

H. J. J. J.
1. 5. 22.

Civilrechtliche Entscheidungen

der

Riga'schen Stadtgerichte

zusammengestellt und herausgegeben

von

Victor Bwingmann,

Adjektor des Riga'schen Landvogteigerichts.

Vierter Band.

Riga.

Verlag von N. Kymmel.

1877.

Ext. A

Terttu Riihimäki
Reumatologu

24851

U29828582

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung zum 3. Theile des Prov.-Rechts.

	Seite
481. Collision der Statuten. Zahlungsort bei einem Leihbrieft, welcher von einem Rigenfer in Wilna nach den Vorschriften des Reichsrechts ausgestellt und wider ihn in Riga ausgeklagt ist, und Zulässigkeit der exc. non num. pec. wider denselben	1

II. Familienrecht.

482. Unter welchen Voraussetzungen kann die von dem Ehemann getrennt lebende Ehefrau die Zahlung von Alimentationsgeldern verlangen?	6
483. Zur Auslegung des Art. 83 des Prov.-Rechts Th. 3. Wann ist ein Immobilien von beiden Ehegatten gekauft?	7
484. Eine von der Ehefrau während bestehender Ehe ohne Zustimmung des Mannes eingegangene Verbindlichkeit ist nach Auflösung der Ehe als bereits zur Zeit der Eingehung rechtsgültig entstanden zu betrachten	8
485. Wirkung eines in den livländischen Städten von der Ehefrau aus dem Ehevermögen dem Manne ertheilten Darlehens	10
486. Im Falle des Art. 124 des Prov.-Rechts Th. 3 richtet sich die Angemessenheit des Unterhaltes nach den Standes- und Vermögensverhältnissen des Mannes	12
487. Das durch die Berufsthätigkeit des Ehemannes Erworbene ist im Zweifel nicht als von ihm „besonders“ erworbenes Vermögen im Sinne des Art. 126 des Prov.-Rechts Th. 3 anzusehen	13
488. Ueber die Begründung der Klage auf Rückerstattung von Brautgeschenken	16
489. Der Umfang der Restitutionspflicht des Beklagten wird im Falle der Art. 129—131 durch den Art. 3715 des Prov.-Rechts Th. 3 bestimmt	18
490. Einflußlosigkeit einer anderweitigen Verhehlung des Verführers auf die ihm nach Art. 158—159 des Prov.-Rechts Th. 3 gegenüber der Verführten obliegenden Verbindlichkeiten	18
491. Anspruch des Ehemannes gegen die Ehefrau auf Herausgabe der Kinder	20
492. Abänderlichkeit der von dem Consistorium bei der Ehescheidung verfügten Ueberweisung der Kinder an den einen der geschiedenen Ehegatten zur Erziehung	21

	Seite
493. Unter welchen Voraussetzungen ist der Vater verpflichtet, der Mutter das von ihr auf die Alimentation der Kinder Verwendete zu ersetzen?	22

III. Sachenrecht.

494. Zur Lehre von dem Besitzprozesse, insbesondere zur Anwendung des Art. 690 des Prov.-Rechts Th. 3	28
495. Die Besitzklagen (Interdicte) stehen nur dem juristischen Besitzer, nicht dem bloßen Detentor zu	29
496. Der aus dem Besitze eines Immobils gewaltsam Verdrängte kann die Wiederherstellung seiner Detention an den in dem Immobil vorhanden gewesenen beweglichen Sachen verlangen, auch wenn er an letzteren den juristischen Besitz nicht hatte. Voraussetzungen der Detention (Art. 693 und 695 des Prov.-Rechts Th. 3; l. 1 §§ 31—33 Dig. de vi 43, 16)	33
497. a) Der Finderlohn ist nicht von dem Eigenthümer, sondern von dem Verlierer der Sache zu zahlen.	
b) Der Finder kann die Sache bis zur Bezahlung des Finderlohnes zurückhalten	38
498. Hat ein Omnibusconducteur Anspruch auf Finderlohn bezüglich der von den Passagieren vergessenen Sachen?	39
499. a) Der Grundeigenthümer erwirbt das Eigenthum an der Hälfte des Schatzes ipso jure.	
b) Der Arbeitsunternehmer erwirbt an dem von seinen Arbeitern gefundenen Schatz kein Eigenthum.	
c) Der im Artikel 741 des Prov.-Rechts Th. 3 begründete Anspruch auf Finderlohn kann von einem Polizeibeamten, der gestohlenes Gut dem Diebe abnimmt, nicht erhoben werden	41
500. Thatsächliche Substantiirung der als Grund des Eigenthumsverlustes behaupteten „Uebergabe“ der verkauften Sache	47
501. a) Zur Substantiirung der Eigenthumsklage gehört die Angabe der Thatfachen, durch welche das Eigenthum dem Kläger erworben wurde.	
b) Bedeutung der causa traditionis für den Eigenthumsverlust	48
502. Klagebegründung und Beweislast bei der vindication beweglicher Sachen	52
503. Nominatio auctoris bei der Pfandklage	53
504. Collision des Art. 923 des Prov.-Rechts Th. 3 mit dem Art. 1664 des Strafgesetzbuches (Ausg. von 1866)	55
505. Die Veräußerung einer res litigiosa ist nach dem Particularrecht der Ostseeprovinzen nicht verboten	56
506. Der Art. 988 des Prov.-Rechts Th. 3 findet auf bloße Kehrgruben keine Anwendung	58
507. Verhältniß des Art. 989 des Prov.-Rechts Th. 3 zu den §§ 97 bis 99 der Bau-Instruction für die Stadt Riga	59
508. Schadensersatzklage wegen Beschädigung eines Hauses durch Ausgrabung tiefer Keller an der Grenze. Collision des § 24 der Bau-Instruction für die Stadt Riga mit dem Art. 990 des Prov.-Rechts Th. 3	59
509. Zur Anwendung des Art. 992 des Prov.-Rechts Th. 3. In den	

	Seite
Vorstädten Rigas ist nach einem Localen Wohnheitsrechte die Anlage von Fenstern in einer 5 Fuß oder mehr von der Nachbargrenze entfernten Wand keiner Beschränkung unterworfen . . .	62
510. Anspruch desjenigen, welcher einen von seinem Nachbar zu unterhaltenden Grenzzaun hat aufführen lassen, auf Ersatz der Herstellungskosten (Art. 931 und 993 des Prov.-Rechts Th. 3) . .	63
511. Zur Auslegung des Art. 1007 des Prov.-Rechts Th. 3	65
512. Ueber den Anfangspunkt der Verjährung der Negatorienklage gegenüber einer Servitut	66
513. a) Die Anlage einer Materialwaarenbude enthält keinen Eingriff in die Krügereigerechtigkeit.	
b) Inwiefern ist der Grundzinsner an die, seinem Besitzvorgänger von der Grundherrschaft auferlegten Nuzungsbeschränkungen gebunden?	
c) Zulässigkeit der Klage auf Anerkennung eines Rechts . .	67
514. Kann der Vermiether das ihm nach Art. 1404 des Prov.-Rechts Th. 3 zustehende Pfandrecht an denjenigen Inveeten und Mäten des Miethers ausüben, welche zwar in dem Miethlocal noch vorhanden, aber von dem Miether bereits an dritte Personen veräußert sind?	78
515. Der Erlös gerichtlich gepfändeter und versteigertter Sachen gehört, so lange er dem Executionsimpetranten nicht ausbezahlt ist, zum Vermögen des Schuldners	84
516. a) Der vorgehende Pfandgläubiger kann sich der Versteigerung gerichtlich gepfändeter Sachen des Schuldners widersetzen, wenn diese zur Deckung seiner Forderung nicht ausreichen, bzw. keinen Ueberschuß über seine Forderungen in Aussicht stellen.	
b) Steht diese Befugniß auch dem älteren Generalpfandgläubiger zu?	85
517. Ueber die rechtliche Stellung des Faustpfandgläubigers gegenüber der Concurssmasse des Pfandschuldners	94
518. Das Retentionsrecht aus dem Gordianischen Rescript steht dem Faustpfandgläubiger auch gegen den Cessionar des Verpfänders zu	99
519. Verhältniß des gerichtlich immittirten Pfandgläubigers zu den Einwohnern des Immobilien	100
520. Nach Rigaschem Stadtrecht ist auch auf ingrossirte Forderungen bei der Vertheilung des Meistbotshillings keine Rücksicht zu nehmen, wenn sie nicht vor der praeclusio aditus zu den Specialconcurssacten angemeldet worden sind. (Vgl. No. 630a.)	103
521. Bei einer Concurrenz von General- und Specialpfandrechten entscheidet über die Priorität einzig das Alter der Bestellung . . .	106
522. Collision von Näherrechtsansprüchen. Auslegung der Art. 1661 und 1668 des Prov.-Rechts Th. 3.	108

IV. Erbrecht.

523. Die beerbte Wittwe ist nach libl. Stadtrecht den Gläubigern des verstorbenen Mannes gegenüber allein zur Vertretung des Nachlasses legitimirt, auch wenn eingekindschaftete Kinder aus einer früheren Ehe des verstorbenen Mannes vorhanden sind	112
524. Die in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Kinder können, wenn	

	Seite
der überlebende Parens zur Gesamtmasse gehörige Immobilien rechtswidrig veräußert, bei dessen Lebzeiten gegen den Erwerber bloß auf gerichtliche Anerkennung der Ungültigkeit der Veräußerung klagen, nicht aber auf Rückerstattung des veräußerten Immobiles	113
525. a) Wesen und Princip der in den livländischen Städten bestehenden Gütergemeinschaft.	
b) Der überlebende Parens ist in der Veräußerung der in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Immobilien nur insoweit beschränkt, als es der Chemann während bestehender Ehe ist. Demnach kann der Wittwer Immobilien, die während bestehender Ehe auf seinen Namen aufgetragen sind, ohne Zustimmung der Kinder, und ohne obervormundschaftliche Genehmigung veräußern	115
526. Die mit minderjährigen Kindern hinterbliebene Wittwe ist zur Veräußerung eines von dem Manne hinterlassenen Geschäfts ohne Zustimmung der Vormünder und des Waisengerichts nicht berechtigt	125
527. Zur Anwendung des Art. 1834 des Prov.-Rechts Th. 3	126
528. Der zu einer zweiten Ehe schreitende überlebende Parens muß die Kinder aus seinem und des verstorbenen Parens Vermögen abtheilen, wobei ein Adoptivkind gleich einem leiblichen Kinde zu berücksichtigen ist	128
529. Unwirksamkeit eines Oralsideicommnißes in den livl. Städten	131
530. a) Wesen des correspectiven Testaments.	
b) Erblichen in Livland die von dem überlebenden Testator in dem correspectiven Testamente zu Gunsten Dritter getroffenen Anordnungen von selbst?	133
V. Obligationenrecht.	
531. Beweislast bei der Behauptung, es liege ein Scheingeschäft vor	138
532. a) Die Bedrohung mit einer Criminalanklage, um den Bedrohten zur Eingehung oder Anerkennung einer civilrechtlichen Verbindlichkeit zu bestimmen, enthält einen rechtswidrigen Zwang.	
b) Die Berufung auf den Zwang ist unstatthaft, wenn der Gezwungene die Handlung nachträglich ratihabirt hat	138
533. Auf Grund eines privaten schriftlichen Kaufcontractes kann nicht auf Zahlung des Kaufpreises, sondern nur auf Vollziehung des förmlichen Contractes geklagt werden	140
534. Kann die Klage auf förmliche Vollziehung eines Kaufcontractes über ein in den Ostseeprovinzen belegenes Mobil gegen den im Inneren des Reiches domicilirenden Verkäufer bei dem Gerichte der Belegenheit des Immobiles angestellt werden?	142
535. Einreden gegenüber der Klage aus dem Anerkennungsvertrage	144
536. Einrede der Vitispandez gegenüber der Klage aus dem Anerkennungsvertrage, hergeleitet aus einem Proceß über die materielle causa debendi	146
537. Klage auf Erfüllung des Versprechens, ein von einer dritten Person in Riga mündlich errichtetes Vermächtniß auszahlen zu wollen	147

	Seite
538. Die Behauptung des Beklagten, als Stellvertreter eines Dritten contrahirt zu haben, enthält eine Einrede	154
539. Beweislast des Klägers, wenn der Beklagte behauptet, nicht Namens eines Dritten contrahirt, sondern den Vertragschluß bloß vermittelt zu haben	155
540. Ist das Klagerecht gegen denjenigen, der als vorgeblicher Stellvertreter eines Anderen contrahirt hat, an die Voraussetzung gebunden, daß zuvor der Vertretene vergeblich ausgedacht ist?	156
541. Vindication gestohlener Inhaberpapiere. Collision des Art. 1664 des Strafgesetzbuches mit dem Art. 3129 des Prov.-Rechts Th. 3	158
542. Welches sind die rechtlichen Wirkungen eines Vertrages, in welchem der Promittent sich verpflichtet, einen Kaufvertrag mit dem Promissar oder demjenigen, welchen dieser bezeichnen würde, abzuschließen?	163
543. Statthastigkeit einer dem Vertrage beigefügten Resolutivbedingung, deren Vereitelung in dem Belieben des Berechtigten steht	167
544. Rechtliche Wirkung der vor Eintritt der Fälligkeit der Schuld abgegebenen Erklärung des Schuldners, daß er nicht erfüllen könne oder werde	168
545. Gehört die Behauptung, daß der aus einem zweiseitigen Vertrage Klagenbe seinerseits erfüllt habe, zur Begründung der Klage, oder ist sie Gegenstand einer Replik?	170
546. Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber der Klage aus dem Versicherungsvertrage auf Auszahlung der Versicherungssumme	172
547. Bei einem zweiseitigen Vertrage kann der Beklagte, wenn der Kläger nicht vollständig, sondern nur mangelhaft erfüllt hat, deshalb nicht alle Gegenleistung verweigern, sondern dieselbe nur insoweit zurückhalten, als sie mit der unterbliebenen Leistung des Klägers im Verhältniß steht	173
548. Ein Vertrag ist als erfüllt anzusehen, wenn der Kläger von dem Beklagten an der Vertragserfüllung gehindert worden ist	173
549. Die Beschränkung der Retention der Gegenleistung des Beklagten auf einen der nicht erfüllten klägerischen Leistung entsprechenden Betrag setzt die Theilbarkeit der dem Kläger obliegenden Leistung voraus	174
550. Beim Genustkaufe darf wegen mangelhafter Beschaffenheit nur der mangelhafte Theil, nicht aber das ganze Kaufobject redhibirt werden	176
551. Die Ansprüche aus dem ädilischen Edict können nach Ablauf der Verjährungsfrist auch einredeweise nicht mehr geltend gemacht werden	177
552. Ueber die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens	178
553. Der Gläubiger, welcher schon im Voraus erklärt hat, die geschuldete Leistung nicht annehmen zu wollen, wird durch bloße Verbalsoblation in Verzug versetzt	180
554. Unterschied zwischen der „Anzahlung“ und dem „Handgelde“	180
555. a) Die Verbindlichkeit zur Zahlung einer Conventionalstrafe erlischt, in Ermangelung anderweitiger Abrede, wenn dem Schuldner die Erfüllung des Hauptvertrages ohne seine Schuld unmöglich wird.	

	Seite
b) Im Zweifel ist nicht anzunehmen, daß die Conventionalpön auch für den Fall unverschuldeter Nichterfüllung bedungen sei	182
556. Unterschied zwischen dem Retentionsrechte, der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und der Compensation	185
557. Inwieweit ist der Beschädigte verpflichtet, zur Abwendung des Schadens seinerseits Kosten aufzuwenden?	186
557a. Schadenersatzanspruch eines Handwerkers gegen den Bauherrn wegen unterlassener Warnung vor dem Betreten einer gefährlichen Stelle	187
558. Schadenersatzanspruch des freigesprochenen Inquisiten gegen den Denuncianten	189
559. Einwand des aus der Anseglung in Anspruch genommenen Schiffers, daß sein Fahrzeug zur Zeit der Anseglung unter dem Commando eines Zwangslootsen gestanden habe	190
560. Thatsächliche Begründung der Schadenersatzklage gegen den Dienstherrn wegen eines von dem Dienstboten verursachten Schadens	192
561. Ist bei der Beschädigung von Fischereien auch Ersatz wegen des durch den verhinderten Fischfang entgangenen Gewinnes zu leisten? (Vgl. Band III, No. 364)	193
562. Inwiefern schließt der Umstand, daß eine Schuldburkunde mit einer Blanco-Cession versehen ist, die dem Schuldner gegen den Cedenten zustehenden Einreden aus?	194
563. „Gehörige“ Benachrichtigung des Schuldners von der Cession (Art. 3474 des Prov.-Rechts Th. 3)	205
564. a) Unter mehreren Cessionaren derselben Forderung hat derjenige den Vorzug, dem zuerst cedirt worden ist. b) Derselbe Grundsatz entscheidet bei der Collision zwischen einem Cessionar und einem Arrestimpetranten	205
565. Der Schuldner kann einen ihm gegen den Cedenten zustehenden Anspruch nicht gegen den Cessionar zur Klage bringen	210
566. a) Welche Ansprüche hat der Cessionar gegen den Cedenten, wenn der debitor cessus die Bezahlung der Forderung weigert, weil sie bereits vor der Cession durch Zahlung oder Compensationsvertrag mit dem Cedenten getilgt sei? b) Beweislast bezüglich der Nichtexistenz einer cedirten Forderung	211
567. Statthaftigkeit eines Arrestes auf die von dem verurtheilten Schuldner zum gerichtlichen Depositum gezahlte Schuldsomme behufs Sicherung einer Gegenforderung	215
568. Bei zweiseitigen Verträgen kann der Erfüllungsort für jeden Contractanten ein anderer sein	217
569. Beweislast in dem Falle, wo darüber Streit entsteht, ob die von dem Beklagten zurückgegebene Sache dieselbe sei, welche er vom Kläger zur Reparatur, Aufbewahrung u. s. w. empfangen hat	218
570. Beweispflicht des Gläubigers, welcher die Herausgabe des in den Händen des Schuldners befindlichen Schuldscheines verlangt	221
571. Zur Anwendung des Artikels 3539 des Prov.-Rechts Th. 3	222
572. Der Besitz der Schuldburkunde begründet keine Vermuthung dafür, daß die Schuld nicht bezahlt sei	223
573. Ueber die Voraussetzungen der nach Art. 3552 des Prov.-Rechts	

	Seite
Th. 3 für die Zulässigkeit der Compensationseinrede erforderlichen Liquidität	224
574. Ueber die Zulässigkeit der Compensation im Concurse	226
575. Beweislast bei obwaltendem Streit über den Inhalt eines den früher geschlossenen Vertrag aufhebenden Vertrages	231
576. Anfangspunkt der Verjährung einer Forderung, die der Schuldner bezahlen soll, „sobald seine Umstände es gestatten“	232
577. a) Klage aus dem Darlehen, oder aus dem Schuldschein? b) Kann die querela non num. pec. nach provinziellem Recht nur gegen Urkunden, die den Empfang eines Darlehens bescheinigen, oder auch gegen andere Schuldscheine geltend gemacht werden? (Vgl. Band II, No. 277.) c) Einrede der Trunkenheit	233
578. a) Der die querela non num. pecuniae erhebende Schuldner hat nicht zu beweisen, daß die Urkunde in der Voraussetzung, das verabredete Darlehen zu erhalten, ausgestellt sei; vielmehr wird durch die bloße Anstellung der Querel der Gläubiger genöthigt, den Beweis der Numeration zu führen. b) Das vor dem beglaubigenden Notar an dem Tage der Ausstellung der Schuldburkunde selbst geschehene Bekennen zum Inhalte derselben hat nicht die Wirkung einer Schuldanerkennung im Sinne des Artikels 3676	238
579. Unstatthaftigkeit der querela non num. pec. gegenüber einer Urkunde, in welcher der Aussteller bekennet, ein Darlehen empfangen und in seinem Nutzen verwendet zu haben	238
580. Ueber die Voraussetzungen der Zulässigkeit des Cidesantrages gegenüber einer zwei Jahre alten Darlehensurkunde	241
581. Thatsächliche Begründung der <i>condictio indebiti</i> . Beweislast bezüglich der Richterzinstenz der Schuld	242
582. Commodatweise Hingabe von Werthpapieren behufs Bestellung einer dem Commodatar obliegenden Caution. Was gehört zur Begründung der Rückforderung?	245
583. Verkauf eines dem Verkäufer nicht gehörigen Immobils. Collision der Artikel 3144 und 3338 des Prov.-Rechts Th. 3. Voraussetzungen der Verwirkung des Handgeldes	246
584. Thatsächliche Begründung der Forderung eines Kaufpreises, der nicht vereinbart worden ist	254
585. Klage auf Bezahlung eines „angemessenen“ Kaufpreises. Einwand, daß Kläger anderen Kunden billigere Preise berechnet habe, als dem Beklagten	255
586. Die ursprünglich vereinbarte Dauer eines Miethvertrages ist als aufgehoben anzusehen, wenn die Contractanten später einen anderen Miethzins vereinbaren	256
587. <i>Relocatio tacita</i> bei beweglichen Sachen	257
588. Stillschweigen als angebliche Einwilligung in den Abschluß eines Miethvertrages	258
588a. Folgen der Collision eines corroborirten Miethvertrages mit früher eingetragenen Hypotheken	261
589. Bestimmung des streitigen Umfangs der vermiethten Localitäten	

	Seite
mit Rücksicht auf den zur Zeit der Vermietung bestanden habenden Zustand	265
590. Inwiefern steht die Kenntniß des Miethers von Mängeln des Miethlocales der Klage auf Abstellung derselben entgegen, wenn der Miether das Local trotz der ihm bekannten Mängel dennoch miethet?	266
591. Zur Anwendung des Artikels 4081 des Prov.-Rechts Th. 3	271
592. Die Verpflichtung des Miethers zur Zinszahlung besteht auch nach Aufhebung des Contractes bis zur gehörigen Rückgabe der Sache an den Vermietter fort	273
593. Einwand des auf Räumung belangten Miethers, Kläger habe die Miethsache bereits veräußert und Beslagter mit dem Erwerber einen neuen Miethvertrag abgeschlossen	273
594. Eine Kündigung, die auf eine kürzere Frist, als gesetzlich vorgeschrieben, erfolgt ist, hat überhaupt keine rechtliche Wirkung	275
595. Inwiefern erlischt der Miethvertrag durch den Wegfall des dem Vermietter an der Miethsache zustehenden Rechtes?	277
596. Einrede des nicht erfüllten Vertrages wegen Mangelhaftigkeit der Miethsache gegenüber der Räumungsklage des Vermietters	282
597. Kann das Rücktrittsrecht des Vermietters auf Grund des Artikels 4116 des Prov.-Rechts Th. 3 nur im Wege der Klage, oder auch durch außergerichtliche Erklärung geltend gemacht werden?	283
598. Zur Anwendung des Artikels 4117 des Prov.-Rechts Th. 3	286
599. Rücktritt des Vermietters vom Vertrage, weil der Miether die Wohnung zum vereinbarten Termin nicht bezogen hat	287
600. a) Das Rücktrittsrecht des Artikels 4120 des Prov.-Rechts Th. 3 besteht in den livl. Städten nicht. b) Unter den „Verderb“ der Miethwohnung (Art. 4118 l. c.) fällt auch die Beherbergung feiler Dirnen	288
601. Zur Anwendung des Artikels 4122 des Prov.-Rechts Th. 3	290
602. Für welchen Zeitraum ist der Vermietter, der die Sache vor Ablauf der Miethdauer veräußert, dem Miether gegenüber aus dem Miethvertrage noch obligirt?	290
603. Der Concurssmasse des Vermietters fällt bis zur Versteigerung des Miethlocales auch dessen Instandhaltung zur Last	292
604. Eine dem Dienstleistenden vertragsmäßig zugesagte Gratification fällt nicht unter den Begriff der Schenkung	293
605. Ueber den Umfang der von einem monatlich engagirten Dienstleistenden an jedem einzelnen Tage zu prästirenden Arbeit	294
606. Unter welchen Voraussetzungen kann derjenige, der einem Anderen einen Käufer für eine bestimmte Sache zu verschaffen übernommen hat, den zugesagten Maklerlohn beanspruchen?	295
607. Der Maklerlohn für die Vermittelung des Kaufes eines Immobilien kann schon gefordert werden, wenn der Kaufvertrag mündlich geschlossen ist, sei es auch, daß er vor seiner förmlichen Vollziehung wiederum rückgängig wird	296
608. Verschulden des Fabrikherrn begangen durch gefahrbringende Einrichtung des Fabrikbetriebes	299
609. Der Abschluß des Dienstvertrages auf ein Jahr ist trotz der	

	Verabredung eines Jahresgehaltes nicht anzunehmen, wenn neben demselben ein monatliches Kostgeld bedungen war	300
610.	Kündigungsfrist bei einem auf unbestimmte Zeit mit monatlicher Lohnzahlung geschlossenen Dienstvertrage	302
611.	Inwiefern finden die im Artikel 4188 des Prov.-Rechts Th. 3 angegebenen Gründe zum einseitigen Rücktritte von dem Dienstvertrage auf den Verdingungsvertrag Anwendung?	305
612.	a) Streitgenossen sind ihrem Sachwalter wegen des Honorars und der Auslagen nicht solidarisch verhaftet. b) Anspruch des Advocaten auf Zinsen von der rückständigen Schuld an Honorar und Auslagen	305
613.	Ueber den Umfang der von dem Hausgesinde zu leistenden Dienste	306
614.	Das Privilegium des Dienstbotenlohnes genießen alle Personen, welche in des Erbar's ausschließlichem Sold und Brot standen	307
615.	a) Das Privilegium des Dienstbotenlohnes ist unabhängig davon, ob Zeitlohn oder Stücklohn in Frage steht. b) Das Privilegium steht nur dem Lohne für das letzte Dienstjahr vor der Concursöffnung zu	308
616.	Zur Anwendung des Artikels 4247 des Prov.-Rechts Th. 3	310
617.	Klage des Mandanten gegen den Mandatar auf Rückgabe der Vollmacht. Retention derselben wegen Gegenforderungen	311
618.	Wesen und Inhalt der Verbindlichkeit zur Rechnungslegung; insbesondere Bedeutung der „Belege“	314
618a.	Der dem Geschäftsherrn zustehende Anspruch auf Rechnungslegung kann auch von dem Curator seiner Concursmasse geltend gemacht werden	322
619.	Rechtliche Wirkung des Versprechens eines Dritten, dem Gläubiger zu bezahlen, was dieser von dem Schuldner zu fordern haben werde	327
620.	Was ist unter der im Artikel 4508 des Prov.-Rechts Th. 3 erwähnten „ausdrücklichen“ Erklärung der Bürgschaftsübernahme zu verstehen?	328
621.	Haben Mitbürgen gegen einander einen Regreß wegen der zur Befriedigung des Hauptschuldners geleisteten Zahlung ohne vorgängige Klagencession?	329
622.	Rechtliche Begründung der Paulianischen Klage insbesondere im Falle der Pfandbestellung für eine neu contrahirte Schuld	333
623.	Inwiefern ist der Concurscurator zur Erhebung der Paulianischen Klage legitimirt?	337
624.	a) Statthaftigkeit und Begründung der Paulianischen Klage wegen Constituirung eines Pfandrechtes durch den insolventen Schuldner gegenüber dem Blanco-Cessionar. b) Verjährungsfrist bei der actio Pauliana	339

VI. Processualische Fragen.

625.	Statthaftigkeit einer Klage auf Anerkennung der Nichtexistenz eines Rechts	345
626.	Abermalige Geltendmachung einer bereits (als unerwiesen) rechtskräftig verworrenen Zahlungseinrede	346

	Seite
626a. Replica rei judicatae gestützt auf ein Erkenntniß, in welchem die tatsächliche Grundlage der Replik für erwiesen erachtet worden	347
627. Nachträgliche Geltendmachung einer veräußerten Einrede im Wege einer selbständigen Klage	348
628. Actio iudicati aus dem Contumacialerkenntniß eines ausländischen Gerichts	350
629. Ueber die Ausdehnung des forum contractus	356
630. Ueber die Fassung des vom Cridar zu leistenden Manifestationseides	356
630a. Nachtrag zu No. 520. Unerheblichkeit der unterlassenen Anmeldung öffentlicher Hypothekenforderungen	358

VII. Handelsrecht.

631. Für die Identität eines Nahrungsnamens mit einem anderen Nahrungsnamen ist nicht das gewählte Bild, sondern einzig der Name entscheidend	361
632. a) Der Nahrungsnamen kann in Riga nur mit Genehmigung des Wettgerichtes rechtswirksam erworben und b) nur mit dem Geschäft zusammen übertragen werden. c) Mit dem Aufhören des Geschäftes erlischt auch der Nahrungsnamen. d) Wenn mehrere sich denselben Nahrungsnamen beilegen wollen, entscheidet die Prävention des bezüglichen Gesuches an das Wettgericht	362
633. Verhaftung dessen, der seinen Namen zum Betriebe eines Geschäftes hergiebt, für die in dem Geschäftsbetriebe contrahirten Schulden	365
634. In hebräischer Sprache geführte Handelsbücher ermangeln der Beweiskraft	367
635. Erforderniß des rechtzeitigen Bucheintrages für die Beweiskraft des Handelsbuches	369
636. Das Handelsbuch liefert einen Beweis nur in Bezug auf Handelsgeschäfte und nur gegenüber dem Mitcontrahenten, nicht auch gegenüber dritten Personen	370
637. Präsumtiver Umfang der Befugnisse eines Handelsbevollmächtigten	371
638. Haftung der offenen Gesellschafter für die unter der Firma contrahirten Schulden nach Auflösung der Handelsgesellschaft	371
639. Stillschweigen als Einwilligung beim Geschäftsverkehr unter Kaufleuten	373
640. Kaufabschluß durch widerspruchsloses Behalten und Verwenden einer nebst Factura, wiewohl unbestellt, übersandten Waare	375
641. Bedeutung einer abweichenden mündlichen Zusage gegenüber einem den Vertragschluß unter bestimmten Bedingungen bestätigenden Briefe	375
642. Bedeutung der Claujel „bei Lieferung zu bezahlen“ im Falle des Verkaufes eines größeren Waarenquantums, das nur partielle geliefert werden kann	377
643. Der Käufer, welcher wegen eingetretenen Lieferungsverzuges des Verkäufers den Empfang der Waare verweigern will, muß dies dem Verkäufer rechtzeitig anzeigen	379
644. Klage auf die Preisdifferenz wegen Lieferungsverzuges. Einwand	379

	Seite
des Verkäufers, daß Kläger durch Nichtbezahlung einer bereits früher gelieferten Partie ihn an der Lieferung gehindert habe . . .	380
645. Unter welchen Voraussetzungen kann der Verkäufer einer vom Käufer rechtswidrig nicht empfangenen Waare nach Handelsrecht den Ersatz der während der Dauer des Empfangsverzuges für die Waare entrichteten Lagermiete und Versicherungsgelder verlangen?	382
646. Die Anzeige von Mängeln der verkauften Waare muß von dem Käufer als bald nach Entdeckung der Mängel erfolgen, wenn diese anfangs verborgen waren und erst später entdeckt wurden . . .	387
647. a) Ausschluß der Rüge von Mängeln der Waare wegen unterlassener rechtzeitiger Dispositionsstellung. b) Begriff des Empfanges. c) Beweislast bezüglich der Beschaffenheit der verkauften Waare . . .	388
648. Der beim Flachshandel vom Verkäufer bewilligte Preis ist bis zum Nachweise des Gegentheils auf die Gewichtseinheit „Berkowez“ zu beziehen	391
649. a) Kauf einer Waare „wie gesehen.“ b) Bedeutung der Vertragsurkunde für die Feststellung des Vertragsinhaltes. c) Auslegung des Artikels 3858 des Prov.-Rechts Th. 3. d) Rechtliche Bedeutung der Bezeichnung der Quantität mit „circa“	392
650. a) Voraussetzungen und Wirkungen eines Kaufes „nach Besicht.“ b) Beweislast bezüglich der Vertragserfüllung, wenn der Käufer auf Ersatz des Interesse oder Rückzahlung des vorausbezahlten Kaufpreises wegen Mangel der Waare klagt	400
651. Zahlungsverbindlichkeit des Acceptanten einer kaufmännischen Anweisung	404
652. Verpflichtung des Verkaufskommissionärs, das nicht verkaufte Commissionsgut dem Committenten rechtzeitig zur Disposition zu stellen	406
653. a) Kann das Retentionsrecht auch im Concurse geltend gemacht werden? b) Bei einem generellen Mandat hat der Mandatar wegen seiner Forderung aus einem früheren Geschäft kein Retentionsrecht an den in Folge eines späteren Geschäftes in seinen Gewahrsam gelangten Sachen des Mandanten. c) In Riga hat der Commissionär gewohnheitsrechtlich ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Commissionsgute	406
654. Rechtliche Voraussetzungen des Contocorrent-Verhältnisses	412
655. Haftung des Privat-Wraters für fehlerhaftes Sortiment der Waare	414
656. In Riga unterliegen auf unbestimmte Zeit geschlossene Dienstverträge zwischen Kaufleuten und Handlungscommis im Zweifel einer sechsmonatlichen Kündigung	415
657. a) Verbindlichkeit der Abfendungs- wie der Empfangsbahn zum Erfasse des an dem Frachtgut während des Transportes entstandenen Schadens. b) Auslegung des § 160, d des Transportreglements für die I. Gruppe der russischen Eisenbahnen. c) Wirkung der Nichtabnahme des Frachtgutes durch den Destinatär auf die Verbindlichkeit der Eisenbahn gegenüber dem Abfender	416

VIII. Wechselrecht.

	Seite
658. a) Im Zweifel gilt das Domicil bzw. der Ort der Handelsniederlassung des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses als Erfüllungsort.	
b) Auch für den Wechsel ist der Zahlungsort, wenn ein solcher in dem Wechselbrief nicht bezeichnet ist, der Wohnort bzw. der Niederlassungsort des Wechselschuldners	423
659. Die durch das R. N.-G. vom 2. December 1862 begründete Wechselunfähigkeit der Untermilitärs beschränkt sich auf die im activen Dienste befindlichen	425
660. Die Rechtsgültigkeit eines von einer Person, die nur ihren Namen zu schreiben vermag, unterzeichneten Wechsels ist dadurch bedingt, daß der Aussteller den Inhalt des Wechsels bei der Unterzeichnung gekannt hat	426
661. Rechts effect der wider einen Creditar erhobenen Klage aus einer vor Ausbruch des Concurres contrahirten Wechselschuld	427
662. Ist ein in Rußland ausgestellter Wechsel ungültig, weil er nicht auf dem gesetzlichen Stempelpapier geschrieben ist?	428
663. Zur Perfection des Wechselvertrages gehört die Begebung des Wechsels	432
664. a) Begründung der Klage auf Rückgabe von Wechselblanketten, die dem Beklagten zur Sicherstellung einer Forderung an den Kläger von letzterem übergeben sind.	
b) Wirkung der liquiden Einrede, daß der Klagewechsel vom Beklagten nur als Blanquet unterzeichnet sei, im Wechselproceffe	433
665. a) Bestimmung des Verfalls- bzw. Protesttages bei ausländischen Datowechseln.	
b) Die Bezahlung einer auf ausländische Valuta gestellten Schuld muß nach dem Course von Sichtwechseln am Verfalltage erfolgen	436
666. a) Wann ist ein Wechsel nach der russischen Wechselordnung zu protestiren?	
b) Bedeutung der Respittage.	
c) Zeitpunkt der Notification der Nichtzahlung und der Abendung des Wechselprotestes.	
d) Rechtsfolgen der Unterlassung 1) der Notification und 2) der Abendung des Protestes	439
667. Die Notificationsverbindlichkeit besteht nach der russischen W.-O. nur gegenüber auswärts, d. h. nicht an demselben Orte mit dem Wechselkläger, lebenden Indossanten resp. Traffanten	444
668. a) Die rechtzeitige Notification des Protestes gehört zur Begründung des Wechselregreßanspruches gegen den Indossanten.	
b) Sie braucht jedoch nicht nothwendig schon in der Klage behauptet zu werden.	
c) Die processualischen Bestimmungen der russischen W.-O. sind in den Ostsee-Provinzen nicht anwendbar	446
669. a) Nach welchem Rechte ist die Verbindlichkeit aus einem Wechsel	

	Seite
zu beurtheilen? Collision des russischen und des englischen Wechselrechts.	
b) Wann ist ein Wechsel nach englischem Recht zu protestiren?	448
670. a) Ist die Authenticität der von einem ausländischen Beamten erhobenen Protesturkunde unzweifelhaft, so begründet sie auch eine Vermuthung für die Legalität der beurkundeten Amtshandlung.	
b) Unwesentlichkeit der Angabe des Ortes der Protesterhebung in der Protesturkunde nach englischem Recht	451
671. a) Ein im Auslande aufgenommenener Wechselprotest bedarf zu seiner Wirksamkeit der diplomatischen Beglaubigung nicht.	
b) Formelle Erfordernisse der Protesturkunde, insbesondere nach französischem Recht.	
c) Haftung des ausgetretenen Handelsgesellschafters aus dem unter der Firma der Gesellschaft gegebenen Accept	453
672. Inwiefern ist die Protesterhebung gegen einen Indossanten Voraussetzung des Wechselregreßanspruchs gegen ihn?	458
673. Aus einem präjudicirten Wechsel findet ein Regreßanspruch gegen die Indossanten nicht statt	460
674. Wirkungslosigkeit einer zwischen gehörigen Indossamenten auf der Rückseite des Wechsels stehenden Namensschrift mit dem Zusatz: „als erbetener Zeuge“	461
675. Wirksamkeit eines Blanco-Indossaments, dem ein Zusatz beigefügt ist	462
676. Ueber den Regreßanspruch des Wechselbürgen gegen seine Mitbürgen	462
677. a) Der Indossant, welcher den Wechsel einlöst, hat gegen die Indossanten nicht eine neu erworbene, sondern seine frühere, wieder aufgelebte Forderung.	
b) Zulässigkeit der Compensation im Concurse	467

IX. Seerecht.

678. a) Der Adressat (Correspondent) eines Schiffes haftet in Riga nicht für Ansprüche an den Schiffer und ist auch an sich zur Vertretung des Letzteren gegen wider ihn angestellte Klagen nicht legitimirt.	
b) Legitimation zur Sache durch Anerkennung des Beklagten festgestellt	471
679. Haftung des Clarivers, der die Waare auf Grund des Ordre-connoissements von dem Schiffer empfängt, für die Bezahlung der Fracht	473
680. Bestimmung der Ladezeit mit Ausschluß der Sonn- und Festtage auch bei Verabredung „promptester“ Beladung	475
681. Der in einem auswärtigen Hafen von dem Schiffer ausgesetzte Matrose hat einen Anspruch auf Bezahlung des Lohnes bis zu seiner nicht verzögerten Ankunft in den Heimathshafen, desgleichen auf Ersatz der Reisekosten	476
682. Verträge, welche in Nooth von Schiffen über die Vergütung für ihnen zu leistende Nothhilfe eingegangen werden, unterliegen	

	Seite
nach Seerecht der Anfechtung. Das Maß der Vergütung ist solchen- falls nach richterlichem Ermessen zu bestimmen	477
683. Haftung des Schiffers für die bei der Ablieferung der Waare vorhandene Beschädigung der Emballage. Einfluß der Clausel: „das Schiff haftet nicht für Bruch, Kost, beschädigte Emballage etc.“	483
684. Rechtsverhältniß der in Riga functionirenden Eisungs-Commission zu den ihre Thätigkeit in Anspruch nehmenden Schiffen	485
685. Verpflichtung des Rhebers durch Rechtsgeschäfte des Schiffers	486
686. Die Zeit für Beladung von Segelschiffen, die mehr als 15000 Fuß einnehmen, mit Brüssen und Balken beträgt 14 bis 15 Tage, wobei Sonn- und Feiertage nicht mitgerechnet werden	487

Berichtigungen.

Seite 10 Zeile 22 von unten ist das Komma hinter „bezeichnete“ zu setzen.

„ 27	„ 10	„ oben	lies: 27 Pkt 3 statt „24 Pkt 3“
„ 57	„ 12	„ unten	„ 908 statt „903“
„ 85	„ 10	„ oben	„ S. 82 statt „S. 32“
„ 124	„ 19	„ unten	„ oder statt „aber“
„ 129	„ 1	„ oben	„ schreiben statt „treten“
„ 153	„ 16	„ oben	„ Art. 3276 statt „Art. 3275“
„ 168	„ 13	„ oben	„ Potestativbedingung statt „Protestativbedingung“
„ 191	„ 11	„ unten	„ in casu das statt „des“
„ 202	„ 4	„ oben	ist hinter „Inhaber“ ein Punkt zu setzen.
„ 229	„ 18	„ oben	lies: Art. 3546 statt „3576“
„ 263	„ 5	„ unten	„ Adjudicator statt „Adjudicator“
„ 274	„ 16	„ unten	„ Art. 2907 statt „2967“

I.

Einleitung zum 3. Theil des Prov.-Rechts.

481. Collision der Statuten. Zahlungsort bei einem Leihbriefe, welcher von einem Rigenfer in Wilna nach den Vorschriften des Reichsrechts ausgestellt und wider ihn in Riga angeklagt ist, und Zulässigkeit der *exceptio non num. pec.* wider denselben.

Der im 3. Bande sub No. 284 mitgetheilte Rechtsfall ist in dritter Instanz durch Ukas des Dirigirenden Senats (3. Departement, 2. Abtheilung) vom 12. Juni 1875, No. 1630 folgendermaßen entschieden worden:

„Nach Lage der Sache unterliegt der Entscheidung des Dirig. Senates zunächst die Frage, nach welchem Rechte die Gültigkeit und Wirkung des angeklagten corroborirten Leihbriefes zu beurtheilen ist, und zu diesem Ende ist es nach Art. XXXV der Einleitung zum Prov.-Recht Th. 3 nothwendig, den Ort zu bestimmen, an welchem die Zahlung auf diesen Leihbrief erfolgen sollte. Nach Art. 3493 I. c. kann der Erfüllungsort bei einem Vertrage auf dreierlei Weise bestimmt werden: entweder 1) kann er im Vertrage ausdrücklich festgesetzt sein, oder er kann 2) sich aus der Natur des Vertrages von selbst ergeben. In diesen beiden Fällen ist der Erfüllungsort für beide Contractanten obligatorisch (Art. 3499 I. c.). Wenn endlich 3) auf die genannten beiden Arten der Erfüllungsort sich nicht bestimmen läßt, so darf die Leistung überall sowohl vom Gläubiger verlangt, als auch vom Schuldner angeboten werden, wo sie ohne Belästigung für den anderen Theil geschehen kann. Somit wird in diesem letzten Falle der Erfüllungsort durch die Willens-

erklärung blos eines Contrahenten bestimmt, er hat jedoch gleichwohl dieselbe Bedeutung, wie in den beiden ersten Fällen, namentlich in der Beziehung, daß auch hier der Inhalt und die Wirkungen des Vertrages nach dem Rechte beurtheilt werden müssen, welches am Erfüllungsorte gilt, wie das klar aus der Anmerkung zum Art. XXXV der Einleitung l. c. erhellt. Demnach ist, da in dem ausgeklagten Leihbrieft die Angabe eines Zahlungsortes fehlt, die Frage zu beantworten, ob sich der letztere nicht aus der Natur des Vertrages von selbst ergibt. In dieser Beziehung behaupten die Kläger — und der Rigasche Rath stimmt ihnen darin bei — daß die Contrahenten beim Abschlusse des Vertrages beabsichtigt hätten, die Zahlung auf den Leihbrieft im wilnaschen oder kownoschen Gouvernement zu bewerkstelligen, und sie gelangen zu dieser Folgerung auf Grund nachstehender Prämissen:

1) der corroborirte Leihbrieft sei in Wilna und zwar in einer Rechtsform abgefaßt worden, die nur nach dem allgemeinen russischen Rechte die im Art. 2015 des X. Bandes der Reichsgesetze angegebene besondere Wirkung äußere, während diese Form dem livländischen Rechte fremd sei;

2) der Leihbrieft sei in Folge eines zwischen den Klägern als Verkäufern und dem Beklagten als Käufer geschlossenen Verkaufcontractes über das im kownoschen Gouvernement belegene Gut S. ausgestellt, die Zahlung also als Kaufpreis für dieses Gut zu leisten gewesen, deshalb habe schon nach der Natur des Vertrages die Zahlung an dem Orte erfolgen müssen, wo der Kaufbrieft vollzogen sei, desgleichen sei nach Art. 3881 l. c. der Kaufpreis am Orte der Uebergabe der gekauften Sache zu bezahlen;

3) wengleich nach Art. 3494 l. c. der Ort der Klageerhebung zum Erfüllungsorte werde, so dürfe doch dieser durch den Gerichtsstand des Beklagten begrenzte und durch die vorausgegangene Nichterfüllung des Vertrages bedingte Erfüllungsort nicht die Rechtslage des Klägers gegenüber dem Beklagten zum Nachtheile des Ersteren alteriren.

Diese Argumentation erscheint nicht stichhaltig 1) weil der Ort der Ausstellung des Leihbrieftes ohne jede Bedeutung für die Bestimmung des Zahlungsortes ist und 2) weil aus der Form des vom Beklagten ausgestellten corroborirten Leihbrieftes

sich kein Schluß darauf ziehen läßt, daß derselbe außerhalb der Grenzen des livländischen Gouvernements habe bezahlt werden sollen. Denn ein corroborirter Leihbrief hat im livländischen Gouvernement dieselbe rechtliche Wirksamkeit, wie in den übrigen Theilen des russischen Reiches (Art. XXXV der Einleitung l. c.) und es ist anzunehmen, daß die Parteien gerade mit Rücksicht darauf, daß der mehrerwähnte Leihbrief an verschiedenen Orten bezahlt und nach verschiedenen Gesetzen beurtheilt werden konnte (Art. 3503 l. c.), eine Form gewählt haben, welche ihm die gleiche Bedeutung wie in Livland, auch in den übrigen Theilen des Reiches sicherte. Die Ausstellung des Leihbriefes zur Deckung des Kaufpreises für ein im kownoschen Gouvernement gekauftes Landgut kann 3) gleichfalls nicht als Beweis dafür gelten, daß die Zahlung im kownoschen Gouvernement erfolgen sollte, weil in Art. 3881 l. c. strict gesagt ist, daß der Kaufpreis für die gekaufte Sache am Orte der Uebergabe derselben bezahlt werden müsse, wenn nicht deshalb Credit gegeben ist. Da aber Beklagter nach dem Leihbriefe das Geld erst zwei Jahre nach der Ausstellung desselben zu bezahlen hatte, so war er nach dem Gesetze keineswegs verpflichtet, die Zahlung auf dem gekauften Landgute zu leisten. Aber auch abgesehen von diesem Artikel läßt sich nicht voraussetzen, es habe in der Absicht der Contrahenten gelegen, daß die Zahlung auf dem gekauften Landgute geleistet werden solle, weil durch nichts dargethan ist, daß zur Zeit der Zahlung die Contrahenten sich auf diesem Landgute befinden mußten. Endlich ist noch zu bemerken, daß, wenn der Kläger in Folge der Nöthigung zur Klage keine Beeinträchtigung in seiner rechtlichen Stellung zu dem Beklagten erleiden darf, dieses Moment doch nur in dem Falle von Bedeutung sein könnte, wenn der Vertrag an einem Orte erfüllt werden sollte, wo andere Gesetze gelten, als am Orte der Klageanstellung, und daß ferner im Fragefalle kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß die Contrahenten beim Abschlusse des Vertrages überhaupt einen bestimmten Erfüllungsort im Auge gehabt haben, zumal da die Erfüllung in einer Geldzahlung bestand, welche mit derselben Bequemlichkeit für die Parteien an verschiedenen Orten des Reiches erfolgen konnte, und in solchen Fällen der Zahlungsort leicht durch Umstände fixirt wird, die zur Zeit der Zahlung obwalten.

Wenn somit aus dem Obigen hervorgeht, daß der Zahlungsort in Betreff des vom Beklagten ausgestellten Leihbriefes bei dessen Ausstellung nicht bestimmt war und sich auch nicht, wie es der Art. 3493 l. c. erfordert, aus der Natur des Vertrages von selbst ergibt, so ist nach eben diesem Artikel als Zahlungsort derjenige anzusehen, welchen der Gläubiger selbst bezeichnet hat, d. h. im gegebenen Falle die Stadt Riga, und zwar nicht allein deshalb, weil die Kläger dort die Klage angestellt haben, sondern auch weil sie in der Klage keinen anderen Ort für die Zahlung angegeben haben, während es ihnen nach dem Gesetze nicht verwehrt war, trotz der Klageanstellung in Riga, einen anderen Zahlungsort zu fixiren (Art. 3493 l. c.).

In Folge dessen sind der Inhalt und die Wirkungen des fraglichen corroborirten Leihbriefes, sowie die vom Beklagten geltend gemachte Einrede des nicht empfangenen Geldes nach dem livländischen Rechte zu beurtheilen (Art. XXXV der Einleitung und Art. 3672 ff. l. c.) Nach livländischem Recht erscheint der corroborirte Leihbrief als eine öffentliche Schuldurkunde, deren Gültigkeit mit allen Rechtsmitteln angefochten werden kann, die nach dem Proceßrechte zulässig sind. Was aber die exc. non num. pec. anbetrißt, so ist im Art. 3672 l. c. als einziger Fall, in welchem diese Einrede begründet ist, derjenige genannt, wo Jemand in der Voraussetzung, das verabredete Darlehen zu erhalten, schon im Voraus ein schriftliches Schuld- und Empfangsbekentniß ausstellt. Als Grundlage dieser Einrede erscheint demnach die Thatsache, daß ein versprochenes Darlehen nicht ausgezahlt worden ist, und folglich ist die Einrede ausgeschlossen, wenn diese Thatsache nicht vorliegt. In der gegenwärtigen Streitfache führt Beklagter selbst an, daß der Leihbrief nicht in Folge eines Darlehens-, sondern in Folge eines über das Gut S. abgeschlossenen Kaufvertrages ausgestellt worden sei. Daraus folgt, daß dem Beklagten weder jemals ein Darlehen versprochen worden ist, noch er bei Ausstellung des streitigen Leihbriefes die Auszahlung eines solchen erwartet hat, und somit kann er sich auch der Einrede des nicht empfangenen Geldes nicht bedienen, welche übrigens auch nach Art. 3679 l. c. nicht zulässig ist, in dem es heißt, daß der Aussteller sich auf das Rechtsmittel wegen Nichtempfanges nicht berufen kann, wenn die Schuldurkunde nicht über ein eigentliches

Darlehen, sondern über eine aus anderen Gründen herrührende Schuld ausgestellt worden ist. Da Beklagter zugegeben hat, daß er den Leihbrief, wenngleich nicht über ein Darlehen, so doch auf Grund einer anderen rechtlichen causa gezeichnet habe, so hätte er, um von seiner Verbindlichkeit zur Bezahlung dieses Leihbriefes liberirt zu werden, darthun müssen, daß eine causa für denselben nie bestanden habe, oder in der Folge hinweggefallen sei.

In dieser Beziehung weist Beklagter darauf hin, daß der Leihbrief in Folge eines Vorkaufcontractes über das Gut S. über einen Theil des Kaufpreises ausgestellt sei, und er hat zum Nachweise dessen, daß der Kauf durch die Schuld der Kläger nicht zu Stande gekommen und er in Folge dessen von der Verpflichtung zur Bezahlung der in dem Leihbriefe angegebenen Summe befreit sei, ein notariell beglaubigtes Zeugniß dreier Personen darüber beigebracht, daß das Gut S. durch den Bevollmächtigten der Kläger arglistiger Weise im Wege öffentlicher Versteigerung verkauft worden sei, sowie darauf Bezug genommen, daß er dieserhalb bei dem wilna'schen Criminal- und Civilgerichtshofe bereits Klage erhoben habe. Allein diese Documente erscheinen nicht als vollständig liquide und unanfechtbare Beweismittel und haben nicht die Kraft eines vollen Beweises, wie öffentliche Urkunden, können also nicht als Beweis im Executivproceße dienen.

In Erwägung alles Vorstehenden hat der Dirigirende Senat verfügt: Die Entscheidung des Riga'schen Rathes zu bestätigen und dem Beklagten offen zu lassen, wofern er sich damit durchzukommen getraut, seine Einreden in besonderem Verfahren ausführig zu machen.“

II.

Familienrecht.

482. Unter welchen Voraussetzungen kann die von dem Ehemann getrennt lebende Ehefrau die Zahlung von Alimentationsgeldern verlangen? (Vgl. Band III, No. 456.)

„Freilich stellt der Art. 9 des Prov.=Rechts Th. 3 ganz allgemein die Regel auf, daß die Ehefrau berechtigt ist, von dem Manne seinem Stande und seinem Vermögen angemessenen Unterhalt zu fordern. Allein diese Regel hat zu ihrer Voraussetzung einen den Zwecken und der Natur der Ehe entsprechenden gemeinsamen Haushalt der beiden Ehegatten. Dagegen wird der Ehemann durch diese Regel nicht verbunden, der Ehefrau die Mittel auch zu einem von ihr wider seinen Willen, den Zwecken und der Natur der Ehe widerstreitend, für sich gesondert geführten Haushalt herzugeben, denn er würde ja damit dem Vorschub leisten, was Art. 7 l. c. schlechterdings untersagt, einem von einander getrennten Leben der beiden Ehegatten. Nur in dem Fall, wenn der Ehemann seine Ehefrau verstoßen hat und sie wieder bei sich aufzunehmen verweigert, oder wenn er durch sein Verschulden ihr das Zusammenleben mit ihm unmöglich oder doch vollständig unerträglich gemacht hat, wird er für verbunden erachtet werden dürfen, die Kosten eines für die Ehefrau wider ihren Willen und ohne ihr Verschulden zur Nothwendigkeit gewordenen getrennten Haushalts zu bestreiten, oder mindestens mit zu tragen. Zu dem thatsächlichen Klagegrunde einer wider ihren Ehemann während bestehender Ehe von der Ehefrau auf Alimentation anzustellenden Klage gehört demnach, wenn die Ehefrau einen abgeordneten Haushalt führt und die Voraus-

setzungen des Art. 128 l. c. nicht vorliegen, integrirend die Behauptung, daß die Ehefrau durch ihren Ehemann selber zu dem abgesonderten Haushalt gezwungen ist. Ganz dieser Auffassung entsprechend hat denn auch der Unterrichter correcter Weise der Klägerin den Beweis dessen aufgegeben: 1) daß der Beklagte sie aus seiner Wohnung gejagt und die Wiederaufnahme verweigert habe, oder 2) daß der Beklagte zu seiner Wirthschafterin in einem unerlaubten Verhältniß stehe.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines Querelbescheides des Riga'schen Rathes vom 24. October 1875, No. 7002).

483. Zur Auslegung des Art. 83 des Prov.-Rechts Th. 3. Wann ist ein Immobilien von beiden Ehegatten gekauft?

P. hatte dem H. ein auf seinen Namen aufgetragenes Immobilien mündlich für den Preis von 28000 Rbl. verkauft und ein Handgeld von 1000 Rbl. empfangen. Von P. wegen förmlicher Vollziehung des Kaufcontractes belangt, wandte er ein, das Immobilien sei zum großen Theil mit dem Gelde seiner Frau acquirirt worden und könne deßhalb nicht ohne deren Zustimmung veräußert werden; diese Zustimmung aber sei nicht zu erlangen.

Dieser Einwand wurde durch Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 12. Juni 1876, No. 133, verworfen:

„Auf den Art. 83 des Privatrechts, in welchem es heißt, daß solche Immobilien, die während bestehender Ehe von beiden Ehegatten gekauft sind, vom Ehemann allein und ohne Genehmigung der Frau nicht veräußert, noch belastet werden dürfen, — kann sich Beklagter zu seinen Gunsten nicht berufen. Denn, wenn auch der Ankauf seitens des Beklagten während bestehender Ehe erfolgt sein sollte, so fehlt doch jeder Hinweis darauf, daß das Haus von beiden Ehegatten gemeinsam angekauft, d. h. daß auch die Ehefrau als vertragsschließender Theil hervorgetreten ist. Beklagter hat eine solche Behauptung nicht ausgesprochen und der Umstand, daß das Haus zugeständenermaßen auf den Namen des Beklagten allein aufgetragen ist, spricht dawider. Es mag immerhin sein, daß die Ehefrau des Beklagten zum Zwecke des Kaufes

Geld hergegeben hat, die Hergabe des Geldes allein macht sie aber noch nicht zur Käuferin oder zur Mittkäuferin.“

Das bestätigende Appellations = Erkenntniß des Riga'schen Rathes vom 13. October 1876, No. 6349, sprach aus:

„Der Art. 83 besagt, daß solche Immobilien, welche während bestehender Ehe von beiden Ehegatten gekauft sind, ohne Genehmigung der Frau nicht veräußert werden dürfen. Appellant hat aber in seiner Erklärung auf die Klage keineswegs behauptet, daß er das Mobil gemeinſam mit ſeiner Frau gekauft habe und daß der Kaufcontract von ihnen beiden als Käufer abgeschlossen und unterzeichnet sei, vielmehr wird dieser Umstand durch die Thatsache widerlegt, daß das Haus einzig auf den Namen des Appellanten aufgetragen ist. Die Appellation kann daher nicht für gerechtfertigt angesehen, vielmehr muß die Klage auf Grund des Art. 3030 für begründet erachtet werden.“

484. Eine von der Ehefrau während bestehender Ehe ohne Zustimmung des Mannes eingegangene Verbindlichkeit ist nach Auflösung der Ehe als bereits zur Zeit der Eingehung rechtsgültig entstanden zu betrachten.

„Beflagte ist der Meinung, daß die von ihr während bestehender Ehe ausgesprochene Anerkennung der klägerischen Forderung von 3800 Rbl. aus dem Grunde, weil sie (Beflagte) damals an die Zustimmung ihres Ehemannes gebunden gewesen, auch nach erfolgter Trennung der Ehe nicht für sie verpflichtend sei. Da nach livländischem Stadtrecht während bestehender Ehe die Verwaltung des gesammten in der Gütergemeinschaft begriffenen Vermögens dem Ehemann gebührt, und das selbstständige Verfügungsrecht der Ehefrau sich auf Dispositionen im Bereiche des inneren Hauswesens, in dringender Noth gemachte Schulden und auf solche Fälle beschränkt, in denen die Ehefrau als im Auftrage oder zum Nutzen des Ehemannes handelnd aufzufassen ist (vgl. Art. 56, 82 und 103 des 3. Theils des Prov.-Rechts), so muß einleuchten, daß die von der Beflagten während bestehender Ehe ausgesprochene Anerkennung der klägerischen Schuldforderung im Betrage von 3800 Rbl.,

nur insoweit Beklagte dabei mit ihres Ehemannes Vorwissen handelte, auch gegen diesen, als den alleinigen Verwalter des gesammten beiderseitigen Vermögens hat Wirkung üben können. Hieraus folgt indessen keineswegs, daß jene, ohne des Ehemannes Zustimmung für diesen während bestehender Ehe wirkungslose Anerkennung der Beklagten eine von dieser Zustimmung bedingte gewesen sei. Beklagte hat nicht erklärt, daß sie die Forderung von 3800 Rbl. für den Fall, daß auch ihr Ehemann sie anerkennen würde, anerkannt habe, sondern unumwunden eingeräumt, daß sie dieselbe von sich aus anerkannt habe, wiewohl dieses geschehen sei, ohne ihres Mannes Zustimmung. Auf diese letztere kommt es mithin nur in dem Falle an, daß der Ehemann der Beklagten auf Grund der von ihr ausgesprochenen Anerkennung einer Schuld in Anspruch genommen werden soll; dagegen hat die Frage, ob die Anerkennung der Beklagten für sie selbst einen Verpflichtungsgrund bilde, mit ihres Ehemannes Zustimmung nichts zu thun, weil es nach Art. 91 l. c. den Gläubigern, welche allein mit der Ehefrau Geschäfte geschlossen haben, unbenommen ist, sich deshalb an das Sondergut der Ehefrau zu halten, oder ihre Forderungen gegen diese nach Auflösung der Ehe geltend zu machen. [Vgl. Band III, No. 290]. Ist nun aber die Anerkennung eines aus einer Obligation herrührenden Schuldverhältnisses als ein zu dem ursprünglichen Schuldvertrage hinzutretender Verpflichtungsgrund aufzufassen (vgl. darüber insbesondere den Querelbescheid des Riga'schen Rathes vom 12. Juni 1874, No. 3718), und ist Beklagte gegenwärtig, nachdem ihre Ehe durch Scheidung aufgelöst worden, befugt, über das ihr von ihrem verstorbenen Vater zugefallene Vermögen von sich aus zu verfügen, — so muß dieselbe auch, ohne daß es eines Eingehens auf die Ergebnisse des Zeugenbeweises bedürfte, für schuldig erachtet werden, die ihrerseits anerkannte Forderung des Klägers im Betrage von 3800 Rbl. demselben zu bezahlen. Eine solche Verpflichtung ist auf Grund der stattgehabten Anerkennung auch nicht erst von dem Moment ab, wo Beklagte an ihres Ehemannes Zustimmung weiter nicht gebunden war, anzunehmen gewesen; dieselbe hat vielmehr schon damals bestanden, als Beklagte in Folge der Mundialgewalt ihres Ehemannes sich nicht in der Lage befand, das in der Verwaltung des Letzteren befindliche Vermögen zur

Befriedigung ihres Gläubigers zu verwenden. Jedenfalls ist sie schon durch die in der Klage enthaltene Mahnung von Seiten Klägers in Verzug versetzt worden, und hat sie daher auch zu den vom Klagetage ab zu berechnenden Verzugszinsen verurtheilt werden müssen.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 9. Juli 1875, No. 109).

485. Wirkung eines in den livländischen Städten von der Ehefrau aus dem Ehevermögen dem Manne ertheilten Darlehens.

Klägerin hatte ihrem Ehemanne ein Darlehen von 1500 Rbl. „auf sein Fabrikgeschäft“ vorgestreckt mit der Abrede, daß es mit 5 pCt. verzinst und nach halbjährlicher Kündigung zurückgezahlt werden solle. Nachdem zwischen den Eheleuten ein Scheidungsproceß entstanden war, kündigte die Frau das, von ihr als aus ihrem Sondergut gegeben, bezeichnete Darlehen und klagte auf dessen Rückzahlung. Beklagter bestritt die Sondergutsqualität des dargeliehenen Geldes, weil Klägerin letzteres während bestehender Ehe von ihrer verstorbenen Mutter geerbt und es somit zur Begründung der Sonderguts-eigenschaft eines gerichtlichen Ehevertrages bedurft habe.

Die I. Section des Landvogteigerichts verurtheilte gleichwohl den Beklagten zur Zahlung durch Erkenntniß vom 13. Juni 1874, No. 133, dessen Gründe lauten:

„In Betreff des Darlehens, welches in dem Schuldschein vom 15. September 1865 erwähnt wird, hätte es zur rechtswirksamen Bestellung als Sondergut der Klägerin nach Art. 36 in Verbindung mit Art. 2996—99 des Prov.-Rechts Th. 3 eines gerichtlichen Ehevertrages bedurft, da nach der unbestrittenen beklaglichen Behauptung die Ehe zwischen der Klägerin und dem Beklagten schon bestand, mithin der einseitige und an keine Form gebundene Vorbehalt der Ersteren, welcher nach Art. 27 Pkt. 1 l. c. bei Eingehung der Ehe genügt hätte, um die vorbehaltenen Sachen von der Gütergemeinschaft auszuschließen,*) keine Wirkung haben konnte. Gleichwohl muß auch hier anerkannt werden, daß jene Darlehensforderung als Sondergut

*) Vgl. Band III, S. 410—15.

der Klägerin zu behandeln ist. Denn die gerichtliche Mitwirkung bei dem Ehevertrage kann nur im Interesse dritter Personen, und bzw. der theiligten Schutzbedürftigen vorgeschrieben sein (Vgl. Art. 2996 ff). Das Erstere kommt hier gar nicht in Betracht, da sich nicht die Ehefrau und die Gläubiger des Mannes, sondern jene und dieser selbst einander gegenüber stehen. Schutzbedürftig aber kann bei einer Collision der Interessen zwischen dem Manne und der in Rechtsgeschäften unerfahrenen Frau nur die Letztere gegenüber dem Ersteren sein, und nicht umgekehrt. Wollte man nun dem Wortlaute des Gesetzes zu Liebe den geschlossenen Darlehensvertrag, welcher augenfällig die Begründung einer Gläubigerschaft der Klägerin gegen den Beklagten und eine Sicherstellung ihres Capitals zum ausgesprochenen Zwecke hat, für ungültig erklären, weil das Gericht nicht bei seinem Abschlusse mitgewirkt hat, so würde man zu dem verkehrten Resultate gelangen, daß die schutzbedürftige Frau durch die Ungültigkeit des Vertrages in eine ihr im höchsten Grade nachtheilige Lage gebracht wird, welcher sie andernfalls nicht ausgesetzt wäre, d. h. m. a. W. man würde das Erforderniß der gerichtlichen Mitwirkung, welches zum Schutze ihrer Interessen vorgeschrieben ist, gerade zu ihrem Nachtheil auszuheuten haben. Dagegen spricht aber der Grundsatz, daß auch in ihrer Dispositionsbefugniß beschränkte Personen ein zu ihren Gunsten gereichendes Versprechen gültig annehmen können (Art. 3109) und daß Weibern der Rechtsirrtum zur Abwendung eines sonst für sie eintretenden Schadens nachgesehen wird, sofern sie nach Lage der Sache eine Rechtsbelehrung sich nicht verschaffen konnten, was vorliegenden Falls zutrifft, weil die mit ihrem Manne contrahirende Frau nach Art. 8 Pkt. 4 l. c. in erster Linie von ihm erwarten darf, daß er die Rechtsformen zu beobachten wissen werde.

Aber auch abgesehen hiervon erscheint die Klägerin zur Rückforderung der fraglichen 1500 Rbl. vom Beklagten berechtigt, und zwar sogar nach dem *jus strictum*. Angenommen nämlich, der unter den Parteien geschlossene Darlehensvertrag sei wegen mangelnder Form nach Art. 2999 l. c. nichtig, so kann deshalb noch keineswegs mit dem Beklagten angenommen werden, daß er nun in Betreff der in Rede stehenden 1500 Rbl. dasjenige Recht habe, welches ihm in Betreff des sonstigen in die Ehe

gebrachten Vermögens der Frau zusteht. Denn beide Parteien haben bei dem Vertragsschlusse eben ein — die Sondergutsqualität voraussetzendes — Darlehen zur Entstehung bringen wollen und es hat dabei Beklagter auf das ihm sonst zuständige Recht der Verwaltung der qu. 1500 Rbl. kraft der ehelichen Vogtschaft, zu Gunsten der Klägerin verzichtet, was zu thun ihm nirgends untersagt war. Wenn gleichwohl wegen mangelnder Form der Darlehensvertrag nicht zur Entstehung gelangt, so kann doch Klägerin nach Art. 3729 l. c. das ohne Rechtsgrund dem Beklagten Gegebene mit der *condictio sine causa* zurückfordern und die Klage ist daher, sofern sie auf das Capital gerichtet ist, jedenfalls begründet, wogegen die Zinsen dafür erst vom Tage der Klageerhebung gefordert werden dürfen (Art. 3697 in Verbindung mit Art. 3416 l. c.)*). Demnach war Beklagter zur Zahlung von 1500 Rbl. S. sammt Zinsen zu 5 pCt. vom 30. October. 1873 zu verurtheilen.“

Diese Entscheidung erwuchs in Rechtskraft.

486. Im Falle des Art. 124 des Prov.-Rechts Th. 3 richtet sich die Angemessenheit des Unterhaltes nach den Standes- und Vermögensverhältnissen des Mannes.

Nach beschrittener Rechtskraft des sub No. 490 mitgetheilten Erkenntnisses erhob die Klägerin Klage auf Gewährung einer Alimentation, worauf das Landvogteigericht diese auf 15 Rbl. monatlich festsetzte. Auf beklagliche Berufung wurde diese Entscheidung in *appellatorio* durch *Querelescheid* vom 1. November 1874, No. 6867, bestätigt und in den Gründen bemerkt:

„Die früheren Lebens- und Standesverhältnisse der Klägerin, welche durch das Handwerk der Schneiderei sich ernährt hat, kommen hier nicht weiter in Betracht. Durch die, wenn auch nur rechtlich fingirte, Ehe mit Beklagten ist die Klägerin in die Standes- und Lebensverhältnisse des Beklagten hinübergetreten, sie ist die abgeschiedene Ehefrau eines industriellen Unternehmens zc.“

*) Vgl. Band III, No. 380.

487. Das durch die Berufsthätigkeit des Ehemannes Erworbenes ist im Zweifel nicht als von ihm „besonders“ erworbenes Vermögen im Sinne des Art. 126 des Prov.-Rechts Th. 3 anzusehen.

Nach Scheidung der Ehe des Holzhändlers P. mit seiner Frau Ludmilla geborenen A. verlangte letztere in der angestellten Klage auf Theilung des Ehevermögens die Hälfte des von dem Beklagten in seinem Geschäfte während bestehender Ehe Erworbenen. In Betreff dieses Anspruches erkannte die II. Section des Landvogteigerichts am 15. Februar 1875 sub No. 23 folgendermaßen:

„Was ist unter besonders Erworbenem im Gegenjase zum gemeinsam Erworbenen zu verstehen? Um diese Frage richtig zu lösen, muß vor allen Dingen die Person des Erwerbers aufgefunden werden. Als solcher gilt in der rechtlichen Bedeutung des Wortes einzig und allein derjenige, für den erworben wird und dessen Wille darauf gerichtet ist, das entstandene oder überkommene Recht als ein eigenes auszuüben, die erlangte Sache für sich zu haben. Durch wen erworben wird, d. h. wer die hierzu erforderliche Handlung vollzieht, ist rechtlich gleichgültig. Der Wille, für Andere zu erwerben, kann allerdings im gewöhnlichen Rechtsleben nicht schlechtweg vorausgesetzt werden. Es giebt aber Verhältnisse, durch welche eine Gemeinschaft der Interessen derart begründet wird, daß das Product der Leistung nicht unmittelbar dem Schaffenden selbst, sondern zunächst einem Ganzen zu Gute kommt, aus welchem der Einzelne seinen Antheil, ohne Rücksicht auf den Grad der entfalteteten Thätigkeit nach einem vorausbestimmten oder gesetzlich geregelten Maaße empfängt. Die Interesseneinheit findet ihren vollendeten Ausdruck in der Ehe, durch welche sich zwei Personen mit einander zu einer lebenslänglichen und Alles umfassenden Gemeinschaft verbinden. Nach der vermögensrechtlichen Seite wird diese Verschmelzung dargestellt durch die eheliche Gütergemeinschaft, deren Wirkung darin besteht, daß das beiderseitige Vermögen ohne Unterscheidung seines Ursprungs in eine gesammte Masse zusammenfließt, an welcher, so lange die Ehe besteht, keinem der Gatten ein besonderer Antheil zusteht (Art. 80 des 3. Theils des Prov.-Rechts). Von dieser allgemeinen Gütergemeinschaft

sind im Gebiete der livländischen Stadtrechte (nach Art. 81 l. c.) ausgenommen 1) Landgüter und außerhalb des Stadtgerichtsbezirks belegene Immobilien und 2) das durch Vertrag oder Bestimmung (Art. 27) von der Gütergemeinschaft ausdrücklich ausgenommene Sondergut eines Jeden der beiden Ehegatten. An dieser Stelle des Privatrechts geschieht eines „ehemännlichen“ Sonderguts Erwähnung. Ein solches entsteht jedoch nicht schon kraft gesetzlicher Bestimmung, wie das im technischen Sinne des Worts so benannte „Sondergut“ der Ehefrau (Art. 27 l. c.); vielmehr bedarf es zu seiner Begründung allemal eines Rechtsgeschäfts, dessen Besonderheiten sich in dem von den Eheverträgen handelnden Abschnitte des Privatrechts (Art. 33 ff.) vorgezeichnet finden. Unterläßt es nun ein Ehemann die Früchte seines Fleißes vertragsgemäß zu ausschließlich eigenen Zwecken abzusondern, so verfallen dieselben der gemeinsamen Errungenschaft gleich dem, — was nicht in das Sondergut der Frau einfließt, oder seinen Ursprung daraus herleitet. So lange die Ehe und damit die persönliche und vermögensrechtliche Gemeinschaft der Ehegatten besteht, streitet die natürliche Vermuthung dafür, daß die in dieser Einheit befangenen Personen ihre volle Thätigkeit uneingeschränkt den gemeinsamen Zwecken widmen. Sonderbestrebungen bedürfen eines unzweideutigen Ausdrucks, um als im Willen des Einzelnen liegend anerkannt zu werden. Die Wünsche, welche nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft laut werden, bleiben als bloße Gefühlsregungen außer Betracht; das rechtlich bestimmende Moment bildet die Absicht, welche den Erwerb begleitete, aber auch dann — nur in der Vertragsform zur Geltung gelangt.

In der Ehe ergänzt das häusliche Walten der Frau die Berufsarbeit des Mannes, die Thätigkeit des einen Theils fördert das Wirken des anderen, ohne daß sich im Einzelnen oder auch im Ganzen bestimmen ließe, welcher Errungenschaftsbruchtheil auf diesen oder jenen Factor zurückzuführen sei. Ein solches rechnungsmäßiges Abwägen entbehrt nicht allein jeder sicheren Grundlage, sondern auch aller rechtlichen Bedeutung, da — wie oben gezeigt wurde — für die Bestimmung dessen wer erwirbt, d. h. für wen erworben wird, weder die Person, noch der Kraftaufwand des Handelnden in Anschlag kommt. Einen Beleg dafür, daß auch in den ehelichen Güterverhältnissen die Zweck-

bestimmung einer jeden Erwerbhandlung den Ausschlag giebt, liefert zunächst Art. 13 des Prov.-Rechts Th. 3, woselbst unter anderem dasjenige als das Eigenthum der Ehefrau gekennzeichnet wird, was sie für sich besonders erwirbt; sodann auch Art. 27 Pkt. 3, nach welchem die Sonderguteigenschaft des von der Ehefrau Erarbeiteten dadurch bedingt wird, daß der Erwerb für eigene Rechnung geschah.

Der über den Begriff des gemeinschaftlich Erworbenen oben aufgestellten Ansicht kann der Art. 13 l. c. nicht entgegen gehalten werden. Denn wenn es daselbst heißt, daß das in der Ehe vereinigte Vermögen im Zweifel für das Vermögen des Mannes zu halten sei, so hat damit zunächst nur der Umfang der vormundschaftlichen Herrschaft und Verwaltungsbefugniß angedeutet werden sollen, wie die Rückverweisung auf den, die eheliche Vormundschaft behandelnden Art. 12 klar ergibt. Im Uebrigen wird angeordnet, es müsse die Ehefrau, wenn sie etwas als das Ihrige in Anspruch nimmt, beweisen, daß sie es in die Ehe gebracht und für sich besonders erworben hat, oder daß es sonst ihr besonders zugefallen ist. So oft es sich aber bei Auflösung der Ehe um eine Auseinandersetzung wegen der gemeinsamen Errungenschaft (in der dargelegten Bedeutung) handelt, kommt die im Art. 13 statuirte Beweispflicht der Ehefrau einfach schon aus dem Grunde in Wegfall, weil sie diesen Bestandtheil der Masse nicht als das Ihrige herausnehmen, sondern nur in die durch das Gesetz vorgeschriebene Theilung hineinziehen will. Wollte man einer buchstäblichen Deutung zu Liebe schlechtweg Alles, was nicht zum Sondergut der Frau gehört, für das ausschließliche Eigenthum des Mannes betrachten, so hätte der Begriff des gemeinsam Erworbenen gar nicht aufgestellt werden können, wie es andererseits keiner Regel für den Theilungsfall bedurft hätte, weil das besondere Eigenthum ohne Weiteres an denjenigen zurückfällt, von dem es herkam.

Auf Grund obiger Erwägungen ist in thesi die Verpflichtung des Beklagten, den während der Ehe entstandenen Vermögenszuwachs mit der Klägerin zu theilen, anzuerkennen. Der ohnehin nicht angegebene Zeitpunkt der factischen Trennung der beiden Eheleute kommt hierbei nicht in Betracht, da die rechtlichen Wirkungen der Ehe, wie in persönlicher, so in ver-

mögensrechtlicher Beziehung erst mit der Scheidung cessiren. Was aber die streitige Thatfrage, den Betrag des Vermögenszuwachses, anbelangt, so entfällt die Beweislast auf die Klägerin, deren Ansprüche über das vom Beklagten Zugestandene weit hinausgehen.“

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

488. Ueber die Begründung der Klage auf Rückerstattung von Brautgeschenken

enthält ein rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 30. September 1870, No. 181, folgende Ausführungen:

„Kläger beansprucht die Rückgabe verschiedener Gegenstände, welche er der Beklagten, seiner früheren Verlobten, geschenkt hat, bei dem Anführen, daß Beklagte ohne seine Genehmigung öffentliche Tanzlocale besucht und in ihm durch ihr Betragen den Verdacht der Untreue erweckt habe, weshalb er sich veranlaßt sehe, von dem Verlöbniß zurückzutreten. Beklagte verweigert hingegen die Herausgabe der empfangenen Geschenke, weil Kläger selbst von dem Verlöbniße zurückgetreten sei, ohne rechtlichen Grund hierzu zu haben, und weil außerdem er sich eines Betruges gegen sie schuldig gemacht, indem er sich als hiesiger Bürgerokladist und Meister in der K'schen Fabrik bei ihren Eltern eingeführt und erst nach der Verlobung sich herausgestellt habe, daß er beurlaubter Soldat und als solcher weder zu heirathen berechtigt, noch eine Frau zu ernähren im Stande sei.

Nach den Art. 129 und 131 des Prov.-Rechts Th. 3 kann derjenige Theil, welcher von einem Verlöbniße zurücktritt, die Rückgabe der dem anderen Theil gemachten Geschenke fordern, wenn entweder Jesterer in die Auflösung des Verlöbnißes selbst einwilligt, oder aber die Vollziehung der Ehe aus von den Verlobten nicht abhängigen, oder gesetzlich gebilligten Gründen nicht statthaft erscheint. Wird das Verlöbniß dagegen aus einem Grunde aufgehoben, hinsichtlich dessen dem einen Theile ein Verschulden zur Last fällt, so ist dieser Theil zur Zurückforderung der von ihm gemachten Geschenke von dem Gegentheile nicht berechtigt, dagegen aber allerdings verpflichtet, dasjenige zurück-

zuerstatten, was er geschenkt erhalten hat. Nach diesen Vorschriften, welche mit den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Rückforderung des unter der Voraussetzung eines künftigen Ereignisses Gegebenen (Art. 3703, 3706, 3716 — 18 l. c.) vollkommen im Einklange stehen, ist nun der Klageanspruch an und für sich nicht begründet. Denn einmal gehört die Entscheidung über die Statthaftigkeit der einseitigen Auflösung eines Verlöbnißes, welche Frage nach den obigen Gesetzesbestimmungen für die Rückforderung der Brautgeschenke präjudiciell ist, gar nicht vor die bürgerlichen Gerichte, sondern nach Art. 89 des Gesetzes für die evangelisch-lutherische Kirche in Rußland und nicht minder nach den Reichsgesetzen vor das Consistorium und es muß daher der die Rückgabe von Brautgeschenken Fordernde nothwendig eine die Auflösung des Verlöbnißes gestattende Entscheidung des Consistoriums seiner Klage zu Grunde legen, oder aber behaupten, daß das Verlöbniß mit beiderseitiger Einwilligung oder durch den Tod rückgängig gemacht bezw. aufgelöst worden sei. Die angestellte Klage genügt aber weder dem einen noch dem anderen dieser Erfordernisse und ist deshalb, wie angebracht, zurückzuweisen.

Ferner ermangelt die Klage aber auch der rechtlichen Begründung, wenn man, abweichend von der hier vertretenen Auffassung, das bürgerliche Gericht selbst über die rechtliche Veranlassung zum Rücktritte von dem Verlöbniße entscheiden lassen will. Denn der Art. 131 l. c. bestimmt, daß dem unſchuldigen Theile bei der durch ihn veranlaßten Aufhebung des Verlöbnißes ein Rückforderungsrecht in Betreff der von ihm gemachten Geschenke „in dem Falle“ zusteht, wenn die Aufhebung aus den in dem Art. 89 Pkt. 2, 3, 5 und 7 des Kirchengesetzes angeführten Gründen erfolgt ist. Unter diesen Gründen paßt aber auf den vorliegenden Fall lediglich der im Punkt 2 l. c. genannte, nämlich „notorisch sittenloser Lebenswandel des anderen Theiles“ und dieser liegt nach den Klagebehauptungen nicht vor, indem Kläger nur zu behaupten vermocht hat, daß Beklagte ohne seine Erlaubniß öffentliche Tanzlocale besucht und in ihm durch ihr Betragen „den Verdacht“ der Untreue erweckt habe, während in dem ersteren Umstände allein „ein notorisch sittenloser Lebenswandel“ der Beklagten offenbar nicht gefunden werden kann, und der bloße „Verdacht“ der Untreue noch dazu, ohne

jegliche thatsächliche Begründung desselben, nach dem Gesetze keinen Grund zum einseitigen Abgehen vom Verlöbniße bildet. Es erscheint mithin der einseitige Rücktritt des Klägers von dem Verlöbniße mit der Beklagten und folgeweise nach Art. 3706 und 3717 l. c. auch ein Anspruch desselben auf Rückgabe der der Beklagten gemachten Brautgeschenke nicht gerechtfertigt, ohne daß es noch einer Beweisanlage über die ihm von der Beklagten vorgeworfene Täuschung hinsichtlich seiner persönlichen Verhältnisse bedürfte.“

489. Der Umfang der Restitutionspflicht des Beklagten wird im Falle der Art. 129—31 durch den Art. 3715 des Prov.-Rechts Th. 3 bestimmt.

„Nach Art. 129 und 3706 des Prov.-Rechts Th. 3 können die von Verlobten einander gemachten Geschenke zurückgefordert werden, wenn das Verlöbniß wieder aufgehoben wird. Art. 3715 l. c. bestimmt, daß in Betreff des Gegenstandes der Rückgabe die Art. 3695—99 l. c. maßgebend sind, und Art. 3699 besagt, daß der Empfänger, wenn die Sache während der Dauer seines Besitzes vernichtet wurde, zu keinem Ersatz verpflichtet ist und, wenn sie schlechter wurde, sie nur in diesem Zustande auszuliefern hat. Vertretbare Sachen, wie namentlich baares Geld, sind dagegen in gleicher Gattung und Güte zurückzugeben. Nach diesen Gesetzesvorschriften ist also Beklagter nur verpflichtet, die von der Klägerin empfangenen Geschenke in ihrem gegenwärtigen Zustande zurückzugeben und ihr das baare Geld zurückzuzahlen, kann dagegen seinerseits auch nur die Rückgabe der von ihm gemachten Geschenke in dem Zustande fordern, in welchem sie sich jetzt befinden, und hat gar keinen Anspruch weiter, wenn sie vor Abgabe seiner Erklärung auf die Klage bereits verbraucht oder vernichtet sein sollten.“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Erkenntnisses der I. Section des Landvogteigerichts vom 7. Juni 1871, No. 103).

490. Einflußlosigkeit einer anderweitigen Verhehlung des Verführers auf die ihm nach Art. 158 und 159 des Prov.-Rechts Th. 3 gegenüber der Verführten obliegenden Verbindlichkeiten.

In dem Band I, No. 15 mitgetheilten Rechtsfalle war der

Beklagte D. in erster Instanz durch Erkenntniß vom 16. März 1872, No. 29, für den Fall der Auschwörung eines der Klägerin auferlegten Reinigungseides für schuldig erkannt worden, sich mit der Klägerin binnen 3 Monaten a dato der Eidesleistung nach dem Ritus des mosaischen Glaubens ehelich zu verbinden, bei der Verwarnung, daß widrigenfalls die Klägerin auf bezüglichen Antrag für seine abgeschiedene Ehefrau erklärt werden würde. Nachdem dieses Urtheil die Rechtskraft erlangt und Klägerin am 29. Mai 1874 den Reinigungseid ausgeschworen hatte, beantragte sie bei der Behauptung, daß Beklagter bereits seit einem Jahr verheirathet sei und deshalb die Ehe mit ihr nicht eingehen könne, nunmehr die für den Fall der Nichtschließung der Ehe festgestellte Commination eintreten zu lassen.

Diesem Antrage wurde in dem Erkenntniße der I. Section des Landvogteigerichts vom 2. Juli 1874, No. 139, aus nachstehenden Gründen entsprochen:

„Es handelt sich nicht darum, durch gerichtliche Fiction die Klägerin zu einer zweiten Frau des Beklagten zu machen, sondern darum, ihr diejenigen Rechte zuzuerkennen, welche sie gehabt hätte, wenn der Beklagte das ihr gegebene Eheversprechen nicht gebrochen hätte. Der Anspruch auf eine Dotation, bezw. auf Alimentation des von ihr geborenen Kindes vermag der unter dem Versprechen der Ehe verführten Jungfrau die moralische Genugthuung nicht zu gewähren; deshalb hat das Gesetz ihr das weitergehende Recht verliehen, von dem Verführer die Einlösung des gegebenen Versprechens zu fordern und die Anerkennung als dessen Ehefrau nöthigenfalls zu erzwingen. Dieser Zwang ist aber nicht auf die Vollziehung der Ehe als solche gerichtet, sondern auf die Anerkennung des der Klägerin gebührenden Rechtes auf die Eheschließung. Dem Verführer wird es freigestellt, die Ehe nachträglich zu schließen, wodurch er nicht blos Pflichten auf sich nimmt, sondern auch Rechte erwirbt; wie andererseits solchenfalls auch der Verführten nicht blos Rechte, sondern auch Pflichten erwachsen. Unterläßt er dies aber, so wird er nicht hierzu gezwungen, sondern es wird einfach die Verführte für seine abgeschiedene Ehefrau in contumaciam erklärt, d. h. es werden ihr durch das Gericht alle diejenigen Rechte zugesprochen, welche sie gehabt hätte, wenn die Ehe in der That geschlossen und erst hinterher durch des Verführers Schuld

geschieden worden wäre. Wollte man dieses Rechtsverhältniß in eine civilrechtliche Formel bringen, so müßte man sagen: die Anerkennung der Verführten in ihrem Rechte als Ehefrau ist in obligatione, die wirkliche Schließung der Ehe blos in solutione. Von diesem Gesichtspunkte aus liegt es auf der Hand, daß durch den Umstand, daß der Verführer hinterher den Abschluß der Ehe durch anderweitige Verheirathung rechtlich unmöglich macht, seine Verbindlichkeit, die Verführte als seine rechtmäßige Ehefrau gelten zu lassen, in keiner Weise beeinflusst wird, daß er sich vielmehr dadurch nur der Möglichkeit, die Ehe mit ihr wirklich einzugehen, beraubt.

Aber auch abgesehen davon ist die Berufung des Beklagten auf seine gegenwärtig bestehende Ehe haltlos. Denn diese ist erst nach der Publication des diesseitigen Erkenntnisses vollzogen worden und, da jedes Urtheil auf den Zeitpunkt der Klageanstellung insofern zurückzubeziehen ist, als der Kläger durch das Urtheil dasjenige erhalten soll, was er gehabt hätte, wenn dasselbe schon zur Zeit der Klagebehändigung gefällt worden wäre, so kann die erst nach der Entscheidung in der Unterinstanz eingetretene Veränderung der Umstände der Klägerin jedenfalls nicht zum Nachtheil gereichen. Vielmehr hieße es den Anspruch der verführten Jungfrau auf Eheschließung zu einer leeren Form herabdrücken, wenn man dem Verführer die Möglichkeit gewähren wollte, sich dieser Verbindlichkeit durch eine beliebige andere Verheirathung einfach zu entziehen.“

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

491. Anspruch des Ehemannes gegen die Ehefrau auf Herausgabe der Kinder.

„Nach Art. 197 des Prov.-Rechts Th. 3 stehen die Rechte der elterlichen Gewalt über ihre Kinder in persönlicher Beziehung dem Vater und der Mutter gemeinschaftlich zu. Ebenso wird im Art. 208 *ibid.* das Recht, die Kinder von dritten Personen zurückzufordern, beiden Eltern beigelegt. Es ist dabei also das normale Verhältniß vorausgesetzt, daß die Ehegatten mit und bei einander leben. Wo jedoch eine Trennung der Ehegatten besteht, da ist der Ehemann nach Art. 8 und 208 l. c. befugt, den Wohnort für Frau und Kinder zu bestimmen und zu ver-

langen, daß sie ihm folgen, wobei nach Art. 197 l. c. auch der in Bezug auf die Erziehung des Kindes etwa abweichende Wille der Frau sich dem des Mannes zu fügen hat. Hiernach ist der Anspruch des Klägers auf Herausgabe seiner Tochter an sich rechtlich begründet, wiewohl mit der Einschränkung, daß ihm nach Art. 7 l. c. zugleich obliegt, seine Ehefrau wiederum zu sich zu nehmen. Die Bitte der Beklagten hingegen, ihr das Kind ausschließlich zur Erziehung zu überlassen, bedarf der besonderen Begründung“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Bescheides der I. Section des Landvogteigerichts vom 23. Juli 1874, No. 152).

492. Abänderlichkeit der von dem Consistorium bei der Ehescheidung verfügten Ueberweisung der Kinder an den einen der geschiedenen Ehegatten zur Erziehung.

Bei Scheidung der Ehe des Johann T. und seiner Frau Anna war von dem Consistorium die drei Jahre alte Tochter der Parteien der Mutter zur Pflege und Erziehung zugesprochen worden. Johann T. beantragte darauf bei der II. Section des Landvogteigerichts die Uebergabe des Kindes an ihn, weil die Mutter einen liederlichen Lebenswandel führe und das Kind mißhandle. Das Gericht erkannte diesen Anspruch — den Beweis der gedachten Thatfachen vorausgesetzt — mittelst Bescheides vom 9. November 1874, No. 240, für begründet:

„Die Einrede der abgeurtheilten Sache ist hier nicht am Plage. Die Bestimmungen des Consistoriums über die Zuthellung der aus einer aufgelösten Ehe entsprossenen Kinder gehen darauf aus, eine vorläufige Ordnung der Dinge zu schaffen, wobei nicht allein den Wünschen der Geschiedenen, sondern auch dem muthmaßlichen Bedürfniß aller Betheiligten in ausgedehntester Weise Rechnung getragen zu werden pflegt. Verfügungen dieser Art können, bei veränderter Sachlage, Einschränkungen oder gar eine vollständige Wandelung erleiden. Ihre Geltung ist stets nur eine vorläufige, durch den Fortbestand der gegebenen Verhältnisse bedingte. Erweist sich im Laufe der Zeit die Nothwendigkeit einer Abänderung, treten Mißstände zu Tage, deren Abstellung nicht anders möglich erscheint, als durch eine Umgestaltung der seitherigen Beziehungen der Eltern zu ihren

Kindern oder umgekehrt, so muß der um seinen Schutz angesprochene Richter nach veranstalteter Prüfung der Sache die erbetene Abhilfe gewähren, ohne auf etwaige frühere, von anderen Voraussetzungen ausgegangene Entscheidungen Rücksicht zu nehmen. Die Wirkungen der vorliegenden Anordnung des Stadtconsistoriums äußern sich darin, daß dem Willen der Mutter, der gesetzlichen Regel (Art. 197 des Prov.-Rechts Th. 3) entgegen, der Vorzug vor der Meinung des Vaters gebührt. Die erfolgte Uebertragung des Pflege- und Erziehungsrechts an die geschiedene Ehefrau kommt einem Verluste der väterlichen Gewalt indessen nicht gleich. Neben der Verpflichtung zur Alimentirung liegt dem Vater — nach wie vor — die Sorge für das leibliche und geistige Wohlergehen seines Kindes ob. Glaubt er eine Gefährdung in dieser Beziehung wahrzunehmen, so hat er eben sowohl das Recht als auch die Pflicht, das Gericht — je nach der Wichtigkeit des Falls — um eine Beschränkung oder Aufhebung der von der Mutter ausgeübten elterlichen Gewalt anzugehen (cf. Art. 228 des Prov.-Rechts Th. 3). Ein solcher Fall liegt auch hier vor. Die Gründe, welche den Kläger bewogen haben, Modificationen bezüglich der stattgehabten Vertheilung der elterlichen Befugnisse zu beantragen, sind in der Klage klar und präcise ausgesprochen und bedarf es nur noch einer beweislichen Feststellung dieser Thatsachen.“

493. Unter welchen Voraussetzungen ist der Vater verpflichtet, der Mutter das von ihr auf die Alimentation der Kinder Verwendete zu ersetzen?

Klägerin verlangte, nachdem ihre Ehe mit dem Beklagten am 13. August 1875 geschieden worden war, den Ersatz der von ihr bestrittenen Alimentation der beiderseitigen, am 16. September 1874 geborenen Tochter.

Die I. Section des Landvogteigerichts fällte darauf am 31. December 1875 sub No. 262 folgendes Erkenntniß:

„Die Zahlung von Alimenter für die Zeit bis zur Ehescheidung glaubt Beklagter aus folgenden Gründen ablehnen zu können. Diese Zahlung, so deducirt er, falle unter den Gesichtspunkt des Ersatzes bereits geleisteter Alimenter und könne nur

verlangt werden, sofern die Voraussetzungen der auftraglosen Geschäftsführung vorlägen. Klägerin habe aber nicht einmal behauptet, daß sie von der Geburt bis zur Ehescheidung das Kind alimentirt habe, und selbst, wenn dies der Fall wäre, würde die Klage aus der Geschäftsführung nicht begründet sein, weil 1) Klägerin gleich dem Beklagten zur Alimentation verpflichtet sei, 2) die Vermuthung dafür spreche, daß sie solche aus Liebe zum Kinde und nicht, um eine Forderung gegen den Beklagten zu erwerben, geleistet habe und 3) das von der Klägerin auf die Alimentation Verwendete als beiden Ehegatten gemeinsames Vermögen anzusehen sei. Ueberdies könne nach gemeinrechtlicher, wie nach localer Praxis Ersatz für bereits prästirte Alimente abgesehen von gewissen Ausnahmen, nur im Falle eines bezüglichen Versprechens gefordert werden

Es ist zwar richtig, daß es sich hier um den Ersatz bereits geleisteter Alimente handelt und daß dieser Ersatz von der Klägerin aus dem Grunde der *negotiorum gestio* nur begehrt werden kann, sofern sie eben die Alimente geleistet hat. Allein in allen anderen Beziehungen kann der Rechtsanschauung des Beklagten nicht beigespflichtet werden.

Wenn nämlich der Art. 199 des Prov.-Rechts Th. 3 die Eltern verpflichtet, für das Leben und die Gesundheit der Kinder zu sorgen, sowie sie mit Unterhalt und Kleidung zu versehen, so kann hieraus nicht mit Beklagtem gefolgert werden, daß die Mutter in gleicher Weise, wie der Vater, zur Alimentation verpflichtet ist. Vielmehr ist es nicht nur in den zu dem Art. 199 allegirten Quellen ausdrücklich ausgesprochen und gemeinrechtlich unbestritten, daß die Alimentationspflicht primär dem Vater und erst secundär der Mutter obliegt, sondern es er giebt sich der gleiche Rechtsatz bei Vergleichung des Art. 199 mit den Art. 9 und 200 auch für das provinzielle Recht. Denn kann die Ehefrau nach Art. 9 von dem Ehemann einen angemessenen Unterhalt schon für ihre Person fordern, so muß sie einen solchen um so mehr für die von dem Ehemann erzeugten Kinder fordern können, und wälzt der Art. 200 die Alimentationsverbindlichkeit in Betreff der Kinder sogar dann principaliter auf den Ehemann, wenn die Mutter bei der Ehescheidung für den schuldigen Theil erkannt worden ist, so läßt sich unmöglich annehmen, daß bei bestehender Ehe der Vater sich dieser

Verbindlichkeit durch Berufung darauf zu entziehen vermag, daß die Mutter selbst alimentationspflichtig sei. Der betreffende Einwand des Beklagten erweist sich mithin als verwerflich.

