroffene Entscheidung der einschlägigen Rechtsfrage seiner Zeit gleichfalls in dieser Zeitschrift referirt werden.

namentlich einer Holzscheune und einem Maschinenraum, dem Beklagten für einen bestimmten halbjährlich praenumerando zu entrichtenden Miethzins vom 15. März 1863 ab auf 6 Jahre vermietet und zwar mit der ausdrücklichen Abmachung, daß, wenn Beklagter in den stipulirten Zahlungen manquiren würde, er zur sofortigen Exmiffion desselben befugt sein solle. An demselben Tage (12. Febr. 1863) war unter den streitenden Theilen eine zweite schriftliche Vereinbarung getroffen worden, laut welcher Beklagter sich verpflichtete, auf dem ihm zur Miethz gegebenem Grundstücke verschiedene Bauten, namentlich zu seinem eigenen Bedarf eine Holzscheune und einen Maschinenraum, aufzuführen und einige dieser Bauten — darunter die Holzscheune — zum 23. Februar 1863, die übrigen — darunter den Maschinenraum — bis zum 15. April desselben Jahres zu vollenden, wogegen Kläger sich anheischig machte, für die Ausführung des Baues dem Beklagten die Summe von 1600 Rbl. in bestimmten Raten bei Vollendung der einzelnen Baulichkeiten auszuführen, welche letztere Abmachung später durch einen Zusatz zu dem Contracte dahin alterirt wurde, daß Kläger im Ganzen 1700 Rbl. und zwar außer den damals bereits gezahlten 745 Rbl. „bei weiter pünktlich fortgesetztem Bau“ am 16. Februar 175, am 23. Februar 100 und so fort zu bestimmten Terminen bestimmte Summen zahlen solle.

Da Beklagter die am 15. September 1863 und am 15. März 1864 mit je 150 Rbl. fälligen halbjährlichen Miethquoten nicht pränumerirte, erhob Kläger am 20. März 1864 Klage auf Zahlung des rückständigen Miethzinses und Räumung des vermieteten Grundstücks. Dieser Klage opponirte Beklagter 1) die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages, weil zwei von ihm mitgemietete und zur Betreibung seines Geschäftes nothwendige Räumlichkeiten, nämlich eine Holzscheune und ein Maschinenraum, ihm nicht eingeräumt, ja auf dem gemieteten Grundstücke überhaupt nicht vorhanden seien und 2) die Ein-

rede der Compensation, weil einestheils Kläger von den nach der Bauvereinbarung ihm zu zahlenden 1700 Rbl. ihm nur 1385 Rbl. wirklich bezahlt habe, derselbe ihm also noch 315 Rbl. schuldig sei, und weil anderentheils durch die Entmiffung der mehrerwähnten Räumlichkeiten ihm ein Schaden im Betrage von 280 Rbl. erwachsen sei. Kläger berief sich replicando darauf, daß Beklagter, als Bauunternehmer, selbst die Schuld daran getragen habe, wenn die Holzscheune und der Maschinenraum nicht rechtzeitig hergestellt und ihm zur Benutzung überwiesen seien, daß dem Beklagten Schäden überall nicht verursacht wären und daß Kläger die dem Beklagten zukommenden Zahlungen, wiewohl in kleineren Raten, so doch stets praenumerando, also im Resultate durchaus, wie gehörig, geleistet und dieselben erst seit dem 23. März 1863 deshalb eingestellt habe, weil die auszuführenden Bauten nicht zur vertragsmäßigen Zeit vollendet worden seien. Beklagter entgegnete seinerseits, Kläger habe die zur Ausführung des Baues vertragsmäßig ausbedungenen Geldzahlungen nicht in den stipulirten Terminen geleistet und dadurch die gehörige Fortsetzung des Baues unmöglich gemacht.

Das Landvogteigericht hat mittelst Erkenntnisses vom 26. Juni 1867 den Beklagten mit seinen Einreden zurückgewiesen und ihn zur Räumung des gemietheten Grundstücks, sowie zur Bezahlung der rückständigen Miethe verurtheilt, der Rigasche Rath aber hat, nachdem Beklagter gegen dieses Erkenntniß die Querel interponirt hatte, in dem Querelbescheide vom 23. Februar 1868 das untergerichtliche Urtheil vollständig bestätigt. Aus den Motiven des Erkenntnisses zweiter Instanz ist Folgendes hervorzuheben:

„Es ist außer Zweifel gesetzt, daß die beregte Holzscheune und der Maschinenraum zur Zeit der Klageanstellung auf dem vom Beklagten gemietheten Grundstücke nicht vorhanden, also auch nicht zu dem dafür im Vertrage festgesetzten Termine vom

Beklagten, der sie zu erbauen übernommen hatte, erbaut worden waren. Dagegen hat sich die beklagliche Behauptung, daß die bedungenen Geldzahlungen Seitens des Klägers nicht in den stipulirten Terminen erfolgt seien und Beklagter dadurch an der Vollendung der Bauten gehindert worden, als völlig unbegründet herausgestellt, indem aus den vom Beklagten ausgestellten Quittungen hervorgeht, daß Kläger nicht nur am 16. Februar 1863 175 und am 23. Febr. 1863 115 Rbl. — also noch mehr als abgemacht worden —, sondern auch in Summen bis zum 16. Mai 1863 S.-Rbl. 1355 gezahlt hat, während er laut Uebereinkunft bis zu diesem Tage nur 1220 Rbl. zu zahlen gehabt hätte. Nur das ist erwiesen, daß von den 1700 Rbl., die Beklagter nach dem Bauvertrage überhaupt zu beanspruchen hatte, er bloß 1385 Rbl. baar erhalten und sich überdies 45 Rbl. freiwillig auf den am 15. März 1863 von ihm zu zahlenden Miethzins hat abrechnen lassen.“

„Beklagter hat darin allerdings Recht, daß der Miethcontract vom Kläger nicht seinem ganzen Inhalte nach erfüllt worden ist; der hieraus gezogenen Schlußfolgerung dagegen, daß deshalb auch die Klage auf Entrichtung des Miethzinses nicht zurecht beständig sei, kann nicht beigepröchtet werden, weil die diese Folgerung vermittelnde Behauptung, (daß der Vermiether, der selbst seine contractliche Verpflichtung nicht erfüllt hat, auch nicht berechtigt erscheine den stipulirten Miethzins zu fordern, wie überhaupt kein Miether verpflichtet werden könne, für Localitäten, die ihm nicht zur Benutzung eingewiesen worden, Miethgeld zu entrichten) in ihrer Anwendung auf die concreten Verhältnisse des vorliegenden Falles eine irthümliche ist. Denn einerseits kann dem Beklagten, wenn er aus einem zweiseitigen Vertrage zwar eine Leistung des Klägers empfangen hat, aber nur eine unvollständige oder mangelhafte, deshalb nicht die Befugniß zuerkannt werden, seinerseits alle Gegenleistung zu

verweigern, sondern nur das Recht, eine verhältnißmäßige Minderung seiner Gegenleistung zu beanspruchen; andererseits aber sind, wenn der Kläger durch den Beklagten selbst behindert worden ist den ihm obliegenden Verpflichtungen nachzukommen, letztere für erfüllt zu erachten und es steht solchenfalls dem Kläger frei, dasjenige, was ihm nach dem Contracte zu gewähren gewesen wäre, selbst ohne Gegenleistung in Anspruch zu nehmen, wie er auch unter der obigen Voraussetzung für den dem Gegentheile durch die Nichterfüllung erwachsenen Schaden nicht verantwortlich ist.

arg. Art. 3213, 3266, 3439, 2384, 3192 und 3441 des Prov.-Rechts Th. 3 in Verbindung mit Art. XXI der Einleitung.