Wenn Beklagter ferner geltend macht, es sei zu vermuthen, daß Klägerin aus Liebe zu ihrem Kinde dasselbe ernährt habe und nicht in der Absicht, dadurch gegen ihn ein Forderungsrecht zu erwerben, so ist dagegen Folgendes zu erinnern. Erstlich erscheint überhaupt die Ansicht richtiger*), insbesondere dem Wortlaute der Art. 4423 und 4429 l. c. entsprechender, welche nicht das Vorhandensein der Absicht, fremde Geschäfte zu führen, als rechtserzeugende, sondern umgekehrt den Mangel dieser Absicht als rechtshindernde (folglich vom Beklagten zu substantiirende) Thatfache behandelt; was aber speciell den Ersatzanspruch wegen Bezahlung einer fremden Schuld anbetrifft, so besteht nach dem Art. 4454 l. c. kein Zweifel, daß hier die Bezahlung als solche schon die Klage begründet, also der Beklagte ihr mit rechtswirksamen Einreden begegnen muß, um seiner Verurtheilung zu entgehen. Da nun die Entrichtung von Alimentern an Stelle des Alimentationsverpflichteten auch die „Bezahlung einer fremden Schuld“ enthält und das Prov.-Recht besondere Vermuthungen in dieser Beziehung nirgends aufstellt, so liegt kein Grund vor, hier zur Substantiirung der Klage ein Mehreres zu verlangen als die Behauptung, die Alimenter thatsächlich gespendet zu haben. Zweitens existirt eben nach provinziellem Rechte eine Vermuthung, wie sie Beklagter aufstellt, nicht und es schließt ebenso die Absicht, dem Kinde eine Wohlthat zu erweisen, noch nicht schlechtweg die Absicht aus, sich den Ersatzanspruch gegen den alimentationsverpflichteten Vater zu wahren. Außerdem kann aber auch nicht zugegeben werden, daß gemeinrechtlich obige Vermuthung als eine praesumptio juris besteht (vgl. Seuffert's Archiv XIV, 145), vielmehr spricht dagegen sehr entschieden die l. 34 und namentlich die l. 5 §. 14 Dig. de agnosc. et alend. lib. XXV, 3, welche ausdrücklich der Mutter einen Ersatzanspruch gegen den Vater wegen desjenigen gewährt, was sie zum Unterhalte des Sohnes maßvoll aufwendet hat, und ihn nur in Bezug auf dasjenige ausschließt,

*) Bezugnahme auf *Mayen*, über Beweislast, Einreden und Exceptionen, S. 154 ff.

was sie, wiewohl der Sohn von dem Vater alimentirt wurde, noch freiwillig ihrerseits dazu aus mütterlicher Affection beigetragen hat. Demnach kann Beklagter sich gegen den Klageanspruch nicht durch das Vorgeben einer Alimentation aus mütterlicher Liebe, sondern nur insofern vertheidigen, als er zu behaupten vermag, daß er selbst ausreichend für das Kind gesorgt habe. Eine solche Behauptung ist aber von ihm nicht einmal vorgebracht, geschweige denn thatsächlich substantiirt worden.

Unrichtig ist es endlich auch, wenn Beklagter behauptet, daß die hiesige Praxis Ersatz für bereits geleistete Alimente überhaupt nur im Falle eines bezüglichen Versprechens zubillige, und das Güterrecht der Ehegatten hat auf den Ersatzanspruch wegen geleisteter Alimente gar keinen Einfluß, da der Ehemann die von der Frau im Bereiche des inneren Hauswesens zu ihrem und ihrer Familienglieder Bedarf gemachten Ausgaben nach Art. 56 anzuerkennen und nach Art. 9 zu tragen hat.

Da nun Beklagter selbst einräumt, daß Klägerin das Kind genährt habe, da er ferner dem nicht widersprochen hat, daß Klägerin bereits seit der Geburt des Kindes getrennt von ihm gelebt habe, und da seine, der Klagebehauptung, daß Beklagter nichts zum Unterhalte des Kindes beigetragen (d. h. m. a. W. daß Klägerin es allein unterhalten) habe, entgegengesetzte Einrede, auch selbst für das Kind gesorgt zu haben, wegen mangelnder Substantiirung nicht berücksichtigt werden kann, so ist einerseits eine Beweisführung über die vom Beklagten angeblich geleistete Alimentation nicht zulässig, andererseits eine Beweisführung darüber, daß Klägerin ihrerseits das Kind alimentirt hat, nicht erforderlich.“

Auf beklagliche Beschwerde erging von dem Riga'schen Rathe am 27. Februar 1876 sub No. 1354 nachstehender Quereelbescheid:

„Nach den Principien der allgemeinen Gütergemeinschaft, durch welche die durch des Beklagten Ehe mit der Klägerin begründeten Güterrechte ihre Regelung zu erfahren hatten, gebührt dem Ehemann die Verwaltung und Nutzung des gesammten in der Gütergemeinschaft begriffenen Vermögens (Prov.=Recht Th. 3, Art. 82), indem er allein vermöge der ehelichen Vormundschaft die Herrschaft über dasselbe ausübt (Art. 11 und 12 l. c.),

während die Ehefrau von diesem Vermögen für das Hauswesen nur das zu verwenden in den Stand gesetzt ist, was der Ehemann ihr zu diesem Zweck überläßt. Daß diese rechtlichen Güterverhältnisse in der zwischen den streitenden Parteien bestandenen Ehe vertragsmäßig oder factisch andere gewesen seien, als wie das Gesetz sie geordnet hat, ist nicht behauptet, geschweige denn erwiesen worden. Die Querulatin, welche übrigens auch schon seit der Geburt ihrer Tochter von dem Querulanten getrennt gelebt hat, ist sonach nicht in der Lage gewesen, von dem unter der Herrschaft des Querulanten vereinigten beiderseitigen ehelichen Vermögen, selbst auch nicht von dem Theil dieses Vermögens, welchen sie selber in die Ehe gebracht haben mag, irgend etwas zur Sustentation ihres Kindes zu verwenden, sofern es ihr nicht vom Querulanten geboten wurde. Nun hat Querulant allerdings in der ersten Instanz der Klage auch die Einrede entgegengesetzt, daß er ebenfalls für das Kind gesorgt habe; diese Einrede ist aber rechtskräftig verworfen. Demzufolge steht es mindestens für den obschwebenden Rechtsstreit fest, daß Querulant von dem unter seiner Herrschaft befindlich gewesenem, gemeinschaftlichen ehelichen Vermögen zur Sustentation seines Kindes nichts hergegeben hat. Wenn nun Klägerin aus diesem letzterwähnten Vermögen, weil dasselbe ihrer eigenen Verwaltung und Nutzung entzogen gewesen und weil Querulant aus demselben ihr nichts verabsolgt hat, für die Alimentation ihrer Tochter nichts hat verwenden können, so folgt daraus mit unwiderleglicher Gewißheit, daß die zu solchem Zweck offenbar und unbedingt nothwendig gewordenen Verwendungen aus einer anderen Quelle geflossen sein müssen. Und zwar kann diese Quelle wiederum, da nirgends darauf auch nur hingedeutet worden, daß das Kind durch die Mildthätigkeit fremder Personen unterhalten worden wäre, keine andere sein, als entweder die vom Beklagten oder die von der Klägerin bezeichnete, weil ein Drittes undenkbar ist. Klägerin nämlich behauptet, die Mittel zum Lebensunterhalt ihres Kindes durch Anleihen beschafft und sich demzufolge in Schulden, welche sie wieder berichtigen müsse, gestürzt zu haben; Querulant dagegen versichert, daß Klägerin die Mittel dazu durch selbständigen Erwerb und zwar durch ein von ihr mit zahlreichen Gehilfsinnen betriebenes Schneiderhandwerk aufgebracht habe. Wie dem indeß auch sei, in dem einen, wie in

dem anderen Falle ist Klägerin zur Forderung eines Wiedererfases ihrer Leistungen aus dem in erster Reihe für die Lebensbedürfnisse der Kinder verhafteten gemeinsamen ehelichen Vermögen (Art. 199 l. c.) durchaus befugt. Denn wenn es sich einerseits schon von selbst versteht, daß die zur Befriedigung der unumgänglichsten Lebensbedürfnisse der Kinder gemachten Anleihen aus dem Vermögen zu decken sind, welches vorzugsweise diesem Zweck zu dienen hat, so ist andererseits auch das Sondergut der Ehefrau — und als solches characterisirt sich nach Art. 24 Pft. 3 l. c. dasjenige, was die Ehefrau aus einem von ihr mit Wissen und Willen des Ehemannes unternommenen Gewerbe, oder sonst durch Fleiß und Arbeit für eigene Rechnung erworben hat — von der ehelichen Gütergemeinschaft ausgenommen und demnach nicht, oder doch mindestens nicht in erster Linie für das heranzuziehen, was vielmehr aus dem in der Gütergemeinschaft befindlichen Vermögen zu leisten ist, weil es aus der Ehe hervorgegangen und durch die Ehe erforderlich geworden ist.

Solchergestalt kann füglich einem Zweifel nicht unterstellt werden, daß die Klägerin, als sie nicht aus dem ihrer Verfügung entzogenen, in Gütergemeinschaft verfangenen Vermögen, sondern aus jedenfalls anderen Mitteln, sei es nun, daß sie diese anlieh, oder aus ihrem Sondergut entnahm, für ihr und des Beklagten Kind den Lebensunterhalt beschaffte, allerdings *negotia aliena* betrieb und in dieser Eigenschaft einer auftraglosen Geschäftsführerin Restitution des von ihr Geleisteten aus dem Vermögen beanspruchen darf, welchem die Leistung gesetzlich zunächst obliegt. An diesem vollkommen gerechtfertigten und billigen Ansprüche wird die Klägerin offenbar auch dadurch nicht behindert, daß zufolge der Bethuerung des Querulanten nach seiner Scheidung von der Klägerin in seinem Besitz kein bisher eheliches Vermögen übrig geblieben ist, aus welchem die Deckung der Nachrechnung sich ermöglichen ließe. Denn es ist unbestreitbar des Querulanten Sache, das nachzubeschaffen, was er schon während bestandener Ehe zu beschaffen rechtlich verbunden war und was ihm durch auftraglose Geschäftsführung seiner Ehefrau gleichsam nur gestundet wurde.“

III.

Sachenrecht.

494. Zur Lehre von dem Besitzproceſſe, inſondere zur Anwendung des Art. 690 des Prov.-Rechts Th. 3

findet ſich in dem Erkenntniſſe der II. Section des Landvogteigerichts vom 30. Mai 1875, No. 105, Folgendes:

„Kurz vor Erhebung der Klage, im Sommer 1873, iſt das Heu auf der ſtreitigen Parcellen vom Beklagten geſchnitten und von der Klägerin abgeführt worden. Das Mähen hat weder zu einer ungewöhnlichen Tageszeit, noch zu einer beſonders frühen Jahreszeit ſtattgefunden; andererseits liegen keine ſicheren Anzeigen dafür vor, daß die Abfuhr des Heu's nach dem etwa 3 Werſt entfernten Hofe der Klägerin heimlich geſchehen, oder gar unter Anwendung von Gewalt gegen den Beklagten durchgeführt worden iſt. Eine Rückforderung des eingehemmen Fuders hat von Seiten des Beklagten nicht ſtattgefunden. Die Angabe des Verwalters von [dem klägeriſchen Höfchen] Graubühof, es ſei im Jahre 1873 der zweite Heuſchnitt unterblieben, weil an der oft bezeichneten Stelle Beklagter ſein Vieh habe weiden laſſen, bezieht ſich offenbar auf eine erſt nach Erhebung der Klage (am 19. Juni 1873) vorgefallene Thatſache, deren Berücksichtigung ſelbſtverſtändlich ausgeſchloſſen bleibt. Welchem Theile zur Zeit der Klage der rechtmäßige Beſitz an dem fraglichen Wiefentheile zuſtand, iſt auf Grund des oben dargeſtellten Sachverhalts nicht zu entſcheiden. Jede Partei hat Beſitzhandlungen ausgeübt, welche auf einen gegenwärtigen Beſitzſtand ſchließen laſſen. Da aber die nämliche Sache nicht zu gleicher Zeit von Zweien oder Mehreren beſeſſen werden kann (Art. 632

l. c.), so muß nothwendig der Besitz des Einen ein fehlerhafter sein. Allein auch das läßt sich aus der Art der vollführten Handlungen mit Sicherheit nicht erkennen: es bleibt fraglich, ob die einzelnen Acte, deren Erwähnung geschehen ist, als Kundgebungen eines anzuerkennenden Willens, oder als widerrechtliche Störungen fremden Besitzes anzusehen seien. In einem solchen Falle ist nach gesetzlicher Vorschrift dem älteren, sowie demjenigen Besitze der Vorzug zu geben, welcher auf einem erwiesenen Rechtstitel beruht. Diese aus dem canonischen Rechte hergenommene Bestimmung ist nicht etwa so zu verstehen, als werde der Besitzstreit nunmehr in den Eigenthumsstreit hinüber geleitet, jener durch diesen ersetzt und überflüssig gemacht. Die Einmischung petitorischer Gründe findet auch jetzt nicht statt und alles, was zur Ausschmückung des geltend gemachten Besitzes vorgebracht worden, ist in den nachfolgenden Streit um das Recht zum Besitze (*jus possidendi*) zu verweisen. Das Recht, welches der Besitz schon an sich gewährt (*jus possessionis*), der Interdictenschutz, ist und bleibt alleiniges Ziel des Besitzstreits. Wenn es ausnahmsweise gestattet wird, nach dem Alter und Rechtstitel des Besitzes zu forschen, so geschieht es nur, um eine Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des gegenwärtigen Besitzes (auf den es allein ankommt) zu gewinnen. Es greift die Annahme Platz, daß derjenige, welcher schon früher im Besitz war, denselben auch fortgesetzt hat, sowie ferner, daß der rechtmäßige Besitz auf Seite dessen ist, der einen Rechtstitel aufzuweisen vermag. Die Handlungen der Gegenpartei fallen alsdann unter den Gesichtspunkt der Besitztörung.

In dieser Beziehung nun ist die Beweiserhebung durchaus zu Gunsten der Klägerin ausgefallen“

495. a) Die Besitzklagen (Interdicte) stehen nur dem juristischen Besitzer, nicht dem bloßen Detentor zu.

b) Der Retentionsberechtigte kann sein Retentionsrecht nur im Wege der Einrede, aber nicht durch Klage geltend machen.

„Die vorliegende Klage ist auf Wiederherstellung eines verlorenen Besitzes gerichtet, setzt mithin voraus, daß Kläger den

Besitz an dem arrestirten Holzflöße zur Zeit der Wegführung desselben durch den Beklagten gehabt hat. Den Besitz im Rechtsinne hat aber nach Art. 625 und 626 des Prov.-Rechts Th. 3 nur derjenige, welcher einerseits die thatsächliche Herrschaft über die Sache und andererseits den Willen hat, über sie gleich einem Eigenthümer zu verfügen; wogegen derjenige, welcher die Sache zwar thatsächlich in der Gewalt hat, aber einen anderen als Eigenthümer derselben anerkennt, nicht Besitzer sondern bloß Stellvertreter des Besitzes eines Anderen ist, sei es auch, daß Letzterer ihm die Innehabung der Sache zu gestatten, aus einem besonderen Rechtsgrunde verpflichtet erscheint. Wenn nun in den Art. 691 ff. l. c. von der Klage auf Wiederherstellung eines verlorenen „Besitzes“ die Rede ist, so folgt aus der Verbindung dieser Artikel mit der in den Art. 625 und 626 l. c. gegebenen Begriffsbestimmung des Besitzes unzweideutig, daß auch wegen gewaltsamer Besitzentziehung ein Klagerecht nicht dem thatsächlich aus der Innehabung der Sache Verdrängten, sondern lediglich dem zusteht, welcher rechtlicher Besitzer derselben im Sinne der Art. 625 und 626 l. c. war*). Kläger führt aber selbst an, daß die Handlung W. & Co. Eigenthümerin der Hölzer ist und ihm dieselben lediglich behufs ihres Transportes nach Riga übergeben hat: mithin hat er an den Hölzern zwar den thatsächlichen Gewahrsam ausgeübt, aber nicht mit dem Willen des Eigenthümers, der eine Unterschlagung involvirt hätte (Art. 669 l. c.), sondern als Stellvertreter der Handlung W. & Co., welche durch ihn die Hölzer besaß. Ein Klagerecht wegen Besitzentziehung konnte daher nur die Handlung W. & Co., aber nicht deren Frachtführer in Anspruch nehmen. Kläger hat, um ein solches Klagerecht zu construiren, sich noch auf einen „abgeleiteten“ Besitz berufen. Allein dieser wird als Ausnahme von der Regel, daß die Interdicte nur dem juristischen Besitzer eingeräumt werden, gemeinrechtlich nur in einzelnen ganz bestimmten

*) Ebenso heißt es in dem Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 22. August 1873, No. 6427: „Der Beweis, den Klägerin geführt hat, genügt nicht, um darzuthun, daß sie irgend welches Besitzrecht an dem Grunde und Boden ausübe, d. h. daß sie berechtigt wäre, im eigenen Namen über dasselbe Herrschaft auszuüben. Als bloße Inhaberin hat sie aber keinen Anspruch auf den Schutz, welcher nach Art. 681 ff. des Prov.-Rechts Th. 3 gegen jede Beeinträchtigung und Störung des Besitzes gewährt werden soll.“

Fällen anerkannt, von denen das Prov.-Recht ausdrücklich blos das Precarium (Art. 3768) und die Sequestration (Art. 3816) erwähnt, findet hingegen auf Seiten des Frachtführers nicht statt. Ebenso wenig fließt das vom Kläger prätendirte Klagerecht aus dem Retentionsrechte her, welches ihm nach Art. 4264 l. c. in seiner Eigenschaft als Frachtführer allerdings zusteht.

Allerdings hat die ältere gemeinrechtliche Doctrin dem Retentionsberechtigten die Rechtsmittel zur Erhaltung des bestehenden und zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes in der Regel zugesprochen, oder ihm mindestens die Spolienklage eingeräumt. Dies geschah indessen in Folge der damals weit verbreiteten und (entsprechend dem Bedürfnisse des Verkehrs) noch heute von der Gesetzgebung festgehaltenen Rechtsanschauung, daß die possessoriischen Rechtsmittel, oder doch speciell die Spolienklage nicht juristischen Besitz voraussetzen, sondern auch von dem Detentor gebraucht werden können. Diese Ansicht, welche in der That sehr viele praktische Gründe für sich hat, ist aber in der neueren Theorie, als mit den Quellen nicht vereinbar, aufgegeben worden (vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Band I, S. 989 und Puchta, Pandekten, §. 135 Note c.) und hat in die Codification des Prov.-Rechts keinen Eingang gefunden, wie bereits vorhin gezeigt worden ist. Da aber die Besitzklagen dem Retentionsberechtigten nicht auf Grund seines Retentionsrechts, sondern auf Grund seiner thatsächlichen Detention zum Schutze des Retentionsrechts beigelegt wurden, so müssen sie folgerecht ihm versagt werden, sobald man der Ansicht folgt, daß eben nicht der Naturalbesitzer, sondern einzig der juristische Besitzer zur Erhebung der Besitzklagen befugt ist. Nach dieser von dem Prov.-Recht adoptirten Meinung kann das Recht der Retention lediglich vermittelt der exc. doli oder einer anderen Einrede geltend gemacht werden und erlischt, sobald der Retentionsberechtigte die Sache aus den Händen giebt, d. h. deren Gewahrsam verliert (Art. 3382 und 3385 l. c.). Wenn somit ein Klagerecht des Klägers wegen der behaupteten Wegführung des Floßes durch den Beklagten als bestehend nicht anerkannt werden kann, die Klage vielmehr der rechtlichen Begründung entbehrt, so hat dieselbe abgewiesen werden müssen.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 10. October 1874, No. 1063).

Nachschrift des Herausgebers. Die von der Codification recipirte Beschränkung des Interdictenschutzes auf den juristischen Besitz entspricht zwar den römischen Quellen, widerstreitet aber dem modernen Rechtsbewußtsein und führt in der Praxis häufig zu argen Unzuträglichkeiten. Gegenüber der Autorität Savigny's, mit deren Hilfe diese Ansicht in der gemeinrechtlichen Theorie Jahrzehnte hindurch eine beinahe ausschließliche Geltung behauptet hat, sind neuerdings in der Doctrin wiederum Stimmen hervorragender Schriftsteller laut geworden, welche für eine weitere Ausdehnung des Besitzeschutzes eintreten, z. B. Bruns, die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts:

§. 236. Die moderne Praxis und Gesetzgebung hat doch nun einmal unverkennbar die Neigung, die Detention zu schützen. Irgend einen vernünftigen Grund hat ein solches Streben immer. Man muß ihm also weiter nachgehen . . . Der moderne Grund liegt in nichts anderem, als daß der Detentor in fremdem Namen neben dem fremden Interesse eben auch ein eigenes selbständiges Interesse bei der Detention haben kann, und dieses auch einen selbständigen Schutz fordert. Alles Recht und alle Klagen sind zum Schutz der Interessen da, und wo ein wirkliches rechtliches Interesse ist, muß auch eine Klage möglich sein. Das ist modernes Princip und dem widerspricht es, daß z. B. der Miether oder Pächter bei Störungen oder Entziehungen Dritter zum Schutze seines Pachtinteresses ganz auf die Vermittelung des Vermiethers oder Verpächters angewiesen sein soll. Jeder weiß, wie weitläufig das oft sein kann, wie es durch Säumnigkeit des Verpächters verschleppt werden kann. Noch dringlicher fast ist der Fall, wo der Detentor ein Retentionsrecht wegen Impensen oder sonst hat. Hier hat er nicht einmal die Vermittelung durch den Herrn der Sache und ist daher ganz ohne Schutz . . . §. 237. Jedenfalls ist der Detentionschutz auf die Detention zu eigenem Interesse zu beschränken, also namentlich Miethen, Pacht und Retentionsrecht . . . §. 239. Dasselbe Princip muß man dann aber analog auch beim Commodatar und allen anderen Fällen von Detention zu eigenem Interesse annehmen, und namentlich auch bei den Fällen von Detention mit Retentionsrecht wegen Impensen oder sonst.

Dagegen plaidirt Meißner, Besitz und Besitzeschutz 1876, S. 188 — 90 betreffs der Mobilien für vollständigen Bruch mit dem römischen und Annahme des französischen Rechts.

Die neueren Gesetze geben entweder dem Naturalbesitzer überhaupt die possessoriischen Rechtsmittel (preuß. A. L. R. I, 7 §§. 141, 146), oder doch die Spolienklage (sächsisches Gesetzbuch §. 208, codice civile italiano art. 695), oder sie schützen denjenigen, der eine Sache zur Benutzung oder Sicherung inne hat, gegen Dritte wenigstens in der Ausübung dieser Befugniß

(sächsisches Gesetzbuch § 208, Gesetzbuch für den Canton Zürich § 490, bayerischer Entwurf III, Art. 40).

Im französischen Recht ist die Frage, ob auch dem Detentor von Immobilien — bei beweglichen Sachen kann sie wegen Art. 2279 des code civil nicht stattfinden — die Spolienklage zustehet, bestritten, jedoch für Baden durch § 661 der Civil-Proceßordnung von 1864 verneinend entschieden. Ueber das russische Recht s. Jurenw, im Journal für Civil- und Criminal-Recht 1875, S. 2 S. 1—49.

Das österreichische Gesetzbuch §§ 318, 339 und 346 steht noch auf dem römischen Standpunkte, wie das Provinzialrecht; jedoch herrscht hinsichtlich der Spolienklage auch dort Streit. Vgl. Randa, der Besitz nach österreichischem Recht, 1. Aufl. S. 71 und 72, insbesondere Note 2. Er selbst entscheidet sich gegen den Detentor, fügt indessen S. 73 und 74 hinzu: „Ist der Detentor Besitzer eines Rechtes an der Sache, welches die Detention zur Voraussetzung seiner Ausübung hat, z. B. des Ususfructus, der Pacht- und Miethrechte, so hat er als Rechtsbesitzer (nicht als Sachbesitzer) selbständige possessoriische Klagen zur Wahrung der Detention.“ Läßt sich auf diesem Wege nicht auch im Gebiete des provinziellen Rechts (Art. 627 und 628) eine selbständige Besitzklage des Nießbrauchers, des Pächters oder Miethers, des Retentionsberechtigten u. construiren?

496. Der aus dem Besitze eines Immobilien gewaltsam Verdrängte kann die Wiederherstellung seiner Detention an den in dem Immobilien vorhandenen gewesenen beweglichen Sachen verlangen, auch wenn er an letzteren den juristischen Besitz nicht hatte. Voraussetzungen der Detention.

(Art. 693 und 695 des Prov.-Rechts Th. 3, l. 1 §§ 31—33 Dig. de vi XLIII, 16).

Zu einem der Riga-Bolderaa Eisenbahngesellschaft gehörigen Schuppen waren mit Zustimmung der Direction von S. verschiedene Sachen zur Aufbewahrung abgelegt worden. R. behauptete, diese Sachen von S. gekauft zu haben, verlangte ihre Auslieferung und öffnete, nachdem ihm solche verweigert worden

war, vermittelt eines ihm von einer dritten Person übergebenen Schlüssels den Schuppen, worauf er trotz des Protestes des von der Direction angestellten Aufsehers die angeblich gekauften Sachen mit Hilfe von 30 Arbeitern fortschaffen ließ.

Gegen die von der Direction angestellte Spolienklage vertheidigte K. sich namentlich durch die Berufung darauf, daß Klägerin an den ihr nur zur Aufbewahrung überwiesenen Sachen keinen juristischen Besitz gehabt habe und deshalb nach Art. 691 verbunden mit 626 l. c. deren Rückerstattung zu fordern, nicht berechtigt sei. Beklagter wurde jedoch durch Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 5. November 1874 verurtheilt, sämmtliche aus dem klägerischen Schuppen abgeführten Gegenstände in denselben zurückzustellen, und diese Entscheidung wurde von dem Riga'schen Rathe durch Querelbescheid vom 23. April 1875, No. 2880 aus folgenden Gründen bestätigt:

„Die angestellte Klage characterisirt sich nach ihrem Petition unzweideutig als ein *interdictum de vi* bzw. *remedium spoli*. Die Voraussetzung dieses Rechtsmittels ist, daß der juristische Besitzer eines Immobilien gewaltsam aus dem Besitze verdrängt sei. Die von einigen Rechtslehrern vertretene Ansicht, daß das Interdict auch dem bloßen Detentor eines Immobilien zustehe, ist im 3. Theil des Prov.=Rechts nicht recipirt worden (vgl. Art. 691 und 626 l. c.). Die Wirkung des Interdicts war nach römischem Recht die, daß der entzogene Besitz des Immobilien dem Entsetzten sofort wiedergegeben und in Allem derjenige Zustand hergestellt wurde, der vor der gewaltsamen Besitzentziehung bestand. Waren gleichzeitig bewegliche Sachen entfernt worden, so mußten auch diese zurückgestellt werden, gleichviel ob die Sachen im Besitz, oder in der bloßen Detention des Verdrängten gestanden hatten. Die entscheidenden Digestenstellen sind folgende: l. 1 pr. D. XLIII, 16; l. 1 § 31 und 33, l. 19 eod. (folgt deren Wortlaut). Das canonische Recht hat in dem *remedium spoli* die Wirkungen des römischrechtlichen *interdictum de vi* in manchen Beziehungen gesteigert und jedenfalls in keinem Punkte abgeschwächt (vgl. Windscheid, Pandekten, I §. 162). Der 3. Theil des Prov.=Rechts hat in den Art. 691 bis 699 wesentlich die Bestimmungen des römischen Rechts und des canonischen Rechts über das *interdictum de vi* bzw. die Spolienklage recipirt, wie aus den allegirten Quellen hervorgeht. Im

vorliegenden Rechtsstreit ist zwar in Frage gestellt worden, ob das Prov.-Recht auch die Wirkung des Interdicts recipirt habe, daß bewegliche Sachen, die sich auf dem Immobil im Gewahrsam des Verdrängten befanden und von dort entfernt sind, zurückgestellt werden müssen. Der Text des Prov.-Rechts entscheidet die Frage nicht ausdrücklich, da die Art. 693 und 695 nur im allgemeinen besagen, daß der gewaltsam entzogene Besitz des Immobiles sofort wieder hergestellt und das gesammte Interesse ersetzt werden soll; die Quellenallegat entscheiden aber unzweideutig zu Gunsten der vom Untergerichte vertretenen Ansicht. Zwar ist die lex 1 § 33 des citirten Digestentitels, welche auf den vorliegenden Fall am besten passen würde, nicht angezogen worden, doch konnte dieses Allegat entbehrlich erscheinen, weil der § 33 nur eine Interpretation des Einganges der lex 1 cit. enthält. Angezogen dagegen sind folgende Stellen des Digestentitels: die lex 1 pr. (das prätorische Edict), die lex 1 § 31 und die lex 19, aus welchen Stellen zweifellos hervorgeht, daß der dem Spoliaten gewährte Besitzschutz sich auch auf, aus dem Immobil entfernte bewegliche Sachen, die im Gewahrsam des Spoliaten standen, bezieht. Die schon an sich unwahrscheinliche Annahme, daß der Gesetzgeber, der in dieser Lehre wesentlich aus römischem und dem strengeren canonischen Recht geschöpft hat, — sogar die mildereren Wirkungen des römischen Interdicts noch abgeschwächt haben sollte, wird durch die ausdrückliche Anziehung der entscheidenden Quellenstellen gänzlich ausgeschlossen: hätte der Gesetzgeber in der That die Absicht gehabt, dem Interdict eine Wirkung, die es sowohl nach römischem Recht, wie canonischem Recht hatte, zu entziehen, so mußte er das in unzweideutiger Weise an den Tag legen und konnte nicht gleichzeitig Quellen allegiren, die zu einer derartigen Absicht im stricten Widerspruche standen.

Wenn sonach die rechtliche Begründung der angestellten Interdicten-Klage nicht in Frage steht, so ist in zweiter Reihe zu prüfen, ob die thatsächlichen Voraussetzungen des Interdicts im vorliegenden Falle gegeben sind. In dieser Beziehung ist die Klage wesentlich auf drei Behauptungen gestützt:

1) daß die klagende Eisenbahngesellschaft im juristischen Besitz des qu. Schuppens gestanden habe;

2) daß sie den Gewahrsam der in demselben befindlich gewesenen Mobilien gehabt;

3) daß ein gewaltsamer Eindrang in den Schuppen stattgehabt habe, wobei die im klägerischen Gewahrsam befindlich gewesenen Mobilien aus dem Schuppen entfernt worden seien.

Ohne Weiteres ist vom Beklagten zugestanden worden, daß Klägerin den juristischen Besitz des Schuppens gehabt und daß ohne Wissen und Willen der Klägerin Beklagter sich Eingang in den verschlossen gewesenen Schuppen verschafft und verschiedene im Schuppen vorfindliche Gegenstände aus demselben entfernt habe. Die Ausstellungen, die beklagterseits gegen die thatsächliche Klagebegründung erhoben worden, lassen sich dahin zusammenfassen: 1) der klägerische Besitz des Schuppens sei kein ausschließlicher gewesen, weil ein Schlüssel zu demselben sich in den Händen des (ehemaligen) Wächters C. befunden; 2) die entfernten Mobilien seien nicht in der Detention der Klägerin gewesen, weil letztere dem Beklagten die freie Disposition über die Sachen eingeräumt und ihm gestattet habe, dieselben unter Wache im Schuppen aufzubewahren; 3) es habe kein gewaltsamer Eindrang in den Schuppen stattgehabt, weil Beklagter sich den Schuppen durch den Schlüsselinhaber C. habe öffnen lassen.

Diese Ausstellungen erweisen sich jedoch als unrechtfertig beziehentlich bedeutungslos. Denn

ad 1) die bloße Thatsache, daß C. einen Schlüssel in Händen gehabt, beinträchtigte den klägerischen Besitzstand ebensowenig, wie etwa der immerhin mögliche und sogar nicht unwahrscheinliche Umstand, daß noch hunderte von Personen im Besitz von Schlüsseln oder Werkzeugen gewesen sein mögen, mit denen der Schuppen geöffnet werden konnte. Die Thatsache, daß Jemandem der Zugang in ein Immobilien möglich ist, gewährt ihm noch nicht den Besitz oder Mitbesitz. Auch der Umstand, daß C. den Schlüssel von der klägerischen Gesellschaft empfangen hatte, ist nicht von Bedeutung, denn die Schlüsselbehändigung an einen Wächter bewirkt keineswegs Besitz oder Detention für denselben, da die Absicht bei einem solchen Act beiderseits nicht auf Besitzübertragung bezw. Erwerb gerichtet ist. Dazu kommt noch in Betracht, daß unwidersprochenermaßen der Wächter C. aus dem

Dienste der klägerischen Gesellschaft bereits entlassen war, mithin den Schlüssel unrechtfertiger Weise zurückbehalten hatte.

ad 2) ist der actenmäßige Sachverhalt der, daß die klägerische Gesellschaft den Gewahrjam der qu. Mobilien zunächst für S. und dann für dessen Rechtsnachfolger, den Beklagten, ausübte. Die angebliche Erklärung der Klägerin, daß sie dem Beklagten die freie Disposition an den Sachen einräume und ihm gestatte, dieselben „weiter im Schuppen aufzubewahren,“ ändert an dem thatsächlichen Verhältnisse nichts, daß Klägerin den Gewahrjam der in ihrem Schuppen aufbewahrten Gegenstände hatte.

ad 3) Auch bezüglich des bestrittenen gewaltsamen Eindringens in den Schuppen weisen die Acten die thatsächliche Berechtigung der Klage aus. Daß Beklagter sich den Schuppen durch C. aufschließen ließ, hat ungefähr dieselbe Bedeutung, als ob er durch einen Schlosser oder sonst Sachkundigen mittelst geeigneter Instrumente das Schloß eröffnet hätte. Entscheidend ist der nicht bestrittene Umstand, daß Beklagter dem ausdrücklich erklärten Willen der Klägerin zuwider sich Eingang in den Schuppen verschafft und Handlungen daselbst vorgenommen hatte, die mit Recht lediglich der Klägerin zustanden. Eine Ausräumung der im Schuppen aufbewahrten Sachen war eben nicht möglich ohne Eindrang in den Schuppen und der Eindrang involvirt eine, wenn auch vorübergehende, Besitzentziehung der Klägerin, welche, solange der Eindrang dauerte, verhindert war, ihre thatsächliche Herrschaft über den Schuppen auszuüben. Die Vergewaltigung des Willens der Klägerin tritt um so crasser zu Tage, als Beklagter zugeständenermaßen mit seiner Bitte um Auslieferung der im Schuppen aufbewahrten Gegenstände von der Klägerin bis zur Erfüllung einer gewissen Bedingung ausdrücklich abgewiesen worden war: anstatt hierüber auf dem Rechtswege Beschwerde zu führen, hat eben Beklagter den Weg der Eigenmacht betreten. Dazu kommt endlich noch in Betracht, daß ein Beamter der klägerischen Gesellschaft sich dem Eindrange des Beklagten widersetzt hat, von letzterem aber zurückgewiesen worden ist.

Wenn sonach die thatsächlichen Voraussetzungen des interdictum de vi sämmtlich vorliegen, so ist die rechtliche Folge, daß die pristina causa, die vor der Besitzentziehung bestand, in

Allem wieder hergestellt werden muß, wozu auch gehört, daß die aus dem Schuppen ausgeräumten Sachen wieder dorthin zurückgestellt werden; außerdem bleibt Beklagter für allen angerichteten Schaden verhaftet.“

497. a. Der Finderlohn ist nicht von dem Eigenthümer, sondern von dem Verlierer der Sache zu zahlen.

b. Der Finder kann die Sache bis zur Bezahlung des Finderlohnes zurückhalten.

„Nach Lage der Sache ist nicht streitig, daß das in Rede stehende Tau verloren war und vom Kläger gefunden worden ist. Es fragt sich vielmehr einzig, ob der Beklagte zur Zahlung des Finderlohnes verpflichtet sei. Die Art. 734 und 735 des Prov.-Rechts Th. 3 besagen in dieser Beziehung:

Wer eine verlorene Sache findet, hat sie, wenn ihm bekannt ist, wer sie verloren, diesem gegen Empfang des ihm gebührenden Finderlohnes auszuliefern.

Ist derjenige, der die Sache verloren, dem Finder nicht bekannt, so ist letzterer verpflichtet, von dem Funde der örtlichen Polizeibehörde Anzeige zu machen.

Aus der Bestimmung des Art. 734 folgt, daß der Finderlohn nicht gerade von dem Eigenthümer der Sache zu entrichten ist, sondern von dem Verlierer, d. h. von demjenigen, aus dessen Gewahrsam sie abhanden gekommen ist und der nicht nothwendig der Eigenthümer zu sein braucht. Dies findet seine Bestätigung in der Bestimmung des Art. 737, demzufolge die Sache dem Eigenthümer oder Verlierer der gefundenen Sache gegen Entrichtung des Finderlohnes verabfolgt werden soll, sobald er sich bei der Polizei meldet und sein Recht an der Sache nachweist.

Da es aber für den Finder mit Weiterungen verbunden ist, zu ermitteln, wer die Sache verloren und somit den Finderlohn dafür zu bezahlen hat, kann er einfach von dem Zurückhaltungsrecht an der gefundenen Sache Gebrauch machen, welches ihm nach Art. 737 — 39 in Verbindung mit Art. 3383 Pft. 3 l. c. unzweifelhaft zusteht und auch durch die Bestimmung des Art. 735 nicht in Frage gestellt wird, da dieser den Finder nur verpflichtet, über den Fund bei der Polizei Anzeige zu machen, nicht aber die Sache bei der Polizei abzuliefern,

sie also aus den Händen zu geben, ehe er den Finderlohn erhalten hat. Kläger hat jedoch von seinem Zurückhaltungsrechte keinen Gebrauch gemacht und ist dadurch in die Nothwendigkeit versetzt worden, zur Begründung seines Anspruches auf Finderlohn seinerseits darzuthun, daß Beklagtem das Tau abhanden gekommen ist. Er behauptet in dieser Beziehung, daß Beklagter einen Finderlohn von 25 Rbl. für das Tau ausgebaut und sich als dessen Verlierer bei dem Quartaloffizier gemeldet habe, und wenn diese Thatfachen bewiesen werden, so ist Beklagter allerdings zur Zahlung des Finderlohnes . . . verpflichtet, gleichviel ob er Eigenthümer des Tanes war, oder ein Anderer.“

(Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 19. August 1876, No. 177).

498. Hat ein Omnibusconducteur Anspruch auf Finderlohn bezüglich der von den Passagieren vergessenen Sachen?

Der Omnibus-Conducteur M., welcher ein von R. in dem Omnibus verlorenes Portemonnaie mit 168 Rbl. gefunden hatte, beanspruchte klagend den dritten Theil der gefundenen Summe als Finderlohn. Beklagter verweigerte jede Zahlung, weil er sehr wohl gewußt habe, wo sein Portemonnaie sich befunden, dasselbe also nicht „verloren,“ sondern nur „vergessen“ habe, und weil der Conducteur mit der Ablieferung der von den Passagieren vergessenen Sachen lediglich seine Pflicht erfülle.

Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte darauf am 6. März 1876 sub No. 55, wie folgt:

„Der von Beklagtem aufgestellte Satz, daß ein Omnibusconducteur für die in dem Omnibus gefundenen Sachen keinen Finderlohn fordern könne, ist rechtlich nicht begründet. Denn das Gesetz sagt ganz allgemein, wer eine verlorene Sache findet, hat sie gegen Empfang des ihm gebührenden Finderlohnes demjenigen auszuliefern, der sie verloren hat (Art. 734 und 737 des Prov.-Rechts Th. 3), weshalb der Finderlohn vom Beklagten — da zwischen ihm und dem Kläger ein Vertragsverhältniß, demgemäß dieser zur Ablieferung der gefundenen Sachen an den Beklagten verpflichtet war, nicht bestanden hat — nur verweigert werden kann, wenn die Sache von ihm gar nicht „verloren“ war. Verloren im Sinne des Gesetzes ist aber

eine Sache, wenn sie vermißt wird und man nicht weiß, wem man sie wieder abfordern, oder wie man sie wieder erlangen soll (Art. 733 l. c.). Wer nun in einem Omnibus, in welchem fortwährend Leute ein- und aussteigen, etwas liegen läßt, der kann unmöglich wissen, wem er sie abfordern soll, da der Conducteur keineswegs dazu angestellt ist, beim Ein- und Aussteigen der Passagiere auf deren Sachen Acht zu geben, vielmehr der erste Beste die liegen gelassenen Sachen einstecken oder mitnehmen kann. Es läßt sich daher wohl schon allgemein nicht behaupten, daß eine Sache, die in einem Omnibus liegen bleibt, nicht „verloren,“ sondern blos „vergeffen“ sei, auch wenn der betreffende Passagier alsbald nach seinem Aussteigen bemerkt, daß er sie im Omnibus gelassen hat. Noch weniger kann das aber speciell von einem Portemonnaie gelten, da kein vernünftiger Mensch ein solches — wie etwa ein Päckchen und dergleichen — neben sich auf den Sitz zu legen, sondern dasselbe in die Tasche zu stecken pflegt und daher, wenn er dasselbe nach dem Aussteigen vermißt, auch niemals bestimmt wissen kann, daß er dasselbe gerade im Omnibus „gelassen“ hat. Demzufolge trägt denn auch eine Anfrage des Verlierers beim Conducteur nicht den Character einer „Reclamation,“ welche voraussetzen würde, daß jener für die reclamirte Sache zu haften hat, sondern den einer Erkundigung, ob er etwa die Sache „gefunden“ habe. Die Vorschriften über den Fund sind daher allerdings in Anwendung zu bringen und folglich ist der Anspruch auf den Finderlohn an sich begründet.

Da jedoch Beklagter bestritten hat, daß Kläger sein Portemonnaie gefunden habe, liegt letzterem natürlich der Beweis hierüber ob. Im Falle der Herstellung desselben sind jedoch dem Kläger nicht 50 Rbl. oder gar mehr zuzusprechen, sondern blos 15 Rbl., da der Finderlohn nach Art. 738 l. c. nach richterlichem Ermessen festzusetzen und der dritte Theil des Werthes nur als Maximum dafür fixirt ist, nach Lage der Sache aber Kläger, der bei dem Auffinden durchaus keine besondere Mühe oder Schwierigkeiten zu überwinden hatte, mit 15 Rbl. — seine Insertionskosten mit inbegriffen — ausreichend belohnt erscheint.“

Diese Entscheidung ging in Rechtskraft über.

499. a. Der Grundeigenthümer erwirbt das Eigenthum an der Hälfte des Schatzes ipso jure.
- b. Der Arbeitsunternehmer erwirbt an dem von seinen Arbeitern gefundenen Schatz kein Eigenthum.
- c. Der im Art. 741 des Prov.-Rechts Th. 3 begründete Anspruch auf Finderlohn kann von einem Polizeibeamten, der gestohlenen Gut dem Diebe abnimmt, nicht erhoben werden.

Bei der Abtragung der Citadellwerke Riga's wurden im Sommer 1873 von dreien im Dienste des Arbeitsunternehmers R. stehenden Arbeitern in einem irdenen Topfe 96 ganze und 66 halbe silberne Rubel gefunden und von den Findern unterschlagen. Der Quartaloffizier F. entdeckte die Unterschlagung und veranlaßte die Einleitung einer Untersuchung, in Folge deren die Finder wegen widerrechtlicher Aneignung fremden Eigenthums zu einer Geldstrafe condemnirt, die Entscheidung über das Eigenthum an dem Funde, welches R. für sich in Anspruch nahm, und über den von dem Quartaloffizier F. geltend gemachten Anspruch auf Finderlohn aber dem zuständigen Civilgericht überlassen wurde.

Von dem Vogteigericht erging darauf am 26. Juli 1875 sub No. 113 nachstehendes Erkenntniß:

„Nach der Sachdarstellung in den Motiven des Erkenntnisses der Criminal-Deputation kann es nicht zweifelhaft sein, daß es sich vorliegenden Falls um die Auffindung eines Schatzes im Sinne des Art. 744 des 3. Bandes des Prov.-Rechts handelt. Die Münzen (96 Rubelstücke und 66 Halbrubelstücke) sind in einem irdenen Geschirr „vergraben“ gewesen und zwar muß die Verbergung auf eine Zeit von 40 bis 50 Jahren vor der Gegenwart zurückdatirt werden, denn die scharfe Prägung, die Reinheit und der Glanz der Geldstücke beweisen nicht nur, daß sie nur kurze Zeit in Circulation gewesen sind, sondern auch, daß sie an ihrem Aufenthaltort vor äußeren (Luft-) Einflüssen gesichert gewesen sein müssen; das jüngste Prägungsjahr aber, welches sich auf den Münzen findet, ist das Jahr 1823. Es ist hiernach, namentlich auch mit Rücksicht auf den Ort der Auffindung, allerdings die Ermittlung des Eigenthümers „wegen der Länge der Zeit“ für ausgeschlossen zu erachten und daher

von der im Art. 737 l. c. vorgeschriebenen Publikation durch die Polizeibehörde abzuweichen.

Qualificirt sich jene Geldsumme somit als Schatz, so fragt es sich weiter, in wessen Eigenthum dieselbe durch die Auffindung getreten ist.

Das ältere römische Recht sprach den Schatz als herrenlose Sache nach dem Satze: *res nullius cedit occupanti* dem Finder zu, welcher daran Eigenthum erwarb. Durch gesetzliche Vorschriften (die erst in der Kaiserzeit ihren Anfang nehmen) wurde festgesetzt, daß von dem auf fremdem Grund und Boden zufällig gefundenen Schätze dem Grundeigenthümer die Hälfte gebühre. Diese Bestimmung ist durch Aufnahme in die justinianische Sammlung sanctionirt worden (J. II, 1 de rer. divis. § 39; l. un. Cod. de thesauris X, 15) und bildet zugleich die alleinige Grundlage des hier in Frage kommenden Art. 747 des einheimischen Privatrechts. Während aber die gemeinrechtliche Theorie darüber streitet, ob der Eigenthümer des Bodens seinen Antheil am Schätze *ipso jure* erwirbt, oder nur einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe gegenüber dem Finder erhält, folgt das Provinzialrecht der — gegenwärtig auch wohl von den meisten deutschen Rechtslehrern vertretenen — Auffassung, daß der Eigenthümer des Bodens die ihm gebührende Hälfte des Schatzes *direct* und selbständig zum Eigenthum erwirbt und zwar gleichzeitig mit dem Occupationserwerb der anderen Hälfte von Seiten des Finders. Es folgt dies aus dem Wortlaute des Art. 747, welcher ausdrücklich festsetzt, daß der Finder nur die eine Hälfte des Schatzes „erwirbt,“ woraus zu folgern ist, daß der die andere Hälfte erwerbende Grundeigenthümer nicht durch einen vom Finder abgeleiteten, sondern durch einen originären Erwerb Eigenthum an der ihm „gebührenden“ Schatzhälfte erlangt.

Es ist hiernach nicht zweifelhaft, daß im Augenblick der Auffindung des Schatzes das Stadtcassacollegium (resp. die durch dasselbe repräsentirte Stadt Riga) als Eigenthümer des betreffenden Grundes die Hälfte des Schatzes zum Eigenthum erwarb.

Wie sich aus dem mehrfach angezogenen Erkenntniß der Criminaldeputation ergibt, beansprucht der Uebernehmer der Cibatellabtragungsarbeiten, der Kaufmann R., ein Anfallsrecht

auf die ganze gefundene Summe auf Grund des zwischen ihm und dem Stadtcassacollegium abgeschlossenen Contracts. Dieser Anspruch ist vor dem Civilgericht in keiner Weise näher begründet worden und kann daher, weil er sich auf einen abgeleiteten Eigenthumserwerb, resp. auf ein Obligationsverhältniß stützt, gegenwärtig nicht zur Erörterung kommen. Selbstverständlich bleibt es dem Kaufmann K. vorbehalten, seine etwaigen Rechte aus dem mit dem Stadtcassacollegium abgeschlossenen Verträge auf dem Wege der Contractsklage geltend zu machen. Was nun die Person der dem Stadtcassacollegium gleichberechtigt gegenüber stehenden Finder des Schatzes anlangt, so ist zunächst anzuerkennen, daß Impetrant J. aus diesem Titel (als Finder) keinerlei Anspruch auf den Schatz erheben kann. Derselbe hat nicht einen Schatz — einen verborgenen Gegenstand von Werth u. s. w. — als solchen entdeckt, sondern nur über die Thatsache der Auffindung resp. Nichtanzeige eines Schatzes und über die dabei betheiligten Personen Entdeckungen gemacht und Nachweise geliefert. Die Schatzqualität (Herrenlosigkeit) der gefundenen Münzen cessirte im Augenblick der Findung, wo dieselben eben in das Eigenthum des Stadtcassacollegiums und des Finders übergingen. J. hat es daher nur mit einer, bereits bestimmten und bekannten Personen zum Eigenthum gehörenden Anzahl von Geldstücken zu thun gehabt. Fraglich könnte nur sein, ob als Finder des Schatzes die drei oben genannten Arbeiter, oder der Kaufmann K., in dessen Diensten sie standen, anzusehen sind. Letzteres ist nicht construierbar, denn wenngleich die Arbeiter im Dienst und Auftrag von K. den Boden aufgruben, so konnte doch das Auffinden des Schatzes nicht in ihrem Auftrage liegen, da dieses — wofern es überhaupt Eigenthum erwerbenden Effect haben sollte (l. c. Art. 746) — ein außerhalb der menschlichen Berechnung liegender Zufall war.

Bemerkenswerth ist, daß diese Frage bereits von den römischen Juristen entschieden ist in der l. 63 § 3 Dig. de acquirendo rerum dominio XXI. 1, woselbst die Frage aufgeworfen wird, ob der im usus fructus stehende Slave den von ihm gefundenen Schatz für den Eigenthümer, oder für den Usufructuar erwerbe? Die Entscheidung lautet zu Gunsten des Eigenthümers: „nemo enim servorum opera thesaurum quaerit, nec ea propter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat et fortuna aliud

dedit.“ Es folgt dann das anschauliche Beispiel: „Itaque si in ipsius fructuarii agro invenerit, puto partem solam ut agri dominum habiturum, alteram ad eum, cujus in servo proprietatis est, pertinere.“ Der Eigenthumserwerb durch den der Persönlichkeit ermangelnden Sklaven ist gegenwärtig unpraktisch und für vorliegenden Fall ist die Analogie des *Ususfructus* am Sklaven für das Verhältniß des Uebernehmers zum Arbeiter entscheidend. Es ergiebt sich sonach, daß als Finder des hier in Frage kommenden Schatzes die drei Arbeiter G. A. und B. zu betrachten sind. Wollte der Uebernehmer K. etwa behaupten, daß auf Grund eines speciell mit den Arbeitern vereinbarten Contracts ihm der Antheil der Arbeiter an dem von diesen gefundenen Schätze zukomme, so würde hierin abermals ein in der gegenwärtigen Erörterung nicht zu berücksichtigender, besonders geltend zu machender persönlicher (obligatorischer) Anspruch liegen.

Jene Arbeiter sind nun, da sie die Auffindung des Schatzes verheimlichten, von der Criminaldeputation zur Verantwortung gezogen worden und die (vom Stadtcassacollegium auch vorgebrachte) Erwägung liegt nahe, ob nicht die Finder durch ihr unredliches Verfahren ihre Rechte am Schatz eingebüßt haben. Bei genauerer Prüfung muß diese Auffassung jedoch als unhaltbar verworfen werden. Hält man nämlich daran fest, daß die Finder Eigenthümer der einen Hälfte des Schatzes wurden, so müßte ein Grund ausfindig gemacht werden, aus welchem für sie der spätere Verlust des Eigenthums zu folgern wäre. Von den im Art. 868 des 3. Theils des Prov.-Rechts aufgezählten Arten des Verlustes des Eigenthums wider den Willen des Eigenthümers ist hierher gehörig nur (Pkt. 3) der Eigenthumsverlust durch richterliches Erkenntniß, wenn nämlich „zur Strafe die Einziehung (Confiscation) zum Besten der Krone verfügt“ ist. Die in den Allegaten aufgeführten Vorschriften des Criminalgesetzbuches enthalten keine auf Fälle vorliegender Art anwendbare Bestimmung. Das Gleiche gilt von dem Friedensrichterstrafgesetzbuch. Allerdings setzt der Art. 1664 des Strafgesetzbuches v. J. 1866 fest, daß „alles entwendete (also gestohlene oder unterschlagene) Gut, sobald es entdeckt worden, unverzüglich Denjenigen, welchen es gestohlen worden, zurückgegeben“ werden soll, und mit Rücksicht auf den vom Strafrichter auch angewandten Art. 179 des Friedensrichterstrafgesetzbuches, welches bei der

Nichtanzeige des Fundes von „unterschlagenem“ Gut spricht, könnte man versucht sein, den erwähnten drei Arbeitern jeden Antheil am Funde abzuspochen. Dies ist aber doch nicht zulässig, weil die Finder, als sie durch Nichtanzeige straffällig wurden, doch nur insofern für eine Unterschlagung haftbar werden konnten, als sie den dem Cassacollegium gehörenden Theil des gefundenen Geldes verheimlichten. In Bezug auf die andere Hälfte des Schatzes konnten sie, da sie bereits Eigenthümer derselben durch den Act der Auffindung und Aneignung geworden waren — eine Unterschlagung nicht begehen (vgl. die Entscheidung des O. A. G. zu München vom 9. Juni 1856 Seuffert's Arch. Bd. XI, No. 15). Insoweit es sich um den Eigenthumserwerb am gefundenen Schatz handelt, sind die zweifelhaften Punkte in vorstehender Erörterung erledigt. Impetrant F. hat jedoch auch einen Anspruch auf Finderlohn erhoben und beruft sich zur Begründung desselben auf den Art. 741 des 3. Bandes des Provinzialrechts, woselbst es heißt:

Die Bestimmungen über gefundene Sachen (Art. 734—740) gelten auch von solchen Sachen, welche Dieben und Räubern entrisen oder reißenden und diebischen Thieren abgejagt sind.

Hiernach kann allerdings nicht zweifelhaft sein, daß die unter diesen Artikel fallenden Gegenstände der Vorschrift über den Finderlohn (Art. 734 und 738; vgl. Civl. R. R. Cap. 147 §§ 4 und 5) unterliegen. Nicht der Eigenthumserwerb am Schatz durch Findung desselben bildet hier den Titel des impetrantischen Anspruchs, sondern die Entdeckung resp. Entreißung der durch die Auffindung ihrer Schatzqualität entkleideten, in's Eigenthum des Grundeigenthümers resp. des Finders bereits übergegangenen, danach aber entwendeten Geldstücke. Wäre der Art. 741 vorliegenden Falls anwendbar, so würde dem Quartaloffizier F. ein Dritteltheil des Werthes der dem Stadtcassacollegium zukommenden Hälfte des Schatzes gebühren, in Bezug auf die andere, im Eigenthum der Finder stehende Hälfte, könnten die Letzteren selbstverständlich nicht als Diebe aufgefaßt werden, da die Unterschlagung einer eigenen Sache nicht möglich ist.

Der gesetzliche Anspruch des Impetranten F. würde also im Maximum auf $\frac{1}{6}$ des Werthes des ganzen gefundenen Schatzes

zu beziffern sein. Allein ein solcher Anspruch ist in diesem Fall aus doppeltem Grunde ausgeschlossen.

1) Nach dem Wortlaut des Art. 741 l. c., namentlich aber nach dem Wortlaut der als Quelle allegirten l. 44 Dig. de acquir. rer. dominio (XLI, 1) sind die Räubern und wilden Thieren abgenommenen Sachen nicht ohne weiteres den gefundenen Sachen gleich zu stellen, sondern nur, wenn sie den Räubern und Dieben „entrisen“ — den wilden Thieren „abgejagt“ sind; d. h. der Finderlohn ist nicht schon dann verdient, wenn Jemand eine ihm gestohlen erscheinende Sache bei einem Dritten bemerkt und hierüber der competenten Polizeibehörde Anzeige macht, welche demnächst zur Entdeckung eines Diebstahls und zur Abnahme der gestohlenen Sachen führt. Zum Fälligwerden des Finderlohns ist vielmehr die Occupation seitens des Finders nothwendig, so daß nach dem Wortlaut des Art. 741 der Anspruch auf $\frac{1}{3}$ des Werths eine Prämie für die beim Habhaftwerden der Sachen verursachte Mühe repräsentirt. Uebernimmt dagegen die amtlich im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt hierzu verordnete Polizeibehörde die Verfolgung des Diebes und wird durch die amtliche Thätigkeit derselben die gestohlene oder geraubte Sache den Verbrechern entrisen, so cessirt für den Privaten, welcher nur seiner allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht zur Anzeige von Verbrechen genügt, der Anspruch auf Finderlohn.

Ein solcher Fall liegt hier vor, wenn man zunächst von der Qualität des Impetranten J., als eines Polizeibeamten absieht. Aus den in den Motiven des Erkenntnisses der Criminaldeputation gegebenen Geschichtserzählung ist zu ersehen, daß J. im wesentlichen nur seinen Wahrnehmungen auf dem Arbeitsplatze der Finder des Schazes folgend, eine polizeiliche Untersuchung herbeiführte, welche die Fortnahme der gefundenen Geldstücke und schließlich die Bestrafung der Inhaber zur Folge hatte. Die Bethätigung des Angebers ist also hier nicht eine derartige, wie sie als Voraussetzung für das Verdienen des Finderlohnes gesetzlich gefordert wird.

2) Wollte man aber auch hiervon absehen und die Occupation, Abnahme der Sachen als durch die Person des Impetranten J. geschehen auffassen, so könnte immerhin von einem Anspruch desselben auf Finderlohn nicht die Rede sein, weil Impetrant in seiner Eigenschaft als Quartaloffizier amtlich da-

zu verpflichtet war, den ihm zur Kenntniß kommenden Verbrechen und Vergehen nachzuspüren und seinerseits das Mögliche zu thun, um die Schuldigen zur Verantwortung zu ziehen, resp. den Bestohlenen und VERAUBTEN zu ihrem Eigenthum zu verhelfen. Zur Erfüllung dieser seiner Amtspflicht ist jeder polizeiliche Aufsichtsbeamte vom Staate in Dienst und Eid genommen, und wollte man den Art. 741 des Provinzialrechts so ausdehnend interpretiren, daß auch die bei der Entdeckung, Abnahme und Herbeischaffung gestohlenen Gutes thätigen Polizeibeamten auf $\frac{1}{3}$ des Werths der dem Eigenthümer geretteten Sachen Anspruch erheben dürften, so würde in durchaus unzulässiger Weise der staatlich dem einzelnen Staatsbürger garantirte Schutz des Eigenthums an eine noch dazu ganz übermäßige Abgabe geknüpft sein und der Art. 1664 des Strafcodex v. J. 1866, welcher die Rückgabe „alles entwendeten Guts“ an den Bestohlenen verfügt, würde zum Theil illusorisch werden. Aus diesen Erwägungen und im Einklang mit der bisher nicht angefochtenen Gerichtspraxis ist mithin der bezogene Art. 741, in soweit er sich auf den Finderlohn bezieht, nur auf diejenigen Fälle anzuwenden, wo eine Privatperson, nicht aber ein zur Verfolgung und Entdeckung von Verbrechen verpflichteter Beamter Räubern und Dieben eine gestohlene Sache entrißen hat.“

Diese Entscheidung erlangte Rechtskraft.

500. Thatsächliche Substantiirung der als Grund des Eigenthumserwerbes behaupteten „Uebergabe“ der verkauften Sache.

„Es ist zwar unrichtig, wenn Beklagter zur Substantiirung der klägerischen Vindication eine Angabe dessen für erforderlich hält, ob der Kaufpreis bezahlt oder creditirt sei. Denn nach Art. 3883 des Prov.-Rechts Th. 3 geht das Eigenthum auf den Käufer über, wenn der Kaufpreis auch nicht bezahlt, sondern creditirt ist, und die Creditirung erfolgt wiederum stillschweigend, sobald der Verkäufer dem Käufer die verkaufte Sache übergeben hat. Ist dies also geschehen, so ist der Käufer eben dadurch präsumtiv Eigenthümer der Sache geworden. Indessen bedarf es nach Lage der Sache allerdings einer thatsächlichen Substantiirung der behaupteten Tradition. Nach den Grundsätzen des Proceßrechts sind nämlich rechtliche Behauptungen der Par-

teien soweit auf ihre thatsächlichen Grundlagen zurückzuführen, daß der Richter im Stande ist zu erkennen, ob die Behauptung des vorhandenen Rechts sich auf eine richtige Schlußfolgerung der Partei aus genügenden factischen Voraussetzungen gründet (Planck, Lehre vom Beweisurtheil, S. 246, 257, 258)*). Wiewohl nun im allgemeinen die Behauptung des Käufers, daß die verkauften Sachen ihm auch „übergeben“ seien, zur Begründung des Eigenthumserwerbes ausreicht, so muß vorliegenden Falls doch deshalb ein mehreres verlangt werden, weil der Verkäufer S. actenkundig zur Zeit des Verkaufes gar nicht in Riga anwesend war, mithin nicht wohl ersichtlich ist, ob und wie eine Tradition der verkauften Gegenstände seitens seiner an den Kläger thatsächlich stattgefunden hat.“ (Rechtskräftiger Bescheid des Wettgerichts vom 22. Januar 1874, No. 60).

501. a. Zur Substantiirung der Eigenthumsklage gehört die Angabe der Thatsachen, durch welche das Eigenthum dem Kläger erworben wurde.

b. Bedeutung der *causa traditionis* für den Eigenthumserwerb.

I. „Beklagte haben die rechtliche Schlüssigkeit der von der klägerischen Handlung angestellten Vindication einer im Gewahrsam des Creditors S. vorgefundenen und als zur Concurssmasse gehörig bei der Inventur verzeichneten Partie verschiedener Gräbhen- und bezw. Fichten-Planken und Bretter um deswillen bestritten, weil zur Substantiirung der Eigenthumsklage die Angabe des Erwerbsgrundes gehöre und in der vorliegenden Klage diese Angabe fehle.

In Bezug auf die erstere Behauptung kann den beklagten Concurscuratoren nur beigespflichtet werden. Wie jeder rechtliche Anspruch auf seine thatsächlichen Grundlagen zurückgeführt und dergestalt dem Gerichte die Möglichkeit geboten werden muß zu prüfen, ob aus dem der Klage zu Grunde liegenden thatsächlichen Vorgange in Verbindung mit den geltenden Rechtsätzen der Klageanspruch sich in der That ergibt, so bedarf auch die Vindication unumgänglich zu ihrer Begründung der Angabe der Thatsachen, aus welchen der Vindicant das behauptete Eigen-

*) Vgl. Band II S. 49, 231, 232. Band III S. 432.

thum herleitet*), oder m. a. W. welche dasselbe als von ihm erworben erscheinen lassen, da zufolge rechtlicher Vermuthung das nachweisbar erworbene Eigenthum bis zum Beweise des Gegentheils als fortbestehend gilt (Art. 917 l. c.).

Klägerische Handlung hat nun als den thatsächlichen Grund ihres Eigenthumserwerbes an den streitigen Hölzern die Tradition derselben seitens des Cridars an sie behauptet und es fragt sich daher einzig: sind in den von ihr angeführten Thatfachen die rechtlichen Erfordernisse der Tradition, welche einen „Erwerbsgrund“ des Eigenthums bildet, gegeben? Diese Frage ist im Gegensatz zu der beklaglichen Rechtsauffassung zu bejahen.

Nach Art. 799 des Prov.-Rechts Th. 3 genügt die Veräußerung einer Sache durch den Eigenthümer noch nicht, um das Eigenthum daran auf den Erwerber zu übertragen, sondern zu diesem Zwecke ist die Uebergabe der Sache an diesen wesentlich erforderlich. Durch letztere erhält dann der Erwerber das Eigenthumsrecht an der Sache, wie es dem Tradenten zustand. (Art. 800).

Als rechtliche Erfordernisse der Tradition werden in den Art. 801 und 802 genannt: auf Seiten des Tradenten die Befugniß zur Veräußerung der Sache und der Wille, Eigenthum zu übertragen, auf Seiten des Empfängers die Fähigkeit und der Wille, Eigenthum zu erwerben, welche die thatsächliche Uebergabe der Sache von dem einen an den anderen begleiten müssen. Verbindet man mit diesen Rechtsätzen den Artikel 803:

die Uebergabe muß, um wirksam zu sein, auf einem Rechtsgrunde beruhen, welcher auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet ist; auch darf das Rechtsgeschäft, worauf die Uebertragung sich dergestalt gründet, nicht zu den gesetzlich verbotenen gehören, so erhellt deutlich, daß der letztere Artikel nicht dahin zu verstehen ist, daß das Rechtsgeschäft, in Folge dessen die Tradition erfolgt, „den letzten Grund“ des Eigenthumserwerbes

*) Vgl. Schmid, Handbuch des bürgerl. Rechts, I. S. 321. Förster, Privatrecht, I. S. 240. Unger, System, II. S. 123 Note 19, S. 132 nach Note 79. Sintenis, Civilrecht, I. S. 52 Note 8. Renaud, Civilproceß S. 88 Note 15. Seuffert's Archiv XX, 74 a. G., XXX, 121.

Zwingmann, Civilrechtl. Entscheidungen. IV.

bilde, sondern dieser vielmehr in dem die Uebergabe begleitenden Willen der Betheiligten, das Eigenthum zu übertragen, gesehen werden muß. Die Uebergabe der Sache wird in dem Art. 799 als das wesentlich Erforderliche bezeichnet, durch sie wird nach Art. 800 das Eigenthum erworben, und wenn dann zur Wirksamkeit der Uebergabe noch ein auf Uebertragung des Eigenthums gerichteter Rechtsgrund erfordert wird, so kann das nichts anderes bedeuten, als daß der Wille, das Eigenthum übergehen zu lassen, sich auf ein rechtliches Motiv zurückführen lassen bzw. sich in einem Rechtsgeschäfte äußern muß. Es ist also von der Codification des Prov.-Rechts diejenige Theorie in Betreff der Lehre von der *justa causa traditionis* adoptirt worden, welche namentlich Arndts vertreten und neuerdings Hofmann (die Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* und der *justa causa traditionis*, 1873) ausführlich begründet hat und derzufolge dem Rechtsgeschäfte, welches die Tradition zur Folge hat, nur insofern ein Einfluß auf die Wirksamkeit der Tradition beigelegt wird, als einerseits dessen gesetzliches Verbot diese hindert und als dasselbe andererseits das äußerliche Erkennnißmittel für das Vorhandensein der beiderseitigen Absicht, das Eigenthum zu übertragen, abgiebt; wie denn selbstredend auf Grund eines Leih- oder Miethvertrages kein Eigenthum übergehen kann. Als Beweis dafür, daß das Rechtsgeschäft nicht „den letzten Grund“ des Eigenthumsüberganges bildet, ist hier noch anzuführen, daß bei dieser Annahme ein Irrthum der Betheiligten über das Rechtsgeschäft nothwendig den Eigenthumsübergang hindern müßte (Art. 2963 l. c.), während in den Art. 815 und 816 l. c. ausdrücklich bestimmt wird, daß diese Wirkung nur ein Irrthum über die tradirte Sache oder über das Eigenthum des Tradenten äußere, dagegen bei jedem Irrthum anderer Art, also namentlich über das Rechtsgeschäft, das Eigenthum trotzdem als übertragen anzusehen sei.

Prüft man an der Hand vorstehender Rechtsdeduction die Schlüssigkeit der zur Begründung des klägerischen Eigenthums an den streitigen Hölzern vorgebrachten Thatfachen, so erweist sich deren Bemängelung durch Beklagte als nicht gerechtfertigt. Denn Klägerin behauptet, mit dem Eridar den der Klage angeschlossenen Vertrag vereinbart zu haben, inhalts dessen der Eridar von der Klägerin und deren Consorten durch Accepte seiner

Tratten Vorschüsse erhalten und zu deren Deckung Sleepers an Klägerin verkaufen, bzw. zum Verkaufe bereit halten und deren Commissionären auf jederzeitiges Verlangen in gesetzlicher Weise übertragen und übergeben sollte. War dergestalt von den Betheiligten ein eventueller Kauf der fraglichen Hölzer beabsichtigt, so sind andererseits nach der Klagedarstellung am 15. Januar d. J. die in der geklagten Specification benannten Hölzer der Handlung R. & Co. als Vertreterin der Klägerin zu deren Besitz übergeben und zu deren Eigenthum übertragen worden, welchenfalls der Eigenthumsübergang nach Art. 3883 l. c. selbst dann von Rechtswegen zu präsumiren wäre, falls der Cridar die Deckung für diese Hölzer noch nicht erhalten haben sollte.

Ist demnach der Eigenthumsübergang nach der Klagedarstellung als vollendet anzuerkennen, wengleich derselbe aus bestimmten Gründen anfechtbar sein mag, so ist die angestellte Eigenthumsklage an sich rechtlich begründet.“

(Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 17. Juli 1876, No. 154).

II. „Nicht minder wie jeder andere Kläger, hat auch der Vindicant die Entstehungsweise seines Rechts (das historische Klagefundament) durch genaue Angabe der Klagehatsachen darzulegen. Es ergiebt sich das mit einer, jeden Zweifel ausschließenden Gewißheit aus dem Art. 917 des Prov.-Rechts Th. 3, wenn es daselbst ausdrücklich heißt: „Der Kläger muß sein Eigenthumsrecht darthun. Dazu genügt der Beweis, daß er das Eigenthum auf rechtliche Art wirklich erworben habe . . .“ Hat solchergestalt der Vindicant den Erwerbgrund seines Eigenthums zu beweisen, läßt sich das Beweisthema nicht auf die bloße Existenz eines Rechtsverhältnisses beschränken, sondern muß dasselbe unumgänglich Thatfachen umfassen*), kann hinwiederum der Beweis nur solcher Thatfachen angetreten werden, welche zuvor behauptet worden sind, so folgt aus allem dem mit zwingender Nothwendigkeit, daß der Vindicant in seiner Klage die Thatfachen anzuführen verbunden ist, aus deren Vorgang er das von ihm beanspruchte

*) Vgl. Band III, S. 422.

Eigenthumsrecht ableitet. In vorliegender Klage ist irgend welcher Erwerbsgrund der Klägerin für das von ihr beanspruchte Eigenthum indessen mit keiner Silbe auch nur angedeutet Die Einwendungen des Beklagten wider die Klage, wie sie angebracht worden, sind sonach vollständig gerechtfertigt.“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Erkenntnisses des Waisengerichts vom 29. Juli 1875, No. 711).

502. Klagebegründung und Beweislast bei der Vindication beweglicher Sachen.

Kläger vindicirte zwei auf den Namen seiner Ehefrau ausgesetzte und von letzterer dem Beklagten verpfändete Sparcassenscheine. Beklagter bestritt die Begründung der Klage, weil nicht behauptet sei, daß Kläger den Besitz der Sparcassenscheine unfreiwillig verloren habe, und behauptete eventuell, die Verpfändung sei mit des Klägers Zustimmung erfolgt.

Die II. Section des Landvogteigerichts erachtete mittelst Bescheides vom 18. Februar 1875, No. 25, die Klage für begründet und erkannte auf den Beweis der beklaglichen Einrede. Gründe:

„Zum Nachweise der mangelnden Klagebegründung beruft sich Beklagter auf die Bestimmungen des Art. 923 des Prov.-Rechts Th. 3 und einen Querelbescheid des Riga'schen Rathes, in welchem sich der Satz ausgesprochen finde, daß der Vindicant einer beweglichen Sache nicht nur den früheren Besitz, sondern auch dessen Verlust durch äußere, von seinem Willen unabhängige Vorgänge behaupten und beweisen müsse*).

Hiergegen ist zu erinnern, daß derjenige, welcher von Eigenthumswegen eine Sache ihrem Besitzer abfordert, nichts mehr als sein Eigenthumsrecht (Art. 917 l. c.), bzw. den Erwerb der Sache durch Tradition oder Erbfolge (Art. 918 l. c.) darzuthun hat**). Das Werthpapier an sich ist körperlicher Gegenstand des Eigenthums und somit auch der Vindication unterworfen, — jedoch sind Recta- und Inhaberpapiere darin

*) Vgl. Band II, S. 17 ff.

**) Vgl. Band III, S. 68.

unterschieden, daß die letzteren, den für die Uebertragung beweglicher Sachen bestehenden Regeln folgend, ihrem derzeitigen Inhaber nur durch den Nachweis bösen Glaubens abgestritten werden können, während der Besitzer eines auf einen bestimmten Namen lautenden Werthpapiere, will er die wider ihn erhobene Eigenthumsklage abwenden, beweisen muß, daß ihm selbst das Eigenthum an der Sache zustehe, bzw. abgetreten sei, oder daß er den Besitz der Sache in Folge eines dinglichen oder vom Kläger anzuerkennenden persönlichen Rechts ausüben dürfe (Art. 919 l. c.). Der Kläger ist vorliegenden Falls von aller weiteren Beweisführung befreit, nachdem Beklagter zugestanden hat, daß die in seinem Besitze befindlichen Sparcassenscheine auf den Namen der Ehefrau des Klägers verschrieben stehen. Der Rechtstitel, durch welchen sich Beklagter gegen die Wirkungen des dem Kläger zustehenden Eigenthumsrechts zu schützen sucht, wird auf ein Pfandgeschäft zurückgeführt, dessen Existenz und eventuell Gültigkeit klägerischerseits bestritten worden ist Beklagter mußte behaupten und hat auch behauptet, daß das erwähnte Abkommen mit Vorwissen, d. h. unter Zustimmung des Klägers stattgefunden habe. Auf diesen Umstand war der dem Beklagten obliegende Einredebeweis zu richten.“

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

503. *Nominatio auctoris* bei der Pfandklage.

W. hatte wegen einer auf das im Besitze des M. befindliche (jedoch in den Grundbüchern auf den Namen eines bereits verstorbenen K. verzeichnete) Immobil ingrossirten hypothekarischen Forderung an den Schmied L. gegen M. eine Klage auf Bezahlung seiner Forderung von 300 Rbl. sammt Zinsen und Kosten angestellt und ein Contumacial-Erkenntniß erwirkt. Als er in der Folge die Versteigerung des Immobils behufs Realisirung seiner Forderung beantragte, wandte M. ein, nicht er sei Eigenthümer desselben, sondern C., in dessen Namen er es verwalte und besitze. Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte hierauf, wie folgt:

„Die gegenwärtig zur Entscheidung gestellte Frage nach der rechtlichen Bedeutung des beklaglichen Einwandes ist folgender-

maßen zu beantworten. Da der Beklagte weder die Schuld selbst contrahirt, noch sie nachträglich übernommen hat, steht dem Kläger gegen ihn kein Forderungsrecht, sondern nur eine dingliche Klage (Art. 1335, 1423, 1441, 1443, 1445, 1446 des Prov.-Rechts Th. 3) auf Veräußerung des verpfändeten Immobilien zum Zwecke der Schuldtilgung zu, wiewohl es dem Beklagten freisteht, die Klage durch Bezahlung der Schuld abzuwenden (Art. 1447 l. c.). Die am 15. Januar d. J. angestellte Klage ist daher, wiewohl sie incorrecter Weise nicht auf die Veräußerung des Immobilien, sondern auf die Bezahlung der Schuld gerichtet und somit dem Mittel der Zweck substituirt worden ist, immerhin nichts anderes als eine Pfandklage, indem sie davon ausgeht, daß Beklagter damals Eigenthümer des verpfändeten Immobilien gewesen sei. Ebenso hat die gegen den Beklagten ausgesprochene Verurtheilung keinen anderen Sinn, als den, ihn als Besitzer des Pfandobjectes für die Schuldtilgung verhaftet zu machen. Wenn nun in Folge des wider Beklagten ergangenen Contumacialurtheils es für das Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Kläger feststeht, daß er der Pfandbesitzer ist, so kann die gegenwärtig von Beklagtem versuchte Benennung des Kaufmanns C. als seinen Autor keine Berücksichtigung mehr finden. Allerdings kann der mit der Pfandklage Belangte ebenso wie bei der Eigenthumsklage, sich von der Klage befreien, wenn er nur im Namen eines Anderen besitzt und diesen sogleich namhaft macht (Art. 899 l. c. in Verbindung mit Art. XXI der Einleitung. Sintonis, Pfandrecht S. 556. Dernburg, Pfandrecht, II. S. 292), indem das Gericht sodann diesen Anderen vorzuladen und ihm eine Frist zur Klagebeantwortung anzuberaumen hat (l. 2 Cod. III, 19. Bayer, Vorträge, S. 151). Wenn er dies aber unterläßt, so ist die Folge davon einfach die, daß er selbst, als ob er besäße, auf die Klage verurtheilt wird. Da nun Beklagter gegen die Klage vom 15. Januar d. J., von welcher der gegenwärtige Antrag nur die rechtsnothwendige Folge ist, überhaupt keine Einwendungen vorgebracht, sondern ein Contumacialerkenntniß gegen sich ergehen lassen hat, so erscheint die gegenwärtig vorgenommene Nomination des C. als des eigentlichen Besitzers bereits verspätet, so daß Beklagter es sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er wegen unterlassener Rechtsbeobachtung seinen vor-

geblichen Mandanten in eine nachtheiligere Rechtslage gebracht haben sollte.“

Vorstehende Entscheidung vom 11. Mai 1874, No. 107, ging in Rechtskraft über.

504. Collision des Art. 923 des Prov.-Rechts Th. 3 mit dem Art. 1664 des Strafgesetzbuches (Ausg. von 1866).

Ein Magazinaufseher der Riga-Dünaburger Eisenbahngesellschaft hatte mehrere unter seiner Aufsicht aufbewahrte Fässer Del unterschlagen und durch den Zwischenhändler A. an die Kaufleute W. und R. verkauft. In dem von der Criminal-Deputation des Riga'schen Rathes gefällten Straferkenntniß wurde zugleich die Bestimmung getroffen, daß vier bei den Kaufleuten W. und R. von der Polizei aufgefunden und mit Beschlag belegte Fässer Del der Riga-Dünaburger Eisenbahn auszuliefern sein. Die dawider von W. und R. unter Hinweis auf den Art. 923 l. c. erhobene Beschwerde wurde durch Resolution des Riga'schen Rathes vom 23. April 1875, No. 2875, zurückgewiesen. Gründe:

„Die Bezugnahme auf den Art. 923 des Prov.-Rechts Th. 3 ist für den vorliegenden Fall um deswillen hinfällig, weil es sich hier nicht um eine im Wege des Civilprocesses angestellte Eigenthumsklage, sondern lediglich um ein Criminaluntersuchungsverfahren handelt, durch welches ein begangenes Verbrechen aufzuhellen und zu beahnden ist und wobei lediglich die Vorschriften des Criminalrechts in Anwendung zu kommen haben. Nun schreibt aber der Art. 1664 des Strafcodex ausdrücklich vor, daß alles entwendete Gut, sobald es entdeckt wird, unverzüglich demjenigen zurückgegeben werden soll, welchem es entwendet worden ist. Supplicanten meinen nun zwar, daß sich diese Bestimmung nicht auf unterschlagenes Gut beziehe, da dieselbe in den Art. 1621 ff. des Strafcodex nicht wiederholt sei. Allein die gleiche ratio legis gilt für verbrecherische Entwendungen aller Art, seien diese durch Diebstahl, Raub oder Unterschlagung bewirkt worden. Auch unter dem Abschnitt des Strafcodex vom Raube ist jene Bestimmung des Art. 1664 nicht wiederholt und doch wird es nicht zweifelhaft sein, daß das Geraubte, wo es

auch gefunden wird, dem Beraubten zurückzustellen sein wird. Die bisherige Praxis hat an diesem Grundsatz der Zurückstellung bisher ausnahmslos festgehalten, und es ist kein Grund, von derselben abzuweichen, was nur zur Schädigung der Eigenthumsverhältnisse und der allgemeinen Sicherheit führen würde. Meinen die Supplicanten durch einen redlichen Erwerb im guten Glauben die *qu. Fässer Del* erworben zu haben und auf Grund der Civilgesetze ein Eigenthumsrecht an denselben geltend machen zu können, so bleibt es ihnen offen, dieses Recht auf dem Wege des Civilprocesses gegen die Eisenbahngesellschaft ausführig zu machen.“

505. Die Veräußerung einer *res litigiosa* ist nach dem Particularrecht der Ostseeprovinzen nicht verboten.

„Die auf einer Bestimmung Justinians (l. 4 Cod. de litig. VIII, 37) beruhende Vorschrift des gemeinen Rechts, wonach die von dem Besitzer einer von einem Anderen mittelst der Eigenthums- oder Theilungsklage beanspruchten Sache nach dem Proceßbeginn vorgenommene Veräußerung dieser Sache ungiltig ist, hätte auf dem Gebiete des livländischen Privatrechts schon deshalb zur uneingeschränkten Geltung nicht gelangen können, weil der auf diesem Gebiete herrschende Grundsatz, „daß man seinen Glauben suchen müsse, wo man ihn gelassen habe“ (Art. 923 des 3. Th. des Prov.=Rechts) mit der Ungiltigkeit solcher Verkäufe resp. Verpfändungen unvereinbar wäre, welche der Empfänger einer freiwillig von dem Kläger weggegebenen Sache, nachdem ihm die Eigenthumsklage insinuirt worden, an einen gutgläubigen Dritten vorgenommen (cfr. Art. 923 und 1370 l. c.).

Jene Bestimmung des gemeinen Rechts ist in das livländische Privatrecht überhaupt nicht übergegangen; nirgend ist hier von einer Ungiltigkeit der Veräußerung der *res litigiosa* die Rede. Wegen Veräußerung einer mit der Eigenthumsklage in Anspruch genommenen Sache soll vielmehr nach Art. 912 l. c. der Beklagte dem Eigenthümer gleich einem Besitzer in bösem Glauben haften, d. h. er soll die Sache selbst mit allen Zubehörungen und Früchten herausgeben oder deren Werth ersetzen, sowie dem Kläger alle Kosten und Schäden mit Einschluß des entgangenen Gewinnes vergüten (cfr. Art. 908 l. c.).

Im Gegensatze zu der erwähnten Verordnung Justinians gewährt mithin das livländische Privatrecht keineswegs dem Vindicanten die Möglichkeit, in allen Fällen die Execution auf das vindicirte Object selbst zu richten, sondern enthält nur Bestimmungen über die im Falle der Veräußerung eintretende modificirte Verhaftung des mit der Eigenthumsklage in Anspruch genommenen Besitzers. Eben daher ist es hier auch nicht Sache des Richters, darüber zu wachen, daß litigiose Sachen nicht veräußert werden. Will der Kläger dieses verhindern, so stehen ihm dazu processualische Sicherheitsmittel zu Gebote, über deren Zulässigkeit und Anwendung der Richter nach Lage der Sache zu entscheiden hat, ohne indeß befugt zu sein, dieserhalb ex officio einzuschreiten. Nicht also schon wegen ihrer Litigiosität, sondern erst in Folge einer gerichtlichen Anordnung tritt nach livländischem Recht Aufhebung des Veräußerungsrechts in Beziehung auf eine Sache ein, wegen deren Einräumung wider den Besitzer geklagt worden ist (cfr. Art. 953—956 l. c.). Wo eine entsprechende richterliche Anordnung nicht erwirkt worden ist, vermag der Kläger nach livländischem Privatrecht die Veräußerung nicht zu hindern, es bleiben ihm im Falle derselben nur die im Art. 912 l. c. angeführten Ersatzansprüche vorbehalten.

Wenn mithin dem Kläger kein Rechtsanspruch darauf zusteht, daß die zur Concursumasse gezogenen Möbeln und Vorräthe bis zur Entscheidung über die von ihm angestellte Eigenthumsklage nicht veräußert werden, und im Falle ihrer Veräußerung an die Stelle des dem Kläger etwa zustehenden Anspruchs auf Einräumung des Besitzes nach Art. 912 und 903 l. c. ipso jure ein Anspruch auf Wertherfatz tritt, — so kann der Frage, ob Kläger sich mit einem Wertherfatz im Betrage des Auctionsprovenü zufrieden zu geben geneigt sei, vom rechtlichen Standpunkte zur Zeit keine Relevanz beigemessen werden, weil es sich erst bei Entscheidung über seine Eigenthumsklage darum handeln wird, ob Kläger (weil etwa die Veräußerung eine nothwendige gewesen) sich mit der Erstattung des erhaltenen Werths abfinden lassen müsse (cfr. Art. 912 l. c.), oder ob er auch noch Ersatz von Kosten, Schäden und entgangenem Gewinn verlangen dürfe.“ (Querelbescheid des Riga'schen Rathes vom 2. Juni 1876, No. 3578).

506. Der Art. 988 des Prov.-Rechts Th. 3 findet auf bloße Kehrichtgruben keine Anwendung.

„Während von dem Beklagten die Ansicht vertreten wird, daß der Art. 988 nur über Mistgruben und Düngerstätten Bestimmung treffe, nicht aber über Gruben zur Aufnahme von Kehricht und Schutt, wozu seine Grube allein bestimmt sei und benutzt werde, und über welche Gruben weder das Provinzialrecht, noch die Bauinstruction eine Bestimmung, sonach auch nicht ein Verbot ihrer Anlage an Grenzzäunen enthalte, und dieser Meinung von dem Untergericht beigetreten wird, macht Kläger modo Querulant geltend, daß auch Schutt- und Kehrichtgruben immerhin Schmutzkasten seien, die üble, für den Nachbar empfindliche Gerüche im Gefolge haben und daher, wenn auch die Bauordnung keine directe Bestimmung über solche enthalte, doch immer nach der Analogie aus allgemeinen privatrechtlichen Gesichtspunkten die Unzulässigkeit einer solchen Anlage unmittelbar an dem Grenzzaun angenommen werden und daher auch für sie die Vorschrift Geltung haben müsse, daß sie fünf Fuß von der Grenze abzurücken seien. Es ist durch mehrfache Zeugenaussagen festgestellt, daß in der fraglichen Grube des Beklagten nur Kehricht untergebracht wird, dieselbe daher weder unter den Begriff der „Mist-“ noch „Düngergruben“ gebracht werden kann. Das Verbot des bezogenen Artikels 988 kann daher seinem Wortlaute nach nicht auf die beklagtische Grube angewendet werden. Wenn dem im Art. 988 enthaltenen Verbot wohl ohne Zweifel die üble Ausdünstung und der dadurch erwachsende Nachtheil für den Nachbar zu Grunde liegt, so würde eine analoge Anwendung dieses Artikels auf bloße Kehrichtgruben sich doch nur dann rechtfertigen lassen, wenn der Beweis vorläge, daß Kehricht gleiche Ausdünstung und gleiche Nachtheile mit sich bringe. Ein solcher Beweis liegt aber in den Acten nicht vor und kann auch durch die allgemeine Erfahrung an und für sich, d. h. wenn eine solche Grube nicht etwa in einzelnen Fällen auch durch Hineinwerfen faulender Stoffe zu etwas anderem umgestaltet wird, nicht als bestätigt angesehen werden.

Der Antrag des Klägers auf Verschüttung der fraglichen

Grube erscheint daher nicht gerechtfertigt.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines Quereibescheides des Riga'schen Rathes vom 23. Mai 1875, No. 3653).

507. Verhältniß des Art. 989 des Prov.-Rechts Th. 3 zu den §§. 97—99 der Bau-Instruction für die Stadt Riga.

„Wenn appellantisches Zollamt darauf hinweist, daß der Art. 989 des Prov.-Rechts Th. 3, demzufolge Schornsteine an einer dem Nachbarn gehörigen Mauer auch ohne dessen Genehmigung angelegt werden dürfen, jede Bedeutung verliere und geradezu illusorisch werde, wofern die in dem untergerichtlichen Erkenntniß angezogenen §§. 80, 81, 97 und 99 solcher gesetzlichen Concession zu derogiren vermögen sollten, so ist sich das Zollamt zunächst der Tragweite der verschiedenen Regeln und Vorschriften, wie es scheint, nicht klar bewußt geworden. Der 3. Theil des Prov.-Rechts wahrt und schützt vornehmlich das Privatinteresse, die Bau-Instruction vornehmlich das öffentliche Interesse. Es kann immerhin im öffentlichen Interesse etwas statthaft sein, wodurch gleichwohl das Privatinteresse verletzt wird und umgekehrt. Aber es stehen das codificirte Privatrecht und die Bau-Instruction hier in keinem directen Widerspruche zu einander. Die Bau-Instruction stellt im Gegentheil nur die Bedingungen und Modalitäten fest, unter denen die Vorschrift des Art. 989 l. c. in Anwendung zu bringen sei: sie ändert das Privatrecht nicht ab, sondern sie ergänzt dasselbe nur, indem sie anordnet, welche Dicke solchenfalls die Mauern haben sollen.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines Appellationsurtheils des Riga'schen Rathes vom 17. September 1876, No. 5832).

508. Schadensersatzklage wegen Beschädigung eines Hauses durch Ausgrabung tiefer Keller an der Grenze. Collision des §. 24 der Bau-Instruction für die Stadt Riga mit dem Art. 990 des Prov.-Rechts Th. 3.

I. Klägerin verlangte Ersatz des Schadens, welcher ihrem Hause dadurch zugefügt worden sei, daß Beklagte unter ihrem unmittelbar angrenzenden Speicher Keller, welche bedeutend tiefer

als diejenigen der Klägerin waren, angelegt und dadurch das Sinken des klägerischen Hauses herbeigeführt habe.

Das Kammereigericht wies die Klage ab weil dieselbe im Hinblick auf den §. 24 der Bau-Instruction:

Auf Grenzlinien dürfen Fundamente nicht weniger als 10 Fuß Tiefe haben. Falls der Nachbar indessen unzulässigermaßen sein Fundament nicht auf festen Grund gelegt hat, oder die Keller seines Hauses weniger als 10 Fuß unter dem Niveau des Trottoirs liegen, so hat er sich selbst vor allem Schaden zu wahren, welcher durch den benachbarten Neubau und die Fundamentirung auf festen Grund, oder durch Ausgrabungen behufs Anlage von 10 Fuß tiefen Kellern entstehen könnte. Wenn aber ein Hausbesitzer sein Fundament auf festen Grund gelegt hat und keinen Keller besitzt, der Nachbar aber einen Keller anlegen will, so hat letzterer das nachbarliche Fundament zu unterfangen,

nicht hinreichend thatsächlich substantiirt sei. Auf klägerische Appellation wurde diese Entscheidung durch Appellationserkenntniß des Riga'schen Rathes vom 18. December 1874, No. 7947, aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Entscheidung in die erste Instanz zurückverwiesen. Gründe:

„Wenn der Unterrichter dem Eigenthümer eines durch Kelleranlagen des Nachbarn beschädigten Hauses nur in den Fällen ein Klagerrecht einräumt, wenn die Tiefe der benachbarten Keller nicht den dafür bestehenden Vorschriften der Bauinstruction entspricht, oder wenn bei ihrer Herrichtung eine Unterfangung des anstoßenden Fundaments versäumt worden ist, so kann eine solche Einschränkung des Klagerrechts nach den Bestimmungen des Privatrechts nicht für gerechtfertigt erachtet werden, weil nach Art. 990 des 3. Theils des Prov.-Rechts dem Eigenthümer eines Grundstückes jede Anlage auf demselben verboten ist, durch welche eine Beschädigung des dem Nachbar gehörigen Gebäudes herbeigeführt wird, hiernach also das Klagerrecht des Eigenthümers eines durch den Bau des Nachbarn beschädigten Gebäudes keine anderen Voraussetzungen hat, als daß der Nachbar gebaut habe und dieser Bau die Ursache der erwähnten Beschädigung sei.

Zwar gewinnt die Bauinstruction mit den darin enthaltenen

Bauregeln insofern für das Privatrecht Bedeutung, als jede Nichtbefolgung jener Bauregeln eine widerrechtliche Handlung in sich schließt und jede durch eine widerrechtliche Handlung herbeigeführte Beschädigung dem Beschädigten ersetzt werden muß (Art. 3449 l. c.). Da indessen bei einem Bau widerrechtliche Handlungen auch stattfinden können, ohne daß die Widerrechtlichkeit gerade in einer Verletzung der in der Bauinstruction enthaltenen Regeln zu bestehen braucht, so kann das Klagerrecht eines bei einem Bau Beschädigten nicht auf solche Fälle beschränkt werden, in welchen eine von den in der Bauinstruction aufgestellten Regeln verletzt worden ist.

Hieraus ergibt sich, daß zur Begründung der vorliegenden Klage, welche Klägerin wegen eines verletzten Privatrechts erhoben hat, keineswegs die Ausführung dessen gehört hätte, in wiefern Beklagte sich einer Verletzung der im §. 24 der Bauinstruction enthaltenen Vorschrift schuldig gemacht habe, und daß die Klage wegen Mangels einer solchen Ausführung noch nicht unsubstantiirt erscheint. Der Unterrichter erachtet indessen die Klage auch aus dem Grunde für ungenügend substantiirt, weil Klägerin nicht angeführt hat, daß Beklagte es bei ihren Bauarbeiten an der nöthigen oder gewöhnlichen Vorsicht habe fehlen lassen. Allerdings hat sich Klägerin auf die Anführung beschränkt, daß im Hause der Beklagten ein neuer Keller bedeutend tiefer als die Kelleranlage im klägerischen Hause eingerichtet und dadurch dem letzteren Schaden zugefügt worden sei. Diese Anführung muß aber nach Art. 990 des 3. Theils des Prov.-Rechts zur Klagebegründung genügen. Denn da nach dem angezogenen Gesetz dem Eigenthümer eines Grundstückes jede Anlage auf demselben verboten ist, durch welche das Einstürzen oder eine sonstige Beschädigung des den Nachbarn gehörigen Gebäudes herbeigeführt wird, so muß einleuchten, daß die Vornahme einer derartigen, das Nachbarhaus schädigenden Anlage auch dann als eine rechtswidrige Handlung anzusehen ist, wenn der Nachweis einer Unvorsichtigkeit auf Seiten desjenigen, welcher den Bau ausgeführt hat, nicht vorliegt. Nicht also hat derjenige, welcher wegen einer durch den Bau seines Nachbarn an seinem Hause erlittenen Beschädigung Klage führt, eine besondere Unvorsichtigkeit seines Nachbarn darzuthun, sondern es ist Sache desjenigen, welcher wegen der in

Rede stehenden Beschädigung in Anspruch genommen wird, von der Verhaftung ihn befreiende Umstände geltend zu machen.“

II. „Durch die Wahrnehmung von Sachverständigen hat sich ergeben, daß das klägerische Haus nach der Seite des beklaglichen Hauses gar keine eigene Brandmauer besitzt, daß also eine Abstützung der klägerischen Brandmauer zur Verhütung schädigender Einwirkungen der beklaglichen Kelleranlagen gar nicht möglich gewesen ist und daß auch sonstige besondere Vorsichtsmaßregeln sich unter so bewandten Umständen hätten wirkungslos erweisen müssen. Wenn mithin nicht vorauszusehen war, daß das klägerische Haus, weil es sich ohne Fundament und ohne Brandmauer an das Haus des Beklagten anlehnte, durch die an dem letzteren vorgenommenen baulichen Veränderungen Schaden leiden konnte, wenn ferner wegen der erwähnten unsoliden Anlage des klägerischen Hauses mit menschlichen Kräften ein schädigender Einfluß des am Nachbarhause vorgenommenen Umbaues auf den Zustand des klägerischen Hauses nicht abgewendet werden konnte, so erscheint der ursachliche Zusammenhang zwischen dem Bau der Beklagten und der von der Klägerin an ihrem Hause erlittenen Beschädigung in einer Weise durchbrochen, daß diese Beschädigung nicht als durch die auf dem Grundstücke der Beklagten gemachten Anlagen herbeigeführt angesehen werden kann. Die von der Klägerin erhobene Ersatzklage hat mithin für unbegründet erachtet werden müssen.“ (Aus den Motiven eines Urtheils des Riga'schen Rathes vom 3. December 1876, No. 7887).

509. Zur Anwendung des Art. 992 des Prov.-Rechts Th. 3. In den Vorstädten Riga's ist nach einem localen Wohnheitsrechte die Anlage von Fenstern in einer 5 Fuß oder mehr von der Nachbargrenze entfernten Wand keiner Beschränkung unterworfen.

Dieser Rechtsatz wurde abermals (vgl. Band I, No. 30) ausgesprochen in dem Erkenntnisse der II. Section des Landvogteigerichts vom 12. Juli 1873, No. 73 und in dem dasselbe bestätigenden Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 14. August 1874, No. 5141.

510. Anspruch desjenigen, welcher einen von seinem Nachbar zu unterhaltenden Grenzzaun hat aufführen lassen, auf Ersatz der Herstellungskosten.

(Art. 931 und 993 des Prov.-Rechts Th. 3).

Kläger hatte den, sein Grundstück von demjenigen der Beklagten scheidenden Grenzzaun, nachdem derselbe durch einen Sturm zum Theil umgeworfen worden war, mit Benutzung des alten Materials in seiner ganzen Ausdehnung neu herstellen lassen und forderte nunmehr klagend den Ersatz der halben dabei gehaltenen Kosten. Beklagte verweigerte denselben, weil Kläger eigenmächtig den noch reparaturfähigen Zaun neu habe aufführen lassen, erbot sich indessen, so viel zu bezahlen, als ihr die nothwendige Reparatur gekostet hätte.