Der in vorstehendem gedachte Fall liegt nun aber hier vor. Kläger ist durch Beklagten an der Erfüllung seiner contractlichen Verbindlichkeiten, speciell an der Einräumung jener Räumlichkeiten, aus deren Entwiffung Beklagter seine Einrede herleitet, insofern behindert worden, als letzterer eben jene Räumlichkeiten selbst zu erbauen übernommen, sie aber nicht erbaut hat. Und wenn Beklagter dagegen geltend zu machen gesucht hat, daß der Bauvertrag in keinem Zusammenhange mit dem Miethcontracte und auch zu der Klage in gar keiner Beziehung stehe, so ist dieses durchaus unbaltbar. Denn die gehörige Erfüllung des einen Vertrages bildete offenbar die Voraussetzung für die Realisirung des anderen, da ja einestheils die vermiethteten Räumlichkeiten zur Zeit des Abschlusses des Miethcontractes zum größten Theile noch gar nicht existirten, anderentheils Kläger sie später durch einen Andern, als Beklagten, erbauen zu lassen, um sie diesem zur Benutzung zu überweisen, gar nicht berechtigt war, weil er dadurch den Bauvertrag verlegt und sich damit einer Entschädigungsklage

abseiten des Beklagten ausgelegt hätte. Aus diesem folgt denn, daß Beklagter, welcher den auf ihm ruhenden Obliegenheiten hinsichtlich des Baues nicht nachgekommen ist, aus der unterlassenen Einräumung der ihm nothwendigen Localitäten keinen Grund zu einem rechtlichen Anspruche wider Klägern entnehmen kann, wie schon der Satz des canonischen Rechts es ganz allgemein ausspricht: *frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se praestitam servare recusat*, — wo gegen seine Verpflichtung zur Gegenleistung, d. h. zur Entrichtung des Miethzinses, fortbesteht. Ein Anderes wäre es, wenn Kläger seinerseits wiederum den Bauvertrag nicht gehörig eingehalten hätte, indem dann, was jetzt vom Beklagten gilt, auf ihn, Klägern, angewendet werden müßte. Ein contractwidriges Verhalten desselben ist aber vom Beklagten nicht dargethan worden, da — wie schon oben bemerkt — bis zum 16. März 1863 die stipulirten Zahlungen vollständig erfolgt und erst nach dem 23. März 1863 deshalb mit Recht unterblieben sind, weil Beklagter z. B. die Holzscheune am 25. Februar ejd. noch nicht einmal zu bauen begonnen, also den Bau nicht pünktlich ausgeführt hatte, was eine Vorbedingung für die zu leistenden Zahlungen war. Solchem nach ist der Miethcontract zwar thatsächlich nicht zur vollständigen Erfüllung gelangt, doch aber dem Beklagten gegenüber rechtlich als erfüllt zu betrachten, weil er eben durch die eigene Schuld des letzteren nicht erfüllt worden ist, und erscheint deshalb die aus der Nichterfüllung vom Beklagten hergeleitete Einrede unrechtfertig.“

„Ebenso wenig ist aber auch die Einrede der Compensation rechtlich begründet. Denn wenn Beklagter diese darauf basirt, daß Kläger ihm aus der unter ihnen getroffenen Bauvereinbarung annoch 315 Rbl. schulde, so ist dies um deswillen nicht richtig, weil nach eben jener Vereinbarung die Zahlungen in den stipulirten Terminen nur dann erfolgen sollten, wenn der Bau pünktlich fertiggesetzt werden würde, Beklag-

ter aber diese Bedingung nicht eingehalten hat, indem zu der für die Beendigung eines Theiles des Baues bestimmten Zeit, nämlich am 23. Februar 1863, diese Bauten nicht alle fertig, ja die Holzscheune nicht einmal zu bauen begonnen war, so daß Kläger schon von diesem Tage an zur Einstellung der Zahlungen berechtigt gewesen wäre, wiewohl er erst einen Monat später von seiner Befugniß Gebrauch gemacht hat. Wenn aber Beklagter den Betrag der von ihm angeblich durch die Nichteinräumung der Holzscheune und des Maschinenraumes erlittenen Schäden zur Compensation bringen will, so ist Solches ebenfalls unzulässig, weil einmal weder die Existenz noch der Betrag des Schadens liquid gestellt sind und selbst, wenn dies der Fall wäre, doch deswegen ein Ersatzanspruch gegen den Kläger nicht bestehen würde, weil Beklagter sich diesen Schaden selbst zuzuschreiben und somit nach der in den Art. 344 des Prov.-Rechts Th. 3 übergegangenen Rechtsregel: *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non videtur damnum sentire*, selbst zu tragen hätte.“

„Es sind also sowohl die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als auch die der Compensation mit Recht von foro unde verworfen worden.“

3. Die Bestimmung des Art. 3851 des Prov.-Rechts Th. 3, daß wenn Waaren ohne Bestimmung des Preises bestellt und zugesandt werden, der Marktpreis als bedungen gelten soll, kann nur dort zur Anwendung kommen, wo die bestellten Waaren einen Marktpreis haben. Ist dies nicht der Fall, so hat der Verkäufer die Angemessenheit der in Rechnung gestellten Preise darzuthun.