Von der I. Section des Landvogteigerichts mit seiner weitergehenden Forderung abgewiesen, wandte Kläger sich mittelst der Appellation an den Riga'schen Rath, welcher aber mittelst Appellationsurtheils vom 10. December 1875, No. 8113, die Entscheidung erster Instanz bestätigte. Gründe:

„Zunächst bestreitet Appellant die Anwendbarkeit des Art. 993 des Prov.-Rechts Th. 3, welcher der erstrichterlichen Entscheidung zum Fundamente dient, auf den vorliegenden Fall und sucht Appellant dagegen seine Stütze im Art. 931 l. c., demzufolge der einzelne Miteigenthümer einer in dem Miteigenthum mehrerer Personen befindlichen Sache befugt ist, auch ohne Zustimmung der übrigen Miteigenthümer, nothwendige Veränderungen und Reparaturen an dieser Sache vorzunehmen und solchenfalls einen verhältnißmäßigen Ersatz der aufgewendeten Kosten nebst Zinsen von den übrigen Miteigenthümern zu fordern. Dieser Auffassung, welche, wenn sie gerechtfertigt wäre, allerdings geeignet sein würde, den klägerischen Anspruch wesentlich zu stützen, muß indeß entgegen getreten werden. Grenzzäune fallen nicht unter den Begriff des Miteigenthums, wie dieses nach den Principien des Römischen Rechts im Art. 927 l. c. nähere Definition gefunden. Ein solches Miteigenthum hat zur unerläßlichen Voraussetzung, daß dieselbe ungetheilte Sache mehreren Personen nicht nach bestimmten reellen, sondern nach bloß ideellen Theilen angehört. Steht dagegen mehreren Personen an demselben ganzen Gegenstand ein gemeinsames

Eigenthum in der Weise zu, daß einer jeden dieser Personen ein bestimmter reeller Theil zugehört, so ist nach der Anmerkung 1 zum Art. 927 kein Miteigenthum im Sinn dieses Artikels vorhanden, sondern die einzelnen reellen Theile sind als selbständige Ganze und mithin als Gegenstände eines selbständigen Eigenthums der einzelnen Personen anzusehen. Zu dieser Kategorie eines reell theilbaren gemeinschaftlichen Eigenthums gehören, wie darüber Art. 993 keinen Zweifel übrig läßt, auch Grenzzäune, da nach Maßgabe dieses Artikels eben die Herichtung und Instandhaltung räumlich genau bemessener reeller Theile den einzelnen Besitzern der angrenzenden Grundplätze zur Pflicht gemacht ist*). Sonach kann denn auch unzweifelhaft die Vorschrift des Art. 931, weil sie sich einzig auf ein Miteigenthum im Sinne des Art. 927 zurückbezieht, keineswegs, wie Appellant vergeblich geltend zu machen sich bemüht hat, hier Platz greifen, sondern kann nur der auch vom Unterrichter berücksichtigte Art. 993 bei der Beurtheilung des vorliegenden Streitfalls als Richtschnur dienen. Wenn gegen die Anwendbarkeit dieses in der That hier einzig maßgebenden Art. 993 vom Appellanten eingewendet wird, daß er von einem bis an die Straße sich hindehnenden Grenzzaun handle, der in Rede stehende Grenzzaun eine derartige Ausdehnung aber nicht habe, so ist darauf zu erwidern, daß der Artikel unverkennbar eine für überhaupt alle*) Grenzzäune allgemeine Regel feststellt und der Erstreckung bis an die Straße (auf Grund der als Quelle bezeichneten älteren Riga'schen Bauordnung v. J. 1819) nur zur Erläuterung dessen erwähnt, was als der obere Theil eines Grenzzauns zu gelten habe. Wenn sodann ferner Appellant darauf hinweist, daß die Beklagte weder in ihrer Erklärung auf die Klage die ihrer Reparaturverbindlichkeit unterliegende Zaunparcette genauer bezeichnet, noch in ihrer Antwort auf den wider sie erhobenen Protest die Nothwendigkeit einer Unterscheidung verschiedener Theile des Zaunes betont habe, so lag einmal Angesichts der schon gesetzlichen Regelung der reellen

*) Durch den Art. 993 wird die allgemeine Bestimmung des Art. 1006 eingeschränkt, jedoch nur in Bezug auf die vertical auf die Straße auslaufenden Zäune, wogegen mit der Straße parallel laufende Grenzzäune nach Art. 1006 präsumtiv allerdings im Miteigenthum der Nachbarn stehen und unter die Bestimmungen der Art. 927 ff. fallen.

Theile dazu für die Beklagte keine unumgängliche Verbindlichkeit vor, während die Klage allerdings zu ihrer ausreichenden Substantiirung der näheren Angabe nach dieser Richtung hin bedurfte. Endlich läßt sich ungeachtet des appellantisches Widerspruchs auch darin nur mit dem ersten Richter übereinstimmen, daß Appellant keine Eigenmacht üben, sondern wosfern er die Beklagte zu einer von ihr versagten Theilnahme an seinem Bauvorhaben für verpflichtet erachtete, einzig auf dem Wege gerichtlicher Klage sein Recht suchen durfte. Appellant hat sich, um dieser Auffassung zu begegnen, zwar wiederholt auf den Art. 931 l. c. berufen, das Nichtzutreffen dieses Artikels auf den vorliegenden Fall ist aber schon oben näher erörtert worden. Was ferner das demnächst von dem Appellanten betonte praktische Bedenken anbelangt, daß er nämlich bei vorhanden gewesener Gefahr im Verzuge nicht auf die Wiederherstellung des umgestürzten Grenzzauns süglich habe warten können, bis ein Proceß über diese Wiederherstellung durch zwei Instanzen durchgeführt worden, so übersieht Appellant, daß die Beklagte ja nicht den verhältnißmäßigen Kostenbeitrag zur Erneuerung des umgestürzten, sondern nur des nach dem Sturm stehen gebliebenen Zauntheils verweigert hat und daß keine Gefahr bescheinigt ist, wenn dieser stehen gebliebene Zauntheil, um welchen es sich jetzt allein noch handelt, allererst nach beendetem Proceß erneuert worden wäre.“

511. Zur Auslegung des Art. 1007 des Prov.-Rechts Th. 3.

„Wenn der Artikel 1007 bestimmt:

Klagt ein an der Grenze stehender Baum nach des Nachbars Gebäude hinüber, so darf letzterer verlangen, daß der Baum durch dessen Eigenthümer von Grund aus gefällt werde

so ist es allerdings klar, daß derselbe erst zur Anwendung kommt, wenn ein Gebäude besteht, da eben sonst die Voraussetzung desselben, daß der Baum nach dem Gebäude hinüberraagt, mangelt. Nicht aber darf der Artikel so ausgelegt werden, daß der Nachbar, welcher an der Grenze stehende Bäume vorfindet, gleichwohl aber seinerseits ein Gebäude an der Grenze errichten will, der Befugniß, die Fällung jener Bäume zu verlangen, entbehrt.

Denn das Eigenthum an einem Grundstücke erstreckt sich auch auf den darüber befindlichen Luftraum (Art. 877 l. c.) und Beschränkungen des Eigenthums sind allemal im engsten Sinne zu interpretiren (Art. 708 l. c.). Sofern also Kläger an der Grenze, wo die Bäume der Beklagten (deren Eigenthum daran unbestritten ist) stehen, ein Haus bereits errichtet hat, darf er ohne Zweifel von den Beklagten verlangen, daß sie die über dasselbe hinüber hängenden Bäume abhauen, auch wenn seinem Hause noch das Dach fehlt, da dasselbe auch ohne Dach schon ein „Gebäude“ ist. Da nun Parteianträge im Zweifel zu Gunsten der Partei, von welcher sie gestellt wurden, interpretirt werden müssen, kann das unvollständige Vorbringen des Klägers, daß die Aeste ihn hinderten, sein Haus mit einem Dache zu versehen, nur dahin verstanden werden, daß er ein Haus an der fraglichen Grenze seines Grundes bereits errichtet und bis auf das Dach hergestellt hat. Für den Fall des Beweises dessen sind Beklagte zum gänzlichen Abhauen der nach dem Gebäude hinüberhängenden Bäume, andernfalls nur zur Abhauung sämtlicher auf des Klägers Grundstück hinüberhängenden Aeste ihrer Bäume verpflichtet (Art. 1009 l. c.).“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Beweisinterlocuts der I. Section des Landvogteigerichts vom 19. November 1875, No. 232).

512. Ueber den Anfangspunkt der Verjährung der Negatorienklage gegenüber einer Servitut

kommt in den Motiven eines Appellationsurtheils des Rigaschen Rathes vom 13. October 1876, No. 6337, Folgendes vor:

„Es kann dem Appellanten nicht zugegeben werden, daß vorliegenden Falls die zu einer Klageverjährung gesetzlich erforderliche Frist von zehn Jahren für den Kläger schon abgelaufen und dadurch das Klagerecht für ihn ausgeschlossen ist. In so lange über eine Prädialservitut, welche nicht schon gesetzlich begründet ist, eine Urkunde nicht abgefaßt und diese in die zu dem Zweck eingerichteten Bücher desjenigen Gerichts nicht eingetragen ist, unter dessen Gerichtsbarkeit das belastete Immobilien sich befindet (Pr.-R. Th. 3 Art. 1262), in solange ist eine dingliche Berechtigung und eine dingliche Verpflichtung nicht zur Existenz gelangt, in solange besteht im Gegentheil nur ein per-

fönliches Rechtsverhältniß zwischen den Besitzern des momentan herrschenden und momentan dienenden Grundstücks. Daraus aber folgt, daß mit jedem Wechsel in dem Besitz des einen wie des andern Grundstücks von neuem *actio nata* ist. Da nun nachgewiesenermaßen Kläger allererst seit dem Jahr 1874 Besitzer des dienenden Immobilien geworden ist und zudem auch Beklagter notorisch sich noch keine zehn Jahre hindurch im Besitz des herrschenden Immobilien befindet, so kann die vom Kläger schon im Jahre 1874 also in dem Jahre seines Eigenthumserwerbs angestellte Klage nicht durch Verjährung erloschen sein. Wenn aber selbst dem nicht so wäre, so würde doch immer heutzutage überhaupt gar nicht einer Klage, wie der obschwebenden, mit der Verjährungseinrede begegnet werden können. Denn da nach der Anmerkung zu dem vorerwähnten Art. 1262 Th. 3 des Prov.-Rechts alle vor Wirksamkeit jenes Gesetzbuchs, auf welche Weise es auch sei, begründeten und in die Gerichtsbücher noch nicht eingetragenen Dienstbarkeiten, um wirksam zu bleiben nicht später als im Laufe von zwei Jahren von dem Eintritt der Wirksamkeit jenes Gesetzbuchs zur Eintragung bei der competenten Behörde haben angemeldet werden müssen, da ferner der dritte Theil des Prov.-Rechts nicht früher als am 1. Juli 1865 in Wirksamkeit trat und die Meldungsfrist demzufolge bis zum 1. Juli 1867 sich erstreckte, so folgt aus allem dem, daß alle Dienstbarkeiten überhaupt bis zum 1. Juli 1877 angestritten werden dürfen, ohne daß der Bestreitende Gefahr zu laufen hat, daß seinem Klageanspruch wirksam die Klagenverjährung entgegengestellt werden könne. Denn es war ja der Besitzer des dienenden Grundstücks vollkommen befugt, bis zum 1. Juli 1867 abzuwarten, was etwa der Besitzer des herrschenden Grundstücks um einer Dienstbarkeit rechtliche Geltung zu verschaffen, vollziehen würde und ist hienach für ihn der Anfang der Verjährungsfrist allererst mit diesem Tage, dem 1. Juli 1867, das Ende derselben mit dem 1. Juli 1877 eintretend.“

513. a) Die Anlage einer Materialwaarenbude enthält keinen Eingriff in die Krügereigerechtigkeit.
 b) Inwiefern ist der Grundzinsner an die seinem Besitzvorgänger von der Grundherrschaft auferlegten Nutzungsbeschränkungen gebunden?

c) Zulässigkeit der Klage auf Anerkennung eines Rechts.

Der Grundherr von Hagenshof klagte gegen den Grundzinsner W., welcher auf dem Zinsgrundstücke eine Materialwaarenbude angelegt hatte, auf Anerkennung des Rechtes, ihm diese Anlage zu untersagen, indem dieselbe 1) einen Eingriff in die Krügereigerechtigkeit von Hagenshof involvire und indem 2) das dem Besitzvorgänger des Beklagten am 10. Januar 1863 ausgereichte Grundbuch ausdrücklich die Vorschrift enthalte, daß auf dem fraglichen Zinsgrundstücke keine Bude errichtet werden dürfe, und sowohl der frühere Grundzinsner, als auch Beklagter Jahre lang den in jenem Grundbuche genannten erhöhten Grundzins entrichtet habe.

Die I. Section des Landvogteigerichts fällte in dieser Sache am 30. April 1876 sub No. 90 folgendes Erkenntniß:

„Kläger beruft sich darauf, daß dem Gütchen Hagenshof seit unvordenklicher Zeit die Krügerei- und Schenkereigerechtigkeit zustehe, was auch von diesem Gerichte, wie von dem Rigaschen Rath bereits in mehrfachen Entscheidungen anerkannt worden ist Allein vorliegenden Falls handelt es sich nicht um den Getränkeverkauf, sondern um eine Materialwaarenbude und hier ist allerdings der Ansicht des Beklagten beizutreten, daß die Errichtung einer solchen das dem Kläger zustehende Recht der Krügerei und Schenkererei nicht beeinträchtigt. Dieses Recht bezieht sich nach dem Sprachgebrauche jedenfalls nur auf den Verkauf von Getränken en détail und auf den Verkauf von Lebensmitteln die dazu bestimmt sind, an der Verkaufsstelle auch consumirt zu werden, also auf die Anlage von Restaurationen, Garföchen zc., nicht aber auf die Anlage von Buden, in denen Lebensmittel zum Fortbringen verkauft werden. Dagegen spricht auch nicht der vom Kläger angezogene Art. 883 des Prov.-Rechts Th. 3, da einestheils aus ihm nicht zu entnehmen ist, daß das dafelbst den Eigenthümern von Rittergütern gewährte Recht des Verkaufes von Lebensmitteln einen Bestandtheil der Krügereigerechtigkeit ausmacht (Vgl. Bunge, Privatrecht, I. S. 87), und weil andertheils die den Rittergütern eingeräumten Privilegien nach Art. XIX und XXII der Einleitung l. c. nicht auf andere Grundstücke auszudehnen sind. Da nun weder vom

Kläger behauptet, noch auch vorauszusetzen ist, daß die in der beklaglichen Materialwarenbude verkauften Lebensmittel auch daselbst verzehrt zu werden pflegen, so kann die Anlage jener Bude als ein Eingriff in die Krügerei- und Schenkereigerechtigkeit des Eigenthümers von Hagenshof nicht angesehen werden.

Es ist somit weiter zu erörtern, ob diese Anlage — wie in der Klage weiter behauptet wird — dem Grundzinsvertrage widerstreitet, auf Grund dessen das beklagliche Zinsgrundstück vom Beklagten besessen wird.

Wenngleich die bei Vergebung des Grundstückes auf Grundzins festgestellten Normen insofern für alle Folgezeit maßgebend sind, als sie ohne Einwilligung des Grundzinsners nicht verändert werden dürfen (Art. 1333 des Prov.-Rechts Th. 3), so steht doch dem rechtlich nichts im Wege, daß zwischen dem Grundherrn und dem Grundzinsner mit beiderseitiger Zustimmung später andere Vereinbarungen getroffen werden. Deshalb ist es gleichgültig, ob schon bei der Vergebung des streitigen Zinsgrundes die klagend behaupteten Nutzungsbeschränkungen stipulirt waren, wenn nur feststeht, daß dieselben mit einem Besitzvorgänger des Beklagten rechtsgültig vereinbart sind, indem dann auch der Beklagte an sie gebunden ist, wie wenn sie schon von Anfang an bestanden hätten. Mit Unrecht macht nämlich Beklagter geltend, daß eine solche Vereinbarung, um die nachfolgenden Grundzinsner zu binden, nothwendig der gerichtlichen Corroboration bedurft habe. Für die Zeit der Geltung des Provinzialrechts findet diese Meinung in den Art. 944 und 1328 allerdings ihre gesetzliche Grundlage; vorher aber war es weder rechtlich geboten, noch üblich, bei der Vergebung von Zinsgrundstücken förmliche Contracte abzuschließen oder gar dieselben corroboriren zu lassen. Die Grundlage für das Rechtsverhältniß zwischen dem Grundherrn und dem Grundzinsner bildete vielmehr ausschließlich die diesem von jenem ausgereichte Grundkarte (bzw. das Grundbuch), auf welcher die Höhe des Grundzinses, wie die sonstigen Bedingungen verzeichnet wurden, und welche als maßgebendes Besitzdocument bei jeder Besitzübertragung dem neuen Grundzinsner von seinem Vorgänger übergeben wurde. Da die meisten Grundzinsverträge schon abgeschlossen waren, bevor der dritte Theil des Provinzialrechts Gesetzeskraft erlangte, und da die neuen Vorschriften des Gesetz-

buches keine Anwendung auf Rechtsverhältnisse leiden, welche bereits früher unter anderen Rechtsnormen zur Entstehung gelangt sind, so repräsentiren die Grundkarten nicht nur für die überwiegende Mehrheit sämtlicher Grundzinsverhältnisse bis auf den heutigen Tag die alleinige Rechtsgrundlage, sondern sie sind als solche auch von Rechtswegen anzuerkennen. Im vorliegenden Fall ist nun unbestritten, daß die über das beklagte Zinsgrundstück ausgereichte und gegenwärtig in des Beklagten Händen befindliche Grundkarte schon vom 8/10. Januar 1863, mithin aus einer Zeit datirt, wo die Corroboration des Grundzinsvertrages noch nicht gesetzlich vorgeschrieben war; folglich ist der Umstand, daß der vom Kläger behauptete Inhalt des Grundzinsvertrages nur in der Grundkarte verzeichnet, aber nicht zur Corroboration gelangt ist, ganz irrelevant.

Unbestritten ist gleichfalls, daß in die beim Beklagten befindliche Grundkarte über das in Rede stehende Zinsgrundstück d. d. 8/10. Januar 1863 die klägerischerseits behauptete Vertragsbestimmung, daß auf dem Zinsgrunde weder Bude, noch Schenke, noch Wirthshaus errichtet, auch kein Getränke-Verkauf betrieben werden dürfe, ausdrücklich eingetragen ist. Es fragt sich jedoch, ob Beklagter diese Bestimmung des Grundbuches ohne Weiteres gegen sich gelten lassen muß, oder ob umgekehrt Kläger, um dieselbe für sich ausbeuten zu können, noch den Beweis zu erbringen hat, daß der Inhalt des Grundbuches den Inhalt eines zwischen ihm und einem Besitzvorgänger des Beklagten geschlossenen bezüglichen Vertrages wiedergebe. Diese Frage muß aus folgenden Gründen zu Gunsten des Klägers entschieden werden.

Das fragliche Grundbuch ist das einzige Document, durch welches Beklagter seinen Besitztitel an dem fraglichen Grundstücke gegenüber der Grundherrschaft von Hagenschhof darzuthun vermag, während der zwischen ihm und seinem Besitzvorgänger B. geschlossene Kauf- oder s. g. Cessions-Contract für den Kläger, als eine unbetheiligte dritte Person, ohne jede rechtliche Wirkung ist und ihm jedenfalls keinerlei Verbindlichkeit auferlegt (Art. 3115 und 3145 l. c.). Wollte also Beklagter, der einen anderweitigen Grundzinsvertrag, kraft dessen ihm das Besitzrecht an dem streitigen Grundstücke zustände, überall nicht zu behaupten vermocht hat, das fragliche Grundbuch als Besitzdocument nicht gelten lassen, so würde das für ihn einfach zur Folge haben,

daß Kläger mit der Eigenthumsklage ihn aus dem Besitze des Zinsgrundes ermittiren könnte, weil es dem Beklagten solchenfalls eben an einem Rechtstitel zum Besitze eines zu Hagenshof gehörigen Grundstückes ganz fehlen würde. Bedarf Beklagter des Grundbuches als Besizdocument aber unumgänglich, um sein Recht darzuthun, so muß er dasselbe auch gegen sich gelten lassen, wo es eine Verpflichtung für ihn begründet, da der Inhalt einen zweiseitigen Vertrag beurkundet, dessen Rechte nicht losgetrennt werden können von den mit ihnen verbundenen Pflichten. So wenig es zulässig ist, daß Jemand durch Rationabilien eines ohne seinen Auftrag von einem Dritten für ihn geschlossenen Vertrages Rechte erwirbt, ohne daß er zugleich die durch denselben für ihn begründeten Verbindlichkeiten übernimmt, so wenig kann Beklagter den Inhalt des Grundbuches, in welchem der Grundzinsvertrag beurkundet ist, nur gelten lassen, so weit er ihm zum Vortheil gereicht, ihm aber die Verbindlichkeit absprechen wollen, so weit er ihm gewisse Beschränkungen auferlegt. Der Grundzinsvertrag bildet ein unzertrennliches Ganze, das entweder vom Grundzinsner als zu Recht bestehend anzuerkennen, oder nicht anzuerkennen ist; hat er es aber anerkannt — durch Ausübung des Besizes und Zahlung des Grundgeldes gemäß dem Grundbuche — so ist er selbstverständlich auch an das Ganze gebunden und hat die Verbindlichkeiten daraus ebenso zu tragen, wie er die Berechtigung daraus sich zu Nutzen macht.

Beklagter hat noch geltend gemacht, die einseitige Eintragung der Nutzungsbeschränkungen in das Grundbuch durch die Grundherrschaft und das Schweigen des Grundzinsners dazu schaffe keine Verpflichtung, weil das Schweigen gesetzlich keine Einwilligung enthalte. Beklagter kommt zu diesem Argumente aber wiederum nur durch die irrige Auffassung, als ob der Inhalt des Vertrages theilbar sei und der Grundzinsner wohl darin willigen könne, die Rechte aus dem Vertrage zu erwerben, ohne die bedungenen Pflichten zu übernehmen. Angenommen, die Grundherrschaft von Hagenshof habe bei Ausreichung der Grundkarte vom 8/10. Januar 1863 die Eintragung betreffend den Grundzins und die Nutzungsbeschränkungen einseitig vollzogen, so war damit allerdings kein Vertrag zu Stande gekommen, sondern nur die einseitige Aufforderung zum Abschlusse eines solchen an den Grundzinsner gemacht. Dann war letzterer aber

vor die Alternative gestellt, diese Vertragsproposition, so wie sie gemacht war, entweder anzunehmen oder abzulehnen. Da aber der in der Grundkarte bezeichnete Grundzins nach der eigenen Angabe des Beklagten von den Grundzinsnern seit dem Jahre 1863 durchweg, und zwar für die letzten drei Jahre vom Beklagten selbst, berichtet und von ihnen das Grundstück auf Grund dieser Grundkarte besessen worden ist, kann nur angenommen werden, daß die betreffenden Grundzinsner, welche Besitzvorgänger des Beklagten waren und ebenso Beklagter selbst, die in dem Grundbuche verzeichnete Vertragsproposition angenommen haben. Damit haben sie dieselbe aber ihrem ganzen Inhalte nach genehmigt und dürfen nicht hinterher noch Einschränkungen machen (Art. 2943 I. c.). Es ist allerdings in einer früheren Entscheidung dieses Gerichts und O.W.G. = Rathes (Band II, No. 183) ausgesprochen worden, daß das Schweigen des Grundzinsners zur einseitigen Erhöhung des Grundzinses durch den Grundherrn keinen Vertrag begründe. In jenem Falle war unbestritten anstatt eines Grundbuches, welches dem Grundzinsner schon vorher als Besitzdocument gedient hatte, ein neues ausgestellt und darin ein erhöhter Grundzins eingetragen, vom Grundzinsner aber nichts destoweniger der alte Grundzins weiter gezahlt worden, wogegen vorliegenden Falls der Grundzinsner ein anderes Grundbuch, als dasjenige, auf dessen Eintragungen Kläger sich bezieht, gar nicht besitzt und auch nicht bloß geschwiegen, sondern eben auf Grund des streitigen Grundbuches Besitzhandlungen vorgenommen und den Grundzins entrichtet hat, worin ohne Zweifel eine Einwilligung durch concludente Handlungen gefunden werden muß (Art. 2939 I. c.). Die Behauptung des Beklagten endlich, daß ihm vor Abschluß des Contractes mit seinem Besitzvorgänger B. von den klägerischerseits behaupteten Nutzungsbeschränkungen nichts bekannt gewesen sei, ist in doppelter Beziehung unerheblich. Einmal nämlich konnte Beklagter nach allbekannter Rechtsregel kein anderes und besseres Recht an dem Grundstücke erwerben, als sein Auctor hatte und andererseits ist es lediglich Sache des Beklagten, wenn er einen Kauf über ein Zinsgrundstück abgeschlossen hat, ohne sich vorher über den Inhalt des Grundzinsvertrages durch Einsichtnahme von der Grundkarte zu informiren.

Auf Grund der vorstehenden Erörterungen ist demnach die

Verpflichtung des Beklagten, auf seinem streitigen Zinsgrunde keine Bude, oder Schenke oder Wirthshaus zu errichten und keinen Getränkeverkauf zu betreiben, als in dem zwischen ihm und dem Eigenthümer von Hagenshof bestehenden Grundzinsvertrag begründet anzuerkennen, somit die Klage für gerechtfertigt zu erachten.

Auf beklagliche Appellation wurde vorstehende Entscheidung durch Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 10. September 1876, No. 5700, aus folgenden Gründen bestätigt:

„Appellant hält unter Berufung auf Sintenis, prakt. Civilrecht, I. § 28 Anmerkung 1 dafür, daß jede Klage auf das Verlangen zu einer Leistung des Beklagten ausgehen müsse und nicht auf das Verlangen zu einer bloßen Anerkennung einer Leistungsverpflichtung ausgehen dürfe; allein eine solche Auffassung ist ganz unbegründet und findet sich auch nicht an der angegebenen, wahrscheinlich mißverstandenen Stelle ausgesprochen*). Vielmehr giebt auch Sintenis im Anfang des §. 29 der Regel Ausdruck, daß der Berechtigte gegen den, welcher zur Anerkennung eines Rechts gehalten ist und diese, wenn auch durch die That verweigert, zu ihrer Erzwingung gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen darf, und zwar dergestalt, daß er

*) Sintenis sagt a. a. O. (S. 237 und 238 der 3. Aufl.) in einer Weise, die schwer zu mißverstehen ist: „Es giebt keine allgemeine Klage auf Anerkennung eines Rechtsverhältnisses, abgesehen von einer concreten gegenwärtigen Leistung. Hierzu bestehen in dessen A. eine Anzahl Ausnahmen B. es ist aber auch in neuerer Zeit, wenngleich nur vereinzelt, so doch eine nicht zu übersehende Abweichung von der gedachten Rechtsregel in der Praxis hervorgetreten, wonach eine allgemeine Klage auf Anerkennung eines Rechtsverhältnisses statuiert wird Allein ich kann das nicht für ausreichend halten, eine Klage auf Anerkennung in das Rechtssystem zu introduciren, und würde mich als Richter nicht für ermächtigt halten, darauf zu erkennen.“ Gegenwärtig ist aber diese Ansicht als „vereinzelt“ zu bezeichnen, da nicht nur die Praxis sich sehr entschieden für die Zulässigkeit einer Klage auf Anerkennung eines Rechts — sofern der Kläger ein Interesse an derselben darzuthun vermag — erklärt hat (vgl. außer den Citaten auf Seite 191 des III. Bandes noch Seuffert's Archiv XXVII, 2. XXVIII, 216. XXIX, 211. XXXI, 4, 153. Entsch. des O. H. G. V, S. 289. IX, S. 37. XVIII, S. 60), sondern zum Theil auch die Gesetzgebung: siehe bürgerl. Gesetzb. für Sachsen § 147; Kurhessisches Gesetz vom 28. October 1863 § 33; bürgerl. Proceßordnung für Baden § 256; Civilproceßordnung für das Deutsche Reich § 231 (= § 223 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes) nebst Motiven.

einen Proceß mittelst Klageschrift anstellt. Ein solcher Fall liegt hier vor. Beklagter hat auf seinem Hagenschof'schen Grundstück eine Materialwaarenbude eröffnet, oder doch zu deren Eröffnung Anstalten getroffen. Kläger, welcher dadurch das zwischen ihm und dem Beklagten bestehende Rechtsverhältniß verletzt erachtet, verlangt zunächst präparatorisch die vom Beklagten verweigerte Anerkennung seines Rechts, den Beklagten an solchem Unternehmen zu hindern. Weder Gesetz, noch Wissenschaft, noch Gerichtsgebrauch stehen der Zulässigkeit derartiger Klagen entgegen

Es muß dem Landvogteigerichte darin durchaus beigespflichtet werden, daß, weil den Klagegrund die Eröffnung einer Materialwaarenbude bildet, der Handel mit Materialwaaren aus offener Bude, sofern es sich nicht um eine Verzehrung an Ort und Stelle handelt, aber nicht unter den Begriff der Krügerei und Schenkerei fällt, jenes Prärogativ von Hagenschof hier zunächst außer Betracht zu bleiben hat Es ist vielmehr nur die Frage zu prüfen und zu entscheiden, ob Kläger auf Grund des geschlossenen Vertrages befugt ist, die Eröffnung einer Materialwaarenbude von Seiten des Beklagten auf seinem Grundstücke zu untersagen. Diese Frage aber muß bejaht werden.

Wenn Appellant geltend zu machen sucht, daß die, seinen Besitzvorgängern vom Kläger vorgeschriebenen Nutzungsbeschränkungen, um wider ihn als eine dritte Person wirksam zu sein, mindestens hätten corroborirt, d. i. in die Grundbücher eingetragen werden müssen, so ist das wohl nicht verständlich. Was hätte Kläger als Grundherr, um sein Recht bei künftigem Besitzübergang nicht einzubüßen, corroboriren sollen oder auch nur können? Die Corroboration eines Grundzinsvertrags, vorausgesetzt, daß sie überall rechtlich nothwendig ist, war jedenfalls nicht Sache des Grundherrn, sondern einzig des Grundzinsners, da durch den Vertrag nicht ersterer, sondern lediglich letzterer an einem Grundstücke dingliches Recht zu erwerben bezweckt. Wurde der Grundzinsvertrag in die Gerichtsbücher eingetragen, so bedurfte es der besonderen Eintragung der Nutzungsbeschränkungen nicht, da ja der Vertrag nicht bruchstückweise, sondern seinem ganzen Inhalt nach, also auch mit allen durch ihn festgestellten Beschränkungen eingetragen wird. Wurde der Vertrag nicht in die

Gerichtsbücher eingetragen, so war eben wegen der mangelnden Eintragung des Besitztittels in die Gerichtsbücher auch die Eintragung der Beschränkungen an sich unausführbar. Wie dem indeß auch sei, jedenfalls hätte Kläger nicht das mindeste Interesse daran, daß die Eintragung bewerkstelligt werde. Ihm konnte nur daran liegen, daß die Rechtsnachfolger des Grundzinsners, welchen er das Grundzinsrecht in beschränkter Weise eingeräumt hatte, die Beschränkungen respectirten, mit anderen Personen hatte er irgend denkbarer Weise überhaupt Nichts zu schaffen, ihnen gegenüber irgend welche Rechte also auch nicht zu decken. Gegen etwaige Uebergriffe der Rechtsnachfolger war er durch den unumstößlichen Rechtsgrundsatz, daß Niemand einen anderen Besitz, als welchen er selber hat, übertragen kann und daß, wenn es dennoch geschehen, das nichtig ist*), hinreichend geschützt. Kläger bedurfte daher zu seinem Schirm der Dinglichkeit des Vertrages und des Mittels, sie zu erwerben nicht; der Rechtsnachfolger und der Rechtsvorgänger im Grundzinsrecht durften von ihm vielmehr ohne Weiteres als gleichberechtigte wie gleichverpflichtete Person angesehen werden. Wie gewiß er aus einem wenn auch nicht dinglich gewordenen Grundzinsvertrag vom Besiznachfolger den mit dem Besizvorgänger vereinbarten Canon fordern darf, so gewiß darf er vom Besiznachfolger die Aufrechthaltung der mit dem Besizvorgänger vereinbarten Nutzungsbeschränkungen fordern. Denn da die Cession eines Grundstücks von Seiten des Grundzinsners nicht anders geschehen kann, als nach Anzeige an den Grundzinsherrn (Pr.-R. Th. 3 Art. 1327), so ist letzterer gewissermaßen als Mitcontrahent, als ein solcher zu erachten, welcher den zwischen ihm und dem Cedenten bestehenden Vertrag mit dem Cessionar erneuert, ein bestehendes Rechtsverhältniß mit einer anderen Person zwar fortsetzt, aber auf den Grund eines neuen mit ihr persönlich geschlossenen**) Vertrages.

Endlich hat Appellant noch — und das wäre, falls es that-

*) Der Grundherr kann doch fraglos mit dem ersten oder einem späteren Grundzinsner auch eine bloß diesen persönlich bindende Nutzungsbeschränkung vereinbaren, die auf die Rechtsnachfolger nicht übergeht. Nicht jede Nutzungsbeschränkung bildet also den Inhalt des Grundzinsvertrages, und ob sie ihn bildet, darüber können eventuell nur die concreten Umstände entscheiden.

**) Vgl. dagegen Band I, No. 34.

fächlich wahr wäre, allerdings zu seinen Gunsten entscheidend — wie schon früher, so auch in der Appellationsrechtfertigung wiederholt gelehret, daß die klägerischerseits behaupteten Beschränkungen überhaupt irgend je zwischen einem seiner Besitzvorgänger und dem Kläger vereinbart worden. Es ist das nun aber eben thatsächlich unwahr, denn zugeben hat Appellant müssen, daß in demjenigen Grundbuche, welches ihm bei der Immobilienwerbung vom Verkäufer übergeben worden, die erwähnten Nutzungsbeschränkungen sich verzeichnet finden. Appellant meint zwar, daß der einseitigen Verzeichnung in dem Grundbuche durch den Kläger kein Gewicht beizulegen sei. Dem ist aber nicht so. Die Einseitigkeit in der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts hat keineswegs nothwendig die Wirkung, daß durch sie immer nur die Person des Ausstellers verpflichtet wird, nicht auch die Person des Empfängers oder Inhabers der Urkunde. In der Entgegennahme der Urkunde ohne Widerspruch gegen irgend einen Theil ihres Inhalts und mehr noch in der Geltendmachung des durch sie begründeten Rechtsgeschäfts durch den Inhaber der Urkunde erkennt derselbe auch die in der Urkunde für ihn festgestellten Verpflichtungen als bindende an, so bei Darlehensverträgen, bei Cessionen u. dgl. m., welche in einseitiger Form ausgefertigt zu werden pflegen und durch welche gleichwohl auch dem Darlehensgeber, dem Cessionar &c. &c. nicht selten Obliegenheiten auferlegt werden. Ein ganz Gleiches ist der Fall bei der Vergebung von Grundstücken von Seiten eines Grundherrn an einen Grundzinsner. Auch diese Verträge werden in der Regel einseitig vom Grundherrn, welcher zu Gunsten des Grundzinsners sich des Nutzungseigenthums entäußert, ausgestellt, doch haben deshalb die Bedingungen, unter denen solche Entäußerung geschieht, die Verpflichtungen, welche dadurch dem Grundzinsner erwachsen, nicht minder bindende Kraft, es sei denn daß, gleich wie bei den zweiseitig, so auch bei den einseitig ausgestellten Vertragsurkunden nachgewiesen werde, daß sie etwas anderes enthalten, als das von den Vertragsschließenden Vereinbarte oder Gewollte. Ferner hat Appellant darauf hingewiesen, daß das erwähnte Grundbuch und der geschlossene Grundzinsvertrag nicht mit einander identisch wären. Das ist nun an sich zwar richtig, die Urkunde ist stets nur ein referens über die vorgängige mündliche Vereinbarung. Weil sie aber den Zweck hat, als bündiger Beweis über die Ver-

einbarung zu gelten, so ist ihr Inhalt maßgebend nicht nur dafür, daß eine Vereinbarung, sondern auch unter welchen Modalitäten sie zu Stande gekommen ist; wenn nicht wie gesagt durch andere Beweismittel in juristische Gewißheit gesetzt wird, daß der Vertrag und die über ihn abgefaßte Urkunde mit einander nicht übereinstimmen*). Derartige Beweismittel sind vom Appellanten nicht beigebracht. Sonach muß angenommen werden, daß der Grundzinsvertrag, wie er im Grundbuch sich verzeichnet findet, eine genaue Wiedergabe dessen ist, worüber Grundherr und Grundzinsner übereingekommen sind. Daß dieser Vertrag aber ein untheilbarer ist, so daß aus demselben nicht Rechte geltend gemacht werden können, ohne daß gleichzeitig auch die durch ihn normirten Verbindlichkeiten erfüllt werden, ist vollkommen zutreffend schon von dem ersten Richter auseinandergesetzt worden.

Ist nun von dem Appellanten zugestanden resp. unwidersprochen gelassen, sonach aber unstreitig, daß dasjenige Grundbuch, welches ihm vom Verkäufer des jetzt ihm (dem Appellanten) gehörigen, auf Hagenschhof gelegenen Immobils bei dessen Besitzübertragung als der das Nutzungsrecht des Grundes beurkundende Besitztitel übergeben wurde und sich nun schon seit Jahren zu eben diesem Zweck in seinen eigenen Händen befindet, als einen integrierenden Bestandtheil des Grundzinsvertrages die Bedingungen enthält, daß auf dem Grundstück weder Bude noch Schenke, noch Wirthshaus errichtet, noch ein Getränkeverkauf betrieben werden dürfen und ferner, daß dieses Grundbuch nicht nur ohne Einspruch von dem Grundzinsner entgegengenommen, sondern auch dazu benutzt worden ist, um in dasselbe die Grundgeldezahlungen regelmäßig quittiren und die Grundstückcessionen verschreiben zu lassen, aus welchen Unterlassungen und Handlungen auf eine Anerkennung des Grundzinsvertrags von Seiten des Grundzinsners füglich zurückgeschlossen werden darf; ist Appellant sein Nutzungsrecht überhaupt nur aus einem Grundzinsvertrag herzuleiten, im Stande und dieser an sich ein untheilbarer Vertrag, so daß er denn auch auf einen Dritten nur in seinem ganzen Umfang, d. h. gleichwie mit allen Rechten, so auch nur mit allen Pflichten übertragen werden kann; ist endlich

*) Vgl. Band III, S. 145 und 150.

für die Modalitäten des Vertrags die urkundliche Verzeichnung desselben, wie sie sich im Grundbuch vorfindet, solange diese nicht als eine unrichtige nachgewiesen worden, ausschließlich maßgebend, so ist in Erwägung alles dessen das klägerischerseits beanspruchte Recht auf Aufrechterhaltung des durch das Grundbuch festgestellten Rechtsverhältnisses in allen seinen Einzelheiten ein durchaus begründetes und nicht bestreitbares.“

514. Kann der Vermiether das ihm nach Art. 1404 des Prov.-Rechts Th. 3 zustehende Pfandrecht an denjenigen Inventen und Mäten des Miethers ausüben, welche zwar in dem Miethlocal noch vorhanden, aber von dem Miether bereits an dritte Personen veräußert sind?

Die Geschwister R. hatten wegen einer ihnen gegen ihren Miether B. zustehenden Miethzinsforderung am 24. April einen Beschlag auf dessen Mobiliar erwirkt. Da intervenirte die Wittwe D. und beantragte auf Grund eines am 23. April abgeschlossenen und notariell beglaubigten Contractes, demzufolge B. ihr sein gesamtes Mobiliar für 179 Rbl. verkauft und übergeben hatte, die Hebung des Beschlages und die Auslieferung der gepfändeten Gegenstände. Die Beklagten bestritten das von der Interventionsklägerin beanspruchte Eigenthum an den streitigen Sachen und behaupteten eventuell, daß der Kaufcontract böswillig zu ihrer Benachtheiligung fingirt sei.

Der Referent der I. Section des Landvogteigerichts gab in dieser Rechtsache nachstehendes Votum ab:

„Unter den Parteien ist unbestritten, daß B. von den Beklagten ein Local gemiethet, dafür seit dem 19. April d. J. keine Miethzins gezahlt und sich gegenwärtig in's Ausland begeben hat. Desgleichen ist unbestritten, daß die streitigen Sachen vor ihrem Verkaufe an die Klägerin dem B. eigenthümlich gehört haben und von ihm in das Miethlocal zu seinem Gebrauche eingebracht worden sind. Nach Art. 1404 hat der Vermiether ein stillschweigendes Pfandrecht wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage an den dem Miether eigenthümlich gehörigen Sachen, welche derselbe zu seinem Gebrauche in das Local gebracht hat, wobei der genannte Artikel jedoch hinzufügt:

übrigens wird der Miether durch dieses Pfandrecht nicht an der freien Verfügung über seine Sachen gehindert, so lange der Vermiether sie nicht angehalten hat.

Da nun Beklagte ihr Pfandrecht an den streitigen Sachen erst am 24. April geltend gemacht haben, Klägerin aber dieselben bereits am 20. April gekauft und tradirt erhalten haben will, so fragt es sich, ob das beklagtiſche Pfandrecht sich auch der Klägerin gegenüber wirksam erweist, oder ob umgekehrt die streitigen Sachen dadurch, daß sie bereits vor ihrer Anhaltung durch die Beklagten von dem Miether B. veräußert worden, aus dem Pfandnexus ausgeschieden sind. Die letztere Auslegung der angezogenen Gesetzesstelle hat allerdings den Wortlaut für sich; gegen sie sprechen aber so überwiegende innere Gründe, daß man sich für die erstere Alternative entscheiden muß.

Nach Art. 804 l. c. geschieht die zum Eigenthumserwerbe unerläßliche Uebergabe von beweglichen Sachen nach den Regeln über den Erwerb des Besizes. Zu diesem gehört nach Art. 637 auch eine körperliche Handlung, welche die Sache dergestalt der Herrschaft des Erwerbers unterwirft, daß er allein nach Willkür auf dieselbe einwirken kann. Befindet sich also die Sache im Gewahrsam eines Dritten, so kann der bisherige Eigenthümer dem Erwerber zwar die Ermächtigung geben, sich den Besitz zu verschaffen, insbesondere auch die Eigenthumsklage zu diesem Zweck abtreten, allein die Tradition und damit der Eigenthumsübergang gelangt erst zur Vollendung, wenn der Erwerber nachher thatsächlich den Besitz der Sache erlangt. (Vgl. Band I, S. 46). Wenn nun der Vermiether sich der Inbesitznahme der Illaten dadurch, daß er sie anhält, widersetzt, so steht der Vollziehung des Besitzüberganges eben ein äußeres Hinderniß entgegen und es läßt sich wohl nicht sagen, daß der Käufer die von dem Miether verkauften Sachen seiner beliebigen Einwirkung unterworfen habe, wenn der Vermiether ihn an deren Fortschaffung hindert. Andererseits kann, wo es sich um die Rechte dritter Personen handelt unter der „Verfügung“ des Miethers über die Sachen nicht die bloße Veräußerung verstanden werden, da diese gesetzlich kein Eigenthum überträgt, wenn nicht die Uebertragung des Besizes hinzutritt.

Erscheint schon hiernach die Annahme bedenklich, daß der Miether durch die bloße Veräußerung der Inveeten und Illaten

die Einwirkung des Vermiethers auf dieselben solle ausschließen können, so steht derselben noch mehr eine andere Erwägung entgegen. Das Pfandrecht an den Inveeten und Illaten, welches bekanntlich das ursprünglichste aller Legalpfandrechte ist, verdankt seinen Ursprung zunächst der natürlichen Anschauung, daß der Vermiether sich wegen seiner Forderung an die Sachen seines Einwohners hält, die er in der Wohnung vorfindet und deren Wegbringen er durch Verschließen des Hauses hindern kann. Sollte diese Macht zu einem Rechte werden, so bedurfte es nothwendig der gesetzlichen Sanctionirung des Gesetzes, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht bloß gegen den Miether selbst, sondern auch gegen dritte Personen ausgeübt werden dürfe, und so entstand aus dem Zurückhaltungsrechte das Pfandrecht (Vgl. Dernburg, Pfandrecht, I. S. 294—97), welches nach römischem Recht dem Vermiether sogar die Befugniß gewährte, die bereits seiner Einwirkungssphäre entzogenen Sachen von dem dritten Besizer mit der Pfandklage abzuholen. Diese Consequenz, welche mit dem Schutze, den die moderne Rechtsentwicklung dem gutgläubigen Erwerber beweglicher Sachen gewährt, sich nicht verträgt (vgl. Entscheid. des O. H. G. VI, Seite 288 und Dernburg, Pfandrecht, I. S. 296 Note 6), ist durch den Schlußsatz des Artikels 1404 ausgeschlossen worden, was sich insbesondere bei Vergleichung der angezogenen Artikel 1377 und 1381 ergibt. Dagegen hebt der mehrerwähnte Schlußsatz nicht die Wirkung des Zurückhaltungsrechtes gegenüber dritten Personen auf*) und er hätte dies auch nicht thun können, ohne mit der anderen Hand dem Vermiether dasjenige zu nehmen, was er ihm mit der einen giebt. Denn der Vermiether kann weder wissen, daß der Miether seine Inveeten und Illaten einem Dritten veräußert, noch hat er eine Veranlassung dieselben „anzuhalten,“ solange der Miether oder ein Anderer sie nicht abführt, noch hat er das Recht, den Miether an der Benutzung seiner Sachen anders

*) Vgl. Seuffert's Archiv IV, 210, welchem Erkenntnisse der Schlußsatz des Art. 1404 wörtlich entnommen zu sein scheint. Für diese Auslegung läßt sich noch anführen, daß der Art. 1405, welcher dem Vermiether in den estländischen Städten ein bloßes Retentionsrecht gegen dritte Personen giebt, sich mit dem Worte „nur“ als eine einschränkende Vorschrift an den Art. 1404 anschließt, woraus gefolgert werden muß, daß letzterer dem Vermiether mehr als ein Retentionsrecht gegen Dritte gewährt.

zu hindern, als dadurch, daß er das Wegführen derselben nicht zuläßt. Wollte man also den Art. 1404 dahin auslegen, daß der Vermiether sein Pfandrecht nur zur Geltung bringen kann, indem er mit dem Anhalten der Sachen deren Veräußerung durch den Miether zuvorkommt, so würde das nichts anderes bedeuten, als dem Pfandrechte an den Inveeten und Illaten jeglichen praktischen Werth und Inhalt zu nehmen, weshalb diese Auslegung nach Art. XVI der Einleitung zum Prov.-Recht nicht Platz greifen kann. Muß demnach Klägerin, welche an der Fortschaffung der streitigen Sachen aus dem Miethlocal durch Beklagte verhindert worden ist, das Pfandrecht der Letzteren an jenen Sachen wegen ihrer Forderungen aus dem mit B. geschlossenen Miethvertrage jedenfalls anerkennen, so kommt darauf, ob der von ihr beigebrachte Kaufcontract rechtsgültig oder simulirt ist, nichts an und somit ist Klägerin mit ihrem Antrage auf Herausgabe der Sachen bis zur Befriedigung der den Beklagten gegen B. zustehenden Ansprüche abzuweisen.“

Die Majorität des Collegiums beschloß indessen am 9. Juni 1876 sub No. 121 folgendes Erkenntniß:

„Nach Art. 1404 hat der Vermiether ein stillschweigendes Pfandrecht an den dem Miether eigenthümlich gehörigen Sachen, welche derselbe in das gemiethete Local hineingebracht hat. Zugleich wird aber daselbst bestimmt, daß der Miether durch dieses Pfandrecht nicht an der freien Verfügung über seine Sachen gehindert wird, so lange der Vermiether sie nicht angehalten hat. Darnach muß denn dem Miether das Recht zustehen, seine in das Miethlocal hineingebrachten Sachen zu verkaufen und das Eigenthum an denselben auf Andere zu übertragen. Indem Klägerin nun behauptet hat, daß die von B. in das gemiethete Local hineingebrachten Sachen von demselben ihr verkauft und auch übergeben seien, und diese Thatfachen durch den am 23. April notariell beglaubigten Contract documentirt sind, nach Ausweis der Acten aber erst am 24. April, also nach dem Tage des Verkaufes und der Uebergabe, Beklagte dieselben anzuhalten versucht haben, so muß nach der gesetzlichen Bestimmung des angezogenen Artikels die Berechtigung des B., zur Veräußerung der Sachen, bzw. der Klägerin zum Erwerbe derselben als begründet anerkannt werden und, da ferner diese Sachen durch die stattgehabte Tradition bereits in das Eigenthum der Klägerin übergegangen

sind, somit aufgehört haben, dem Miether eigenthümlich zuzugehören, so steht nach dem allegirten Artikel den Beklagten als Vermiethern ein stillschweigendes Pfandrecht an denselben nicht mehr zu. Es haben jedoch die Beklagten behauptet, daß der abgeschlossene Contract simulirt und zur Hintergehung der Gläubiger des B. angefertigt worden sei. Wenn dies der Fall wäre, würde der abgeschlossene Verkauf allerdings für rechtswidrig und nichtig zu erachten sein, da nach Art. 2951 ein blos zum Schein abgeschlossenes Geschäft, sobald damit die rechtswidrige Täuschung eines Dritten verbunden war, ohne alle rechtliche Wirkung ist. Es ist daher der von den Beklagten nachgesuchte Beweis für relevant zu erachten.“

Diese Entscheidung gelangte nicht zur Publication, da die Parteien sich vor dem dazu angeetzten Termin verglichen.

Nachschrift des Herausgebers. Der römischen Auffassung des Pfandrechts an den Inveeten und Illaten steht am nächsten der code civil art. 2102 n. 1, indem auch er dem Vermiether gestattet, die aus dem Local ohne seine Zustimmung weggeschafften Sachen, wiewohl nur binnen einer Frist von 14 bzw. 40 Tagen in den Händen Dritter mit Beschlagnahme zu belegen. Jedoch wird diese Befugniß durch den Art. 2280 eingeschränkt, nach welchem der reclamirende Vermiether dem Dritten, der die Sachen in gutem Glauben gekauft hat, den Kaufpreis ersetzen muß. (Mourlon, répétitions écrites, 6. éd. III. p. 523. Zachariae, franz. Civilrecht, 6. Aufl. II. S. 119, Note 13). Mit dem französischen Gesetzbuch in allem Wesentlichen gleichlautend ist der codice civile italiano art. 1958 n. 3 in Verbindung mit art. 709.

Nach preußischem Recht besteht ein Pfandrecht an den Inveeten und Illaten gleichfalls, jedoch geht es an diejenigen Sachen verloren, welche mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zulassung des Vermiethers fortgebracht werden. (Förster, preuß. Privatrecht, II. § 136, 3. Aufl. S. 209 und 210).

Das österreichische Gesetzbuch § 1101:

Zur Sicherstellung des Mieth- oder Pachtzinses hat der Vermiether einer Wohnung das Pfandrecht auf die eingebrachten, dem Miether oder Aftermiether eigenthümlichen oder von einem Dritten ihnen anvertrauten (§ 367)

Einrichtungstücke und Fahrnisse, welche zur Zeit der Klage noch darin befindlich sind

und das privatrechtliche Gesetzbuch für den Canton Zürich § 898:

Ferner besteht ein gesetzliches Pfandrecht an der dem Schuldner zugehörigen, in den verpachteten oder vermieteten Räumen des Gläubigers befindlichen Fahrniß zur Sicherung des Verpächters für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden, des Vermiethers für einen verfallenen Halbjahreszins und den laufenden

stimmen, indem auch sie mit der Einbringung der Sachen ein Pfandrecht entstehen und mit dem Fortbringen derselben es wiederum erlöschen lassen, mit dem preußischen Recht überein.

Dagegen findet sich im Art. 423 des bayerischen Entwurfs:

Der Vermiether einer Wohnung kann, so lange der Miether seine Verbindlichkeiten aus dem Vertrage nicht vollständig erfüllt oder hierfür Sicherheit leistet, die Wegschaffung der Gegenstände hindern, welche der Miether zum Zwecke der bleibenden Benützung in die Wohnung gebracht hat,

nur ein dem Vermiether eingeräumtes Retentionsrecht. Daß dasselbe sich auch auf dritte Personen bezieht, geht aus der Motivirung des Artikels hervor, welche lautet:

Das Interesse der Wohnungsbedürftigen macht es wünschenswerth, daß ihr Credit so viel als möglich befördert werde. Als Mittel hierzu gesteht der Entwurf, mit anderen Gesetzgebungen, dem Vermiether, ohne daß es einer besonderen Verabredung hierüber bedarf, gewisse diesem Verhältnisse eigenthümliche Rechte auf die zur bleibenden Benützung in die Wohnung gebrachten Gegenstände für die Sicherheit des Miethzinses zu. Ueber die Vorzugsrechte des Vermiethers anderen Gläubigern gegenüber ist am geeigneten Orte verfügt.

Das sächsische Gesetzbuch § 1228:

Der Verpachter oder Vermiether von Grundstücken kann wegen der Vertragsverbindlichkeiten des Pächters oder Miethers die in den erpachteten oder ermieteten Räumen noch vorhandenen Sachen des Pächters oder Miethers und bei Grundstücken, welche natürliche Früchte tragen, die darauf gewonnenen Früchte zurückbehalten

vermeidet endlich nicht nur den Ausdruck „Pfandrecht,“ sondern es hat auch die Wirkung des Zurückhaltungsrechts gegen Dritte beseitigt. Die Motive bemerken nämlich zur Erklärung des § 1228:

In Beziehung auf das Retentionsrecht des Verpächters oder Vermiethers gab es in unserem bisherigen Rechte zwei Streitfragen. Die erste war die, ob die gerichtliche Beschlagnahme oder Abpfändung beweglicher Sachen im Wege der Hülfsvollstreckung oder in vim securitatis zum Besten anderer

Gläubiger, wenn die Sachen nicht aus der Wohnung des Schuldners fortgeschafft sind, dem Verpachter oder Vermiether sein Recht entzieht und ihn dem Hülfsgläubiger nachzutreten nöthigt. Die zweite war die, ob durch Verkauf der inferirten Sachen und Uebergabe derselben, ohne daß sie aus dem Locale entfernt worden sind, insbesondere auch durch ein *constitutum possessorium* das Retentionsrecht des Verpachters oder Vermiethers aufgehoben wird. Der Paragraph giebt dem Verpachter oder Vermiether bloß ein einfaches Retentionsrecht, dessen Wirkung in der Concursordnung näher zu bestimmen sein wird. Hiernach kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß die beiden angegebenen Fragen zu bejahen sind, und um jeden Zweifel in dieser Hinsicht abzuschneiden, hat man in diesem Paragraph besonders hervorgehoben, daß das Retentionsrecht nur an den in den erpachteten oder ermietheten Räumen noch vorhandenen Sachen des Pächters oder Miethers ausgeübt werden kann.

Allen angeführten Gesetzen *) mit alleiniger Ausnahme des sächsischen liegt also der Gedanke zu Grunde, daß der Vermiether, so lange er wegen seiner Forderung nicht befriedigt, die Wegschaffung der Sachen aus dem Miethlocale zu hindern, befugt ist, und dieser Satz hat nicht allein die Erfahrung einer langjährigen Praxis, sondern auch das gesetzpolitische Motiv für sich, daß ohne ihn der Vermiether jeder Sicherheit, den Miethzins zu erhalten, vollständig beraubt sein, ihm also die äußerste Härte gegen den Miether gesetzlich zur Pflicht gemacht werden würde.

515. Der Erlös gerichtlich gepfändeter und versteigertter Sachen gehört, so lange er dem Executionsimpetranten nicht ausgezahlt ist, zum Vermögen des Schuldners.

In Executionssachen des Kaufmanns M. wider die Handlung A. W. & Co. waren verschiedene Hölzer gepfändet und gerichtlich versteigert worden. Während der Erlös von 346 Rbl. noch im Depositum des Wettgerichts sich befand, wurde über das Vermögen der Handlung A. W. & Co. der Concurs eröffnet und es entstand zwischen dem Executionsimpetranten M. und den Concurscuratoren Streit darüber, ob das Geld ersterem auszuzahlen, oder zur Concursmasse zu ziehen sei.

Das Wettgericht entschied sich in dem rechtskräftigen Erkenntnisse vom 4. Mai 1876 No. 283 für die letztere Alternative:

*) Der allgemeine deutsche Entwurf von 1866, Art. 567 verweist hinsichtlich der Rechte, welche dem Vermiether auf die von dem Miether eingebrachten Gegenstände zustehen, auf die Landesgesetze.

„Der Art. 1434 des Prov.-Rechts Th. 3 ordnet zwar an, daß durch den vom Pfandgläubiger rechtlich vollzogenen Verkauf des verpfändeten Gegenstandes sein Pfandrecht an demselben erlischt; in dem Nachsatze heißt es aber, daß das Pfandrecht dem Gläubiger an dem dafür gelösten Kaufpreise vorbehalten bleibt, bis die Befriedigung erfolgt ist. Hieraus ergiebt sich, daß der Verkauf des Pfandobjects zu dem Erwerbe des Eigenthums an dem Kaufpreise noch keineswegs ausreicht, weil an der eigenen Sache niemand ein Pfandrecht besitzen kann. Diese Deutung des Gesetzes entspricht der hiesigen Praxis (Vgl. Band I, S. 32, III, S. 53) und steht auch im Einklange mit der Auffassung der neueren Rechtslehrer über gemeines deutsches Recht.

Da hiernach der zur Zeit noch bei Gericht befindliche Erlös aus der Versteigerung der Hölzer bis zu dessen Auszahlung als ein Bestandtheil des schuldnerischen Vermögens*), an welchem dem Gläubiger ein Pfandrecht zusteht, anzusehen ist, indem die Erwerbung des Eigenthums erst durch die Auslieferung des Erlöses bewirkt wird, so ist die Bitte der Concurscuratoren, den Auctionserlös an das Concursgericht zu übersenden, gerechtfertigt.“

516. a) Der vorgehende Pfandgläubiger kann sich der Versteigerung gerichtlich gepfändeter Sachen des Schuldners widersetzen, wenn diese zur Deckung seiner Forderung nicht ausreichen, bzw. keinen Ueberschuß über seine Forderung in Aussicht stellen.
- b) Steht diese Befugniß auch dem älteren Generalpfandgläubiger zu?

I. „Wie aus dem Art. 1450 des Prov.-Rechts Th. 3 erhellt, gilt auch in den Ostseeprovinzen der gemeinrechtliche Grundsatz, daß der Pfandgläubiger, welchem ein besseres Pfandrecht zur Seite steht, die Pfandsache dem nachstehenden Pfandgläubiger entziehen kann, soweit nicht die Bestimmungen der Art. 1370, 1436, b und 1474 ff. ein Anderes mit sich bringen. Da der Art. 1449 l. c. ferner bestimmt, daß der Pfandgläubiger in keinem Falle gezwungen werden kann, von seinem Verkaufsrechte

*) Dafür Seuffert's Archiv XXIV, 296; dagegen XVIII, 286.

Gebrauch zu machen, so ergibt sich als Folgerung aus beiden Gesetzesstellen die Regel: der nachstehende Pfandgläubiger kann die Versteigerung der Pfandsache nicht gegen den Willen des vorhergehenden Pfandgläubigers durchsetzen. Eine Ausnahme von dieser Regel besteht aber nach der (zum Art. 1449 allegirten) l. 15 § 5 D. de re jud. 42, 1 schon gemeinrechtlich in Betreff der im Executionswege gepfändeten Sachen: dieselben sollen nämlich trotz eines an ihnen constituirten besseren Pfandrechts doch verkauft werden dürfen, sofern der Kläger zuvor den prior creditor befriedigt (Vgl. Olshausen, die Einsprüche dritter Personen in der Executions-Instanz, S. 62—64). Die Vorschrift der l. 15 § 5 cit. wird übrigens in der gemeinrechtlichen Praxis so gehandhabt, daß die Versteigerung mit älterem Pfandrechte behafteter Executionsobjecte überhaupt gestattet wird, sofern zu erwarten steht, daß der Verkauf derselben einen die Forderung des prior creditor übersteigenden Erlös ergeben werde (WegeII, System § 50 Note 24. Renand, Civil-Proceß, § 168 Note 22. Seuffert, Pandekten, I. § 213 Note 1). Noch weiter ist die Praxis der Riga'schen Stadtgerichte gegangen. Gestützt auf die Erfahrung, daß Interventionen auf Grund eines angeblichen besseren Pfandrechts sehr häufig auf Grund antedatirter Obligationen und bzw. von Personen geltend gemacht werden, welche hinter dem Rücken des erequirenden Gläubigers mit dem Schuldner colludiren, sind die städtischen Gerichte geneigt, den gemeinrechtlichen Satz umzukehren, d. h. die Versteigerung der gepfändeten Objecte ungeachtet der von anderen Gläubigern behaupteten besseren Pfandrechte dennoch anzuordnen, wenn es auch ungewiß ist, ob aus dem Erlöse der Executions-Impetrant etwas erhalten werde. So hat auch dieses Gericht in einem Erkenntnisse vom 10. April 1872, No. 63, ausgesprochen, daß der ältere Pfandgläubiger den gerichtlichen Verkauf der im Executionswege angegriffenen Pfandstücke nicht zu hindern vermöge. Dieser allgemeine Ausspruch bezieht sich indessen in concreto auf einen Fall, wo der Werth der Executionsobjecte ein ungewisser war und bedarf, um allgemein gültig zu sein, der Einschränkung: sofern es nicht klar ist, daß die Forderung des Executions-Impetranten bei der Versteigerung gar nicht zur Befriedigung

gelangen kann*). Denn ist dies schon voranzusehen, so mangelt dem Executions=Impetranten jedes rechtliche Interesse an der Versteigerung der Pfandobjecte und es muß die Regel des Artikels 1449 l. c., daß der Pfandgläubiger zum Verkaufe nicht gezwungen werden dürfe, auch angesichts des Executions=antrages ihre Geltung bewahren.

Im vorliegenden Falle hat nun das Riga'sche Comptoir der Reichsbank durch die von ihm eingereichten fünf Obligationen, deren älteste vom 28. September 1868 und deren jüngste vom 20. Januar 1873 datirt ist, nachgewiesen, daß ihm wegen einer Forderung von 300.000 Rbl. das gesammte Vermögen des Kaufmanns S. und speciell die Delfabrik nebst Inventar und Geräthschaften verpfändet worden sind. Aus den erwähnten Obligationen erhellt aber einerseits, daß dem Riga'schen Comptoir der Reichsbank ein älteres, also nach Art. 1612 l. c. vorgehendes Pfandrecht an den unzweifelhaft zu dem Inventar der Delmühle gehörigen Delpressen zur Seite steht, und andererseits, daß Impetrant N., auch wenn seinem Antrage gemäß die Versteigerung der Delpressen stattfinden sollte, vollständig leer ausgehen würde, weil der Werth derselben den Betrag von 300.000 Rbl., auf welchen das Bankcomptoir Anspruch erhebt, auch nicht im Entferntesten erreichen kann. Auf Grund der vorstehenden Erörterungen hat demnach die Intervention des Riga'schen Comptoirs der Reichsbank als gerechtfertigt anerkannt werden müssen.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 3. Februar 1875, No. 28).

II. Behufs Befriedigung einer urtheilmäßigen Forderung des J. an Otto H. im Betrage von 39 Rbl. 50 Kop. sammt Kosten waren am 8. Februar 1876 einige Möbel des Schuldners gepfändet worden, worauf Julius H. intervenirte und auf Grund einer von dem Schuldner am 20. Januar 1876 ausgestellten Obligation, worin dieser dem Intervenienten für ein Darlehen von 800 Rbl. sein gesamntes Vermögen verpfändet hatte, Sistrung der Execution beantragte, weil die gepfändeten Sachen zur Deckung seiner älteren Pfandforderung nicht ausreichten.

*) So wurde von der I. Section des Landvogteigerichts auch am 15. April 1876 sub No. 77 erkannt und zwar zu Gunsten eines älteren Generalpfandrechts.

Das Wettgericht entsprach in dem rechtskräftigen Erkenntnisse vom 13. April 1876, No. 209, diesem Antrage, „da von der Regel des Art. 1449 des Prov.-Rechts Th. 3 eine Ausnahme für im Executionswege gepfändete Sachen nach l. 15 § 5 Dig. de re jud. 42, 1 nur insofern eintritt, als der ältere Pfandgläubiger sich dem vom Executionsimpetranten beantragten Verkaufe der Sachen dann nicht widersetzen darf, wenn er vorher oder in Folge dieses Verkaufes gleichfalls befriedigt wird.“

III. Behufs Beitreibung einer urtheilsmäßigen Schuld des G. waren mehrere von dem Schuldner bei der Handlungscasse verfertigte Prämien-scheine auf Antrag der Executionsimpetrantin mit Beschlag belegt worden. Letztere klagte darauf wider die Handlungscasse auf Einlieferung der Prämien-scheine zum gerichtlichen Depositum, damit dieselben verkauft und aus dem Ueberschusse des Erlöses über den Forderungsbetrag der Handlungscasse die klägerische Forderung befriedigt werden könne.

Das Vogteigericht entsprach diesem Antrage mittelst Erkenntnisses vom 4. Mai 1876, No. 59 aus folgenden Gründen:

„Wenngleich nach Art. 1486 des Prov.-Rechts Th. 3 als Regel festzuhalten ist, daß der Faustpfandgläubiger bis zur vollständigen Befriedigung der Forderungen, für welche das Pfand haftet, zur Herausgabe desselben nicht verpflichtet ist, so erleidet diese Regel doch in gewissen Fällen eine Modification, in welchen dritte Interessenten Befriedigung aus demselben Faustpfande durch Vermittelung des Gerichts beanspruchen. Hierher gehört der Fall, in welchem bei Vermögensverfall des Schuldners der Faustpfandgläubiger sein Pfand zur Concurssmasse einzuliefern hat*); dahin gehört ferner der Fall, wo an dem Faustpfande, dessen Erlös einen Ueberschuß über die Forderung des Faustpfandgläubigers verspricht, ein gerichtliches Pfandrecht zu Gunsten eines Dritten constituirt ist. Da die Anmerkung zum Art. 1412 l. c. in Ansehung der Wirkungen des gerichtlichen Pfandrechts ausdrücklich auf den Civilproceß verweist, für letzteren aber nach Buch II, Cap. IV der Riga'schen Stadtrechte das gemeine Recht subsidiäre Geltung hat, so sind die von letzterem hinsichtlich der Zwangsvollstreckung gegebenen

*) Vgl. No. 517.

Regeln beim Mangel bezüglichlicher Bestimmungen des einheimischen Rechts zur Rechtfertigung der erwähnten Ausnahme von dem Art. 1486 cit. in Anwendung zu bringen. Die l. 15 § 5 Dig. de re jud. 42, 1 verordnet aber: (folgt der Wortlaut dieser Stelle).

Diese singuläre Bestimmung des Proceßrechts, welche in ihren Consequenzen auch für das einheimische Privatrecht (vgl. Art. 1449) verwerthet worden ist, gestattet dem Richter ganz allgemein, jedes conventionelle Pfand, dessen Werth die Forderung des ersten Pfandgläubigers übersteigt, auch zum Besten eines dritten Executionsimpetranten zu versteinern, wonächst aus dem Provenü, auf welches des ersten Gläubigers Pfandrecht übergeht, letzterer prälativ Befriedigung zu gewärtigen hat.

Da beklagte Administration eingeräumt hat, daß ihre Forderung an G. durch die von ihm verpfändeten Prämien Scheine mehr als genügend gedeckt ist, da überdies Klägerin sich dafür verbürgt hat, daß beklagte Forderung prälativ befriedigt werden solle, so muß die angestellte Klage für begründet erkannt und beklagte Administration angewiesen werden, entweder den ihre Forderung an G. übersteigenden Mehrbetrag der ihr verpfändeten Prämien Scheine behufs ausschließlicher Befriedigung der klagenden Handlung aus denselben, oder aber sämtliche ihr von G. faßtenpfändlich übergebenen Prämien Scheine zur Befriedigung klagender Handlung (nach vorgängiger vollständiger Befriedigung beklagter Administration) binnen 14 Tagen bei Zwangsvermeidern bei diesem Gericht einzuliefern.“

Diese Entscheidung ging in Rechtskraft über.

IV. Auf Antrag der Handlung J. G. M. . . . waren im Executionswege verschiedene zum Waarenlager ihres Schuldners R. gehörige Gegenstände, namentlich Melchiorwaaren gepfändet worden. Unter Berufung auf eine von R. zu seinen Gunsten über den Empfang eines Darlehns von 15000 Rbl. ausgestellte Obligation, in welcher ihm zugleich ein Pfandrecht an dem gesammten Vermögen des R. und speciell an dessen Waarenlager constituirte war, intervenirte B. und verlangte, daß die gepfändeten Sachen von der Execution befreit werden mögen, da sie zur

Deckung seiner älteren Pfandforderung augenscheinlich nicht ausreichen. Die Executionsimpetrantin wandte ein, die fragliche Obligation sei fingirt, um die Gläubiger des N. zu hintergehen, da N. das von P. empfangene Darlehen längst zurückgezahlt habe.

Das Wettgericht erkannte am 6. Juli 1876 sub No. 508 dahin, daß die Alterspriorität des Pfandrechts des Intervenienten P. anzuerkennen und demgemäß die gepfändeten Sachen so lange, als die Executionsimpetrantin nicht beweise, daß die Forderung des Intervenienten bereits bezahlt worden, von der Execution zu befreien seien.

Auf Beschwerde der Executionsimpetrantin erging in zweiter Instanz am 13. October 1876 sub No. 6338 nachstehender Quereibescheid:

„Ausweislich der von dem Interventionskläger producirten Obligation ist demselben das ganze gegenwärtige und zukünftige, bewegliche und unbewegliche Vermögen des N. im Allgemeinen und speciell sowohl dessen Waarenlager sammt Geschäftsaußenständen, als auch dessen Immobilien verpfändet. Einerseits genießt also Kläger ein Pfandrecht an dem gesammten Vermögen des N. Eine solche Hypothek beschränkt aber nach Art. 1381 des 3. Th. des Prov.-Rechts des Schuldners Befugniß, frei über sein Vermögen zu verfügen, nicht soweit, daß er nicht einzelne Stücke desselben, dem ganzen Vermögen unbeschadet, veräußern dürfte. Sein gesammtes Vermögen darf er zwar nur unbeschadet des darauf ruhenden Pfandrechts veräußern, an den aus dem Gesamtvermögen veräußerten einzelnen beweglichen Sachen erlischt dagegen das Pfandrecht mit deren Veräußerung. Andererseits genießt Kläger ein Pfandrecht an dem Waarenlager des N., also an einer Sachengesamtheit und in Beziehung auf ein solches Pfandrecht bestimmt der Art. 1377 l. c., daß der Pfandgläubiger an jeder einzelnen zu der Sachengesamtheit gehörigen beweglichen Sache, wenn mit der Verpfändung nicht Besitzübertragung verbunden ist, keineswegs ein dingliches gegen jeden Dritten verfolgbares Recht erwerbe, vielmehr das Pfandrecht an jeder aus der Gesamtheit veräußerten beweglichen Sache mit deren Veräußerung aufhöre und nur dasjenige als verpfändet gelte, was zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts noch wirklich in der Sachengesamtheit befindlich sei.

Nach livländischem Privatrecht unterliegt es mithin keinem

Zweifel, daß die aus einer Sachengesamtheit heraus tretenden Sachen auch aus der an derselben constituirten Hypothek heraustreten und daß ebenso die in einer allgemeinen Vermögensverpfändung mitbegriffenen Mobilien nur so lange im Pfandnexus bleiben, als sie nicht veräußert werden. Das Generalpfandrecht hat ferner nach livländischem Privatrecht ebenso wenig, wie das mit Besitzübertragung nicht verbundene Pfandrecht an einer Sachengesamtheit, eine die Veräußerungsbefugniß des Schuldners wesentlich beschränkende Wirkung, und es kann daher*) bei stattgehabter Verpfändung einzelner zu einem verpfändeten gesammten Vermögen gehörigen Mobilien an einen Dritten — dem ganzen Vermögen unbeschadet — das den hauptsächlichsten Inhalt des Pfandrechts an der einzelnen Sache bildende Verkaufsrecht trotz des Fortbestandes eines älteren Generalpfandrechts, ohne aber daß etwas davon an der zu verkaufenden Sache haften bliebe, jederzeit ausgeübt werden. Diese keineswegs mit der gemeinrechtlichen Doctrin übereinstimmende und die freiere Disposition des Schuldners über die taberna pignerata ihm auch an dem verpfändeten Gesamtvermögen gestattende Bestimmung des livländischen Privatrechts ist nur eine Consequenz der auf dem Gebiete desselben zur Geltung gelangten Regel: „Hand muß Hand wahren.“ Der Pfandgläubiger, welcher einen ihm verpfändeten Sachencomplex im Besitze seines Schuldners gelassen, ihm denselben anvertraut hat, kann, wenn dieser einzelne von den Sachen veräußert, sich nur an denselben halten, dem er die Sachen anvertraut hat, an den Dritten nur dann, wenn er unredlich zum Besitze gelangt ist. Vermag aber derjenige, welchem eine Generalhypothek zusteht, die Veräußerung einzelner zum gesammten Vermögen gehöriger Mobilien nicht zu verhindern, so wird, weil was veräußert werden darf, auch verpfändet werden kann, durch das Vorhandensein einer Generalhypothek die Wirkung der hinterher zu Gunsten anderer Gläubiger vorgenommenen Verpfändung einzelner zum verpfändeten Gesamtvermögen gehöriger Gegenstände nicht im mindesten berührt, resp. das diesen anderen Gläubiger eingeräumte Verkaufsrecht — so lange es sich nur auf einzelne Gegenstände erstreckt — nicht aufgehoben.

*) Vgl. die Nachschrift.

Denn beschränkt die Generalhypothek nicht den Schuldner in der Veräußerung einzelner Sachen, so kann diese Veräußerungsbefugniß auch von ihm auf andere Personen übertragen, bzw. von seinen Specialpfandgläubigern ausgeübt werden.

Weder aus seiner Generalhypothek, noch aus seinem Pfandrechte an dem R.'schen Waarenlager kann mithin Kläger das Recht herleiten, den Verkauf einzelner zum gesammten Vermögen, resp. zum Waarenlager des R. gehöriger Gegenstände zu verhindern. Mag sein Pfandrecht auch älter sein, als das zu Gunsten des Beklagten gerichtlich bestellte, so kann von einem Vorzugsrechte desselben in casu deshalb nicht die Rede sein, weil der Gegenstand desselben nicht mit den Gegenständen des dem Beklagten eingeräumten Pfandrechts zusammenfällt. Sein Generalpfandrecht giebt ihm zwar das Recht zum Zweck seiner Befriedigung, jeden zum Vermögen seines Schuldners gehörigen Gegenstand anzugreifen, aber es hindert nicht die Veräußerung und Verpfändung von einzelnen seinerseits noch nicht angegriffenen Gegenständen und ist nach livländischem Privatrecht nicht einem Pfandrechte an den einzelnen Gegenständen gleich zu achten.

Wenn nun, wie klägerischerseits eingeräumt worden ist, zu Gunsten des Interventionsbeklagten nur an einzelnen zum R.'schen Waarenlager gehörigen Gegenständen, namentlich an daselbst vorhandenen Melchiorwaaren gerichtlich ein Pfandrecht bestellt worden ist, diese Waaren aber unbeschadet dem ganzen Vermögen R.'s veräußert werden können und das dem Kläger an dem R.'schen Waarenlager, als einer Sachengesamtheit zustehende Pfandrecht sich nur auf diejenigen Waaren erstreckt, welche zur Zeit der Geltendmachung des klägerischen Pfandrechts, d. h. so bald er zur Ausübung seiner Veräußerungsbefugniß schreitet (cfr. Art. 1441 des 3. Theils des Prov.=Rechts), noch wirklich in dem Waarenlager vorhanden sind, so ist der Anspruch Klägers, daß um seines Generalpfandrechts und um seines Pfandrechts an dem Waarenlager willen der Verkauf einzelner dem Beklagten verpfändeter R.'scher Budenwaaren aufgehalten werde, rechtlich nicht begründet und aus diesem Grunde zurückzuweisen.“

Nachschrift des Herausgebers. Wenn der Art. 1377 besagt, daß das Pfandrecht an den aus der Gesamtheit

veräußerten beweglichen Sachen aufhöre und nur das zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts noch wirklich in der Sachengesamtheit Befindliche als verpfändet gelte, so läßt sich das m. G. nur dahin verstehen, daß eine Veräußerung, die mit Besitzübertragung verbunden ist, das Pfandrecht aufhebt, also wohl die Bestellung eines Faustpfandes (vgl. Art. 1436) das Recht des älteren Pfandgläubigers ausschließt, nicht aber die Einräumung eines Pfandrechts ohne Besitzübertragung, möge sie auch mit specieller Bezeichnung der verpfändeten Sachen erfolgt sein. Nur dieses läßt sich auch als Consequenz aus dem Sage „Hand wahre Hand“ ableiten, welcher doch die Grundlage des Art. 1377 bildet (vgl. übrigens Erdmann, in der Dorpater Zeitschr. f. Rechtsw. IV. S. 309 und dagegen Kupffer, ebendasselbst V. Heft 3, S. 19—22). Diejenigen Sachen, die sich zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts noch im Besitz des Schuldners (nicht eines Dritten) befinden, können daher von dem älteren Pfandgläubiger angegriffen werden. Das braucht indessen keineswegs gerade durch Ausübung des Verkaufsrechtes zu geschehen, vielmehr kann der Pfandgläubiger sein Pfandrecht auch in anderer Weise „geltend machen“ und zwar, wie sich aus dem Art. 1449 in Verbindung mit dem Art. 1450 ergibt, namentlich auch dadurch, daß er sich der Veräußerung der Pfandsachen durch den nachstehenden Pfandgläubiger widersetzt, bzw. ihm die Pfandsache mit der Pfandklage entwindet.

Ganz ebenso verhält es sich m. G. bei der Generalhypothek, da aus dem Quellencitat zum Art. 1381 unzweifelhaft erhellt, daß unter den „aus dem Gesamtvermögen veräußerten“ einzelnen beweglichen Sachen diejenigen verstanden sind, die sich bei der Geltendmachung des Pfandrechts nicht mehr im Vermögen des Schuldners befinden, m. a. W. aus dessen Besitz herausgetreten sind. Auch hier muß also das ältere Generalpfandrecht dem jüngeren Specialpfandrecht nur unter der Voraussetzung weichen, daß letzteres mit dem Besitze der Pfandsache verbunden, ein Faustpfandrecht ist, nicht aber wenn die speciell verpfändeten Sachen noch im Gewahrsam des Schuldners sich vorfinden, es sei denn, daß dieser nachweisbar als Stellvertreter des Faustpfandgläubigers (Art. 1470, 648 und 3767) detinirt, was nicht zu vermuthen ist.

Ein innerer Grund dafür, weshalb ein Pfandrecht einzig und allein deshalb vor einem anderen Vorzug haben soll, weil bei der Bestellung jenes die verpfändeten Sachen namentlich genannt sind und bei dem anderen nicht, will dem Herausgeber nicht einleuchten und ein Rechtsfag, der dieses irrationelle Vorzugsrecht ausdrücklich ausspräche, ist meines Wissens noch von Niemand nachgewiesen worden. Aber selbst Zweckmäßigkeitsgründe lassen sich dafür m. E. nicht anführen. Der Mobiliencredit leidet durchaus nicht, wenn die von dem Schuldner bestellten Generalpfandrechte — die nun einmal in dem positiven Recht für zulässig erklärt sind — nach dem Datum ihrer Bestellung befriedigt werden, vielmehr ist der erste Pfandgläubiger in diesem Falle insofern ziemlich gesichert, als ein Faustpfandrecht an allen Vermögensstücken des Schuldners ohne Vorwissen des vigilanten Gläubigers schwerlich bestellt werden kann. Nichts schützt dagegen das gute Recht des ersten Pfandgläubigers, wenn man dem später constituirten Pfandrecht an den einzelnen Sachen, auch wenn sie bei dem Schuldner verblieben sind, das Generalpfandrecht hintenansetzt; denn auch der aufmerksamste Geschäftsmann kann es nicht verhindern, daß sein Schuldner hinter seinem Rücken einmal beim Notar eine Pfandverschreibung mit namentlicher Aufzählung gewisser Sachen ausstellt. Und wem kommt das Vorzugsrecht des Specialpfandrechtes gewöhnlich zu Gute? Dem Wucherer, der auch dem insolventen Schuldner noch creditirt, wenn dieser ihm für empfangene 10 eine Verschreibung über 50 oder 100 ausstellt, nicht aber dem soliden Capitalisten, der sein Geld nur gegen eine ihm gebotene Sicherheit ausleiht und seinen Mann erst prüft, ehe er in den Buntel greift.

Will man dem darniederliegenden Mobiliencredit wahrhaft und wirksam aufhelfen, so kann das m. E. nur geschehen, wenn man dem Satze des neueren Hypothekenrechts gesetzliche Geltung verschafft, daß an beweglichen Sachen lediglich ein Faustpfand stattfindet. Durch die Bevorzugung des Specialpfandrechtes ohne Besitzübertragung wird hingegen das Uebel m. E. nur noch verschlimmert.

517. Ueber die rechtliche Stellung des Faustpfandgläubigers gegenüber der Concurssmasse des Pfandschuldners.

Der Kaufmann H. zeigte dem Curator der Concurssmasse

des B. gerichtlich an, daß ihm von dem Cridar zur Sicherstellung einer Wechselforderung eine Partie Balken als Faustpfand mit der Berechtigung zum privaten Verkaufe derselben übergeben worden sei und bat, ihm von Gerichtswegen zu bescheinigen, daß nach eingetretener Fälligkeit des Wechsels solchem privaten Verkaufe nichts entgegenstehe. Die I. Section des Landvogteigerichts lehnte unter Hinweis auf den Art. 3947 Pkt. 4 des Prov.-Rechts Th. 3 dieses Ansuchen ab, worauf H. die bis dahin bekannt gewordenen Gläubiger vorladen ließ, ihnen anzeigte, daß er mittlerweile die ihm verpfändeten Balken für den Preis von 42 Kop. per laufenden Faden bereits verkauft und sich dabei ein Ueberschuß über seine 4173 Rbl. 84 Kop. belaufende Forderung von 94 Rbl. 1 Kop. ergeben habe, und beantragte, den geschehenen privaten Verkauf nachträglich zu genehmigen. Als die Concursgläubiger ihre Zustimmung zu dem Verkaufe, wiewohl zum Theil mit dem Vorbehalte, daß das Verkaufsprovenü zu Gericht eingezahlt werde, erklärten, ertheilte auch das Concursgericht seine Genehmigung, verpflichtete jedoch den Imploranten H. zugleich, den erzielten Kaufpreis unverzüglich zur Gerichtscasse einzuzahlen.

Auf dessen Beschwerde gegen das letztere Verfüg. erließ der Riga'sche Rath am 1. September 1876 sub No. 5500 nachstehende Resolution:

„Die Frage, ob die Faustpfandgläubiger ihr Faustpfand zur Concursmasse des Pfandschuldners einzuliefern, demzufolge auch ihre Pfandforderung im Concurse zu liquidiren und ihren Vorrang im Verkaufsprovenü des Faustpfandes im Disputationsverfahren über die Priorität mit den anderen Gläubigern auszukämpfen haben, oder aber ob sie unabhängig vom Concurse aus ihrem Faustpfande sich befriedigen dürfen und alsdann nur den etwanigen Zukurzschuß aus der Concursmasse zu fordern, dagegen den etwanigen Ueberschuß zur Concursmasse beizubringen haben, diese Frage ist eine allezeit vielfach verschieden beantwortete und selbst bis auf den heutigen Tag nicht vollständig ausgetragene. Das ältere gemeinrechtliche Concursverfahren kennt eine Nöthigung der Faustpfandgläubiger zur Theilnahme am Concurse nicht, dagegen wurde eine solche Nöthigung seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts von einer überwiegenden Anzahl namhafter Civilisten und Processualisten vertheidigt, bis

in jüngster Zeit Wissenschaft, Gesetzgebung und Rechtspflege sich wiederum größtentheils der älteren Anschauung angeschlossen, indem sie die aus der Universalität des Concurſes und aus dem Principe, daß das gesammte dem Gemeinschuldner gehörige Vermögen zu dessen Concurſsmasse gezogen werden müsse, von den Anhängern der Lehre, daß auch das Faustpfand vom Concurſe angegriffen werde, gefolgerten Argumente siegreich widerlegten und evident nachwiesen, daß die materiellen Befugnisse des Faustpfandgläubigers durch das Concurſsverfahren in keiner Weise beeinträchtigt werden, indem die Concurſgläubiger nicht größere und bessere Rechte erwerben und durchführen können, als welche ihr Schuldner besessen hat. Diese wohl kaum zweifelhaft richtigere Doctrin hat denn auch hier zu Lande in jüngerer Zeit mehr und mehr Eingang gefunden, wie das nicht nur in dem von der baltischen Central-Justizcommission ausgearbeiteten Entwurf einer Concurſordnung Art. 1035 Pkt. 1*) in Anlehnung an den 3. Theil des Prov.-Rechts, sondern auch in zahlreichen Präjudicaten der städtischen Concurſgerichte aus der letzten Vergangenheit zum Ausdrucke gelangt ist.

*) Er lautet: „Zur Geltendmachung ihrer Ansprüche außerhalb des Concurſes sind berechtigt: 1) Gläubiger, deren Forderungen vor Eröffnung des Concurſes durch Uebergabe eines Kastenpfandes, oder durch Einräumung gerichtlichen Pfandrechtes an Mobilien, soweit diese nicht eine speciell verhypothecirte Sache gesammtheit bilden, oder durch einen Act der Privatpfändung gesichert worden sind.“ Art. 1036: „Die im Art. 1035 bezeichneten Gläubiger sind berechtigt, für ihre Forderungen und Ansprüche, wenn und soweit deren Begründung festgestellt ist, für Kapital, Zinsen und Kosten so weit Befriedigung zu verlangen, als die Mobilien, an denen ihnen ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, hierzu ausreichen.“ Art. 1037: „Erlangen die Forderungsberechtigten auf dem in Rede stehenden Wege nur theilweise Befriedigung, so können sie für das ihnen noch Gebührende im Concurſe Befriedigung suchen und zwar in der Eigenschaft von Concurſgläubigern.“

Das Recht des Concurſcurators, den Faustpfandgläubiger zum Verkauf des Faustpfandes (der in Ermangelung anderweitiger Abrede gemäß Art. 1491 und 1444 gerichtlich geschehen muß) zu nöthigen, folgt aus dem Art. 1449 l. c., da er die Rechte des Pfandschuldners zum Vortheile der Concurſgläubiger ausübt und die Sicherstellung des Gläubigers einerseits in dem Rechte desselben auf vorzügliche Befriedigung aus dem Erlöse, andererseits in dem dem Gerichte beizuhaltenden öffentlichen Glauben ausreichend gegeben ist. (Vgl. § 117 der Concurſordnung für das

Hiernach muß principiell der Beschwerdeführer allerdings für berechtigt erachtet werden, für seine Pfandforderung unabhängig vom Concurse aus seinem Faustpfande sich zu befriedigen, und kann derselbe principiell zu mehr nicht verpflichtet erachtet werden, als zur Einlieferung des Ueber- schusses des aus dem Verkaufe des Faustpfandes errungenen Erlöses über den Betrag seiner Forderung zur Concursumasse.

Nichtsdestoweniger erscheint das untergerichtliche, die Einzahlung des ganzen Kaufpreises zu Gericht anordnende Verfügungen nicht nur gerechtfertigt, sondern auch durch die Umstände geradezu geboten.

Zwar kann zum größeren Theil dem nicht beigegeben werden, was das Landvogteigericht in seiner Erklärung auf die Beschwerde zur Begründung seines Verfügens an- und ausgeführt hat. Denn nach der vorstehenden Auseinandersetzung ist weder dem beizupflichten, daß durch den Ausbruch des Concurses dem Beschwerdeführer, wenn er auch sonst zum privaten Verkaufe seines Pfandes befugt war, die Disposition über dasselbe entzogen und auf das Concursgericht übergegangen war, noch dem, daß die Befriedigung des Beschwerdeführers nicht eher und nicht anders erfolgen dürfe, als auf Grund eines künftighin, nach eingeleitetem und geschlossenem Disputationsverfahren zu erlassenden Distributionserkenntnisses. Ebenjowenig kann, wie das Landvogteigericht dafür hält, der von der Handlung N. N. an dem Pfandgut gerichtliche erhobene Eigenthumsanspruch die von dem Concursgerichte getroffene Maßregel rechtfertigen, da die Vindicantin offenbar nur direct dem Beschwerdeführer gegenüber in separater Klage ihre etwanigen besseren Ansprüche durchzuführen hat, ohne daß die Concursumasse dadurch irgend wie

Deutsche Reich nebst den dazu gehörigen Motiven). Dieses Recht ist denn auch bereits zur Anerkennung gelangt in dem Erkenntnisse des Vogteigerichts vom 24. Februar 1866, bestätigt durch App.-Erf. des Riga'schen Rathes vom 15. Juli 1866, No. 6842, ferner in den Erkenntnissen des Vogteigerichts vom 5. Juli 1866, vom 16. Mai 1868, No. 40 und vom 4. Mai 1876, No. 59; in dem App.-Erf. des Riga'schen Rathes vom 26. April 1872, No. 2824; in dem Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 4. März 1875, No. 49. Siehe auch Kuppfer, in der Dorp. Zeitschrift für Rechtsw., V. Heft 3, S. 31 und 32. Fuchs, Concursverfahren, S. 41.

berührt wird, oder ein auch nur entferntes Interesse daran haben kann.

Dagegen erscheint aber ein anderes von dem Untergericht angeführtes Motiv durchschlagend und wohlgeeignet, das angefochtene Erkenntniß wirksam zu vertheidigen. Nach der von dem Landvogteigericht abgegebenen Erklärung ist nämlich weder die vom Supplicanten mit 3629 Rbl. 26 Kop. bezifferte Wechselcapitalforderung, noch die von ihm im allerdings enorm erscheinenden Betrage von 810 Rbl. 50 Kop. bezifferte Zinsen- und Kostenforderung seither irgend liquid gestellt, noch endlich die vorgewiesene Pfandverschreibung und das durch sie begründete Pfandrecht unstrittig. Es ist also einstweilen nicht nur in Frage gestellt, wie groß die Pfandforderung des Beschwerdeführers ist, sondern sogar auch, ob er überhaupt als Pfandgläubiger anzuerkennen ist. Ist nun aber demzufolge Beschwerdeführer mindestens zur Zeit noch nicht befugt, die Gerechtfame eines Faustpfandgläubigers auszuüben, so kann auch durch seine bisher nur nackte Behauptung eines ihm gebührenden Faustpfandrechts die rechtlich dem Concurscurator und dem Concursgericht als der Aufsichtsbehörde über den Curator obliegende administrative Thätigkeit nicht beschränkt werden. Diese Thätigkeit hat nun vorzugsweise auf die Herbeiziehung des gesammten gemeinschuldnerischen Vermögens zur Concursmasse, resp. auf dessen geeignete Sicherstellung im Interesse der Concursmasse auszugehen. Eine Sicherstellung des Verkaufsprovenü der eben nur angeblich und jedenfalls nur bis zu einem ungewiß gebliebenen Betrage dem Beschwerdeführer verpfändeten Balken könnte hinwiederum füglich nicht anders, oder mindestens doch nicht besser geschehen, als durch die vorläufige Hinterlegung des Verkaufsprovenü bei Gericht. Muß nun von diesem Standpunkte aus die Anordnung des Landvogteigerichts volle Billigung finden, so ist sie auch andererseits bewandten Umständen nach umsoweniger zu mißbilligen, als sie Niemanden und auch nicht den Beschwerdeführer verletzt. Denn sobald künftig der Beschwerdeführer sein Faustpfandrecht in gehöriger Weise nachgewiesen und seine Pfandforderung liquid gestellt haben wird, alsdann wird ihm gleich einem Separatisten, ohne daß er genöthigt werden kann und soll, auf den Concurs sich einzulassen, ohne weiteres sofort und

kostenfrei aus dem gerichtlich deponirten Verkaufsprövenü, soweit dasselbe reicht, sein Guthaben auszuantworten und er selber zufrieden und klaglos zu stellen sein.“

518. Das Retentionsrecht aus dem Gordianischen Rescript steht dem Faustpfandgläubiger auch gegen den Cessionar des Verpfänders zu.

(Art. 1487 des Prov.-Rechts Th. 3).

Das im Band III. sub No. 313 mitgetheilte vogteigerichtliche Urtheil wurde vom Riga'schen Rathe am 24. Januar 1875 sub No. 632 in der hier fraglichen Beziehung unter folgender Motivirung gebilligt:

„Als den eigentlichen Gegenstand der Abtretung bezeichnet das Prov.-Recht (Art. 3470) das Klage- resp. das Forderungsrecht; das Vertragsverhältniß selbst, aus welchem jenes entsteht, wird nicht auf den Cessionar übertragen. Soll die frühere Obligation vernichtet und an deren Stelle eine andere Obligation von gleichem Inhalt zum Besten des neuen Gläubigers geschaffen werden, so bedarf es eines novirenden Actes (Art. 3591) dessen Wirkungen durch den, auch ohne Zustimmung des Schuldners (Art. 3471) giltigen, Cessionsvertrag niemals erreicht werden können (Art. 3579). Eine vollständige Ablösung von der Person des ursprünglichen Gläubigers und den übrigen Rechtsverhältnissen desselben findet bei der Abtretung nicht statt. Hieraus ergiebt sich als eine bedeutende Folge, daß der Schuldner dem Cessionar auch alle die Einreden entgegensetzen darf, welche ihm gegen den Cedenten zustanden (Art. 3480). Andererseits ist der Cessionar nach vollzogener Abtretung sofort befugt, die Rechte eines Gläubigers in Anspruch zu nehmen, sowie die erworbene Forderung gegen den Schuldner geltend zu machen (Art. 3475) und zwar in demselben Umfange, wie sie sein Rechtsvorgänger, der Cedent, besaß (Art. 3474). Wenngleich der Cessionar das übertragene Recht als ein eigenes ausübt und zwar mit Ausschluß des Cedenten, zu welchem er weder die Stellung eines Geschäftsführers noch die eines Bevollmächtigten einnimmt, so tritt er doch dem seitherigen Schuldner als ein Gläubiger gegenüber, dessen Befugnisse durchaus nur in dem bereits bestehenden Vertragsverhältniße wurzeln und nur aus diesem beurtheilt

werden können. Auf dem Boden der nur für beide Theile verbindlich gewordenen Obligation begegnet dem seitherigen Verpflichteten als nunmehr allein Berechtigter der sich als solcher ankündigende Cessionar. Bis dahin für den contrahirenden Schuldner ein unbetheiligter, außerhalb des Vertragsverhältnisses stehender „Dritter,“ — gewinnt der Cessionar als Erwerber der Vertragsrechte seines Vorgängers zu dem debitor cessus unmittelbare, durch das Vorhandensein eines „Zweiten“ weder vermittelte, noch durchkreuzte Beziehungen. Es dürfte hiernach keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß der Art. 1487 unter der Bezeichnung „Verpfänder“ auch diejenigen begreift, welche (zum Unterschiede von dritten Personen, deren Ansprüche außerhalb des bezüglichen Pfandvertrages wurzeln) die Stelle des ursprünglichen Contrahenten einnehmen und als Rechtsnachfolger ihrer Cedenten mit sämmtlichen, dem Verpfänder zustehenden Befugnissen ausgerüstet sind. Die rechtliche Stellung des Cessionars innerhalb des pfandrechtlichen Verhältnisses kann füglich gar nicht anders bezeichnet werden, als die eines Verpfänders, so lange dem Pfandnehmer kein Anderer gegenüber steht, den er als Träger und Inhaber der Pfandrechte anzuerkennen vermöchte.“

519. Verhältniß des gerichtlich immittirten Pfandgläubigers zu den Einwohnern des Immobilien.

S. war behufs Befriedigung einer judicatmäßigen Forderung an B. in das diesem gehörige Immobilien gerichtlich eingewiesen worden. Als er von der, eine Wohnung in diesem Immobilien bewohnenden Mutter des B. eine Miethenschädigung nach dem Maßstabe von 200 Rbl. jährlich verlangte, wandte die Beklagte ein, ihr sei von ihrem Sohne bereits lange vor der Immission die lebenslängliche unentgeltliche Benutzung der von ihr eingenommenen Wohnung zugesichert worden.

Die II. Section des Landvogteigerichts erkannte hierauf am 15. Juli 1874 sub. No. 154, wie folgt:

„Zunächst müssen in der Person des Gläubigers, welchem eine fruchttragende Sache als Pfand in Besitz gegeben worden, zwei dem Wesen nach verschiedene Rechte auseinander gehalten werden: das Pfandrecht und das Nutzungsrecht. Das erstere

soll dem Gläubiger nur eine Sicherheit gewähren, indem er sich nöthigenfalls durch Veräußerung des Pfandes Befriedigung für seine Forderung verschaffen kann. Das Pfandrecht an sich bringt das Nutzungsrecht nicht mit sich und das dem gegenwärtigen Kläger zustehende Nutzungsrecht ist nicht aus seinem Pfandrecht entsprungen. Die klägerischen Nutzungsrechte sind nur eine gesetzlich festgestellte Folge davon, daß ihm ein fruchttragendes Pfand zum Besitz übertragen ist. Die letzten Worte berechtigen den Kläger immerhin, sich Pfandbesitzer zu nennen; er hat aber nicht etwa die Rechte, die der Pfandbesitz des neueren Rechts dem Besitzer gewährt (cf. Art. 1501 des Prov.-Rechts Th. 3). Das hier in Frage kommende Rechtsverhältniß kann nur nach den analogen Grundsätzen über die Concurscuratel beurtheilt werden; der Schuldner verliert den Besitz und den Genuß der fruchttragenden Sache, aber nicht zu Gunsten mehrerer concurrender Gläubiger, sondern nur zu Gunsten des einen Gläubigers, des Pfandbesizers (die Früchte der Sache fließen daher nicht einer Masse zu, sondern kommen dem einen Gläubiger zu gut). Das Pfandobject wird Namens des Schuldners verwaltet, in seinem Namen und auf Grund der von ihm eingegangenen Miethverträge werden die Früchte bezogen und neue Miethverträge werden für ihn abgeschlossen; auch werden die Früchte insofern zum Nutzen des Schuldners verwandt, als derselbe durch Verrechnung der Früchte auf die Zinsen und das Capital von seiner Schuld verhältnißmäßig entlastet wird. Gläubiger und Schuldner bilden in ihrer Beziehung zu den Miethern des Immobils eine Personeneinheit. Aus vorstehenden Sätzen ergiebt sich das rechtliche Verhältniß, in welchem der Schuldner, der Gläubiger und die Miether zu einander stehen:

1) Der Schuldner hat durch die Besitzübertragung an den Gläubiger sein Eigenthumsrecht nicht eingebüßt; er hat nur den Besitz und das Recht verloren, auf Grund der von ihm abgeschlossenen Miethverträge den Miethzins zu verlangen. Nach Aufhebung des Pfandbesizes fallen ihm nicht nur die persönlichen Rechte, die er selbst, sondern auch die, welche der Gläubiger für ihn gegen die Miether erworben hat, wieder zu.