Der Klage auf Bezahlung von bestellten und gelieferten 2 Ohm Strohrheinwein laut übergebener Factura vom 18. September 1866 im Betrage von 314 Gulden rheinisch setzte

die beklagte Handlung entgegen, daß sie auf die Zusicherung des Agenten der klägerischen Handlung, der Wein solle möglichst billig berechnet werden, wohl die ausgeklagten 2 Dhm bestellt habe, daß aber ein Preis nicht abgemacht und deshalb der Kauf nicht perfect geworden sei.

Von dem Vogteigerichte wurde unter dem 2. November 1867 dahin erkannt, daß klägerische Handlung zu beweisen habe, „daß der eingeklagte Preis von 314 Gulden für 2 Dhm Strohrheinwein nebst Fässern und Emballage am 18. September 1866 am hiesigen Handelsmarkte bestanden habe.“ In Folge der von klägerischem Theile gegen diese Beweisanzlage angemeldeten Querrel hat jedoch der Rigasche Rath durch den Querelbescheid vom 13. März 1868 das Erkenntniß erster Instanz aufgehoben und der klägerischen Handlung Beweis darüber auferlegt: „daß der geforderte Preis ein der gelieferten Waare angemessener sei.“ In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt:

„Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch in dem Falle, wo der Käufer eine Waare bestellt, ohne eine Verabreichung hinsichtlich des Preises getroffen zu haben, das Geschäft gültig und der Käufer zur Bezahlung der zugesandten Waare verpflichtet ist. Wenn für einen solchen Fall der Art. 3851 bestimmt, daß der Marktpreis als gefordert und bewilligt anzusehen sei, so kann eine Festsetzung des Preises in einem streitigen Falle nach dieser Bestimmung doch jedenfalls nur da eintreten, wo die Voraussetzung derselben, nämlich die Existenz eines Marktpreises, wirklich vorhanden ist. Diese Voraussetzung fehlt aber hier offenbar. Nicht allein ist weder am hiesigen Handelsplatze, noch an den nächst gelegenen Handelsorten ein Markt für Wein, sondern es kann bei diesem Artikel überhaupt von einem Marktpreise nicht die Rede sein, da die Qualität dieser Waare so äußerst verschieden und für jede Species von vielen influiren-

den Umständen abhängig ist. Der Käufer einer ohne Preisverabredung bestellten Waare, für welche auch ein Marktpreis nicht existirt, kann daher nur berechtigt sein zu verlangen, daß der von ihm zu zahlende Preis ein angemessener sei. *) Außerdem kommt im vorliegenden Falle aber noch in Betracht, daß — wie von klägerischer Handlung nicht in Abrede gestellt worden — die Zusicherung eines möglichst billigen Preises gegeben worden ist, was eben auch nur als die Bedingung eines angemessenen Preises angesehen werden kann. Wenn also die von klägerischem Theile gestellte Preisforderung von beklagter Handlung als eine den wahren Werth der Waare übersteigende und unbillige bezeichnet wird, so ist dem Kläger der Beweis darüber aufzuerlegen, daß der geforderte Preis ein angemessener sei.“

4. Zur Begründung des speciellen gesetzlichen und (sowohl gemeinrechtlich, als auch nach Lib. III Tit. X Punkt 9 der Rigaschen Stadtrechte) privilegirten Pfandrechtes, welches nach Art. 1407 des Prov.-Rechts Th. 3 demjenigen zusteht, der zur Wiederherstellung oder Verbesserung und Unterhaltung eines Grundstückes, Gebäudes oder Schiffes Geld vorgestreckt hat, gehört bloß der Nachweis, daß der Schuldner nach Empfang des Darlehens von dem Pfandgläubiger einen der Darlehenssumme, für welche das Pfandrecht