2) Der Gläubiger hat durch die Uebertragung keine Eigenthumsrechte gewonnen; er ist nicht befugt, bestehende Miethverträge zu brechen, sondern kann nur auf Grund derselben

die Forderung des Schuldners geltend machen und für den Schuldner neue Verträge eingehen. Den Miethern gegenüber hat er nur die persönliche *actio locati*, die kraft gesetzlicher Bestimmung auf ihn übergegangen ist; er muß sich daher alle Einreden gefallen lassen, die gegen den Schuldner vorgeschützt werden konnten.

3) Die Lage der Miether ist in keiner Weise eine andere geworden; die Verpflichtung, den Miethzins an den Gläubiger zu zahlen, entsteht in dem Augenblick, in welchem ihnen der Uebergang der Miethrechte denunciirt worden ist.

Das angebliche Recht der Beklagten, im Hause des Eigenthümers unentgeltlich zu wohnen, ist keine vom Immobilien zu tragende Last; es ist überhaupt kein dingliches Recht, da beklagterseits nicht behauptet worden, daß die mit dem Eigenthümer getroffene Vereinbarung in die öffentlichen Gerichtsbücher eingetragen ist. Auch ist Beklagte nicht als Mietherin anzusehen, da ein wesentliches Erforderniß dieses Vertrages, die Zahlung eines bestimmten Miethzinses, im vorliegenden Falle wegfällt. Das Recht der Beklagten kann nur als eine schenkungsweise eingeräumte Nutzung bezeichnet werden. Nichtsdestoweniger stützt sie ihr Recht auf einen mit dem Eigenthümer abgeschlossenen Vertrag und zwar soll der Vertrag zu einer Zeit abgeschlossen sein, in welcher dem Schuldner die volle Dispositionsbefugniß zustand.

Kläger, welcher die Nutzungsrechte Namens des Eigenthümers ausübt und von ihm herleitet, ist an die anderen Verträge, die der Eigenthümer rücksichtlich des Pfandobjects abzuschließen hat, in demselben Maße gebunden, wie an die Miethverträge. Nur der Eigenthumsübergang gewährt das stärkere Recht, kraft dessen der Erwerber ungeachtet bestehender Miethverträge die Räumung des Miethobjects verlangen kann. Der von der Beklagten intendirte Beweis ist mithin nicht unerheblich; wenn dieselbe den Beweis erbringt, daß der Eigenthümer zur Zeit, als er noch freie Dispositionsbefugniß hatte, den in der Klage angegebenen Vertrag mit der Beklagten geschlossen hat, so kann Kläger als Pfandbesitzer auf der Räumung nicht bestehen.“

Diese Entscheidung ging in Rechtskraft über.

520. Nach Riga'schem Stadtrecht ist auch auf ingrossirte Forderungen bei der Vertheilung des Meistbotshillings keine Rücksicht zu nehmen, wenn sie nicht vor der *praeclusio aditus* zu den Specialconcurssacten angemeldet worden sind.

„Appellat stützt sich darauf, daß durch Ingrossation zur Oeffentlichkeit gelangte hypothekarische Forderungen überall gar nicht weiter gleich anderen Forderungen im Concurse angemeldet, sondern auch unangemeldet vom Concurssgericht *ex officio* berücksichtigt werden müssen. Zur näheren Begründung dessen verweist Appellat zuvörderst, indem er erklärt, daß Präclusion und stillschweigender Verzicht nur verschiedene Benennungen derselben Sache seien (?), auf die Art. 1425 bis 1428 und auf die Anmerkung zum Art. 1424 Th. 3 des Prov.-Rechts. Alle diese Gesetzesartikel sind indeß auf den vorliegenden Fall unanwendbar. Die Art. 1425 und 1428 sprechen von dem stillschweigenden Verzicht des Pfandgläubigers auf sein Pfandrecht und erwähnen allerdings auch, daß wenn der Gläubiger bei einer öffentlichen Versteigerung des verpfändeten Gegenstandes oder bei öffentlich ergangener Aufforderung, seine Gerechtsame daran wahrzunehmen, gänzlich schweigt, seine Einwilligung in die Veräußerung als stillschweigend ertheilt zu gelten habe, sowie demnächst, daß wenn der Gläubiger dem Verpfänder ohne Einschränkung und Vorbehalt die Veräußerung des verpfändeten Gegenstandes gestattet oder, falls solche ohne sein Wissen geschah, in der Folge genehmigt, darin ein stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht zu erblicken sei. Die Anmerkung zum Art. 1424 l. c. setzt endlich fest, daß auf ingrossirte Hypotheken ein stillschweigender Verzicht selbstverständlich ohne Einfluß ist. Es ist unerfindlich wie das, was der Gesetzgeber solchergestalt über den stillschweigenden Verzicht des Pfandgläubigers statuiert hat, die Wirkungslosigkeit der richterlich verfügten *praeclusio aditus* auf die von dem Appellaten unangemeldet gelassene wenngleich ingrossirte Forderung desselben darthun soll. Denn wie hier gar nicht in Betracht kommt, ob Appellat in die Veräußerung des ihm verhypothecirten Immobils in irgend welcher Weise (d. i. ausdrücklich oder stillschweigend) gewilligt, so steht auch nicht in Frage, ob er die Veräußerung des verpfändeten Immobils

gestattet oder hinterher genehmigt habe; auf die durch andere Mitgläubiger veranlaßte Veräußerung seines Pfandobjects war seine Zustimmung oder Nichtzustimmung vielmehr ohne allen Einfluß. In Erwägung zu ziehen ist hier einzig, ob der Pfandgläubiger, nachdem sein Pfandrecht gesetzlich durch die öffentliche Versteigerung des Hypothekengegenstandes auf den Meistbotschilling transportirt war, das zur Wahrung seines Pfandrechts Erforderliche vollzogen hat und das ist eben, was von Seiten des Appellaten unterblieben ist, wonach denn die eingetretene Präclusion dem Appellaten nicht minder präjudicial geworden ist, wie jedem anderen Gläubiger, welcher sein Recht zu wahren unterlassen hat. Wenn übrigens Appellat, um die Anmerkung zum Art. 1424 für sich ausbeuten zu können, geglaubt hat, die Präclusion mit dem stillschweigenden Verzicht identificiren zu dürfen, so ist darauf einfach nur zu erwidern, daß beide nichts mit einander gemein haben, indem sie von ganz verschiedenen Voraussetzungen ausgehen, der stillschweigende Verzicht nämlich der Ausfluß eines bewußten Willens, die Präclusion dagegen die Rechtsfolge einer Verabsäumung ist, welche letztere zwar möglicher Weise in einem Rechtsverzicht, ebenso möglicher Weise aber auch in sehr verschiedenen anderen Beweggründen ihren Ursprung haben kann.

Hiernächst hat Appellat auch noch den Art. 1602 l. c. zu seinen Gunsten anziehen und aus demselben die Verpflichtung des Richters, amtlich für ihn einzutreten und für die Deposition desjenigen Geldbetrags zu sorgen, welcher seine Forderung decken würde, herleiten zu können vermeint. Wie aber der Richter von einer, wenngleich öffentlich ingrossirten, doch unangezeigt gebliebenen Forderung officielle Kenntniß haben soll, da doch auch ein Ingrossationsattestat in Anbetracht dessen, daß nur allzuhäufig getilgte Forderungen im Hypothekenbuch nicht gelöscht werden, darüber verläßliche Auskunft nicht giebt, — das freilich hat Appellat unerwogen oder doch unerläutert gelassen. Diese Argumentation bedarf indeß um so weniger einer eingehenden Widerlegung, als der Art. 1602 l. c. das gar nicht enthält, was Appellat in ihm sucht, sondern einzig vorschreibt, daß nach geschehener öffentlicher Versteigerung eines Immobils alle vom Meistbieter nicht ausdrücklich an Zahlungsstatt übernommenen darauf ingrossirten Schuldforderungen nach Berichtigung des

Meiſtbotſchillings zu tilgen ſind, die Gläubiger mögen darin gewilligt haben oder nicht.

In den Geſetzen findet ſonach der vom Appellaten aufgestellte Grundſatz, daß ingroſſirte Forderungen von der Präcluſion nicht betroffen werden können, keine ausreichende Unterſtützung. Im dritten Bande des Provinzialrechts kann aber auch nach einer Beſtätigung oder Nichtbeſtätigung dieſes Grundſatzes um ſo weniger geforſcht werden, als derſelbe nicht privatrechtlicher, ſondern rein proceſſualischer Natur iſt. Auch in unſerem Stadtrecht, als in der primären Rechtsquelle des ſtadtrechtlichen Civilproceſſes, findet ſich indeß kein Aufſchluß darüber, ob der praecluſio aditus auch ſolche dingliche Anſprüche unterworfen ſind, welche entweder bekannt ſind, oder über deren Exiſtenz mit Leichtigkeit Kenntniß erlangt werden könnte. Nach gemeinem Recht iſt die Frage controvers, nach dem ſtädtiſchen Gerichtsgebrauch iſt ſie aber entſchieden dahin gelöſt, daß die Präcluſion ſich auf überhaupt alle Forderungen jeder Art erſtreckt, wie das mit vollem Fug der Unterrichter hervorgehoben hat. Denn niemals hat man, — was ſonſt doch wohl unbedingt erforderlich geweſen wäre, — es als eine richterliche Amtspflicht erachtet, nach dem Beſtehen oder Nichtbeſtehen dinglicher Anſprüche Recherchen anzustellen; niemals hat man gefordert, daß vor der Distribution einer Maſſe, welche ganz oder theilweiſe durch den Meiſtbotſchilling eines verſteigerten Immobilien gebildet wurde, ein Ingroſſationsattestat einzig zu dem Behuf beigebracht würde, um aus demſelben ſich zu überzeugen, welche öffentliche Hypotheken auf dem Immobilien geruht haben, und niemals hat man ſich verpflichtet gehalten, was denn gleichfalls nicht minder hätte geſchehen müſſen, — das Aequivalent der nicht gemeldeten öffentlichen hypothekariſchen Forderungen zurückzubehalten. Man hat im Gegentheil von jeher Alle und Jede, welche eine Meldung ihrer wie immer gearteten Anſprüche unterlaſſen haben, als durch die richterlich verſügte Präcluſion ohne Weiteres ausgeſchloſſen erachtet.“ (Aus den Entſcheidungsgründen eines Appellationsurtheils des Riga'ſchen Rathes vom 17. September 1875, No. 6148).

521. Bei einer Concurrenz von General- und Specialpfandrechten entscheidet über die Priorität einzig das Alter der Bestellung.

„Der Art. 1612 des Prov.-Rechts Th. 3 bestimmt ganz allgemein, daß dem privilegirten Pfandrechte der Vorzug vor dem nicht privilegirten, dem ingrossirten vor dem nicht ingrossirten, bei im übrigen gleicher Beschaffenheit aber das ältere dem jüngeren vorgehe, und die Ausdrucksweise „im Uebrigen gleich“ läßt, ohne den Worten Zwang anzuthun, keine andere Deutung zu, als diejenige, daß wo nicht Privilegium oder Ingrossation eine Ungleichheit bewirken, Gleichheit der Pfandrechte anzunehmen ist. Ebensowenig kann daraus, daß der Art. 1612 als Voraussetzung der von ihm gegebenen Vorschrift den Fall nennt, daß dieselbe Sache oder Sachengesamtheit mehreren Gläubigern „ganz“ verpfändet sei, deducirt werden, daß bei der Concurrenz von Specialpfandgläubigern mit Generalpfandgläubigern ersteren nicht „ganz“ das verpfändet sei, was letzteren; denn, wenn das Gesetz sagt „ganz,“ m. a. W. in solidum — im russischen Text steht: въ цѣлости — verpfändet, so kann als Gegensatz nichts anderes gedacht werden, als die Verpfändung der Sache an mehrere oder von mehreren (vgl. Art. 1358, Dernburg, Pfandrecht II, S. 407) zu ideellen Theilen (z. B. $\frac{1}{8}$, $\frac{1}{2}$ und $\frac{3}{8}$), so daß die Concurrenz von Special- und Generalpfandrechten, wo allerdings dieselben Sachen ganz von dem Pfandrechte ergriffen werden (Art. 1334 l. c.), von dem ersten Satze des Art 1612 ganz und gar nicht berührt wird.

Allerdings geht aus der Anmerkung zum Art. 1612 hervor, daß die dortselbst aufgestellte Regel keine ausnahmslose ist. Da jedoch die daselbst bezogene Concursordnung bisher nicht emanirt ist, so kann eine Ausnahme von der Vorschrift des Art. 1612 nur insofern statuirt werden, als das gegenwärtig bestehende Recht eine solche enthält, und da hiervon in der Prioritätsordnung der Stadtrechte gar nicht die Rede ist, vielmehr auch hier nur das Alter für die Priorität der Pfandrechte maßgebend sein soll, welche kein Privilegium genießen und auch der Ingrossation ermangeln, so findet das behauptete Vorzugsrecht des jüngeren Specialpfandrechtes vor dem älteren Generalpfandrechte schlechterdings keinen gesetzlichen Boden.

Bei dieser Sachlage hat man endlich jenes Vorzugsrecht sich auf ein locales Gewohnheitsrecht stützen lassen wollen, dessen Bestand indessen den erheblichsten Bedenken unterliegt. Erstlich ist es mindestens auffallend, daß Bunge in seinem *Privatrechte* II. § 164 S. 357 eines derartigen Gewohnheitsrechtes nicht nur nicht erwähnt, sondern es umgekehrt sehr bestimmt ausspricht, daß nach Riga'schem Stadtrecht die Privathypotheken sich unter einander nach dem Alter der Forderungen ordnen, ohne daß bei ihnen ein Unterschied zwischen General- und Specialhypotheken gemacht wird. Zweitens hat die Existenz eines Gewohnheitsrechtes nach l. 2 Cod. VIII, 53 und c. 11 X, I. 4 zur Voraussetzung, daß dieses mit der *ratio* im Einklange stehe, während das hier in Rede stehende vermeintliche Gewohnheitsrecht diesem Erfordernisse nicht entspricht. Denn ein Vorzugsrecht des Specialpfandrechtes vor dem Generalpfandrechte, wenn jenes nicht mit der Besitzübertragung verbunden ist, läßt sich weder juristisch construiren, noch motiviren; wohl aber führt die Annahme dieses Vorzugsrechtes zu widersinnigen Resultaten. Denn so lange gesetzlich Generalpfandrechte bestehen — und die Art. 1378 ff. des *Prov.-Rechts* Th. 3 erkennen solche für das Gebiet des Riga'schen Stadtrrechtes ausdrücklich als bestehend an — heißt es doch nichts anderes als das Generalpfand im Resultate einfach beseitigen, wenn man dem Schuldner gestattet, die von dem Generalpfandrechte ergriffenen Sachen aus dem Pfandnerus zu befreien, indem er sie sofort nach der generellen Verpfändung alle einzeln wiederum speciell verpfändet, mit der Wirkung, daß dann der Specialpfandgläubiger den Generalpfandgläubiger ausschließt. Und wenn der Art. XXIV. der Einleitung bestimmt, daß die Bestimmungen des Privatrechts durch Gewohnheitsrecht weder aufgehoben noch abgeändert werden können, so wird von diesem Verbote doch wohl auch eine Gewohnheit betroffen, welche in praktischen Resultate eben nichts anderes bedeutet, als die Beseitigung einer Wirksamkeit der Generalpfandrechte.

Endlich würde das angebliche Gewohnheitsrecht offenbar und unbestreitbar eine Abänderung der in den Riga'schen Stadtrrechten Lib. III. Tit. X. Pkt. 12 und 13 enthaltenen gesetzlichen Prioritätsordnung enthalten. Eine solche Abänderung kann aber nach mehrfachen Entscheidungen der Obergerichtsanstalt überhaupt nicht stattfinden. In dem Querelbescheide des Riga'schen Rathes vom

14. Februar 1873, No. 1191, heißt es nämlich wörtlich: (Durch den Art. XXIV. der Einleitung zum Prov.-Recht Th. 3) „ist denn auch die allgemeine Gültigkeit des Satzes, daß gesetzliche Bestimmungen von Gewohnheiten und Usancen nicht aufgehoben und abgeändert werden können, festgestellt. Denn was von den gesetzlichen Bestimmungen des Provinzialrechts zu gelten hat, muß in gleicher Weise auch auf andere gesetzliche Bestimmungen Anwendung finden, da durchaus kein Grund vorliegt, in Bezug auf diese eine andere Theorie gelten zu lassen.“ Ferner heißt es in der Resolution des Riga'schen Rathes vom 7. März 1875, No. 1790, speciell in Bezug auf die behauptete gewohnheitsrechtliche Abänderung des § 2 der Stadtrechte Lib. II. Cap. VI. wörtlich: „es ist aber auch ein einfacher Gerichtsgebrauch niemals das geschriebene Recht abzuändern im Stande.“ Wenn auf diese Weise durch die Rechtsprechung der Appellationsinstanz bereits klar und unzweideutig festgestellt worden ist, daß das geschriebene Recht einer Abänderung im Wege des Gewohnheitsrechts oder des Gerichtsgebrauches nicht fähig ist, und wenn andererseits nach den Stadtrechten eben so klar und unzweideutig bei der Collision von Privatpfandrechten lediglich die Alterspriorität entscheidet, ohne daß irgendwie ein Unterschied zwischen General- und Specialpfandrechten gemacht wird, so kann nicht dem jüngeren Specialpfandrechte des Klägers, sondern muß umgekehrt dem älteren Generalpfandrechte des Beklagten der Vorzug gegeben werden.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 15. April 1876, No. 77).

Ebenso erkannte die I. Section des Landvogteigerichts am 1. März 1876 sub No. 48 und das Wettgericht am 13. April 1876 sub No. 209 und am 6. Juli 1876 sub No. 508.

522. Collision von Näherrechtsansprüchen. Auslegung der Art. 1661 und 1668 des Prov.-Rechts Th. 3.

„Zwischen den beiden Näherrechts-Prätendenten, nämlich der jüngeren Tochter des Eridars Bertha T. geborenen J. und den Kindern seiner verstorbenen älteren Tochter Emilie W. geb. J. ist darüber gestritten worden, welchem von ihnen der Vorzug gebühre. Jene beruft sich auf die Vorschrift des Art. 1661 des

Prov.-Rechts Th. 3, derzufolge die entfernteren Blutsverwandten von den näheren ausgeschlossen werden, und macht geltend, daß sie mit dem Erbdar im ersten, dagegen ihre Geschwisterkinder nur im zweiten Grade verwandt seien. Diese behaupten wiederum, daß sie als Kinder der älteren Tochter nach Art. 1868 l. c. ihrer Tante Bertha T. vorgehen müßten.

Keine dieser beiden Rechtsauffassungen kann von dem Gerichte getheilt werden. Der Art. 1661 l. c. lautet:

Berechtigt zur Erblosung sind nur diejenigen Blutsverwandten des Veräußerers, welche zur Zeit der Veräußerung seine nächsten Verwandten sind und ihn im Falle seines Todes beerbt haben würden, so daß also die entfernteren Blutsverwandten von den näheren ausgeschlossen werden.

Aus den unterstrichenen Worten ergiebt sich, daß unter den „nächsten“ Verwandten nicht schlechthin diejenigen zu verstehen sind, welche nach den Art. 247 ff. l. c. in dem nächsten Grade der Verwandtschaft stehen, sondern daß die Nähe der Verwandtschaft sich vielmehr nach den Vorschriften über die Intestat-Erbfolge (Art. 1879 ff. l. c.) bestimmt. Nach den Art. 1880 und bzw. 1938 l. c. stehen aber die Enkel in derselben Klasse, wie die Kinder ersten Grades, beide sind also in dieser Hinsicht gleich nahe Verwandte. Daß für den Begriff der „nächsten“ Verwandten die gesetzliche Erbfolgeordnung maßgebend ist, wird außerdem durch den Art. 1667 l. c. bestätigt, welcher (durchaus conform mit der bezüglichen Vorschrift des Art. 1948 l. c. über die Intestat-Erbfolge) in den livländischen Städten die abgetheilten Geschwister den nicht abgetheilten nachstellt, wenn sie gleichzeitig den Retract geltend machen. Auf der anderen Seite steht damit der Art. 1668 l. c.:

Unter mehreren Brüdern oder Schwestern, welche gleichzeitig das Näherrecht anmelden, entscheidet das höhere Lebensalter, so daß der ältere dem jüngeren vorgeht; unter anderen gleich nahen Verwandten muß über den Vorzug gelooft werden, keineswegs im Widerspruch, indem diese Vorschrift sich einfach daraus erklärt, daß bei der Näherrechtsausübung eine Theilung des Immobilien, wie sie bei der Erbfolge mit Geschwistern eintritt, durch den Zweck des Retracts (Art. 1655 l. c.)

ausgeschlossen erscheint, also die gleichzeitige Berücksichtigung der mehreren Geschwister, von denen auch nach erfolgter Erwerbung des Immobilien zum Miteigenthum jedes würde sofort auf Theilung antragen können, nur aus Zweckmäßigkeitsgründen für unstatthaft erklärt wird.

Kann man somit nicht zugeben, daß der Impetrantin Bertha T. wegen näherer Verwandtschaft mit dem Gemeinschuldner ein Vorzugsrecht vor den W.'schen Unmündigen zur Seite stehe, so ist doch auch diesen nicht beizupflichten, wenn sie als Repräsentanten ihrer Mutter sich das Vorrecht der älteren Schwester vindiciren. Denn dieser Vorrang würde ihnen nur unter der Voraussetzung gebühren, daß sie nicht kraft eigenen Rechts, sondern eben als „Repräsentanten“ ihrer verstorbenen Mutter retractberechtigt seien. Das ist aber nach den Stadtrechten, für welche der allerdings der Repräsentationsidee folgende Artikel 1672 nicht gilt, nicht der Fall, sondern sie sind ganz ebenso selbständig zur Ausübung des Retracts befugt, wie sie selbständig zur Erbfolge in den Nachlaß ihres Großvaters berufen wären, gleichviel, ob sie auch Erben ihrer Mutter geworden sind, oder nicht. Allerdings haben ältere Schriftsteller von einem „Repräsentationsrechte“ in dem obigen Sinne, daß nämlich die Enkel, Urenkel zc., sowie die Geschwisterkinder nur als Repräsentanten ihrer Eltern Erbrechte besäßen, geredet; allein diese Vorstellung ist in der neueren Doctrin aufgegeben. (Vangerow, Pandekten, II. § 414 Anm. 2, Windscheid, Pandekten, III. § 572 Note 4) und auch von dem Prov.-Rechte in dem Art. 1887 ausdrücklich verworfen worden, da dieser erklärt, daß „die Descendenten Kraft eigenen Rechtes succediren.“ Man mag also den einmal üblichen Ausdruck „Repräsentationsrecht“ beibehalten, aber man darf darunter nichts anderes verstehen, als daß für die nach Repräsentationsrecht Succedirenden die Theilung in stirpes eintritt. Daraus, daß die W.'schen Unmündigen nicht als Erben ihrer Mutter, sondern kraft eigenen Rechtes das Näherrecht geltend machen, folgt aber, daß das lediglich der älteren Schwester eingeräumte Vorzugsrecht des Art. 1668 auf sie ebenso wenig Anwendung findet, als es die Frau Bertha T. gegen sie ausbeuten könnte, wenn diese die ältere Schwester wäre, da hier eben nicht zwei Schwestern, sondern eine Schwester und ihre Schwesterkinder concurriren. In Ermangelung einer

gütlichen Einigung der Parteien müßte vielmehr nach Art. 1668, da beide gleich nahe Verwandte sind, das Loos entscheiden.

Wenn aus den vorstehenden Gründen ein gesetzliches Vorzugsrecht weder auf Seiten der einen, noch der anderen Partei als vorhanden anzuerkennen, so ist doch die Näherrechtsklage der Frau Bertha T. deshalb für begründet zu erachten, weil dieselbe allen gesetzlichen Erfordernissen der Näherrechtsausübung genügt hat, während die W.'schen Unmündigen es hierin haben fehlen lassen“

Der Rechtsstreit, in welchem obiges Erkenntniß von der I. Section des Landvogteigerichts am 20. Mai 1875 sub No. 121 gefällt worden war, wurde in der Appellationsinstanz durch Vergleich erledigt.

IV.

Erbrecht.

523. Die beerbte Wittve ist nach livländischem Stadtrecht den Gläubigern des verstorbenen Mannes gegenüber allein zur Vertretung des Nachlasses legitimirt, auch wenn eingekindschaftete Kinder aus einer früheren Ehe des verstorbenen Mannes vorhanden sind.

„Wenn constatirt ist, daß Beklagte beerbte Wittve ihres weil. Ehemannes ist und sich noch im ungetheilten Besitze des Nachlasses mit ihren eingekindschafteten und leiblichen Kindern befindet, und wenn ferner feststeht, daß das streitige Immobilien zu dem Nachlasse des weil. beklaglichen Ehemannes gehört, so ist Beklagte nach Art. 1825 des Prov.-Rechts Th. 3 auch allein zur Verwaltung und Nutzung des fraglichen Immobilien berechtigt, wie dritten Personen gegenüber zur Vertretung des von ihr verwalteten Nachlasses verpflichtet*), und zwar macht es keinen Unterschied, daß zu den in der fortgesetzten Gütergemeinschaft mit der Beklagten lebenden Kindern auch solche gehören, welche aus der ersten Ehe ihres verstorbenen Ehemannes herkommen und von ihr in die Einkindschaft aufgenommen sind, weil der Stiefparens über die Vorkinder nach Art. 2520 l. c. elterliche Rechte erwirbt und somit sein Verhältniß zu ihnen hinsichtlich der Verwaltung des Vermögens dasselbe ist, wie zu den leiblichen Kindern (Art. 1828 l. c.). Aus der Verwaltungsbefugniß des überlebenden Theiles der Eltern resultirt aber nach

*) Vgl. Band I, S. 120 ff. In dem Fragefalle waren die Kinder alle volljährig; sind sie dagegen minderjährig, so müssen nach Art. 286 deren Vormünder gleichfalls gehört werden.

Art. 1822 in Verbindung mit Art. 85 l. c. auch die Verpflichtung, die auf dem Nachlasse ruhenden Schulden, welche nach Art. 1827 von der Gesamtmasse zu tragen sind, zu bezahlen, bzw. überhaupt die Verpflichtungen des verstorbenen Ehegatten zu erfüllen. Da aber Kläger gegen den verstorbenen Ehemann der Beklagten eine judicatmäßige Forderung hat, für welche das streitige Immobilien speciell verpfändet worden ist, und da die Aufschreibung der Obligationsforderung, in welche der Schuldner ausdrücklich gewilligt hat, nach Art. 1580 l. c. nicht anders geschehen kann, als wenn das Immobilien zuvor auf den Namen des Verpfänders aufgetragen ist, so lag dem verstorbenen Ehemanne der Beklagten die Verpflichtung zur Bewerkstelligung dieses Auftrages ob . . . Die Erfüllung dieser Verbindlichkeit ist aber jetzt Sache seiner Ehefrau, da diese als im ungetheilten Besitze des Nachlasses befindliche Wittwe eben mit Ausschluß der Kinder die auf ihm lastenden Verbindlichkeiten zu erfüllen hat und daher gegenüber Forderungsansprüchen dritter Personen auch allein legitimirt ist.“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Bescheides der I. Section des Landvogteigerichts vom 9. Januar 1875, No. 3).

524. Die in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Kinder können, wenn der überlebende Parens zur Gesamtmasse gehörige Immobilien rechtswidrig veräußert, bei dessen Lebzeiten gegen den Erwerber blos auf gerichtliche Anerkennung der Ungültigkeit der Veräußerung klagen, nicht aber auf Rückerstattung des veräußerten Immobilis.

„Beklagter hat unbestritten das auf den Namen der verstorbenen Mutter der Kläger (Geschwister K.) aufgetragene Immobilien von dem Vater der Kläger Carl K. . . . gekauft, ohne daß die Kläger beim Abschlusse dieses Kaufes hinzugezogen worden sind. Die Einwilligung zu solchem Verkaufe verweigernd, haben Kläger bei dem Anführen, daß Beklagter das streitige Immobilien seit dem 4. März 1872 in Besitz genommen habe, beantragt, Beklagten anzuweisen, das fragliche Immobilien zu räumen und ihnen die Revenüen desselben vom 4. März 1872 bis zum Räumungstage zu erstatten.

Beklagter hat darauf erklärt, daß die Kläger nachträglich in den Verkauf des streitigen Grundstückes an ihn ausdrücklich gewilligt hätten, und den Klägern über die Unwahrheit dieser Behauptung den Eid angetragen, welchen dieselben auch ausgeschworen haben.

In Folge dessen steht es gegenwärtig außer Zweifel, daß der von dem Vater der Kläger mit dem Beklagten geschlossene Kauf nichtig ist. Denn das auf den Namen der verstorbenen klägerischen Mutter aufgetragene Immobilien gehört zu dem in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögen und steht im Miteigenthum des Vaters und der Kinder (d. h. der Kläger) zu ideellen Theilen (Art. 1822 und 1825 des Prov.-Rechts, Th. 3), weshalb ein Verkauf desselben gültig nicht anders, als mit Zustimmung der Kinder stattfinden konnte (Art. 967 und 2681 l. c., vgl. Band I, No. 58. III, No. 324). Allein deshalb ist das Klagegesuch dennoch nicht begründet.

Wie nämlich der Vater der Kläger nicht befugt ist, allein das gemeinsame Immobilien zu verkaufen, so sind wiederum die Kläger bei Lebzeiten ihres Vaters nicht berechtigt, über dieses Immobilien zu disponiren, da jenem allein die Verwaltung und Nutzung des gesammten in der Gütergemeinschaft befindlichen Vermögens gebührt (Art. 1825). Kläger sind daher gegenwärtig zu keiner weiteren Maßregel berechtigt, als auf Anerkennung dessen zu klagen, daß der streitige Verkauf ungültig und deshalb für sie unverbindlich sei; die Klage auf Rückgabe des Immobilien und Ersatz der Revenüen desselben steht hingegen, weil sie eine Disposition über das Vermögen involvirt, so lange ihr Vater lebt, nur diesem zu. Allerdings kann wegen mangelhafter Verwaltung des in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögens durch den überlebenden Parens nach Befinden eine Curatel richterlich angeordnet werden (Band III, No. 323); so lange das aber nicht geschehen ist, besteht dessen Verwaltungsrecht fort und kann von den Kindern weder angestritten noch beeinträchtigt werden.

Wenn demnach die Klage, soweit sie nicht blos die richterliche Anerkennung der Ungültigkeit des stattgehabten Verkaufes, sondern als Folge davon zugleich die Rückerstattung des Immobilien intendirt, der rechtlichen Grundlage entbehrt, so ist auf das Resultat des von den Klägern über die Ertragsfähigkeit des

Grundstückes angetretenen Beweises hier gar nicht einzugehen, sondern lediglich anzuerkennen, daß der in der Klage bezeichnete Verkauf ungültig und für die Kläger unverbindlich ist, wogegen die Kläger mit ihren weitergehenden Ansprüchen abzuweisen sind.“

(Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 20. September 1875, No. 202).

525. a) Wesen und Princip der in den livländischen Städten bestehenden Gütergemeinschaft.

b) Der überlebende Parens ist in der Veräußerung der in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Immobilien nur insoweit beschränkt, als es der Ehemann während bestehender Ehe ist. Demnach kann der Wittwer Immobilien, die während bestehender Ehe auf seinen Namen aufgetragen sind, ohne Zustimmung der Kinder und ohne obervormundschaftliche Genehmigung veräußern.

„Die theoretische Frage, welches juristische Princip der ehelichen Gütergemeinschaft nach Riga'schem Stadtrecht zu Grunde liege, hat unlängst in der einheimischen Literatur eingehende Bearbeitung gefunden und wird von Erdmann („Güterrecht der Ehegatten“) wie von Gürgens („Zeitschrift für Rechtswissenschaft Bd. IV“) zu Gunsten der ehemännlichen Vormundschaft, Mundialgewalt, entschieden, und in der That sind wohl nur auf dieser Grundlage die bezüglichlichen Einzelbestimmungen des 3. Bandes des codificirten baltischen Privatrechts systematisch zu vereinigen.

Die Schranke der im Mundium enthaltenen Befugniß des Ehemanns zur Veräußerung der ehelichen Güter — soweit es sich um Immobilien handelt — ist im Art. 83 des Gesetzbuchs gezogen, woselbst es heißt:

Immobilien, welche in den Gerichtsbüchern auf den Namen der Frau verzeichnet, desgleichen solche, welche während bestehender Ehe von beiden Ehegatten gekauft sind, darf der Ehemann, ohne Genehmigung der Frau, weder veräußern, noch mit Hypotheken und anderen Lasten beschweren. Jede einseitig vom Ehemanne vorgenommene Veräußerung oder Belastung ist wirkungslos.

Unterstellt man diesem Artikel das Princip der ehelichen Vormundschaft, nach welchem die Ehegatten das Eigenthum ihrer resp. Güter, die nur äußerlich unter der Dispositionsgewalt des Mannes vereinigt sind, behalten, so besagt die Vorschrift: die Mundialgewalt giebt dem Ehemanne nicht das Recht, über das Immobiliareigenthum (sei es Alleineigenthum, sei es durch gemeinsamen Erwerb begründetes Miteigenthum) der Ehefrau zu verfügen.

Die Frage, ob die während bestehender Ehe erworbenen Immobilien zugleich in das Miteigenthum der Ehefrau treten, wird nach Art. 809 und 812 l. c. in der Regel aus der bezüglichen Eintragung in den öffentlichen Grundbüchern zu beantworten sein. Jedenfalls wird bei der Veräußerung eines rechtmäßig auf den Namen des Ehemannes allein aufgetragenen Immobilis von einem Einspruchsrecht der Frau nicht die Rede sein können, da ihr an einem solchen Mobil unbedingt kein Miteigenthum zusteht (vgl. Gürgens, a. a. O. pag. 24).

Aber auch ohne principielle Kritik des bezogenen Art. 83 ergibt sich dieser Satz aus dem Wortlaut desselben. Vergleicht man ihn mit dem darauf folgenden Art. 84, so versteht sich die Nothwendigkeit einer stricten Interpretation von selbst. Die Frau kann danach nur dann eine Stimme beim Verkauf der Immobilien beanspruchen, wenn die Letzteren auf ihren Namen in den Grundbüchern verzeichnet stehen, oder von beiden Ehegatten gekauft sind. Der gemeinsame Kauf bewirkt Miteigenthum. Da nun nach Art. 13 l. c. alles unter der Herrschaft des Ehemannes vereinigte Vermögen im Zweifel für das Vermögen des Mannes zu halten ist, so wird der gemeinsame Kauf stets von der Ehefrau zu behaupten und zu beweisen sein. Das Recht zu einem solchen Beweise fällt aber fort, wenn das während der Ehe erworbene Mobil auf den Namen des Ehemannes allein in den Grundbüchern verzeichnet ist und während des Laufs der Proclamsfrist kein, oder kein begründeter Protest von Seiten der Frau erhoben wurde (Art. 3016 l. c. Rig. Stadtr. Lib. III. Tit. XI. Art. 7). Durch argumentum a contrario ist mithin aus dem Art. 83 l. c. zu entnehmen, daß die auf den Namen des Ehemanns aufgetragenen Immobilien von dem Ehemann während bestehender Ehe ohne Zustimmung der Frau

rechtsgültig veräußert werden dürfen (vgl. zu Vorstehendem Bd. III, S. 17, No. 291 b).

Es fragt sich nun weiter, wie sich die Veräußerungsbefugniß des Ehemannes gestaltet, wenn er, wie in vorliegendem Rechtsstreite der Fall ist, mit den überlebenden Kindern die Gütergemeinschaft fortsetzt. Nach Art. 1822 l. c. treten alsdann die Kinder „in die Stelle des verstorbenen Ehegatten.“ Eine Aenderung der bisherigen Stellung des Ehemanns, seiner Dispositionsbefugnisse, kann hier offenbar nur insofern angenommen werden, als es sich fortan zum Theil um ein erbrechtliches Verhältniß handelt, und hält man gemäß dem Vormundschaftsprincip daran fest, daß die Frau an dem im alleinigen Eigenthum des Mannes stehenden Immobilien kein Miteigenthum erwarb, so kann — da ein Lebender nicht beerbt wird — der Ehemann auch nach dem Tode der Frau bei der Veräußerung eines (nach wie vor) ihm gehörigen Immobilien nicht an die Zustimmung der Kinder gebunden sein. Allein dieser Grundsatz läßt sich gegenüber den Bestimmungen des Provinzialcodex nicht durchführen, da dieselben (auf Grund des deutschrechtlichen Gedankens der Familieneinheit) den die Gütergemeinschaft fortsetzenden Kindern, „ideelle Theile am Ganzen“ des in der Gütergemeinschaft befindlichen Vermögens zusprechen (Art. 1825 l. c.). Der Anspruch der Kinder, soweit es sich um das Frauenvermögen handelt, wäre als auf erbrechtlicher Grundlage ruhendes Miteigenthum zu bezeichnen, soweit das Vermögen des noch lebenden Vaters in Frage kommt, als Miteigenthum in Folge eines eigenthümlichen Abfindungsrechts, welches, wofern es sich nicht auch beim Tode des Vaters in ein Erbrecht verwandelt, bei der Theilung des Vermögens (Art. 1829 l. c.) seine Wirksamkeit äußert.

Dieses Miteigenthum der Kinder nun ist, kraft der dem Vater zustehenden väterlichen Gewalt sehr wesentlich von dem allgemein als Miteigenthum bezeichneten Rechtsverhältniß (Prov.=Recht Art. 927 ff.) verschieden. Entscheidend ist hier namentlich der in der Anmerkung zum Art. 1825 l. c. besonders bezogene Art. 277, welcher den Vater seinen Kindern gegenüber von jeder Rechenschaftsablegung entlastet. Als maßgebend für den Umfang der Dispositionsbefugnisse des die Gütergemeinschaft fortsetzenden beerbten Ehemannes sind hiernach die Grundsätze über die

elterliche Gewalt anzusehen und mit Hülfe derselben ist der Art. 1825 l. c., welcher den Deductionen des Klägers hauptsächlich zur Stütze dient, zu interpretiren. Erwägt man aber, daß nach Art. 217 l. c. die elterliche Gewalt nur in Bezug auf das Sondergut der Kinder bei Veräußerungen beschränkt ist und daß das Miteigenthum zu ideellen Theilen, welches den in der fortgesetzten Gütergemeinschaft lebenden Kindern am elterlichen Vermögen zusteht, jedenfalls nach Art. 215 l. c. nicht als Sondergut aufgefaßt werden darf, so ist klar, daß in der durch den Art. 1825 dem beerbten Ehemann ertheilten Befugniß zum Nießbrauch und zur Verwaltung des „gesamten Vermögens“ auch das Verfügungsrecht, das Recht zur Veräußerung der Immobilien in der Regel mit enthalten ist. Diese Regel erleidet freilich eine Ausnahme, wenn das zu veräußernde Immobilien Erbguisqualität hat. Letzteres kommt aber vorliegenden Falls nicht in Frage, da nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 967 l. c. nur ein von zwei Ehegatten während der Ehe durch Kauf (also zum Miteigenthum) erworbenes Immobilien in gewisser Beziehung Erbgut wird, während ein auf den Namen des Ehemannes allein aufgetragenes, nur von ihm erworbenes Immobilien per argumentum a contrario, wie überhaupt nach dem Grundsatz *viventis non datur hereditas*, zu Lebzeiten des Erwerbers nicht Erbgutseigenschaft gewinnen kann.

Ganz mit Unrecht sucht Kläger aus einer Vergleichung des Art. 1850 l. c. mit dem Art. 1825 zu folgern, daß der Gesetzgeber aus dem letztgenannten Artikel die Erwähnung der mangelnden Veräußerungsbefugniß des beerbten Ehemannes nur fortließ, weil dieses eine selbstverständliche Consequenz der Begriffe „Nießbrauch“ und „Verwaltung“ sei. Die Heranziehung des estländischen Stadtrechts zur Interpretation des rigaschen in Bezug auf eheliche Erbrechte ist bei der Verschiedenheit der Quellen beider Rechtsgebiete unbedingt unzulässig. Das estländische Recht erkennt überdies ein Erbrecht des Wittwers an, während das rigasche Recht nur von dem Grundsatz der Abfindung der Kinder ausgeht (vgl. Erdmann l. c. pag. 247, 248, Prov.-Recht Th. 3, Art. 1830 ff. vgl. mit Art. 1862 ff.). Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß der Codificator des baltischen Privatrechts (auf dessen specielle Kenntnisse des estländischen Rechts Kläger anspielt), Bunge, im 2. Theil seines

Lehrbuchs bei Gelegenheit der Besprechung der Rechtsverhältnisse bei beerbter Ehe nach rigaschem Stadtrecht (pag. 113) wörtlich bemerkt: „Die Verwaltung des gesammten Vermögens, wie das Verfügungsrecht über dasselbe hat der Wittwer unbedingt und in eben der Weise, wie ihm beides während der Ehe zustand.“

Es bleibt gegenwärtig nur noch in Betracht zu ziehen, ob nicht aus der im Art. 382 des 3. Theils des Prov.-Rechts enthaltenen Vorschrift, welche Kläger allgemein dahin interpretirt, daß, wo das Interesse Unmündiger collidire, der Verkauf von Immobilien nur mit Genehmigung des Waisengerichts — resp. des Raths — geschehen dürfe, ob nicht hieraus die rechtliche Unwirksamkeit des in Rede stehenden Hausverkaufs zu folgern sei. Allein dies ist zweifellos zu verneinen. Der Artikel handelt nur von „den Pupillen gehörigen Immobilien.“ Nach der constanten Praxis des städtischen Waisengerichts werden hierunter nur solche Immobilien verstanden, welche im Alleineigenthum des Pupillen stehen, und auch wenn man von dieser Praxis absieht, kann ein specielles in der fortgesetzten Gütergemeinschaft begriffenes Mobil niemals als nach dem Wortlaut und Sinne unseres Gesetzbuchs „dem Pupillen gehörig“ qualificirt werden; denn der durch den Art. 1825 dem die Gütergemeinschaft fortsetzenden Kinde zugesprochene „ideelle Antheil am Ganzen“ des Gütergemeinschaftsvermögens schafft, wie oben gezeigt wurde, kein Sondergut, giebt dem Kinde keinen Anspruch auf ein einzelnes Vermögensstück, wemgleich es selbstverständlich ist, daß der bei der Veräußerung eines zur Masse gehörigen Guts erzielte Erlös wieder der Masse zufällt und von dem Miteigenthum nach ideellen Theilen zu Gunsten des Kindes ergriffen wird.

Als Resultat der vorstehenden Erörterung ergibt sich der Satz: daß der in fortgesetzter Gütergemeinschaft nach rigaschem Stadtrecht mit seinen Descendenten lebende Wittwer ein während bestehender Ehe auf seinen Namen aufgetragenes Mobil ohne Zustimmung seiner Descendenten, resp. ohne obervormundschaftliche Genehmigung rechtsgültig veräußern darf.“

Der vorstehenden Rechtsanschauung des vogteigerichtlichen Erkenntnisses vom 3. Juli 1875, No. 104, trat auch die

Appellationsinstanz im Wesentlichen bei, wie die nachfolgenden Entscheidungsgründe ergeben:

„Gegen das vom Appellaten verfochtene Alleineigenthum eines jeden der beiden Ehegatten an dem, was er in die Ehe gebracht und während der Ehe allein erworben, streitet nicht nur Wesen und Zweck der ehelichen Gütergemeinschaft an sich schon, sondern auch der ausdrückliche Wortlaut unseres Provinzialrechts*), wenn es daselbst im 3. Bande Art. 80 also heißt:

Durch die Gütergemeinschaft wird das beiderseitige Vermögen der Ehegatten, es mag von ihnen in die Ehe gebracht, oder einem von ihnen oder beiden gemeinschaftlich während der Ehe, aus welchem Rechtsgrunde es auch sei, zugefallen oder von ihnen in der Ehe erworben sein, in eine gesammte Masse vereinigt, an welcher, solange die Ehe besteht, keinem der Ehegatten ein besonderer Antheil zusteht.

Daß aber auch bei der zwischen dem überlebenden Parens und seinen Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft das Rechtsverhältniß kein wesentlich anderes ist, daß auch hier füglich nicht von einem Alleineigenthum des überlebenden Parens neben einer für die Kinder desselben einzig bestehenden Anwartschaft die Rede sein kann, erhellt mit unumstößlicher Gewißheit zunächst aus den Eingangsworten des Art. 1825 l. c., welche wörtlich also lauten: „Während der mit den Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft haben zwar die letzteren ideelle Theile am Ganzen.“ Es ergibt sich eben das aber auch aus mehrfachen anderen Anordnungen unseres Provinzialrechts. Denn nach Art. 1827 l. c. sollen gleich wie alle der Gesamtmasse zufließenden Vortheile dem Ganzen zu Gute kommen, so auch alle Schulden und zwar auch die während der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinzugekommenen, in der Weise von der Gesamtmasse getragen werden, daß die Kinder mit ihren ideellen Antheilen für sie ebenso verhaftet sind, als der überlebende Theil der Eltern. Nach Art. 1828 l. c. dürfen ferner die Kinder für den Fall, daß der überlebende Parens wieder heirathet, Theilung,

*) Siehe dagegen die überzeugende Ausführung von Gürgens, in der Dorpater Zeitschrift für Rechtsw. IV, Seite 1 ff. Erdmann, Güterrecht der Ehegatten, S. 76—79, 136, 137.

welche gemäß Art. 1829 l. c. in die gesammte Masse ohne Unterscheidung der ursprünglichen Bestandtheile zu bewerkstelligen ist, nach Art. 1832 l. c. Sicherstellung, sowie nach Art. 1833 l. c., sobald sie großjährig geworden oder Töchter, sobald sie sich verheirathen, Auskehrung ihrer Antheile verlangen. Ferner soll auch nach Art. 286 l. c. der überlebenden Mutter, wofern sie nicht etwa Vormünderin ihrer Kinder geworden, keineswegs, sondern vielmehr den gerichtlich eingesetzten Vormündern die Verwaltung des in der fortgesetzten Gütergemeinschaft verfangenen Vermögens und die Vertretung der unmündigen Kinder in Bezug auf dasselbe gebühren. Alle diese verschiedenen Vorschriften machen ein Alleineigenthum des überlebenden Parens an dem zur fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörigen Gesamtvermögen*) vollständig undenkbar, sie weisen vielmehr aufs evidenteste und unwiderleglichste darauf hin, daß die Kinder an diesem Gesamtvermögen wirklichen Antheil, nicht etwa eine bloße Anwartschaft haben.

Daß nun aber andererseits auch ebensowenig das vom Appellanten befürwortete Miteigenthum im Sinne des römischen und aus diesem in unser Provinzialgesetzbuch übergegangenen Rechts als Grundlage der ehelichen und fortgesetzten Gütergemeinschaft angesehen werden darf, hat nicht nur die Wissenschaft, deren Erläuterungen hier wiederholen zu wollen zu weit abführen würde, auf das überzeugendste nachgewiesen, sondern stellt sich auch ohne weiteres aus einer näheren Vergleichung der für das Miteigenthum und der für die Gütergemeinschaft in unserem Privatrecht verordneten einzelnen Rechtsätze heraus. In letzterer Beziehung wird es, da eine vollständige Gegenüberstellung dieser einzelnen Rechtsätze, als zu weit gehend, außer dem Rahmen der richterlichen Aufgabe liegt, wohl genügen, einfach nur auf zwei schnurstracks bei beiden Rechtsinstituten sich widerstreitende Principien hinzuweisen. Während nämlich nach Art. 929 l. c. über das Miteigenthum nur der vereinbarte Wille der Miteigenthümer verfügen darf, so daß alle Dispositionen

*) Es wird ja auch nicht behauptet, daß jeder Ehegatte ein Alleineigenthum an dem Ganzen hat, was an sich rechtlich unmöglich ist, sondern daß jeder das Eigenthum an seinem Vermögen auch während der Ehe behält.

des Einzelnen nicht nur an sich ungültig sind, sondern ihn auch zum Schadenersatz an die Miteigenthümer verpflichten, ist dagegen nach Art. 84 l. c. der Ehemann während bestehender Ehe mit einer nur durch den vorausgegangenen Art. 83 gegebenen, später zu besprechenden Ausnahme, zur alleinigen freiesten Verfügung über die gesammte Masse berechtigt, so daß er in Betreff derselben Verbindlichkeiten jeder Art eingehen und mit derselben von ihm eingegangene Verbindlichkeiten sicherstellen darf, indem die Gesammtmasse nach Art. 85 l. c. für sämtliche von ihm mit oder ohne Wissen und Willen der Ehefrau contrahirte Schulden zu haften hat, und ist nach Art. 967 l. c. auch der seine Ehefrau überlebende Ehemann, indirect wenigstens, mit einer ebenfalls einzigen und zwar gleichartigen Ausnahme zu einseitiger Verfügung ermächtigt. Während ferner nach Art. 934 l. c. die aus dem Miteigenthum gewonnenen Früchte den einzelnen Miteigenthümern nach Verhältniß ihrer Antheile zufallen, hat dagegen nach Art. 82 binnen der Dauer der Ehe der Ehemann allein die Nutzung des in der Gütergemeinschaft begriffenen Vermögens, sowie nach Art. 277, 286 und 1825 bis zur etwaigen Wiederverheirathung der überlebende Parens. Wenn nun solchergestalt die eheliche, wie die fortgesetzte Gütergemeinschaft weder mit den für das Alleineigenthum, noch mit den für das römisch-rechtliche Miteigenthum bestehenden Regeln vereinbar ist, wenn ferner das hin und wieder wohl auch in früherer Zeit als Fundament der Gütergemeinschaft bezeichnete deutschrechtliche Gesammt-eigenthum und die mit ihr verbundene Consolidations-theorie von den jüngeren Germanisten als solches Fundament verworfen worden und jedenfalls durch die Ann. 3 zum Art. 927 l. c. für das Rechtsgebiet unseres Provinzialgesetzbuchs ganz und gar ausgeschlossen ist, so bleibt in der That nichts übrig als die eheliche und die fortgesetzte Gütergemeinschaft, wie das auch schon in verschiedenen Präjudicaten dieses Raths wiederholt zum Ausdruck gelangt ist, als ein ganz besonderes, eigenthümliches und für sich abgeschlossenes Rechtsinstitut, als eine Rechtsgemeinschaft der Interessenten zu ideellen Theilen zu betrachten. Danach ist das Wesen dieser Rechtsgemeinschaft, wie sie aus den Städten Deutschlands in die Städte Livlands übergewandert ist, nicht nach den für getheiltes oder ungetheiltes Eigenthum bestehen-

den gesetzlichen Regeln, sondern nach den specifisch eben für diese Rechtsgemeinschaft gegebenen gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen und einzig aus diesen Vorschriften, und nicht (wie vorzugsweise von den Litiganten geschehen) aus jenen Regeln ist eben daher auch die Antwort auf die jetzt zur oberrichterlichen Dijudicatur gediehene Rechtsfrage zu schöpfen.

Zu diesen besonderen Vorschriften, welche aller ehelichen Gütergemeinschaft wie nach deutschem, so nach unserem Provinzialrecht zur Grundlage dienen, gehört vorzugsweise auch die, daß dem Ehemann das einseitige Dispositionsrecht über das in eine Gesamtmasse verschmolzene Vermögen beider Ehegatten zum Zweck der ehelichen Genossenschaft übertragen wird. Nicht aber als alleiniger Eigenthümer dieses Gesamtvermögens oder auch nur derjenigen Bestandtheile, welche er bei der Eingehung der Ehe oder während der Dauer der Ehe in dasselbe hineingetragen hat, übt er dieses einseitige Verfügungsrecht aus, sondern vielmehr einzig als der Herr oder selbständige Vertreter der Gesamtmasse. Diese Herrschaft des Ehemannes, als welche auch der Art. 13 l. c. das Rechtsverhältniß ausdrücklich bezeichnet, ist aber ganz eigentlich schon ein Ausfluß des dem Ehemann während der Ehe und dem seine Ehefrau überlebenden Ehemann während der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausschließlich gebührenden Verwaltungsrechts (Art. 82 und Art. 1825), während ein gleiches Verwaltungsrecht die Mutter allerdings nur eventuell und beschränkt genießt (Art. 286 l. c.). Wenn nun — wie wohl von Niemandem angezweifelt werden dürfte — dem Ehemann in Folge seines einseitigen Verwaltungs- und Verfügungsrechts freigestellt ist, auch ohne ausdrückliche Einwilligung seiner Ehefrau während bestehender Ehe aus dem unter seiner Herrschaft zum Zweck der ehelichen Genossenschaft vereinigten Vermögen beider Ehegatten ein Immobilien anzukaufen, so muß er logisch nothwendig auf Grund desselben Verwaltungs- und Verfügungsrechts auch ohne besondere Einwilligung seiner Ehefrau dieses Immobilien wieder verkaufen dürfen, sofern ihm dieser Wiederverkauf nicht durch ein Gesetz untersagt ist. Nun allerdings begrenzt in dieser Beziehung das Gesetz die Verfügungsbefugniß des Ehemanns, indem Art. 83 l. c. Folgendes festsetzt:

Immobilien, welche in den Gerichtsbüchern auf den

Namen der Frau verzeichnet, desgleichen solche, welche während bestehender Ehe von beiden Ehegatten gekauft sind, darf der Ehemann, ohne Genehmigung der Frau, weder veräußern noch mit Hypotheken und anderen Lasten beschweren. Jede einseitig vom Ehemann vorgenommene Veräußerung oder Belastung ist wirkungslos.

Die in diesem Artikel enthaltene Vorschrift bildet um so unverkennbarer die Ausnahme von der entgegengesetzten Regel, als der nachfolgende Art. 84 also fortfährt:

Davon (Art. 83) abgesehen ist der Ehemann zur freiesten Verfügung über die gesammte Masse berechtigt, so daß er in Betreff des in der Gütergemeinschaft begriffenen Vermögens Verbindlichkeiten jeder Art eingehen und eingegangene Verbindlichkeiten mit demselben sicherstellen darf.

Ist durch diese beiden Artikel der Gegenstand klar, lichtvoll und durchaus unzweideutig hervorgehoben, ist jede Ausnahme von der allgemeinen Regel überhaupt strictissime zu interpretiren, so ist eben damit zur unumstößlichen Gewißheit erhoben, daß einzig in den Gerichtsbüchern auf den Namen der Frau verzeichnete, aber von beiden Ehegatten während der Ehe angekaufte Immobilien der einseitigen Veräußerungsbefugniß des Ehemanns entzogen, alle anderen Immobilien und so auch während der Ehe aus den Mitteln der Gesammtmasse von dem Ehemann auf seinen alleinigen Namen käuflich erworbenen — gleich allen übrigen Bestandtheilen des in der Gütergemeinschaft verfangenen Vermögens — dagegen der einseitigen Veräußerungsbefugniß des Ehemanns unterworfen sind.

Nicht anders gestaltet sich dieses Rechtsverhältniß bei der zwischen dem seine Ehefrau überlebenden Ehemann und seinen Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft. Denn können die nach Art. 1822 l. c. an die Stelle der verstorbenen Mutter tretenden Kinder als deren Rechtsnachfolger und Erben keine weitergreifenden Befugnisse beanspruchen, als welche ihrer Rechtsvorgängerin und Erblasserin zuständig gewesen, besteht vielmehr, wie darüber insbesondere auch die Art. 1827 und 1829 keinen Zweifel übrig lassen, zwischen dem überlebenden Vater und seinen Kindern genau dieselbe Rechtsgemeinschaft, wie sie vorher zwischen ihm und seiner verstorbenen Ehefrau bestanden, so

folgt eben daraus schon mit innerer Nothwendigkeit, daß der überlebende Vater auch während der fortgesetzten Gütergemeinschaft alle zur Gesamtmasse gehörigen Immobilien unbeschränkt muß veräußern dürfen, sofern diese nicht auf den Namen der verstorbenen Ehefrau in den Gerichtsbüchern verzeichnet sind, oder von beiden Ehegatten während bestehender Ehe gekauft*) wurden. Es findet das aber hinwiederum gleichfalls seine ausdrückliche Bestätigung im geschriebenen Gesetz, indem der mit dem vorbeprochenen Art. 83 correspondirende Art. 967 l. c. zu dem Erbgut, über welches nicht, gleich wie über das wohlervorbene Gut der Eigenthümer, frei auch durch Veräußerung verfügen darf (Art. 973 l. c.) auch zählt: „ein von zwei Ehegatten während der Ehe durch Kauf erworbenes Immobil,“ welches nach dem Tode eines der beiden Ehegatten insofern Erbgut wird, als über dasselbe eben nicht zum „Nachtheil der Kinder“ aus dieser Ehe verfügt werden darf.

Damit ist die einzige Schranke für die Veräußerungsbefugniß des überlebenden Ehemannes in Hinsicht auf die in fortgesetzter Gütergemeinschaft begriffenen Immobilien gegeben, die allerdings nicht verletzt werden darf.

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Unbestritten hat Beklagter modo Appellat dasjenige Immobil, dessen einseitige Veräußerung durch ihn klägerischerseits angefochten wird, während bestandener Ehe allein gekauft und auf seinen alleinigen Namen in den Gerichtsbüchern verzeichnen lassen. Die Anfechtung des Verkaufs dieses Immobils entbehrt daher des rechtlichen Grundes.“ (Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 19. November 1875, No. 7634).

526. Die mit minderjährigen Kindern hinterbliebene Wittwe ist zur Veräußerung eines von dem Manne hinterlassenen Geschäfts ohne Zustimmung der Vormünder und des Waisengerichts nicht berechtigt.

„Inwieweit die im Art. 1825 des Prov.=Rechts Th. 3 dem überlebenden Ehegatten eingeräumten Befugnisse sich auch auf

*) Vgl. oben No. 483.

die überlebende Mutter beziehen, das wird, wie die Anmerkung zum Art. 1825 hervorhebt, durch die Vorschrift des Art. 286 l. c. bestimmt. In diesem Artikel aber heißt es, daß der Mutter der alleinige Nießbrauch des Gesamtvermögens zwar unter allen Umständen, die Vertretung der Kinder und die Verwaltung deren Vermögens aber nur dann zuständig ist, wenn sie entweder vom Vater zur Vormünderin eingesetzt, oder vom Waisengericht ausdrücklich als solche bestellt worden ist. In diesem letzteren Falle befindet sich die Wittwe W. nicht; sie ist von der Vormundschaft über ihre Kinder ausgeschlossen geblieben und hat den Vertrag [über das von ihrem Manne hinterlassene Schlossereigenschaft] mit B. daher auch nicht als Vormünderin, sondern lediglich in eigenem Namen abschließen können und abgeschlossen. Zu einem derartigen einseitigen Vertragsabschlusse aber war sie nicht ermächtigt, da ihr nicht die Verwaltung der ideellen Antheile ihrer Kinder an dem in der fortgesetzten Gütergemeinschaft verfangenen Vermögen, geschweige denn eine Verfügung über die Substanz dieses Vermögens gebührt. Sie durfte daher nur in Uebereinstimmung mit den gerichtlich bestellten Vormündern ihrer Kinder das von ihrem Ehemanne hinterlassene Erwerbsgeschäft mit dem dazu gehörigen Inventar veräußern und diese Veräußerung mußte unterbleiben, wenn eine Einigung zwischen ihr und den Vormündern in Ansehung der Veräußerung nicht herbeigeführt werden konnte. Selbst eine solche Einigung war indessen für die Perfection des beabsichtigten Verkaufes noch nicht genügend. Denn nach Art. 397 l. c. steht einzig dem Waisengericht die Entscheidung darüber zu, ob ein von Pupillen ererbtes Handlungsgeschäft oder Gewerbe fortgesetzt oder aufgegeben werden soll . . . Nach Art. 2999 l. c. zieht aber die nicht nachgesuchte Beprüfung und Genehmigung eines Rechtsgeschäfts durch das Gericht, wo eine solche gesetzlich vorgeschrieben ist, als rechtliche Folge die Nichtigkeit des Geschäfts nach sich.“ (Aus den Motiven eines Erkenntnisses des Waisengerichts vom 9. December 1875, No. 1009).

527. Zur Anwendung des Art. 1834 des Prov.-Rechts Th. 3.

M. war dreimal verheirathet gewesen. Die erste Ehe blieb kinderlos, aus der zweiten waren zwei, aus der dritten sechs

Kinder entsprossen. Nach dem Tode der zweiten Frau war M. mit seinen beiden Kindern im gemeinschaftlichen Besitze des der verstorbenen Frau gehörigen Immobilien verblieben und hatte auch bei Eingehung seiner dritten Ehe weder eine Abtheilung vorgenommen, noch einen Einkindschaftsvertrag geschlossen. Als M. verstarb, beanspruchte die ihn überlebende dritte Frau, daß das von ihm besessene Immobilien zwischen ihr und sämmtlichen acht Kindern zu gleichen Theilen getheilt werde, während die Kinder zweiter Ehe dieses Immobilien für sich allein in Anspruch nahmen.

Das Waifengericht fälltte darauf am 19. December 1874, sub No. 907 folgende Entscheidung:

„Nach Art. 1834 des Prov.-Rechts Th. 3 soll, wenn ein mit Kindern hinterbliebener Wittwer bei der Eingehung einer neuen Ehe die Abtheilung oder Abfindung seiner Kinder aus früherer Ehe unterlassen hat, die seinen Nachlaß bildende Gesamtmasse in ihre ursprünglichen Bestandtheile aufgelöst werden. Aus diesen haben dann die Kinder erster Ehe ihrer Mutter Gut voranzunehmen, die verwittwete zweite Frau ihr Eingebrauchtes, in das Uebrige aber haben die Kinder beider Ehen und die Wittve sich nach Köpfen zu theilen. Dieser unzweideutigen Gesetzesvorschrift zufolge hat also eine Zurückführung in den ursprünglichen Zustand nach zweifacher Richtung hin einzutreten. Denn aus der Gesamtmasse ausgeschieden soll, wie das Gut der ersten, so der zweiten Ehefrau werden, als habe weder in ersterer, noch in letzterer Ehe eine Gütergemeinschaft stattgefunden, und nur was der mehrfach verheirathete Vater ursprünglich besessen und in seinen beiden Ehen — indeß von dem ursprünglichen Vermögen seiner beiden Frauen dabei völlig abgesehen — erworben hat, nur das bildet seine Hinterlassenschaft. Daß bei der durch diese Gesetzesvorschrift vorgesehenen Wiederauflösung der Gesamtmasse in ihre ursprünglichen Bestandtheile in der That nicht etwa nur das Sondergut der Frauen, sondern sämmtliches zunächst den Frauen angehörig gewordene und nur im Wege der Gütergemeinschaft auf den Ehemann mit übertragene Gut von dem Gesetzgeber in's Auge gefaßt worden ist, ergibt sich einfach daraus, daß das Sondergut der Ehefrau überhaupt nicht in die Gütergemeinschaft übergeht (Art. 70, 81, 90 l. c.), in Bezug auf dieses Sondergut also von einer Wieder-

auflösung in die ursprünglichen Bestandtheile überall nicht die Rede sein kann, sowie ferner daraus, daß widrigenfalls eine pflichtwidrig unterlassene Abfindung der Kinder erster Ehe in der Regel diese mehr benachtheiligen würde, als eine pflichtmäßig vollzogene Abfindung, was selbstbegreiflich die Absicht des Gesetzes nicht gewesen sein kann. Denn wenn die zweite Ehefrau ihr Eingebrahtes zurücknehmen dürfte, während die Kinder erster Ehe sich mit der Zurückziehung des Sondergutes ihrer Mutter begnügen müßten, so würden letztere ja ohne jegliches Aequivalent an dem von ihrer Mutter herstammenden Gut in die Lage gebracht werden, anstatt mehr, im Gegentheil weniger zu erben, als ihre Halbgeschwister. Sonach ist vollkommen gewiß, daß alles dasjenige, was zunächst der zweiten Frau des M. angehörig und von ihrem Ehemann vermittelt der Gütergemeinschaft erworben wurde, durch die von M. verabsäumte Erbauseinandersetzung mit den Kindern zweiter Ehe, als er zur dritten Ehe schritt, seinen aus der zweiten Ehe stammenden zwei Kindern allein zuzufallen hat.“

528. Der zu einer zweiten Ehe schreitende überlebende Parent muß die Kinder aus seinem und des verstorbenen Parent Vermögen abtheilen, wobei ein Adoptivkind gleich einem leiblichen Kinde zu berücksichtigen ist.

Charlotte B. war mit Ausschluß des gemeinsamen Adoptivsohnes von ihrem Ehemann Carl B. testamentarisch zur Universalerin seines Vermögens eingesetzt worden und hatte darauf bei Gelegenheit ihrer abermaligen Verheirathung ihren minderjährigen Adoptivsohn aus ihrem eigenen, wie aus dem von ihrem Manne ererbten Vermögen abgetheilt, indem sie die Hälfte dieses Vermögensbetrages bei dem Waisengerichte deponirte. In der Folge forderte sie den deponirten Betrag unter dem Vorgeben, daß sie lediglich aus Rechtsirrtum die Abtheilung vollzogen habe, klagend zurück. Diese Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe des Appellations=Erkenntnisses des Riga'schen Rathes vom 26. November 1875, No. 7798:

„Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine beerbte Wittwe

verpflichtet ist, falls sie zu einer zweiten Ehe zu treten beabsichtigt, mit ihren Kindern erster Ehe und zwar in Bezug auf das gesammte der Gütergemeinschaft unterworfenen Vermögen abzutheilen, falls eine solche Abtheilung nicht durch eine unter waisen-gerichtlicher Genehmigung errichtete Einfindschaft abgewendet werden kann. Es ist dabei gleichgültig, ob das Kind der Wittve ein leibliches oder ein adoptirtes ist, da durch die Adoption ein adoptirtes Kind in alle Rechte ehelicher Kinder, somit auch in alle Vermögens- und Erbrechte tritt (Art. 187, 192, 259 des Prov.-Rechts Th. 3), wenn nicht in letzterer Beziehung durch den Adoptionsvertrag eine Einschränkung erfolgt ist (Art. 191 *ibid*). Eine solche Einschränkung hat nun aber in vorliegender Sache nicht stattgehabt, vielmehr ist dem hier in Rede stehenden Kinde von dem Carl B. und seiner Frau, der gegenwärtigen Appellantin, die Succession in ihren beiderseitigen dereinstigen Nachlaß mit allen Rechten eines ehelichen Kindes zugesichert worden. War nun sonach durch den unter gerichtlicher Genehmigung und Bestätigung vollzogenen Adoptionsvertrag für das Kind das Intestaterbrecht begründet, so war demselben in Folge dessen auch eine Berechtigung erwachsen, in dem Falle der Wiederverehelichung seiner verwittwet gewordenen Adoptivmutter eine Vermögensabtheilung zu verlangen und zwar in eben solcher Weise, wie sie einem ehelichen Kinde nach dem Gesetze zusteht. Was nun das Vermögen betrifft, welches zwischen der zur zweiten Ehe schreitenden Mutter und dem Kinde erster Ehe zur Theilung zu kommen hat, so umfaßt dasselbe alles dasjenige, was in der fortgesetzten Gütergemeinschaft begriffen ist. Dies besteht nun aber in dem, was jeder der beiden Ehegatten in die Ehe gebracht, was er während derselben allein oder gemeinschaftlich mit dem andern Ehegatten erworben hat und was ihm — aus welchem Rechtsgrunde es auch sei — zugefallen ist (Art. 80 l. c.), falls nicht in Gemäßheit der Bestimmung des Art. 81 l. c. durch Gesetz oder Vertrag irgend etwas ausgenommen ist; was aber in vorliegendem Falle nicht stattgefunden hat, da in dieser Beziehung von der Appellantin keine Behauptung aufgestellt ist. Die Absonderung hat demnach, wie aus dem Art. 1947 l. c. hervorgeht, aus dem gesammten mütterlichen und väterlichen Gute stattzufinden. Eben dies ergibt sich auch aus dem Art. 287 l. c.,

denn der Erbtheil des Kindes, von dessen Ausmittlung im Fall einer Wiederverehelichung der Mutter hier die Rede ist, bezieht sich sowohl auf das Vermögen des Vaters als auf das der Mutter, da beides zusammen eine einzige Vermögensmasse bildet. Dieser hier dem Worte Erbtheil beigelegte Sinn ergibt sich sowohl aus den übrigen correspondirenden Gesetzen (Art. 1829 und 1947), mit denen ein Widerspruch nach Art. XX Einleitung des Prov.-Rechts Th. 3 nicht anzunehmen ist, als auch aus dem Sprachgebrauch und ist deshalb die demselben von der Appellantin gegebene Interpretation eine unberechtigte.

Wenn nun Appellantin dagegen in ihrer Appellationsjustification behaupten will, daß das, was die Kinder unter solchen Umständen erhalten, nur ein Nachlaß des verstorbenen Parens ist, so entbehrt diese Behauptung jeden rechtlichen Grundes und wird durch die Bestimmungen des Gesetzes (Art. 1829 und 1947) widerlegt. Hatte nun aber das Kind durch Vertrag und Gesetz das Recht auf Absonderung für den Fall der Wiederverehelichung der Mutter erlangt, so konnte ihm dies Recht auch durch das Testament des Vaters nicht entzogen werden und dieses muß daher in Bezug auf sein Verhältniß einflußlos sein.*) Im Uebrigen ist aber durch dieses Testa-

*) Diese Folgerung erscheint doch bedenklich. Der Art. 1947 besagt nämlich nichts weiter, als daß eine Absonderung aus dem gesammten väterlichen und mütterlichen Gute, welche die vollständige Abfindung der Kinder mit ihrem künftigen Erbtheil beabsichtigt, das Erbrecht der dergestalt abgesetzten Kinder beschränkt; er bestimmt m. a. W. nur die Voraussetzungen, unter welchen die „Absonderung“ die Intestaterbfolge der Kinder verändert. Keineswegs besagt er aber, daß jede Absonderung aus dem gesammten väterlichen und mütterlichen Gute geschehen muß, und es läßt sich auch nicht aus der Anziehung des Art. 1829 ff. folgern, daß in dem Falle dieser Artikel eine solche Absonderung nothwendig sei. Vielmehr heißt es in dem Art. 1829 deutlich, daß die Theilung „in die gesammte Masse“ bewerkstelligt werde, also nur in dasjenige Vermögen, welches sich in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindet, nicht auch in das Sondergut des überlebenden Ehegatten. Die entscheidende Frage ist somit: findet überhaupt eine fortgesetzte Gütergemeinschaft statt, wenn der verstorbene Ehegatte — wie ihm das innerhalb der durch die Artikel 1995, 1996 und 2001 gezogenen Schranken freisteht — mit Uebergehung der Kinder den überlebenden Ehegatten testamentarisch zum *Universalerben* ernannt hat?

Wollte man diese Frage bejahen, so würde sich die Consequenz ergeben, daß die testamentarische Disposition des verstorbenen Parens die rechtliche

ment auch der rechtliche Bestand des Vermögens in keiner Weise geändert, da das, was der verstorbene Ehemann durch dasselbe seiner Frau zuwandte, ohnehin schon von ihr mitbesessen war. Gegenstand der Theilung zwischen der Mutter und ihrem Sohne blieb daher die Gesamtheit des mütterlichen und väterlichen Vermögens.

Wenn nun die Appellantin, um zur zweiten Ehe schreiten zu können, es für geboten hielt, sich mit ihrem Adoptivkinde abzutheilen, so versirte sie keineswegs, wie sie gegenwärtig behaupten will, in einem Rechtsirrhum und damit fällt denn der Grund, auf welchen sie ihr Rückforderungsrecht baut, hinweg und ihr desfalliger Anspruch muß als unbegründet erachtet werden.

Es bedarf daher auch keines weiteren Eingehens auf die weiter erhobene Frage, ob ein Rechtsirrhum geeignet ist, eine Nichtigkeit des aus ihm hervorgegangenen Rechtsgeschäfts herbeizuführen, und ebensowenig auf die fernere von der Appellantin in Streit gezogene Frage, ob die von ihr angestellte Klage als eine *condictio indebiti* oder als eine *condictio sine causa* zu classificiren sei.“

529. Unwirksamkeit eines Dralfideicommisses in den livländischen Städten*).

„Querulant sucht aus den Art. 2153, 2195, 2150, 2152 und XIV der Einleitung des Prov.-Rechts Th. 3 den Nachweis zu führen, daß das Provinzialrecht die Zulässigkeit von Legaten

Stellung der Kinder nicht zu alteriren vermag, daß also die den letzteren an dem Vermögen des verstorbenen Patens zustehenden Befugnisse ganz die selben sind, gleichviel ob er ein Testament zu ihren Ungunsten errichtet hat, oder nicht. Ob der Gesetzgeber diese Folge beabsichtigt hat, ist im Hinblick auf den Art. 2000, dem zufolge ein gesetzliches Notherbenrecht der Kinder in den livländischen Städten nicht besteht, mindestens zweifelhaft und jedenfalls kann nicht schlechthin behauptet werden, daß die testamentarische Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Universalerben gesetzlich ohne Einfluß auf das Verhältniß der Kinder bleibt. Wir haben es im Gegentheil hier wiederum mit einem Dilemma zu thun, deren das eheliche Güterrecht der livländischen Städte leider mehrere aufzuweisen hat.

*) Vgl. Band III, No. 330.

oder Vermächtnissen auch abgesehen von jeglichem Testamente und ohne ein solches statuirt und daß deshalb jede den Willen des Erblassers bestimmende Thatsache zur Errichtung eines Legats hinreichend sei, ohne daß die für Testamente bestimmte Form vorgeschrieben sei. Die vom Queralanten angezogenen Artikel sprechen aber alle von dem „Testator,“ setzen also einen solchen und somit ein von ihm errichtetes Testament voraus. Zwar will nun Queralant diese Voraussetzung dadurch beseitigen, daß er behauptet, der in diesen Gesetzesstellen gebrauchte Ausdruck „Testator“ sei bedeutungslos, indem er damit wohl aussprechen will, daß der Gesetzgeber einen ungenauen Ausdruck gebraucht und nur einen Erblasser, nicht aber gerade einen testirenden Erblasser gemeint habe. Eine solche Annahme bei Auslegung von Gesetzen ist jedoch durchaus unzulässig und nicht zu berücksichtigen.

Freilich können nach livländischem und kurländischem Landrecht zufolge Art. 2069 l. c. Privattestamente auch mündlich errichtet werden und folglich auch Legate bloß mündlich ausgesetzt werden. Nach Riga'schem Stadtrecht aber sind nach Art. 2095 Privattestamente ganz unzulässig, ausgenommen in Fällen der Noth und Gefahr, und mündliche Testamente sind zwar gestattet, müssen jedoch ebenfalls nach Art. 2048 vor dem Gerichtssecretär errichtet, von diesem niedergeschrieben und von zwei zugezogenen Zeugen unterschrieben werden. Da nun nach Art. 1981 l. c. jede einseitige Willenserklärung, welche Jemand über seinen Nachlaß oder über einen Theil desselben auf den Todesfall trifft, in Livland Testament heißt, so ist auch diejenige Willenserklärung, durch welche weder ein ganzer Nachlaß, noch ein bestimmter Erbtheil, sondern nur einzelne oder mehrere Sachen auf den Todesfall Jemandem zugedacht worden, als ein Testament zu erachten und kann deshalb nur in denjenigen Formen erfolgen, welche für ein solches gesetzlich vorgeschrieben sind. Daß Testamente oder letzte Willenserklärungen, sie mögen nun directe Erbesetzungen oder nur directe Vermächtnisse enthalten, in der Stadt Riga nie und zu keiner Zeit anders Geltung gehabt haben, als wenn sie unter Mitwirkung öffentlicher Autorität — vom 13. bis zum 17. Jahrhundert durch Buziehung von zwei Rathmannen, seit der Redaction der Riga'schen Stadtrechte von 1673 durch Buziehung des Ober- oder des Waisengerichts-Secretärs und

zweier Zeugen — zu Stande gekommen sind, ist ganz außer Zweifel und es ist während dieser ganzen Zeit aus der gerichtlichen Praxis kein Fall nachweisbar, daß mündliche ohne Zuziehung jener Autoritätspersonen verlautbarte Vermächtnisse und letzte Willensbestimmungen je gerichtliche Anerkennung gefunden haben.“ (Querelbescheid des Riga'schen Rathes vom 12. März 1876, No. 1772).

530. a) Wesen des correspectiven Testamentes.

b) Erlöschen in Livland die von dem überlebenden Testator in dem correspectiven Testamente zu Gunsten Dritter getroffenen Anordnungen von selbst?

John H. und dessen Ehefrau hatten am 1. Februar 1862 ein gegenseitiges Testament errichtet und sich darin gegenseitig zu Universalerben eingesetzt. Der Ehemann hatte jedoch zugleich für den Fall, daß er vor seiner Frau versterben sollte, angeordnet, daß sein Capitalvermögen seiner Frau nur zur Nutzung anheimfallen, nach ihrem Tode aber zur Hälfte seinen Blutsverwandten und zur anderen Hälfte den Großkindern der Schwester seiner Ehefrau, den Gebrüdern G. anheimfallen solle. John H. überlebte seine Frau und nach seinem Tode wurde obiges Testament in seinem Nachlasse vorgefunden. Als nun die Gebrüder G. auf die Hälfte des Nachlasses Ansprüche erhoben, wendete der Nachlaßcurator dagegen ein, John H. sei ohne Testament verstorben, da das von ihm errichtete gegenseitige Testament dadurch, daß er seine Frau überlebt habe, erloschen sei; folglich falle sein gesammter Nachlaß an seine Intestaterben, zu denen die Gebrüder G. nicht gehörten.

Der Riga'sche Rath wies darauf die von letzteren erhobenen Ansprüche durch Erkenntniß vom 12. April 1874, No. 2378, aus folgenden Gründen ab:

„Ein gemeinschaftliches Testament, dasselbe sei nun ein correspectives oder nicht correspectives, ist an sich überhaupt nicht eigentlich ein Testament, sondern vielmehr stets eine Verbindung von Testamenten zweier oder noch mehrerer Personen in demselben Testamentsacte. Diese zwei oder mehreren Testamente bestehen ein jedes für sich und getrennt von einander. Diese unleugbare Eigenschaft der gesonderten Testamentserrichtung

verleugnet auch das correspective Testament nicht. Eine Abhängigkeit der an sich getrennten letztwilligen Anordnungen von einander begründet die Correspectivität nur in so weit, als die eine Erbesetzung durch die Existenz und Gültigkeit der andern bedingt ist, die eine mithin mit dem andern stehen oder fallen soll (Prov.-Recht Th. 3, Art. 2409), so daß wenn die eine Erbesetzung von dem einen der Testatoren widerrufen wird, alsdann auch die Erbesetzung des andern Testators in Wegfall kommt (Art. 2414 l. c.). Eine weiter gehende Wirkung als eben diese hat aber die Correspectivität rechtlich nicht. Vor allen Dingen aber — und nur darauf kommt es vorliegenden Falls an — hat sie nicht die rechtliche Folge, daß die von dem einen Testator neben der directen Erbesetzung hinzugefügten Verordnungen, Beschränkungen, Bedingungen und Substitutionen, als auch von dem andern Testator gleichmäßig verfügt zu gelten haben. Dagegen ist nicht minder wie bei jedem andern gegenseitigen, so auch bei dem correspectiven Testament mit dem Tode des einen der Testatoren und dem Erbschaftsantritt von Seiten des Ueberlebenden, des letzteren Testament als erloschen anzusehen, und er erhält freie Dispositionsfähigkeit über das ganze beiderseitige Vermögen (Art. 2416 l. c.), während, wenn er davon nicht Gebrauch gemacht hat, selbstverständlich dieses Vermögen seinen nächsten Blutsverwandten ab intestato zufällt. Nur in dem Fall, daß in dem gegenseitigen Testament eine beiderseitige Verfügung für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden getroffen worden, wird diese Verfügung aufrecht erhalten werden müssen, da sie gleichzeitig ein Ausfluß des letzten Willens des Erstverstorbenen ist und der Ueberlebende nach dem Erbschaftsantritt an sie unalterirbar gebunden ist (Art. 2417 l. c.). Eine solche beiderseitige Verfügung der Eheleute findet sich nun in dem Testament des H.'schen Ehepaars nicht vor. Vielmehr hatte nur John H. für den Fall seines dem seiner Ehefrau vorausgehenden Todes Anordnung darüber getroffen, wenn das gemeinschaftliche Vermögen nach dem dereinstigen Ableben auch seiner Ehefrau zufallen solle. Dieser Fall trat nicht ein, John H. überlebte seine Ehefrau und trat deren Nachlaß an. Damit erlosch gesetzlich das von ihm errichtete Testament. Da eine Verfügung der Ehefrau des John H. für den wirklich eingetretenen Fall, daß sie die Erst-

versterbende sein würde, nur insoweit vorhanden ist, daß sie solchenfalls ihren Ehemann zum unbeschränkten Universalerben ernannt, nicht aber zugleich angeordnet hat, auf wen das nachgelassene Vermögen auch nach seinem vereinstigen Ableben übergehen solle, und da ebensovienig nach Erlöschung seines früheren Testaments John H. selber über seinen Nachlaß letztwillig disponirt hat, so ist die nothwendige Folge von allem dem, daß in diesen Nachlaß einzig und ausschließlich die Blutsverwandten des John H., zu denen die Brüder G. ihrem eigenen Einbekenntniß nach nicht gehören, succediren können.“

Nachschrift des Herausgebers. Enthält ein gegenseitiges Testament eigentlich zwei von einander unabhängige Testamente — und dieser Satz dürfte kaum zu bestreiten sein — so folgt a priori aus dem Wegfall der Erbeinsetzung in dem Testamente des Ueberlebenden jedenfalls nicht, daß damit auch die darin zu Gunsten dritter Personen getroffenen Dispositionen wegfallen, sondern nur, daß die Disposition zu Gunsten des früher Versterbenden ihre Wirksamkeit verliert, weil ja der Erbe den Tod des Testators erleben muß (Art. 2581, 2621 l. c.). Die Ungültigkeit der Anordnungen, welche dritte Personen betreffen, läßt sich vielmehr nur dann und nur insoweit aus dem Wegfall des eingesetzten Erben folgern, wenn die Erbeinsetzung das Wesen des Testamentes, ihr Vorhandensein die Voraussetzung seiner Rechtsbeständigkeit bildet. Das ist nach römischem Recht bekanntlich allerdings der Fall: mit dem Wegfall der eingesetzten Erben wird das Testament — abgesehen von der Codicillarclausel — desituirt und die rechtsothwendige Folge davon ist die, daß auch alle Vermächtnisse und selbst die Fideicommissie wegfallen, es sei denn, daß der Fiduciar, ohne daß der Testator davon Kenntniß hatte, vor dem Erblasser verstorben ist, in welchem Falle der Fideicommissar nach l. 14 D. XXIX, 1, gleich als sei er Substitut des Fiduciars, an dessen Stelle tritt. Ganz dasselbe gilt nach curländischem Recht (Art. 2123, 2791 l. c.) Der Satz, daß durch den Tod des einen Ehegatten das von ihnen unter gegenseitiger Erbeinsetzung errichtete Testament, soweit es eben nur Anordnungen des Ueberlebenden enthält, erlischt — wenn das so viel

heißen soll, als „wegfällt“ oder „ungültig wird“ — läßt sich daher nicht anders begründen, als im Wege der Schlußfolgerung aus dem römischrechtlichen Princip: *caput atque fundamentum totius testamenti intelligitur heredis institutio* (siehe auch *Sintenis*, prakt. Civilrecht, III. § 178 Text nach Note 5), während er abgesehen von dieser Rechtsregel dem anderen Grundsätze, daß alle letztwilligen Dispositionen möglichst aufrecht erhalten werden sollen (Art. 2474 I. c.), strict zuwiderlaufen würde.

Nun hat die Codification aber für Liv- und Estland das vorerwähnte römischrechtliche Princip nach dem Vorgange anderer neuerer Gesetzgebungen*) in dem Artikel 1981 und der Anmerkung 2 zum Art. 2792 ausdrücklich beseitigt und dergestalt erscheint die Vorschrift des Art. 2416, wenn man sie nach dem Wortlaute auffaßt, als *contra rationem juris* gerichtet, als ein Widerspruch gegen die principielle Behandlung letztwilliger Willensordnungen. Noch auffallender tritt das in dem Art. 2420 hervor, wo der Satz: „daher erlöschen die Legate des Ueberlebenden von selbst etc.“ sich selbst als eine Folgerung aus dem vorhergehenden Satze: „so wird jede Verfügung als eine für sich bestehende behandelt“ ankündigt und doch nur vermittelt des Mittelgliedes, daß das Testament des Ueberlebenden durch den Wegfall der Erbeinsetzung ungültig wird, gewonnen werden kann, welches Mittelglied eben für Liv- und Estland nicht vorhanden ist.

Nach dem Dafürhalten des Herausgebers ist für das Bestehen gegenseitiger Testamente, zumal da man sie bereits als die Ursache zahlreicher höchst unerquicklicher Rechtshändel erkannt hat (s. Heinzerling, Archiv f. prakt. Rechtsw. n. F. X, S. 253. Mommsen, Entwurf e. d. Reichsgesetzes über das Erbrecht, Motive zu § 156), ein Bedürfnis überhaupt nicht als vorhanden anzunehmen. Entweder soll der eine Testator an die von ihm getroffenen Dispositionen zu Gunsten des anderen gebunden sein, dann ist der Erbvertrag die geeignete Form für dieses Rechtsgeschäft; oder er soll es nicht sein, dann mag jeder ein selbständiges Testament errichten. Einem Institut, das

*) Preuß. A. E. R. I. 12, § 46. Sächsisches Gesetzbuch § 2063. Privatrechtl. Gesetzbuch für den Canton Zürich § 2090. Code civil art. 895 (= Codice civile italiano art. 759). Vgl. Zachariae, franz. Civilrecht, IV. § 647.

durch seine „unglückliche zwischen Testament und Vertrag liegende Zwitternatur“ den Keim zu Streitigkeiten in sich selbst trägt, ihre Sanction zu leihen, sollte die Legislation billig Bedenken tragen und gar die Correspectivität, wonach die eine Ver= ordnung nur gelten soll, sofern auch der andere Testator bei seiner Disposition verbleibt, zu vermuthen, hat schwerlich sittliche oder praktische Gründe für sich. Es scheint mir daher ein ebenso gesunder Gedanke zu sein, daß das römische Recht derartigen Verfügungen den Rechtsschutz entzog, wie ein glücklicher Griff des code civil*), daß er die gemeinschaftlichen Testamente unter= sagte. Anderer Meinung ist allerdings Mommsen l. c. Vgl. auch Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen und ge= meinschaftlichen Testamenten, am Schlusse und andererseits Be= feler, deutsches Privatrecht, § 163, 2. Aufl. S. 676.

*) Art. 968 „Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de dis= position reciproque et mutuelle“ = codice civile italiano art. 761.

V.

Obligationenrecht.

531. Beweislast bei der Behauptung, es liege ein Scheingeschäft vor.

„Die Vertheidigung des Beklagten, welche nicht den Abschluß der Cession leugnet, sondern nur behauptet, es liege ein Scheingeschäft vor, während im Grunde ein Geschäft anderen Inhaltes gewollt sei, charakterisirt sich als Einrede, deren Beweis dem Beklagten obliegt, während der Nachweis der Ernstlichkeit der Cession als directer Gegenbeweis gegen die Einredebehauptung dem Kläger offen bleibt. Denn wenn die äußeren Merkmale eines Geschäftsabchlusses durch Beweis oder Zugeständniß festgestellt sind, so muß bis zum Beweise des Gegentheils*) dasjenige als gewollt gelten, was nach der äußeren Form des Geschäfts als Inhalt desselben anzusehen ist.“
(Aus den Motiven eines Erkenntnisses des Vogteigerichts vom 5. April 1875, No. 55).

532. a) Die Bedrohung mit einer Criminalanklage, um den Bedrohten zur Eingehung oder Anerkennung einer civilrechtlichen Verbindlichkeit zu bestimmen, enthält einen rechtswidrigen Zwang.

b) Die Berufung auf den Zwang ist unstatthaft, wenn der Gezwungene die Handlung nachträglich ratihabirt hat.

Der auf Grund einer von ihm ausgestellten Obligation auf Bezahlung der Schuldsomme beklagte H. wandte ein, die Unter-

*) Vgl. Band III, S. 222.

schrift sei von ihm dadurch, daß Klägerin ihn in das Zimmer eines Polizeibeamten gelockt und dieser ihn mit gefänglicher Einziehung bedroht habe, erpreßt worden.

Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte hierauf am 3. December 1874, sub No. 220, wie folgt:

„Die vom Beklagten geltend gemachte Einrede des Zwanges ist an sich allerdings geeignet, die Rechtsgültigkeit der in der angeklagten Obligation enthaltenen Schuldanerkennung aufzuheben. Denn nach Art. 2983 ff. des Prov.-Rechts Th. 3 kann der zu einem Rechtsgeschäfte Gezwungene die Aufhebung desselben fordern, auch wenn der Zwang von einem Dritten ausgeht, und es kommt nur darauf an, daß die durch Drohung bewirkte Furcht gehörig gerechtfertigt, also das angebrohte Uebel nicht unbedeutend und nicht durch andere Mittel abwendbar erscheint. Die Bedrohung mit einem, gefängliche Haft nach sich ziehenden Criminalproceß ist aber, selbst wenn der Bedrohte zu demselben durch seine Handlungsweise Veranlassung bot, als ein bedeutendes Uebel und auch als ungerechtfertigt anzusehen, sobald sie zur Erlangung privatrechtlicher Vortheile benutzt wird, da die Anzeige eines Verbrechens zwar einem Jeden gestattet, oder sogar geboten, aber kein gesetzliches Mittel zur Geltendmachung von Privatrechten ist*). Diese Ansicht verdient vor der entgegengesetzten, nach welcher in der Bedrohung mit Proceß kein berücksichtigungswerther Zwang liegt**), für das Prov.-Recht auch insofern den Vorzug, als die l. 10 Cod. II, 20, auf welche die letztere Meinung in der Regel gestützt wird, in die Codification nicht aufgenommen worden ist.

Der an sich begründeten Einrede des Beklagten steht aber die Replik entgegen, daß er unbestritten auf die geklagte Obligation dreimal in Zwischenräumen von circa je einem Monat Abzahlungen geleistet hat, woraus nothwendig darauf geschlossen werden muß, daß er die Ausstellung der Obligation,

*) Verweisung auf Art. 3379 l. c. I. 7 § 1 D. IV, 2 ad Art. 2983. Röch, Recht der Forderungen, II. S. 109 der 2. Aufl. Unger, österr. Privatrecht, II. S. 50 Note 24. Seuffert's Archiv VIII, 27; XX, 219. Vgl. noch schweizer Entwurf eines Obligationenrechts (Juli 1875) Art. 42.

**) Vgl. Holzschuher, Theorie und Casuistik, I. S. 353. Baron, Pandekten, § 51 Note 26. Seuffert's Archiv XVIII, 112; XXII, 215.

selbst wenn diese unfreiwillig geschehen sein sollte, doch nachträglich ratihabirt hat (Art. 2947 und 2948 l. c.). Die Einrede des Zwanges ist daher zu verwerfen.“

Diese Entscheidung, welche Klägerin in Rechtskraft übergehen ließ, wurde auf Berufung des Beklagten durch den Querelbescheid des Riga'schen Rathes vom 14. Februar 1875, No. 1261, bestätigt bei dem Bemerkten:

„Allerdings haben Ueberredung, sofern mit ihr ein Betrug verbunden ist, und durch Drohung verübter Zwang die Wirkung, daß der Betrogene bzw. Bedrohte die Aufhebung des durch Betrug bzw. Drohung zu Stande gebrachten Rechtsgeschäfts, wenn dasselbe gleich an sich keineswegs nichtig ist, fordern darf (Art. 2979, 2985 und 2986 l. c.). Ausgeschlossen wird diese Wirkung indeß durch eine vom Betrogenen bzw. Bedrohten, nachdem der Betrug entdeckt ist und der Zwang aufgehört hat, nachträglich vollzogene Ratihabition des Rechtsgeschäfts, welche ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann und zwar mit einer auf die Zeit des Geschäftsabschlusses rückwirkenden Kraft (Art. 2946—48 l. c.). Der Beklagte hat aber die Schuldobligation, deren Unterzeichnung durch ihn angeblich einem Betruge und Zwange ihre Entstehung verdankt, hinterher stillschweigend dadurch genehmigt, daß er viele Monate nach der Ausstellung dieser Obligation Capitalabzahlungen auf dieselbe geleistet und auf der Schuldurkunde mit eigener Unterschrift bescheinigt hat.“

533. Auf Grund eines privaten schriftlichen Kaufcontractes kann nicht auf Zahlung des Kaufpreises, sondern nur auf Vollziehung des förmlichen Contractes geklagt werden.

„Es kann auf die Einrede des Beklagten nicht näher eingegangen werden, weil die Klage, wie sie angestellt worden, als unschlüssig erscheint und auch sonst der rechtlichen Begründung entbehrt. Der Kläger nämlich giebt selbst an, sowohl daß Beklagter, als Käufer des in Rede stehenden Immobils, erst bei Unterzeichnung der Hauptvertragsurkunde den Kaufpreisrest von 500 Rbl. S. zu zahlen verpflichtet gewesen, als auch, daß bisher die Hauptvertragsurkunde noch nicht ausgefertigt worden sei.“

Die Zahlungspflicht des Beklagten ist demnach eine suspensiv bedingte und die Inanspruchnahme derselben von dem Eintritt der Bedingung, welche gegenwärtig noch schwebt, abhängig. Allein abgesehen von dieser Erwägung erscheint die Klage auch wegen Nichtbeobachtung des rechtlichen Grundsatzes verfrüht, daß die Klage auf Erfüllung eines über unbewegliches Vermögen geschlossenen Kaufcontracts die zur Corroboration geeignete Schriftlichkeit des Vertrags, wozu nach Art. 3008 des 3. Theils des Provinzialrechts insbesondere der Gebrauch des gesetzlichen Stempelpapiers gehört, zur Voraussetzung hat. In diesem Sinne ist der Art. 3034 a. a. O. zu verstehen, welcher im Falle, daß nur ein vorläufiger schriftlicher Entwurf, (eine s. g. Punctation) von den Betheiligten unterschrieben ist, jedem der Contrahenten zunächst die Klage auf Ausfertigung und Unterschrift des förmlichen Contracts giebt*). Ueberdies ist der Fall, in welchem eine Punctation über den Kauf eines Immobils vorhanden, analog demjenigen, in welchem die

*) Die complicirten und schwerfälligen Vorschriften des Prov.-Rechts über die Form der Verträge haben sich wegen der Schwierigkeit, die Vollziehung der Form gegen den renitenten Contrahenten zu erzwingen, auch als unpraktisch erwiesen. Zweckmäßiger erscheint das Verfahren anderer Gesetzgebungen, welche mit dem Prov.-Recht von dem Prinzip der Formlosigkeit der Verträge ausgehen, gleichwohl aber Verträge über die Veräußerung von Immobilien erst mit ihrer schriftlichen Abfassung für bindend erklären. Vgl. z. B. sächsisches Gesetzbuch §§ 821, 822 und 824. Privatrechtl. Gesetzb. für den Canton Zürich § 912: „Verträge über Veräußerung oder Verpfändung von Grundstücken sind nur insofern gültig, als sie schriftlich abgefaßt und unterzeichnet worden sind.“ Im österreichischen Recht ist es streitig, ob der § 434 des bürgerl. Gesetzbuches in den Worten: „muß über das Erwerbungsgeschäft eine schriftliche Urkunde aufgesetzt werden“ die Schriftlichkeit als Bedingung der Eigenthumsübertragung, oder überhaupt der Gültigkeit des Vertrages hinstellt. Auch der codice civile italiano hat, während er im art. 1341 die den Zeugenbeweis ausschließenden Formvorschriften desselben Artikels des französischen code (nur unter Erhöhung des Werthbetrages auf 500 Francs, anstatt 150), wiederholt, im art. 1314 noch die besondere Bestimmung für nothwendig erachtet: Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata sotto pena di nullità 1) le convenzioni che trasferiscono proprietà d' immobili o di altri beni o diritti capaci d' ipoteca, salve le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato; 2) le convenzioni che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto.

mündliche Abschließung eines Kaufvertrages über ein Immobilien vorliegt; für den letzten Fall aber hat sich die Praxis der Oberbehörde *) unter Berücksichtigung des Art. 3030 l. c. dahin ausgesprochen, daß die Contrahenten zunächst nur zu einer Klage auf Vollziehung der Form berechtigt seien, obwohl die mündliche Vereinbarung alle wesentlichen Bestandtheile des Rechtsgeschäfts umfaßt (cf. Appellationserkennniß des Riga'schen Rathes d. d. 31. Januar 1869, No. 751). Solchem nach hat denn die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden müssen. (Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 17. September 1874, No. 129).

534. Kann die Klage auf förmliche Vollziehung eines Kaufcontractes über ein in den Ostseeprovinzen belegenes Immobilien gegen den im Innern des Reiches domicilirenden Verkäufer bei dem Gerichte der Belegenheit des Immobilien angestellt werden?

„Kläger, welcher unter Zahlung eines Angeldes von 100 Rbl. ein dem Beklagten gehöriges in der Moskauer Vorstadt belegenes Haus gekauft haben will, fordert von dem Beklagten den Abschluß des bezüglichen Verkauf- und Kaufcontractes. Die Beklagten, welche ihr beständiges Domicil in Dünaburg haben, setzen neben anderen von dem Landvogteigerichte rechtskräftig zurückgewiesenen Einwendungen der Klage die Einrede des unzuständigen Gerichts entgegen. Kläger erblickt die Zuständigkeit des Landvogteigerichts darin, daß dasselbe wie das Gericht der belegenen Sache, so des zu erfüllenden Vertrages sei, während die Beklagten für die angestellte persönliche Klage nur den Gerichtsstand des Domicils gelten lassen wollen. Das Landvogteigericht [II. Section, Erkenntniß vom 1. November 1875, No. 225] wies unter Bestätigung der gerichtsablehnenden Einrede und unter Verurtheilung des Klägers in die erweislichen Kosten den Kläger mit seiner Klage ab. Wider das Erkenntniß des Landvogteigerichts hat Kläger die Appellation angemeldet und nachgegeben erhalten. Der Versuch zur Rechtfertigung solcher Appellation muß indeß als mißlungen erachtet werden. Wohl einsehend, daß die Klage auf Vollziehung eines Vertrags als dingliche Klage

*) Vgl. Band I, No. 64.

nicht aufgefaßt werden kann, hat Appellant davon Abstand genommen, die Competenz des Landvogteigerichts weiter noch auf die Belegenheit der streitigen Sache zurückführen zu wollen.

Dagegen hat Appellant weiter noch zu vertheidigen unter-
nommen, daß das Landvogteigericht als Gericht des zu erfüllenden Vertrages zu gelten habe. Da indeß der Vertrag über ein zu veräußerndes resp. zu erwerbendes Immobil aller Orten abgeschlossen werden kann, indem nach dem Sen. Ukas vom 20. Sept. 1837 nur die Vollziehung von Krepst-Acten über die in den Ostseeprovinzen belegenen Immobilien den Gerichtsbehörden außerhalb der Ostseeprovinzen untersagt ist (S. Anm. zum Art. 3007 Th. 3 des Prov.-Rechts); da Kläger durch Nichts zu beweisen vermocht hat, daß der zwischen ihm und dem Beklagten verabredete Vertrag hier in Riga hat zum Abschluß gebracht werden sollen und da zur Begründung des Gerichtsstandes des Vertrages die Gewißheit dessen unerläßlich ist, daß der Vertrag seine Erfüllung dort finden solle, wo geklagt worden ist, so kann, wiewohl anerkannt werden muß, daß bei Vertragsklagen der Ort der Erfüllung des Vertrages mit dem Ort des Domicils des Beklagten regelmäßig concurrirt, die Berufung des Klägers im gegebenen Fall auf die Zuständigkeit des Landvogteigerichts, als des *fori contractus*, nicht als gerechtfertigt erachtet werden.“ (Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 21. April 1876, No. 2601).

Nachschrift des Herausgebers. Die obige Rechtsanschauung ergiebt als praktisches Resultat, daß die Erzwingbarkeit der Erfüllung eines Kaufvertrages über ein in den Ostseeprovinzen belegenes Immobil einfach wegfällt, wenn der Verkäufer sein Domicil in den inneren Gouvernements des Reiches hat, oder es dorthin zu verlegen für gut befindet. Denn wollte der Käufer seine Klage bei dem *forum domicilli* des Verkäufers anbringen, so würde dieses Gericht, da die Art. 707 und 708 der russischen Civilproceßordnung ihm die Berücksichtigung fremder Gesetze nur zur Pflicht machen, wo ein im Auslande geschlossener Vertrag in Frage steht, das streitige Rechtsverhältniß zweifelsohne nach den Reichsgesetzen beurtheilen. Nach diesen entspringt aber aus einem mündlichen Kaufvertrage über Immobilien überhaupt kein Klagerecht (Band X, Th. 1,

Art. 1417. C. P. D. Art. 409. Entscheid. des Cassationsdepartements des dirig. Senats 1866 No. 68, 1867 No. 212, 1868 No. 259, 1869 No. 623, 1870 No. 1148, 1387, 1672, 1866 u. f. w.) und auf Erfüllung kann sogar aus einem förmlich vollzogenen Vorkaufcontract nicht geklagt werden, sondern nur auf Entrichtung der darin vereinbarten Conventionalstrafe (Entsch. des Cassationsdepartements 1867 No. 72, 1869 No. 462) und wohl auch auf Schadenserlag (N. D. Meier, russ. Privatrecht, 3. Aufl. S. 552).

Gesetzt aber auch, das angerufene Gericht sollte sein Erkenntniß wirklich unter Berücksichtigung der in den Ostseeprovinzen gesetzlich anerkannten Klagbarkeit mündlicher Verträge abgeben, so würde die Uebergabe des verkauften Immobils trotzdem nicht erzwungen werden können, weil dieser die förmliche Vollziehung des Kaufcontractes vorhergehen muß, letztere nach Art. 1417, Band X, Th. 1, nicht anders als in der Form eines Krepostactes erfolgen kann und den Behörden im Inneren des Reiches verboten ist, solche Acte über Immobilien abzuschließen, die in den Ostseeprovinzen belegen sind.

Nach dem Dasürhalten des Herausgebers ist dagegen am Orte der belegenen Sache allerdings ein Gerichtsstand für den Verkäufer begründet. Denn nach Art. 3874 des Prov.-Rechts Th. 3 ist derselbe verpflichtet, dem Käufer die verkaufte Sache mit allen Zubehörungen zu übergeben, und nach Art. 3495 hat er diese Verpflichtung eben an dem Orte der Belegenheit des Immobils zu erfüllen. Da aber auf die Uebergabe direct nicht geklagt werden kann, sondern nach Art. 3015 zunächst auf Corroboration des Contracts geklagt werden muß, welche nach Art. 3006 ebenfalls nur von dem forum re sitae vorgenommen werden darf, so muß für die präparatorische Klage auf Vollziehung des Kaufcontractes dasselbe Gericht zuständig sein, welches für die Klage auf Uebergabe der verkauften Sache zuständig ist, d. h. das Gericht der belegenen Sache in seiner Eigenschaft als forum contractus.

535. Einreden gegenüber der Klage aus dem Anerkennungsvertrage.

Gegen die auf Grund eines Schuldscheines:

Hiermit bescheinige ich Endesunterzeichneter an Maurer D. für geleistete Arbeit 475 Rbl. zu schulden, welche ich mich verpflichte am 20. December 1874 zu zahlen.

A. S

von D. erhobene Klage wendete der Beklagte S. ein, nach Aufstellung des Scheines habe sich herausgestellt, daß das vom Kläger hergestellte Mauerwerk sich derart ausgebogen und solche Risse erhalten habe, daß es zum großen Theil habe abgetragen werden müssen, wodurch dem Beklagten ein Schaden von circa 250 Rbl. erwachsen sei. Dieser Einwand wurde mittelst Erkenntnisses der I. Section des Landvogteigerichts vom 30. April 1875, No. 93, aus folgenden Gründen verworfen:

„Die Klage ist nicht auf den unter den Parteien abgeschlossenen Verdingungsvertrag, dessen Inhalt vielmehr gar nicht angegeben ist, sondern auf die beigebrachte Urkunde gestützt. Diese enthält, da Beklagter in ihr die Summe von 475 Rbl. dem Kläger zu schulden bekennt und seine Schuld am 20. November 1874 zu bezahlen versprochen hat, auch nicht streitig ist, daß Beklagter den Schein dem Kläger ausgereicht hat, unzweideutig einen die Schuld von dem Entstehungsgrunde loslösenden Auerkennungsvertrag, welcher nach der übereinstimmenden Praxis sämmtlicher städtischen Gerichte einen selbständigen Schuld- und Klagegrund abgiebt. Durch die Schuldanerkennung wird zwar nicht, wie Beklagter annimmt, die ursprüngliche Schuld wie durch Novation getilgt, wohl aber neben dem bisherigen Schuldgrunde derart ein neuer geschaffen, daß der Gläubiger nicht mehr auf jenen zurückzugreifen braucht, sondern seinen Anspruch auf die Anerkennung selbst gründen kann*), und daß der Schuldner, wenn letzteres geschieht, dem Gläubiger nicht die Einreden aus dem materiellen Schuldverhältnisse entgegensetzen darf, sondern einzig solche Einreden, welche den Auerkennungsvertrag selbst berühren. In Folge dessen kann denn namentlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber der Klage aus der Schuldanerkennung nicht erhoben werden**).

*) Vgl. Band III, S. 157, 426, 428, 430.

**) Vgl. Band III, S. 156—58 und 438. Entscheid. der I. Section des Landvogteigerichts vom 4. Juli 1874, No. 140 und vom 24. April 1874, No. 86.

Die Statthaftigkeit der Compensation einer Gegenforderung findet hingegen gegen den Anspruch aus dem Anerkennungsvertrage selbstredend unter denselben Voraussetzungen statt, wie bei einer jeden anderen Klage, d. h. nach Art. 3552 des Priv.-Rechts Th. 3, sofern die Feststellung der Gegenforderung nicht mit Weiterungen verbunden ist, welche für den Kläger eine unbillige Verzögerung veranlassen. Nun entbehrt aber der Schadensersatzanspruch des Beklagten einestheils der für eine eingehende Vertheidigung des Klägers unentbehrlichen Specification des Schadensbetrages und wird andererseits auch offenbar ein weitschichtiges Beweisverfahren nothwendig machen, während der Klageanspruch vollständig klar gelegt ist. Es muß deshalb Beklagter zur Zahlung des ausgeklagten Betrages angewiesen und mit seiner Compensationseinrede zur besonderen Klage verwiesen werden.“

Dieses Erkenntniß wurde rechtskräftig.

536. Einrede der Litispandez gegenüber der Klage aus dem Anerkennungsvertrage, hergeleitet aus einem Processe über die materielle causa debendi.

Beklagter B. wandte, als er auf Grund eines von ihm expromissorisch verbürgten Schuldscheines folgenden Inhalts:

zwei Monate a dato zahle ich gegen diesen meinen Revers an Herrn D. oder dessen Ordre die Summe von 388 Rbl., Baluta in Waaren erhalten und leiste prompte Zahlung ohne jegliche Einwendung.

Riga, den 30. November 1873. J. M.

als expromissorischer Cavent J. B.

von dem Gläubiger D. auf Zahlung belangt wurde, ein, Kläger habe die zwei Faß Häringe, in Bezug auf welche der Schuldschein ausgestellt sei, nicht in bedingener Qualität geliefert und der Hauptschuldner M. habe dieserhalb bereits bei dem Wettgericht Klage erhoben, wo der Rechtsstreit noch schwebe. Gleichwohl wurde er durch Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 24. April 1874, No. 86, nach dem Klageantrage verurtheilt. Gründe:

„Der ausgeklagte Schuldschein enthält seiner Form, wie seinem Inhalte nach, ein von dem ihm zu Grunde liegenden

materiellen Schuldverhältnisse losgelöstes, abstractes Summenversprechen. Der Klage aus diesem können daher Einreden, welche nicht die Rechtsgültigkeit des Versprechens zum Gegenstande haben, sondern aus dem materiellen Schuldverhältnisse entnommen sind, nicht entgegengesetzt werden, wie dies neuerdings von allen städtischen Gerichten übereinstimmend anerkannt wird. Aus demselben Grunde kann von einer Litispandez, welche durch die Klagerhebung des M. bei dem Wettgerichte wegen der mangelhaften Erfüllung des Kaufvertrages begründet sein soll, in Bezug auf die vorliegende Klage keine Rede sein. Denn die Rechtshängigkeit liegt nur vor und begründet eine Einrede nur dort, wo in dem zweiten Prozesse dieselbe Sache, wie in dem bereits anhängigen Prozesse erörtert werden soll; hier steht aber nicht dieselbe Sache in Frage, weil die Verpflichtung aus dem Schuldscheine eine andere ist, als die aus dem Kaufvertrage. Wenn also auch der Hauptschuldner M. bereits vor Anstellung der vorliegenden Klage seinerseits bei dem Wettgerichte klagbar geworden sein sollte, so steht dieser Umstand doch der selbständigen Verhandlung und Entscheidung über die von jenem Rechtsverhältnisse ganz unabhängige Schuldverbindlichkeit des Beklagten, welchem nach Art. 4517 des Prov.-Rechts Th. 3 Einreden gegen den Gläubiger in demselben Umfange wie dem Hauptschuldner zustehen, nicht im Wege. Beklagter war daher nach dem Klageantrage zu verurtheilen.“

Dieses Erkenntniß ging in Rechtskraft über.

537. Klage auf Erfüllung des Versprechens, ein von einer dritten Person in Riga mündlich errichtetes Vermächtniß auszahlen zu wollen.

Klägerin verlangte vom Beklagten Zahlung von 200 Rbl., indem sie behauptete, die verstorbene Darja T. habe ihren Taufpathen, den Söhnen der Klägerin, auf ihrem Todtenbette 200 Rbl. vermacht und Beklagter habe dieses Vermächtniß zu entrichten versprochen, sobald er das (in Folge eines mit dem Testamentserben der Darja T. abgeschlossenen Leibrentenvertrages) in seinen Besitz übergegangene Haus der T. verkauft haben würde, was bereits geschehen sei.

Die Klage wurde durch Erkenntniß der II. Section des

Landvogteigerichts vom 17. März 1875, No. 45, wegen mangelnder rechtlicher Begründung unter nachstehender Motivierung abgewiesen:

1) „Klägerin hat keine Klage aus einem Vermächtniß an gestellt. Denn einerseits hat sie nicht behauptet, daß Beklagter Erbe der Verstorbenen, noch auch, daß er ein mit der Entrichtung des Vermächtnisses onerirter Legatar, noch endlich, daß er Testamentvollstrecker oder Nachlasscurator geworden sei (cf. Art. 2206 des Privatrechts ff.); andererseits ist auch nicht ersichtlich, wie Klägerin zur Anstellung einer solchen Klage berechtigt erscheinen könnte, da das Vermächtniß nicht ihr, sondern ihren Söhnen hinterlassen ist und Klägerin auch nicht hat geltend machen können, daß ihr die Klage abgetreten, oder daß sie — etwa wegen Unmündigkeit der Letzteren — zur Vertretung ihrer rechtlichen Interessen verpflichtet sei.

Uebrigens verwahrt sich Klägerin in ihrem Antrage vom 28. Mai pr. ausdrücklich dagegen, daß die von ihr erhobene Klage als Vermächtnißklage aufzufassen sei.

2) Das angebliche Versprechen des Beklagten, der Klägerin 200 Rbl. zu zahlen, kann nicht als Schenkungsversprechen angesehen werden: Eine Schenkung ist klägerischerseits weder ausdrücklich behauptet worden, noch kann auch aus der Klageerzählung entnommen werden, daß Klägerin der Meinung gewesen sei, Beklagter habe sich donandi animo verpflichten wollen (cf. Art. 4464 l. c.). Die von der Klägerin angeführten Umstände sprechen vielmehr dafür, daß sie den Beklagten — auch vor Abgabe seines Versprechens — zur Zahlung für verpflichtet gehalten und daß auch Beklagter in der Ueberzeugung seiner Zahlungspflicht das Versprechen abgegeben habe. Durch die Zahlung sollte nicht sowohl eine erst durch das Zahlungsverprechen eingegangene Verbindlichkeit erfüllt, sondern es sollte vor Allem dem letzten Willen der verstorbenen T. Genüge geleistet werden.

3) Ein nacktes — ohne Angabe des materiellen Verpflichtungsgrundes erfolgtes — Zahlungsverprechen, auf welches Klägerin sich stützen könnte, ist nicht ohne weiteres klagbar. Zwar ist in früheren Erkenntnissen d. G. einem solchen Versprechen unter Umständen die Klagbarkeit zugestanden worden, doch nur in solchen Fällen, wenn die ernstliche Absicht der Con-

trahenten, das Versprechen von der materiellen causa zu trennen und demselben eine selbständige, schuldbegründende Kraft zu verleihen, auf unzweifelhafte Weise (wie durch die schriftliche Form) an den Tag getreten war. Zugleich galt als leitender Grundsatz immer der, daß zwar die Angabe eines Rechtsgrundes nicht als Bedingung der Klagbarkeit, das Vorhandensein eines solchen wohl aber als nothwendige Voraussetzung der Wirksamkeit eines Versprechens angesehen werden mußte — so zwar, daß dem Promittenten das Recht zugestanden wurde, die Gültigkeit seines Versprechens — auch in der Rolle des Beklagten mit einer der Conditionen (cf. Art. 3680 ff. l. c.) anzufechten (cf. namentlich Erkenntniß d. G. vom 9. März 1873, No. 17, Band III, No. 463). Beklagter hat sich eines solchen Rechtsmittels zwar nicht ausdrücklich bedient (er hat das Versprechen einfach geleugnet), doch hat Klägerin alle Beziehungen, so weit solche überhaupt zwischen den Parteien bestanden haben (und auf welche von Amtswegen und ohne Initiative seitens des Beklagten bei einem sonst wirksam abgegebenen Zahlungsverprechen nicht zu achten gewesen wäre) selbst blosgellegt und dadurch eine richterliche Bepreüfung der causa antecedens unabweislich gemacht. Wie nun die vorstehenden und nachfolgenden Erörterungen ausweisen, liegt thatsächlich durchaus kein Rechtsgrund vor, aus welchem die Parteien vor Abgabe des Versprechens seitens des Beklagten zu dem Resultat hätten gelangen können, daß Beklagter der Klägerin 200 Rbl. schulde. Das abstracte Zahlungsverprechen — vorausgesetzt, daß ein solches vorliegt — muß sowohl wegen nicht erkennbarer Absicht, dem Versprechen als solchem eine selbständige Kraft zu geben, als auch wegen mangelnden Verpflichtungsgrundes zur Klagebegründung ungenügend erachtet werden.

Klägerin kann aber nicht einmal ein abstractes Versprechen geltend machen, denn Beklagter soll sich nicht verpflichtet haben, 200 Rbl., sondern diejenigen 200 Rbl., welche die T. ihren Söhnen vermacht hat, der Klägerin zu bezahlen. Hieran muß sich die Erörterung der Frage schließen, ob nicht Beklagter etwa in ein bereits bestehendes Schuldverhältniß dergestalt eingetreten sei, daß Klägerin gegenwärtig gegen den Beklagten einen Anspruch erheben kann. Das bestehende Schuldverhältniß könnte nur dasjenige sein, in welchem die klägerischen Söhne,

als Legatäre, zu demjenigen stehen, welcher zur Entrichtung des angeordneten Vermächtnisses gesetzlich verpflichtet ist. Wenn diese Verpflichtung obliegt, ist klägerischerseits aber nicht angegeben worden.

Die Bürgschaft ist im gegebenen Falle unanwendbar, denn Beklagter ist nicht als Bürge, sondern als Hauptschuldner belangt worden und die Legitimation der Klägerin wäre wiederum unerklärt. Am naheliegendsten wäre es, an einen Neuerungsvertrag zu denken, kraft dessen an Stelle des ungenannten Schuldners der Beklagte und an Stelle der Gläubiger (der Legatäre) die Klägerin getreten wäre. Es wäre solchenfalls eine zweifache Novation anzunehmen (cf. Art. 3578 l. c.). Es fehlen aber alle thatsächlichen Angaben, welche zur Annahme eines solchen Vertrages berechtigen könnten. Vor allen Dingen ist weder behauptet worden, noch geht es auch sonst aus den Verhandlungen hervor, daß durch das der Klägerin gegebene Versprechen sowohl der Erbe (oder der sonst Verpflichtete) aus dem Schuldnerzus ausscheiden und an Stelle desselben Beklagter treten, als auch, daß an Stelle der Legatäre, welche ihren Anspruch aufgegeben hätten, die Mutter derselben, die Klägerin, treten sollte. Endlich kann auch eine Schuldübernahme im Sinne der modernen Doctrin nicht statuirt werden. Bei derselben wird der eigentliche Schuldner seiner Verpflichtung zwar nicht enthoben (vorausgesetzt daß der Gläubiger ihn nicht entläßt, in welchem Falle wiederum eine Novation vorliegt); ist aber vom Schuldübernehmer die Schuld getilgt, so ist auch der eigentliche Schuldner entbunden, denn es war seine Schuld, welche bezahlt wurde. Im gegebenen Falle liegt eine Schuldübernahme deshalb nicht vor, weil nicht abzusehen ist, wie dadurch die Forderung der Vermächtnißnehmer befriedigt, die Schuld des Dnerixten getilgt werden kann, daß Beklagter (eine dritte Person) der Klägerin (einer vierten) Zahlung leistet; zur Wirksamkeit einer solchen Schuldtilgung fehlt jede Vorbedingung. Es muß im Auge behalten werden, daß Klägerin nicht etwa Namens ihrer Söhne oder in deren Auftrage, sondern proprio nomine Klage erhoben hat; desgleichen, daß aus den Acten keineswegs zu entnehmen ist, daß die Legatäre sich im unmündigen Alter befinden und in Folge dessen Klägerin als natürliche Vormünderin ihrer Kinder zur Klageerhebung auch ohne Auftrag berechtigt sei.

Der Art. 3116 l. c. setzt fest, daß wenn einer der Contractanten von dem anderen sich eine Leistung zu Gunsten eines Dritten versprechen läßt, durch einen solchen Vertrag nicht nur derjenige, welchem das Versprechen geschah, sondern auch der Dritte ein Recht auf Erfüllung der Vertrages erwerben soll. Aus diesem Artikel kann nicht gefolgert werden, daß ein jedes Leistungsversprechen zu Gunsten des Dritten klagbar sei: der Artikel legt das Hauptgewicht (wie schon die Capitellüberschrift ausweist) auf das äußere Rechtsverhältniß Dritter zu den Vertragsschließenden, ohne auf den innerlichen Grund des Versprechens einzugehen; dabei wird aber selbstverständlich vorausgesetzt, daß überhaupt ein Rechtsgrund vorhanden ist, wie auch bei Rechtsgeschäften, in denen dritte Personen nicht in Betracht kommen, ein Rechtsgrund gefordert wird. Klägerin kann sich um so weniger auf diesen Artikel stützen, als es sich nicht einmal um eine Leistung zu Gunsten eines Dritten handelt; ein Leistungsversprechen zu Gunsten eines Dritten kann nur in Frage kommen, wenn A. dem B. verspricht an C. zu leisten, nicht aber, wenn die Leistung selbst an B. geschehen soll, wie in casu; ob trotz der Leistung des B. der Dritte C. davon Vortheil hat, entzieht sich jeder Beurtheilung.“

Auf klägerische Appellation wurde vorstehende Entscheidung durch Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 23. Mai 1875, No. 3654 bestätigt. Gründe:

„Appellantin hat in ihrer Appellationschrift als ihren wahren und einzigen Klagegrund ein abstractes Zahlungsverprechen bezeichnet, welches unter einer jetzt eingetretenen Bedingung gegeben und acceptirt worden sei. Es rechtfertigt sich daher, wenn der obrichterlichen Erörterung ausschließlich die Frage unterzogen wird, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Zahlungsverprechen klagbar ist und ob diese Voraussetzungen im gegebenen Fall vorhanden sind.

Man unterscheidet zwei wesentlich verschiedene Gattungen des Zahlungsverprechens. Das Zahlungsverprechen ist nämlich, je nachdem es nur eine bestehende Schuld anerkennt, ein declaratives, oder eine Schuld allererst begründet ein constitutives. Ersteres schafft Beweis und ist demnach processualischer Natur, letzteres schafft Recht, sofern der Promittent sich selbst zur

Zahlung verbindet und ist sonach privatrechtlicher Natur. Dasjenige Versprechen, aus welchem die Appellantin Klage erhoben, zählt zu der letzteren Gattung, indem nach den Anführungen der Appellantin jenes Versprechen nicht eine Schuld zur Voraussetzung hat, sondern den Character der Festsetzung einer Schuld trägt. Wenn nun auch gemeinrechtlich die Wirksamkeit oder Tragweite eines solchen constitutiven und demnach einen speciellen anderen Schuldgrund nicht enthaltenden Zahlungsvernehmens in früherer Zeit vielfach bestritten war, so hat doch allmählich das dringende Bedürfnis des Verkehrs und die herrschende Forderung des Rechtsbewußtseins dahin geführt, die Klagbarkeit eines solchen Versprechens für zulässig zu erachten, wobei die (hier nicht weiter in Betracht zu ziehenden) Anschauungen der Rechtsgelehrten nur über die theoretische Begründung solcher Zulässigkeit auch heutzutage noch auseinandergehen. Vollends unzweifelhaft erscheint es, daß nach den Bestimmungen unseres codificirten Provinzialrechts eine bindende Vereinbarung auch ohne Angabe eines besonderen Schuldgrundes darüber getroffen werden darf, daß von dem Einen dem Andern geschuldet werde. Denn nach Art. 3105 Th. 3 des Prov.-Rechts ist zur Begründung eines Schuldvertrags schon die übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung verschiedener Personen, welche die Entstehung eines Forderungsrechts zum Zweck hat, ausreichend, ohne daß zur rechtlichen Wirksamkeit eines solchergestalt zu Stande gekommenen und alsdann nach Art. 3212 auch ohne weiteres klagbaren Vertrages nothwendig die Ursache, aus welcher der gegenseitige Wille entsprungen, hinzugefügt werden muß. Ist nun allerdings der Appellantin beizupflichten, daß die demgemäß an sich unbestreitbare Klagbarkeit eines Zahlungsvernehmens keineswegs davon abhängig gemacht werden darf, daß es in schriftlicher Form ertheilt worden*) — denn unser Provinzialrecht verlangt nur für wenige Verträge, zu denen das Zahlungsverprechen nicht gehört, ausnahmsweise die schriftliche

*) Gewiß ist die Schrift nach prov. Recht kein gesetzliches formelles Erforderniß der Wirksamkeit des Zahlungsvernehmens; als Erkenntnißmittel für den Willen der Beteiligten, ein abstractes Schuldverhältniß zu schaffen, ist sie aber so wesentlich, daß man ohne schriftliche Abfassung ein solches Schuldverhältniß nur in den aller seltensten Fällen und nur mit äußerster Vorsicht wird annehmen dürfen. Vgl. Band III, S. 155, 428—30, 436.

Aufzeichnung (Art. 2993 ff. 1.) —, so ist diese Klagbarkeit doch dadurch bedingt, daß

1) ein ernster, bestimmter und bewußter Wille zur vertragsmäßigen Feststellung eines Schuldverhältnisses (der *animus obligandi*) nachgewiesen wird. Denn nicht jede Verhandlung unter den Parteien, nicht jede Willensäußerung derselben ist eine bindende. Vielmehr kann diese Äußerung unter Umständen eine Disposition, unter Umständen aber auch nur eine enunciativa oder nicht ernstlich gewollte und sonach nicht rechtsverbindliche sein (Art. 2950 und 2951 1. c.);

2) ein vollständig gegenseitiger Vertrag durch die Leistung eines Zahlungsverprechens einerseits und die Annahme desselben andererseits abgeschlossen worden ist; denn ein bloßes einseitiges Versprechen begründet noch keine Verbindlichkeit (Art. 3275 1. c.).

Bei dem Ausgang von diesen unabweislichen allgemeinen Gesichtspunkten und bei deren Anwendung auf den oberschwebenden Fall muß der von der Klägerin zur Bewahrheitung ihres Forderungsrechts unternommene Beweis aber als vollständig mißglückt erachtet werden. Von den beiden klägerischen Zeuginnen hat nur die eine und zwar mehr nicht zu bestätigen vermocht, als daß der Beklagte vor, wie nach dem Tode der Darja T. der Klägerin diejenigen 200 Rbl. auszuführen versprochen hat, welche die genannte Erblasserin den beiden Söhnen der Klägerin vermacht, sobald er das T.'sche Haus verkauft haben würde. Diese Aussage läßt nun vollständig ungewiß:

1) ob die behauptete Willenserklärung des Beklagten eine wirklich dispositive, oder ob sie nicht eine ohne jegliche Absicht der Begründung einer Verbindlichkeit hingeworfene gewesen ist, und es fehlt um so mehr an allen Anhaltspunkten eines eine wirkliche Schuld constituirenden Willens, als mit keiner Silbe auch nur angedeutet worden, aus welchen rechtlichen oder auch nur moralischen Gründen Beklagter zu einem so schwer wiegenden pecuniären Opfer einer anderen ihm fremden Person gegenüber sich anheischig gemacht haben sollte;

2) ob der einerseitigen Leistung des behaupteten Verspre-

chens auch die anderseitige rechtsgehörige *Annahme* desselben nachgefolgt und dergestalt ein allein nur rechtsverbindlicher zweiseitiger Vertrag zu Stande gekommen ist.“

538. Die Behauptung des Beklagten, als Stellvertreter eines Dritten contrahirt zu haben, enthält eine Einrede.

„Beklagter sagt, er habe für seine Rechnung nie irgend welche Waaren vom Kläger bezogen. Diese Ausdrucksweise könnte zur Vermuthung Berechtigung geben, daß Beklagter zwar nicht für seine, wohl aber für eines Anderen Rechnung Waaren vom Kläger geliefert erhalten habe, oder m. a. W. daß Beklagter wohl den Ankauf abgeschlossen und die Waaren in Empfang genommen, daß aber dennoch nach dem Willen der Verhandelden nicht er, sondern eine dritte Person als der eigentliche Contrahent habe gelten sollen. Wenn eine solche Erklärung mit strikten Worten abgegeben, oder wenn ein solcher Sinn aus den Worten des Beklagten in gleicher Weise zu entnehmen wäre, so könnte es keinem Zweifel unterliegen, daß dem Beklagten*) die Beweislast zufallen müßte. Denn selbstverständlicher Weise kann zunächst nur derjenige als Käufer angesehen werden, welcher den Kauf selbst abschließt und sich die gekauften Waaren liefern läßt; es müßte denn etwas anderes von den vertragschließenden Personen gewollt sein und dieser Wille in entsprechender Weise seinen Ausdruck gefunden haben. Die Erklärung des Beklagten, wenn ihr dieser Sinn gegeben werden könnte, würde ein Geständniß und seine Behauptung, daß er nur als Stellvertreter eines Dritten gehandelt habe und zur Stellvertretung berechtigt gewesen sei, einen selbständigen Angriff, eine Einrede enthalten, welche ihn zum Beweise nöthigen würde.“ (Aus den Motiven eines Erkenntnisses der II. Section des Landvogteigerichts vom 22. März 1875, No. 50).

Daß „die Behauptung des Beklagten, im Namen eines Dritten contrahirt zu haben, eine vom Beklagten zu beweisende Einrede“ enthält, besagen auch der Bescheid des Vogteigerichts vom 14. October 1875, No. 151 und der Bescheid des Wettgerichts vom 25. September 1875, No. 733.

*) Vgl. Band I, No. 69. II, No. 192. III, No. 346. Curtius, im Archiv f. civilist. Praxis, Bd. 58, S. 78.

539. Beweislast des Klägers, wenn der Beklagte behauptet, nicht Namens eines Dritten contrahirt, sondern den Vertragschluß bloß vermittelt zu haben.

Der auf Rückzahlung eines Darlehens von 500 Rbl. belangte B. erklärte, er habe vom Kläger nie ein Darlehen erhalten, sondern nur von ihm 500 Rbl. im Auftrage seines damaligen Dienstherrn C. gegen einen von diesem ausgestellten Wechsel und zum Behufe der Einhändigung an C. empfangen, die er dem C. auch übergeben habe. Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte darauf hinsichtlich der Beweislast am 24. October 1874, sub No. 180 rechtskräftig wie folgt:

„Wenn die städtischen Gerichte angesichts der in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz über diesen Punkt bestehenden Controverse den Beklagten für beweispflichtig erklärt haben, wenn er nicht in eigenem Namen, sondern als offener Stellvertreter eines Dritten contrahirt zu haben behauptet, so ist dies doch nur in den Fällen geschehen und hat nach den allgemeinen Beweislastnormen auch nur dort geschehen können, wo der Beklagte diejenigen Thatsachen einräumt, welche den in der Klage behaupteten Vertrag als zwischen ihm und dem Kläger geschlossen erscheinen lassen, sofern von der Stellvertretereigenschaft abgesehen wird. Hier qualificirt sich die Einwendung des Beklagten, welcher die Rechtswirkung des unbestritten von ihm selbst abgeschlossenen Vertrages doch nicht für sich, sondern für einen Dritten gelten lassen will, in der That als eine von dem Bestande des Klagefundamentes unabhängige Einrede*). Anders verhält sich die Sache aber in denjenigen Fällen, wo der Beklagte die Thatsachen, welche zum Begriffe des Vertragschlusses gehören, ganz oder theilweise bestreitet, denn hier wird das Klagefundament, nämlich das Zustandekommen des behaupteten Vertrages geleugnet, ohne daß die Eigenschaft des Beklagten als Stellvertreter eines Dritten das Entscheidende ist. Ein solcher Fall liegt aber hier vor. Beklagter hat nicht zugegeben, daß er von dem Kläger ein Darlehen erbeten und erhalten, aber gleichzeitig erklärt habe, dasselbe nicht für sich, sondern für C.

*) Vgl. Band I, S. 145. II, S. 48. III, S. 161.

haben und entgegennehmen zu wollen, sondern er hat im Gegentheil erklärt, daß er nie vom Kläger ein Darlehen vorgestreckt erhalten, sondern nur im Auftrage E.'s gegen einen von diesem ausgestellten Wechsel 500 Rbl. vom Kläger zur Ablieferung an E. empfangen habe. Beklagter leugnet mithin, daß überhaupt ein Darlehensvertrag zwischen ihm und dem Kläger jemals geschlossen worden ist, woraus folgt, daß Kläger den Vertragsschluß, als das Fundament seines Anspruches in Erweis setzen muß.“

540. Ist das Klagerrecht gegen denjenigen, der als vorgeblicher Stellvertreter eines Anderen contrahirt hat, an die Voraussetzung gebunden, daß zuvor der Vertreter vergeblich ausgeklagt ist?

„Die Klage gründet sich auf einen von dem Kaufmann E. in Minsk mit der Klägerin durch Vermittelung des Beklagten abgeschlossenen Lieferungskauf. Die Parteien sind darüber einig, daß beim Abschluß des Geschäfts Beklagter als offener Stellvertreter des E. fungirt habe. Nach den auch in die Codification des provinziellen Privatrechts (Art. 3110 und 3113) übergegangenen Grundsätzen der neueren Doctrin über die offene Stellvertretung wird durch einen solchen Vertrag in erster Linie der Principal des Stellvertreters verpflichtet und berechtigt. Der Mandatar haftet dem Mitcontrahenten des Principals (wofür, wie hier, keine specielle Verhaftung vorliegt) nur für den Fall der Ueberschreitung seiner Vollmachtsbefugnisse, resp. für den Fall der Simulirung seiner Bevollmächtigung, und zwar hat der in dieser Beziehung schuldig befundene Mandatar dem Gegner das gesammte Interesse zu leisten. Es ergiebt sich hieraus zunächst, daß der klägerische Anspruch auf nachträgliche Beschaffung einer den Beklagten legitimirenden Vollmacht durchaus unbegründet ist. Wenn Klägerin bei Abschluß des Contracts es unterließ, sich über die Grenzen der Vollmacht des Beklagten Klarheit zu verschaffen und, ohne sich in dieser Beziehung zu sichern, mit dem angeblichen Auftraggeber des Beklagten abzuschließen wollte, so folgt daraus, daß sie in erster Linie den dominus negotii, den Kaufmann E. in Anspruch zu nehmen hatte. Bei Geltendmachung dieses Anspruches hatte Beklagter

sie allerdings — als von ihr aufzurufender Streitgenosse — bei seiner eigenen Verantwortlichkeit im Beweise dessen zu unterstützen, daß er, Beklagter, zum Geschäftsabschluß Namens des C. ermächtigt war. Würde in einem so instruirten Proceße der klägerische Anspruch gegen den Kaufmann C. abgewiesen wegen mangelnder Bevollmächtigung des Stellvertreters des Letzteren, so war der Regreß gegen diesen begründet. Nicht also schon der mangelnde Nachweis seiner Bevollmächtigung an den Kläger macht den Beklagten verantwortlich für das Interesse, sondern erst der im Proceß gegen den angeblichen Principal mißlungene Beweis der Autorisation des Beklagten zum Geschäftsabschluß. Das aus einem mit einem Stellvertreter abgeschlossene Geschäft entspringende Klagerrecht gegen den Mandatar des Mitcontrahenten ist kein directes, sondern nur ein eventuelles: es setzt voraus, daß der Mandatar seine Befugnisse überschritten, oder die Eigenschaft eines Stellvertreters gar nicht gehabt habe. Letzteres wird aber nicht, wie Klägerin meint, schon durch die einfache Weigerung des Principals, das Geschäft anzuerkennen, erwiesen; es bedarf vielmehr eine solche Weigerung, wofür durch dieselbe der Regreß gegen den Mandatar begründet werden soll, des Nachweises ihrer Berechtigung. Nach Art. 4399 des 3. Theils des Prov.-Rechts ist der Mandant verpflichtet, die von dem Mandatar übernommenen Verbindlichkeiten als die seinen anzuerkennen und zu erfüllen, soweit der Mandatar nicht etwa die Grenzen seines Auftrags überschritten hat. Auf diese Vorschrift gestützt hatte die Klägerin, nachdem sie — ihrer eigenen Erklärung gemäß — mit dem angeblichen Principal des Beklagten contrahirt hatte, die Anerkennung und demnächst die Erfüllung des Vertrages zu verlangen. Zur Voraussetzung der Klage gegen den Mandatar auf Leistung des Interesse aus dem Art. 3113 l. c. gehört hiernach die Behauptung, Beklagter habe seine Vollmachtsbefugnisse überschritten, oder solche Befugnisse gar nicht gehabt. Da die vorliegende Klage eine hierauf bezügliche Behauptung nicht, vielmehr nur die für sich allein irrelevante Angabe enthält: der Principal habe die Anerkennung und Vollziehung des Geschäfts geweigert*), so muß der klägerische

*) Dem Herausgeber scheint dieses Anführen zur Begründung der Klage ausreichend (vgl. Senffert's Archiv XXIX, No. 128 und Band II, S. 56 dieser Entscheidungen) zumal vom Standpunkte der örtlichen Praxis.

Anspruch, wie er angebracht worden, abgewiesen werden.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 25. Januar 1875, No. 19).

541. Vindication gestohlener Inhaberpapiere. Collision des Art. 1664 des Strafgesetzbuches mit dem Art. 3129 des Prov.-Rechts Th. 3.

I. „Ausweislich der von der Riga'schen Polizei-Verwaltung eingefandten Verhandlungen hat Beklagter am 11. Januar 1872

Dem da diese den Beklagten für beweispflichtig erachtet, wenn er behauptet, als Stellvertreter eines Dritten contrahirt zu haben, so kann sie consequenter Weise die Klage gegen den Stellvertreter nicht davon abhängig machen, daß zuvor der Principal vergeblich ausgeklagt sei.

Die sehr bestrittene Frage nach der juristischen Construction der Haftung des offenen Stellvertreters aus dem von ihm geschlossenen Vertrage, sofern sich später herausstellt, daß ihm die Vertretungsbefugniß mangelte (vgl. Windscheid, Pandekten, I. § 73, II. § 313), läßt sich m. E. befriedigend nur von der Voraussetzung aus lösen, daß aus dem Vertragsschlusse zunächst immer der Stellvertreter berechtigt und verpflichtet wird. Es ist allerdings unmöglich, „daß ein Contract, welcher ursprünglich lediglich durch den präcisen Contractswillen des Einen entsteht, gar nicht der Contract dieses Einen ist, sondern der ursprüngliche eigene Contract eines Anderen.“ Ein directes Klagerecht aus dem Contracte des Stellvertreters für und gegen den Principal läßt sich daher nur begründen, indem man mit Windscheid sagt, daß der Contract des Stellvertreters als Contract des Principals „singt“, m. a. W. diesem „als sein Contract angerechnet“ werde. Aber diese Fiction soll und kann nur eintreten (Art. 3110 des Prov.-Rechts Th. 3) unter der doppelten Voraussetzung, daß 1) der Stellvertreter sich als solcher zu erkennen gegeben hat und daß er 2) zur Vertretung des Principals ermächtigt gewesen, oder aber die mangelnde Ermächtigung durch nachfolgende Genehmigung ersetzt worden ist. Fehlt es dagegen an einer dieser Voraussetzungen, so greift die Fiction überhaupt nicht Platz, d. h. also der Contract des Stellvertreters bleibt sein Contract und folglich sind auch die Rechte und Verbindlichkeiten aus demselben einzig in seiner Person begründet.

Es scheint mir daher überflüssig, daß man, um die Verhaftung des Stellvertreters bei mangelnder Genehmigung des Vertretenen zu begründen, erst zu der neuen Fiction eines „stillschweigenden“ Garantieversprechens greift (siehe dagegen auch Curtius, im civil. Archiv Band 58, S. 69 ff. namentlich S. 101—105). Der Stellvertreter contrahirt selbst, also muß der Vertrag seine Wirkung zunächst für ihn äußern, wie das ja hinsichtlich des Irrthums, Zwanges und Betruges auch unbestritten der Fall ist; und wenn vermöge rechtlicher Fiction die Wirkungen des Vertrages gleichwohl für den Principal eintreten sollen, so müssen eben die Prämissen dieser Fiction vorliegen. Daß

angezeigt, daß ihm in der vorhergehenden Nacht unter anderen Werthpapieren auch ein Zinsezinsschein der Riga'schen Sparcasse groß 50 Rbl. sub No. 5439 mittelst Einbruches gestohlen

sie vorliegen, hat aber nach allgemeinen Grundsätzen derjenige zu behaupten und eventuell zu beweisen, welcher die Wirkung der Fiction für sich in Anspruch nimmt, mithin der Stellvertreter, wenn er sich auf sie beruft, um die Klage seines Mitcontrahenten auf Erfüllung des Vertrages, resp. Ersatz des Interesses zurückzuweisen, dagegen der klagende Contrahent, wenn er aus dem Contracte des Stellvertreters den Principal belangt und dieser den Contract nicht als für sich verbindlich anerkennt.

Ersteres ist in der hiesigen Praxis gegenwärtig allgemein anerkannt (s. No. 538). Der innere Grund dafür ist aber kein anderer als der, daß ein Jeder, welcher einen Vertrag schließt, so lange aus demselben zu haften hat, als er nicht darthun kann, daß vermöge rechtlicher Vorschrift diese Haftung einem Andern obliegt. Geht man aber davon aus — und das ist nothwendig, wenn man nicht die Sicherheit des Vertragsrechtes auf das äußerste erschüttern will — so erfordert es die Consequenz, daß der gegen den Stellvertreter klagende Contrahent nicht deshalb abgewiesen werde, weil er zugiebt, daß der Beklagte sich für den offenen Stellvertreter eines Dritten ausgegeben habe. Denn damit ist nur eine Prämisse der vorerwähnten Fiction vorhanden, Sache des beklagten Stellvertreters aber ist es, auch das Vorhandensein der zweiten, nämlich der Vollmacht, bzw. der nachträglichen Ratihabition darzuthun. Vermag er das nicht, so kann der von ihm geschlossene Contract nicht als derjenige des Dritten „singirt“ werden und der Beklagte ist daher selbst auf die Vertragsklage zu verurtheilen.

Einige Gesetzgebungen geben zwar dem anderen Contrahenten gegen den Pseudostellvertreter ausdrücklich nur eine Klage auf Schadenersatz, z. B. das privatrechtl. Gesetzb. für den Canton Zürich § 954, der bayerische Entwurf II. Art. 710 und das preussische N. L. R. (Förster, Privatrecht, II. S. 319 der 3. Aufl.), andere lassen denselben dagegen nach Wahl des Dritten für die Erfüllung oder für Schadenersatz haften z. B. das sächsische Gesetzbuch § 789, das D. H. G. B. Art. 55 und 298, der allg. deutsche Entwurf von 1866 Art. 89, der schweizer Entwurf von 1875 Art. 459, sowie das französische Recht (Zachariae, II. § 415. Mourlon, répétitions écrites, III. n. 1101).

Der Wortlaut des Provinzialrechts insbesondere läßt sich am einfachsten gerade mit der hier vertheidigten Auffassung in Einklang bringen. Denn da der Art. 3110 sagt: „Wenn Jemand als offener Stellvertreter gehandelt, d. i. den Vertrag direct im Namen des Principals abgeschlossen und sich dabei in den Grenzen seiner Befugnisse gehalten hat, so wird durch den Vertrag der Principal selbst unmittelbar sowohl verpflichtet, als berechtigt,“ so folgt daraus nothwendig, daß wenn der Stellvertreter seine Befugnisse nicht eingehalten, bzw. gar keine Vollmacht gehabt hat, der Principal nicht berechtigt oder verpflichtet wird, und daß andererseits der Stellvertreter dem

worden sei. Diesen selben Schein hat Kläger inhalts des von ihm beigebrachten Reverses am 11. Januar 1872 von einem gewissen G. für 47 Rbl. gekauft und letzterem das Rückkaufsrecht daran bis zum 26. Januar 1872 vorbehalten. Als Kläger später den Schein bei der Riga'schen Sparcasse einlösen wollte, hat er den Bescheid erhalten, daß derselbe dem Beklagten gestohlen sei, und ihn darauf am 31. März 1872 bei dem Quartalofficier S. eingeliefert, von welchem er zu den Untersuchungsacten genommen wurde. Nachdem die Untersuchung, ohne daß ein Schuldiger ermittelt worden wäre, beendet war, hat Kläger bei diesem Gerichte um die Ausreichung des mehrerwähnten, auf seinen Antrag von der Riga'schen Polizei-Verwaltung anher übersandten Sparcassenscheines, welcher auf den Inhaber lautet, nachgesucht, wogegen Beklagter protestirt hat, weil dieser Schein im Jahre 1861 von seiner Brodherrin Agnes v. G. für ihn angekauft und deshalb sein Eigenthum sei, er auch bestreiten müsse, daß Kläger den Besitz desselben durch Kauf erlangt habe.

Allein diese Angaben stehen dem Antrage des Klägers nicht entgegen. Das Provinzialrecht stellt nämlich, offenbar in der Erwägung, daß der Verkehr mit Inhaber-Papieren sonst unmöglich gemacht werden würde, in den Art. 3128 und 3129 die Vermuthung auf, daß derjenige Inhaber des Papiers, welcher einen an sich zur Erwerbung des Eigenthums geeigneten Rechtstitel für seinen Besitz anzuführen vermag, redlicher Besitzer desselben ist, und bestimmt, daß ein solcher in dem Besitz geschützt werde und die Herausgabe an den wahren Eigenthümer verweigern könne, bis dieser ihm beweist, daß er die Urkunde im bösen Glauben an sich gebracht hat, d. h. nach Art. 839—841 l. c. entweder, daß er bei einem rechtlichen Erwerbstitel die mangelnde Berechtigung seines Autors kannte, bzw. kennen mußte, oder daß der Beklagte auf eine Weise in den Besitz gelangte, welche zum Eigenthumserwerbe überhaupt nicht führen konnte, wie z. B. durch einen Fund. Da nun Kläger actenmäßig Inhaber des streitigen

Dritten sich Recht hin als Selbstcontrahent, und nicht erst eventuell wegen des Interesse haftet, wenn ihm die betreffende Ermächtigung gefehlt hat, ist nicht nur im Art. 3113 mit den Worten ausgedrückt: „so kann der andere Contrahent sich lediglich an den Stellvertreter halten,“ sondern folgt auch aus dem Art. 3212. Es ist also unrichtig, für die Klage gegen den Stellvertreter die Substantiirung als Schadensersatzklage zu fordern.

au porteur gestellten Sparcassenscheines war und ihn nur zum Zwecke der Untersuchung der Polizei übergeben hat, so mußte Beklagter, wenn er ihm diesen Besitz entziehen wollte, sich nicht darauf beschränken, den bescheinigten Erwerb durch Kauf zu bestreiten, sondern vielmehr seinerseits Thatsachen anführen und beweisen, aus denen sich ergibt, daß Kläger den Besitz im bösen Glauben erworben hatte. Dies ist nicht geschehen und folglich der Antrag des Klägers, daß er in seinem Besitz geschügt, bzw. der Sparcassenschein ihm wiederum zurückgegeben werden möge, durchaus gerechtfertigt.

Zu einem anderen Resultate führt auch nicht der Art. 1664 des Strafgesetzbuches Ausgabe von 1866, welcher scheinbar zu Gunsten des Beklagten spricht. Denn es ist diese Gesetzesbestimmung, welche bereits in dem Art. 2251 des Strafgesetzbuches Ausgabe von 1857 enthalten war, in Bezug auf Inhaberpapiere jedenfalls durch die widerstreitenden Bestimmungen des Prov.-Rechts vom Jahre 1864 für aufgehoben zu erachten, da nach den Art. 72 und 73 der Reichsgrundgesetze (Band I des Codex der Reichsgesetze), ebenso wie gemeinrechtlich (l. 4 Dig. I, 4) der Grundsatz gilt, daß das ältere Gesetz dem jüngeren weichen muß (*lex posterior derogat priori*). Dagegen läßt sich nicht umgekehrt behaupten, daß das Prov.-Recht wiederum durch das Strafgesetzbuch von 1866 aufgehoben sei, weil einestheils dasselbe nicht sowohl ein neues Gesetz als eine neue Gesetzesredaction enthält und weil anderentheils, auch bei der gegen theiligen Annahme, das nur für die Ostseeprovinzen erlassene specielle Gesetz durch das allgemeine Reichsgesetz nicht als aufgehoben zu betrachten ist, gemäß der ebenfalls sowohl gemeinrechtlich (l. 1 de const. in VI^{to} I, 2), als in dem Art. 79 der Reichsgrundgesetze anerkannten Regel: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*." (Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 13. Mai 1875, No. 107).

II. Der Kaufmann M. hatte in seinem Laden von einem Käufer einen Pfandbrief des Riga'schen Hypotheken-Vereins an Zahlungsstatt entgegen genommen und ausgewechselt. Später wurde auf Anzeige des D., daß ihm der betreffende Pfandbrief gestohlen sei, eine Untersuchung eingeleitet und der Pfandbrief von M. bei der Polizei eingeliefert, wiewohl unter Vorbehalt

des daran erworbenen Rechts. Durch Criminalurtheil des Riga'schen Rathes wurde denn ein gewisser S. als Fehler des Pfandbriefes verurtheilt und zugleich decretirt: „der zu Gericht eingelieferte Pfandbrief ist dem D. auszureichen, dem Kaufmann M. aber ist der Regreß wider den Inquiriten S., sowie alles sonstige Recht offen zu lassen.“ Nun impetirte M. einen Arrest auf den Pfandbrief und erhob wider D. bei dem Vogteigerichte Klage auf Anerkennung seines Eigenthums und auf Auslieferung desselben, wogegen D. sich darauf berief, es sei bereits entschieden, daß der Pfandbrief ihm auszureichen sei und dem Kläger nur der Regreß gegen den Verkäufer desselben zustehe.

Das Vogteigericht erkannte darauf mittelst Erkenntnisses vom 5. Februar 1875, No. 23 das Eigenthumsrecht des M. an dem Pfandbrief an und verfügte die Aushändigung desselben an ihn. Gründe:

„Die Berufung des Beklagten auf die Entscheidung des Riga'schen Rathes ist um deswillen nicht geeignet, den klägerischen Eigenthumsanspruch hinfällig zu machen, weil der Rath, indem er die Ausreichung des Pfandbriefes an D. anordnete, dem Kaufmann M. aber außer dem Regreß gegen S. auch alles sonstige Recht offen ließ, offenbar nur eine Regelung der Besitzfrage zu Gunsten des D. im Auge hatte. Von der Zeit der Publikation des Rathserkenntnisses hatte Beklagter einen begründeten Anspruch auf Herausgabe des Papiers an ihn und die Criminaldeputation übte von jenem Zeitpunkte an die Detention des Pfandbriefes für den Beklagten aus. Dieser Besitzgrund des Beklagten wurde selbstverständlich durch den später vom Kläger impetirten Arrest nicht alterirt, da letzterer nur den Zweck haben konnte, die Dispositionsbefugnisse des Beklagten zeitweilig zu sistiren.

Die Eigenthumsklage des Kaufmanns M. ist insoweit genügend substantiirt, als Kläger durch einen zum Eigenthums-erwerb geeigneten Rechtstitel (die Uebergabe und Annahme der Urkunde an Zahlungsstatt, Prov.-Recht Theil 3, Art. 3127, 830) den Pfandbrief erworben hat. Allerdings war Beklagter (Art. 3129 l. c.) als Besitzer der Urkunde, da es sich hier um ein Inhaberpapier handelt, gegenüber der Vindication geschützt, wofern er redlicher Inhaber des Papiers war. Als redlicher Inhaber im Sinne des Gesetzes (Art. 839 l. c.) gilt

aber derjenige, welchem die Hindernisse, die der Erwerbung des Eigenthums durch ihn entgegenstehen, nicht bekannt sind, und zwar darf der Irrthum, in welchem sich der Besizer befindet, sich nur auf Thatsachen beziehen, ein Rechtsirrtum hat nicht die Wirkung des guten Glaubens (Art. 840 l. c.). Berücksichtigt man nun, daß Beklagter zur Geltendmachung seines angeblich besseren Rechts am Inhaberpapier sich nur auf das mehrerwähnte Erkenntniß des Riga'schen Rathes berufen hat und daß letzteres, wie bemerkt, nicht über die Eigenthums-, sondern nur über die Besitzfrage entschieden hat, so ergibt sich, daß vorliegenden Falls vom Beklagten keiner der zum Erwerb des Eigenthums geeigneten Rechtstitel vorgeschützt ist, und daß mithin der Besitz des Beklagten nicht geeignet ist, ihn gegenüber dem Eigenthumsanspruche des Klägers zu schützen (Art. 829, 830, 3127 und 3129 l. c.).

Dem Vorstehenden gemäß mußte das Eigenthumsrecht des Klägers anerkannt und demnach der impetrirte Beschlag für gerechtfertigt erachtet werden.“

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

542. Welches sind die rechtlichen Wirkungen eines Vertrages, in welchem der Promittent sich verpflichtet, einen Kaufvertrag mit dem Promissar oder demjenigen, welchen dieser bezeichnen würde, abzuschließen?

Beklagter hatte sein Immobilien für den Kaufpreis von 8900 Rbl. mit der Abmachung an den Kläger verkauft, daß er den förmlichen Kaufcontract demnächst mit dem Kläger oder demjenigen, welchen Kläger hierzu angeben werde, vollziehen und daß der Käufer das auf dem Immobilien ruhende Pfandbriefdarlehen des Hypotheken-Vereins von 3000 Rbl. als eigene Schuld übernehmen, 2900 Rbl. bei Unterzeichnung des förmlichen Contractes baar und den Rest von 3000 Rbl. binnen 5 Jahren bezahlen solle. Auf diesen Vertrag hatte Beklagter vom Kläger ein Handgeld von 300 Rbl. S. empfangen, welches Kläger in doppeltem Betrage zurückforderte, weil Beklagter die Vollziehung des Kaufcontractes auf den Namen des ihm vom Kläger als Käufer bezeichneten Kaufmanns G. verweigerte.

Die II. Section des Landvogteigerichts wies mittelst Erkenntnisses vom 8. März 1874, No. 46 die Klage ab. Gründe:

„Nach Art. 3366 des Prov.-Rechts Th. 3 ist der Empfänger des Handgeldes zur Zahlung der doppelten Summe verpflichtet, wenn der abgeschlossene Vertrag durch seine Schuld nicht zu Stande kommt. Es fragt sich indessen, ob derjenige Vertrag, den Kläger erfüllt haben wollte, überhaupt zulässig und rechtsverbindlich ist. Aus den folgenden Erwägungen wird sich ergeben, daß diese Frage verneinend zu beantworten und somit die Forderung des doppelten Handgeldes unbegründet ist.

Von einer Stellvertretung (Mandat oder negotiorum gestio) ist im vorliegenden Fall nicht die Rede; Kläger hat die Vereinbarung nicht in des dritten Namen, sondern für sich und in seinem eigenen Namen abgeschlossen.

Nachdem der Vertrag nicht erfüllt worden ist, fordert Kläger selbst das doppelte Handgeld für sich und nicht der etwaige Auftraggeber, oder Kläger in dessen Namen. Eine Cession der Rechte aus dem Kauf kommt gleichfalls nicht in Frage, denn abgesehen davon, daß immer nur eine Forderung (actio), nicht aber das ganze Vertragsverhältniß (obligatio) Gegenstand der Cession sein kann, hätte solchenfalls der Cessionar (die dritte Person) klagbar werden müssen und nicht der Kläger. Es ist übrigens klägerischerseits auch nicht behauptet worden, daß eines der eben besprochenen Rechtsverhältnisse im vorliegenden Falle Anwendung findet.

Wie oben bereits angeführt, liegt vielmehr ein Vertrag vor, den die streitenden Theile und zwar Kläger, ohne daß er Vollmacht und Auftrag erhalten und ohne daß später eine Ratihabition eingetreten wäre, zu Gunsten und zu Lasten einer dritten Person abgeschlossen haben. Da die dritte Person bei der mündlichen Vereinbarung nicht einmal bestimmt bezeichnet worden ist, so konnte eine spätere Genehmigung oder ein Beitritt zum Vertrage gar nicht Statt haben; er hätte denn in der Weise geschehen sollen, daß mit Uebereinstimmung aller Interessenten ein neuer selbständiger Kaufvertrag zwischen G. und dem Beklagten zu Stande gekommen wäre.

Der Fundamentalsatz des römischen Rechts, daß Verträge nur unter den Paciscenten und für dieselben wirken, hat sowohl

nach gemeinem, als auch nach unserem Partikularrechte Modifikationen erlitten. Der dritte Theil des Provinzialrechts enthält hierüber in Art. 3116 folgende Bestimmung:

„Wenn ein Contrahent von dem anderen sich eine Leistung zu Gunsten eines Dritten versprechen läßt, so erwirbt durch einen solchen Vertrag nicht nur derjenige, welchem das Versprechen geschah, sondern auch der Dritte ein Recht auf Erfüllung gegen den Versprechenden.“

Demnach hätte Kläger ein Recht auf Erfüllung erworben, wenn es sich nur um eine Leistung zu Gunsten eines Dritten handeln würde. Dieses ist jedoch nicht der Fall. Das Versprechen des Beklagten geht nicht lediglich auf eine Leistung zu Gunsten eines Dritten, sondern auf den Abschluß eines zweiseitigen, für den Beklagten sowohl als den Dritten onerosen Vertrages. Die angebliche Vertragsverletzung des Beklagten hat ausweislich der klägerischen Replik darin bestanden, daß er sich geweigert hat, den Kaufvertrag mit G. abzuschließen. Die rechtliche Stellung, in welche die dritte Person bei Vollziehung des Vertrages eintreten sollte, hätte ihm nicht nur ein Recht auf Uebergabe des Kaufgegenstandes gewährt, sondern ihm zugleich die Verpflichtung auferlegt, den Kaufpreis zu bezahlen; die dritte Person wäre nicht nur Gläubiger, sondern auch Schuldner geworden.

Das zwischen den drei betheiligten Personen statthabende Rechtsverhältniß kann nach Abschluß des förmlichen Vertrages durch den Dritten nicht etwa so aufgefaßt werden, daß Kläger ungeachtet dessen, daß der Kaufvertrag von der zweiten Person unterschrieben ist, noch immer als der zur Erlegung des Kaufschillings Verpflichtete erscheint, während die dritte Person nur Rechte aus dem Vertrage gewinnt; der Natur der Sache nach müssen vielmehr Rechte und Pflichten des Käufers in einer und derselben Person vereinigt sein oder doch wenigstens, wenn eine nachherige Cession in Frage kommt, in einer und derselben Person entstanden sein.

Eine solche Scheidung der Rechte und Pflichten des Käufers würde auch, abgesehen von der rechtlichen Unmöglichkeit, die Interessen des Beklagten in empfindlicher Weise schädigen. Der Kaufschillingsrückstand von 3000 Kbl. sollte doch offenbar durch das verkaufte Immobilien sichergestellt werden; wenn nun Kläger

und nicht der künftige Eigenthümer des Immobilien der zur Zahlung Verpflichtete sein sollte, so würde dem Beklagten diese Sicherheit verloren gehen, was dem zweifellosen Vertragswillen des Käufers widersprechen würde. Außerdem hat Kläger selbst angeführt, daß der Vereinbarung entsprechend die dritte Person den Kaufvertrag als Käufer vollziehen, mithin auch die Pflichten eines Käufers übernehmen sollte. Nach Unterzeichnung des förmlichen Kaufvertrages wäre die mündliche, zwischen den streitenden Theilen abgeschlossene Vereinbarung als erfüllt und erlösen anzusehen und Beklagter könnte sich wegen des Kaufpreises resp. Kaufpreisrestes nur an seinen nunmehrigen Contrahenten, d. i. die dritte Person halten.

Aus vorstehender Auseinandersetzung geht hervor, daß Kläger sich nicht nur eine Leistung zu Gunsten des Dritten hat versprechen lassen, sondern daß er zugleich eine Gegenleistung des Dritten versprochen hat und daß das Recht, welches er erworben und die Verbindlichkeit, welche er versprochen, sowohl nach dem Willen des Klägers als auch nach der Natur der Sache in der einen Person des unbestimmten Dritten vereinigt sein sollte. Daß eine dritte Person — abgesehen von ihrer Unbestimmtheit — aus dem zum Theil für sie lästigen Verträge nicht verpflichtet werden kann, bedarf keiner weiteren Erörterung. Aber auch für die Paciscenten selbst ist ein solcher Vertrag ohne jede rechtliche Wirkung. Dieses ergibt sich schon daraus, daß nach unserem Provinzialgesetzbuch im Art. 3116 von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Wirkung der Verträge nur insofern abgewichen wird, als der Promittent von seinem Contrahenten und der dritten Person in Anspruch genommen werden kann, wenn Leistungen zu Gunsten dieses Dritten Gegenstand des Versprechens sind.

Werden dagegen Leistungen einer dritten Person versprochen, so daß diese als Schuldner angegeben wird, so ist ein solches Versprechen sowohl für den Dritten, als auch für die Paciscenten ohne Wirkung. Nur ausnahmsweise kann dieses Versprechen gegen den Promittenten (in casu also gegen den Kläger, welcher die Gegenleistung des Dritten versprochen hat) geltend gemacht werden, wenn sich aus dem Verträge ergibt, daß der Promittent für eine Handlung des Dritten Sorge zu tragen oder für das Interesse einzustehen versprochen hat (cf. Vangerow,

Pandekten, III. § 608 sub II; Windscheid, Pandekten, II. § 317*).

Da nun, wie oben dargelegt, das Recht und die Pflicht des Käufers nur in einer und derselben Person entstehen konnte und sollte und Leistungen einer dritten Person nicht rechtsverbindlich versprochen werden können, so ist der ganze unbenannte Vertrag zu Gunsten und Lasten der dritten Person ohne Wirkung. Die Folge davon ist, daß Beklagter zur Erfüllung dieses Vertrages nicht gezwungen werden kann und die Forderung des doppelten Handgeldes wegen Nichterfüllung unbegründet ist.“

543. Statthastigkeit einer dem Vertrage beigefügten Resolutivbedingung, deren Vereitelung in dem Belieben des Berechtigten steht.

Gegenüber der Klage seines Schwiegervaters auf Räumung der ihm in dessen Hause unentgeltlich eingeräumten Wohnung schützte der Beklagte die Einrede vor, Kläger habe sich verpflichtet, ihm so lange unentgeltlich eine Wohnung zu gewähren, bis Beklagter sich selbst einmal ein Haus gebaut haben werde. Wegen Nichtberücksichtigung dieser Einrede in dem Erkenntnisse der II. Section des Landvogteigerichts vom 11. Mai 1874 erhob Beklagter die Nichtigkeitsbeschwerde, worauf der Riga'sche Rath am 14. August 1874 sub No. 5146 folgende Resolution erließ:

„Es kann der vom Unterrichter aufgestellte Satz: eine Verabredung, nach welcher es in das Belieben eines Contrahenten gestellt ist, ein ihm bedingt eingeräumtes Recht nach seinem Gefallen auszudehnen, sei rechtlich unwirksam — in dieser Allgemeinheit durchaus nicht für zutreffend erachtet werden. In einer strikten Vorschrift unseres Provinzialrechts findet derselbe keine Begründung. Die etwa hierher schlagenden Art. 3162, 63 und 64 des 3. Th. des Prov.-Rechts setzen im Wesentlichen nur fest, daß eine allzu unbestimmte oder dunkle Bedingung die bedingte Disposition wirkungslos macht, resp. daß eine blos in den Willen des Berechtigten gestellte Bedingung keinen Einfluß auf das

*) Ganz dasselbe besagen auch die Art. 3145 bis 3147 des Prov.-Rechts Th. 3.

Rechtsverhältniß hat. Beides trifft hier nicht zu; vielmehr läßt sich der hier vorliegenden Bedingung — welche in der vorbrachten Form allerdings der Erläuterung bedarf — sehr wohl ein verständlicher Sinn geben: nämlich der, daß dem Supplicanten ein unentgeltliches Wohnungsrecht und zwar für Lebenszeit eingeräumt worden. Dieses Wohnungsrecht sollte ein Ende haben, wenn Supplicant selbst sich ein eigenes Haus erbaut haben werde, d. h. wenn derselbe in der Lage ist, der bezeichneten Unterstützung nicht mehr zu bedürfen. So stellt auch Supplicant in seiner Beschwerdeschrift die Sache dar, indem er anführt, das Recht sei ihm eingeräumt worden, so lange bis er sich ein Grundstück erwerben könne. M. a. W. es liegt hier durchaus keine reine Protestativ-Bedingung vor, denn das Ende der Verpflichtung des Klägers ist nicht nur vom Willen des Beklagten, sondern auch von dem Eintritt gewisser Umstände (der Verbesserung der Vermögenslage des Beklagten) abhängig. Eine derartige Festsetzung widerspricht keinem Rechtsatz und für das provinzielle Rechtsgebiet ergiebt sich die Zulässigkeit desselben noch speciell aus den Art. 3200 und 3202 des 3. Th. des Prov.-Rechts.

Das Untergericht hat hiernach unberechtigter Weise die Einrede des Supplicanten von vorn herein als unzulässig abgewiesen.“

544. Rechtliche Wirkung der vor Eintritt der Fälligkeit der Schuld abgegebenen Erklärung des Schuldners, daß er nicht erfüllen könne oder werde.

Beklagter hatte der klagenden Handlung 21000 Faden grähene Balken zum Preise von 66 Kop. pr. Faden mit der Verpflichtung, sie bei Vermeidung einer Conventionalpön von 2500 Rbl. spätestens am 30. Juni 1874 in Riga abzuliefern, verkauft, während Klägerin ihm bei Unterzeichnung des Vertrages 2000 Rbl., am 5. October 1873 1000 Rbl., am 25. November 1400 Rbl., am 25. Januar 1874 2100 Rbl. und später noch weitere Quoten vorstufweise zu zahlen hatte.

Am 8. Januar 1874 verlangte Klägerin bei dem Auführen, daß sie dem Beklagten bereits 3000 Rbl. gezahlt, letzterer aber

erklärt habe, daß er den Contract nicht erfüllen könne und werde, die Rückerstattung des empfangenen Vorschusses und Entrichtung der bedungenen Conventionalpön.

Das Wettgericht erkannte hierauf am 10. August 1876 sub No. 586:

„Die Klage ist erhoben worden, bevor die Zeit, wo Beklagter zu erfüllen hatte, überhaupt eingetreten war, indem Klägerin den zur Klage gebrachten Anspruch darauf stützen zu können vermeint, daß Beklagter erklärt habe, er werde den Vertrag nicht erfüllen . . . Allerdings hat eine solche Erklärung seitens des einen Contrahenten, vorausgesetzt, daß sie mit genügender Bestimmtheit erfolgt, die Wirkung, daß der andere, um die Folgen eines seinerseitigen Verzuges zu vermeiden, nicht mehr realiter, sondern blos verbaliter seine Leistung zu offeriren, mit anderen Worten nicht thatsächlich zu zahlen, sondern blos seine Bereitschaft zur Zahlung zu erklären*) braucht und eventuell Bestellung einer Sicherheit fordern, oder zur gerichtlichen Deposition schreiten, ja nach Befinden wohl auch einseitig vom Vertrage zurücktreten kann, als ob er nie geschlossen worden wäre. (Entscheid. des O. H. G. XIV, No. 121). Auf Ersatz eines Schadens oder Zahlung einer Conventionalpön kann aber erst geklagt werden, nachdem die Fälligkeit des betreffenden Anspruches eingetreten ist, weil vorher die Existenz des Schadens noch nicht eingetreten ist, sondern nur droht (vgl. Art. 3436 und 3222 des Prov.-Rechts Th. 3).

Nun ist aber die vorliegende Klage offenbar als die Vertragsklage auf Ersatz des Interesse und bzw. Entrichtung der Conventionalpön aufzufassen. Denn wäre Klägerin einseitig vom Vertrage abgegangen, wie wenn dieser nie geschlossen worden wäre, so könnte sie aus diesem aufgehobenen Vertrage selbstverständlich keine Ansprüche mehr herleiten und ebensowenig die Conventionalpön fordern, da diese gemäß Art. 3372 l. c. mit dem Erlöschen der Hauptforderung von selbst wegfällt, sondern es stand ihr nur noch eine Condition auf Rückerstattung des von ihr zur Erfüllung des durch einseitigen Rücktritt aufgehobenen Vertrages Gezahlten offen. Die Klage ermangelt also, so weit

*) Vgl. No. 553.

sie als Klage auf das Interesse in Betracht kommt, der rechtlichen Begründung.“

Klägerische Handlung ließ diese Entscheidung in Rechtskraft übergehen.

545. Gehört die Behauptung, daß der aus einem zweiseitigen Vertrage Klagende seinerseits erfüllt habe, zur Begründung der Klage, oder ist sie Gegenstand einer Replik?

I. „Die Sache wäre anders zu beurtheilen, wenn Kläger anstatt auf Rückzahlung des Handgeldes auf Erfüllung des Vertrages geklagt hätte. In solchem Falle wäre Kläger nach Art. 3213 des Prov.-Rechts Th. 3 allerdings verpflichtet gewesen, in seiner Klageschrift anzuführen, daß er entweder bereits erfüllt oder gehörige Erfüllung angeboten habe, oder er hätte sich in der Klage zu Erfüllung erbiehen müssen.“ (Aus den Motiven eines Bescheides der II. Section des Landvogteigerichts vom 29. Juli 1874, No. 167).

II. „Will Kläger aus dem Vergleiche wirksame Klage erheben, so muß er sich dem Art. 3213 des Privatrechtes accomodiren, in welchem es heißt (folgt der Wortlaut des Artikels). Kläger hat in casu über die seinerseitige Erfüllung nichts verlauten lassen und hat hierdurch die ihm entgegengesetzte Einrede des nicht erfüllten Vertrages hervorgerufen. Es soll hierdurch nicht etwa — in Uebereinstimmung mit dem Beklagten — gesagt sein, daß die Klage in Folge des bezeichneten Mangels unsubstantiirt sei und deshalb zurückgewiesen werden müsse. Denn die Behauptung der Erfüllung gehört nicht zur Begründung des Klageitbells selbst, sondern ist als eine gegen die Einrede der Nichterfüllung gerichtete Replik zu bezeichnen, welche, wenn sie mit der Klage verbunden erscheint — was in der Regel der Fall ist — nur anticipirt wurde.“ (Aus den Motiven eines Bescheides der II. Section des Landvogteigerichts vom 6. November 1875, No. 231).

III. „Daß auch aus zweiseitigen Verträgen im Executivproceße geklagt werden kann, ist neuerdings eben so wenig be-

stritten, als es nach der von den hiesigen Gerichten befolgten Ansicht, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages wirklich eine Einrede ist (Band I, No. 75 und 76), einen Zweifel leidet, daß der Kläger die seinerseitige Vertragserfüllung nicht schon bei der Klageerhebung liquid zu stellen braucht. Wird aber von dem Beklagten die Erfüllung des Vertrages durch den Kläger einredeweise bestritten, so ist dann zu unterscheiden, ob die Grundlage der beklagischen Exception schon in den vom Kläger producirten Urkunden selbst gegeben ist oder nicht. Im ersteren Falle erscheint nämlich die Einrede liquid und der Kläger hat, wenn er nicht im Executivproceße abgewiesen werden will, nunmehr seinerseits die Erfüllung des Vertrages liquid darzuthun (Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 7. October 1869, No. 129). Beruht die Einwendung des Beklagten hingegen auf Behauptungen, deren Richtigkeit nicht schon aus den klägerischen Documenten ersichtlich ist, so bedarf es hinsichtlich ihrer, wie überhaupt hinsichtlich der Einreden im Executivproceße der sofortigen Liquidstellung (Schmid, Handbuch, III. S. 177, Busch, die Stimme der Praxis, S. 364) und, da nach der hiesigen Praxis den Beklagten allemal die Beweislast trifft, wenn die von ihm beanspruchte Gegenleistung in Bezug auf Umfang oder Beschaffenheit seitens des Klägers bestritten wird (Band I, No. 77, II, No. 196), so hat er selbstverständlich für seine bezüglichlichen Behauptungen sogleich einen liquiden Beweis zu erbringen, widrigenfalls dieselben zur separaten Verhandlung zu verweisen sind. Beklagter hat jedoch für seine Behauptung, daß die betreffenden Mängel damals, als er das Haus kaufte, nicht vorhanden waren, keinen Beweis erbracht; dies war aber um so mehr erforderlich, als ihm nach Inhalt des Kaufcontractes das Haus schon vor dessen Unterzeichnung übergeben war und folglich anzunehmen ist, daß er die gerügten Mängel schon damals gekannt hat. Die Einreden des Beklagten erweisen sich demnach, auch wenn man bei ihnen die fehlende Behauptung, daß das Haus wegen jener Mängel für den Beklagten jetzt 50 Rbl. weniger werth sei, suppliren wollte, wegen ihrer Illiquidität als ungeeignet, in diesem Executivproceße Berücksichtigung zu finden, weshalb Beklagter mit derselben zur besonderen Klage zu verweisen und zur Bezahlung des geklagten Kaufschillingstrückstandes zu verurtheilen ist. (Erkenntniß der

I. Section des Landvogteigerichts vom 26. Januar 1874, No. 14).

IV. „Der Art. 3213 des Prov.-Rechts Th. 3 verpflichtet einen Jeden, der aus einem gegenseitigen Vertrage auf Erfüllung klagt, entweder seinerseits Erfüllung anzubieten, oder zu erweisen, daß er den Vertrag erfüllt habe. Demzufolge gehört zum Klagegrunde der aus einem Specieskauf angestellten Klage auf Zahlung des Kaufpreises, sofern mit ihr das Anbieten zu weiterer Erfüllung nicht verbunden ist, nothwendig die Behauptung, daß die ganze verkaufte species der Beklagten bereits abgeliefert worden sei. Eine derartige Behauptung ist aber in der Klage nicht zu finden.“ Demgemäß wies das Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 7. Mai 1875, No. 3275, die Klage angebrachtermaßen ab.

546. Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber der Klage aus dem Versicherungsvertrage auf Auszahlung der Versicherungssumme.

„Die beklagte gegenseitige Versicherungsgeellschaft bezieht sich zur Begründung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages auf die §§ 30 und 31 der Statuten, von denen ersterer besagt: „Die Asscuranz verliert ihre Gültigkeit, wenn ein Betrug, eine absichtliche Verheimlichung von Umständen und versicherten Gegenständen entdeckt wird,“ letzterer aber den Asscuraten, wenn er mit den versicherten Gegenständen eine ihren früheren Zustand variirende Aenderung vornehmen will, verpflichtet, der Verwaltung darüber Anzeige zu machen, und dann wörtlich bestimmt: „Derjenige, der der Richterfüllung dessen überwiesen wird, verliert auf Beschluß der Generalversammlung das Recht auf Entschädigung für Feuerverluste.“ Beklagte behauptet nun, daß Kläger seinen Waarenbestand vermindert, eine Anzeige über die Verminderung nicht gemacht, deshalb den Vertrag nicht erfüllt und somit seinen Anspruch auf Entschädigung verwirkt habe. Wenn Beklagte auf diese behaupteten Thatfachen eine Einrede gründen will, so fällt eine solche Einrede jedenfalls nicht unter den Begriff der Einrede des nicht erfüllten Contracts, sondern es steht dem durch den Vertragsabschluß dem

Kläger entstandenen Ansprüche vielmehr die Einrede entgegen, daß, obwohl der Anspruch an und für sich begründet ist, derselbe doch wiederum dadurch aufgehoben ist, daß Kläger arglistig verfahren und bestimmte zur Realisirung seines Anspruchs nothwendige Handlungen unterlassen hat.

Es muß aber mit dem Unterrichter darin übereingestimmt werden, daß nach Art. 3293 des Prov.-Rechts Th. 3 die Arglist von demjenigen bewiesen werden muß, welcher dieselbe behauptet, wie denn überhaupt der Exeipient verpflichtet ist, die seiner Exeption zu Grunde liegenden, vom Kläger geleugneten Thatsachen zu beweisen. Geleugnet aber ist vom Kläger ebensowohl die behauptete Arglist, als die behauptete Verminderung seines Waarenbestandes. (Aus den Motiven eines Querelbescheides des Riga'schen Rathes vom 5. November 1875, No. 7313).

547. Bei einem zweiseitigen Vertrage kann der Beklagte, wenn der Kläger nicht vollständig, sondern nur mangelhaft erfüllt hat, deshalb nicht alle Gegenleistung verweigern, sondern dieselbe nur in so weit zurückhalten, als sie mit der unterbliebenen Leistung des Klägers im Verhältniß steht.

Dieser Rechtsatz ist neuerdings wiederum (Vgl. Band I, S. 166, II, S. 64, III, S. 441) anerkannt und zur Anwendung gebracht worden in dem Appellations-Erkenntniß des Riga'schen Rathes vom 1. August 1875, No. 5195.

548. Ein Vertrag ist als erfüllt anzusehen, wenn der Kläger von dem Beklagten an der Vertragserfüllung gehindert worden ist.

„Kläger ist vertragsmäßig zur Forderung der geklagten 1285 Rbl. erst berechtigt, wenn er den in dem Verdingungsvertrage gegen Beklagten übernommenen Verpflichtungen vollständig nachgekommen ist. Da unbestritten statt der zu liefernden 1½ Millionen Ziegel vom Kläger aber kaum 500,000 geliefert worden sind, so ist der Klageanspruch nicht gerechtfertigt, sofern Kläger nicht darzuthun vermag, daß Beklagter selbst ihn an der Erfüllung des Vertrages gehindert habe. Denn solchenfalls ist

die dem Kläger obliegende Leistung ebenso als erfüllt anzusehen, wie die nach Art. 3439 des Prov.-Rechts Th. 3 zu geschehen hat, wenn sie durch einen Zufall unmöglich geworden ist, indem derjenige, welcher die zufällig eintretende Unmöglichkeit der klägerischen Leistung gegen sich gelten lassen muß, umsoweniger sich auf das Ausbleiben derselben zu berufen vermag, wenn er solches selbst verschuldet hat. Nur muß durch die Schuld des Beklagten die Erfüllung des Vertrages durch den Kläger eben thatsächlich gehindert, m. a. W. unmöglich gemacht worden sein, während es dem Kläger nicht zu Statten kommt, wenn etwa der Beklagte zwar seinerseits nicht erfüllt hat, der Kläger aber deshalb an der seinerseitigen Erfüllung nicht gehindert worden ist, da nach Art. 3210 l. c. die Nichterfüllung des einen Contrahenten dem anderen noch kein Recht giebt, sich der Wirkung des Vertrages zu entziehen. Betrachtet man von diesem Gesichtspunkte die Beweisführung des Klägers, so ergiebt sich unzweideutig, daß seine Replik, Beklagter habe ihn an der Erfüllung gehindert, nicht bewiesen ist.“

Dieser in dem Erkenntnisse des Wettgerichts vom 29. April 1876, No. 270, ausgesprochenen Rechtsansicht trat auch das bestätigende Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 5. November 1876, No. 7110, bei.

549. Die Beschränkung der Retention der Gegenleistung des Beklagten auf einen der nicht erfüllten klägerischen Leistung entsprechenden Betrag setzt die Theilbarkeit der dem Kläger obliegenden Leistung voraus.

Kläger hatten sich verpflichtet, eine größere Partie Sleepers für beklagte Handlung gegen einen vereinbarten Stücklohn nach Mühlgraben zu flößen. Bei der Ablieferung behauptete beklagte Handlung ein Manco von 3693 Stück Sleepers und verweigerte in Folge dessen die Auszahlung des von den Klägern mit 774 Rbl. geforderten Lohnrestes, indem sie der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und der Compensation des durch den Verlust der Sleepers mit 50 Kop. pr. Stück erlittenen Schadens vorschützte. Das Vogteigericht verurtheilte hierauf die beklagte Handlung zur Zahlung des von ihr als richtig zugestandenem

Flößungslohnes von 462 Rbl. und verwies sie hinsichtlich ihres Entschädigungsanspruches zur separaten Klage. Auf beklagliche Appellation wurde jedoch deren Einrede von dem Riga'schen Rath mittelst Appellationsurtheils vom 19. November 1875, No. 7629, aus folgenden Gründen für begründet erachtet:

„Wie gesetzlich überhaupt der versprochene Dienstlohn allerst nach geleistetem Dienst und verrichteter Arbeit zu bezahlen ist, so ist insbesondere auch der Frachtlohn nicht früher zahlbar, als bis die zum Transport übernommene Waare wem gehörig abgeliefert ist, wenngleich eine vorgängige Sicherstellung des Frachtlohns unter Umständen gefordert werden darf (Prov.-Recht Th. 3 Art. 4262). Ist nun das Recht zur Forderung des Frachtlohns erst dann gegeben, wenn die verfrachtete Waare vollständig abgeliefert ist, wenn also der Frachtführer zuvor seine Verbindlichkeit ganz und gar erfüllt hat, so darf der Frachtlohn insolange rechtlich verweigert werden, als die gehörige Erfüllung solcher Verbindlichkeit noch aussteht. Es ist zwar im untergerichtlichen Erkenntniß darauf hingewiesen, daß nach stadtgerichtlicher Praxis der Grundsatz Anerkennung gefunden hat*), daß wenn aus einem zweiseitigen Vertrage der eine der Contractanten eine ihm gebührende Leistung wiewohl in unvollständiger und mangelhafter Weise empfangen hat, er seine Gegenleistung nicht ganz und gar verweigern, sondern nur eine verhältnißmäßige Minderung seiner Gegenleistung beanspruchen darf. Allein die Anwendbarkeit jenes Grundsatzes hat zur unerläßlichen Voraussetzung eine rechtliche Theilungsfähigkeit der Leistung und mit Recht hebt die Appellantin hervor, daß bei einem Flößungsvertrage die Leistungsverbindlichkeit des Frachtführers, sofern es sich um die Ablieferung der ihm übergebenen und von ihm empfangenen Waare handelt, als eine in rechtlicher Beziehung untheilbare angesehen werden müsse, so daß es einer speciellen Verabredung über eine solche Untheilbarkeit, welche der Unterrichter vermißt, überall gar nicht bedurft hat, sondern im Gegentheil eine Abrede über die Theilbarkeit als Ausnahme von der gesetzlichen Regel hätte behauptet bzw. nachgewiesen werden müssen. Denn aus dem einzigen Umstande, daß die Beklagte unverpflichtet und freiwillig

*) Vgl. Band I, S. 166, 168, II, S. 64, III, S. 441.

den Klägern Abschlagszahlung geleistet hat, kann ohne Weiteres auf eine solche Abrede nicht zurückgeschlossen werden. Ebenso wenig ist die geschehene Verfrachtung nach einer Stückzahl der zum Transport übernommenen verschiedenen Hölzer ein Kriterium für die Theilbarkeit der Leistung, da der Stücklohn, welcher bedungen worden, einzig den Maßstab für die künftige Berechnung des Frachtlohns, nicht für die Verpflichtung zur Stückzahlung und für die Berechtigung zur Forderung einer solchen Zahlung den Grund giebt, wie das schon durch das Urtheil dieses Raths d. d. 10. September c. No. 5958 gleichfalls Anerkennung gefunden hat. Sonach kann der Beklagten der Gebrauch der von ihr der Klage entgegengesetzten Einreden des nicht erfüllten Vertrages und der Compensation, durch welchen zugleich die sonst unvermeidliche Nothwendigkeit zur Führung mehrerer Prozesse an Stelle eines einzigen beseitigt und für die Beklagte die Sicherheit für den theilweisen Ersatz angeblich durch die klägerische Schuld von ihr eingebüßten Gutes gewonnen werden soll, füglich nicht verwehrt werden.“

550. Beim Genuskaufe darf wegen mangelhafter Beschaffenheit nur der mangelhafte Theil, nicht aber das ganze Kaufobject redhibirt werden.

„Beklagter hat nicht Minderung des Kaufpreises, sondern Aufhebung des Vertrages wegen des von ihm behaupteten Mangels der verkauften Balken gefordert. Kläger bestreitet dem Beklagten diese Befugniß, weil er nicht angegeben habe, wie viel Balken mangelhaft gewesen seien und es ist daher zunächst zu erörtern, ob es dieser Angabe zur Begründung des Redhibitionsanspruches bedürfte, oder ob Beklagter nicht auch wegen theilweiser Mangelhaftigkeit alle gelieferten Balken redhibiren kann. In dem Art. 3269 des Prov.-Rechts Th. 3 ist diese Befugniß dem Käufer einer Sachengesamtheit ausdrücklich eingeräumt, sofern nur die Veräußerung überhaupt mit Rücksicht auf das Begriffsganze erfolgt*). Von dem Kaufe einer Sachengesamtheit kann aber vorliegenden Falls keine Rede sein, da Beklagter nicht nur keine Umstände angeführt hat, aus welchen

*) Vgl. Band II, No. 199, III, No. 355.

auf eine Veräußerung der streitigen Balken als untrennbare Einheit zu schließen wäre, sondern im Gegenteil selbst einräumt, daß er eine Partie Balken, die der Zahl nach gar nicht bestimmt war, zum Preise von 62 Kop. pr. Faden gekauft hat, welche Modalität mit der Annahme des Kaufes eines Begriffsganzen schlechthin unvereinbar ist. Vielmehr liegt ein Kauf in genere vor, bei welchem unbestritten die Regel gilt, daß wegen mangelhafter Beschaffenheit eines Theiles der Waare nicht das ganze Kaufobject, sondern nur der mangelhafte Theil redhibirt werden darf*). Wüthtin hätte Beklagter seine Einrede allerdings durch Benennung der Anzahl der mangelhaften Balken substantiiren müssen.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines rechtskräftigen Erkenntnisses des Wettgerichts vom 3. December 1874, No. 1249).

551. Die Ansprüche aus dem ädilitischen Edict können nach Ablauf der Verjährungsfrist auch einredeweise nicht mehr geltend gemacht werden.

„In der Theorie ist bekanntlich die Controverse, ob die Ansprüche aus dem ädilitischen Edicte der Verjährung ausgesetzt sind, sofern sie im Wege der Einrede verfolgt werden, bis hierzu nicht ausgetragen**). Nach dem Wortlaute des Provinzialrechts muß man sich aber für die bejahende Meinung entscheiden. Denn, wenn es auch im Art. 3266 heißt, der Erwerber könne sein Recht nicht blos durch Klagen verfolgen, sondern aus

*) Vgl. Entscheidungen des R. O. G. zu Leipzig, Band II, S. 204. 305. VII, S. 228. XIII, S. 355.

***) Vgl. einerseits Holzschuher, Theorie und Casuistik, III, S. 382. Treitschke, Kaufcontract, § 99 Note 10. Seuffert, Pandektenrecht, II, § 266 Note 6. Seuffert's Archiv I, 159. VII, 145. XXIV, 4. Andererseits für die bejahende Meinung Unger, System, II, § 125 sub VI. Windscheid, Pandekten, I, § 112 gg. G. Sintonis, Civilrecht, II, § 116 Note 126. Seuffert's Archiv XXIV, 6. Oesterreichisches Gesetzb. § 933. Sächsisches Gesetzb. §§ 170 und 923. Allgem. deutscher Entwurf, Art. 192 und 417. Im französischen Recht kehrt die gemeinrechtliche Controverse wieder (Zachariae, 7. Aufl., § 775, Note 2); über das preussische Recht vgl. Förster, Privatrecht I, § 85, Note 84. Siehe noch das D. H. G. B. Art. 349 und den schweizer Entwurf von 1875, Art. 262.

denſelben Gründen, die ihn zur Klage berechtigen, auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen, ſo beſtimmt doch andererseits der Art. 3639 *ibid.* ganz allgemein, daß durch den Ablauf der Verjährungsfrist das Forderungsrecht ſelbſt erliſcht und eine verjährte Forderung darum auch nicht vermittelt einer Einrede zur Geltung gebracht werden kann. Die Wirksamkeit der nach Art. 3266 zuſtändigen Einrede wird ſomit nach Art. 3639 durch Verjährung der aus demſelben Rechtsgrunde entſpringenden Klagen ausgeſchloſſen, wie ſich das bereits in mehreren Entſcheidungen der hieſigen Gerichte ausgeſprochen findet, z. B. in den Erkenntniſſen der I. Section des Landvogteigerichts vom 16. December 1869, No. 251 und vom 9. Februar 1871, No. 23. Nun iſt vorliegenden Falls der Handel unbeſtritten im Mai 1873 geſchloſſen, ſolglich der Anſpruch auf Preisminderung nach Art. 3272 jedenfalls Ende Mai 1874 verjährt, weſhalb nichts mehr darauf ankommt, ob im Jahre 1875 ein Commis des Klägers die Fehlerhaftigkeit der ſtreitigen Tapeten anerkannt hat.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 10. Auguſt 1876, No. 584).

552. Ueber die Beweislaſt hiñſichtlich des Verſchuldens

entnehmen wir:

I. Den Entſcheidungsgründen eines Querelbeſcheides des Riga'ſchen Rathes vom 3. September 1875, No. 5816:

„Daß Jedermann ſein Eigenthum hütet, daß er jede zur Conſervation deſſelben geeignete Sorgfalt ausübt, liegt ſo ſehr im Intereſſe jedes Eigenthümers und iſt ſo ganz natürlich und ſelbſtverſtändlich, daß dafür ſtets die rechtliche Präſumtion ſtreitet und daß derjenige Kläger, welcher vermögensrechtliche Nachtheile dadurch erlitten zu haben behauptet, daß ihm bei der Eigenthumserwerbung eines Gegenſtandes dieſer Gegenſtand in einer Beſchaffenheit geliefert ſei, welche ihn weſentlich ſchädige, zur Subſtantirung ſeiner Klage nicht erſt beſonders hervorzuheben verbunden iſt, daß er dieſem Gegenſtande während ſeiner Beſitzzeit die nöthige Sorgfalt gewidmet habe. Es wird vielmehr ſtets, falls ausnahmsweiſe vom klägeriſchen Eigenthümer die *diligentia quam suis* unterlaſſen ſein ſollte, Sache des Beklagten ſein, zur Abwendung jeder Gefährde von ſich dem

Kläger eine durch solche Verabfäumniß für ihn entstehende culpa im Wege der Einrede zur Last zu legen und diejenigen Thatsachen zu bezeichnen, welche eine solche culpa des Klägers bewahrheiten. Ganz diesen allgemeinen Principien entsprechend hat sich das Verhältniß zwischen den streitenden Theilen in concreto gestaltet. Kläger hat es zur Vervollständigung seines historischen Klagegrundes für nöthig nicht befunden, ein besonderes Gewicht darauf zu legen oder überhaupt nur darauf besonders hinzuweisen, daß der Kessel während des Gebrauchs in seiner Fabrik mit geziemender Sorgfalt behandelt worden sei, denn das verstand sich, als in seinem Interesse liegend, ursprünglich schon von selbst. Dagegen hat erst die Beklagte die Behandlung des Kessels als eine nicht mit der erforderlichen Sorgfalt geübte bezeichnet

Was nun die Beweislast bei der culpa betrifft, so ist dieselbe allerdings, da für sie nur sehr wenige Quellenzeugnisse vorliegen, vielfach bestritten. Aus diesem Wirrsal windet man sich in der Praxis am sichersten und besten, wenn man erwägt, daß der Beweis der culpa an sich immer nur ein indirecter sein kann, d. i. ein solcher, welcher durch Schlußfolgerungen aus zuvor bewiesenen Thatsachen vermittelt wird, und daß es zur Lösung der Frage über die Beweislast danach unumgänglich ist, das einander gegenüber stehende Streitmaterial, wie es sich aus der Klage, den Einreden, den Replikten herauschält, genau festzustellen. Nach der überall durchgreifenden und keiner Controverse unterliegenden Rechtsregel: *affirmanti incumbit probatio* wird sich dann unschwer bestimmen lassen, daß der factische Grund der culpa von demjenigen wird bewiesen werden müssen, welcher solche Thatsachen behauptet, aus denen die gegnerische Verschuldung folgt. Auf den vorliegenden Fall das soeben Erörterte angewendet, kann keinem Zweifel begegnen, daß die Beklagte, welche dem Kläger die Verabfäumniß einer Obliegenheit zur Last gelegt hat, auch solche Thatsachen in Gewißheit zu setzen hat, welche die angeschuldete klägerische Verabfäumniß zu bewahrheiten geeignet sind.“

II. Den Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses des Vogteigerichts vom 4. Januar 1875, No. 4:

„Anlaugend die Frage, wem im Streitfalle der Beweis der

culpa lata obliege, so kann nach Art. 3293, 3297 und 3304 des Prov.-Rechts Th. 3 kein Zweifel obwalten, daß, da culpa lata dem dolus gleich geachtet wird, der Beweis von demjenigen zu erbringen ist, der sich auf die Contractsverletzung beruft.“

553. Der Gläubiger, welcher schon im Voraus erklärt hat, die geschuldete Leistung nicht annehmen zu wollen, wird durch bloße Verbaloblation in Verzug versetzt.

„Der Beklagten ist zu beweisen auferlegt worden, daß sie die streitigen Miethquoten dem Kläger baar angeboten habe, und dieser Beweisjatz wird durch den Eidesantrag gar nicht berührt, indem dieser nur darzuthun bezweckt, daß Kläger von vorn herein die Annahme der Miethquoten für die Zukunft verweigert habe. Dieser Umstand entband aber die Beklagte noch nicht von der Verpflichtung, den Miethzins bei eintretender Fälligkeit noch mals anzubieten, sondern veränderte die Sachlage nur insofern, als das Anerbieten jetzt nicht nothwendig realiter*), also mit Vorzeigung des baaren Geldes zu geschehen brauchte, sondern sich auf die bloße Erklärung, den Miethzins entrichten zu wollen, beschränken konnte, dergestalt, daß Kläger schon hierdurch in Empfangsverzug versetzt wurde**) und Beklagte erst zur Hingabe des Geldes verbunden war, nachdem jener dieselbe verlangt hatte.“ (Rechtskräftiger Bescheid der I. Section des Landvogteigerichts vom 4. September 1876, No. 186).

554. Unterschied zwischen der „Anzahlung“ und dem „Handgelde.“

I. Unter Vorlage einer Bescheinigung des Beklagten, in welcher dieser bekannte, dem Kläger sein Wohnhaus für 1050 Rbl. verkauft und eine Anzahlung von 100 Rbl. vom Kläger empfangen zu haben, erhob letzterer Klage auf Vollziehung des Vertrages, oder Entrichtung des doppelten Handgeldes. Der Bescheid

*) Vgl. Band I, S. 287. II, S. 157,

**) Vgl. Entscheidungen des O. G. V, S. 287. IX, S. 267. XVI, S. 422. Lampr echt, Verzug bei dem Kauf, S. 31.

der II. Section des Landvogteigerichts vom 3. September 1874, No. 187, sagt über die letztere Forderung:

„Nicht jede, in Erwartung künftigen Vollzuges eines Rechtsgeschäftes geleistete Zahlung gewinnt ohne weiteres die rechtliche Bedeutung einer arrha (vgl. z. B. Art. 3713, 3695 und 3697 des Prov.-Rechts Th. 3). Um die Wirkungen, welche das Gesetz an die Hingabe eines Handgeldes knüpft (Art. 3359 ff. l. c.) zu erreichen, muß es in der Absicht der Contrahenten gelegen haben, die bei Abschluß des Vertrages empfangene Zahlung nicht blos als einen Beweis der erfolgten Vereinbarung, sondern auch als ein Pfand für die künftige Vertragserfüllung gelten zu lassen. Die Bescheinigung des Beklagten giebt eine solche Absicht der Contrahenten nicht zu erkennen. Legt man den — allerdings schlechtgesetzten — Worten „darauf habe als Kaufschilling unter Zeugen einhundert Rubel erhalten“ den ihnen nächstliegenden Sinn unter, so kann nicht schlechtweg angenommen werden, daß diese Zahlung zur Sicherung der Erfüllung habe dienen sollen. War auf den Kaufschilling eine Zahlung geleistet worden, so bedeutet das vielmehr, daß ein, wenn auch vorzeitiger Anfang mit der Erfüllung gemacht wurde. Kläger kann die Verdoppelung der gezahlten Summe nur in dem Falle fordern, wenn es gewiß ist, daß dieselbe nach der Absicht der vertragschließenden Theile die Stelle eines Handgeldes vertreten sollte. Die Führung des Beweises liegt in dieser Beziehung dem Kläger ob.“

II. „Zwar hat es seine Richtigkeit, daß, wenn ein Handgeld gegeben ist, der Empfänger, falls er den Vertrag nicht erfüllt hat, das Handgeld im doppelten Betrage dem Geber ersetzen muß (Art. 3366 des Prov.-Rechts Th. 3). Kläger ist indessen den Beweis darüber schuldig geblieben, daß die von ihm dem Beklagten beim Vertragsabschlusse gezahlte Summe von 150 Rbl. als ein Handgeld und nicht als eine Anzahlung auf den Kaufpreis anzusehen sei. Das Handgeld, welches nicht nur als Zeichen des wirklich abgeschlossenen Vertrages, sondern auch nebenher als Pfand für die Erfüllung desselben dient (Art. 3359 l. c.), ist zwar bei dem Miethvertrage, bei dem Kaufe unbeweglichen Gutes und bei anderen Verträgen üblich, in dem gewöhnlichen Handelsverkehr ist dasselbe aber nicht gebräuchlich,

sondern in demselben ist statt dessen die Anzahlung auf den Kaufpreis im Gebrauch. Wird daher in einem Handelsgeschäft ein Handgeld gegeben und empfangen, so ist das eine Ausnahme und ist dieselbe im Zweifel zu erweisen.“ (Aus den Motiven eines Erkenntnisses des Wettgerichts vom 27. April 1876, No. 257).