*) Es ist hier als die stillschweigend erklärte Absicht der Contrahenten anzunehmen, daß der Preis — nöthigenfalls unter Zugiehung von Sachverständigen — nach dem billigen Ermessen des Richters festgestellt werden solle, was nach Art. 3854 a. a. O. zulässig ist. Vgl. Treitschke, Kaufcontract 2. Aufl. § 18 Note f a. Seite 53 u. 54. Brindmann, Handelsrecht § 69 nach Note 11. Endemann, Handelsrecht § 107 Note 18, 19. Seuffert's Archiv, XVI Nr 41. Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsrecht, Band IV S. 399.

beansprucht wird, gleichen Betrag, nicht daß er dieselben Geldstücke, welche er von dem Pfandgläubiger empfangen, zur Wiederherstellung oder Erhaltung des fraglichen Immobils oder Schiffes verwandt habe. *)

Obigen Rechtsatz hat das Landvogteigericht in einem Erkenntnisse vom 17. Juni 1867 ausgesprochen und demgemäß einem Gläubiger A., welcher sich an dem S.'schen Special-Concurse mit einer Forderung von 600 Rbl., die er laut von ihm exhibirter Obligation zum Ausbau des im Special-Concurse befangenen Wohnhauses dem Creditoren dargeliehen, angemeldet hatte und für dieselbe eine privilegierte Stellung in Anspruch nahm, den Beweis auferlegt: „daß der Gemeinschuldner nach Empfang des in Rede stehenden Darlehens von 600 Rbl. einen solchen Betrag zum Ausbau und zur Verbesserung seines Hauses verwandt habe.“ Diese Entscheidung wurde in der Oberinstanz auf die von zweien Gläubigern L. und M., welche durch das dem A. eingeräumte Vorzugsrecht beeinträchtigt wurden, eingelegte Berufung am 26. Januar 1868 bei dem Hinzufügen bestätigt, daß die Forderung des Nachweises, es seien dieselben Münzen verwendet worden, zu den größten practischen Schwierigkeiten führen müßte und es zur Stellung derselben einer dahin gehenden speciellen Gesetzesvorschrift bedürfen würde, an der es aber mangle.

In Folge der von dem Appellanten gegen die Fassung des Beweisatzes erhobenen Ausstellung, welche -darauf hinwies, daß das von dem A. beanspruchte Privilegium nur demjenigen Darlehen zukomme, mit welchem eine theilweise Wiederherstellung, eine s. g. Hauptreparatur bestritten worden und daß deshalb eine Präcisirung der Beweisaufgabe in dieser Richtung

*) Damit stimmen überein Sinteris, Civilrecht § 72 Note 8 sub 8, Holzschuher, Theorie u. Casuistik 3 Aufl. II. S. 575 u. 576. Vgl. Dernburg, Pfandrecht I, S. 318.

erforderlich sei, sprechen sich die Entscheidungsgründe der Oberinstanz noch folgendermaßen aus: „Wenngleich anzuerkennen ist, daß zur Bewirkung des hier in Rede stehenden Privilegiums mit dem dargelegenen Gelde eine Verbesserung und Erhaltung des Hauses erreicht sein muß und nicht jede an einem Hause mit Kostenaufwand ausgeführte Arbeit schon für eine Verbesserung und Erhaltung des Hauses erachtet werden kann, vielmehr der das Privilegium in Anspruch Nehmende auch den Nachweis einer mit solchem Erfolg angewendeten Arbeit zu führen haben wird, — so bedarf es doch deshalb keiner Erweiterung und Präcisirung der vom Untergerichte ausgesprochenen Beweisaufgabe, da dieselbe den vom Gesetz geforderten Nachweis bereits in sich schließt und es schließlich dem Ermessen des Richters unterliegen wird, ob in der Art und dem Umfange der angewendeten Arbeiten eine Verbesserung des Hauses zu erkennen sei.“

(Fortsetzung folgt.)

Victor Zwingmann.