555. a) Die Verbindlichkeit zur Zahlung einer Conventionalstrafe erlischt in Ermangelung anderweitiger Abrede, wenn dem Schuldner die Erfüllung des Hauptvertrages ohne seine Schuld unmöglich wird.
- b) Im Zweifel ist nicht anzunehmen, daß die Conventionalpön auch für den Fall unverschuldeter Nichterfüllung bedungen sei.

Die Opernsängerin L. war von dem Riga'schen Theatercomité für das Auftreten in den Opern „Der Troubadour,“ „Lohengrin“ und „Der Prophet“ in der Zeit vom 3. bis zum 12. März 1874 engagirt und zugleich vereinbart worden, daß derjenige Contrahent, welcher „den übernommenen Verpflichtungen zuwiderhandeln und den in Rede stehenden Vertrag verletzen oder brechen werde,“ unbeschadet der Klage auf Erfüllung in eine Conventionalpön von 1000 Rbl. verfallen solle. Wegen Erkrankung des Heldentenors G. konnten die Opern „Lohengrin“ und „Der Prophet“ nicht gegeben werden und die Sängerin L. klagte nunmehr gegen das Theatercomité auf Entrichtung der bedungenen Conventionalstrafe.

Dem in dieser Sache ergangenen Querelbescheide des Riga'schen Rathes vom 13. September 1874, No. 5713, entnehmen wir folgende Ausführungen:

„Zunächst muß darauf hingewiesen werden, daß das provinzielle Privatrecht in dem Art. 3369 der Conventionalpön eine bloß accessorische Bedeutung beilegt; die Vertragsstrafe hat nur im Zusammenhange mit einer anderen Leistung rechtlichen Bestand und kommt mit dem Erlöschen der Hauptforderung von selbst wieder in Wegfall (Art. 3378). Es ist mit andern Worten die Erfüllung der gesetzten Bedingung kein bloßes Mittel, um eine von den Paciscenten gewillkürte Buße abzuwenden, vielmehr dient der Strafvertrag nach der durch das

Gesetz gebilligten Anschauung lediglich zur Bestärkung eines obligatorischen Vertrages (vgl. die Ueberschrift des Titels VI Buch IV), zu welchem jener, der begleitende Vertrag, entweder in einem alternativen (Art. 3372) oder cumulativen (Art. 3374) Verhältniß steht. Die Worte „unbeschadet der Klage auf Erfüllung,“ welche sich in dem von der Conventionalstrafe handelnden § 6 des Contracts eingeschaltet finden, gestatten keinen Zweifel darüber, daß die Absicht der Contrahenten auf eine cumulative Verbindung und nicht darauf gerichtet war, das für den Fall der Nichterfüllung der Obligation geltend zu machende Interesse im Voraus abzuschätzen. Fraglich erscheint es dagegen, ob die Pön verfallen sollte, wenn die Leistung überhaupt ausblieb, oder schon dann, wenn die Erfüllung nicht rechtzeitig erfolgte. Greift man im Hinblick darauf, daß für das Gastspiel der Querulantin eine ganz bestimmte Frist (vom 3. bis zum 12. März 1874) festgesetzt worden war, zu der Annahme, daß schon die Säumigkeit des einen oder anderen Contrahenten die tausend Rubel verfallen machte (vgl. Ann. z. Art. 3374 und 3322 l. c.), so bleibt nach den für den Verzug erlassenen gesetzlichen Vorschriften immer noch zu untersuchen, ob die Wirkungen des durch den Ablauf der bedungenen Frist ohne weitere Mahnung von selbst eintretenden Verzuges (Art. 3307 und 3306 l. c.) von dem Schuldner abzuwenden seien. Art. 3311 l. c. gewährt dem Richter die Befugniß, den Säumigen von den nachtheiligen Folgen der mora zu befreien, wenn demselben weder ein Mangel an Voraussicht, noch überhaupt Leichtsinns und Nachlässigkeit vorzuwerfen sind und es klar vorliegt, daß er an der Erfüllung durch Verhältnisse gehindert wurde, deren Eintritt nach menschlicher Berechnung nicht vorauszusehen war. Einer solchen Prüfung kann sich das Gericht nicht entziehen, wenn der in Verzug gerathene Contrahent das Ausbleiben der versprochenen Leistung durch den Eintritt unverschuldeter Ereignisse zu erklären sucht. Die Heiserkeit eines Sängers, welcher in seinem Rollenjache durch keinen anderen, dem nämlichen Bühnenverbande angehörenden Künstler passend zu ersetzen ist, gehört fraglos zu den Umständen, welche — um ihrer Zufälligkeit willen — dem bezüglichen Bühnenvorstande nicht zur Last gelegt werden können. Gereichte somit in casu die Indisposition des für Heldentenorpartien engagirten Sängers G. dem beklagten

Comité zur triftigen Entschuldigung für die unterlassene Ausführung der Opern „Prophet“ und „Lohengrin“ — wofern kein anderes Mitglied unserer Bühne zur Durchführung der Titelrollen geeignet war — so mußte auch der Beweis des angezeigten Befreiungsgrundes dem Quervolanten nachgelassen werden.

Zu keinem anderen Ergebnisse gelangt man, wenn die Verwirkung der Conventionalstrafe an die Nichterfüllung, oder die ungehörige Ausführung der bedungenen Hauptleistung geknüpft wird. Allerdings hat der Parteeiwille die Kraft, den Eintritt der Pön von dem bloßen Geschehen oder Nichtgeschehen abhängig zu machen, der stipulirten Buße gewissermaßen einen wettartigen Character aufzudrücken. Eine solche Absicht ist aber im Zweifel um so weniger zu vermuthen, als der wahre Zweck der Conventionalpön darin besteht, den Verträgen zur möglichsten Aufrechthaltung zu dienen, und andererseits der Begriff der Strafe das Vorhandensein einer Schuld*) mit Nothwendigkeit erheischt. Unbedingt ausgeschlossen erscheint eine derartige, von aller Zurechnung absiehende Vermuthung aber dann, wenn wie hier die Voraussetzung der Strafe ausdrücklich in das schuldhafte Verhalten eines Contrahenten gelegt wird. Der § 6 des fraglichen Vertrages lautet:

„Sollte einer der Contrahenten den hier übernommenen Verpflichtungen zuwider handeln und diesen Vertrag verletzen oder brechen, so verfällt derselbe, unbeschadet der Klage auf Erfüllung, in eine Conventionalstrafe von 1000 Rbl. zahlbar nach Wechselrecht.“

Aus der Häufung dreier nahezu gleichbedeutender Worte geht hervor, einen wie großen Nachdruck die Paciscenten auf den diesen Worten unterstehenden Sinn haben legen wollen. Ein „Zuwiderhandeln,“ „Verletzen“ und „Brechen“ läßt sich nur derjenige zu Schulden kommen, welcher sich der Erfüllung vertragsmäßig begründeter Obliegenheiten absichtlich entzieht, oder mindestens durch Nachlässigkeit oder aus Leichtsinne die dem Mitcontrahenten zu gewährende Leistung unmöglich macht, beziehungsweise vereitelt. Das Verhalten desjenigen, der an der beabsichtigten Genügeleistung seiner Vertragspflicht durch äußere, von

*) Vgl. dagegen Band III, S. 198 und 199.

ihm unabhängige Umstände und Einflüsse gehindert wird, kann durch solche Ausdrücke, wie sie in casu von den Contrahenten gewählt worden sind, nicht gekennzeichnet werden.“

556. Unterschied zwischen dem Retentionsrechte, der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und der Compensation.

„Beflagte Handlung hat die klägerische Frachtforderung nicht, namentlich auch nicht in Bezug auf ihre Höhe, angestritten. Der von ihr geltend gemachte, sie angeblich befreiende Gegenanspruch ist auf den Satz gestützt: Das Schiff und speciell die Fracht hafte ihr für den am Frachtgut erlittenen Schaden. Dieser Satz ließe sich in dreifacher Weise juristisch construiren: als Retentionseinrede, als Einrede des nicht erfüllten Vertrags und als Compensationseinrede. Aus keinem dieser drei Gesichtspunkte aber läßt sich die Zahlungsweigerung der Beflagten im vorliegenden Proceß rechtfertigen.

Mit der Retentionseinrede vermag Beflagte sich nicht zu schützen, denn sie verweigert die Zahlung des Frachtbetrages, also eine Leistung, nicht die Herausgabe einer individuell bestimmten Sache. Nach den mehrfach durch die hiesige Praxis anerkannten, übrigens kaum zweideutigen Vorschriften des provinziellen Privatrechts (Art. 3381—3385) kann aber nur dort, wo es sich um Herausgabe einer Sache*) handelt, ein wahres Retentionsrecht ausgeübt werden (vgl. namentlich die eingehende Motivirung des Appellations-Urtheils vom 26. Januar 1872, No. 501. Bd. II, No. 275). Die Zurückhaltung einer Leistung, welche vom Beflagten gefordert wird, resp. die Befreiung von derselben auf Grund einer Gegenforderung ist mit der Einrede aus dem Art. 3213 l. c., oder mit der Compensationseinrede zu erzwingen. Erstere, die Einrede des nicht oder nicht gehörig

*) Der Art. 3381 des Prov.-Rechts hat sich in seiner Fassung an das preußische A. L. R. I, 20 § 536 angeschlossen. Vgl. Förster, Privatrecht I, S. 798. Auch der § 767 des sächsischen Gesetzbuches spricht nur von der Herausgabe einer „Sache,“ während der weitergehende § 768 die Fälle der exc. non adimpl. contractus betrifft. Ebenso lautet der schweizer Entwurf, Art. 224 und 127. Das österreichische Gesetzbuch § 471 schließt das Retentionsrecht als solches, d. h. abgesehen von seiner Geltendmachung vermöge der genannten Einrede, ganz aus. Unger, System, II, § 125 Note 17.

erfüllten Vertrages, ist hier nicht anwendbar, weil dieselbe zur Voraussetzung hat, daß der Kläger die ihm obliegende Leistung nicht, oder nicht vollständig erfüllt habe. Vorliegenden Falls ist aber die aus dem bilateralen Frachtvertrage dem Kläger zufallende Vorleistung (der Transport der Waare hierher und die Ablieferung an den Empfänger, die Beklagte) bereits erfüllt, denn die Waare ist von der beklagten Handlung empfangen und in ihre Speicher abgeführt worden. Beklagte beansprucht nicht die Ausführung oder Ergänzung der vom Schiffer übernommenen principalen Leistung, sondern sie sucht Deckung für einen durch anderweitige Verletzung des Contracts ihr angeblich verursachten Schaden, dessen Betrag sie gegen die Frachtforderung aufzurechnen wünscht. Eine solche Aufrechnung ist aber hier nicht statthaft, weil die Erfordernisse des Compensationsrechts wider den Willen des Gegners nicht nachgewiesen sind. Die Schadensersatzforderung der beklagten Handlung ist keineswegs liquid im Sinne der Art. 3546 und 3552 des 3. Theils des Prov.-Rechts.“

Aus diesen Gründen wurde die beklagte Handlung durch Erkenntniß des Vogteigerichts vom 28. Januar 1875, No. 20, unter Verweisung ihrer Gegenforderung zu gesondertem Verfahren zur Bezahlung des geklagten Frachtlohnes verurtheilt. Die Entscheidung ging in Rechtskraft über.

557. Inwieweit ist der Beschädigte verpflichtet, zur Abwendung des Schadens seinerseits Kosten aufzuwenden?

D. war rechtskräftig verurtheilt worden, dem Zimmermann A. verschiedenes, diesem rechtswidrig vorenthaltene Handwerkszeug herauszugeben. Darnach erhob A. wider D. eine Klage auf Ersatz des ihm durch Vorenthaltung des Handwerkszeuges während 30 Wochen mit je 6 Rbl. pr. Woche entgangenen Verdienstes.

Die I. Section des Landvogteigerichts wies durch Erkenntniß vom 19. August 1876, No. 176, die Klage ab; auf klägerische Appellation wurde jedoch in zweiter Instanz, wie folgt reformirt:

„Wenn auch nicht angenommen werden darf, daß Kläger durch die geschehene Vorenthaltung seiner Werkzeuge von jeder Erwerbsfähigkeit überhaupt ausgeschlossen war, so wird anderer-

seits doch anerkannt werden müssen, daß ihm der Erwerb dadurch möglicher Weise ganz erheblich verkümmert und erschwert sein mochte. Der erste Richter ist von der Erwägung ausgegangen, daß Kläger durch die Anschaffung neuen Werkzeugs sich vor Erwerbsverlusten zu schützen, in der Lage war und daß den Ersatz eines Schadens nach Art. 3441 des Prov.-Rechts Th. 3 Niemand beanspruchen dürfe, welcher bei Anwendung gehöriger Sorgfalt solchen Schaden hätte vermeiden können. Da indessen die Anschaffung neuer Handwerksgeräthe von dem in concreto nicht nachgewiesenen Besitz der dazu erforderlichen Geldmittel abhängig ist, da ferner eine solche Anschaffung zum Ersatz für ein widerrechtlich vorenthaltenes Eigenthum an sich schon unverkennbar eine Schädigung des Vermögens in sich schließt und da endlich diejenige Sorgfalt, von welcher der Art. 3441 l. c. handelt, von dem Geschädigten keineswegs verlangt, daß er mit eigenen, verhältnißmäßig nicht unbeträchtlichen Opfern den ihm zugefügten Schaden ausgleiche*), so kann der Art. 3441 l. c. auf den vorliegenden Fall füglich nicht angewendet und kann dem Kläger auch nicht verwehrt werden, den Ersatz desjenigen Verlustes zu beanspruchen, welchen er durch die Handlungsweise des Beklagten erlitten zu haben, sollte nachweisen können.“ (Appellationsurtheil vom 15. December 1876, No. 8157).

557 a. Schadensersatzanspruch eines Handwerkers gegen den Bauherrn wegen unterlassener Warnung vor dem Betreten einer gefährlichen Stelle.

Kläger war engagirt worden, ein Dachzimmer des beklagten Hauses einzureißen, und während der Arbeit mit der Zwischendecke, welche zu schwach war, ihn zu tragen, hinuntergestürzt, so daß er nicht unbedeutende Verletzungen erlitten hatte. Die von ihm demnächst gegen den Hausbesitzer erhobene Schadensersatzklage wurde von der I. Section des Landvogteigerichts mittelst Erkenntnisses vom 4. April 1874, No. 76, aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Während nach römischem Recht die sogenannte aquilische Klage stets ein positives Thun seitens des Beschädigers vor-

*) Vgl. Seuffert's Archiv XII, 255. XV, 209. XXVII, 122.

aussetzt, eine Unterlassung dagegen nur dann eine Entschädigungspflicht begründet, wenn eine Verpflichtung zum positiven Handeln vorhanden war, dehnt der Art. 3444 des Prov.-Rechts Th. 3 die Ersatzpflicht auch auf solche Fälle aus, wo jemand schlechtweg durch eine Unterlassung dem Andern Schaden zugefügt hat, natürlich sofern dem Beschädiger diese Unterlassung zur Schuld anzurechnen ist, also kein bloßer Zufall vorlag (Art. 3439 l. c.), oder sofern nicht der Beschädigte selbst den Schaden durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt seinerseits hätte vermeiden können (Art. 3441 l. c.).

Von einem Verschulden des Beklagten kann aber in casu nicht die Rede sein. Denn wenn man auch principiell wird anerkennen müssen, daß derjenige, welchem der gefahrdrohende Zustand eines Gegenstandes bekannt ist, verpflichtet ist, die Personen, von denen er weiß, daß sie sich demnächst den Gefahren jenes Zustandes aussetzen werden, rechtzeitig zu warnen, widrigenfalls ihm nach Art. 3444 l. c. diese Unterlassung als Schuld angerechnet werden kann und er Schadensersatz leisten muß, so ist doch eine weitere Voraussetzung dafür, daß nicht der Beschädigte selbst durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt den Schaden hätte vermeiden können (Art. 3441 l. c.). Dieses wird nun im vorliegenden Falle allerdings angenommen werden müssen. Denn wenn ein Arbeiter zur Einrichtung eines Zimmers engagirt wird, so wird es seine Pflicht sein, die Zugänge zu dem zu errichtenden Zimmer, beziehungsweise die Sicherheit seines Standpunktes überhaupt zu prüfen, umsomehr, da derselbe selbst Sachverständiger ist und daher etwaige Gefahren, welche aus der Schadhaftheit der Decke entspringen könnten, ebenso gut oder noch besser zu beurtheilen im Stande sein muß, als der Hauseigenthümer, welcher vielleicht nicht Sachverständiger ist, und es wird der Arbeiter, wenn er jene Prüfung unterläßt, auch den Schaden zu tragen haben, welcher ihm aus dem schadhaften Zustande der Zugänge resp. seines Standpunktes entspringt, ganz abgesehen davon, ob der Hauseigenthümer denselben kannte, oder nicht.“

Dieses Erkenntniß erlangte Rechtskraft.

558. Schadensersatzanspruch des freigesprochenen Inquisiten gegen den Denuncianten.

Die Dienstmagd A. war von ihrer Dienstherrin F. wegen Verdachtes, derselben eine Sparbüchse mit Geld entwendet zu haben, der Polizei denunciirt, darauf in Untersuchungshaft gesetzt, später aber freigesprochen worden und verlangte nunmehr von der F. eine Entschädigung für die sechswöchentliche Untersuchungshaft und die erlittene Ehrenkränkung mit 300 Rbl.

In Beurtheilung dieses Anspruches führte das rechtskräftige Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 28. November 1874, No. 211, folgendes aus:

„Es handelt sich um die Rechtsfrage: hat ein criminalrechtlich Belangter, dessen Unschuld an dem ihm zur Last gelegten Verbrechen oder Vergehen durch die Untersuchung erwiesen ist, einen Ersatzanspruch wegen der während der Untersuchung verlorenen Zeit und seiner gekränkten Ehre gegen denjenigen, der ihn dem Untersuchungsgericht als den muthmaßlichen Thäter des Verbrechens angezeigt hat?

Die Anzeige eines ihm zu Ohren gekommenen, oder an ihm selbst begangenen Verbrechens oder Vergehens bei dem competenten Gerichte ist eine staatsbürgerliche Pflicht jedes Einzelnen. Ebenso ist ein Jeder, der eine verbrecherische That zur Anzeige bringt, gehalten, auf die bezügliche Frage des Untersuchungsrichters anzugeben, auf wen seiner Ansicht nach ein Verdacht fällt und welche Indicien für seine Annahme zu sprechen scheinen. Von sich aus verlangen kann dagegen Niemand die Inhaftirung einer Person, sondern es ist vielmehr in das freie Ermessen des Untersuchungsrichters gestellt, ob er die angegebenen Indicien für genügend erachtet, um auf Grund derselben die Inhaftirung der verdächtigten Person vorzunehmen. Stellt sich nun beim Verhör heraus, daß die angegebenen Verdachtsgründe, blos um dem Anderen zu schaden, erfunden sind, so ist der Inhaftirte durchaus berechtigt, gegen den Calumnianten eine Injurienklage anzustrengen und Ersatz der verlorenen Zeit bzw. der nachweislichen Vermögensschädigung zu verlangen*). Eine

*) Im wesentlichen dasselbe bestimmt auch der von den Friedensrichtern handelnde Art. 121 der russischen Strafproceßordnung vom 20. No-

Geldentschädigung für die gekränkte Ehre wäre er aber nach dem Art. 4560 des Prov.-Rechts Th. 3 auch dann zu fordern nicht berechtigt, weil derselbe für eine Ehrenkränkung nur eine Genugthuung durch Widerruf oder Abbitte, resp. eine criminalrechtliche Bestrafung des Injurianten kennt.

Erweisen sich dagegen die angegebenen Judicien zwar als vorhanden, klärt sich durch die Untersuchung ihr Verhältniß zur verbrecherischen That aber als unverfänglich auf, und kann der Beklagte seine Unschuld nachweisen, so wird ihm jede Berechtigung zur Anstellung einer Ersatzklage gegen den, welcher bona fide den Verdacht des Untersuchungsrichters auf ihn gelenkt hat, abzuspochen sein.“

559. Einwand des aus der Anseglung in Anspruch genommenen Schiffers, daß sein Fahrzeug zur Zeit der Anseglung unter dem Commando eines Zwangslootsen gestanden habe.

„Es muß constatirt werden, daß die vom Beklagten erhobene Einrede der fehlenden Passivlegitimation resp. des unrichtig Be-

vember 1864: „Wenn die Anklage nicht in gutem Glauben erfolgte, so verurtheilt der Richter den Ankläger zur Tragung der Gerichtskosten und auf Antrag des Angeklagten auch zur Entschädigung desselben wegen des von ihm erlittenen Schadens.“ (cf. Code pénal art. 373. Code d'instruction criminelle art. 358). Noch weiter — und nach dem Dafürhalten des Herausgebers zu weit — gehen dagegen die Art. 781—83 *ibid.*, welche das Strafverfahren vor den Collegialgerichten im Auge haben. Darnach besteht ein Entschädigungsanspruch gegen die Privatperson, welche die Untersuchung in Folge einer erlittenen Verletzung veranlaßt hat, sowie gegen den Untersuchungsrichter und Staatsanwalt zwar auch nur unter der Voraussetzung, daß sie wider besseres Wissen (недобросовѣстно) gehandelt haben, dagegen wider denjenigen, der ohne selbst durch das Verbrechen gelitten zu haben, die Anschulldigung erhoben hat, in jedem Falle.

Die Strafproceßordnung für das deutsche Reich hat nur die Vorschrift aufgenommen (§ 501): „Ist ein, wenn auch nur außergerichtliches Verfahren durch eine wider besseres Wissen gemachte oder auf grober Fahrlässigkeit beruhende Anzeige veranlaßt worden, so kann das Gericht dem Anzeigenden, nachdem derselbe gehört worden, die der Staatskasse und dem Beschuldigten erwachsenen Kosten auferlegen.“

klagen nicht für unbegründet angesehen werden kann, wenn das Fahrzeug des Beklagten zur Zeit des in Rede stehenden Zusammenstoßes in der That nicht unter seiner Führung, sondern unter Führung eines Anderen und zwar eines Zwangslootsen gestanden hat. Der dem Kläger erwachsene Schaden ist nicht durch eine Sache, die Struße des Beklagten, in dem Sinne angerichtet worden, daß die Struße als das den Schaden verursachende Subject anzusehen ist — und auch in diesem Falle wäre ein Klagerrecht gegen den Eigenthümer der Sache (abgesehen von den Beschädigungen der Thiere cf. Art. 4577 ff.) in unserem Provinzialgesetzbuch nicht gegeben — sondern der Schade ist derjenigen Person anzurechnen, die, wie es auch in der Klage ausgesprochen ist, durch (böswillige oder) fahrlässige Handlung oder Unterlassung bei der Führung der Struße den Zusammenstoß der beiden Fahrzeuge veranlaßt und auf diese Weise das Zerschellen des klägerischen Bootes herbeigeführt hat. Nach Art. 3444 des 3. Theils des Prov.-Rechts ist zum Ersatz des Schadens derjenige verpflichtet, der denselben durch seine Handlung oder Unterlassung veranlaßt hat. Nur ausnahmsweise sind nach Art. 3446 und 3447 l. c. (cf. Art. 4212 l. c.) andere Personen für einen Schaden dann verhaftet, wenn sie zu einer unerlaubten Handlung (durch welche der Schade entstanden) Auftrag gegeben, oder wenn sie bei der Auswahl von Dienstboten und sonstigen Dienstleuten nicht die erforderliche Vorsicht angewandt haben, um sich zu vergewissern, ob sie zur Verrichtung der ihnen übertragenen Dienste (durch welche ein Schade verursacht worden) fähig und brauchbar seien. Da Kläger nicht behauptet hat, und mit Rücksicht darauf, daß der Beauftragte in casu des Anferneeknamt war (dessen sich Beklagter kraft polizeilicher Vorschrift hat bedienen müssen) auch nicht hat behaupten können, daß die in den letztgenannten Artikeln enthaltenen Ausnahmsbestimmungen im vorliegenden Falle zu Ungunsten des Beklagten anwendbar wären, so wird Beklagter von jeder Verantwortlichkeit freizusprechen sein, wenn Kläger nicht zu erweisen vermag, daß Beklagter selbst zur Zeit des Zusammenpralls seine Struße geführt hat. Der Beweis dieser Thatfache liegt aber dem Kläger ob, weil sie wesentlich zur rechtlichen Klagebegründung gehört und die gegentheilige Behauptung des Beklagten, daß nicht er, sondern die Zwangslootsen die Struße geführt, als

negative Streiteinlassung aufzufassen ist*). (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Bescheides der II. Section des Landvogteigerichts vom 5. September 1874, No. 188).

560. Thatsächliche Begründung der Schadenersatzklage gegen den Dienstherrn wegen eines von dem Dienstboten verursachten Schadens.

„Abgesehen von den Bereicherungsklagen, welche im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht in Betracht kommen, kann Kläger in Grundlage der Art. 3446 und 3447 des Prov.-Rechts Th. 3 für den ihm durch die Dienstleute des Beklagten zugefügten Schaden den Letzteren nur dann verantwortlich machen, wenn er behauptet und beweist, daß die Dienstherrschaft zur unerlaubten, schadenbringenden Handlung Auftrag erteilt, oder dieselbe veranlaßt hat, oder daß die Dienstherrschaft bei der Auswahl des betreffenden Bediensteten nicht die erforderliche Sorgfalt angewendet hat, um sich zu vergewissern, ob derselbe zur Verrichtung der ihm übertragenen Dienste fähig und brauchbar ist. Aus den angezogenen Artikeln geht hervor, daß die Dienstherrschaft der Regel nach für die unerlaubten Handlungen des Dienstpersonals nicht verhaftet ist, sondern nur in den Fällen, die das Gesetz als Ausnahmegestimmungen von der allgemeinen Regel bezeichnet hat. Wenn daher Kläger zur Begründung seines Klagerectes gegen den Beklagten sich auf die besprochenen Artikel beruft, so hätte er, damit sein Klageanspruch substantiirt sei, behaupten müssen, daß eine der im Gesetz vorgesehenen Ausnahmegestimmungen im gegenwärtigen Falle Anwendung finde, und zwar genügen nicht allgemeine Behauptungen, welche nur das Resultat einer rechtlichen Erwägung sind, wie: „Beklagter ist der richtig Beklagte,“ oder: „Beklagter hat die Handlung veranlaßt,“ sondern Kläger hätte diejenigen Thatsachen**) anführen müssen, welche zu dem Schlusse berechtigen, daß Beklagter der richtig Beklagte ist, bzw. genau angeben müssen, in wiefern Beklagter die qu. unerlaubte Handlung seines Commis veranlaßt hat

*) Vgl. Band II, No. 207.

**) Vgl. Band II, No. 276.

Da nun nach anerkannten Proceßgrundsätzen der Beweisführer im Beweisverfahren nicht solche thatsächliche Momente vorbringen und beweisen darf, die in der Klage bzw. Erklärung oder in den etwaigen ergänzenden Proceßhandlungen nicht angeführt sind, da ferner die bisher vorgebrachten Thatsachen die angestellte Klage nicht genügend begründen und rechtliche Deductionen nicht Gegenstand des Beweises sein können, so kann dem Kläger der gebetene Beweis nicht nachgegeben werden.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 23. März 1874, No. 65).

561. Ist bei der Beschädigung von Fischernezen auch Ersatz wegen des durch den verhinderten Fischfang entgangenen Gewinnes zu leisten? (Vgl. Band III, No. 364).

Das Riga'sche Fischeramt erhob eine Entschädigungsklage gegen den Besitzer eines Dampfbootes, welches ein zum Lachs-fange ausgeworfenes großes Netz zerrissen hatte.

Das Vogteigericht sprach in seinem Erkenntniß vom 5. November 1874, No. 160, welches in dieser Beziehung rechtskräftig wurde, aus:

„Nach den Ausführungen des klagenden Amtes ist in den geforderten 75 Rbl. auch ein — nicht näher specificirter — Betrag für den verloren gegangenen Fischzug enthalten. Ein derartiger Anspruch mußte schon jetzt als vollkommen unzulässig definitiv abgewiesen werden; denn augenscheinlich würde es sich hier nur um eine der „bloßen Möglichkeiten“ handeln, welche wie nach der Natur der Sache, so speciell nach der Vorschrift des Art. 3452 des Prov.-Rechts Th. 3 nicht zu berücksichtigen sind. Daß das Fischeramt am 18. September, falls die Lachswadde nicht beschädigt worden wäre, einen guten Fischzug gethan, oder auch nur einen Fisch gefangen hätte, kam unmöglich bis zu dem vom Gesetze geforderten „dem juristischen Beweise gleichkommenden Grade der Wahrscheinlichkeit“ nachgewiesen werden.“

562. Inwiefern schließt der Umstand, daß eine Schuldurkunde mit einer Blanco-Cession versehen ist, die dem Schuldner gegen den Cedenten zustehenden Einreden aus?

„Ein stillschweigender Verzicht des Ausstellers auf das Rechtsmittel wegen Nichtempfanges kann nicht daraus hergeleitet werden, daß derselbe — wie beklagterseits behauptet wird — in die Blanco-Cession des Schuldbriefes und somit in eine angebliche Umwandlung desselben in ein Inhaberpapier, dessen Besitzer sich die Einrede aus der Person seiner Vorgänger nicht gefallen zu lassen brauche, gewilligt habe. Abgesehen davon, das es höchst zweifelhaft ist, ob der Cridar bei solcher Einwilligung sich der vom Beklagten suppeditierten Bedeutung dieses Actes bewußt gewesen ist, und daß mithin aus der Einwilligung zur Blanco-Cession keineswegs mit der nach Art. 2939 a. a. D. nothwendigen Sicherheit auf die Absicht des Cridars, einen Verzicht auf die *exceptio non numeratae pecuniae* zu bekunden, geschlossen werden kann, beruht ein Glied im Syllogismus des Beklagten auf einem Rechtsirrthum, welcher das gewünschte Resultat der Schlußfolge hindert. Wenn schon die Zuweisung des Art. 3473 (welcher besagt, daß die mit einer Blanco-Cession versehenen Schuldscheine nach den für Inhaberpapiere geltenden Bestimmungen zu beurtheilen seien) zu dem von der „Form der Abtretung“ handelnden Abschnitte des Privatrechts, sowie der Umstand, daß in der Anmerkung zum Art. 3473 ausdrücklich nur auf die von der Cession der Inhaberpapiere handelnden beiden Gesetzesartikel 3123 und 3124, nicht aber auch auf den ganzen von den Inhaberpapieren handelnden Abschnitt verwiesen wird, deutlich an die Hand geben, daß die mit einer Blanco-Cession versehenen Schuldscheine nur in Ansehung ihrer Begebarkeit den Inhaberpapieren gleichgestellt werden sollen, so würde eine weitere Ausdehnung der Grundsätze über letztere auf Rectapapiere, namentlich der singulären Bestimmung im Art. 3125 l. c., daß der aus dem Inhaberpapiere Verpflichtete dem Inhaber keine Einrede aus der Person des ersten oder eines früheren Inhabers entgegensetzen dürfe, mit dem im Art. 3479 a. a. D. ausgesprochenen Grundsätze im Widerspruch stehen, wonach die Lage des Schuldners durch die Cession nicht verschlimmert werden darf. Nach § XX der Einleitung des

Privatrechts sind aber Widersprüche unter den einzelnen Bestimmungen desselben im Zweifel nicht anzunehmen, vielmehr Stellen, welche einander zu widersprechen scheinen, so auszulegen, daß entweder die eine durch die andere näher bestimmt und eingeschränkt, oder die eine Stelle als Regel aufgefaßt wird, von welcher die andere Stelle eine bloße Ausnahme bildet. Daher muß auch für den vorliegenden Fall die Bestimmung im Art. 3473 durch den Art. 3479 ihre Einschränkung erleiden und die Frage über die Anwendbarkeit des Art. 3125 auf die mit einer Blanco-Cession versehenen Rectapapiere verneint werden.“ (Aus den Motiven eines Erkenntnisses des Vogteigerichts vom 18. September 1875, No. 140).

Nachschrift des Herausgebers. Die in den Art. 3473 und 3482 des Prov.-Rechts enthaltenen Bestimmungen über die Blanco-Cession haben durch ihre vieldeutige Kürze Stoff zu einer Controverse hinsichtlich der Wirkung einer solchen Cession geboten, welche in den hiesigen juristischen Kreisen bis heute nicht ausgetragen ist. Ein Versuch, die rechtliche Natur der Blanco-Cession zu erörtern, dürfte vielleicht dazu beitragen, die Streitfrage zu klären, wenn nicht zu lösen.

Vor allem gilt es hier, der sehr verbreiteten Meinung entgegenzutreten, als werde durch die Blanco-Cession die auf den Namen eines bestimmten Gläubigers aufgestellte Urkunde rückwärts in ein Inhaberpapier verwandelt, so daß der Aussteller sich hinfort nur derjenigen Einreden gegen den Blanco-Cessionar bedienen dürfe, welche ihm auch gegen den Präsentanten eines Inhaberpapiers zustehen würden. Gegen diese — auch im Texte reprobirte — Ansicht sollte schon der naheliegende Einwand schützen, daß alsdann jeder Inhaber eines Schuldscheines, welcher irgend welche Einreden seitens des Schuldners zu besorgen hat, ja nichts weiter zu thun brauchte, als den Schuldschein mit einer Blanco-Cession versehen durch einen Dritten ausklagen zu lassen, damit dem Schuldner jegliche Einrede von vorn herein abgeschnitten werde. Nichtsdestoweniger hat man diesen Einwand durch die Behauptung entkräften zu können vermeint, der Aussteller habe die Möglichkeit einer Blanco-Cession voraussehen müssen, dürfe sich also über die ihm unbequemen Folgen derselben nicht beklagen. Allein darin liegt handgreiflich eine *petitio principii*, denn die Frage ist ja eben,

ob die Blanco=Cession den Schuldner der Einreden aus der Person des ersten Gläubigers beraube. Das Argument der Gegner fällt daher von selbst zusammen, sobald dargethan werden kann, daß eine Blanco=Cession die Schuldburkunde nicht in ein Inhaberpapier verwandelt.

Gegen diese Wirkung der Blanco=Cession sprechen aber außer dem schon im Text angezogenen Princip des Art. 3479 noch folgende Gründe:

1. Nach Art. 3121 soll die Ausstellung von Inhaberpapieren außer der Staatsregierung zunächst — im russischen Texte fehlt dieses Wort — den von dieser errichteten oder bestätigten öffentlichen Creditanstalten und Actiengesellschaften zustehen. Die hier ausgesprochene Beschränkung der Ausstellung von Inhaberpapieren hätte keinen Sinn, wenn man jeden beliebigen Schuldschein durch Blanco=Cession zu einem Inhaberpapier machen könnte, und man kann unmöglich voraussetzen, daß der Gesetzgeber eine soeben von ihm gegebene Vorschrift durch eine gleich darauf folgende Vorschrift selbst wieder habe illusorisch machen wollen.

2. Nach der Anmerkung zum Art. 3120 soll auch in dem Falle, wo der Schuldschein zu der Bezeichnung des Gläubigers selbst hinzufügt: „oder an den Inhaber,“ doch kein Inhaberpapier entstehen, sondern als Gläubiger nur der Cessionar des ersten Gläubigers gelten. Umsoweniger darf angenommen werden, daß dem Blanco=Cessionar bei einer Urkunde, welcher die Inhaberelausel fehlt, ein selbständiges Forderungsrecht, wie aus einem Inhaberpapier beigelegt werden soll.

Abgesehen hiervon wäre die Annahme, daß die Blanco=Cession die Urkunde rückwärts in ein Inhaberpapier verwandle, vom theoretischen Standpunkte geradezu eine Monstrosität*).

*) Es hat zwar den Schein, daß der Art. 3482 dieser Annahme insofern Vorbehalt leistet, als er das in Curland noch gültige Anastasianische Gesetz „auf Inhaberpapiere und in blanco cedirte Schuldbriefe“ für nicht anwendbar erklärt. Indessen ist wohl zu beachten, daß die Einrede aus jenem Gesetze nicht aus der Person des ersten Gläubigers entnommen ist, sondern aus der Person des klagenden Cessionars selbst, und wenn man dieses Moment in's Auge faßt, erhellt sofort, daß die Gleichstellung des in blanco cedirten Schuldbriefes mit dem Inhaberpapier durchaus nicht das Verhältniß des Ausstellers zu dem ersten Gläubiger berührt. Durch die Unanwend-

Mit ihr würden für jede Forderung, über die ein Schuldschein gleichviel welchen Inhaltes ausgestellt wurde, die materiellen Rechtsgrundsätze in praxi einfach abgeschafft sein und nur eine Formalobligation übrig bleiben. Die Willensrichtung des Ausstellers eines Rectapapieres ist aber von derjenigen des Ausstellers eines Inhaberpapieres so verschieden und die rechtliche Natur beider ist eine so heterogene, daß die Umwandlung eines Rectapapieres durch den von dem Gläubiger einseitig vollzogenen Act der Blanco=Cession in ein Inhaberpapier nicht anders, als unter Preisgebung der Grundprincipien des Vertragsrechts geschehen könnte.

Aus dem gleichen Grunde erweist sich die von Anderen versuchte Construction als unmöglich, derzufolge die Blanco=Cession des Provinzialrechts in Wahrheit ein Blanco=Indossament sein und eben deshalb die Einreden aus der Person des ursprünglichen Gläubigers ausschließen soll. Denn das, des Indossaments fähige, Ordrepapier — welches beiläufig in der Codification des Provinzialrechts gar nicht vorkommt — ist hinsichtlich seiner Entstehung und Natur gleichfalls total verschieden von dem Rectapapier, weshalb der rückwirkende Uebergang des Letzteren in das Erstere nicht stattfinden kann. Dazu kommt noch, daß die Blanco=Cession von der Codification selbst als eine Species der Cession behandelt wird und auch ihrer historischen Entwicklung nach eine wirkliche Cession ist. Wir sind wenigstens selbst Obligationen aus dem Anfange dieses Jahrhunderts zu Gesicht gekommen, auf denen sich eine vollständige Cessionsaufschrift befindet, in welcher nur der Name des Cessionars offen gelassen ist. Aus dieser (noch jetzt in Mecklenburg und Preußen üblichen) Form hat sich dann allmählich der Gebrauch entwickelt, daß der Cedent lediglich seinen Namen auf die cedirte Urkunde setzt, wodurch die juristische Natur eines solchen Vermerks indessen nicht verändert worden ist.

Als Resultat ergibt sich: Die Blanco=Cession ist eine wahre Cession, kein Indossament und auch keine Verwandlung eines Rectapapieres in ein Inhaberpapier: folglich

barkeit der lex Anastasiana auf die Blanco=Cession ist selbstverständlich jenes irrationelle Gesetz eigentlich aufgehoben, da wohl schwerlich Jemand es verabsäumen wird, sich die Cession in blanco ertheilen zu lassen, um der Ausflucht des Schuldners zu entgehen.

geht auf den Blanco=Cessionar das Forderungsrecht nur mit den Einschränkungen und in dem Umfange über, in welchem es dem Blanco=Cedenten zustand, und folglich kann durch sie die Lage des Schuldners nicht verschlimmert werden. Deswegen unterliegt aber auch die Blanco=Cession weiter keinen anderen Beschränkungen, als die Cession überhaupt (Art. 3468—70), und es kann somit auch die Urkunde über einen zweiseitigen Vertrag regelmäßig mit der Wirkung in blanco cedirt werden, daß der Cessionar gegen Leistung desjenigen, was dem Cedenten obliegt, die Forderung des Letzteren geltend machen darf (Band I, No. 88).

Schwieriger als die Gewinnung des vorstehenden Ergebnisses gestaltet sich die Beantwortung der Frage nach der Perfection und nach der Wirkung der Blanco=Cession für denjenigen, welcher sie von dem ursprünglichen Gläubiger empfängt. Hier herrscht in der Wissenschaft selbst viel Streit. Einige nehmen an, die Blanco=Cession sei ein unfertiger Rechtsact, der zu seiner Wirksamkeit nothwendig der Ausfüllung bedürfe. Diese Auffassung findet sich am schärfsten ausgeprägt bei Sohm, in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, XVII. S. 70 und 71*):

Die Blanco=Cession ist eine *cessio ad incertam personam*. Sie vollzieht sich durch eine Cessions=Urkunde, in welcher der Raum für den Namen des Cessionars offen gelassen ist. Der Wille des Cedenten ist, demjenigen cediren zu wollen, welcher die durch den ersten Empfänger der Urkunde oder dessen Rechtsnachfolger mit seinem Namen ausgefüllte Cessionsurkunde nimmt. Der erste Empfänger und ebenso der nachfolgende Eigenthümer der unausgefüllten Urkunde ist nicht der Cessionar. Ihm steht lediglich kraft des Willens des Cedenten die Möglichkeit, den Cessionar zu bestimmen, zu. Cessionar ist, wer in der vom Cedenten beabsichtigten Weise durch das Nehmen der ausgefüllten Urkunde seine Annahme der Cessionsofferte ausdrückt. Erst in diesem Moment bestimmt sich der Oblat der Cessionsofferte und perficirt sich der Cessionsvertrag zwischen dem Nehmer der Urkunde und dem Cedenten. So lange die Urkunde in blanco existirt, ist nicht cedirt. So lange die Urkunde in blanco existirt, ist der Cedent der Gläubiger. Die Blanco=Cession ist eine unfertige Cession. Die Blanco=Cession bringt zunächst eine Cessionsofferte, nicht einen Cessionsvertrag zu Stande, und zwar eine Cessionsofferte, welche *ad incertam personam*, an denjenigen gerichtet ist, welcher durch Nehmen der

*) In Betreff des Blanco=Indossaments vertritt dieselbe Ansicht R u n g e, im Archiv für deutsches Wechselrecht, XI. S. 148 und 149.

mit seinem Namen ausgefüllten Urkunde seinen Willen, annehmen zu wollen erklärt.

Damit übereinstimmend hat sich auch das D. N. G. zu Rostock ausgesprochen (Seuffert's Archiv XXII, 227 und 228).

Anderer sehen in der Blanco=Cession zwar auch nur eine Cessionsofferte, fordern aber zu ihrer Annahme nicht gerade die Ausfüllung der Cessionschrift, sondern überhaupt nur eine bezügliche Willenserklärung des Inhabers, z. B. Meibom*), das mecklenburgische Hypothekenrecht, S. 239 und 240:

Die Blanco=Cession ist nicht eine Cession an jeden Inhaber. Sie ist auch nicht eine Cession an denjenigen, auf dessen Namen die Blanco=Cessionsurkunde ausgefüllt wird. Sie enthält vielmehr eine Cession an denjenigen Inhaber der Blanco=Cessionsurkunde, welcher durch Ausfüllung derselben auf seinen Namen oder in anderer Weise den Willen erklärt, Cessionar zu werden. Durch Ausstellung der Blanco=Cessionsurkunde ist nur dasjenige geschehen, was zum Abschluß des Cessionsgeschäftes von Seiten des Cedenten erforderlich ist; damit derselbe zu Stande komme, ist ferner eine Willenserklärung desjenigen erforderlich, welcher das hypothekarische Recht erwerben will; bis dahin ist das Cessionsgeschäft unfertig, der Cedent als Gläubiger anzusehen, der Inhaber der Blanco=Cessionsurkunde noch nicht Gläubiger, aber in der Lage, durch eine in seinem Belieben stehende Handlung jederzeit Gläubiger zu werden, daher in Ansehung des wirthschaftlichen Erfolges einem Gläubiger gleichzuachten. Die Willenserklärung des Erwerbers kann darin bestehen, daß er sich als Cessionar in der Urkunde benennt, sie kann aber auch darin bestehen, daß er sich thatsächlich, z. B. durch Einziehung oder Eintragung der hypothekarischen Forderung, als Gläubiger verhält; es ist demnach die Geltendmachung des cedirten Rechts von vorgängiger Ausfüllung der Blanco=Cession nicht schlechthin abhängig. Wenn der Inhaber den in blanco cedirten Hypothekenschein weiter begiebt, ohne eine solche Handlung vorgenommen zu haben, so versetzt er den Empfänger in dieselbe Möglichkeit Cessionar zu werden, in welcher er sich befand; tritt derselbe als Cessionar ein, so erwirbt er die hypothekarische Forderung unmittelbar von dem Aussteller der Blanco=Cession. Der Hypothekenschein verwandelt sich durch die Blanco=Cession nicht in ein Inhaberpapier; er behält seine ursprüngliche Eigenschaft.

Eine dritte Meinung endlich erklärt die Blanco=Cession für eine Cession an den Inhaber und vindicirt demgemäß der in blanco cedirten Urkunde sowohl bezüglich ihrer Uebertragbarkeit, als auch bezüglich der Zulässigkeit der Vindication und Mortification den Character eines Inhaberpapieres. Zu ihren Vertretern gehört Achilles, die preußischen Gesetze über

*) Ihm folgt Bahlmann, das preußische Grundbuchrecht, 2. Aufl. S. 143.

Grund- und Hypothekenrecht*), Note 101 zu § 55, 2. Aufl. S. 115:

Wenn die Cession ein Modus zur Uebertragung des Eigenthums an Rechten ist und das Gesetz gestattet, daß Grundschulden ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden, so folgt, daß der Grundschuldgläubiger durch die Blancoabtretung sich seines Rechtes entäußert, allerdings nur zu Gunsten desjenigen, dem er in dieser Absicht den Schuldbrief mit der Blanco-Cession übergiebt, aber zugleich mit der rechtlichen Folge, daß jeder spätere Inhaber die Grundschuld begeben (veräußern) darf, ohne genöthigt zu sein, vorher die Abtretungserklärung auszufüllen und seinerseits eine weitere Cessionärsurkunde auszustellen. Der in blanco abgetretene Grundschuldbrief hat daher die Natur des Inhaberpapieres ebenso, wie der in blanco indossirte Wechsel.

In Betreff des in blanco indossirten Wechsels vgl. Thöl, Wechselrecht, § 263.

Von den referirten drei Auffassungen der Blanco-Cession kann die durch Sohm vertretene jedenfalls nicht befriedigen. Soll der Blanco-Cessionar, um das Forderungsrecht geltend zu machen, also auch um die Denunciation an den Schuldner vorzunehmen zu können, zuvor den Cessionsvermerk ausfüllen und sich eventuell einer Beweisführung des Schuldners darüber aussetzen müssen, daß die Ausfüllung unberechtigter Weise erfolgt sei — dann wird der Zweck, behufs dessen Verwirklichung der Verkehr zu dem Auskunftsmittel der Blanco-Cession gegriffen hat, nämlich die formlose Uebertragung des Forderungsrechts durch Uebergabe der Urkunde von Hand zu Hand, einfach vereitelt und die Blanco-Cession ist ein überflüssiges Institut.

*) Das preußische Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 besagt in § 55:

Grundschulden können ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden (Blancoabtretung). Jeder Inhaber erlangt dadurch das Recht, die Blancoabtretung durch einen Namen auszufüllen, die Grundschuld auch ohne diese Ausfüllung abzutreten, und die dingliche Klage anzustellen.

In Veranlassung dieses Paragraphen ist die Wirkung der Blanco-Cession auch in der preußischen Literatur zu einer Streitfrage geworden, namentlich in Bezug auf die Bindicabilität des in blanco abgetretenen Grundschuldbriefes. Während Achilles l. c., Dernburg, preußisches Privatrecht, I. S. 723 ff., Stobbe, deutsches Privatrecht, II. § 113 sub 4 diesem die Qualification des Inhaberpapieres beilegen, wird sie ihm andererseits abgesprochen von Bahlmann l. c. und von Förster, preußisches Privatrecht, I. § 64 a. G.

Dagegen wird die zweite Meinung von diesen Ausstellungen nicht betroffen und sie unterscheidet sich von der dritten, welche die Blanco-Cession als Cession an den Inhaber ansieht, zumal nach unserem Particularrecht (demzufolge der Cedent nicht mit der Cession, sondern erst in Folge der Depunciation aufhört Gläubiger zu sein, der Cessionar also, um ausschließlich forderungsberechtigt zu werden, zu letzterer schreiten muß) im praktischen Resultat nur dann, wenn die rechtliche Natur des in blanco cedirten Schuldbriefes festgestellt werden soll, nicht die Stellung seines Inhabers als Gläubiger gegenüber dem Schuldner. Nach der zweiten Meinung ist nämlich die Urkunde ein „de facto circulationsfähiges, de jure zur persönlichen Festigkeit bestimmtes“ (Bahlmann) Rectapapier; nach der dritten dagegen ein Inhaberpapier, dem nur die Eigenthümlichkeit beizuhohnt, daß es den Inhaber als Rechtsnachfolger eines individuell bestimmten Gläubigers legitimirt.

Dem Wortlaute des Provinzialrechts*) entspricht am besten die letzte Auffassung, welche auch in der hiesigen Praxis die herrschende ist. Einerseits stellen nämlich die Art. 3473 und 3478 die in blanco cedirten Schuldscheine mit den Inhaberpapieren zusammen, deuten somit unverkennbar an, daß jenen derselbe Character, wie diesen beizulegen ist, und andererseits läßt sich die Bestimmung des Art. 3473: „die mit einer Blanco-Cession versehenen Schuldscheine sind nach den für Inhaberpapiere geltenden Bestimmungen zu beurtheilen“ mit der Anschauung, daß die Cession in blanco einen „unfertigen“ Rechtsact enthalte, umsoweniger vereinigen, als ja die Codification im Anschlusse an die Theorie Gerber's dem Inhaber schon als solchem (Art. 3122) und nicht erst mit dem Moment der Präsentation des Papiere die Eigenschaft des Gläubigers beilegt**). Der in blanco cedirte Schuldschein hat also nach unserem Particularrecht die Natur eines Inhaberpapieres, insofern jeder Inhaber desselben ebenso als Cessionar des ursprünglichen Gläubigers, bzw. des späteren

*) Der § 187 des Reglements der livländischen adligen Güter-Credit-societät (von 1868), gestattet jede der oben referirten drei Auffassungen.

***) Die entgegengesetzte, m. E. richtigere Ansicht ist nach ihrer Andeutung durch Goldschmidt und Fhering jetzt angenommen von Förster, preußisches Privatrecht, I. 3. Aufl. S. 364.

Cedenten gilt, wie bei dem reinen Inhaberpapier nach Art. 3122 als Gläubiger.

Wir gelangen also zu dem Ergebnis: Die Blanco-Cession ist eine Cession an den Inhaber:

Aus diesem Grundgedanken resultiren folgende Consequenzen:

a) Der in blanco cedirte Schuldschein kann durch Uebergabe von Hand zu Hand übertragen werden (Anmerkung zum Art. 3473 und Art. 3123); ein Jeder, der Gläubigerrechte daraus geltend machen will, muß deshalb zu seiner Legitimation das Papier in der Hand haben und vorweisen. Ist das Blancopapier verlegt, so kann der Eigenthümer, der den Gewahrsam desselben nicht hat, das Forderungsrecht überhaupt nicht ausüben, es also auch zur Concursumasse des Ausstellers nicht anmelden; denn er ist ohne den Besitz des Papiers eben nicht Gläubiger.

b) So lange die Blanco-Cession unausgefüllt bleibt, tritt in dem Falle, daß der Schuldner die Urkunde selbst erwirbt, keine Confusion ein, sondern derjenige, welchem sie von dem Schuldner übergeben wird, gilt wiederum als Cessionar des ursprünglichen Gläubigers. Diese Annahme verträgt sich sogar mit der ersten Auffassung der Blanco-Cession. S. Seuffert's Archiv XXII, 227.

c) Der Schuldner darf — ebenso wie bei dem Inhaberpapier, Art. 3125 — dem Inhaber keine Einreden entgegensetzen, welche er gegen die Person eines früheren Inhabers gehabt hat, wenn dieser nicht durch den Schuldschein selbst, oder eine ausgefüllte Cession als Gläubiger legitimirt ist. Er darf sich daher auch auf die an einen solchen früheren Inhaber geleistete Zahlung, einerlei ob an Zinsen oder Capital, nicht berufen, es sei denn, daß dieselbe vermöge der sie begleitenden Umstände gegen den Präsentanten selbst eine Einrede begründet. Dergleichen darf der Aussteller sich wegen der Art, wie der Präsentant die Urkunde erworben hat (gleichviel also ob rechtmäßig oder unrechtmäßig), der Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht entziehen (Band I, No. 90*). Dagegen behält er, weil eben die Blanco-Cession eine wahre Cession ist, gegen den Inhaber alle ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zuständigen Ein-

*) In diesen Punkten gipfeln die gegen die Blanco-Cession erhobenen legislativen Bedenken. Vgl. Förster, preuß. Grundbuchrecht, S. 143 — 45.

reden in demselben Umfange, wie bei der gewöhnlichen Cession, also gemäß Art. 3474 nicht nur die aus dem Schuldverhältnisse selbst entspringenden Einreden (namentlich auch die *exc. non num. pecuniae*), sondern auch die außerhalb desselben wurzelnden, sofern sie nur entstanden waren, bevor der Blanco-Cessionar ihn von der Cession gehörig in Kenntniß gesetzt hat. Dazu gehört nothwendig, daß der vorgebliche Cessionar dem Aussteller auf Verlangen die mit der Blanco-Cession versehene Urkunde vorlegt; nach Befinden kann der Aussteller aber sogar die Ausfüllung der Blanco-Cession auf den Namen des Präsentanten fordern. (Siehe darüber unter g). So lange die Denunciation nicht in gehöriger Weise erfolgt ist, zahlt der Schuldner rechtsgültig an den ursprünglichen Gläubiger oder, wenn dieser die Annahme verweigert, zum gerichtlichen Depositum (Art. 3522) und, wenn über den Zeitpunkt, in welchem die Cession erfolgt bzw. dem Schuldner bekannt gegeben ist, Streit entsteht, so trifft die Beweislast den Blanco-Cessionar, welcher mit der Behauptung der früher bewerkstelligten Cession oder Denunciation eine Einrede des Ausstellers zu elidiren sucht.

In der Depositionsbefugniß liegt auch der Schutz des Ausstellers gegen die Conflict, in welche er sonst durch Anlage eines Arrestes auf die Schuldsomme gerathen könnte. Streiten nämlich der Arrestimpetrant und der Präsentant der in blanco cedirten Urkunde darüber, ob der Arrest vor oder nach der Erwerbung der Urkunde durch den Präsentanten stattgefunden habe, so geht das den Schuldner nichts an, indem er sich durch gerichtliche Deposition vor jeder Verantwortung zu schützen vermag, während das Gericht die deponirte Summe selbstredend erst nach Entscheidung des zwischen den mehreren Forderungsprätendenten ausgebrochenen Streites auszuzahlen, befugt ist.

d) Wie der in blanco cedirte Schuldschein gleich dem Inhaberpapier durch Uebergabe von Hand zu Hand veräußert wird, so unterliegt er auch hinsichtlich der Vindication der für Inhaberpapiere geltenden Beschränkung des Art. 3129 (Vgl. Band I, No. 73). Hinsichtlich seiner Mortification gilt hingegen nichts besonderes, da der Schuldner nach Art. 3540 diese, wenn der Gläubiger den Schuldschein nicht zurückgeben kann, in jedem Falle verlangen darf, ohne Unterschied ob ein Rectapapier oder ein Inhaberpapier in Frage steht.

e) Wie nur derjenige Eigenthümer des Inhaberpapieres wird, der dasselbe durch einen zum Erwerbe des Eigenthums geeigneten Rechtstitel *sine mala fide* erwirbt (Art. 3127 in Verbindung mit Art. 3129) und die Legitimation des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, welche einzig in der Innehabung gegeben ist (Art. 3122 und 3125), somit nicht zusammenfällt mit dem Eigenthum an dem Papier und dem daraus herfließenden Rechte auf die darin verschriebene Summe, so ist der Inhaber der in blanco cedirten Urkunde gegenüber dritten Personen (außer dem Schuldner) durch den Besitz nur präsumtiv als Eigenthümer bzw. Forderungsberechtigter legitimirt und es kann diese Präsumtion durch den Beweis des Erwerbes *mala fide* jederzeit zerstört werden. Es ist daher nicht unbedenklich, wenn die Praxis in Riga — anders als die preußische Grundbuchordnung § 80 und das mecklenburgische Hypothekenrecht (Meibom I. c. S. 244) — in blanco cedirte Obligationen zur Ingrossation und zwar auf den Namen des Inhabers zuläßt*). Das Grundbuch soll unbedingten öffentlichen Glauben genießen und dieser erscheint mir gefährdet, wenn eine Eintragung auf den Namen einer Person möglich ist, welche nur präsumtiv Eigenthümer der Urkunde ist, welcher aber später das behauptete Eigenthum abgesprochen werden kann.

f) Der Blanco=Cessionar hat gegen den Blanco=Cedenten, falls die Forderung nicht einzutreiben ist, den Regreß in demselben Umfange, wie ihn Art. 3124 bei dem Inhaberpapier gewährt (Vgl. Band I, No. 72, II, No. 195, III, No. 347); außerdem hat er als Cessionar des ursprünglichen Gläubigers gegen diesen selbst dann den Regreßanspruch aus dem Art. 3481, wenn er das Blancopapier nicht direct von ihm, sondern von einem Dritten erworben hat. Die Vorschrift des Art. 3481 ist übrigens nur auf den Fall des Verkaufes der Forderung zu beziehen, wogegen anderen Falls der Umfang des Regreßanspruches von der *causa cessionis* abhängt. Vgl. Band I, S. 153 Note * und Keller, Vorlesungen, § 281.

g) Die Inhaberqualität des in blanco cedirten Schuld-

*) Das livländische Hofgericht erachtet zwar den Blanco=Cessionar auch für legitimirt zu dem Antrage auf Ingrossation der Obligation, vollzieht letztere aber auf den Namen des ursprünglichen Gläubigers, was mir correcter erscheint.

ſcheines hört auf, ſobald die Ceſſion ausgefüllt wird, wozu jeder Inhaber präſumtiv berechtigt iſt. Aber auch der Schuldner kann ein Intereſſe an der Ausfüllung haben, ſofern davon z. B. die Sicherheit der Zahlung abhängig erſcheint. Iſt z. B. eine Obligation derart ausgeſtellt, daß beim Ausbleiben einer Zinsrate oder einer Capitalabzahlung das geſammte Schuldcapital ohne Kündigung bzw. auf einmal gefordert werden kann, ſo muß dem Schuldner dringend daran liegen, den Nachweis der rechtzeitig geleisteten Zahlung in Händen zu haben. Ob eine Quittung des Blanco-Ceſſionars auf der Obligation ſelbſt ausreicht, um den Schuldner zu ſchützen, erſcheint im Hinblick auf das ſub c Ausgeführte mindestens zweifelhaft. Verweigert aber der Blanco-Ceſſionar gar die Ertheilung des Quittungsvermerks auf der Obligation, zu der er nach Art. 3533 nicht gezwungen werden kann, ſo iſt der Schuldner, deſſen Lage durch die Ceſſion nicht verſchlimmert werden darf, unzweifelhaft berechtigt, die Zahlung von der Ausfüllung der Blanco-Ceſſion abhängig zu machen, um ſich den Beweis zu ſichern, daß er an einen legitimirten Empfänger gezahlt habe. Andererſeits erſcheint der Gläubiger durch die Ausfüllung der Blanco-Ceſſion in keiner Weiſe beſchwert, da es ihm jederzeit freiteht, die Urkunde mit einer neuen Blanco-Ceſſion zu verſehen.

563. Zur „gehörigen“ Benachrichtigung des Schuldners von der Ceſſion (Art. 3474 des Prov.-Rechts Th. 3)

gehört im Hinblick auf die Art. 3488 und 3489 l. c. auch, daß der Ceſſionar ſich dem Schuldner gegenüber glaubhaft als nunmehriger Gläubiger legitimirt, alſo ihm die nach Art. 3472 l. c. auszuſtellende Ceſſionsurkunde vorweiſt, ſofern der Schuldner dies verlangt. (Aus den Entſcheidungsgründen eines Erkenntniſſes der I. Section des Landvogteigerichts vom 7. November 1874, No. 188).

564. a) Unter mehreren Ceſſionaren derſelben Forderung hat derjenige den Vorzug, dem zuerſt cedirt worden iſt.

b) Derſelbe Grundſatz entſcheidet bei der Collision zwiſchen einem Ceſſionar und einem Arreſtimpetranten.

„Den Executionsimpetranten iſt zur Realisirung einer ihnen

wider die Impetratin Marie B. zustehenden judicatmäßigen Forderung ein Beschlag auf den der Marie B. von dem Hausbesitzer T. noch zu zahlenden Kauffschillingsrest nachgegeben und dem T. der betreffende Arrestzettel zugestellt worden, worauf derselbe am 28. Juli 1875 hier selbst angezeigt hat, daß die Marie B. allerdings eine Forderung an ihn habe, daß dieselbe aber erst am 1. März 1876 fällig und er daher erbötig sei, alsdann die beschlagene Summe von 40 Rbl. anher zu entrichten.

Am 13. November 1875 hat Intervenientin angezeigt, daß ihr die fragliche Kauffschillingsforderung von 200 Rbl. seitens der Marie B. am 24. März 1875 zufolge beigebrachten Notariats-Instrumentes cedirt worden sei, und auf Grund dessen beantragt, den somit auf ihre Forderung gelegten Beschlag wiederum zu heben. Die Impetranten haben darauf erklärt, daß sie nur ihr Geld verlangten, welches Impetrantin ihnen schulde; der Arrestträger T. aber hat bei dem Bemerkten, daß er erst nach dem 28. Juli 1875 von der Cession Kenntniß erhalten, gegen den Antrag der Intervenientin nichts eingewendet.

Um nun die rechtliche Begründung des Antrages der Intervenientin zu prüfen, muß von der Wirkung der Cession ausgegangen und festgestellt werden, ob schon durch diese selbst oder aber erst durch ihre Bekanntgabe an den Schuldner die cedirte Forderung auf den Cessionar übergeht. Für die letztere Annahme scheint der Art. 3474 des Prov.-Rechts Th. 3 zu sprechen, indem er besagt: der bisherige Gläubiger gilt ungeachtet der Abtretung noch so lange als Gläubiger, bis der Cessionar vom Schuldner Befriedigung erhalten . . . oder ihn wenigstens von der Abtretung gehörig in Kenntniß gesetzt hat. Vergleicht man aber damit den Art. 3475: der Cessionar ist befugt, die Rechte eines Gläubigers sofort in Anspruch zu nehmen, über die Forderung zu verfügen, sie anderweitig abzutreten und gegen den Schuldner geltend zu machen, so ergibt sich, daß der Uebergang der Forderung auf den Cessionar allerdings schon durch die Cession bewirkt wird und die Denunciation an den Schuldner nur die Bedeutung hat, daß sie den Cedenten der ihm bis dahin offenstehenden Möglichkeit beraubt, als legitimierter Gläubiger die Forderung gleichwohl gegen den Schuldner geltend zu machen. Sofern dies nicht geschehen ist, geht bei eintretender Collision der Cessionar dem Cedenten vor (vgl. die

zum Art. 3475 allegirte l. 55 D. de procurat. III, 3) und jedenfalls muß der Cedent das nach der Cession von dem Schuldner Gezahlte dem Cessionar herausgeben (Art. 3478 l. c.). Mit diesem Resultate stimmt denn auch die vorherrschende Ansicht der Doctrin überein (Windscheid, Pandekten, II. § 331. Seuffert's Archiv XIII, 246). Hat nun der Cedent, bevor der Schuldner von der Cession in Kenntniß gesetzt wurde, die Forderung an einen Anderen nochmals cedirt oder — was im Resultate auf dasselbe hinausläuft (Band I, S. 234) — verpfändet, so kann dieser zweite Cessionar oder Pfandgläubiger nach Art. 3476 nicht mehr Rechte erwerben, als der Cedent selbst noch hat, muß also im Falle der Collision dem ersten Cessionar ebenso weichen, wie der Cedent selbst (Windscheid, l. c. Note 10. Vangerow, Pandekten, III. § 575 Anmerkung 4). Demnach ist die in dem Provinzialrechte nicht entschiedene Controverse der gemeinrechtlichen Theorie, ob im Falle einer mehrfachen Cession die Priorität der Cession oder der Denunciation maßgebend sei, zu Gunsten der älteren Cession zu entscheiden. Derselbe Grundsatz muß aber auch für die hier vorliegende Frage, ob eine nach der Cession, aber vor ihrer Bekanntgabe an den Schuldner von einem Gläubiger des Cedenten bewirkte Pfändung der cedirten Forderung für den Cessionar verbindlich sei, den Ausschlag geben (vgl. Seuffert's Archiv VII, 301), weil die gerichtliche Pfändung einer Forderung dem Executionsimpetranten selbstredend auch nicht mehr Recht verschaffen kann, als der exquirte Schuldner selbst an derselben hatte. Folglich können die Executionsimpetranten ein Vorzugsrecht vor der Intervenientin, welcher die fragliche Kaufschillingsforderung der Impetratin an den Hausbesitzer T. bereits mehrere Monate vor der Beschlagnahme derselben für die Executionsimpetranten cedirt worden ist, nach Art. 1412, 1466 und 3476 l. c. nicht beanspruchen, weshalb die von ihnen erwirkte Beschlagnahme der Forderung dem Antrage der Intervenientin gemäß wiederum zu heben und Solches auch dem Arrestträger T. zu eröffnen ist.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 9. December 1875, No. 246).

Nachschrift des Herausgebers. Das römische Recht nimmt (nach der herrschenden Lehre) von dem Zeitpunkte der

Cession bis zu deren Bekanntgabe an den Schuldner bekanntlich einen Zwitterzustand als bestehend an, in welchem sowohl der Cessionar, als auch der Cedent über die cedirte Forderung soll disponiren dürfen (Windscheid, l. c. § 331, Note 8) und nur im Collisionssafte die Disposition des Cessionars derjenigen des Cedenten zu weichen hat (l. c. Note 10). Mit dieser unklaren Rechtslage, bei welcher zwei Gläubiger existiren, von denen doch keiner vollständig Gläubiger ist, mag sich begnügen, wer seine Befriedigung als Jurist in Quellenstudien findet. Prüft man die gedachte Lehre aber auf ihre logische Begründung und praktische Anwendbarkeit, so kann man sich der Ueberzeugung nicht verschließen, daß das römische Recht hier in seiner Entwicklung stecken geblieben und seine Auffassung vom Standpunkte des modernen Rechtsbewußtseins entschieden zurückzuweisen ist. (Vgl. auch Förster, preuß. Privatrecht, I. § 99 und § 96 Note 17). Indem sie nämlich unentschieden läßt, zu wessen Vermögen die Forderung in der Zwischenzeit zwischen der Cession und der Denunciation gehört, führt sie, sobald die Rechte Dritter an dem Vermögen des Cedenten oder des Cessionars in Frage kommen, praktisch zu allerlei Schwierigkeiten, die durch die l. 55 D. de procurat. weniger gelöst, als durchhauen werden. Unsere Zeit sieht aber in der Cession einfach eine Uebertragung der Forderung (Förster fügt hinzu: „ihrer Substanz nach“) von dem Cedenten auf den Cessionar und ich halte es nicht für möglich, einem Nichtjuristen klar zu machen, daß der Cedent die bereits cedirte und nach der Anschauung des Verkehrs dadurch aus seinem Vermögen bereits ausgeschiedene Forderung gleichwohl noch einmal cediren darf.

Diese moderne Auffassung der Cession, wonach der Cessionar mit Ausschluß des Cedenten als alleiniger Gläubiger gilt und der Schuldner nur, insofern er noch keine Kenntniß von der Cession erhalten hat, sich durch Vertrag mit dem Cedenten befreien kann, findet sich dann auch in fast allen neueren Gesetzgebungsarbeiten. Am entschiedensten ist der Gegensatz zu der römischrechtlichen Doctrin zum Ausdrucke gelangt in dem bürgerlichen Gesetzbuch für Sachsen § 968:

Die Abtretung hat die Wirkung, daß der Abtretende aufhört, Gläubiger zu sein, die Erfüllung der Forderung

nicht mehr verlangen, über die Forderung nicht weiter verfügen, sie nicht noch ein zweites Mal abtreten kann u. c. Einfacher und kürzer sagt dasselbe der allg. deutsche Entwurf von 1866, Art. 322:

Mit der Veräußerung der Forderung hört der Veräußerer auf, Gläubiger zu sein und der Erwerber tritt als neuer Gläubiger in die Forderung ein.

Vgl. ferner preußisches A. L. R., I. 11 § 376, 377. Oesterreichisches Gesetzbuch § 1392 und 1395. Code civil art. 1689—91. Codice civile italiano art. 1538—40. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Canton Zürich § 1025 und 1035. Bayerischer Entwurf, II. Art. 145 nebst den Motiven. Schweizerisches Obligationenrecht (Juli 1875) Art. 156 und 159.

Die Codification des Provinzialrechts giebt auch in diesem Punkte leider nichts anderes als ein Spiegelbild der zur Zeit ihrer Abfassung in Geltung gewesenen Doctrin und bietet in der vorliegenden Redaction noch zwei besondere Schwierigkeiten dar. Erstlich läßt sich nämlich der Art. 3461: „Forderungsrechte können von dem bisherigen Gläubiger auf einen neuen durch Abtretung oder Cession übergehen u. s. w.“ ungezwungen doch nur so verstehen, daß der Uebergang der Forderung auf den Cessionar der modernen Auffassung entsprechend eben durch die Cession erfolgt, der Cessionar also durch sie „neuer“ Gläubiger wird. Dann begreift man aber nicht, wie der Art. 3474, der doch nur eine Consequenz aus dem Princip des Art. 3461 enthalten sollte, gleichwohl bestimmen kann: „Der bisherige Gläubiger gilt ungeachtet der Abtretung noch so lange als Gläubiger, bis der Cessionar vom Schuldner Befriedigung erhalten, oder denselben gerichtlich belangt, oder ihn wenigstens von der Abtretung gehörig in Kenntniß gesetzt hat.“

Zweitens gewährt die Codification für die Entscheidung der Frage, was Rechtens sei, wenn eine Forderung mehrmals cedirt ist und die verschiedenen Cessionare mit einander über den Vorzug streiten, selbst gar keinen Anhalt, während sie diese Frage durch die Fassung der Art. 3474 und 3475 geradezu hervorruft. Zur Lösung dieses Zweifels muß das Mittel vielmehr außerhalb des Gesetzbuches in der mehrerwähnten l. 55 D. de procurat. gesucht werden, wenn man auf die Lösung nicht überhaupt verzichten will.

565. Der Schuldner kann einen ihm gegen den Cedenten zustehenden Anspruch nicht gegen den Cessionar zur Klage bringen.

Kläger führte an, er habe dem Zimmermann Peter B., welcher ihm ein Wohnhaus aus eigenem Material für 1560 Rbl. habe bauen und bis zum 18. Juli 1873 fertigstellen sollen, eine Obligation über den Betrag von 1500 Rbl. ausgestellt, welche B., nachdem er nur für 1069 Rbl. 17 $\frac{1}{2}$ Kop. Arbeiten geliefert und dann den Bau unvollendet stehen lassen, an Beklagten cedirt habe. Darauf wurde die Bitte gegründet, den Beklagten zur Auslieferung der Obligation gegen Empfang einer neuen, auf den Betrag von 1069 Rbl. 17 $\frac{1}{2}$ Kop. lautenden, anzuhalten.

Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte darauf am 1. December 1875 sub No. 238:

„Es muß zunächst eine Entscheidung über die Frage getroffen werden, ob die gegen den Beklagten als Cessionar angestellte Klage überhaupt rechtlich begründet ist. Dabei ist es von vornherein klar, daß die Frage der Verneinung unterliegt, sobald man die Klage als auf das zwischen dem Kläger und B. bestehende Vertragsverhältniß gegründet auffaßt, denn durch die Cession gehen nach Art. 3470 des Prov.-Rechts Th. 3 nur Rechte, aber nicht Verpflichtungen über, weshalb der Schuldner einen ihm gegen den Cedenten zustehenden Anspruch nicht gegen den Cessionar ausklagen kann*). Als *condictio sine causa* kann aber die Klage gleichfalls nicht bestehen, da die *causa* für die fragliche Obligation eben in dem Vertrage zwischen dem Kläger und B. liegt und Kläger, daß die Obligation eine gegen jeden Inhaber mit der *querela non num. pec.* anfechtbare**) Darlehensurkunde sei, nicht behauptet, sondern durch seine Anführung sogar eine begründete Einrede gegen dieses Rechtsmittel insofern geschaffen hat, als nach der Klagedarstellung die Auszahlung eines Darlehens von ihm gar nicht vorausgesetzt worden ist. Die Klage muß daher wegen mangelnder rechtlicher Begründung abgewiesen werden.“

Diese Entscheidung ging in Rechtskraft über.

*) Bezugnahme auf *Seuffert's Archiv* XXV, No. 208.

**) Vgl. *Bd. I, S. 234.*

566. a) Welche Ansprüche hat der Cessionar gegen den Cedenten, wenn der debitor cessus die Bezahlung der Forderung weigert, weil sie bereits vor der Cession durch Zahlung oder Compensationsvertrag mit dem Cedenten getilgt sei?
- b) Beweislast bezüglich der Nichtexistenz einer cedirten Forderung.

F. hatte beim Verkaufe seines Hauses an L. diesem zugleich eine Miethforderung an den Miether P. cedirt. Als F. auf Bezahlung des Kaufpreisrestes von 400 Rbl. klagte, wandte L. ein, er habe den cedirten Miethbetrag von P. nicht erlangen können, indem derselbe behauptete, Kläger habe bereits vor stattgehabter Cession seine Miethforderung auf eine Forderung des P. wegen im Auftrage des Klägers an dem Hause bewerkstelligter Reparaturen compensirt.

Die II. Section des Landvogteigerichts erkannte hierauf am 12. September 1874 sub No. 194, wie folgt:

„Zur Beurtheilung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Cedenten und dem Cessionar kommen vor Allem die rechtlichen Grundsätze in Betracht, welche für das der Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft (die causa cessionis) Geltung haben. Im vorliegenden Falle ist die Cession mittelst Kaufes bewerkstelligt worden Kläger hat in seiner Klage die Zahlung von 400 Rbl., einen Theil des auf 8323 Rbl. 63 Kop. bezifferten Gesamtkaufpreises, gefordert und Beklagter hat die Zahlung unter Hinweis darauf verweigert, daß die verkaufte Forderung gegen den Miether zur Zeit des Verkaufes gar nicht existirt habe, weil sie bereits erloschen gewesen sei, d. h. er hat behauptet, daß Kläger den Kauf nicht erfüllt habe. Die Einrede ist rechtlich begründet; denn war die verkaufte Forderung thatsächlich bereits erloschen, so hätte das Kaufobject gar nicht existirt, Verkäufer hätte den Vertrag jedenfalls nicht erfüllt und Käufer wäre berechtigt, den Kaufpreis zurückzuhalten. Da nun derjenige, welcher aus einem zweiseitigen Vertrage Klage führt, entweder gehörige Erfüllung anbieten, oder beweisen muß, daß er seinerseits bereits erfüllt habe, so wird Kläger den Beweis zu führen haben, daß er eine existente Forderung cedirt hat, d. h. daß er zur Zeit des Kaufabschlusses den ihm von P. zukommenden Miethzins noch nicht eingezogen oder

gegen Forderungen des P. verrechnet hatte Auf die durch gerichtliches Urtheil in einem Proceß zwischen dem Cessionar und dem debitor cessus ausgesprochene Nichtexistenz der cedirten Forderung könnte sich übrigens der Cessionar als Beweis der Nichtexistenz gegen den Cedenten nicht berufen, wenn ersterer z. B. ohne Streitverkündigung an den Cedenten (zu welcher der Cessionar unbeschadet seiner Ansprüche gegen den Cedenten nicht verpflichtet ist) und durch sein eigenes Verschulden dem debitor cessus den Beweis seiner Zahlungseinrede hat gelingen lassen, weil durch ein Urtheil formelle Wahrheit nur für die streitenden Theile und nicht für dritte Personen geschaffen wird, der Cedent aber jedenfalls als „dritte“ Person gelten muß, wenn der Cessionar eine selbständige Proceßpartei darstellt.“

Auf klägerische Berufung wurde die Beweisanzug gestrichen und Beklagter durch Querelbescheid des Riga'schen Rathes vom 8. Januar 1875, No. 122, zur Zahlung verurtheilt. Gründe:

„Wenn der Unterrichter der Erklärung des Beklagten, wonach Kläger bereits vor dem Verkaufe seines Hauses die dem Beklagten cedirte Miethforderung qu. mit dem Fuhrmann verrechnet haben soll, die Wirkung beimißt, daß Kläger von der Verpflichtung getroffen wird, den Beweis zu führen, die qu. Forderung weder bezahlt erhalten noch verrechnet zu haben, so gelangt er hierzu durch unnöthige Consequenzen des Sages, daß, wer aus einem vollständig gegenseitigen Vertrage auf Erfüllung klagt, zuvor gehörige Erfüllung anbieten oder beweisen müsse, daß er seinerseits den Vertrag erfüllt habe (Art. 3213 des 3. Theils des Prov.-Rechts). Der Unterrichter sieht nämlich in Folge obiger Erklärung des Beklagten als bestritten an, daß Kläger dasjenige geleistet habe, wofür er die Gegenleistung in Anspruch nimmt, und als Gegenstand dieser Vorleistung bezeichnet er die Abtretung einer noch bestehenden, d. h. einer noch nicht durch Zahlung oder Verrechnung aufgehobenen Forderung. Hierbei wird indessen übersehen, daß, wenn Kläger auch nur dann ein Recht auf die ihm vom Beklagten versprochene Gegenleistung geltend machen kann, wenn er zuvor selbst gehörig erfüllt hat, seine Beweispflicht doch nur auf bestimmte Momente, aus denen die Erfüllung geschlossen werden kann, erstreckt werden darf. Denn nach gütigen Proceßregeln ist der angreifende Theil nur schuldig, diejenigen Thatfachen zu beweisen, welche zunächst

und wesentlich zur Begründung des Angriffs nothwendig sind und, da bei Abtretung einer Forderung für einen als Gegenleistung stipulirten Kaufpreis der Anspruch auf den Kaufpreis begründet erscheint, sobald durch die Erklärung, die Forderung abtreten zu wollen, auch schon die Abtretung selbst erfolgt ist, so muß einleuchten, daß dem Cedenten, welcher den Cessionar wegen der für die Abtretung stipulirten Gegenleistung in Anspruch nimmt, nur der Beweis zur Last fällt, daß der Abtretungsact, d. h. die Erklärung abtreten zu wollen, zu Stande gekommen sei. Wollte man hingegen die Beweispflicht des Cedenten auch darauf erstrecken, daß er bei der Abtretung nicht dolos verfahren, resp. nicht schon vor der Abtretung die betreffende Forderung incassirt gehabt habe, so würde dadurch, abgesehen von der Schwierigkeit, wenn nicht gar Unmöglichkeit eines solchen Beweises, eine selbständige Behauptung, durch welche das Klagerecht als in seinem Entstehen verhindert dargestellt werden soll und welche der sich darauf stützende Excipient zu beweisen hat, mit Unrecht in das Gebiet des Klagebeweises hineingezogen werden. Insbesondere aber steht nach den Proceßregeln fest, daß, wer aus einem Rechtsgeschäft eine Klage herleitet, die Präsumtion für sich hat, bei diesem Geschäft nicht in dolo versirt zu haben, und daß diese Präsumtion erst durch den Beweis des Gegentheils gestört wird.

Zu vorliegendem Falle hat mithin nicht dem Kläger der Beweis aufgelegt werden dürfen, daß er nicht zum Gegenstande der zwischen ihm und Beklagten vereinbarten Abtretung eine nicht mehr bestehende Forderung gemacht habe.

Aber auch den Beklagten hat nach Lage der Sache nicht die Beweislast treffen können. Denn Beklagter hat nicht die Ungültigkeit des Forderungsverkaufs wegen eines dabei stattgehabten dolus des Verkäufers behauptet, sondern zu seiner Vertheidigung nur angeführt, daß ihm eine Gegenforderung zustehe; daß diese für ihn dadurch entstanden sei, daß der debitor cessus sich weigere, die vom Kläger dem Beklagten cedirte Forderung im Betrage von 362 Rbl. 50 Kop. zu bezahlen, daß der debitor cessus als Grund seiner Weigerung eine bereits stattgehabte Empfangnahme des Forderungsbetrages durch den Kläger vorgebe und daß Kläger den Betrag der cedirten Forderung von der geklagten Forderung in Abzug zu bringen habe. Damit

nun dem Beklagten der Beweis auferlegt werden könne, müssen die vorstehenden Thatsachen relevant sein; das sind sie aber nicht. Denn eine Compensation dürfte nach Art. 3552 und 3553 des 3. Theils des Prov.-Rechts nur eintreten, wenn die dazu bestimmte Forderung des Beklagten klar, unbestritten und fällig wäre. Diese Eigenschaften gehen der vom Beklagten behaupteten Forderung vollständig ab. Daß eine Empfangnahme des Forderungsbetrages seitens des Klägers schon vor der Cession stattgehabt hätte, ist nicht einmal vom Beklagten selbst behauptet worden, geschweige denn vom Kläger zugestanden worden. Es bedarf, um in dieser Beziehung Klarheit gewinnen zu lassen, erst einer gehörigen Geltendmachung der dem Beklagten abgetretenen Forderung gegen den *debitor cessus*; nicht dessen Vorgeben, sondern die richterliche Entscheidung wird dann ergeben, ob er wirklich, und zwar schon vor der Abtretung, dem Kläger Zahlung geleistet habe.

Eine solche Entscheidung ist auch nothwendige Voraussetzung für die Berechtigung des Beklagten, wegen Erfasses des ihm vorenthaltenen Betrages der cedirten Forderung den Kläger in Anspruch zu nehmen. Denn an dem materiellen Inhalt einer Forderung geht durch deren Cession keine Veränderung vor; sie geht auf den Erwerber mit allen an ihr haftenden Mängeln und Einreden über; der bisherige Gläubiger ist zwar verpflichtet, Alles, was zum Beweise der Forderung dient und ihre Durchsetzung befördern kann, dem Cessionar zu überlassen, er haftet ihm aber nur für die Richtigkeit der Forderung (Art. 3478, 3481 l. c.). Daß also in *casu* von dem *debitor cessus* die Verpflichtung zur Bezahlung der cedirten Forderung bloß in Streit gezogen worden ist, setzt die Verhaftung Klägers noch keineswegs außer Streit; am wenigsten aber könnte zur Zeit, wo Beklagter noch nicht einmal gegen den *debitor cessus* Klage erhoben hat, von einer Fälligkeit seiner Regreßansprüche an den Cedenten die Rede sein.

Wenn mithin diejenigen Thatsachen, auf welche Beklagter seine Compensationseinrede stützt, zu deren Begründung nicht geeignet sind, so ist Beklagter mit dieser Einrede um so mehr abzuweisen, als es sich ihm gegenüber um die Verfolgung von

Rechtsansprüchen handelt, welche durch den zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufcontract vollkommen liquide gestellt werden.“

567. Statthastigkeit eines Arrestes auf die von dem verurtheilten Schuldner zum gerichtlichen Depositum gezahlte Schuldsomme behufs Sicherung einer Gegenforderung.

R. deponirte, nachdem er vom Wettgerichte zur Zahlung an D. verurtheilt worden war, den Betrag der judicatmäßigen Schuld in einem Bankschein zu Gericht und suchte gleichzeitig um einen Arrest auf das eingezahlte Geld behufs eines im Vorproceße wegen Illiquidität ad separatam verwiesenen Gegenanspruches nach, indem er zu diesem Behufe eine Caution bestellte. Wider das, den Arrest bestätigende und den Antrag des Gläubigers D. auf Auszahlung der deponirten Schuldsomme abweisende Verfügungen des Wettgerichts vom 21. September 1874 querulirte D. bei dem Riga'schen Rath, wurde jedoch mittelst Querelbescheides vom 8. Januar 1875, No. 119, abgewiesen.

„Der Zweck des Arrestes — heißt es in den Gründen — ist die Sicherung einer Forderung, die in ihrer Realisirung in irgend einer Weise gefährdet erscheint. Voraussetzung ist daher für die Nachgabe des Arrestes einmal die Existenz einer Forderung und sodann die Gefährdung ihrer Realisirung. Die Stadtrechte Lib. II Cap. XV § 1 schreiben daher die Nachweisung dieser Umstände vor; sie fügen aber zugleich hinzu, daß wenn diese Nachweisung nicht sogleich möglich und des Verzugs halber eine Gefahr zu besorgen wäre, der Arrest auch nachgegeben werden könne, wenn der Arrestimpetrant eine genugsame Caution leiste. Die Bestimmung über die Genügllichkeit einer angebotenen Caution kann als quaestio facti nur dem richterlichen Ermessen überlassen sein.

Eine Gefahr für die Realisirbarkeit einer Forderung muß aber dann angenommen werden, wenn der Schuldner die Disposition über ihm zu zahlende Gelder erhält, ohne daß es dabei im Uebrigen zugleich feststeht, daß er in jedem Augenblick als zahlungsfähig und zahlungswillig zu erachten sei; einen solchen Nachweis ist aber der Kläger nach den Riga'schen Stadtrechten

Lib. II Cap. XIII § 2 zu fordern berechtigt und der Beklagte zu leisten verpflichtet, da nach dieser Gesetzesstelle der Beklagte zu caviren hat, daß er das, was ihm aberkannt werden solle, auch zahlen wolle.

Eine solche Caution ist nun aber von dem Querulanten in vorliegendem Falle nicht einmal angeboten, noch weniger geleistet, auch von ihm nicht nachgewiesen worden, daß er von der Leistung solcher Caution gemäß § 3 ibid. durch den Besitz liegender Gründe in dieser Stadt befreit wäre. Wenn in solchen Umständen nun allerdings eine Gefahr für die Realisirbarkeit der geltend gemachten Forderung gesehen werden kann, so muß die Nachgabe des Arrestes für begründet erachtet werden, zumal von Seiten des Arrestimpetranten für einen aus einem hinterher als unrechtfertig sich erweisenden Arreste dem Arrestimpetraten etwa erwachsenden Schaden in der deponirten Cautionssumme eine Sicherheit geleistet worden ist. Daß diese Summe etwa nicht ausreichend sei, ist vom Querulanten nicht einmal behauptet, geschweige denn wahrscheinlich gemacht worden; sie muß vielmehr im Verhältniß zur arrestirten Summe als ausreichend erscheinen.

Was nun den Gegenstand des Arrestes betrifft, so kann ein solcher nicht bloß, wie Querulant meint, eine Sache, sondern auch ein jegliches Guthaben des Arrestimpetraten sein, und dabei muß es gleichgültig erscheinen, an wen dem Arrestimpetraten dieses Guthaben zusteht. Erforderlich erscheint es nur, daß dieses Guthaben selbst nicht durch den Arrest gefährdet werde. Dem wird aber durch eine gerichtliche Deposition des Guthabens jedenfalls vorgebeugt. Daß aber die Zahlung an den Gläubiger unter Umständen auch durch eine gerichtliche Deposition ersetzt werden darf, ist nicht zweifelhaft (Art. 3522 des Prov.-Rechts). Unter diese Umstände gehört nun auch der Fall, wenn die Leistung an den Gläubiger wegen einer Beschlagnahme auf sein Vermögen nicht erfolgen darf und es muß dabei als gleichgültig angesehen werden, ob die Beschlagnahme schon eine geraume Zeit vorausgegangen ist, oder ob sie gleichzeitig mit dem Moment der Deposition eintritt, resp. vom Gericht erwirkt und nachgegeben wird. Es ist kein Zweifel darüber, daß nach der gerichtlichen Praxis der Stadtgerichte dem Arrestimpetranten auf von ihm zum Besten des Impetraten bei Gericht deponirte

Summen der Arrest nachgegeben wird*), wobei es allerdings dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, ob nicht besondere concrete Umstände die Arrestlegung in dem einzelnen Falle als unzulässig erscheinen lassen. Solche Umstände haben aber im vorliegenden Falle nicht erkannt werden können, da die vom Querulanten hervorgehobene Beschränkung in seiner Disposition und der Wunsch nach Freiheit in der Verfügung nichts besonderes ist, sondern wohl bei jeder Arrestlegung als Erscheinung auftritt.“

568. Bei zweiseitigen Verträgen kann der Erfüllungsort für jeden Contrahenten ein anderer sein.

„Kläger meint, der Vertrag sei, insofern sowohl die Ablieferung, als auch die Bezahlung des Kaufpreises in Riga habe statthaben sollen, hier zu erfüllen. Bei der Bestimmung des Erfüllungsortes ist indessen stets daran festzuhalten, daß derselbe für jeden Contrahenten ein anderer sein kann und es für die Annahme eines forum contractus somit der Constatirung dessen bedarf, daß der Beklagte in Riga habe erfüllen sollen, möge auch für den Kläger ein anderer Erfüllungsort begründet sein**). Nun hat Kläger ausdrücklich angeführt, Beklagter habe im März d. J. in Witebsk die Wrake der Sleepers bewerkstelligen und gleich darnach 50 pCt. des Kaufpreises zahlen sollen, während die Ablieferung des ersten Drittheils der Sleepers in Riga bis zum 15. Mai befristet war, so daß die Zahlung also nach der Klagedarstellung gleichfalls in Witebsk erwartet wurde, bzw. erfolgen mußte. Dann war aber allerdings für diese Leistung des Beklagten Witebsk der Erfüllungsort und, da die Klage auf Schadensersatz wegen Unterlassung der Wrake und der fälligen Kaufpreiszahlung gerichtet ist, so erscheint für sie ein Gerichtsstand des Erfüllungsortes, in welchem allerdings auch die Klage auf Leistung des Interesse wegen Nichterfüllung erhoben werden kann***), nicht

*) Für die Statthastigkeit eines solchen Arrestes hat sich auch das Vogteigericht ausgesprochen in den Bescheiden vom 7. Februar 1876, No. 18 und vom 14. October 1876, No. 138.

***) Vgl. Archiv f. prakt. Rechtsw. n. F. XI, S. 79—81.

****) Vgl. Band II, S. 2. Erkenntniß der I. Section des Land-

in Riga, sondern nur in Witebsk begründet.“ (Aus den Motiven eines Bescheides des Wettgerichts vom 20. September 1875, No. 722).

569. Beweislast in dem Falle, wo darüber Streit entsteht, ob die von dem Beklagten zurückgegebene Sache dieselbe sei, welche er vom Kläger zur Reparatur, Aufbewahrung u. s. w. empfangen hat.

Kläger hatte dem Pelzhändler P. einen Iltispelz zum Festnähen einiger getrennter Nähte übergeben. Nach bewerkstelligter Reparatur entdeckte er, daß der ihm zugesandte Pelz nicht der feinige, vielmehr kürzer, enger und von anderer Färbung war, wieweil er denselben Kragen und dieselben Aufschläge hatte. Auf die gegen P. angestellte Klage wegen Rücklieferung des ihm übergebenen Pelzes bzw. Ersatz des erweislichen Schadens erklärte dieser, er habe einen Iltispelz mittlerer Qualität und Größe vom Kläger zur Reparatur empfangen und denselben nach Festnähen der getrennten Nähte ihm wiederum zugesandt, ohne daß er daran etwas geändert habe.

Dem in dieser Sache ergangenen Appellations-Erkenntnisse des Riga'schen Rathes vom 25. August 1876, No. 5397, entnehme ich Folgendes:

„Bei der Beurtheilung dieser Streitsache ist das Vogteigericht von der Ansicht ausgegangen, daß hier ein Verdingungsvertrag vorliege, daß die Vertheidigung des Beklagten in der Einrede der Solution bestehe und daß, da nach Art. 4228 und 4235 des Prov.-Rechts Th. 3 zur Erfüllung eines Verdingungsvertrages, bei welchem es sich um Reparatur einer bestimmten Sache handelt, die Ablieferung dieser Sache nach vollendeter Arbeit gehöre, die Beweislast dem Unternehmer zuzufallen habe, wenn von Seiten des Bestellers die Identität der von dem Unternehmer vorgelegten Sache mit der zur Reparatur gegebenen bestritten wird

Appellant behauptet dagegen, daß in seiner Erklärung: „Kläger habe einen Pelz mittlerer Größe und Qualität über-

vogteigerichts vom 11. September 1874, No. 166. Querelbescheid des Riga'schen Rathes vom 20. Juni 1875, No. 4302.

bracht und habe denselben Pelz, den er abgeliefert habe, auch zurückerhalten“ eine negative Litiscontestation und keineswegs die Einrede der Solution liege. Durch den ersten Theil seiner Erklärung: „Kläger habe einen Pelz mittlerer Qualität und Größe überbracht“ habe er den vom Kläger behaupteten Verdingungsvertrag: „er habe seinen schönen Pelz zur Reparatur übergeben“ in Abrede gestellt, und durch den zweiten Theil seiner Erklärung, „Kläger habe denselben Pelz, den er abgeliefert, auch zurückerhalten,“ werde die juristische Bedeutung der ersten Entgegnung nicht alterirt. Seine Antwort sei vielmehr so zu construiren: den vom Kläger behaupteten Verdingungsvertrag habe er überhaupt nicht geschlossen; denjenigen Verdingungsvertrag, welchen er geschlossen, habe er erfüllt. Es hätte daher Kläger zuerst zu beweisen gehabt, daß der von ihm behauptete Verdingungsvertrag wirklich geschlossen worden sei, d. h. daß er seinen schönen Itispelz zur Reparatur gegeben habe. Es wäre also Sache des Klägers gewesen, den Beweis zu erbringen und namentlich darzuthun, daß der zurückverlangte Pelz übergeben worden sei. Ein solcher Beweis sei aber von dem Kläger nicht einmal versucht worden, denn der unternommene enthalte irrelevante Thatsachen; es sei daher der Kläger nach dem Grundsatz: „actore non probante reus absolvitur“ mit der Klage zurückzuweisen gewesen.

Die Ansicht des Beklagten und Appellanten über die processualische Lage der Sache und den Character der Klagebeantwortung kann indeß auch oberrichterlich nicht getheilt werden; es muß vielmehr der Anschauung des Unterrichters beigetreten werden, daß in der Behauptung des Beklagten: „er habe den ihm übergebenen Pelz zurückgegeben“ die Einrede der Erfüllung des Verdingungsvertrages liege, daß daher ihm, dem Beklagten als Excipienten der Beweis aufliege und daß dieser Beweis sich auch auf die Identität des zurückgegebenen mit dem erhaltenen Pelze zu beziehen habe, falls in der Elision dieser Einrede solche Identität und damit die behauptete Solution selbst bestritten wird.“

Nachschrift des Herausgebers. Das zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bestehende rechtliche Band wird gelöst (obligatio solvitur), oder m. a. W. das Forderungsrecht

erlischt durch Erfüllung, wenn der Gläubiger dasjenige erhält, was er vermöge der Obligation von dem Schuldner zu erhalten hatte*). Von der „Erfüllung“ oder „Solution“ einer bestimmten Obligation kann man daher nur reden, wenn der Inhalt bzw. Gegenstand derselben feststeht, oder doch als feststehend gedacht wird.

Geht man hiervon aus, so kann ein Zweifel darüber, wen die Beweislast trifft, wenn über die Identität der von dem Schuldner restituirten mit der ihm übergebenen Sache Streit herrscht, überhaupt nicht entstehen. Sind nämlich

1. die Parteien über den Gegenstand der Obligation, d. h. über die Eigenschaften und Merkmale der hingegebenen Sache, einig und steht nur in Frage, ob die Leistung des Schuldners diesen Eigenschaften und Merkmalen entsprochen habe, also „Erfüllung“ der Obligation gewesen sei, so fällt der Beweis selbstverständlich dem Schuldner zu. Zum Beispiel: der Kläger hat bei dem Beklagten eine goldene Uhr nebst goldener Kette versetzt, der mit der Einlösung derselben beauftragte Dienstbote hat aber eine Uhr mit einer Talmi-Goldkette zurückgebracht, während der Beklagte behauptet, ihm die empfangene goldene Kette eingehändigt zu haben. Selbstredend ist dies eine Einredebehauptung und vom Beklagten zu beweisen. Oder es hat ein Kaufmann auf Bestellung eines anderen diesem zwei Kisten Indigo zusenden sollen, bei der Oeffnung der Kisten auf der Empfangsstation der Eisenbahn erweist sich indessen, daß die Kisten Sand und Steine enthalten. Hier ist es ebenso zweifellos Sache des Absenders zu beweisen, daß er Kisten mit Indigo zur Beförderung auf die Bahn gegeben hat. Anders verhält es sich aber, wenn

2. der Streit den Gegenstand der Obligation selbst, d. h. die Merkmale und Eigenschaften der dem Schuldner hingegebenen Sache, betrifft. In diesem Falle muß der Gläubiger, welcher die Rückgabe einer Sache mit bestimmten Merkmalen verlangt, beim Widerspruche des Schuldners natürlich zur Begründung seines Anspruches beweisen, daß die von ihm hin-

*) Puchta, Pandekten, § 287: „Zahlung ist die Leistung dessen, was geschuldet wird.“ Keller, Vorlesungen, § 268: „es muß gerade das geleistet werden, was der Creditor zu fordern hatte.“

gegebene Sache die behauptete Beschaffenheit gehabt hat. Zum Beispiel: A und B miethen von einem Pferdeverleiher Pferde zu einem gemeinschaftlichen Spazierritt, der Eine einen Schimmel, der Andere einen Fuchs. Bei der Ablieferung stellt sich heraus, daß der Schimmel eine Verletzung erhalten hat, die seine Brauchbarkeit wesentlich beeinträchtigt. Der Pferdeverleiher klagt nun gegen B auf Schadensersatz, indem er behauptet, diesem den Schimmel vermietet zu haben; B erklärt dagegen, sich nicht mehr zu erinnern, ob er den Schimmel oder den Fuchs geritten habe, versichert indessen, daß sein Pferd jedenfalls unverletzt zurückgegeben sei. Es wird wohl Niemand im Zweifel darüber sein, daß der Kläger, um mit seiner Forderung durchzubringen, beweisen muß, daß er gerade den Schimmel an B vermietet hat. Oder eine Dame giebt einem Juwelier einen Schmuck zur Reparatur. Als sie ihn zurückerhalten hat, wird constatirt, daß die an ihm befindlichen Steine unecht sind. Sie klagt gegen den Juwelier auf Entschädigung, weil ihr Schmuck echte Steine gehabt habe, wogegen dieser erklärt, den empfangenen Schmuck gerade so, wie er ihn erhalten, nur reparirt, zurückgestellt zu haben. Auch hier wird wohl Jedermann die Klägerin für beweispflichtig halten.

Wie hiernach in dem oben referirten Rechtsfalle zu entscheiden war, wird der Leser selbst herausfinden.

570. Beweispflicht des Gläubigers, welcher die Herausgabe des in den Händen des Schuldners befindlichen Schuldscheines verlangt.

Kläger behauptete, Beklagter habe ihm über verschiedene rückständige Lohnbeträge Schuldscheine ausgestellt und diese ihm einmal — vorgeblich zum Zwecke einer Abrechnung — abverlangt, worauf Kläger sie dem Beklagten übergeben und von ihm nicht wieder zurückerhalten habe.

Die II. Section des Landvogteigerichts erkannte am 14. März 1875 sub No. 41:

„Kläger hat seiner eigenen Angabe nach die Urkunden freiwillig dem Beklagten übergeben und diese Uebergabe hat kraft gesetzlicher Vorschrift die Rechtsvermuthung zur Folge, daß das

Schuldverhältniß als nunmehr aufgehoben anzusehen sei, in welchem Falle Kläger zum Besitze der Urkunden nicht mehr berechtigt ist. Will Kläger diese Schlußfolgerung nicht gegen sich gelten lassen und behauptet er, daß die Rückgabe der Urkunden in diesem Falle aus einem anderen Grunde und nicht in der Absicht, daß die Schuld als getilgt angesehen werden solle, erfolgt sei, so muß er diese Behauptung beweisen.“

571. Zur Anwendung des Artikels 3539 des Prov.-Rechts Th. 3.

Klagende Handlung hatte dem Beklagten ein ihr von diesem gegebenes Wechselaccept wiederum zurückgegeben. Beklagter gründete auf diesen Umstand die Behauptung, daß die zur Klage gebrachte Kaufpreisforderung bis zum Beweise des Gegentheils als bezahlt gelten müsse.

Diese Ansicht wurde in dem Erkenntnisse der I. Section des Landvogteigerichts vom 19. Januar 1874, No. 12, verworfen.

„Beklagter — heißt es daselbst — erachtet den von ihm zu führenden Beweis für vollständig erbracht, da der streitige Wechsel zerrissen und ihm von der Klägerin zurückgegeben sei, was nach Art. 3539 des Prov.-Rechts Th. 3 einen vollen Beweis für die Bezahlung desselben bilde. Allein diese Auslegung des Art. 3539 ist insofern unrichtig, als derselbe in Entscheidung einer sowohl in der gemeinrechtlichen Doctrin*), als auch in der neueren Gesetzgebung**) bestehenden Controverse, ob das Zurückgeben, Zerreißen u. des Schuldscheines für die Bezahlung

*) Vgl. einerseits Mühlenbruch, Pandekten, II. § 469. Seuffert, Pandektenrecht, II. § 284 Note 14a. Unger, System, II. § 130 Note 23. Puchta, Pandekten, § 287; andererseits Sintonis, Civilrecht, II. § 103 Note 91. Arndts, Pandekten, § 262 a. G. Windscheid, Pandekten, II. § 344 Note 5. Keller, Vorlesungen, § 270. Lang, krit. Beleuchtung des bayer. Entw., II. S. 128.

**) Vgl. einerseits bürgerl. Geszb. f. Oesterreich, § 1428; andererseits preußisches A. L. R., I. 16 § 98; sächsisches Geszb., § 982; bayerischer Entw., II. Art. 219. Code civil art. 1282 et 1283. Schweizer Entwurf von 1875, Art. 136. Das privatrechl. Geszb. für den Canton Zürich stellt in dieser Beziehung überhaupt keine Rechtsvermutung auf.

lung, oder für die Tilgung der Schuld eine Rechtsvermuthung begründe, — bestimmt, daß unter den gedachten Voraussetzungen die Schuld präsumtiv „getilgt“ sei, was nicht blos durch Bezahlung, sondern auch durch alle übrigen der in dem 10. Titel des 4. Buches des Provinzialrechts genannten Aufhebungsarten der Forderungen durch Uebereinkunft der Betheiligten geschehen kann. Im vorliegenden Falle hat aber Beklagter behauptet und ist ihm zu beweisen auferlegt worden, daß er auf die klägerische Rechnungsforderung wegen verkaufter und gelieferter Weine eine Abzahlung von 900 Rbl. geleistet habe, und das wird durch die Tilgung der fraglichen Wechselverbindlichkeit keineswegs bewiesen. Denn einmal enthält die Annahme eines Wechsels für eine bestehende Schuld an sich noch keine Novation der letzteren*), vielmehr hat der den Wechsel annehmende Gläubiger, wenn derselbe untergeht oder ihm sonst keine Befriedigung gewährt, immer noch den Anspruch aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse, weshalb aus der bloßen Tilgung der Wechselschuld noch nicht folgt, daß damit auch die Kaufpreisforderung der Klägerin bezahlt sei. Sodann ist aber auch aus der Correspondenz der Parteien zu entnehmen, daß der fragliche Wechsel gar nicht behufs Bezahlung der klägerischen Forderung, sondern blos zu dem Zwecke vom Beklagten ausgestellt worden ist, der Klägerin ein Equivalent für den bei ihr genossenen Credit zu gewähren, das heißt m. a. W. um als s. g. Depotwechsel zu dienen.“

572. Der Besitz der Schuldburkunde begründet keine Vermuthung dafür, daß die Schuld nicht bezahlt sei.

„Allerdings liegt in der Rückgabe einer Schuldburkunde an den Schuldner eine und zwar nicht nur thatsächliche, sondern rechtliche Präsumtion für die Tilgung der Schuld. Es kann in solchem Falle aber nicht per argumentum e contrario zurückgeschlossen werden; es läßt im Gegentheil aus der nicht erfolgten Rückgabe der Schuldburkunde an den Schuldner sich nicht ohne weiteres der Fortbestand der Schuld vermuthen. Denn

*) Vgl. Band II, S. 102. III, S. 444. Entsch. des D. H. G. zu Leipzig VII, S. 43—48 und die dortigen Allegate.

zwischen der Handlung der Rückgabe und der bloßen Unterlassung der Rückgabe liegt ein wesentlicher Unterschied, weil, während eine Handlung ohne Beweggrund nicht wohl denkbar ist, die Unterlassung in bloßer Sorglosigkeit und Unachtsamkeit ihre Erklärung findet und die Erfahrung lehrt, daß Schuldurkunden nur zu oft aus bloßer Nachlässigkeit oder Vertrauensseligkeit von dem Zahler in des Gläubigers Besitz gelassen werden. Ist nun schon nach dem zum Art. 3539 des Prov.-Rechts Th. 3 angegebenen Quellen eine Vermuthung für die Tilgung der Schuld eben nur in der freiwilligen Rückgabe der Schuldburkunde von Seiten des Gläubigers an den Schuldner, nicht aber auch schon in dem bloßen Besitz der Schuldburkunde von Seiten des Schuldners*), welcher in diesen Besitz auch ohne vorgängige freiwillige Rückgabe durch den Gläubiger gelangt sein kann, zu finden, so muß vollends die Stütze, welche Quereulant, um von der Beweislast befreit zu werden, in dem seinerseitigen (des Gläubigers) Besitz der Schuldburkunde sucht, für eine unzureichende erachtet werden.“ (Aus den Motiven eines Querelbescheides des Riga'schen Rathes vom 13. October 1876, No. 6344).

573. Ueber die Voraussetzungen der nach Art. 3552 des Prov.-Rechts Th. 3 für die Zulässigkeit der Compensationseinrede erforderlichen Liquidität.

I. Beklagter erklärte auf die klägerische Forderung von 59 Rbl. 24 Kop., daß er dem Kläger nur 5 Rbl. 24 Kop. schulde, da von jener Forderung verschiedene Gegenforderungen, die er näher specificirte, im Gesamtbetrage von 54 Rbl. in Abzug zu bringen seien. Mit seinem Antrage, den Beklagten mit seinen illiquiden Gegenforderungen ad separatim zu verweisen, von der I. Section des Landvogteigerichts abgewiesen und zur Einlassung auf diese Gegenforderungen angehalten, wandte sich Kläger im Wege der Berufung an den Riga'schen Rath, der jedoch mittelst Querelbescheides vom 30. Januar 1876, No. 703, das Verfüg. erster Instanz bestätigte. Gründe:

*) Vgl. Gruchot, die Lehre von der Zahlung der Geldschuld, S. 206 bis 210. Seuffert's Archiv I, 202. V, 262. XIV, 18. XIX, 138 und 223.

„Als Motiv seiner Entscheidung hat das Landvogteigericht die Erwägung hingestellt, daß nach seiner Praxis*) im ordentlichen Proceß eine „Illiquidität“ der einredeweise in Anwendung gebrachten Compensation erst vorliege, nachdem der Kläger sich über die ihr zu Grunde liegenden thatsächlichen Behauptungen erklärt hat. Diese Motivirung muß als eine wohlbegründete anerkannt werden. Was für den Executivproceß als Regel gilt, ist auf den ordentlichen und den gewöhnlichen summarischen Proceß nicht schlechthin anwendbar. Die Verbindung eines sofortigen Nachweises des wahrhaften Bestehens einer zur Compensation geeigneten Forderung mit der Compensationseinrede selbst, wie sie im Executivproceß allerdings erforderlich ist, darf außerhalb des Executivprocesses nicht verlangt werden, da es für ein solches Verlangen an jeder gesetzlichen Grundlage gebricht. In Anlehnung des Art. 3552 Th. 3 des Prov.-Rechts muß im Gegentheil eine Antwort auf die einer vorgeschützten Compensationseinrede zu Grunde liegenden thatsächlichen Behauptungen dem Proceßgegner abgenöthigt werden können, weil nach Maßgabe dieses Artikels die Liquidität einer zur Compensation zu bringenden Forderung eben darin liegt, daß sie klar und „unbestritten“ ist. Um über die Liquidität oder Illiquidität einer solchen Forderung überhaupt entscheiden zu können, hat der Richter sonach in jedem Fall danach zu forschen, ob die Forderung bestritten wird oder nicht, und es war sonach ganz in der Ordnung, wenn der Unterrichter dem Querulanten aufgab, auf die Gegenforderungen seines Proceßgegners sich einzulassen.“

II. „Streitig ist, ob die beklagterseits geltend gemachte Lohnforderung, welche Klägerin als durchaus unberechtigt bezeichnet, gegen die geklagte Darlehensforderung in Verrechnung gebracht werden kann. Was diesen Punkt anbetrifft, so kann der Klägerin nicht beigegeben werden, wenn sie die Lohnforderung des Beklagten als illiquid und zur Compensation nicht geeignet bezeichnet. Die klägerischerseits gebrauchten Worte: „durchaus unberechtigte Lohnforderung,“ „überall unwahre Behauptungen,“ „illiquide Gegenforderung“ müssen schon im all-

*) Vgl. Band III, S. 219.

gemeinen für ganz ungenügend erachtet werden, um einen Gegenanspruch zurückzuweisen; denn proceßrechtlich ist nur das specielle und nicht das allgemeine, in unbestimmten Ausdrücken sich bewegende Leugnen von Bedeutung. Was insbesondere das Wort „illiquid“ betrifft, so schließt dasselbe ein Urtheil in sich, zu welchem man nur auf Grund bestimmter Thatfachen gelangen kann. Veruft sich daher eine Proceßpartei auf die „Illiquidität“ einer Forderung*), so muß sie diese Thatfachen anführen, damit der Richter zu ermessen im Stande ist, ob und inwiefern die Forderung in der That illiquid ist und zu einem Beweisverfahren Veranlassung geben müßte. Die Entscheidung darüber kann nicht der Partei überlassen werden, welche sich auf die Illiquidität stützt

Im vorliegenden Falle muß die Gegenforderung des Beklagten, auch wenn sie illiquid ist, schon um deswillen in diesem Proceße Berücksichtigung finden, weil eine Compensation mit der geklagten Darlehensschuld vertragsmäßig eintreten sollte.“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Bescheides der II. Section des Landvogteigerichts vom 1. Mai 1874, No. 88).

574. Ueber die Zulässigkeit der Compensation im Concurse.

I. Der von dem Curator der Concurssmasse des insolventen B. wegen Bezahlung einer Schuld von 116 Rbl. 60 Kop. belangte Beklagte wollte eine Forderung aus einem vom Cridar am 29. Januar 1873 an des Beklagten Ordre ausgestellten und vor der Concurseröffnung fällig gewordenen Solawechsel zur Aufrechnung bringen.

Das Erkenntniß des Vogteigerichts vom 9. November 1874, No. 165, verwarf die Compensationseinrede aus folgenden Gründen:

*) Von den neueren Gesetzen haben das römischrechtliche Requisite der Liquidität der zu compensirenden Forderung ganz gestrichen: das privatrechtl. Gesetzb. für den Canton Zürich, das sächsische Gesetzbuch, der allgem. deutsche Entwurf Art. 367 und der schweizer Entwurf von 1875 Art. 178. Dagegen ist es beibehalten in dem preussischen A. L. R., I. 16 § 359, im österreichischen Gesetzbuch § 1438 (vgl. Dernburg, Compensation, S. 579); im code civil art. 1291 = codice civile italiano art. 1287 und im bayerischen Entwurf Art. 185.

„Um deswillen, weil etwa dem Beklagten schon vor der Concurseröffnung eine Forderung wider den Cridar zugestanden hat, kann keineswegs angenommen werden, daß eine Tilgung der geklagten Schuld eingetreten sei. Denn durch das Vorhandensein einer Gegenforderung des Schuldners wird dessen Schuld nicht von selbst aufgehoben; damit dies geschehe, muß die Compensation von dem Schuldner ausdrücklich in Anspruch genommen worden sein (Art. 3559 des Prov.-Rechts Th. 3). Nun hat Beklagter aber nicht einmal behauptet, daß er schon vor der Concurseröffnung die Compensation gegen die geklagte Schuld geltend gemacht und zur Anerkennung gebracht hätte, woher denn auch nicht angenommen werden kann, daß die in Rede stehende Schuld schon vor der Concurseröffnung auf diesem Wege getilgt worden wäre. Wenn dagegen die Concurseröffnung für alle Gläubiger des Cridars die Wirkung übt, daß keiner von ihnen einzeln für sich Befriedigung zu erlangen vermag, eine solche vielmehr für alle Gläubiger nach ihrer Rangordnung und im Verhältnisse zur Gesamtmasse gleichzeitig eintritt, so folgt daraus, daß die nicht schon vor der Concurseröffnung zur Compensation benutzten Forderungen an den Cridar nach derselben als Forderungen im Concurse anzumelden und zu behandeln sind und nicht auf Kosten der Masse, welche ihrerseits*) an den betreffenden Gläubiger eine Forderung hat, einzeln befriedigt werden können.“

Dagegen wurde in dem Quereelbescheide des Riga'schen Rathes vom 31. Januar 1875, No. 859, die Compensation zugelassen und darüber bemerkt: „Allerdings kann im Concurse gegen eine Forderung des Cridars nicht jede Forderung des Schuldners aufgerechnet werden. Vielmehr hängt die

*) Es liegt hier anscheinend die irrige Auffassung zu Grunde, als erlange die Concursmasse (richtiger das Corps der Concursgläubiger) ein selbständiges Forderungsrecht an die Schuldner des Cridars, während die Concursgläubiger doch nur befugt sind, die Forderungen des Cridars, welcher hinsichtlich derselben nach wie vor Gläubiger bleibt, zu ihrer Befriedigung zu realisiren, und zum Schutze dieser Befugniß dem Cridar das Dispositionsrecht über seine ausstehenden Forderungen entzogen wird. Ähnlich der Cession ist dieses Rechtsverhältniß allerdings, aber auch nur ähnlich, weil die Concursgläubiger ein fremdes Forderungsrecht zu eigenem Vortheil ausüben, der Cessionar hingegen nach heutigem Recht selbst Gläubiger wird. Vgl. Seuffert's Archiv XI, 105. XXII, 103.

Zulässigkeit einer Compensation wesentlich von dem Zeitpunkt ab, in welchem die Gegenforderung, deren Aufrechnung beabsichtigt wird, erworben wurde. Während nämlich für eine Forderung, welche schon an den Creditar bestand, die Compensation im Concurse dann ausgeschlossen ist, wenn deren Bedingungen und Voraussetzungen allererst nach dem Concursausbruch eingetreten sind, ist es dagegen ein wie von der Rechtslehre, so von der Gerichtspraxis unangefochten gebliebener Grundsatz, daß jede Gegenforderung an den Creditar auch im Concurse compensationsfähig ist, wenn jene Bedingungen und Voraussetzungen schon vor der Concursöffnung vorhanden waren. Denn es existirt schlechterdings kein Gesetz und auch kein Rechtsgrund, aus welchem das bereits wohlerworbene Recht des einzelnen Gläubigers dem Creditar gegenüber in solcher Hinsicht gekränkt oder geschmälert werden könnte. Der Unterrichter hat zwar unter Hinweis auf den Art. 3559 Th. 3 des Prov.-Rechts die Anschauung vertheidigt, daß eine Compensation, um im Concurse wirksam auf dieselbe sich berufen zu können, schon vor der Concursöffnung geltend gemacht sein muß. Eine solche Tragweite kann aber diesem Artikel des Provinzialrechts nicht zuerkannt werden, welcher vielmehr nur ganz allgemein feststellt, daß durch das Vorhandensein einer Gegenforderung an sich noch nicht die Schuld aufgehoben wird, sondern die Gegenforderung, deren Compensation mit der Schuld in Anspruch genommen wird, vom Schuldner geltend gemacht werden muß. Dieser Artikel sagt also, wenn kein fremder Sinn in ihn hineingetragen werden soll, nicht mehr, als daß durch die bloße Existenz von Forderung und Gegenforderung noch nicht die eine wie die andere verhältnißmäßig von selbst erlischt, sondern daß, um diese Erlöschung zu erringen, von der Compensationsbefugniß Gebrauch gemacht werden muß, weil eben eine Verpflichtung zur Ausübung dieser Befugniß rechtlich nicht besteht. Die Anschauung des Unterrichters wird schon durch die nachfolgenden Artikel 3560 und 3561 widerlegt, indem nach ersterem die Berufung auf Compensation dem Schuldner zu jeder Zeit, auch nach dem Urtheil bei der Execution oder Zahlung zusteht und nach letzterem durch Compensation die Forderung von dem Zeitpunkt an ganz oder theilweise getilgt wird, wo die Gegenforderung ihr als compensabel gegenüberstand.

Ist nun aber im Allgemeinen anzuerkennen, daß gegen eine schon vom Cridar, nicht erst von dessen Concurssmasse, erworbene Forderung jede schon vor der Eröffnung des Concursses vom Schuldner an den Cridar erworbene Gegenforderung aufgerechnet werden darf, ohne daß diesem Grundsatz eine vor der Eröffnung des Concursses unterlassene Geltendmachung der Compensation zu präjudiciren vermag, so ist ferner für den concreten Fall anzuerkennen, daß es der Gegenforderung des Beklagten an den Eigenschaften nicht gebricht, welche eine Compensationsfähigkeit rechtlich begründen. Beide Forderungen, die des Cridars und seines Schuldners, des Beklagten, waren unbestritten vor dem Ausbruch des in Rede stehenden Concursses erworben; der Gegenstand beider Forderungen ist vollkommen gleichartig, nämlich Geld; die Gegenforderung ist durch eine notariell beglaubigte Urkunde liquid gestellt und sie ist in gleicher Weise wie die des Cridars fällig, — alle gesetzlichen Erfordernisse für die Statthaftigkeit einer Aufrechnung sind also vorliegenden Falls gegeben. (Prov.=Recht Th. 3, Art. 3576).“

II. Gegenüber der Klage des Concursscurators wegen Bezahlung einer dem Cridar W. zustehenden Forderung berief sich der Beklagte darauf, daß ihm aus einem mit dem Cridar abgeschlossenen Dienstvertrage eine Gegenforderung zustehe. Der Concursscurator beantragte darauf, den Beklagten zur Bezahlung der von ihm anerkannten Schuld zu verurtheilen und ihn mit seiner illiquiden Gegenforderung ad separatum zu verweisen.

Die II. Section des Landvogteigerichts erkannte darauf am 3. März 1875 sub No. 28, wie folgt:

„Zur Begründung seines Antrages hat der Concursscurator sich auf den Art. 3552 des Prov.=Rechts Th. 3 berufen. Nach einheimischem Proceßgebrauch vereinigt der Concursscurator in sich die gemeinrechtlich getrennten Functionen eines Güterpflegers und Contradictors. In der letzteren Eigenschaft liegt ihm vornehmlich die Durchführung der Liquidationsproceße ob. Mag er nun hierbei die Gesamtheit der Gläubiger, oder den der Gerichtsstandsfähigkeit entkleideten Cridar vertreten, der Anspruch des Concurssschuldners auf Verrechnung seiner Gegenforderung bleibt in Recht und Billigkeit gleichmäßig begründet,

von welchem Gesichtspunkte aus auch ausgegangen werde. Der Zweck des Concursverfahrens besteht in einer genauen Ermittlung des Activ- und Passivbestandes, die wiederum nicht anders, als durch eine umfassende vermögensrechtliche Auseinandersetzung mit den Gläubigern und den Schuldnern des Creditars herbeizuführen ist. Um nun bestimmen zu können, zu welcher Kategorie von Betheiligten derjenige gehöre, welcher der Masse zugleich verschuldet ist und von ihr zu fordern hat, muß die Liquidation in der Weise vor sich gehen, daß Schuld und Anspruch gegen einander aufgewogen werden. Je nachdem sich das Saldo hierhin oder dorthin neigt, wird das so gewonnene Resultat zur Bildung eines selbstbezeichneten Activ- oder Passivpostens für die Masse verwerthet werden können. Sieht man die Gläubiger in ihrer Gesammtheit als die durch den Concurscurator repräsentirten Kläger an, so kommt in Betracht, daß sie ohnehin gehalten sind, die Abwicklung aller einzelnen Liquidationsprocesse abzuwarten, weil die zu ihrem Besten vorzunehmende Vertheilung der Masse nicht früher stattfindet, als bis es feststeht, was zur Ausschüttung vorhanden ist und welche Forderungen daran zu participiren haben. Wird die Verurtheilung des geständigen Schuldners bis zur Entscheidung über seine, jedenfalls in dem nämlichen Concursverfahren auszutragenden Gegenansprüche vertagt und ergeht in beiden Sachen ein einziger, das Facit der Berechnung zusammenfassender Spruch, so erleiden die Mitgläubiger des Creditanten keine „unbillige Verzögerung.“ Wohl aber könnte ebenso sehr von einer unbilligen Bereicherung der Concursgläubiger, wie andererseits von einer unbilligen Schädigung des Concursschuldners gesprochen werden, wenn man den letzteren nöthigen wollte, voll an die Masse zu zahlen, in der Aussicht, das indebite Geleistete nur zum Theil, oder möglicherweise gar nicht wieder zu erlangen. Auch dürfte nicht zu übersehen sein, daß umgekehrten Falls die Liquidität einer angemeldeten Forderung nicht zur sofortigen Befriedigung führt und der betreffende Gläubiger sich fraglos die Entgegenstellung illiquider Ansprüche seitens der Masse gefallen lassen muß. Die Gleichberechtigung der streitenden Theile würde gestört sein, wollte man dem Einen versagen, was dem Andern zu thun freisteht. Der Creditar aber — und dieser ist als der eigentliche Kläger anzusehen — hat offenbar kein Interesse dabei, ob er

seine Schuld im Concurse liquidirt, oder nach Beendigung des Concurses mit der Nachhaftung in Anspruch genommen wird. Also auch er erleidet durch eine Zulassung der Compensations= einrede keine „unbillige Verzögerung *).“ Auf Grund des Vorstehenden ist, unter Zurückweisung des curatorischen Antrages und unter Aufhebung der seitherigen Proceßkosten, dem Exhibenten der Beweis aller derjenigen Behauptungen aufzugeben, auf denen seine Gegenforderung beruht.“

• Diese Entscheidung erlangte Rechtskraft.

575. Beweislast bei obwaltendem Streit über den Inhalt eines den früher geschlossenen Vertrag aufhebenden Vertrages.

Ein von den Parteien über einen Heuschaber zum Preise von 80 Rbl. geschlossener Verkauf war von ihnen wiederum rückgängig gemacht worden, nachdem der Käufer auf den Kaufpreis 78 Rbl. vorausbezahlt hatte. Der Verkäufer zahlte darauf dem Käufer 68 Rbl. zurück, verweigerte aber die Rückgabe der restirenden 10 Rbl. unter dem Vorgeben, daß er in die Aufhebung des Kaufes erst gewilligt habe, nachdem der Käufer ihm 10 Rbl. als Entschädigung zugesagt habe.

*) Der Herausgeber hält gleichfalls dafür, daß von dem Erforderniß der „Liquidität“ der Compensations= einrede im Concurse abzugehen ist, weil sonst aus der Unbilligkeit gegen den Kläger, die durch dieses Erforderniß vermieden werden soll, sehr leicht eine Unbilligkeit gegen den beklagten Schuldner wird und sogar eine offenbare Ungerechtigkeit, wenn man diesen zwingen wollte, an die Concursmasse zu zahlen und die hinterher klagend durchgeführte Gegenforderung ohne Aussicht auf Befriedigung in der Passivmasse zu liquidiren.

Richtiger als das Verfahren der österreichischen Concursordnung vom 25. December 1868, welche über die Voraussetzung der Liquidität nichts bestimmt, es also bei dem § 1438 des bürgerl. Gesetzbuches bewenden läßt, und der preussischen Concursordnung § 96, hzw. des ihr folgenden Art. 1071 des von der Dorpater Justiz= Commission ausgearbeiteten Entwurfes, welche ausdrücklich die Compensation im Concurse nur unter dem Vorhandensein der „gesetzlichen“ Erfordernisse (A. Z. R. I. 16 § 359. Prov.= Recht Art. 3552) eintreten lassen, erscheint es mir daher, daß die Concursordnung für das deutsche Reich § 47 bestimmt, die Bedingtheit einer Gegenforderung hindere ihre Aufrechnung nicht, und in den Motiven die illiquiden Forderungen den bedingten ausdrücklich gleichstellt.

Auf Klage des Käufers wegen Rückzahlung der streitigen 10 Rbl. erkannte die I. Section des Landvogteigerichts am 17. December 1875 sub No. 253:

„Die Beweislast trifft nach Lage der Sache den Kläger. Denn die mit beiderseitiger Zustimmung erfolgte Aufhebung des Kaufes begründet an sich noch nicht einen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung dessen, was er zur Erfüllung des Vertrages seinerseits geleistet hat, während ein solcher Anspruch allerdings nach Art. 3729 des Prov.-Rechts Th. 3 begründet sein würde, falls der Kauf wegen eines, seine rechtliche Wirksamkeit in Frage stellenden Mangels aufgehoben worden wäre. Vielmehr heißt es im Art. 3575 *ibid.*, daß der Vertrag über die Aufhebung eines bereits erfüllten Vertrages, soweit er eine Rückgabe des Geleisteten stipulirt, eine neue Forderung begründet, die also mit der Vertragsklage, nicht mit einer *Condition* verfolgt wird. Da nun Kläger behauptet, der aufhebende Vertrag sei dahin gegangen, daß er die gesammten 78 Rbl. zurückerhalten solle, Beklagter hingegen angiebt, es sei nur die Rückzahlung von 68 Rbl. vereinbart worden, so muß Kläger den seiner Forderung zu Grunde liegenden Inhalt des Vertrages nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweispflicht nothwendig beweisen.“

576. Anfangspunkt der Verjährung einer Forderung, die der Schuldner bezahlen soll, „sobald seine Umstände es gestatten.“

Beklagter begegnete der am 20. September 1874 angestellten Klage aus einem von ihm am 2. Januar 1863 ausgestellten Schuldscheine, in welchem er sich verpflichtet hatte, ein vom Kläger empfangenes Darlehen „sobald es seine Vermögensumstände gestatten,“ zurückzuzahlen mit der Einrede der Verjährung.

Die II. Section des Landvogteigerichts erkannte darauf am 10. December 1874 sub No. 265, wie folgt:

„Die im Art. 3620 des Prov.-Rechts Th. 3 festgesetzte regelmäßige Verjährungsfrist von 10 Jahren beginnt nach Art. 3623 l. c. zu laufen, sobald die Forderung dergestalt begründet ist, daß gegen den Schuldner geklagt werden kann, ohne daß eine Weigerung von der einen oder eine Mahnung von der anderen Seite stattgefunden zu haben braucht. Bei bedingten

und befristeten Forderungen muß die Bedingung eingetreten bzw. die Frist verstrichen sein. Im vorliegenden Falle fragt es sich, ob die der Schuldverschreibung eingefügte Klausel: „und verpflichte mich zu zahlen, sobald es meine Vermögensumstände gestatten“ als eine Befristung anzusehen und ob dieselbe im Stande sei, die Nativität der Klage aufzuhalten. Es muß diese Frage mit Entschiedenheit verneint werden. Der besprochene Zusatz kann nach Absicht der Parteien nicht zu dem Zweck hinzugefügt worden sein, um die Zahlungsfrist ganz dem Ermessen oder der Willkür des Schuldners anheimzustellen. Auf den Zeitpunkt der Klageentstehung hat der Zusatz seiner Unbestimmtheit wegen gar keinen Einfluß; nur insofern wird demselben nach der Praxis eine Bedeutung zugesprochen, als dem Schuldner — erforderlichen Falls nach dem Ermessen des Gerichts — eine angemessene Zahlungsfrist bewilligt wird*). Das Klagerecht der Klägerin resp. ihres Rechtsvorgängers war mithin am 1. Januar 1863 entstanden; am 2. Januar wurde die Forderung durch Ausstellung des Schuldscheines anerkannt, von diesem Tage lief die Verjährung und am 2. Januar 1873 ist die Verjährungsfrist abgelaufen.“

577. a) Klage aus dem Darlehen, oder aus dem Schuldschein?

b) Kann die *querela non num. pec.* nach provinziellem Recht nur gegen Urkunden, die den Empfang eines Darlehens bescheinigen, oder auch gegen andere Schuldscheine geltend gemacht werden? (Vgl. Band II, No. 277).

c) Einrede der Trunkenheit.

Klägerin hatte angebracht: Beklagter habe am 2. Juni 1875 von ihr ein Darlehen von 450 Rbl. erbeten und erhalten, über welches er ihr zuerst einen Verpflichtungsschein ausgestellt habe, welcher ihr nicht sicher genug erschienen und deshalb von ihr dem Beklagten zurückgegeben worden sei. Am 8. Juni habe ihr Beklagter dann den anbei übergebenen Schuldschein:

Rubel Vierhundert und fünfzig von Fräulein L. erhalten

*) Vgl. Band I, No. 95.

habe und schuldig zu sein, bescheinige hiermit. Termin vom 8. bis 15. Juni abzugeben.

Riga, den 8. Juni 1875.

Wm. R.

überbracht, in welchem er sich verpflichtet, spätestens am 15. Juni v. J. ihr die fraglichen 450 Rbl. zu bezahlen. Da Beklagter solches bisher nicht gethan, beantrage sie ihn zur Zahlung von 450 Rbl. sammt Renten zu 5 pCt. vom 16. Juni 1875 zu verurtheilen.

Beklagter leugnete, von der Klägerin jemals ein Darlehen empfangen zu haben, und führte hinsichtlich der Entstehung des Schuldscheines an, daß Klägerin ihn, als er in einen höchst berauhten Zustand versetzt gewesen, zu dessen Ausstellung verführt habe.

Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte am 1. März 1876 sub No. 47, wie folgt:

„Wie aus vorstehendem Referat erhellt, ist die Klage nicht, oder wenigstens nicht ausschließlich auf das behauptete Darlehen gegründet, sondern auf den beigebrachten Schuldschein, welchen Beklagter als von ihm ausgestellt anerkennt. Mit dem Rechtsmittel wegen Nichtempfanges kann die Wirksamkeit dieses Schuldscheines nicht angegriffen werden, weil er eines Darlehens gar nicht erwähnt und nach Art. 3679 des Prov.-Rechts der Aussteller sich des genannten Rechtsmittels nicht bedienen kann, wenn der Schuldschein nicht über ein eigentliches Darlehen ausgestellt ist. Ueberhaupt qualificirt sich der beigebrachte Schuldschein nicht als bloßes Beweismittel, sondern er enthält eine Disposition, einen Verpflichtungsact. Indem Beklagter in demselben bescheinigt, der Klägerin 450 Rbl. schuldig zu sein und verspricht, dieselben bis zum 15. Juni 1875 abzugeben, hat er das Vorhandensein einer Schuld an die Klägerin anerkannt und deutlich seinen Willen bekundet, gemäß diesem Anerkenntnisse verpflichtet zu sein. Diese Willenserklärung, welche von der Klägerin durch Entgegennahme des Schuldscheines acceptirt worden ist, hat nach der übereinstimmenden Praxis aller städtischen Gerichte die Wirkung, daß es auf die Existenz eines früheren Schuldverhältnisses unter den Contrahenten nicht ankommt und Klägerin ihre Forderung nicht mehr aus dem angeblichen Darlehensvertrage herzuleiten braucht, sondern in dem Schuldschein einen selbst-

ständigen Forderungs- und Klagegrund besitzt*). Durch die Ausstellung des Scheines hat Beklagter das von ihm Anerkannte als richtig und der Wahrheit entsprechend gelten lassen wollen und an diese Willenserklärung kann Klägerin sich halten, wodurch ein Zurückgreifen auf die Entstehung und Begründung des klägerischerseits als der ursprüngliche Schuldgrund behaupteten Darlehens überflüssig wird.

Kommt es hiernach auf das dem Schuldschein zu Grunde liegende Rechtsverhältniß zur Begründung der Klage nicht weiter an und kann folgerichtig von der Klägerin eine Beweisführung nicht weiter gefordert werden, so unterliegt doch der durch Ausstellung und beziehungsweise durch Annahme des Schuldscheines vollzogene Anerkennungsvertrag hinsichtlich seiner Giltigkeit oder Aufsechtbarkeit den für Schuldverträge überhaupt bestehenden gesetzlichen Vorschriften und somit auch allen Einreden, welche den Mangel der zum Zustandekommen jedes Vertrages gehörigen Willensbestimmung der Contrahenten (Art. 3131 Ann. 2 und Art. 2953 l. c.) zum Gegenstande haben**). Beklagter behauptet in dieser Beziehung, Klägerin habe ihn, als er in einen höchst berauschten Zustand versetzt gewesen — daß Klägerin ihn in diesen Zustand versetzt habe, ist nicht behauptet — zur Ausstellung des Scheines verführt. Trunkenheit kann aber nach Art. 2914 l. c. die Willensfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, einen freien Entschluß zu fassen oder mit Absicht und Ueberlegung zu handeln, allerdings ausschließen, sobald sie einen gewissen Grad erreicht hat, was natürlich nur nach den concurrirenden Umständen des concreten Falles sich beurtheilen läßt und wozu es nicht nothwendig gehört, daß die Trunkenheit völlige Bewußtlosigkeit bewirkt hat***). Wenn also Beklagter den Beweis

*) Vgl. Band II, S. 125, 128. Band III, S. 153, 157, 426—32, 437.

***) Vgl. Band III, S. 157, 160, 437.

****) Seuffert's Archiv III, 4. XIII, 243. In dem Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 3. December 1874, No. 222, heißt es: „Die Einrede der Trunkenheit ist nach Art. 2914 l. c. zwar relevant, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß sie die Fähigkeit, einen freien Entschluß zu fassen, bzw. mit Absicht und Ueberlegung zu handeln, ausschließt. Dies geht jedoch daraus, daß Beklagter beim Handelsabschlusse getrunken und sich auch einen Rausch angelegt hat, noch nicht hervor, indem ein bloßer Rausch die Willensfreiheit nicht aufhebt.“

Siehe übrigens noch Dreyer, in Hausser's Zeitschrift für Reichsrecht

erbringt, daß er bei Ausstellung des streitigen Schuldscheines sich in einem seine freie Willensbestimmung ausschließenden Grade der Trunkenheit befunden hat, so ist der der Klage zu Grunde liegende Anerkennungsvertrag für ungültig zu erachten, also die Klage abzuweisen, anderenfalls aber Kläger auf Grund der Art. 3209, 3306, 3416 und 3425 l. c. nach dem Klageantrage zu verurtheilen.“

Auf Appellation des Beklagten erging am 12. Mai 1876 in zweiter Instanz sub No. 3148 ein abänderndes Erkenntniß, dessen Gründe lauten:

„Der erste Richter hat geglaubt, dem zur Begründung der Klage beigebrachten Schuldschein den Character einer Darlehensurkunde nicht beilegen zu dürfen, weil in diesem Schuldscheine nur ein einfaches Schuld- und Empfangsbekennniß sich findet, nicht aber die Angabe eines Schuldgrundes und also auch nicht der Entstehung eines solchen aus einem Darlehensgeschäft. Es ist jedoch durch kein Gesetz festgestellt, daß in einer Schuldurkunde, um ihr das Gepräge einer Darlehensurkunde aufzudrücken, nothwendig des Ursprungs der Urkunde aus einem Darlehensgeschäft Erwähnung geschehen sein müsse. Im Gegentheil kann nach dem Inhalte der Art. 3671 und 3672 des Prov.-Rechts Th. 3

und Landesrecht, I. S. 428: „Daß demjenigen dolus entgegengehalten werden könne, welcher einen anderen in den Zustand der Trunkenheit versetzt, noch mehr demjenigen, welcher solchen Zustand durch gefälschte (oder vermischte) Getränke beschleunigt hat, darüber ist wohl kein Zweifel. Dabei wird nicht nur die Handlungsweise als eine doloje anzusehen sein, wenn auf irgend eine heimliche oder arglistige Weise Getränke beigebracht werden, sondern auch der häufig vorkommende Fall, wo zugetrunken wurde, wie Wallenstein's Generalen, „bis der trübe Geist des Weins die Augen schließt,“ und wo das Zutrinken gerade zu dem Zweck geschah, den Boden für den Vertrag vorzubereiten Wer bei einem anderen einen solchen Zustand herbeiführt, sich dann einen Vortheil zusichern läßt und dann auf den Schein pocht, den trifft ohne Zweifel der Vorwurf einer unredlichen That; diese liegt schon darin, daß er, um sich einen Gewinn zu verschaffen, die Sinne des anderen umnebelt hat.“

Vgl. *schweizer Entwurf eines Obligationenrechts* (Juli 1875) Art. 45: „Hat Jemand in einem Grade von Trunkenheit, der ihn zwar des Vernunftgebrauches nicht beraubt, aber seine Fähigkeit, die Bedeutung des Geschäfts zu verstehen, nachweisbar getrübt hat, oder in einem ähnlichen Zustande einen Vertrag abgeschlossen, so kann er denselben anfechten.“

nicht zweifelhaft sein, daß auch schon durch eine Schuldverschreibung, einen Schuldbrief, Schuldschein, Leihbrief, eine Obligation, ein schriftliches Schuld- und Empfangsbekanntniß — ein vorausgegangenes Darlehensgeschäft einfach beurkundet werden könne. Mag demnach auch nicht jeder Schuldschein, wie früher allgemein angenommen wurde, ohne weiteres die Vermuthung seiner Entstehung aus einem Darlehen an sich tragen, so wird anderentheils doch gewiß nicht jedem Schuldschein bloß deshalb, weil er seiner Entstehung aus einem Darlehen eben nicht erwähnt, die Eigenschaft einer Darlehensurkunde schlechthin entzogen. Durch sich selbst beweist ein solcher, einfach nur ein Schuld- und Empfangsbekanntniß enthaltender Schuldschein allerdings nicht, daß ihm ein Darlehen zu Grunde liegt; wird der Beweis dieser Grundlage aber in anderer bündiger und liquider Weise erbracht, oder wird sie gar von dem Inhaber des Schuldscheines ausdrücklich eingeräumt oder anerkannt, so darf einem solchen Schuldscheine die Geltung und die Tragweite einer Darlehensurkunde nicht abgesprochen werden und es darf daher die Wirksamkeit eines solchen Schuldscheines durch das Rechtsmittel wegen Nichtempfanges in ganz gleicher Weise angefochten werden, wie eine Urkunde, in welcher die Entstehung der Schuld des Ausstellers ausdrücklich aus einem Darlehen abgeleitet wird *). (Vgl. Seite 5 dieses Bandes).

Vorliegenden Falls hat nun Klägerin ganz und gar unzweideutig eine reine Darlehensklage anstellen wollen und an gestellt und einzig zu deren sofortiger Begründung den über das Darlehen ausgefertigten Schuldschein beigebracht. Denn sie hebt als ihren Klagegrund ausdrücklich hervor, daß Beklagter auf

*) Da nach Art. 3672 nur derjenige, der in der Voraussetzung, ein Darlehen zu erhalten, schon im Voraus ein schriftliches Schuld- und Empfangsbekanntniß ausstellte, dasselbe (also das Schuld- und Empfangsbekanntniß) anzufechten berechtigt ist, dagegen nach Art. 3679 der Aussteller eines Schuldscheines über eine aus anderen Gründen herrührende Schuld, sich der Querel nicht bedienen kann, so ist es nach dem Dafürhalten des Herausgebers klar, daß die Querel cessirt, wenn der ausgeklagte Schuldschein ein Schuld- und Empfangsbekanntniß über ein Darlehen nicht enthält. Ob thatsächlich ein Darlehen beabsichtigt war, ist gleichgültig, denn die Querel ist gegen die Beweiskraft des Empfangsbekanntnisses, m. a. W. der Urkunde gerichtet, nicht gegen die Existenz eines Darlehensverhältnisses.

seine Bitte von ihr 450 Rbl. dargeliehen erhalten und in dem beigebrachten über diese dargeliehenen 450 Rbl. ausgestellten Schuldscheine sich zu deren Rückgabe zwischen dem 8. und 15. Juni verpflichtet habe. Beklagter aber hat dieser Darlehensklage vorzugsweise die Einrede des nicht empfangenen Geldes entgegengesetzt. Beklagter ist sonach auch auf den Grund des Art. 3672 vollkommen befugt, zu verlangen, daß Klägerin, und zwar in erster Linie die von ihr wirklich geleistete Zahlung, in Gewißheit bringe. Erst dann, wenn dieser Beweis der Klägerin gelingen sollte, wird weiter in Frage kommen, ob die sonstigen Einwendungen des Beklagten ihn von seiner Zahlungsverbindlichkeit befreien oder nicht, resp. ob das thatsächlich wahr ist, was er als weiteren Befreiungsgrund vorgeschützt hat.“

578. a) Der die *querela non num. pecuniae* erhebende Schuldner hat nicht zu beweisen, daß die Urkunde in der Voraussetzung, das verabredete Darlehen zu erhalten, ausgestellt sei; vielmehr wird durch die bloße Ausstellung der Querel der Gläubiger genöthigt, den Beweis der Numeration zu führen.
- b) Das vor dem beglaubigenden Notar an dem Tage der Ausstellung der Schuldurkunde selbst geschehene Bekennen zum Inhalte derselben hat nicht die Wirkung einer Schuldanerkennung im Sinne des Art. 3676.

Obige, bereits in früheren Entscheidungen anerkannte (vgl. Band I, No. 108 und 112) Sätze sind neuerdings wiederum ausgesprochen worden, in dem Erkenntniße des Vogteigerichts vom 18. September 1875, No. 140.

579. Unstatthaftigkeit der *querela non num. pec.* gegenüber einer Urkunde, in welcher der Aussteller bekunnt, ein Darlehen empfangen und in seinen Nutzen verwendet zu haben.

„Die vom Kläger zurückgeforderte Urkunde enthält nach der übereinstimmenden Erklärung der Parteien das Bekenntniß des Klägers, daß er von dem F. D. K. in Riga die Summe von 2500 Rbl. baar dargeliehen erhalten und dieselbe zu seinem

Nutzen verwendet habe. Die Obligation ist auf Klägers Verlangen und zwar (wie von diesem behauptet wird) am Tage der Ausstellung in das Hypothekenbuch der Stadt Bauske eingetragen und auf Klägers in Bauske belegenes Immobilien öffentlich ingrossirt worden.

Mit Rücksicht einerseits auf das in der qu. Urkunde enthaltene Bekenntniß, das Darlehen bereits zu eigenem Nutzen verwendet zu haben, und andererseits auf die vom Kläger selbst herbeigeführte Ingrossation der über den Darlehensempfang ausgestellten Urkunde hat das Waisengericht die für die Anwendbarkeit der *querela non numeratae pecuniae* nach Art. 3672 des 3. Theils des Prov.=Rechts nothwendige Prämisse, daß die zurückverlangte Schuld- und Pfandverschreibung in der nicht eingetroffenen Voraussetzung, das Darlehen zu erhalten, ausgestellt worden, im vorliegenden Falle für ausgeschlossen erachtet. (Vgl. Band I, No. 113).

Wenn dagegen Kläger in seiner Justification darzulegen bemüht ist, daß ungeachtet des in der Obligation qu. enthaltenen Bekenntnisses, das empfangene Darlehen bereits zum eigenen Nutzen verwendet zu haben, es sich um eine einfache Darlehensurkunde handle, welche auf Grund des Art. 3672 l. c. angefochten werden könne, so ist diese Auffassung nicht für berechtigt anzusehen. Denn die Thatsache, daß der Obligationsaussteller das Empfangene bereits vor der Ausstellung zu seinem Nutzen verwendet habe, schließt die Möglichkeit aus, daß er die Obligation in der Voraussetzung ausgestellt, ihm werde die darin als empfangen bezeichnete Summe nach Ausstellung der Obligation eingehändigt werden. Jene Thatsache wird aber durch ein darüber schriftlich abgelegtes Bekenntniß des Obligationsausstellers vollkommen bewiesen, so daß nur auf Grund eines Gegenbeweises die Annahme des Gegentheils Raum gewinnen kann; während das schriftliche Empfangs- und Schuldbekenntniß nur beschränkte Beweisraft hat und mit Rücksicht darauf, daß es häufig aus der Hand gegeben wird, bevor noch das Darlehen gezahlt ist, vermöge des dem Aussteller zustellenden Rechtsmittels wegen Nichtempfanges innerhalb zweier Jahre angefochten werden kann (Art. 3672, 3673 und 3677 des 3. Theils des Prov.=Rechts). Diese durch positives Gesetz nur für die Verbindlichkeit des schriftlichen Schuld- und Empfangsbekenntnisses gesetzte

Schranke kann auf anderweitige Bekenntnisse nicht Anwendung finden, sie ist vielmehr, wie vom Unterrichter hervorgehoben worden ist, ein dem Darlehensnehmer gewährtes *beneficium strictissimi juris* und darf mithin nicht über die durch das Gesetz gezogene Schranke, also auch nicht auf das Verwendungsbekenntniß ausgedehnt werden.

Wenn mithin schon aus dem Inhalte der vom Kläger zurückgeforderten Obligation hervorgeht, daß dieselbe nicht in der Voraussetzung, erst ein verabredetes Darlehen zu erhalten ausgestellt worden ist, wenn dieselbe nicht ein nacktes Schuldbekenntniß, sondern ein Empfangsbekenntniß über ein schon vor der Obligationsausstellung vom Aussteller zu seinem Nutzen verwendetes Darlehen enthält, so muß einleuchten, daß die qu. Obligation nicht der Voraussetzung entspricht, unter welcher sie schon vermöge des Rechtsmittels wegen Nichtempfanges hätte angefochten und zurückgefordert werden können.

Kläger hat sich in seiner Appellationsjustification zur Begründung seiner entgegengesetzten Ansicht auch darauf berufen, daß keiner von den im Art. 3676 des 3. Theils des Prov.=Rechts aufgezählten besonderen Gründen, aus welchen das Recht zur Geltendmachung des Rechtsmittels wegen Nichtempfanges in Wegfall komme, auf das Verwendungsbekenntniß bezogen werden könne. Dieses ist zwar richtig, dabei ist aber wohl zu beachten, daß der Art. 3676 l. c. nur den Fall in's Auge faßt, in welchem die im Art. 3672 l. c. erörterte allgemeine Voraussetzung des in Rede stehenden Rechtsmittels zutrifft; wo dagegen mit Rücksicht auf ein mit dem Empfangsbekenntnisse verbundenes Verwendungsbekenntniß die Annahme ausgeschlossen ist, daß die Urkunde in Aussicht auf künftigen Empfang des Darlehens ausgestellt worden sei, wo mithin das Rechtsmittel wegen Nichtempfanges schon von Hause aus nicht begründet ist, da handelt es sich nicht um einen Ausnahmefall, sondern um die Anwendung der allgemeinen Regel, und selbstverständlich ist diese unter den besonderen Gründen für den Wegfall des qu. Rechtsmittels nicht aufzuführen.“ (Appellations-Erkenntniß des Riga'schen Rathes vom 21. April 1876, No. 2600).

580. Ueber die Voraussetzungen der Zulässigkeit des Eidesantrages gegenüber einer zwei Jahre alten Darlehensurkunde.

Kläger forderte eine von ihm über den Empfang eines baaren Darlehens von 500 Rbl. am 7. November 1869 zu des Beklagten Gunsten ausgestellte Obligation unter der Behauptung zurück, daß Beklagter ihm nur 340 Rbl. wirklich gezahlt und außerdem die vom Kläger zu tragenden Kosten der Ingrossation und eine Zinsschuld zusammen im Betrage von 60 Rbl. auf das Obligationscapital verrechnet habe. Er berief sich dabei auf die Aussage eines Zeugen, nach welcher er bei Ausstellung der Obligation nur 140 Rbl. vom Beklagten ausgezahlt erhalten hatte, und deferirte ferner dem Beklagten den Eid darüber, daß er ihm später nicht mehr als 200 Rbl. gezahlt habe.

Dieser Eidesantrag wurde von der I. Section des Landvogteigerichts mittelst Bescheides vom 28. November 1874, No. 210, aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Nach Art. 3678 des Prov.-Rechts Th. 3 darf der Schuldner, welcher den Gegenbeweis gegen eine bereits zwei Jahre alte Darlehensurkunde unternimmt, sich zu dem Zwecke nicht des Eidesantrages bedienen. Diese Vorschrift ist in der Rechtsprechung der städtischen Appellationsinstanz dahin ausgelegt worden, daß selbst ein Vorgang, nach welchem der Inhalt des Schuldscheines simulirt erscheint, durch Eidesdelation des Ausstellers nicht bewiesen werden kann (Band II, No. 220 und App. Erf. vom 21. Februar 1869, No. 1318). Dagegen erscheint es nicht ausgeschlossen, daß durch die Eidesdelation anderweitige Thatsachen bewahrheitet werden, welche, ohne mit dem Inhalte des Schuldscheines direct im Widerspruche zu stehen, als Prämissen eines künstlichen Gegenbeweises benutzt werden können, oder m. a. W. mittelbar einen Schluß auf die Unwahrheit des Schuldbekentnisses gestatten; denn hier ist der Beweis nicht auf das bloße Gegentheil des Inhaltes der Urkunde gerichtet (Bescheid der II. Section des Landvogteigerichts vom 30. November 1871, No. 163). Es fragt sich nun, ist die zum Eide verstellte Thatsache, daß Beklagter nach Unterzeichnung der Obligation bloß 200 Rbl. an den Kläger gezahlt hat, eine solche, welche unter den Begriff der Prämisse eines künstlichen Gegenbeweises fällt? Diese Frage ist zu verneinen. Denn die soeben

erwähnte Thatsache enthält, mit der in den Beweisartikeln erwähnten verbunden, offenbar das directe Gegentheil des Schuldbekennnisses, indem beide unmittelbar ergeben, daß Beklagter dem Kläger eben nicht die 500 Rbl. ausgezahlt hat, welche empfangen zu haben, letzterer in der Obligation bezeugt. Allein genommen, gehört die zum Eide verstellte Thatsache aber gar nicht in den vom Kläger zu führenden Gegenbeweis, da dieser der Natur der Sache nach nicht allgemein darauf gerichtet werden kann, daß das Geld überhaupt nicht, sondern nur darauf, daß es zu dem in der Urkunde angegebenen Zeitpunkte (d. h. hier am 7. November 1869) nicht gezahlt worden ist (Band I, S. 222), und es zur Zerstörung der Beweiskraft der Obligation schon genügt, wenn dieser Beweis erbracht wird. Demnach ist der angefragene Eid einerseits nach dem Art. 3678 l. c. unstatthaft, andererseits processualisch nicht zulässig, weil er eine Thatsache zum Gegenstande hat, welche vom Kläger gar nicht bewiesen zu werden braucht.“

Vorstehender Bescheid erlangte Rechtskraft.

581. Thatsächliche Begründung der *condictio indebiti*. Beweislast bezüglich der Nichtexistenz der Schuld.

S. hatte gegen B. eine Klage angestellt, in welcher er behauptete, er habe mit B. gemeinsam eine Partie Balken dergestalt gekauft, daß S. $\frac{1}{4}$ des beim Weiterverkaufe zu erzielenden Gewinnes erhalten solle, und habe dem B. auf den gemeinsam zu berichtenden Kaufpreis auch 150 Rbl. angezahlt, jedoch von dem beim Weiterverkaufe durch B. erzielten Gewinne das ihm zukommende Viertel nicht erhalten. B. leugnete den behaupteten Vertrag und gab an, die 150 Rbl. von S. zur Berichtigung einer Schuld des Letzteren an L. empfangen zu haben. In Folge der Ableistung des dem B. deferirten Schiedseides, „daß die in der Klage behauptete Vereinbarung nicht geschlossen worden und daß B. nicht auf Grund dieser Vereinbarung als Anzahlung auf den Kaufpreis von S. 150 Rbl. erhalten habe,“ wurde S. mit seiner Klage abgewiesen.

Nunmehr erhob er wider B. folgende Klage: da Beklagter abgeschworen habe, die fraglichen 150 Rbl. als Anzahlung auf

den Kaufpreis für das gemeinsam gekaufte Holz erhalten zu haben, so ercheine die Zahlung der genannten Summe durch den Kläger als eine dem Beklagten geleistete Nichtschuld, weshalb Kläger den Beklagten zur Rückerstattung der empfangenen 150 Rbl. anzuhalten bitte.

Die I. Section des Landvogteigerichts legte nun dem Beklagten den Beweis auf, daß er im Auftrage des Klägers die behauptete Zahlung an L. gemacht und Kläger ihm zur Berichtigung dieser Auslage die 150 Rbl. gezahlt habe. Auf beklagliche Berufung wurde diese Entscheidung in der Oberinstanz durch Quereibeschcid vom 28. März 1875, No. 2373, aufgehoben und die Klage angebrachtermaßen abgewiesen. Gründe:

„Kläger fordert Rückzahlung der indebite gezahlten 150 Rbl. Die *condictio indebiti* setzt wesentlich Folgendes voraus:

1. daß eine Leistung behufs Erfüllung einer Verbindlichkeit (*solvendi causa*) stattgehabt hat;

2. daß diese Verbindlichkeit thatsächlich nicht bestanden hat, noch besteht;

3. daß der Leistende irrthümlicher Weise das Bestehen der Verbindlichkeit annahm (sobald er wissentlich leistete, fällt die *Condictio* fort).

Es fragt sich, ob die angestellte Klage diesen Voraussetzungen entspricht? Anlangend den Punkt 1), so enthält die unmittelbar an den Vorproceß anschließende Klage wenigstens *implicite* die Behauptung, daß Kläger gemäß einer mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung dem letzteren 150 Rbl. als schuldigen Antheil auf den Kaufpreis eines gemeinschaftlich zu erwerbenden Objects gezahlt habe. Schon in dieser Beziehung leidet die Klage an einem wesentlichen Mangel: nachdem nämlich der Beklagte eidlich erhärtet hatte, daß er die 150 Rbl. nicht auf Grund jener Vereinbarung empfangen habe, durfte Kläger jedenfalls nicht ohne weiteres in einem neuen Proceße wiederum die Behauptung vorbringen, daß er auf Grund der Vereinbarung gezahlt habe. Der vom Beklagten eidlich erhärtete Satz steht im Widerspruche zum Satz des Klägers*).

Noch weniger substantiirt erscheint die Klage, was die sub 2) und 3) aufgeführten Erfordernisse anlangt.

*) Vgl. Band III, No. 475.

Kläger behauptet nämlich keineswegs, daß jene Vereinbarung, auf Grund deren er die 150 Rbl. gezahlt, thatsächlich nicht bestanden habe und daß das Bestehen der Vereinbarung nun irrthümlicherweise von ihm angenommen sei; vielmehr enthält die Klage nur folgende Angaben:

- a) Beklagter habe im Vorproceß abgeschworen, daß er die 150 Rbl. auf Grund der Vereinbarung empfangen, und
- b) nach Wegfall des vom Kläger angegebenen Schuldgrundes stelle sich die Leistung der 150 als Nichtschuld dar.

Die weitere Angabe, daß der vom Beklagten vorgeschützte Schuldgrund unrichtig sei, kommt als Elixivbehauptung für die Klagebegründung nicht in Betracht.

Replicando hebt Kläger noch weiter hervor, wie er seinerseits dabei verbleiben müsse, die 150 Rbl. nur auf Grund jener Vereinbarung gezahlt zu haben; habe Beklagter auch im Vorproceße den vom Kläger behaupteten Schuldgrund abgeschworen, so könne doch von einem Irrthum seinerseits nicht die Rede sein zc.

Die Angaben des Klägers lassen sich etwa dahin umschreiben:

„Ich, Kläger, habe dem Beklagten auf Grund einer mit ihm getroffenen Vereinbarung 150 Rbl. gezahlt; ich meinerseits verbleibe auch jetzt dabei, daß die Vereinbarung getroffen worden ist; weil aber der Beklagte das Bestehen der Vereinbarung abgeschworen hat, so — sind die 150 Rbl. indebite gezahlt.“

Was behauptet Kläger also eigentlich: hat die Vereinbarung bestanden, oder hat sie nicht bestanden? und im letzteren Falle: wie kam Kläger dazu, das Bestehen der Vereinbarung anzunehmen?

Auf diese Fragen enthält die Klage keine Antwort. Es möchte scheinen, als ob Kläger die Thatsache, daß Beklagter die Vereinbarung „abgeschworen,“ identificiren will mit der „Nichtexistenz der Vereinbarung;“ das wäre aber auch nicht ohne weiteres zuzugeben. Der geleistete Eid bewirkt zunächst nichts weiter, als daß der Beklagte nun aus der Vereinbarung nicht in Anspruch genommen werden darf, er vernichtet aber an sich nicht die Thatsache der geschienenen Vereinbarung. Jedenfalls ist, wenn eine Vereinbarung nicht mehr verfolgt werden darf, damit noch nicht gesagt, daß sie nicht abgeschlossen sei, nicht

existire: eine Schuld, die nicht geltend gemacht werden kann, ist an sich noch keine Nichtschuld.

Der angestellten Klage fehlt, um als *condictio indebiti* begründet zu sein, die Darlegung dessen, daß die stattgehabte Leistung der 150 Rbl. in der That indebite geschehen und daß die Leistung nur in der irrthümlichen Annahme eines Schuldgrundes erfolgt sei.“

582. Commodatweise Hingabe von Werthpapieren behufs Bestellung einer dem Commodatar obliegenden Caution. Was gehört zur Begründung der Rückforderung?

Beklagter hatte fünf Prämienbilletts vom Kläger erhalten, um mit ihnen eine ihm obliegende Caution zu bestellen. Die Klage auf Rückgabe derselben wurde von dem Vogteigerichte am 8. Januar 1874 sub No. 7 aus folgenden Gründen angebrachtermaßen abgewiesen:

„Es herrscht unter den Parteien darüber Einverständnis, daß die in Rede stehenden Werthpapiere dem Beklagten zu dem ausgesprochenen Zweck geliehen worden sind, damit sie als Dienstcaution des Beklagten in Bezug auf das von ihm übernommene Amt eines *Mussen**) = Intendanten dienen sollen. Es fragt sich nun, ob dieser dem Leiher vertragsmäßig gestattete Gebrauch einseitig durch die Klage auf Rückgabe vom Verleiher unterbrochen werden dürfe? Die einschlägigen, in den Artikeln 3759 und 3760 des 3. Theils des Prov. = Rechts enthaltenen Gesetzesbestimmungen lauten:

„Der Verleiher darf den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache nicht stören und deren Rückgabe vor beendeten Gebrauch oder vor Ablauf der verabredeten Zeit nicht fordern, es sei denn, daß der Commodatar sein Recht mißbraucht.“

„Wenn ein unvorhergesehener Umstand bewirkt, daß der Verleiher die Sache selbst nothwendig braucht, so kann sie ihm von dem Leiher nicht vorenthalten werden, wenn nicht letzterem durch solche vorzeitige Zurückgabe ein ganz besonderer Nachtheil erwächst.“

*) Die „Musse“ ist ein in Riga bestehender Club.

Hiernach ist dem Verleiher nicht das Recht gegeben, die geliehene Sache jederzeit zurückzufordern, und dieser Umstand bildet ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Commodat und Precarium. Es bedarf vielmehr zur Substantiirung der Klage auf Rückgabe einer geliehenen Sache alternativ der einen oder der anderen der folgenden Anführungen:

1. daß der vertragsmäßige Gebrauch factisch sein Ende erreicht habe: im vorliegenden Falle, daß Beklagter die Caution zurückgezogen, oder daß sie ihm, weil er nicht mehr das Amt, für welches die Caution deponirt worden, bekleidet, zurückgegeben worden;

2. daß eine vorgängige Abrede über die Dauer des Vertragsverhältnisses stattgehabt und daß diese Vertragszeit abgelaufen sei;

3. daß der Commodatar sein Recht mißbraucht. Ein solcher Mißbrauch würde unter Umständen auch dann anzunehmen sein, wenn dem Commodatar nur zur Aushilfe wegen Mittellosigkeit desselben geliehen worden, dieser Grund aber später in Wegfall gekommen wäre;

4. daß der Verleiher der verliehenen Sache selbst benöthigt sei.

Wenn nun Kläger unterlassen hat, einen dieser rechtlichen Klagegründe für sich geltend zu machen, so ergiebt sich die Nothwendigkeit, die nicht genügend substantiirte Klage angebrachtermaßen abzuweisen.“

**583. Verkauf eines dem Verkäufer nicht gehörigen Immobils.
Collision der Art. 3144 und 3838 des Prov.-Rechts
Th. 3. Voraussetzungen der Verwirkung des Handgeldes.**

In dem bereits sub No. 321 im 3. Bande mitgetheilten Rechtsfalle hatte der Kläger B. das streitige Immobil seinerseits gegen Empfang eines Handgeldes von 500 Rbl. an H. weiterverkauft, welcher das durch einen Brand beschädigte Gebäude auszubauen und zu repariren begonnen hatte. Als B. mit dem Anspruche auf Vollziehung des mit der Wittve S. geschlossenen Kaufes nicht durchdrang, erhob H. gegen ihn Klage auf Erlegung des doppelten Handgeldes und Ersatz der auf den Ausbau des Hauses verwendeten Kosten im Betrage von 1801 Rbl. 79 Kop.

Die I. Section des Landvogteigerichts erließ darauf am 5. Februar 1874, sub No. 21 folgendes Beweisinterlocut:

„Beklagter behauptet, der Kaufvertrag sei ungültig gewesen, weil er eine ihm nicht gehörige Sache verkauft und Kläger dies gewußt habe. Ihre rechtliche Grundlage findet diese Einrede im Art. 3838 des Prov.-Rechts Th. 3, indem dieser — allerdings im Widerspruche zu dem Art. 3144 l. c. — die Richtigkeit eines mit Vorwissen der Contrahenten und ohne Einwilligung des Eigenthümers geschlossenen Kaufes über eine fremde Sache, vorbehältlich der Bestimmung des Art. 3839 statuiert. Allerdings scheint der Anwendbarkeit dieses Artikels auf den Fragefall auf den ersten Blick der Umstand entgegenzustehen, daß unstreitig die Eigenthümerin des Hauses dasselbe dem Beklagten veräußert, mithin auch in die Weiterveräußerung desselben gewilligt hatte. Dagegen ist jedoch zu bemerken, daß das streitige Immobilien zu der Zeit, wo die Wittve S. dasselbe dem Beklagten verkaufte, bereits subhastirt und deshalb ihrer Disposition entzogen war, sofern sie es nicht hinterher wiederum einlöste; daß die Wiedereinlösung aber nach Lage der Sache unstatthaft war und blieb. Da nun eine rechtsgiltige Einwilligung zur Veräußerung nur von demjenigen ertheilt werden kann, welcher über die betreffende Sache zu disponiren berechtigt ist (Art. 3832 l. c.), so ist die Einwilligung der Wittve S., weil ihr die Dispositionsbefugniß mangelte, rechtlich wirkungslos, der fragliche Kauf unter den Litiganten mithin in der That nichtig, wofern der Kläger bei seinem Abschlusse bereits wußte, daß das Haus nicht im Eigenthum des Beklagten, sondern der Wittve S. stehe, was Beklagter beim Widerspruche des Klägers zu beweisen hat. Die gleiche rechtliche Wirkung wäre übrigens auch dann eingetreten, wenn das Immobilien für den Fall seiner Erwerbung durch Beklagten an den Kläger verkauft worden wäre, denn mit dem Ausfall dieser Bedingung wäre der Vertrag nach Art. 3172 l. c. von selbst hinfällig geworden.

Sofern sich ergibt, daß Kläger die Eigenschaft des ihm verkauften Hauses beim Vertragsschlusse gekannt hat, der Vertrag also unwirksam ist, besteht für keinen der Contrahenten ein Anspruch auf Erfüllung oder auf Schadensersatz, dagegen sind beide berechtigt, das zur Erfüllung desselben bereits Hingeebene auf Grund des Art. 3729 l. c. zurückzufordern. Demnach kann

Kläger solchenfalls nicht die Zahlung des doppelten Handgeldes, wohl aber die Rückerstattung des einfachen Handgeldes fordern. Denn wenn Beklagter auch noch eine schuldlose Unmöglichkeit der Vertragserfüllung für sich geltend machen will, so ist dies ganz und gar haltlos, weil demjenigen, welcher eine Sache verkauft, ohne sich dessen zuvor vergewissert zu haben, daß er diese Sache zu verkaufen und seinem Käufer den ungehinderten Besitz daran zu verschaffen, auch rechtlich befugt sei, unbestreitbar ein Verschulden zu imputiren ist, dagegen von einer durch Zufall herbeigeführten Unmöglichkeit der Erfüllung im Sinne des Art. 3439 l. c. auf Seiten des Beklagten überall nicht die Rede sein kann. Beklagter erscheint somit auf jeden Fall verpflichtet, dem Kläger 500 Rbl. zu bezahlen

Da Beklagter unbestritten das fragliche Immobil nach Abschluß des Vorcontracts dem Kläger bereits zur Benutzung überlassen hatte und Kläger in Folge dessen den Ausbau des Hauses begonnen hat, fällt der von ihm darauf verwendete Betrag, nachdem ihm das Haus von dritten Personen entzogen worden ist, allerdings unter den Begriff eines ihm durch die Nichterfüllung des Vertrages seitens des Beklagten verursachten Schadens. Kläger wäre um den aufgewendeten Betrag reicher, wenn er das Haus, das ihm verkauft war, auch behalten hätte, und er ist um jenen Betrag ärmer, weil Beklagter ihm den Besitz des Hauses zu erhalten, nicht vermocht hat. Ob dabei die Verwendungen nothwendige oder nützliche waren, ist an sich ganz gleichgültig, weil Beklagter wegen der Nichterfüllung des Vertrages nach Art. 3366 bzw. 3838 l. c. für den Ersatz des gesammten Interesse verantwortlich ist. Dagegen ist die Schadenserzaspflicht des Beklagten auch hier dadurch bedingt, daß dem Kläger die Eigenschaft des Hauses als eines „fremden“ unbekannt war, da entgegengesetzten Falls nach Art. 3838 l. c. der Vertrag ungültig war und deshalb von einem aus ihm herfließenden Ansprüche auf Entschädigung nicht die Rede sein kann. Ein Anspruch auf Vergütung der Verwendungen aus dem Gesichtspunkte der unrechtfertigen Bereicherung ist aber nicht gegen den Beklagten zu richten, da dieser unbestritten das Immobil selbst gar nicht behalten hat, somit auch durch die auf dasselbe gemachten Verwendungen in keiner Weise bereichert worden ist; sondern gegen den Eigenthümer des Immobils, dessen

Vermögen durch die Reparatur und den Ausbau eine Vermehrung auf Kosten des Klägers erfahren hat (Art. 3734—36 l. c). Mit hin ist die Entschädigung auch über den zweiten Gegenstand der Klage von der Beweisaufgabe über die beklagliche Einrede abhängig zu machen.“

Auf beklagliche Beschwerde wurde in zweiter Instanz am 15. Mai 1874 sub No. 3168 dahin erkannt, daß Beklagter in jedem Falle nur das einfache Handgeld zu erstatten habe. Gründe:

„Kann dem untergerichtlichen Decret darin nur vollständig beigegeben werden, daß die Entscheidung über die Berechtigung oder Nichtberechtigung des klägerischen Verlangens, daß Beklagter die auf die Wiederherstellung des von ihm an den Kläger verkauften und übergebenen Hauses von dem Letzteren ausgeführten Verwendungen wiederersetze, in Grundlage des Art. 3838 l. c. wesentlich von dem Thatumstande abhängig sein wird, ob Kläger davon Kenntniß hatte, daß Beklagter ein ihm zur Zeit nicht gehöriges, sondern fremdes Immobil verkauft, so kann andererseits doch nicht zugegeben werden, daß von eben dieser klägerischen Kenntniß oder Unkenntniß zugleich auch die Frage abhängig ist, ob im gegebenen Fall das gezahlte und empfangene Handgeld dem Kläger im einfachen oder im doppelten Betrage zu bezahlen sei.

Wenn Querulant zu seiner unbedingten Befreiung von der Entrichtung eines Handgeldes im doppelten Betrage hervorhebt, daß die nothwendigen Voraussetzungen dafür deshalb nicht vorlägen, weil zu diesen Voraussetzungen die Existenz eines rechtsgiltigen, erfüllbaren, durch das Hingeben des Handgeldes unwiderruflich gewordenen Vertrages und ferner das Begehen oder Unterlassen irgend wessen, das die Nichterfüllung des Vertrages zur Folge hat, von Seiten des Empfängers nach dem Abschluß des Vertrages gehöre, so erscheint zwar diese Argumentation als keineswegs richtig. Denn das Handgeld, sofern es nicht unter den Begriff eines bloßen, die Auflösung des geschlossenen Vertrages ermöglichenden Reugeldes fällt, hat im Gegentheil vorzugsweise den Sinn eines Verstärkungsmittels solcher Verträge, deren Erfüllung ungeachtet ihrer sonstigen Perfection doch nicht auf dem Wege des gerichtlichen Zwanges erreichbar ist, wie namentlich bei Kaufverträgen, zu deren Erfüllung behufs des

vom Käufer zu erwerbenden Eigenthumsrechts noch die oft nicht erzwingbare Uebergabe der verkauften Sache und bei Immobilienkäufen insbesondere die oft nicht erzwingbare, gleichwohl aber nach Art. 809 l. c. unerläßliche Corroboracion des Besitztittels, wie des Käufers, so seines Besitzvorgängers gehört. Auch ist kein Rechtsgrund ersündbar, aus welchem nur ein Vergehen eines der Paciscenten nach, und nicht auch ein solches Vergehen schon vor dem Abschlusse des Vertrages zu dem Verlust des Handgeldes bzw. zu dessen Rückerstattung im doppelten Betrage soll Anlaß geben dürfen. Ein anderes aber ist es, was vorliegenden Falls allerdings das klägerische Verlangen einer solchen Rückerstattung des Handgeldes im doppelten Betrage als rechtlich unzulässig erscheinen läßt. Nach unserem Provinzialrecht trägt nämlich der Verlust des Handgeldes von Seiten des Gebers und die Verpflichtung, zur Auskehrung des doppelten Betrages desselben von Seiten des Empfängers den Character eines Rechtsnachteils für eine Verschuldung von Seiten des einen oder anderen Theiles der Paciscenten. Denn nach den Art. 3365 und 3366 l. c. hat die Nichterfüllung eines Vertrages, bei dessen Abschluß ein Handgeld gegeben wurde, nur in dem Falle die Wirkung eines Verlustes desselben von Seiten des Gebers, oder der Erstattung dessen doppelten Betrages von Seiten des Empfängers, wenn der Vertrag im ersteren Fall durch die Schuld des Gebers, im letzteren Fall durch die Schuld des Empfängers nicht erfüllt wird. Es muß also zur Herbeiführung jener Wirkung jedenfalls ein Verschulden vorliegen. Als culpa bezeichnet das Gesetz aber (Art. 3294 l. c.) jedes nicht mit Arglist verübte Unrecht, soweit es dem Urheber zugerechnet werden kann, es mag durch Muthwillen, Uebermuth, Leichtsinn, Nachlässigkeit, Trägheit oder zuzurechnende Unwissenheit herbeigeführt sein. An sich nun ist die Schließung eines Vertrages über eine fremde Sache nicht verboten, also auch kein Unrecht; ein solcher Vertrag begründet vielmehr (selbstverständlich unbeschadet der Rechte Dritter) selbst dann, wenn er wider Wissen und Willen des Eigenthümers eingegangen wurde, ein wirksames Forderungsrecht, einzig mit Ausnahme des Falles, wo mit Vorwissen des Promissars über eine gestohlene Sache verfügt wird (Art. 3144 l. c.). Nur in scheinbarem Widerspruche mit jener gesetzlichen Bestimmung steht die Vorschrift des Art. 3838, sofern sie

den Verkäufer einer fremden Sache zur Leistung des Interesse verpflichtet, falls er, nicht aber der Käufer wußte, daß die verkaufte Sache eine fremde sei*). Denn zur Leistung des Schadens

*) Darin, daß der Art. 3838 den Verkäufer, welcher wissentlich dem Käufer eine fremde Sache verkauft, zum Erfolge des Interesse an diesen verpflichtet, sofern letzterer die Sache für die eigene des Verkäufers hielt, liegt freilich kein Widerspruch zu dem Art. 3144; wohl aber darin, daß Art. 3144 schlechthin den Kauf über eine fremde Sache — sofern der Käufer nicht wußte, daß sie gestohlen war — für gültig erklärt, während der Art. 3838 umgekehrt den wissentlichen Kauf einer „fremden“ Sache, gleichviel ob sie gestohlen war, oder nicht, als nichtig bezeichnet. Beide Artikel beruhen auf derselben Quelle, nämlich der l. 34 § 3 Dig. XVIII, 1; während aber Art. 3144 dieselbe in Uebereinstimmung mit der weitaus vorherrschenden gemeinrechtlichen Doctrin (Göschel, Vorlesungen, III. § 495 S. 337. Treitschke, Kaufcontract, § 9. Sintenis, Civilrecht, II. § 118 Text nach Note 28. Arndts, Pandekten, § 300. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, I. S. 17. Keller, Vorlesungen, 1. Aufl. S. 608. Windscheid, Pandekten, II. § 385 Note 6 u. f. w. Anderer Meinung ist Senuffert, Pandekten, II. § 259 sub 7) und, wie es scheint, Mühlenthal, Pandekten, II. § 390) als eine singuläre Vorschrift bezüglich der entwendeten Sachen aufsaßt, hat der Art. 3838 diesen singulären Rechtsatz fälschlicher Weise generalisirt.

In den neueren Particularrechten finden sich übrigens beide Ansichten, z. B. sächsisches Gesetzbuch § 798:

Verträge über Sachen, welche einem Dritten gehören, sind gültig, jedoch unbeschadet der Rechte des Dritten

und dazu die Motive: „Der Paragraph gilt auch von Verträgen über eine res furtiva.“

Allgemeiner deutscher Entwurf Art. 32:

Verträge über Sachen und Rechte eines Dritten können, unbeschadet der Rechte dieses Dritten gültig geschlossen werden.

Dagegen Code civil art. 1599 (= Codice civile italiano art. 1459):

La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fut à autrui.

Consequent ist die letztere Aufstellung, wonach die wissentliche Veräußerung einer bestimmten fremden Sache ungültig ist, wenn man — abweichend vom römischen Recht und vom Art. 3872 des Prov.-Rechts — den Kaufvertrag als auf Eigenthumsübertragung gerichtet ansieht, was Mourlon, Répétitions écrites, III. no. 453. Zachariae, II. § 349 und Marcadé, französisches Civilrecht übersetzt von Pfaff, II. S. 268, auch für das französische Recht annehmen. Denn hat der Verkäufer dem Käufer das Eigenthum an der verkauften Sache zu verschaffen und beide Contractanten wissen, daß der Verkäufer das Eigenthum nicht hat, also ohne Einwilligung des Eigenthümers

ist nach Art. 3444 l. c. überhaupt jeder verbunden, welcher denselben durch seine Handlung oder Unterlassung verursacht, und sei diese unter Umständen auch eine an sich erlaubte.

Bei der Anwendung der vorstehenden verschiedenen Rechtsprincipien auf den obschwebenden Fall läßt sich nun wohl nicht verkennen, daß an sich der vom Querulanten bewerkstelligte Verkauf eines Immobils, welches ihm zwar noch nicht angehörte, welches er für sich zu erwerben aber um so begründetere Aussicht hatte, als es ihm von der Wittve S. verkauft und es nicht eine ihm zuzurechnende Unwissenheit war, wenn er nicht voraus sah, daß durch richterliches Erkenntniß der Wittve S. die von ihr angebahnte Wiedereinlösung des Immobils verwehrt werden würde, keineswegs als ein vom Gesetz verbotenes Unrecht aufgefaßt und daraus eine culpa des Querulanten keineswegs hergeleitet werden darf, wenngleich Querulant Urheber des vom Querulanten erlittenen Schadens ward, wofern er verschwieg, daß von ihm selber das Eigenthum an dem von ihm verkauften Hause rechtlich noch nicht erworben war. Nahm durch ein solches von ihm beobachtetes Schweigen Querulant auch als rechtliche Folge die Obliegenheit, das Interesse zu leisten auf sich, so verwirkte er doch dadurch nicht zugleich einen vermögensrechtlichen Nachtheil für verschuldete Nichterfüllung des Vertrages, wofern aus von ihm unabhängigen Gründen die Erfüllung des Vertrages zur Unmöglichkeit ward. Es erscheint sonach nicht ungerechtfertigt, wenn Querulant sich dadurch verletzt erachtet, daß der Anspruch des Klägers auf Rückgabe eines Handgeldes in dessen doppeltem Betrage für den Fall Anerkennung gefunden hat, daß nicht erwiesen würde, wie Kläger zur Zeit des Vertragsabschlusses gewußt, daß dem Verkäufer das von ihm verkaufte Mobil nicht eigenthümlich angehörte*)

nicht übertragen kann, so liegt in dem Kauf ein Vertrag über eine unmögliche Leistung. Nur ist nicht zu übersehen, daß solchenfalls im Zweifel als die Absicht der Contrahenten anzunehmen ist, daß der Verkäufer den Eigenthümer zur Abtretung seines Eigenthums veranlassen soll, und die Verbindlichkeit des Verkäufers alsdann nach den Grundsätzen über das Versprechen der Leistung eines Dritten beurtheilt werden muß. Dies ist die Auffassung des bayerischen Entwurfs Art. 37 und 273. Vgl. auch das preußische N. L. R., I. 5 § 40 ff. I. 11 § 159, 160. Förster, preuß. Privatrecht, II. S. 55.

*) Hiernach ist also das Verschulden des Verkäufers, welches ihn zum

Unrichtig ist es, wenn Querulant vermeint, daß die Klage nicht wider ihn, sondern wider den durch die klägerischen Verwendungen Bereicherten hätte gerichtet werden müssen. Denn die erhobene Klage ist nicht eine Bereicherungs-, sondern eine Evictionsklage, welche nach Maßgabe der Art. 3234 und 3838, sowie der zu ihnen citirten Quellen einzig gegen den Verkäufer, nicht gegen den jetzigen Eigenthümer der verkauften Sache zu dirigiren war, während es nur dem Querulanten selber anheimgegeben sein kann, seinen Regreß beliebig wider den zu nehmen, der ihm verantwortlich sein mag. Denn nach dem Inhalte der Klage war wohl dem Verkäufer, nicht aber dem Käufer bekannt, daß die verkaufte und sodann entwährte Sache eine fremde war. Mithin ist der Kaufcontract als solcher rechtsbeständig und mithin steht dem Käufer die actio emti gegen den Verkäufer zu. Die actio emti aber geht nicht blos auf Rückzahlung des bezahlten Kaufpreises resp. Handgeldes, sondern auf Ersatz des Gesamtinteresse, wozu auch die vom Käufer auf die entwährte Sache gemachten Verwendungen und zwar nicht nur die nöthigen und nützlichen, sondern auch die luxuriösen gehören, ohne Rücksicht darauf, in welchem Umfang der Verkäufer selber seinen Regreß an einen Dritten zu nehmen befugt sein mag. Demnach ist die Klage auf Ersatz der Verwendungen wider den Querulanten vollkommen begründet. Die vom Querulanten versuchte Verweisung auf den Evincten wäre nach l. 45 § 1 Dig. XIX, 1 nur in dem Falle die querulantische Einrede zu stützen geeignet, wenn nicht Beklagter nach Inhalt der Klage wesentlich eine ihm noch nicht gehörige Sache verkauft hätte. Dieses Wissen begründet die unbedingte Haftpflicht des Beklagten und steht einer Abwälzung auf den Evincten entgegen. Etwas anderes wäre es, wenn Beklagter hätte behaupten können, daß

Ersatz des Interesse verpflichtet, ein anderes, als dasjenige, welches vorliegen muß, damit für ihn die Verpflichtung erwache, das Handgeld doppelt zu erlegen. Dieser Unterscheidung fehlt doch wohl jede Grundlage. Entweder trifft den Verkäufer hinsichtlich der Nichterfüllung des Vertrages eine Schuld, dann hat er das gesammte Interesse zu leisten, auch das Handgeld doppelt zu restituiren; oder ihn trifft keine Schuld, sondern die Nichterfüllung wird ihm durch einen Zufall unmöglich, dann kann nach Art. 3439 von der Leistung des Interesse gerade so wenig die Rede sein, wie von einer Verbindlichkeit zur Erlegung des doppelten Handgeldes.

Kläger bereits seitens des Evincenten Ersatz erlangt hätte; in diesem Fall würde allerdings der Beklagte nach Art. 3234 l. c. von einer weiteren Haftung für das vom Evincenten bereits Ersatzte befreit sein.“

584. Thatsächliche Begründung der Forderung eines Kaufpreises, der nicht vereinbart worden ist.

„Es herrscht unter den Parteien darüber Streit, was im vorliegenden Falle Klagegrund sei, ob die Vereinbarung eines Preises für Pfosten und Sleeper, oder die Angemessenheit der dem Beklagten in Rechnung gestellten Preise. Der Passus in der Klage, wonach Kläger dem Beklagten verschiedene Sorten Holz zu durchaus angemessenen Preisen verkauft hat, ist nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht anders zu verstehen, als daß Beklagter durch die Preise, zu welchen der Kauf geschlossen worden, nicht übervorthelt sei. Die Ansicht des Beklagten, daß Kläger auf Grund vereinbarter Preise Klage erhoben, erscheint mithin durchaus gerechtfertigt. Im vorliegenden Falle aber, wo es sich nicht etwa um Sachen oder Waaren handelt, die ohne vorgängige Preisbestimmung bestellt und dem Käufer zugesendet worden sind, und wo daher nicht ohne weiteres der Marktpreis als gefordert und bewilligt angesehen werden darf (vgl. Art. 3851 des Prov.=Rechts Th. 3), wo vielmehr nach des Klägers Meinung die stillschweigende Intention der Parteien dahin gegangen ist, in Anleitung des Art. 3854 *ibid.* die Bestimmung des Preises einem unparteiischen Sachverständigen, so namentlich dem Richter, zu überlassen, bedurfte es zur Begründung der Klage aus dem Kaufvertrage oder deren Emendation einer genaueren Darlegung derjenigen Umstände, aus welchen sich trotz der Unbestimmtheit des Preises die Perfection des Vertrages entnehmen ließ. Jedenfalls genügte hierzu nicht die einfache Behauptung, daß die betreffende Waare gekauft worden und daß der Kaufpreis ein angemessener sei. Wenn nun einerseits der Nachweis nicht geführt worden, daß die in der klägerischen Rechnung für Pfosten und Sleepers angesetzten Preise, deren Richtigkeit Beklagter bestreitet, vereinbart worden seien, andererseits aber die Klage in dieser Beziehung,

wie sie auf die Angemessenheit der Preise gerichtet werden sollte, als nicht gehörig substantiirt zu gelten hat, so ist Kläger mit seiner Mehrforderung für Posten und Sleepers angebrachtermaßen zurückzuweisen.“ (Aus den Motiven eines Bescheides des Vogteigerichts vom 14. März 1874, No. 34.

**585. Klage auf Bezahlung eines „angemessenen“ Kaufpreises.
Einwand, daß Kläger anderen Kunden billigere Preise
berechnet habe, als dem Beklagten.**

„Nach Art. 3851 ff. des Prov.-Rechts Th. 3 soll, wenn für bestellte und dem Besteller vom Verkäufer zugesandte Waaren der Preis nicht zum Voraus bestimmt gewesen, der Marktpreis als vom Käufer bzw. Besteller bewilligt angesehen werden. In dessen kann die Bestimmung des Preises auch in das Ermessen eines unparteiischen Sachverständigen gestellt werden und müssen alsdann beide Contrahenten sich dem Ausspruche des Dritten, vorausgesetzt daß derselbe keinen unbilligen Preis bestimmt hat, unbedingt unterwerfen. Mit dem Antrage des Klägers, die Entscheidung über die Angemessenheit der klägerischerseits in Rechnung gebrachten Preise zweien Sachverständigen zu überlassen, hat sich Beklagter vollkommen einverstanden erklärt. Ihrem Ausspruche haben mithin beide Theile sich unbedingt zu unterwerfen und ein vom Beklagten zu führender Gegenbeweis könnte (Art. 3855 l. c.) nur das Beweisthema treffen, daß die von den Sachverständigen getroffene Preisbestimmung eine unbillige sei. Für die Billigkeit der Preise kann aber nur maßgebend sein, was zur Zeit und am Orte des Kaufabschlusses der übliche Preis gewesen. Zu welchem Preise Kläger um dieselbe Zeit an den einen oder anderen Käufer Waaren abgesetzt hat, ist dagegen in dieser Beziehung irrelevant, weil Beklagter auf die, anderen Personen etwa erwiesene Liberalität keinen Anspruch erheben kann, Kläger dagegen für bei ihm bestellte und ohne vorangegangene Festsetzung eines bestimmten Preises gelieferte Waaren eine angemessene Bezahlung (welche sich nach dem Marktpreise richtet, Art. 3851 l. c.) zu fordern, ein Recht erlangt hat. Als stillschweigend vereinbart kann also nur der ortsübliche und nicht der von dem Willen des Klägers abhängig gewesene, anderen Käufern abverlangte Preis ange-

sehen werden und, wenn Beklagter darauf ausgeht, den Nachweis zu führen, auf welche Beträge sich dieser letztgedachte Preis belaufen habe, so kann dieser Nachweis nur für irrelevant erachtet werden.“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Bescheides des Vogteigerichts vom 4. Juni 1874, No. 73).

586. Die ursprünglich vereinbarte Dauer eines Miethvertrages ist als aufgehoben anzusehen, wenn die Contrahenten später einen anderen Miethzins vereinbaren.

Kläger verlangte Räumung des dem Beklagten vermieteten Locales auf Grund einer zum 15. December 1874 erfolgten sechsmonatlichen Kündigung. Beklagter behauptete, der Vertrag sei ursprünglich auf 12 Jahre geschlossen worden, gab jedoch zu, daß während der bereits verflossenen mehrjährigen Miethzeit der anfänglich auf 600 Rbl. fixirte Miethzins allmählig auf 800 Rbl. gesteigert worden sei. Er wurde darauf in beiden Instanzen nach dem Klageantrage verurtheilt. Gründe des Appellationsurtheils des Riga'schen Rathes vom 29. October 1875, No. 7152:

„Nach Art. 4042 des Prov.-Rechts Th. 3 ist der Miethcontract alsdann als abgeschlossen anzusehen, sobald Vermiether und Miether über die wesentlichen Erfordernisse, d. i. den Gegenstand und den Preis, sich geeinigt haben und zwar muß der Preis in der Regel nach Art. 4038 l. c. bestimmt, d. h. quantitativ festgestellt, oder in Ausnahmefällen, deren Art. 4039 l. c. erwähnt, mindestens bestimmbar sein. Gehört demnach zu den wesentlichen Bestandtheilen eines perfecten Miethvertrages ein bestimmter oder doch bestimmbarer Miethpreis, so ist die an sich nothwendige unmittelbare Folge dessen, daß der bisherige bestimmte Miethpreis in einen anderen, höheren oder niederen, umgewandelt wird, die Erlöschung des bisherigen und der Abschluß eines neuen Miethvertrages; denn an den wesentlichen Bestandtheilen eines Rechtsgeschäfts darf selbst durch gegenseitige Uebereinkunft der Parteien nichts geändert werden (Art. 2990 l. c.). Freilich ließe sich sagen, daß bei einer bloßen Steigerung oder Minderung des Miethzinses die zur Perfection des Miethvertrages erforderlichen Bestandtheile insofern unberührt geblieben seien, als nach wie vor der Miethzins

gewiß geblieben sei, wengleich er in seinem quotativen Betrage ein anderer geworden. Allein eben daß er ein anderer geworden, macht auch den Miethvertrag selbst zu einem anderen, als dem ursprünglich gewollten, d. i. zu einem neuen, in ganz gleicher Weise, als wenn an Stelle des ursprünglichen Gegenstandes für denselben Miethpreis eine andere Sache in Mieth gegeben worden wäre. Ist nun bei Eingehung dieses anderen und sonach neuen Miethvertrages nicht zugleich eine Einigung darüber erfolgt, daß entweder sämtliche früher beredeten Miethbedingungen unalterirt fortbestehen sollen oder aber, daß die Dauer des Vertrages auf den ursprünglich vereinbarten Zeitraum sich zu erstrecken hat, so sind mit der Erlöschung des früheren Vertrages auch jene Miethbedingungen und jene Vertragsdauer erloschen und es muß, wenn in Beziehung auf die letztere auch keine andere bestimmte Zeitdauer verabredet ist, der spätere neue Vertrag nach Anleitung des Art. 4103 als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und nach Art. 4104 als jederzeit auf sechs Monate kündbar gelten. Der Anspruch des Klägers ergiebt sich demnach als ein wohlbegründeter und daß dieser Anspruch die richterliche Anerkennung gefunden, kann mit Recht nicht in Beschwerde gestellt werden.“

587. Relocatio tacita bei beweglichen Sachen.

Kläger, welcher dem Beklagten 400 Säcke gegen eine Vergütung von 2 Kop. pr. Stück und 100 Säcke gegen eine Vergütung von 1 Kop. pr. Stück auf 14 Tage vermietet, dieselben aber nach Verlauf von 5 Monaten noch nicht zurückhalten hatte, verlangte klagend eine Miethzahlung von 35 Rbl. Das Vogteigericht erkannte in dieser Sache am 4. April 1874 sub No. 38 rechtskräftig, wie folgt:

„Da nach dem Einverständniß der Parteien von vorn herein eine bestimmte Miethdauer und zwar — wie Beklagter angiebt und Kläger demnach zugestehet — von 14 Tagen vereinbart worden ist, so fragt es sich weiter, inwiefern die Grundsätze über die *relocatio tacita* auf den vorliegenden Fall anzuwenden seien? Abgesehen von den hier nicht zutreffenden Bestimmungen über die Mietherneuerung bei Immobilien, ist auf Grund der Art. 4043 und 4039 des 3. Theils des Prov.-Rechts eine relo-

catio tacita im Allgemeinen und insbesondere auch bei beweglichen Sachen, die ursprünglich auf eine bestimmte Zeit vermietet worden, nur dann anzunehmen, wenn eine auf die Miethverlängerung gerichtete stillschweigende Willenserklärung der Contrahenten vorliegt. Aus dem vorbehaltlosen Behalten der gemieteten Sache über die stipulirte Miethzeit hinaus einerseits und der Unterlassung der Rückforderung derselben andererseits ist nun allerdings der auf die Relocation gerichtete Wille der Contrahenten zu folgern und zwar nach Art. 4039 a. a. O. unter Beibehaltung des bisherigen Miethpreises. Ein Dissensus, mithin die Aufhebung der Relocation, tritt aber ein, sobald entweder der Vermiether die Sache zurückfordert oder der Miether sie retradirt. Dieser Moment der Vertragslösung fällt im vorliegenden Falle nach dem Zugeständniß des Klägers fünf Wochen nach dem ursprünglichen Vertragschlusse, da zu dieser Zeit Kläger den Beklagten zur Rückgabe des Miethobjects aufgefordert hat. Es würde daher Beklagter im Ganzen zu einer Miethzahlung für fünf Wochen und da er für die ersten vierzehn Tage der Miethzeit den Miethzins bereits berichtigt hat, gegenwärtig nur noch zu einer Miethrestzahlung von 13½ Rbl. verpflichtet sein. Ein Anspruch auf weitere Miethentschädigung wegen Entmischung des Miethobjects kann jedoch dem Kläger nicht zugestanden werden, einerseits weil er nach fruchtlos gebliebener Mahnung hätte Klage auf Rückgabe der vermieteten Sachen erheben können, nach Art. 3441 a. a. O. der Beschädigte aber zur Ersatzforderung dann nicht berechtigt ist, wenn der Schade durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt von seiner Seite hätte vermieden werden können; andererseits weil jener Anspruch dem Vermiether einen unbilligen Vortheil auf Kosten des Miethers zuzuwenden bezweckt, nach Art. 4047 a. a. O. aber bei Beurtheilung der aus dem Miethvertrage entspringenden Rechtsverbindlichkeiten die Grundsätze gerade der Billigkeit maßgebend sein müssen.“

588. Stillschweigen als angebliche Einwilligung in den Abschluß eines Miethvertrages.

(Art. 2941 und 4043 des Prov.-Rechts Th. 3).

Gegenüber der von dem Vermiether wegen rechtzeitig er-

folgter Kündigung erhobenen Räumungsklage vertheidigte sich der Miether mit der Behauptung, er habe dem Kläger während des Laufes der Kündigungsfrist mitgetheilt, daß er die Wohnung noch auf ein Jahr miethe, worauf Kläger durchaus stillgeschwiegen habe und dergestalt ein neuer Miethvertrag zu Stande gekommen sei. Diese Einrede wurde in beiden Instanzen verworfen.

Gründe des Querelbescheides des Riga'schen Rathes vom 27. August 1875, No. 5689:

„Die Entscheidung der Frage, ob der Art. 4043 des Prov.=Rechts Th. 3 eine Ausnahme von der im Art. 2941 l. c. aufgestellten allgemeinen Regel, daß bloßes Schweigen nicht als Einwilligung oder als Ablehnung anzusehen sei, zu begründen bezwecke, macht ein genaueres Eingehen auf den Wortlaut und Sinn beider Gesetzesstellen unerlässlich.

Die Absicht, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, wird entweder durch Worte, bzw. gleichbedeutende Zeichen zu erkennen gegeben, oder durch Handlungen, welche zwar nicht direct den Zweck haben, jene Absicht kund zu geben, indessen so beschaffen sind, daß von ihnen auf das Dasein des Willens sicher geschlossen werden kann. Hiermit im engsten Zusammenhange bestimmt der Art. 2941 l. c., daß bloßes Schweigen weder als Einwilligung noch als Ablehnung anzusehen sei und eine Ausnahme von dieser Regel nur in den Fällen eintrete, wo nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze der Einzelne sein Schweigen brechen muß, wenn nicht seine Einwilligung solle angenommen werden. Die bezüglichlichen Quellencitate weisen beispielsweise darauf hin, daß der Erbschaftsberufene, wenn er sich im factischen Besitze der Erbschaft befindet, sich vor Ablauf einer bestimmten Frist, über die Ausschlagung der Erbschaft erklären müsse, wenn nicht angenommen werden solle, daß er die Erbschaft angetreten habe (Art. 2631 und 2634 l. c.). Desgleichen ist sowohl von dem Miether, als auch von dem Vermiether, welcher nicht vor Ablauf der Miethzeit den Miethcontract gehörig gekündigt hat, anzunehmen, daß er in die Verlängerung des Miethcontracts gewilligt habe (Art. 4105 l. c. und l. 14 D. locati XIX, 2). Analog wird von demjenigen, der einen Gesindevertrag vor dessen Ablauf nicht gehörig kündigt, angenommen, daß er in die Erneuerung des Gesindevertrages auf den bisherigen Bedingungen gewilligt habe (Art. 4216 l. c.).

Eine derartige ausdrückliche Bestimmung über einen Fall, in welchem das bloße Schweigen als Einwilligung des Schweigenden anzusehen ist, glaubt Queralant auch in dem Art. 4013 l. c. zu erkennen. Dieser Artikel lautet folgendermaßen:

Die gegenseitige Einwilligung (vermöge welcher der an eine besondere Form nicht gebundene Miethvertrag geschlossen wird) kann selbst stillschweigend zu Stande kommen, vorausgesetzt, daß der Preis durch eine öffentliche Taxe feststeht oder sonst, wie bei der Pacht- oder Mietherneuerung, unter den Parteien als bekannt anzunehmen ist.

Zunächst muß indessen bemerkt werden, daß dieser Artikel nicht ausschließlich von der durch Schweigen offenbarten Einwilligung, sondern ganz allgemein von der stillschweigend offenbarten Einwilligung handelt, und dieser Unterschied fällt darum schwer in's Gewicht, weil die „stillschweigende“ Einwilligung nur ausnahmsweise, wo es das Gesetz besonders vorschreibt, durch bloßes Schweigen erfolgen kann. Darf mithin, was von der „stillschweigenden“ Willenserklärung im Allgemeinen gesagt ist, nicht ausschließlich auf die durch bloßes Schweigen kund gegebene Einwilligung bezogen werden, so folgt daraus, daß im zweiten Theile des Art. 4043 keineswegs eine Voraussetzung, unter welcher bloßes Schweigen als Einwilligung gelten müsse, hat bezeichnet werden sollen. Der in Rede stehende Artikel enthält aber auch nicht die Bestimmung, daß ein Miethvertrag stillschweigend zu Stande kommen müsse, wenn die und die Voraussetzung vorliege, sondern es wird in diesem Artikel bloß die Möglichkeit des Zustandekommens eines Miethvertrages ohne ausdrückliche Willenserklärungen auf Fälle beschränkt, in denen der Miethpreis aus irgend welchem Grunde unter den Parteien bereits feststeht.

So z. B. kann, wenn ein Miethvertrag vom Vermiether nicht gekündigt und dadurch von ihm der Wille kundgethan ist, den Miethgegenstand nach Ablauf der Miethzeit für den bisher erhobenen Preis von Neuem zu vermieten, der Miethvertrag ohne ausdrückliche Willenserklärung, resp. die gegenseitige Einwilligung stillschweigend zu Stande kommen. Ja es kann hier sogar die stillschweigende Einwilligung auf Grund bloßen Schweigens angenommen werden, nicht aber wird die Unterbrechung des

Schweigens zum Zeichen der Miethewilligung in eine Mietherneuerung durch den Art. 4043 l. c., sondern durch den Art. 4105 l. c. vorgeschrieben und ersterer bestätigt nur, daß wenn die Einwilligung zur Vermietung für einen bestimmten Preis durch bloßes Schweigen, wie bei der *relocatio tacita*, offenbar sei, es einer ausdrücklichen Willenserklärung zum Abschluß des Miethvertrages weiter nicht bedürfe.

Einerseits enthält also der Art. 4043 keineswegs die ausdrückliche Bestimmung, daß der Vermieter einer Wohnung unter bestimmten Voraussetzungen das Schweigen brechen müsse, damit nicht angenommen werden dürfe, als beabsichtige er, die Wohnung demjenigen zu vermieten, der den Willen ausspricht, sie für den früher vom Vermieter erhobenen Preis zu miethen; und andererseits schließt der Art. 4043 l. c. die Möglichkeit aus, daß ein Miethvertrag durch stillschweigende Willenserklärung zu Stande komme, wenn unter den Parteien nicht einmal der Preis bekannt ist, für welchen der Vermieter die Wohnung zu vermieten beabsichtigt.

Letzteres gerade liegt im vorliegenden Falle vor. Denn es hat Kläger das bisherige Miethverhältniß zum 11. März c. gekündigt und dadurch offenbart, daß er nicht gesonnen ist, die Wohnung qu. für den bisherigen Preis von Neuem dem Beklagten zu vermieten. Für welchen Preis er die Wohnung vom 11. März ab zu vermieten beabsichtigte, stand damals, als Beklagter angeblich den Wunsch aussprach, den Miethvertrag zu erneuern, nicht fest und war auch nicht unter den Parteien als bekannt anzunehmen, da Kläger durchaus nicht an den früher vereinbarten Preissatz über die Miethzeit hinaus gebunden war und letztere in Folge der Kündigung am 11. März abgelaufen sein sollte.

Nicht nur also kann der Art. 4043 l. c. in dem vom Beklagten angenommenen Sinne nicht gedeutet werden, sondern es trifft auch die Voraussetzung, unter welcher Beklagter den genannten Artikel in seinem Sinne zu seinen Gunsten verwenden könnte, in dem vorliegenden Falle nicht zu.“

588a. Folgen der Collision eines corroborirten Miethvertrages mit früher eingetragenen Hypotheken.

Auf das zur Concurssmasse des Kaufmann's W. gehörige

Immobil waren unmittelbar vor der Concurseröffnung zwei Miethverträge corroborirt worden.

Nach dem einen war dem G. ein Parterrelocal „als Wohnung oder zu einem beliebigen Geschäft“ auf drei Jahre, nach dem anderen dem D. das ganze Souterrain zum Betriebe einer Fabrik für mouffirende Getränke auf sechs Jahre vermietet worden, wobei G. den Miethzins für ein Jahr dem Cridar bereits vorausbezahlt hatte. G. und D. verlangten nun in einem gegen den Concurscurator gerichteten Antrage, daß bei der Versteigerung des Immobils dem Meistbieter die Verpflichtung auferlegt werde, die Miethverträge zu halten. Dieser Antrag wurde durch Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 24. December 1876, No. 277, abgewiesen:

„da nach Art. 1439 des Prov.-Rechts Th. 3 jede den Werth der verpfändeten Sache mindernde Bestellung von Rechten an derselben, so weit sie die Sicherheit des Pfandgläubigers verletzt, diesem gegenüber nur wirksam ist, wenn er seine Einwilligung dazu erteilt hat;

da die Ingrossation der von den Klägern mit dem Cridar abgeschlossenen Miethverträge allerdings eine Beeinträchtigung der Pfandgläubiger enthalten kann, indem dadurch vielleicht manche Kaufliebhaber vom Bieten abgehalten werden und dergestalt der Werth des Immobils herabgedrückt wird;

da somit die Miethverträge, wenn und so weit sie die hypothekarischen Gläubiger beeinträchtigen, von letzteren nicht anerkannt zu werden brauchen und deshalb auch die Verpflichtung des Meistbieters zur Erfüllung der mehrberechtigten Miethverträge in die Versteigerungsbedingungen nur mit Zustimmung der hypothekarischen Gläubiger aufgenommen werden kann, während beim Ausbleiben dieser Zustimmung das Immobil doppelt, nämlich einmal unter der Bedingung der Aufrechterhaltung der Miethverträge und daneben unter der Bedingung des Wegfalls der Miethverträge versteigert werden müßte, um durch das Ergebnis beider Versteigerungsmodalitäten zu ermitteln, ob eine Beeinträchtigung der hypothekarischen Gläubiger in der That vorliegt*).

*) Vgl. Schiemann in der *Dorp. Zeitschrift f. Rechtsw.* IV, S. 73—81.

Andere Gesetzgebungen, welche dem Miether gleichfalls anheimgeben, sein Recht durch Eintragung in die Grundbücher auch gegen Dritte zur

Nachdem hierauf die Pfandgläubiger ihre Zustimmung zu dem Antrage der Miether G. und D. verweigert hatten, beantragten letztere das Immobilien doppelt, nämlich einmal mit Aufrechterhaltung der Miethcontracte durch den Meistbieter und das andere Mal ohne dieselbe zum Meistbot zu stellen, ersterenfalls aber gleichwohl den Zuschlag zu ertheilen, wofern die Antragsteller die Differenz der beiden Meistbotsummen zur Concursumasse zuschießen sollten. Hiermit erklärten die hypothekarischen Gläubiger sich einverstanden unter der Bedingung, daß 1) bei der ersten Meistbotstellung dem Käufer die Verpflichtung auferlegt werde, die Miethcontracte zu halten, 2) die Imploranten die Differenz beider Meistbotsummen tragen und 3) dieselbe binnen sechs Wochen nach erfolgtem Zuschlage berichtigen würden.

Darauf erging am 19. Januar 1877 sub No. 21 folgendes Erkenntniß:

„Was die erste Bedingung anbelangt, so ist gegen dieselbe nichts zu erinnern. Die zweite kann jedoch nur dahin gefaßt werden, daß es den Imploranten vorbehalten bleibt, die Differenz der Meistbotsumme zu decken. Es sind nämlich folgende Fälle möglich:

a) Der bei der Versteigerung der Immobilien unter der Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Miethverträge erzielte Meistbotschilling ist schon ausreichend, um die ingrossirten Forderungen sammt anhängigen Zinsen zu decken. In diesem Falle sind die Pfandgläubiger durch die Corroboration der Miethverträge nicht beeinträchtigt, es hat also bei dem ersten Meist-

Wirksamkeit zu bringen, entgegen den durch die Collision zwischen dem eingetragenen Miethrecht und den Hypotheken entstehenden Schwierigkeiten dadurch, daß sie mit der Zwangsversteigerung die Verbindlichkeit des Miethvertrages für dritte Personen wegfallen lassen. Oesterreichisches Gesetzbuch §§ 1095 und 1121. Sächsisches Gesetzbuch § 1224. Bayerischer Entwurf, II. Art. 446. Allgemeiner Deutscher Entwurf Art. 552 und 553. Auch das preussische N. L. R. (I. 21 §§ 350 und 358), welches dem Miether ein dingliches Recht an der Miethsache beilegt, gestattet für den Fall der nothwendigen gerichtlichen Veräußerung den Hypothekengläubigern oder dem Abjudicator eine vorzeitige Kündigung des Miethvertrages. Dagegen verliert der Miether nach dem code civil sein Recht auf Aufrechterhaltung des Miethvertrages unter dem im art. 1743 angegebenen Voraussetzungen auch nicht im Falle des Zwangsverkaufs, code de procédure civile art. 684.

bot zu bewenden und der Zuschlag ist dem Meistbieter mit der Verpflichtung, die Miethverträge zu halten, zu ertheilen, ohne daß auf das Resultat der zweiten Meistbotstellung überhaupt Rücksicht zu nehmen ist.

b) Der bei der ersten Meistbotstellung erzielte Meistbot reicht zur Befriedigung der ingrossirten Forderungen nicht aus, es wird aber auch bei der zweiten Meistbotstellung kein höherer Bot erzielt. Hier gilt das Gleiche, wie im Falle sub a.

c) Ergiebt die zweite Meistbotstellung, die unter der Bedingung der Unverbindlichkeit der Miethverträge für den Meistbieter stattfindet, hingegen eine größere Meistbotsumme, als die erste, so ist der Zuschlag dem Meistbieter mit der Verpflichtung, die Miethverträge zu halten, nur insofern zu ertheilen, als die Imploranten sich verpflichten, die Differenz beider Meistbotsummen der Concursmasse zu vergüten*), während anderenfalls dem Meistbieter das Immobilien frei von den corroborirten Miethverträgen zuzuschlagen ist.

Um nun festzustellen, welche der soeben vorausgesetzten Eventualitäten eingetreten und in welcher Weise der Zuschlag zu ertheilen sei, muß in dem Meistbotstermin selbst und sogleich, nachdem der höchste Bot gethan worden, erklärt werden: einerseits von den hypothekarischen Gläubigern, ob sie das Resultat des ersten Meistbots als zur Befriedigung ihrer sofort liquid zu stellenden Forderungen ausreichend anerkennen; andererseits eventuell von den Imploranten, ob sie sich anheischig machen, die etwaige Differenz der Meistbotsummen zu tragen; damit dann auf Grund dieser Erklärungen das Gericht nach Maßgabe der obigen Erörterung den Zuschlag in der einen oder anderen Weise zu ertheilen vermag.

*) Dies muß dem Miether in jedem Falle freistehen, gleichviel ob die hypothekarischen Gläubiger darin willigen, oder nicht. Denn diese brauchen den Miethcontract ja nur in dem Falle nicht zu respectiren, wenn seine Existenz sie verlegt, was nicht der Fall ist, wenn sie dasjenige erhalten, was sie aus dem Versteigerungserlös erhalten hätten, auch wenn die Corroboration des Miethvertrages nicht erfolgt wäre. Hat der Schuldner durch die Zulassung der Corroboration die Sicherheit der Pfandgläubiger verlegt, so haben diese nach Analogie des Art. 1450 zwar einen bezüglichen Ersatzanspruch gegen ihn; derselbe kann jedoch von dem dabei interessirten Miether nach Art. 3487 selbst gegen den Willen der Pfandgläubiger und des Schuldners durch Zahlung der Differenz befriedigt werden.

Was endlich die dritte Bedingung anbetrifft, so erscheint es nicht zweckmäßig, den Imploranten zur Beibringung der Differenz die für die Berichtigung des Meistbots festgesetzte sechswöchentliche Frist zu gewähren. Denn bevor der Zuschlag erfolgen kann, muß nothwendig feststehen, welches Recht der Meistbieter durch den Zuschlag erwirbt, und anderentheils läßt sich schwer eine Verwarnung zum voraus feststellen, durch deren Verwirklichung die Imploranten, falls sie der von ihnen übernommenen Verpflichtung zur Vergütung der etwaigen Differenz hinterher nicht nachkommen sollten, dazu in einer für die Gläubiger vortheilhaften Weise gezwungen werden könnten. Vielmehr erscheint es geboten, den Imploranten die Ausübung der Befugniß, durch Nachzahlung der Differenz die Folgen des zweiten Meistbots abzuwenden, nur bis einen Tag vor dem Zuschlage zu gestatten und denselben daher bis auf acht Tage nach dem Meistbotstermin auszusetzen, so daß mit dem Ablaufe der sechstägigen Frist eo ipso die Folge eintritt, daß die Immobilien frei von den Miethverträgen auf den Meistbieter übergehen.“

Dieses Erkenntniß ging in Rechtskraft über.

589. Bestimmung des streitigen Umfanges der vermiethteten Localitäten mit Rücksicht auf den zur Zeit der Vermietthung bestanden habenden Zustand.

Der Färber W. hatte sein Geschäftslocal im eigenen Hause dem Färber D. auf acht Jahre vermiethtet, vor Ablauf derselben aber das Haus verkauft, wobei der Käufer S. die Aufrechterhaltung des Miethvertrages übernommen hatte. In dem darauf unter S. und D. entstandenen Streite über die Ausdehnung der dem letzteren zum Geschäftsbetriebe eingeräumten Localitäten sprach das Vogteigericht in dem Erkenntniße vom 14. März 1874, No. 28, unter anderem Folgendes aus:

„Bei der Beurtheilung des von den Parteien gewollten Umfanges der Miethen an Localitäten zum Zwecke des Gewerbebetriebes macht es einen Unterschied, ob der Miether selbst erst das Miethobject zum Gewerbebetriebe herzustellen hat, oder aber ein bereits wohleingerichtetes Geschäftsetablißement vorfindet. Im ersteren Falle wäre der Vermiether allerdings nur auf die ihm speciell eingewiesenen Räumlichkeiten beschränkt, da

ihm beim Mangel der Disposition über das Immobilien als Ganzes die Bestimmung der Pertinenzqualität der einzelnen Theile nicht zusteht, und es könnte dann eine gewisse Berechtigung dem Einwande nicht abgesprochen werden, daß der Miether selbst die üblen Folgen dessen, daß er Localitäten gemiethet, die zum Betriebe seines Gewerbes sich nicht eignen oder nicht genügen, zu tragen habe. Im anderen Falle aber — und ein solcher liegt hier vor — müssen als Pertinenzen des Gewerbebetriebslocals alle diejenigen Räumlichkeiten und Berechtigungen angesehen werden, welche die Bestimmung, jenem Geschäftslocale zu dienen, bereits zur Zeit der Vermietbung gehabt haben und der ihnen auferlegten Bestimmung auch entsprechen (vgl. Art. 552 und 573 des Prov.-Rechts Th. 3). Wenn daher der Rechtsvorgänger des Klägers, der Färbermeister W., dessen bezügliche Dispositionen Kläger gegen sich gelten lassen will und muß, seiner eigenen Angabe zufolge bei der Miethberedung den Beklagten D. darauf aufmerksam gemacht, daß er (W.) sich das betreffende Haus zu einer Färberei „bequem“ eingerichtet habe, und den Beklagten hierauf aufgefordert hat, sich das Haus anzusehen, ohne ihm zuvor die einzelnen Localitäten speciell zu benennen oder anzuweisen, so lag es entschieden in der Intention des W., neben dem Hauptlocal auch diejenigen vorhandenen Nebenräume, welche zum bequemen Geschäftsbetriebe nothwendig sind und welche er für diesen Zweck bereits bestimmt hatte, dem Beklagten zu überlassen.“

590. Inwiefern steht die Kenntniß des Miethers von Mängeln des Miethlocales der Klage auf Abstellung derselben entgegen, wenn der Miether das Local trotz der ihm bekannten Mängel dennoch miethet?

I. Klägerin verlangte die Reparatur eines schadhaften Ofens von dem beklagten Vermietther, welcher dieselbe verweigerte, weil Klägerin die Schadhastigkeit des Ofens bei Abschluß des Miethvertrages gekannt habe. Es wurde in beiden Instanzen zu Gunsten der Klägerin entschieden. Gründe des Querelbescheides des Riga'schen Rathes vom 15. October 1875, No. 6786:

„Querulant legt darauf Gewicht, daß schon bei der Ver-

miethung sich der Ofen in seinem jetzigen Zustande befunden habe, und meint unter Bezugnahme auf die Art. 4049, 4059 und 3244 des Prov.-Rechts Th. 3, daß, wenn der Miether eine Sache, welche mit Mängeln, die ihm bekannt waren, oder doch bei ganz gewöhnlicher Vorsicht bekannt hätten sein müssen, dennoch miethet, er stillschweigend auf die Geltendmachung aller Ansprüche wegen dieser Mängel Verzicht leiste. Eine solche Geltendmachung, behauptet er weiter, stehe dem Miether nur dann zu, wenn sich die Mängel im Laufe der Zeit einstellten, oder wenn die Abwesenheit derselben ausdrücklich vom Vermiether versprochen sei.

Diese Ansicht ist jedoch eine ganz irrige*). Nach Art. 4053 und 4058 l. c. hat der Vermiether den Fruchtgenuß der vermieteten Sache zu gewähren und die Sache in einem solchen Zustande einzuräumen und zu erhalten; daß der Miether den mit Recht erwarteten Nutzen ziehen kann.

Ein zum Wohnen vermietetes Local gewährt nun aber offenbar nicht den mit Recht zu erwartenden Nutzen, wenn der Ofen in demselben so schadhast ist, daß er zu seinem Zweck, die Erheizung des Locals, nicht benutzt werden kann. Daraus folgt dann, daß dem Vermiether die Verpflichtung obliegt, den Ofen in den Stand zu setzen, damit dieser dem Zwecke gemäß verwendet werden könne. Der von dem Querulanten bezogene Art. 4059 besagt auch nicht das, was Querulant demselben entnimmt, sondern im Gegentheile, daß der Vermiether dem Miether dafür zu haften habe, wenn die Sache Fehler oder Mängel**)

*) Vgl. auch Seuffert's Archiv XXXII, 35.

***) Ein Fehler oder Mangel im Sinne des Art. 4059 liegt nur vor, wenn der Miethsache eine Eigenschaft abgeht, die mit Recht erwartet werden durfte. Desgleichen ist nach Art. 4058 l. c. nur derjenige Zustand zu „erhalten,“ der mit Recht von dem Miether vorausgesetzt wurde. Es kann aber eine Eigenschaft nicht mit Recht erwartet werden, wenn sie beim Abschluß des Miethvertrages offenkundig fehlte, oder bei ganz gewöhnlicher Vorsicht sich als fehlend erwies. Wer z. B. ein Zimmer miethet, das keinen Ofen hat, wird nicht später verlangen können, daß der Vermiether einen hinein stelle, weil das Zimmer sonst nicht zu bewohnen sei, denn er konnte und mußte beim Miethabschlusse den Mangel des Ofens bemerken und durfte deshalb das Vorhandensein eines solchen nicht „mit Recht“ erwarten. Ebenso kann derjenige, der eine Wohnung ohne Küche miethet, nicht später das Fehlen derselben als einen „Mangel“ geltend machen u. s. w. (Vgl. Band I, No. 131).

habe, die dem aufmerksamen Vermiether nicht verborgen sein konnten.“

II. „Nach Art. 4122 des 3. Theils des Prov.=Rechts ist der Miether berechtigt, den Miethvertrag einseitig aufzulösen, wenn der Vermiether es an den nöthigen Reparaturen fehlen läßt, oder sich solche Fehler und Mängel einstellen, welche den Genuß oder Gebrauch ganz oder beträchtlich hindern, ohne daß eine Abhilfe möglich wäre. Die Anwendung dieses Gesetzes setzt voraus, daß der Vermiether während der Dauer des Miethverhältnisses nothwendige Reparaturen vorzunehmen, sich weigert, oder Fehler und Mängel, welche beim Abschluß des Miethvertrages nicht vorhanden waren, oder von denen doch der Miether keine Kenntniß gewinnen konnte, sich im Laufe der Zeit einstellen. Wenn dagegen der Miether unterlassen hat, sich vom Zustande der Wohnung genügend zu überzeugen, und er ungeachtet bereits vorhandener und wahrnehmbarer Mängel den Miethvertrag abschließt, wie im vorliegenden Falle, so kann dem Miether nicht das Recht zugestanden werden, einseitig das Miethverhältniß aufzuheben*); es kann vielmehr nur angenommen werden, daß er trotz der vorhandenen Mängel den Miethvertrag hat abschließen wollen.“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Erkenntnisses der II. Section des Landvogteigerichts vom 15. März 1874, No. 50).

III. „Daß der Miether befugt ist, wegen ungesunder Beschaffenheit der ihm vermietheten Wohnung einseitig die Auflösung des Miethverhältnisses vor Ablauf der Miethzeit zu verlangen, unterliegt keinem Zweifel (Art. 4121 des Prov.=Rechts Th. 3). So lange aber die Auflösung noch nicht erfolgt ist, kann sich der Miether um der etwaigen ungesunden Beschaffenheit der Miethwohnung willen von der Verbindlichkeit zur Ent-

Freilich liegt es aber außerhalb des Bereiches gewöhnlicher Vorsicht, beim Miethabschlusse sich davon zu überzeugen, ob die Oefen ordentlich heizen, was vielmehr wohl vorausgesetzt werden darf, und aus diesem Grunde ist die Unmöglichkeit, einen vorhandenen Ofen zu erheizen, jedenfalls ein vom Vermiether zu vertretender „Mangel.“

*) Vgl. Band I, No. 131.

richtung des vereinbarten Miethzinses nicht ohne weiteres für befreit erachten. Denn, wenn auch der Fall, daß die Nutzung des Miethobjectes in seinen wesentlichen Theilen geschmälert wird, zu den Gründen gehört, welche die Verbindlichkeit zur Miethzinszahlung aufheben (Art. 4075 l. c.), so soll diese Wirkung doch nur dann eintreten, wenn der Schade nicht von der natürlichen schlechten Beschaffenheit des Miethobjectes herrührte. Ein solcher Schaden liegt aber vor, wenn Jemand in einem noch nicht ausgetrockneten neuen Hause eine Wohnung bezieht und Mauerfeuchtigkeit und Schwammbildung schädlich auf die Gesundheit der Einwohner einwirken. Unter so bewandten Umständen steht dem Beklagten, welcher in einem neuerbauten Hause eine feuchte Wohnung bezogen hat, nicht ein Recht zur Seite, wenn er um der gerügten Feuchtigkeit willen dem Kläger den Miethzins theilweise vorenthält. Die hieraus hergeleiteten Einwendungen des Beklagten sind mithin als unrechtfertig zu verwerfen.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 30. April 1874, No. 53).

IV. „Kläger stützt seine Klage auf die im Art. 4122 des 3. Theils des Prov.-Rechts enthaltene Bestimmung, nach welcher der Miether zur einseitigen Auflösung des Miethverhältnisses befugt ist, wenn sich solche Fehler und Mängel am Miethobject einstellen, welche den Genuß oder Gebrauch ganz oder beträchtlich hindern, ohne daß eine Abhilfe möglich wäre. Als solchen Fehler der von ihm im Hause des Beklagten gemietheten Wohnung bezeichnet er die Feuchtigkeit derselben. Es fragt sich nun ob die Feuchtigkeit in einem neuerbauten Hause für den Miether einen rechtlichen Grund abgeben könne zum einseitigen Rücktritt vom Miethcontract, der überdies zu einer Zeit geschlossen wurde, als die Miethwohnung noch nicht fertiggestellt war. Sowohl die richtige Interpretation des angezogenen Artikels, als auch andere einschlägige Gesetzesbestimmungen führen zu der verneinenden Beantwortung dieser Frage. Wenn der Gesetzgeber bei Angabe der Voraussetzungen für eine einseitige Contractslösung sich des Ausdruckes „sich einstellen“ von gewissen Fehlern und Mängeln bedient, so bezeichnet er mit diesem Ausdrucke das unvermuthete, vom Miether nicht vorauszusetzen ge-

wesene Erscheinen jener Mängel, während der Benutzung des Miethobject's. Dagegen muß der Miether sich diejenigen Mängel des Miethlocals gefallen lassen, die ihm von vornherein bekannt waren, oder die ihm doch bei Anwendung ganz gewöhnlicher Vorsicht oder Ueberlegung nicht hätten verborgen bleiben können. Denn nach Art. 3441 a. a. O. ist der Beschädigte — im vorliegenden Falle der durch die Mängel des Miethobject's beeinträchtigte Miether — zur Erfasforderung nicht berechtigt, wenn der Schade durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt von seiner Seite hätte vermieden werden können. Endlich schreibt der speciell auf den concreten Fall anwendbare Art. 4076 a. a. O. vor, daß eine Rückzahlung des bereits gezahlten Miethzinses dann nicht stattfindet, wenn der den Miether betreffende Schade von der natürlichen schlechten Beschaffenheit der gemietheten Sache herrührt. Das Quellencitat zu diesem Artikel, die l. 15 § 5 D. locati XIX, 2 illustriert denselben durch Wiedergabe eines kaiserlichen Rescripts, in welchem das Verlangen des Pächters, daß ihm wegen Alters der gepachteten Weinstöcke, die ihm nur eine geringfügige Ernte bieten, Erlaß gegeben werde, für unstatthaft erklärt wird. Der Gesetzgeber giebt hierdurch unzweideutig zu verstehen, daß der Miether durch Abschluß eines Vertrages über ein Miethobject, von dem man seiner natürlichen Beschaffenheit nach nichts anderes, als gewisse Fehler und Mängel erwarten kann, auf die Geltendmachung dieser Mängel stillschweigend verzichtet habe.“ (Aus den Motiven eines Erkenntnisses des Vogteigerichts vom 3. September 1874, No. 120).

In den Entscheidungsgründen des vorstehende Entscheidung bestätigenden Appellationsurtheils des Riga'schen Rath's vom 18. December 1874, No. 7948, heißt es:

„Es steht in Frage, ob dem Appellanten der Beweis, daß die von ihm verlassene Wohnung in einem die Gesundheit gefährdenden Maße feucht gewesen sei, gelungen ist, oder nicht. Denn im letzteren Falle war Appellant zu einem einseitigen Rücktritt vom Miethvertrage nicht berechtigt, weil eine an sich nicht erhebliche Feuchtigkeit, wie sie bei einem neuerbauten Hause von selbst einigermaßen vorausgesetzt werden mußte, als keinen wesentlichen Nachtheil bringend den Miethzweck nicht

vereitelte und weil eine an sich nicht erhebliche Feuchtigkeit ferner nicht als ein Mangel gelten kann, dessen Beseitigung unmöglich war (Art. 4122 l. c.).“

V. „Der Miether muß sich diejenigen Mängel des Mieth=locales gefallen lassen, die ihm von vorn herein bekannt waren, oder die ihm doch bei Anwendung ganz gewöhnlicher Vorsicht oder Ueberlegung nicht hätten verborgen bleiben können. Denn nach Art. 3441 l. c. ist der Beschädigte zur Ersatzforderung nicht berechtigt, wenn der Schade durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte vermieden werden können. In diesem Sinne sind auch die in dem Art. 4076 Pkt. 1 l. c. und dessen Quelle, der l. 15 § 5 D. XIX, 2 enthaltenen Bestimmungen aufzufassen, durch welche der Gesetzgeber unzweideutig zu verstehen gegeben hat, daß der Miether durch Abschluß eines Vertrages über ein Miethobject, von dem man seiner natürlichen Beschaffenheit nach nichts anderes als gewisse Fehler und Mängel erwarten kann, auf die Geltendmachung dieser Mängel stillschweigend verzichtet habe.“ (Aus den Motiven eines Erkenntnisses des Vogteigerichts vom 20. September 1875, No. 143).

591. Zur Anwendung des Art. 4081 des Prov.=Rechts Th. 3.

Kläger, welcher von dem Beflagten eine Trödelbude auf dem Dünamarkt am 24. Mai 1871 für den Preis von 10 Rbl. monatlich auf 10 Monate gemiethet und 47 Rbl. auf den Miethzins vorausbezahlt hatte, verlangte, nachdem die Bude am 24. August 1871 abgebrannt war, die Rückerstattung der zu viel bezahlten 17 Rbl.

Die II. Section des Landvogteigerichts erkannte darauf am 14. Februar 1874 sub No. 34 wie folgt:

„Daß der Art. 4081 des 3. Theils des Prov.=Rechts, in welchem nur von Häusern die Rede ist, auch auf Buden seine Anwendung finden muß, kann keinem Zweifel unterliegen. Der Artikel lautet:

In den Städten Liv= und Estlands ist der Miether eines Hauses, falls dasselbe ohne seine Schuld abbrannt, ehe er ein halbes Jahr darin gewohnt hat, zur Zahlung

des halbjährigen Miethzinses, hat er es aber über ein halbes Jahr bewohnt, zur Zahlung des ganzen Jahreszinses verpflichtet. — —“

Nach dem Wortlaute dieses Artikels kommt es nicht darauf an, ob der Miethvertrag auf ein Jahr, ein halbes Jahr oder einen Monat abgeschlossen ist, sondern das Gewicht wird nur darauf gelegt, wie lange der Miether bereits im Hause, welches durch Feuer vertilgt wurde, gewohnt hat. Demnach wäre Kläger, auch wenn er monatlich mit monatlicher Kündigung gemiethet hätte, nach der strengen Interpretation dieses Gesetzes dazu verpflichtet, den Miethzins für ein halbes Jahr, d. h. 60 Rbl. zu zahlen, weil die Bude 3 Monate nach Beginn des Miethverhältnisses abgebrannt ist.

Lib. III Tit. XII § 1 der Stadtrechte, welcher dem angezogenen Artikel des Provinzialrechts zur Grundlage dient, lautet jedoch:

Wer ein Haus auf ein ganzes oder halbes Jahr gemiethet hätte und es brennete das Haus, ehe die Heurzeit halb zu Ende, ab: so ist der Heurling mehr nicht, denn den halben Theil zu geben schuldig.

Nach dieser Fassung des Gesetzes kommt sowohl in Betracht, auf wie lange Zeit das Miethverhältniß abgeschlossen ist, als auch, wie viel Zeit seit Beginn resp. Erneuerung des Vertrages bis zum Brande des Hauses verflossen ist. Ist der Miethvertrag auf längere oder kürzere Zeit, als ein halbes Jahr, oder auf kürzere Zeit als ein ganzes Jahr abgeschlossen, so ist in Ermangelung anderer gesetzlicher Bestimmungen, eine analoge Anwendung dieses Gesetzes geboten. Hätte Kläger demnach monatlich gemiethet, so wäre er verpflichtet gewesen, für den begonnenen vierten Monat (für welchen, da nicht gekündigt worden, eine *relocatio tacita* anzunehmen ist) den „halben Theil“ d. h. 5 Rbl. und im Ganzen 35 Rbl. zu zahlen; Kläger wäre mithin, da er 47 Rbl. gezahlt hat, 12 Rbl. zurückzufordern berechtigt. Nach Maßgabe der Klage und des vom Kläger geleisteten Eides ist aber die Bude nicht monatlich mit monatlicher Kündigung, sondern auf feste 10 Monate für den festen Preis von 100 Rbl., welcher durch monatliche Zahlungen von je 10 Rbl. zu tilgen ist, gemiethet. Die analoge Anwendung des § 1 Tit. XII Lib. III der Stadtrechte ergiebt daher, daß Kläger, da die Bude

nach 3 Monaten (d. h. vor Ablauf der halben Miethzeit) abgebrannt ist, den Miethzins für 5 Monate, d. i. 50 Rbl. bezahlen muß. Kläger wäre mithin noch zur Zahlung von 3 Rbl. verpflichtet und ist demnach mit seiner Klage auf Rückzahlung abzuweisen.“

592. Die Verpflichtung des Miethers zur Zinszahlung besteht auch nach Aufhebung des Contracts bis zur gehörigen Rückgabe der Sache an den Vermiether fort.

„Für die Frage, wie lange sich das Miethobject im Besitz der Beklagten befunden hat und für welche Zeit sie daher den Miethzins zu zahlen haben, kommt es hauptsächlich darauf an, daß und wann sie als Miether das gemiethete Local dem Vermiether zurückgestellt haben. Denn zur Erlöschung der dem Miether obliegenden Verpflichtungen genügt nicht das Verlassen des gemietheten Locales*), sondern es muß dasselbe von dem Miether dem Vermiether ausdrücklich zurückgestellt werden (Art. 4084 des Prov.-Rechts Th. 3). Beklagte und Appellanten haben nun wohl in ihrer Erklärung behauptet, sie hätten das Local bereits längere Zeit vor dem 31. Mai nicht mehr inne gehabt, aber diese Behauptung ist gänzlich irrelevant. Die einzig relevante Behauptung, daß sie zu einer bestimmten Zeit das Local dem Kläger zurückgestellt haben, ist von ihnen gar nicht erhoben worden“ (Aus den Motiven eines Appellations-Erkenntnisses des Riga'schen Rathes vom 24. October 1875, No. 7004).

593. Einwand des auf Räumung belangten Miethers, Kläger habe die Miethsache bereits veräußert und Beklagter mit dem Erwerber einen neuen Miethvertrag abgeschlossen.

„Zwar erscheint es gleichgültig, ob Kläger noch Arrendebesitzer des in Rede stehenden Hauses ist, da der Bestand des [mit der Beklagten geschlossenen Aster=] Miethvertrages ganz unabhängig davon ist, ob dem Vermiether das Eigenthum an der vermieteten Sache zusteht (Art. 4029, 4126 und 3144 des Prov.-

*) Vgl. Band I, No. 135.

Rechts Th. 3), und Kläger sein Klagerrecht nicht auf sein Recht an dem Hause gründet, sondern auf den mit der Beklagten geschlossenen Miethvertrag, durch welchen diese sich zur Räumung des Miethlocales am 15. Mai 1875 verpflichtet hat. Desgleichen ist es an sich irrelevant, ob etwa die Eigenthümer des Hauses dasselbe an einen Dritten verkauft und übergeben haben, weil dieser Umstand keinen Einfluß auf das vertragsmäßige Recht des Klägers übt, zu fordern, daß das Miethlocal ihm nach Beendigung der Miethzeit zu seiner freien Benutzung zurückgegeben werde (Art. 4084 l. c.). Dagegen ist dem Klageantrage nicht stattzugeben, wenn das fragliche Haus durch Kauf in den Besitz eines Dritten übergegangen ist und letzterer bereits einen Miethvertrag über die streitigen Localitäten mit der Beklagten als Mietherin geschlossen hat. Denn, wenn auch hierdurch das Recht des Klägers, die Räumung des Miethlocales zu verlangen, nicht alterirt wird, so ist doch in Ermangelung jeglicher Angaben hierüber schlechterdings kein Interesse erfindlich, welches Kläger daran haben könnte, daß Beklagte heute ausziehe, um sofort oder allenfalls morgen in Folge des mit dem Erwerber des Hauses geschlossenen Miethvertrages wiederum einzuziehen. Da aber nach Art. 2967 l. c. jedes Forderungsrecht ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers voraussetzt und die Geltendmachung eines Rechtes ohne jegliches Interesse des Berechtigten, dagegen zum Schaden des Verpflichteten jedenfalls unter den Begriff einer nach Art. 3444 l. c. verbotenen Chicane fällt, so kann das Gericht sich nicht dazu verstehen, die Beklagte zur Bewerkstelligung der für sie unbestreitbar mit Kosten und Unbequemlichkeiten verknüpften Räumung eines Locales anzuhalten, welche für den Kläger kein Interesse darbietet und insofern eine reine Farce enthalten müßte, als Beklagte wegen des angeblich mit dem neuen Hausbesitzer geschlossenen Vertrages eben sofort das Local abermals beziehen könnte. Demnach war der Beklagten der Beweis ihrer Einredebehauptungen aufzuerlegen und für den Fall der Herstellung desselben die Klage abzuweisen.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 9. Juni 1875, No. 135).

594. Eine Kündigung, die auf eine kürzere Frist, als gesetzlich vorgeschrieben, erfolgt ist, hat überhaupt keine rechtliche Wirkung.

I. „Die am 9. November 1873 notariell verlautbarte Kündigung, mittelst welcher die Räumung zum 9. Februar 1874 verlangt wurde, muß allerdings als rechtlich unwirksam bezeichnet werden, weil in derselben, ungeachtet der gesetzlich vorgeschriebenen Kündigungsfrist, die Räumung binnen drei Monaten verlangt worden ist. Eine dreimonatliche gesetzliche Kündigungsfrist ist dem hiesigen Provinzialgesetzbuch unbekannt und eine analoge Anwendung des Art. 4106 des 3. Theils I. c. für solche Miethverträge, in denen vierteljährliche Zahlungen vereinbart sind, ist um deswillen ausgeschlossen, weil im Art. 4104 I. c. die sechsmonatliche Kündigungsfrist als Regel hingestellt wird und von dieser Regel im Art. 4106 nur zu Gunsten solcher Miethverträge Ausnahmen gemacht werden, in welchen monatliche oder wöchentliche Miethzahlungen ausgemacht sind*).

Der Kündigung, so wie sie verlautbart ist, kann nicht einmal die Kraft inne wohnen, das Miethverhältniß ohne Weiteres nach Ablauf von sechs Monaten aufzulösen. Denn die stattgehabte Kündigung war nur ein mißglückter Versuch des Vermiethers, den Vertrag auf schnellere Weise aufzuheben, als ohne Einwilligung des Miethers rechtlich statthaft ist; diesem Versuch kann nicht derselbe Rechtseffect beigelegt werden, als ob durch die Kündigung in gesetzlich vorgeschriebener Weise die Räumung nach sechs Monaten oder Räumung überhaupt ohne Zeitangabe gefordert worden wäre. Der Wille des Vermiethers bei der Kündigung ist gar nicht darauf gerichtet gewesen, daß die Wohnung nach sechs Monaten geräumt werden sollte, und wenn auch ein dahin gehender eventueller Wille zu präsumiren wäre, so ist er doch nicht in rechtserforderlicher Weise zum Ausdruck gelangt. Der Rechtsirrtum, in welchem sich Vermieter bei der Kündigung befunden, darf nur ihm selbst zum Schaden gereichen und den Miether nicht in die ungewisse und ungünstige Lage versetzen, sich über den Bestand des Miethverhältnisses rechtlichen Zweifeln hingeben zu müssen, welche nur durch strenge Beobachtung der im Gesetze vorgeschriebenen Kündigungs-

*) Vgl. Band I, S. 183.

fristen zu vermeiden sind. Eine vorzeitige Kündigung validirt ebenso wenig für eine spätere Zeit, wie etwa die ohne Kündigung angestellte Räumungsklage die Wirkung haben kann, daß nach Ablauf von sechs Monaten von der Klageanstellung gerechnet, die Räumung in jedem Falle erfolgen muß; es sei denn, daß in der Klage Räumung nach gesetzlicher Kündigungsfrist gefordert wird und somit die Klage die Kündigung vertritt.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses der II. Section des Landvogteigerichts vom 17. Mai 1874, No. 106).

II. L. stellte, nachdem er auf Grund einer angeblich verlautbarten Kündigung zum 1. Juli 1874 gegen seinen Miether J. am 12. März 1874 eine Klage auf Räumung des Miethlocales zum 1. Juli angestellt hatte, mit derselben aber in Folge des vom Beklagten über die Unwahrheit des Klagegrundes abgeleiteten Schiedseides abgewiesen worden war, am 25. Juli gegen J. abermals eine Klage auf Räumung des Miethlocales zum 12. September 1874 an, indem er sich darauf berief, daß die am 12. März erhobene Klage doch als Kündigung gelten müsse. Die I. Section des Landvogteigerichts wies jedoch diese Klage mittelst Erkenntnisses vom 28. October 1874, No. 184, zurück und führte zur Begründung desselben an:

„Während die Kündigung seitens des Vermiehers die einseitige Willenserklärung desselben ist, daß der Miether das Miethlocal innerhalb einer gewissen, gesetzlich oder vertragsmäßig bestimmten Frist räume, hat die Räumungsklage eine ganz andere Bedeutung, indem dieselbe, sofern die Contrahenten die übrigen Bedingungen des Miethvertrages erfüllen, erst als eine Folge der vom Miether nicht befolgten Kündigung des Miethvertrages erscheint und daher der Miether, wenn jede gegen ihn angestellte Räumungsklage ohne Weiteres zugleich als Kündigung angesehen würde, das Recht, das Miethlocal erst in der ihm zustehenden — in casu nach Art. 4104 des Prov.-Rechts Th. 3 halbjährlichen — Frist räumen und eine ausdrückliche Ankündigung der verlangten Räumung innerhalb dieser Frist abwarten zu dürfen, verlustig gehen würde. Aus diesen Gründen kann die vom Kläger am 12. März angestellte Räumungsklage, da Kläger zu-

gestandenermaßen mit derselben eine Kündigung nicht verbunden hat, auch als eine solche nicht angesehen werden.“

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

595. Inwiefern erlischt der Miethvertrag durch den Wegfall des dem Vermiether an der Miethsache zustehenden Rechtes?

„Nach Art. 4030 des Prov.-Rechts Th. 3 darf der Miether die gemiethete Sache nicht über die Dauer der eigenen Miethzeit hinaus in Astermieth geben. Aus dieser Bestimmung würde sich aber noch nicht ergeben, daß eine über die gedachte Miethdauer hinausgehende Astervermiethung ungiltig wäre, da, wenn eine Leistung zwar der Natur der Sache nach möglich ist und dieselbe bloß von demjenigen, welcher sie vertragsmäßig übernommen hat, nicht erfüllt werden kann, in der Regel nicht etwa Nichtigkeit des bezüglichen Vertrages eintritt, sondern der Promittent verbindlich wird, dem Promissar das Interesse der in Rede stehenden Leistung zu vergüten (Art. 3142 l. c.). Diese Regel kommt indessen in Beziehung auf den Miethvertrag insofern nicht in Anwendung, als derselbe nach Art. 4109 l. c. auch vor Ablauf der Zeit, für welche er abgeschlossen wurde, von Rechtswegen erlischt, sobald das Recht erloschen ist, welches der Vermiether an dem Gegenstande hatte. Ob Kläger also in der Zeit vom 1. November 1874 bis zum 23. December 1874 noch ein Dispositions- und Vermiethungsrecht an dem dem Beklagten in Astermieth gegebenen Local hatte, oder dieses Recht schon vor dem 1. November 1874 erloschen war, ist für die Entscheidung über die vom Kläger geltend gemachte Miethzinsforderung keineswegs irrelevant, da letztere von der Giltigkeit des ihr zu Grunde liegenden Vertrages abhängig ist.“ (Rechtskräftiger Bescheid des Vogteigerichts vom 11. Januar 1875, No. 8).

Nachschrift. Der Herausgeber muß gestehen, daß er erst durch obige Entscheidung auf den Art. 4109 aufmerksam geworden ist. Der Wortlaut desselben: „Der Miethvertrag erlischt auch vor Ablauf der Zeit von Rechtswegen durch das Erlöschen des Rechtes, welches der Vermiether an dem Miethgegenstande hatte,“

läßt keine andere Deutung zu als die, daß das Aufhören des Rechts des Vermiethers von selbst auch den Miethvertrag aufhebt, etwa wie mit dem Erlöschen des widerruflichen Eigenthums auch die von dem dominus bestellten Rechte an der Sache ipso jure hinwegfallen. Nach der allegirten Quelle zu urtheilen, giebt aber der Art. 4109 lediglich das römische Recht wieder. Hätten nun die römischen Juristen obigen Satz wirklich aufgestellt, so würden sie sich einer argen Inconsequenz schuldig gemacht haben. Denn, da sie anerkennen, daß die vermietete Sache gar nicht die eigene des Vermiethers zu sein braucht (l. 7, 9 § 6 D. XIX, 2; l. 12 § 2 D. VII, 1; l. 23 pr. D. XX, 1; vgl. Art. 4929 l. c.), so ist schlechterdings kein Grund ersichtlich, weshalb deswegen, weil das Recht des Vermiethers an der Miethsache erlischt, auch das zwischen ihm und dem Miether bestehende Vertragsverhältniß erlöschen soll. Wenn aber diese Folge von Rechtswegen eintritt, so müßte sie andererseits auch eintreten, wenn der Vermiether sein Eigenthum an der Sache veräußert, und es würde dann das Sprüchwort „Kauf bricht Mieth“ buchstäblich richtig sein, was doch nach l. 25 § 1 und l. 32 D. XIX, 2 nicht der Fall ist.

Da aber auch der Art. 4126 des Prov.-Rechts es klar ausspricht, daß die Veräußerung des Miethgegenstandes den Vermiether von seiner Verbindlichkeit gegen den Miether nicht befreit, so erhellt, daß der Art. 4109 viel zu allgemein lautet und, wenn er nicht dem Art. 4126 widersprechen soll, nothwendig auf den Fall beschränkt werden muß, wo der Vermiether selbst nur ein widerrufliches Recht an der Miethsache hatte.

Allein selbst in dieser eingeschränkten Fassung — wie sie sich z. B. in Seuffert's prakt. Pandektenrecht II. § 331 findet — ist der im Art. 4109 aufgestellte Rechtsatz in der angezogenen Quelle nicht enthalten. Ulpian bespricht in der l. 9 D. locati XIX, 2 zuerst den Fall, daß dem Vermiether das vermietete Haus oder Grundstück ohne sein Verschulden evincirt wird, und entscheidet denselben dahin, daß jener nichtsdestoweniger dem Miether den Fortgenuß der Miethsache zu gewähren habe und sich nur damit helfen könne, dem Letzteren ein anderes, nicht minder geeignetes Local zur Verfügung zu stellen. Er fährt dann im § 1 fort, es sei noch der Ausspruch des Marcellus zu erwähnen, daß der Erbe des Nießbrauchers, welcher ein Grund-

stück auf fünf Jahre verpachtet habe und vorher versterbe, dem Miether für die Folgezeit ebenjowenig hafte, wie wenn das vermietete Gebäude abgebrannt wäre. Marcellus erörtere ferner die Frage, ob der Miether seinerseits für die Zeit seiner Benutzung des Grundstückes den Miethzins nach Verhältniß zu zahlen habe, und bejahe dieselbe, was durchaus richtig sei. Marcellus frage endlich, ob der Miether auch den Ersatz der Kosten verlangen dürfe, die er in Folge der Aussicht, das Grundstück fünf Jahre lang benutzen zu können, darauf verwendet habe, und erkläre, daß er das nicht dürfe, weil er die Möglichkeit der vorzeitigen Vertragsaufhebung habe voraussehen müssen. „Wie aber ist es — fragt Ulpian — wenn der Nießbraucher das Grundstück nicht als solcher, sondern so, als ob er der Eigentümer wäre, verpachtet hat? Gewiß haftet er dann — lautet die Antwort — denn er hat den Pächter hintergangen, und so haben auch die Kaiser Antoninus und Severus rescribirt.“

Vorstehende Analyse der l. 9 § 1 cit. ergiebt zunächst so viel, daß weder Ulpian noch Marcellus das „Erlöschen“ des Rechtes des Verpächters als die Ursache bezeichnen, weshalb die Verhaftung desselben für die Folgezeit wegfällt. Aus der Nebeneinanderstellung des Todes des Nießbrauchers und des Abbrennens des Gebäudes folgt aber auch keineswegs, daß das „Erlöschen“ des Rechts das ungenannte Motiv für ihre Entscheidung abgegeben hat, vielmehr ist dasselbe wohl in der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung zu suchen. Denn, da der Ususfructus auf den Erben nicht übergeht, sondern mit dem Tode des Ususfructuars erlischt (§ 3 Inst. II, 4), so ist allerdings die Vertragserfüllung nach des Vermiethers Tode gerade so unmöglich, wie nach dem Abbrennen des vermieteten Gebäudes, und aus diesem Grunde braucht dann der Erbe des Nießbrauchers für die fernere Einhaltung des Miethvertrages dem Miether nicht einzustehen. Dem entspricht es ferner vollständig, daß beide Juristen auch die Verpflichtung des Miethers zur Zinszahlung in diesem Falle genau ebenso entscheiden, wie sie im Falle des Abbrennens des Gebäudes entschieden wird.

Daß aber Marcellus und Ulpian ebenso entschieden haben würden, wenn der Ususfructus bei Lebzeiten des Ususfructuars, der sich als solcher dem Miether zu erkennen gegeben hatte, z. B. durch Eintritt eines Endtermins, erloschen

wäre, erscheint dem Herausgeber sehr unwahrscheinlich; denn wenn die unverschuldete Eviction den Vermiether nicht befreit, so kann ihn auch der Eintritt eines Endtermins für sein eigenes Recht an der Sache nicht befreien, zumal er diesen voraussehen und davon den Miether bei Eingehung des Vertrages benachrichtigen konnte. Außerdem spricht gegen die Ansicht, daß mit dem Erlöschen des Rechts des Vermiethers auch seine Obligation gegenüber dem Miether erlischt, auch die l. 25 § 4 D. XXIV, 3. Wenn Ulpian aber sagt: *videlicet tenebitur, decepti enim conductorem*, so meint er den Nießbraucher selbst und nicht dessen Erben. Denn zu „*tenebitur*“ gehört dasselbe Subject, wie zu „*decepti*“ und dieses Prädicat paßt auf den Erben offenbar nicht. Andererseits geht die Obligation aus dem *dolus* des Erblassers nach l. 17 § 1 D. IV, 3 auf den Erben nur in beschränktem Maße über, während Ulpian in dem „*videlicet tenebitur*“ eine unbedingte Haftung ausspricht *).

*) Anders erklärt Fr. Mommsen, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, S. 134, die l. 9 § 1 D. cit., indem er es als stillschweigend verbrodet ansehen will, daß der Mietvertrag mit dem Ende des *usufructus* auch sein Ende erreichen solle, und in den Beiträgen I. S. 43 lehrt er unter Hinweis auf eben dieselbe Stelle: „Der Gläubiger kann, wenn die Widerruflichkeit des dem Schuldner zustehenden Rechtes der Grund des späteren Rechtsverlustes und der Nichterfüllung der Obligation ist, ein Equivalent der Leistung in Anspruch nehmen, sofern er nicht die Beschaffenheit des dem Schuldner zustehenden Rechtes kannte. Kannte er diese, wie z. B. wenn der *usufructuar* als solcher und nicht als Eigenthümer verpachtet hatte, so kann er nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts keine Entschädigung fordern.“ In der Note 10 heißt es ferner: „Es wird ausdrücklich anerkannt, daß der Erbe des *usufructuarius* haftet, wenn sein Erblasser *quasi dominus* verpachtete. Der dafür angeführte Grund: *decepti enim conductorem* ist nicht so zu verstehen, als ob ein *dolus* des Verpächters nothwendig erfordert werde.“ Mir scheint diese Erklärung aus dem oben angeführten Grunde dem Wortlaute der Stelle nicht zu entsprechen, jedoch ist es auch nach ihr jedenfalls unrichtig, das „Erlöschen“ des Rechts des Vermiethers als den Grund der Aufhebung des Vertrages zu bezeichnen, da letztere eben auf eine dahin zielende Absicht der Contractanten zurückgeführt wird. Es wäre also bei dieser Interpretation der Sinn der l. 9 § 1 cit. etwa mit den Worten des § 1223 des bürgerlichen Gesetzbuchs für Sachen wiederzugeben: „Hat der Verpachter oder Vermiether das Eigenthum oder das Recht, in Folge dessen er verpachtete oder vermietete, an der Sache nur auf Zeit gehabt, so ist im Falle der Erlöschung dieses Rechts während der Dauer des Pacht- oder

Wo dagegen der Wegfall des Rechts an der Miethsache keine unverschuldete Unmöglichkeit der Vertragserfüllung in sich schließt, braucht ein dolus auf Seiten des Vermiethers nicht vorzuliegen, um ihn trotz des Wegfalls seines Rechts für haftbar zu erklären, sondern diese Haftbarkeit dauert fort, so lange er nicht die schuldlöse Unmöglichkeit nachzuweisen vermag.

Wichtig ist diese Unterscheidung namentlich für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Aftervermiether und dem Aftermiether. Guldigt man der Auffassung, daß das „Erlöschen des Rechts“ des Aftervermiethers die Obligation zwischen ihm und dem Aftermiether für die Zukunft aufhebt, so hat der Letztere keinen Entschädigungsanspruch, wenn jener von seinem Vermiether wegen Mißbrauches der Miethsache oder wegen Nichtbezahlung des Miethzinses exmittirt wird, also im Falle der verschuldeten Nichterfüllung des Miethvertrages — ein Resultat, das schwerlich Jemand befriedigen wird. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Aftervermiether, auch wenn sein Recht an der Sache aufhört, gleichwohl dem Aftermiether obligirt, es sei denn, daß die Vertragserfüllung ihm ohne seine Schuld unmöglich geworden ist (wie z. B. deswegen, weil der erste Vermiether die Miethsache wegen unvorhergesehener Nothwendigkeit zum eigenen Gebrauch an sich nimmt), oder daß er demselben das Aufhören seines Rechts rechtzeitig (d. h. entweder bei der Miethberedung, oder im Falle unbestimmter Miethdauer bei der gesetzlich einzuhaltenden Kündigung) angezeigt hat.

Ungenau erscheint hiernach die Fassung des bayerischen Entwurfs Art. 454:

Mit der Mieth endiget auch die Aftermieth. Hat der Miether die Sache über die Dauer seiner eigenen Miethzeit in Aftermieth gegeben und wird das Aftermiethverhältniß in Gemäßheit des Abs. 1 früher aufgelöst, so hat der Aftermiether, wenn er jene Zeitbeschränkung bei der Eingehung der Aftermieth nicht gekannt hat, gegen den Aftervermiether Anspruch auf Entschädigung;

und des damit übereinstimmenden allgemeinen deutschen

Miethvertrages der Pächter oder Miether, wenn der Vertrag nicht mit ihm fortgesetzt wird, zu einem Anspruche auf Schadensersatz gegen seinen Verpächter oder Vermiether bloß dann berechtigt, wenn er den Zeitpunkt der Erlöschung des Rechtes des Verpächters oder Vermiethers bei Abschluß des Pacht- oder Miethvertrages nicht kannte.“

Entwurfs Art. 574, sowie des im Wesentlichen ebenfalls gleichlautenden schweizer Entwurfes von 1875 Art. 303. Richtiger heißt es im § 1516 des privatrechtlichen Gesetzbuches für Zürich:

Die Beendigung der Miethe zieht auch das Ende der Untermiethe regelmäßig nach sich. Vorbehalten bleiben allfällige Entschädigungsforderungen des Untermiethers gegen den Untervermieter,

wenngleich auch hier der Ausdruck „Ende der Untermiethe“ nicht glücklich gewählt ist.

Mit dem Provinzialrecht stimmt nach Zachariae, II. § 369 Note 7 und Marcadé, Civilrecht, übersetzt von Pfaff, II. S. 342 das französische Recht überein. Ueber das preussische Recht siehe Förster, Privatrecht, II. S. 191.

596. Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber der Räumungsklage des Vermiethers wegen Mangelhaftigkeit der Miethsache.

„In wiederholten Entscheidungen der städtischen Untergerichte sowohl, als auch C. W. C. Rathes ist es bereits anerkannt worden*), daß der im Besitz und Genuß der Miethsache stehende Miether, wenn er auf Mietzahlung verklagt wird, sich nicht dadurch der Zahlung entziehen oder einen Zahlungsaufschub erlangen kann, daß er, gestützt auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, behauptet, die gemietete Sache habe gewisse Fehler und Mängel, welche jeder Zahlung vorgängig abgestellt werden müssen. Der Art. 3213 des Privatrechts, welcher dem aus einem zweiseitigen Vertrage Klagenden die Pflicht auferlegt, entweder gehörige Erfüllung anzubieten, oder zu beweisen, daß er erfüllt habe, widrigenfalls ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenstehe, soll dem auf Zahlung verklagten Miether nur dann und so lange die eben genannte Einrede gewähren, wenn er noch nicht im Besitz des Miethobjects ist und bis er die Uebergabe desselben erwirkt hat.

Das Motiv zu dieser Gesetzesinterpretation liegt in der billigen Erwägung dessen, daß es dem Miether nicht gestattet sein darf, sich durch unentgeltlichen und fortgesetzten Genuß der Miethsache auf Kosten des Vermiethers zu bereichern und den-

*) Vgl. Band I, No. 140.

selben unter Umständen der Mittel zu berauben, welche zur Entfernung der Mängel erforderlich sind.

Demzufolge kann es dem Miether nur offen stehen, alle seine etwaigen Ansprüche wegen mangelhafter Beschaffenheit des Miethobjects in gesonderter Klage wider den Vermiether zur Geltung zu bringen, es sei denn, daß er einen compensablen (d. h. fälligen, liquiden und gleichartigen) Gegenanspruch hat, oder daß er auf Grund der Art. 4059 und 4060 l. c. eine verhältnißmäßige Herabsetzung des Miethzinses verlangt. Im vorliegenden Falle ist weder ein Gegenanspruch erhoben, noch auch ein Mietherlaß gefordert worden. Beklagter hat sich nur ablehnend verhalten und Zahlung verweigert, bis dem gerügten Uebelstande abgeholfen sein werde. Wenn in dieser Art der Vertheidigung eine Gegenforderung aus demselben Vertrage (etwa: die Forderung, Vermiether solle die Reparaturen vornehmen) erblickt werden könnte, so ist doch diese Forderung jedenfalls nicht compensabel, weil nicht gleichartig. Beklagter ist daher mit seiner Einrede des nicht erfüllten Vertrages zurück — und, wenn ihm solches beliebt, zu besonderer Klageführung zu verweisen.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines rechtskräftigen Erkenntnisses der II. Section des Landvogteigerichts vom 3. Juli 1875, No. 145).

597. Kann das Rücktrittsrecht des Vermiethers auf Grund des Art. 4116 des Prov.-Rechts Th. 3 nur im Wege der Klage, oder auch durch außergerichtliche Erklärung geltend gemacht werden?

I. J. hatte von P. eine Wohnung für einen vierteljährlich zu pränumerirenden Miethzins von 45 Mbl. jährlich gemiethet und sollte am 11. Mai einziehen. Als J. bis zum 17. Mai weder eingezogen war, noch den Miethzins bezahlt hatte, erklärte P. ihm am 18. Mai seinen Rücktritt von dem Miethvertrage und vermietete die Wohnung anderweitig. Nunmehr klagte J. auf Uebergabe der Wohnung, indem er behauptete, daß er den vierteljährlichen Miethzins rechtzeitig und jedenfalls bevor J. zur Klage geschritten sei, offerirt habe, also Beklagter zum einseitigen Rücktritt nicht befugt gewesen sei.

Die II. Section des Landvogteigerichts legte durch Bescheid vom 25. August 1875, No. 172, dem Kläger den Beweis auf, daß er am 11. Mai den Miethzins realiter offerirt habe. Gründe:

„Zur Auflösung von Rechtsverhältnissen ist die gerichtliche Mitwirkung durchaus nicht erforderlich. Rechte entstehen und vergehen vorzugsweise ohne Bethätigung der Gerichte. Von Seiten der Gerichte wird in der Regel kein Privatrecht geschaffen oder vernichtet, sondern nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines solchen anerkannt. Wo ein Privatrecht verletzt wird und ohne Anwendung von Gewalt nicht zur Geltung gebracht werden kann, ist freilich die Mitwirkung des Gerichts erforderlich, aber nur insoweit, als es den Privatpersonen untersagt ist, zur Selbsthilfe zu greifen. Besteht die Aufrechterhaltung eines Rechts nur in der Abwehr eines Angriffs, so braucht der Berechtigte die richterliche Gewalt nicht anzurufen. Nach Art. 4116 des Privatrechts (cf. Art. 4125 l. c.) kann der Vermiether einseitig die Aufhebung des Contracts verlangen, wenn der Miethzins nicht rechtzeitig gezahlt wird. Ist in diesem Zeitpunkte die Einräumung der Wohnung noch gar nicht erfolgt, so kann der Vermiether nicht nur den Vertrag als aufgehoben ansehen, sondern auch dem Miether den Zutritt verwehren, weil dieses ohne Selbsthilfe geschehen kann. „Eine Rechtsverletzung ist nicht anzunehmen, wenn Jemand nur von dem ihm zustehenden Rechte Gebrauch macht“ (Art. 3285 l. c.). Der zweite Theil des Art. 4116 l. c. (die Versäumniß kann aber gutgemacht werden, wenn die Nachzahlung angeboten wird, ehe auf die Lösung des Verhältnisses geklagt worden ist) gewährt eine Vergünstigung nur demjenigen Miether, welcher vom Miethlocal thatsächlich Besitz ergriffen hat. Dieses geht daraus hervor, daß dem Vermiether eine auf Lösung des Verhältnisses gerichtete Klageanstellung zugemuthet wird, zu welcher er vor der Besitzergreifung durch den Miether gar keine Veranlassung hat. In allen Artikeln des Privatrechts über „Dauer und Beendigung des Miethcontracts“ (4103 ff.) wird nicht allein der Vertrag, sondern der Miethbesitz selbst als bestehend vorausgesetzt.“

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

II. S. hatte am 2. October 1876 bei der I. Section des Landvogteigerichts angezeigt, daß seine Mietherin L. die am 1. October fällige Miethzahlung von 53 Rbl. für das Vierteljahr nicht geleistet habe, und unter Vorbehalt alles Rechts gegen sie um Nachgabe einer Citation behufs der Klageanstellung gebeten. Am 4. October offerirte die Mietherin L. dem Vermiether S. den Miethzins mit 50 Rbl., worauf S. den Empfang verweigerte, weil er bereits wegen Räumung der Wohnung klagbar geworden sei. Am 21. October aber erhob S. gegen die zu diesem Tage vorgeladene L. die Klage auf Aufhebung des Miethvertrages.

In erster Instanz wurde der Klagebitte gemäß erkannt, „da die Bestimmung des Art. 4116 des Prov.-Rechts Th. 3, der Miether könne die Versäumniß gutmachen, wenn er Nachzahlung anbiete, ehe auf Lösung des Verhältnisses geklagt worden, nur dahin verstanden werden könne, daß die Nachzahlung vor der gerichtlichen Erklärung des Vermiethers, den Miethvertrag aufheben zu wollen, geschehen sei, während andernfalls der Miether dadurch, daß er zwischen der Citation und der Anbringung der Klage in seiner Gegenwart das Geld beibringe, das Rücktrittsrecht des Vermiethers jederzeit illusorisch machen könne.“

Auf beklagliche Appellation wurde in zweiter Instanz reformirt:

„Es kann dem ersten Richter nicht beigespflichtet werden, wenn er dem Art. 4116 des Prov.-Rechts Th. 3 eine dem Wortlaute desselben nicht angemessene Ausdehnung giebt. Wenn der Schlusssatz jenes Artikels sagt, daß eine Versäumniß rechtzeitiger Miethzahlung dadurch wieder gutgemacht werden kann, daß die Nachzahlung angeboten wird, ehe auf die Lösung des Verhältnisses geklagt worden ist, so darf von dieser ihm durch das Gesetz eingeräumten Wohlthat jeder säumige Miethzahler bis zur angestellten Klage Gebrauch machen. Eine bloße Citation behufs einer künftig anzustellenden Klage ist aber noch keineswegs eine schon angestellte Klage und, hätte die Beklagte die Nachzahlung des ganzen Miethzinses am 4. October, d. i. am Tage nach freigemachter Citation und mehr denn 14 Tage vor erhobener Klage dem Vermiether angeboten, so hätte sie keineswegs — wie *sententia unde* dafür hält — zur Räumung angehalten werden dürfen.“

Nach der klägerischen Anzeige hat aber Beklagter anstatt 53 Rbl. nur 50 Rbl. angeboten, sich demzufolge nicht zur Leistung alles, sondern nur eines Theiles dessen erboten, was ihr oblag, und aus diesem Grunde muß allerdings das klägerische Verlangen als ein berechtigtes angesehen werden.“ (Appellationsurtheil vom 12. Januar 1877, No. 194).

598. Zur Anwendung des Art. 4117 des Prov.-Rechts Th. 3.

„Es ist allerdings richtig, daß bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Miethvertrage man die Zeit der Beendigung desselben nicht vorhersehen kann und daß erfahrungsgemäß der Miether, so lange er seine Verpflichtung prompt erfüllt, eine Reihe von Jahren in seinem Miethbesitze bleibt. Wenn nun in solchem Falle dem Miether unerwartet gekündigt wird, so ist dies allerdings ein „unvorhergesehenes“ Ereigniß, das den Miether in die Nothwendigkeit setzen kann, eines anderen, von ihm vermiethten Locales nunmehr zum eigenen Gebrauche zu bedürfen. Anders liegt aber offenbar die Sache, wenn der Miether den Miethcontract nicht auf unbestimmte Zeit, sondern — wie dies von Seiten des [auf Grund des Art. 4117 Räumung des an Beklagten vermiethten Locales fordernden] Klägers in Bezug auf das von ihm angemiethte Local geschehen ist — auf eine festbestimmte Zeit abgeschlossen hat. In diesem Falle weiß er genau, daß sein Miethcontract mit dem Ablaufe der bedungenen Zeit expirirt und daß es zum Zwecke der weiteren Benutzung des Miethobjects einer neuen Miethvereinbarung bedarf, die nicht von seinem Willen allein, sondern auch von dem des Vermiethers abhängt. Die Annahme, daß der Vermiether in solchem Falle stillschweigend das Miethverhältniß auch über die festverabredete Zeit hinaus fortsetzen werde, ist keine berechnete; im Gegentheil hat der Miether zu erwarten, daß der Vermiether zur Erfüllung des abgeschlossenen Contracts ihm zur gehörigen Zeit kündigen werde.

Wenn nun Kläger das von ihm benutzte Local im M.'schen Hause auf die Zeit von fünf Jahren bis zum 1. November 1876 gemietht hatte, so mußte er erwarten, daß mit dem Ablaufe dieser Jahre auch sein Miethverhältniß ein Ende nehme. Der Eintritt dieses Ereignisses und die dadurch bewirkte Nothwendig-

keit, ein ihm selbst gehöriges Local nunmehr in eigenen Gebrauch zu nehmen, können daher unter diesen Umständen nicht als „unvorhergesehen“ bezeichnet werden und es kann somit die Bestimmung des Art. 4117 cit. eine Anwendung zu des Klägers Gunsten nicht finden.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines Appellations- = Erkenntnisses des Riga'schen Rathes vom 30. Juni 1876, No. 4193).

599. Rücktritt des Vermiethers vom Vertrage, weil der Miether die Wohnung zum vereinbarten Termin nicht bezogen hat.

Kläger hatte von der Beklagten eine Wohnung vom 1. Mai bis zum 1. September gemiethet, ein Handgeld von 3 Rbl. gezahlt und sich verpflichtet, die Hälfte des auf 20 Rbl. vereinbarten Miethzinses bei seinem Einzuge zu pränumeriren. Als er am 11. Mai die Wohnung beziehen wollte, hatte Beklagte dieselbe bereits anderweitig vermietet, worauf Kläger Erlegung des doppelten Handgeldes, Ersatz der Umzugskosten und Erstattung der Differenz des Preises der von ihm in Folge dessen gemiethete Wohnung beanspruchte. Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte hierauf am 24. September 1874 sub No. 169, wie folgt:

„Durch die Hingabe und Annahme des Handgeldes war der Miethvertrag in für beide Theile verbindlicher Weise abgeschlossen worden. Wenn Beklagte also die bereits an den Kläger vermietete Wohnung am 11. Mai anderweitig vermietete, so lag darin ein Abgehen von dem mit dem Kläger geschlossenen Vertrage. Ein solcher einseitiger Rücktritt von dem Miethvertrage ist dem Vermiether aber nur aus bestimmten gesetzlichen Gründen gestattet, zu denen nach Art. 4116 des Prov.-Rechts Th. 3 allerdings auch der gehört, daß der Miether den Miethzins nicht in dem vertragsmäßigen Termine erlegt. Unter den Parteien ist nun unstreitig, daß die Wohnung am 1. Mai d. J. vom Kläger hat bezogen werden sollen, und Kläger führt selbst an, daß er sich verpflichtet habe, die Hälfte des Miethgeldes „beim Einzuge“ zu entrichten. Da der Vermiether ein Interesse wohl an der Miethzahlung, nicht aber an dem Beziehen der Wohnung hat, so kann die betreffende Vereinbarung

nur so verstanden werden, daß Kläger sich der Beklagten gegenüber anheischig gemacht hat, am 1. Mai die Hälfte des Miethzinses zu bezahlen, wogegen es ihm dann anheimgestellt blieb, die Wohnung an diesem Tage, oder später zu beziehen. Da Kläger aber unbestritten am 1. Mai die nach seiner Darstellung an der damals zu zahlenden Summe von 10 Rbl. noch fehlenden 7 Rbl. nicht gezahlt und ebensowenig die Beklagte zu einer weiteren Befristung der ihm obliegenden Zahlung veranlaßt hat, so war Beklagte, zumal am 11. Mai, in der That berechtigt, den Miethvertrag einseitig aufzulösen und die Wohnung anderweitig zu vermieten. Daß Kläger 3 Rbl. bereits bezahlt hatte, macht keinen Unterschied, weil eine Theilzahlung nach Art. 3314 und 3517 l. c. die Folgen des Verzuges nicht abwendet. Der Art. 4125 l. c. schreibt freilich vor, daß derjenige Contrahent, welcher vom Miethvertrage einseitig abgehen will, davon den anderen benachrichtigen muß; in dem Zusätze, „damit der Miether zur Räumung der Sache die erforderliche Zeit habe,“ ist aber zugleich der Zweck dieser Anzeige gekennzeichnet und sie braucht mithin nicht nothwendig vor dem Abgehen vom Vertrage zu erfolgen, wenn die Wohnung noch gar nicht bezogen, also ein Räumen derselben nicht möglich ist. Somit ist die am 12. Mai dem Kläger gemachte Mittheilung darüber, daß die Wohnung bereits anderweitig vermietet sei, für genügend zu erachten. Hat mithin Kläger selbst dadurch, daß er die Miethzahlung zum 1. Mai d. J. unterließ, die Veranlassung dazu gegeben, daß der geschlossene Vertrag nicht zur Erfüllung gelangte, so hat er nach Art. 3366 auf Rückgabe des Handgeldes keinen Anspruch und erscheint seine hierauf gerichtete Klagebitte ungerechtfertigt. Desgleichen ist der Anspruch auf Entschädigung für die Umzugskosten und den angeblichen höheren Miethpreis einer anderen Wohnung gegen die Beklagte rechtlich nicht begründet, weil diese nur von einem ihr gesetzlich zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat, als sie die Wohnung anderweitig vermietete, und somit nach Art. 3285 und 3444 l. c. von einer Schadenserfaspflicht nicht die Rede sein kann.“

600. a) Das Rücktrittsrecht des Art. 4120 des Prov.-Rechts Th. 3 besteht in den livländischen Städten nicht.

b) Unter den „Verderb“ der Miethwohnung (Art. 4118 l. c.) fällt auch die Beherbergung feiler Dirnen.

„Der Anspruch des Klägers auf Aufhebung des auf fünf Jahre mit dem Beklagten geschlossenen Miethcontracts kann, so weit er sich darauf stützt, daß Beklagter einen Theil seiner Miethlocalitäten in Pfsterpacht gegeben haben soll, für fundirt nicht erachtet werden. Die im Art. 4120 des Prov.-Rechts Th. 3 enthaltene Bestimmung, wonach die ohne Genehmigung des Verpächters geschehene Pfsterverpachtung denselben zur einseitigen Auflösung des Pachtverhältnisses berechtigt, hat nur auf dem Gebiete des liv- und estländischen Landrechts Anwendung zu finden und kann daher in Riga wegen unbefugter Pfstervermietung nicht die Auflösung des zwischen dem ursprünglichen Vermieter und dem Pfstermieter geschlossenen Miethverhältnisses impetrirt, vielmehr nur dem Ersteren das Recht eingeräumt werden, auf Grund des Art. 4083 l. c. die Aufhebung des Pfstermiethverhältnisses herbeizuführen. Dagegen steht dem Vermieter auch nach Riga'schem Stadtrecht das Recht zu, einseitig die Aufhebung des Miethvertrages zu verlangen, wenn vertragswidriger Gebrauch der Miethwohnung deren Werth zu verringern droht, und wenn auch im Art. 4118 l. c., der diese Bestimmung enthält, des Rechts, den Miether, welcher unzüchtige Personen hegt, sofort auszuweisen, nur mit Beziehung auf die estländischen Städte Erwähnung geschieht, so erscheint dadurch nicht ausgeschlossen, daß, wenn eine Wohnung dadurch, daß sie unbefugter Weise zur Beherbergung öffentlicher Dirnen oder zum Betriebe unzüchtigen Gewerbes benutzt wird, einen Theil ihres Miethwerthes einzubüßen Gefahr läuft, solches einem „Verdorbenwerden“ des Miethgegenstandes gleichzuachten ist. Daß aber eine derart mißbrauchte Wohnung nicht so leicht wieder an anständige Personen vermietet werden kann und daß sie dadurch wesentlich an ihrem Werthe verliert, bedarf keiner weiteren Ausführung und mußte daher die auf diese Thatsache sich stützende Klage für fundirt erachtet werden.

Allein vorausgesetzt auch, es ließe sich . . . constatiren, daß in der Miethwohnung des Beklagten gewerbsmäßig Unzucht betrieben worden sei, so würde dieses Alles doch noch nicht ge-

nügen, um die Räumungsklage begründet erscheinen zu lassen, da diese zur Voraussetzung hat, daß Beklagter den Betrieb unzüchtigen Gewerbes in seiner Wohnung geduldet, d. h. daß er auch, nachdem er von der Lebensweise seiner sich mit gewerbmäßiger Unzucht befassenden Einwohnerin Kenntniß erhielt, sie noch länger bei sich behielt; weil ja sonst von einem schuldvollen Zulassen, bzw. von einem Verschulden des Wohnungsmißbrauches seinerseits nicht die Rede sein könnte.“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Erkenntnisses des Vogteigerichts vom 17. April 1874, No. 41).

601. Zur Anwendung des Art. 4122 des Prov.-Rechts Th. 3.

„Nach Art. 4122 des Prov.-Rechts Th. 3 ist der Miether nur berechtigt, einseitig die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, wenn der Vermiether es an den nöthigen Reparaturen fehlen läßt, oder sich solche Mängel einstellen, welche den Genuß beträchtlich hindern, ohne daß eine Abhilfe möglich wäre. Aus dieser Fassung des Artikels erhellt, daß der Miether seinerseits von dem Rücktrittsrechte nur Gebrauch machen darf, wenn er den Vermiether vergeblich um die Vornahme der nöthigen Reparaturen, bzw. Abstellung der Mängel ersucht hat. Beklagter wird daher beim Widerspruche der Klägerin beweisen müssen, nicht nur daß die gerügten Mängel vorlagen, sondern auch, daß er die Klägerin zu ihrer Abstellung bei der Erklärung, sonst das Miethlocal nicht behalten zu wollen, aufgefordert hat.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines rechtskräftigen Beweisinterlocuts der I. Section des Landvogteigerichts vom 31. December 1875, No. 264).

602. Für welchen Zeitraum ist der Vermiether, der die Sache vor Ablauf der Miethdauer veräußert, dem Miether gegenüber aus dem Miethvertrage noch obligirt?

Beflagte verkaufte ihr Haus, in welchem sie dem Kläger eine Einfahrt bis zum 1. Mai 1874 vermietet hatte, nach am 1. September 1874 erfolgter Kündigung an S., welcher seinerseits dem Kläger zum 1. November 1874 kündigte, und sich schließlich nur dazu verstand, dem Kläger das Miethlocal gegen

eine bedeutend erhöhte Miethzahlung noch bis zum 1. Mai 1875 zu lassen. Kläger verlangte nunmehr von der Beklagten den Ersatz der Differenz zwischen dem mit ihr vereinbarten und dem an S. gezahlten Miethzinse für die Zeit vom 1. November 1874 bis zum 1. Mai 1875, wogegen Beklagter sich zu einer Entschädigung lediglich für die Zeit bis zum 1. März 1875 für verpflichtet hielt.

Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte darauf am 18. März 1875 sub No. 62 rechtskräftig, wie folgt:

„Wie aus den Art. 4126 und 4129 des Prov.-Rechts Th. 3 hervorgeht, wird der Miethvertrag durch die Veräußerung der Miethsache nicht aufgelöst, ja es wird dem Miether nicht einmal das Recht eingeräumt, wegen der Veräußerung seinerseits zu kündigen, wenn der neue Erwerber beim Vertrage bleiben will; während allerdings der letztere an den Miethvertrag nur für die Dauer einer sechswöchentlichen Kündigungsfrist gebunden ist. Macht er von dieser Kündigungsbefugniß Gebrauch, so bleibt dem Miether allerdings nur der Anspruch auf Ersatz des Schadens übrig, welchen er durch die vorzeitige Auflösung des Vertrages erleidet, und dieser Schaden besteht, falls der Miether dem neuen Erwerber einen höheren Miethzins zu zahlen hat, eben in der bezüglichen Differenz. Was aber die Frage betrifft, für welchen Zeitraum der Vermiether diese Differenz vergüten muß, so ist darauf zu antworten: bis dahin, wo der Vertrag sein Ende auch ohne die Dazwischenkunft der Veräußerung erreicht hätte. Nur ist dabei zu berücksichtigen, daß der Vermiether durch die Veräußerung des Miethobjectes jedenfalls seinen Willen zu erkennen giebt, daß er selbst nicht länger den Miethvertrag fortsetzen wolle, und daß er sich aus demselben nur insoweit noch für obligirt ansehe, als dies rechtlich nothwendig ist, weshalb also bei einem auf bestimmte Zeit geschlossenen Vertrage die Annahme einer stillschweigenden Verlängerung desselben (vergl. Art. 4105 l. c.) ausgeschlossen erscheint, wogegen bei einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrage davon auszugehen ist, daß die nach Art. 4104 l. c. erforderliche Kündigung, d. h. die an keine bestimmte Form gebundene Erklärung, den Vertrag aufheben zu wollen, schon in der Bekanntgabe der geschehenen Veräußerung an den Miether liegt. Hat der Vermiether es unterlassen, den Miether von der

Veräußerung in Kenntniß zu setzen, so wird freilich erst die von dem Erwerber verlautbarte Kündigung als Anzeige der beabsichtigten Vertragsauflösung seitens des ersteren gelten können, da sie jedenfalls im Sinne desselben bzw. in Stellvertretung desselben geschieht. Da nun vorliegenden Falls einer Bekanntmachung des Hausverkaufs durch die Beklagte selbst von keiner Seite erwähnt worden ist, so kann nur die Kündigung des Erwerbers S., welche unbestritten Ende September erfolgte, als der Zeitpunkt in Betracht kommen, von welchem ab die sechsmonatliche Kündigungsfrist ihren Lauf nimmt. Demnach ist Beklagte für die Zeit nach Ablauf derselben, d. h. nach Ende März dieses Jahres, aus dem Miethvertrage überhaupt nicht, also auch nicht zu einer Vergütung der Miethdifferenz verpflichtet.“

603. Der Concurssmasse des Vermiethers fällt bis zur Versteigerung des Miethlocales auch dessen Instandhaltung zur Last.

R., welcher von L. eine Wohnung gemiethet hatte, klagte, nachdem L. in Concurss gerathen war, gegen den Concursscurator auf Vornahme verschiedener Reparaturen und Beschaffung von Vorsetzfenstern für den einbrechenden Winter.

Dieser Anspruch wurde von der I. Section des Landvogteigerichts in dem Erkenntnisse vom 25. October 1874, No. 183, für gerechtfertigt erachtet:

„da nach Art. 4129 des Prov.-Rechts Th. 3 im Falle eines Concursses über das Vermögen des Vermiethers die Concurssgläubiger gehalten sind, den Miethcontract anzuerkennen, hierzu aber auch gehört, daß die Gläubiger verpflichtet sind, dem Miether die Benutzung und Erhaltung der Miethsache fernerhin zu gewähren, mithin in casu die Verpflichtung der Gläubiger resp. des Concursscurators, die dem Kläger vermietete Wohnung im Stande zu erhalten und demgemäß auch mit den für die kalte Jahreszeit unentbehrlichen Vorsetzfenstern zu versehen, unzweifelhaft feststeht.“

604. Eine dem Dienstleistenden vertragsmäßig zugesagte Gratification fällt nicht unter den Begriff der Schenkung.

I. Kläger U. war von der beklagten Handlung als Buchhalter und Fabrikdirector engagirt und es war in dem schriftlichen Contract gesagt worden:

Hierfür bewilligen R. & K. Herrn U. ein Salair von S.=Rbl. 500 pr. Jahr nebst freier Wohnung, Heizung und Licht, sowie außerdem eine jährliche Gratification, ganz dem Erntessen der Herren R. & K. überlassen.

Nachdem über diese Gratification unter den Parteien Streit entstanden war, sprach sich das Wettgericht über die rechtliche Natur derselben in dem Erkenntniß vom 14. Januar 1875, No. 27, folgendermaßen aus:

„Nach Art. 4464 des Prov.=Rechts Th. 3 ist eine Schenkung das Rechtsgeßäft, durch welches Jemand aus Freigebigkeit und ohne Gegenleistung einem Anderen einen Vermögensgegenstand zuwendet. Es kommt hier also auf den Bestimmungsgrund des Gebers an, nämlich die Bereicherung des Beschenkten aus freiem Willen, lediglich um demselben eine Gunst zu erweisen*), und eben dieses Moment unterscheidet auch die Schenkung, welche zur Vergeltung geleisteter Dienste geschieht (Art. 4503 l. c.), von dem Dienstlohn, welcher letztere nicht aus Freigebigkeit, sondern in Folge einer Rechtspflicht gezahlt wird. Nach dem Wortlaute des Vertrages leidet es keinen Zweifel, daß beklagte Handlung mit der Zusicherung einer Gratification neben dem Salair gegen den Kläger keinen Act der Freigebigkeit hat vornehmen, sondern einfach eine Vergütung für die von ihm zu leistenden Dienste hat festsetzen wollen, welche nur insofern von dem Salair verschieden war, als deren Betrag in das Erntessen der beklagten Handlung gestellt wurde.“

II. „Daß Beklagter selbst den klägerischen Sohn, und zwar unrechtfertiger Weise entlassen hat, ist bereits rechtskräftig festgestellt; folglich kann aus diesem Umstande ein rechtlicher Grund für die Verweigerung der Gratification nicht entnommen werden. Er könnte sich nur fragen, ob der vertragsmäßig fixirte Betrag

*) Vgl. Band II, S. 191.

der Gratification etwa mit Rücksicht auf den Zeitraum, während dessen Beklagter die Arbeitskraft des klägerischen Sohnes entzogen hat, zu vermindern sei. Diese Frage ist aber nach Analogie des Art. 4184 des Prov.-Rechts Th. 3 zu verneinen, da die Gratification doch unter den Gesichtspunkt einer Vergütung für die Dienste des Lehrlings fällt und es dem Lehrherrn nicht gestattet ist, durch einseitige Aufhebung des Vertrages vor der Zeit dem Lehrling diese Vergütung willkürlich zu entziehen.“ (Aus den Motiven eines Erkenntnisses des Wettgerichts vom 6. Mai 1875, No. 318).

605. Ueber den Umfang der von einem monatlich engagirten Dienstleistenden an jedem einzelnen Tage zu prästirenden Arbeit

entnehmen wir einem rechtskräftigen Erkenntnisse des Vogteigerichts vom 29. October 1874, No. 155:

„Bei der Frage über den Umfang der Verbindlichkeiten des Dienstleistenden ist der Art. 4176 des 3. Theils des Prov.-Rechts zu berücksichtigen, welcher Folgendes zum Inhalte hat:

Der Dienstleistende muß zur bestimmten Zeit zur Dienstleistung bereit sein, und die ihm obliegenden Leistungen mit Sorgfalt, auf Grundlage des Vertrages verrichten. Er ist dabei, in Ermangelung anderer Abrede, an die Anweisungen des Dienstberechtigten gebunden.

Hiernach ist derjenige, welcher sich — wie Kläger — als Copist und Zeichner gegen ein bestimmtes nach einem größeren Zeitabschnitt zu berechnendes Salair verbunden hat, im Zweifel verpflichtet, die in sein Fach schlagenden, ihm während seiner Dienstzeit vom Dienstberechtigten übertragenen Arbeiten — in soweit das Maß derselben kein unbilliges ist — auszuführen. Es liegt ferner in der Natur der Sache, daß Jeder, welcher nicht etwa nur für gewisse Stunden, sondern für Tage, Monate und Jahre seine Dienste vermietet, die Intention hat, jeden vollen Arbeitstag, welcher in seine Dienstzeit fällt, zum Besten des Dienstberechtigten zu verwenden. Es erscheint daher auch nur billig, wenn der im Monatengagement stehende Dienstpflichtige seine Arbeitskraft fortlaufend — abgesehen von den

üblichen und nothwendigen Unterbrechungen — dem Dienstherrn zur Disposition stellt. Eine Modification erleiden diese Grundsätze nur dann, wenn der Dienstleistende, obgleich im Monatsengagement stehend, vertragsmäßig nur für gewisse Stunden der Arbeitstage an die Dienstleistung gebunden ist. Der Dienstpflichtige aber, welcher aus dieser vertragsmäßigen Arbeitseinschränkung ein Recht herleiten will, hat beim Widerspruch des Gegners die Existenz der bezüglichen Uebereinkunft nachzuweisen, da jede Proceßpartei den Beweis derjenigen selbständigen Behauptungen zu übernehmen hat, durch welche ihr gerichtlich geltend gemachter Anspruch substantiirt wird. Im vorliegenden Falle ist nun Kläger, der, obgleich monatlich engagirt, behauptet hat, nur an gewissen Tagesstunden zur Arbeit verpflichtet gewesen zu sein und aus diesem Umstände sein Recht auf eine Extravergütung für die von ihm außerhalb jener vertragsmäßigen Arbeitsstunden im Bureau des Beklagten geleisteten Dienste herleitet, den Beweis der Klagebehauptung, daß die Bureauzeit auf die Tagesstunden von 9 Uhr Morgens bis 4 Uhr Nachmittags vertragsmäßig beschränkt worden, schuldig geblieben. Die vom Beklagten dem Kläger zugegebenermaßen gemachte Bemerkung aber, daß er bei Licht im Winter nicht arbeiten zu lassen pflege, kann in dieser Allgemeinheit nicht für eine vertragsmäßige Zeitbegrenzung, zumal in der vom Kläger behaupteten bestimmten Weise gelten. Ebenjowenig hat Kläger einen Beweis dafür erbracht, daß, wie er in der Klage eventuell behauptet, Beklagter ihm eine angemessene Extravergütung ausdrücklich zugesichert habe. Es ist daher die vom Kläger gestellte Forderung einer Extravergütung für diejenigen von ihm eingehaltenen Arbeitsstunden, welche über eine angeblich vereinbarte Geschäftszeit hinausgingen, als durchaus unbegründet zu erachten.“

606. Unter welchen Voraussetzungen kann derjenige, der einem anderen einen Käufer für eine bestimmte Sache zu verschaffen, übernommen hat, den zugesagten Mäklerlohn beanspruchen?

„Die vom Kläger übernommene Dienstleistung beschränkt sich, wie beiderseits zugegeben wird, auf die Beschaffung

eines Käufers für das dem Beklagten gehörig gewesene Haus. Um einen Anspruch auf den ihm zugesicherten Lohn zu erringen, hatte Kläger nicht allein dafür zu sorgen, daß der von ihm ermittelte Kaufliebhaber sich als ein annehmbarer Contrahent erweise, d. h. nur einen solchen vorzustellen, der zugleich den Willen und die Mittel besaß, um billigen Anforderungen des Verkäufers gerecht zu werden, sondern er mußte überdies noch den rechtsgiltigen Abschluß des genannten Geschäfts erwarten, weil nach althergebrachter Anschauung und allgemeinem Gebrauch der bewirkte Erfolg und nicht schon die aufgewendete Mühe in Betracht kommt, so oft die Frage entsteht, ob und wann der Mäklerlohn für verdient anzusehen sei. Zum Unterschiede vom kaufmännischen Maklervertrage wird bei den nach gewöhnlichen civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilenden Dienstcontracten der Art nicht erfordert*), daß der Unterhändler sich an der Festsetzung der Bedingungen, unter denen das Geschäft zu Stande kommt, theilnimmt, wenn nicht ausdrücklich seine Thätigkeit auch nach dieser Richtung hin in Anspruch genommen wird. Der Inhalt des Vertrages entscheidet über den Umfang der Leistung. So hatte in dem vorliegenden Falle Kläger, dem ihm ertheilten Auftrage entsprechend, seine Aufgabe schon mit der Zuweisung eines geeigneten Käufers erfüllt. Ob er darüber hinausgehend, auch noch bei den zwischen den Vertragschließenden selbst stattgehabten Beredungen persönlich mitwirkte, ob der Ausgleich der beiderseitigen Ansprüche durch ihn oder ohne ihn erfolgte, erscheint gleichgiltig. Das vom Beklagten erstrebte Ziel, sein Haus zu verkaufen, wurde erreicht; der Kaufliebhaber S. erwies sich als annehmbar, denn es kam mit ihm eine auch den Verkäufer zufriedenstellende Einigung zu Stande.“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Erkenntnisses der II. Section des Landvogteigerichts vom 4. April 1874, No. 66).

607. Der Mäklerlohn für die Vermittelung des Kaufes eines Immobils kann schon gefordert werden, wenn der Kaufvertrag mündlich geschlossen ist, sei es auch, daß er vor seiner förmlichen Vollziehung wiederum rückgängig wird.

I. „Nach einem sowohl gemeinrechtlich feststehenden, als

*) Vgl. Band III, S. 274.

auch von den hiesigen Gerichten mehrfach ausgesprochenen Grundsatz ist der Anspruch auf den Mäklerlohn, wie ihn Kläger fordert, begründet, sobald durch des Mäklers Vermittlung das Geschäft zum Abschlusse gelangt ist*). Ob es hinterher erfüllt wird, oder ob die Contrahenten sich von demselben hinterher wiederum lossagen, das geht den Mäkler nichts an. Es fragt sich daher nur, ist der Kauf über das R.'sche Immobilien zwischen R. und dem Beklagten zum Abschlusse gelangt? Diese Frage ist zu bejahen, denn Beklagter hat in der Klagebeantwortung und bzw. in der Duplik ausdrücklich eingeräumt, daß ihm das Immobilien für 23,000 S.=Rbl. zum Kaufe angetragen worden ist, daß er sich auf diesen Preis geeinigt hat und daß er auf diesen Preis 500 Rbl. bei Unterschrift des Vorcontractes, 5000 Rbl. bei Unterschrift des förmlichen Contractes hat bezahlen und das Uebrige durch Uebernahme von Hypotheken und deren Tilgung durch jährliche Capitalabzahlungen von 500 Rbl. hat liquidiren sollen. Damit war also über den Kaufgegenstand und den Preis, sowie über dessen Verichtigung eine Vereinbarung hergestellt und mehr ist zum Abschluß eines Kaufes nicht erforderlich. Zum förmlichen Vollzuge desselben gehört freilich nach Art. 3004 des Prov.-Rechts Th. 3 auch die Corroboration, aber diese ist für die Wirksamkeit des Vertrages ohne Bedeutung und kann, ebenso wie die vereinbarte schriftliche Vollziehung des Vertrages, welche in Ermangelung dem entgegenstehender Angaben des Beklagten als nur den Beweis desselben bezweckend anzusehen ist (Art. 3033 l. c.), durch Klageanstellung erzwungen werden (Art. 3015 und 3030 l. c.). Die Herbeiführung der förmlichen Vollziehung des Kaufes ist aber nicht mehr Sache des Mäklers und tangirte es daher den Kläger nicht, wenn Beklagter, anstatt dieselbe zu veranlassen, es vorzog, vom Vertrage mit Zustimmung des Verkäufers R. zurückzutreten. Ebenso ist es irrelevant, ob die 500 Rbl. vom Beklagten an R. als Handgeld gezahlt worden sind oder nicht, da die Zahlung eines solchen wohl zur Bestärkung des Vertrages dient, aber für die Perfection desselben nicht erforderlich ist. Von Bedeutung wäre es dagegen, wenn während der Verhandlungen über gewisse Nebenbestimmungen des Kaufes von den Contrahenten eine Einigung

*) Vgl. Band III, No. 399.

nicht erzielt worden wäre, indem es hier an der zu dem Vertragsschlusse erforderlichen Uebereinstimmung des Willens fehlen würde *). Allein die bezüglichliche Anführung des Beklagten in der Duplik entbehrt einmal der thatsächlichen Substantiirung und widerspricht auch der vorhin referirten Darstellung der Klagebeantwortung.

Ist demnach als feststehend anzusehen, daß der Kauf zwischen K. und dem Beklagten zum Abschlusse gelangt ist, und läßt sich auch die beklagterseits behauptete Abrede, daß Kläger erst, „wenn alles in Wichtigkeit gesetzt worden,“ Zahlung erhalten solle, nur von dem Kaufabschlusse verstehen, so ist nunmehr auf den zum Theil bestrittenen Inhalt der unter den Parteien getroffenen Vereinbarung einzugehen.“ (Rechtskräftiges Beweisinterlocut der I. Section des Landvogteigerichts vom 22. Juni 1874, No. 135).

II. „Unter den Parteien herrscht darüber kein Streit, daß Beklagter dem Kläger eine Courtage von 1% von dem für das beklagliche Haus zu erhaltenden Kaufschilling für den Fall zugesichert hat, daß durch des Klägers Vermittelung ein Kaufabschluß zu Stande kommen sollte“

Der von dem Kläger erhobene Anspruch auf die Courtage setzt voraus, daß zwischen dem Beklagten und dem vom Kläger ermittelten Kaufliebhaber K. ein Kaufcontract über das erwähnte Haus geschlossen worden ist. Nach Art. 3859 des Prov.-Rechts Th. 3 ist ein Kaufcontract für geschlossen zu erachten, sobald beide Theile über den Gegenstand und den Preis einig geworden sind. Daß eine entsprechende Einigung im vorliegenden Falle erfolgt war, unterliegt keinem Zweifel. Von Hause aus stand der Gegenstand fest und nicht nur über die Größe, sondern auch über die Art der Entrichtung des Kaufpreises waren die Paciscenten mit einander übereingekommen. Wenn ungeachtet dessen vom Beklagten bestritten wird, daß der Kauf „abgeschlossen“ gewesen sei, so beruft er sich zur Unterstützung seiner Ansicht darauf, daß beide Contrahenten die schriftliche Form eines Kaufcontractes als wesentliches Moment des Kaufabschlusses angesehen haben und, da es zur Niederschrift eines Vorcontractes nicht

*) Vgl. Band III, No. 349.

gekommen sei, der Kauf auch nicht habe perfect werden können. Allein selbst dann, wenn die schriftliche Form eines Rechtsgeschäfts erforderlich ist, ist das Rechtsgeschäft nach Art. 3030 l. c. an sich auch ohne schriftliche Form als rechtsverbindlich anzusehen, sobald nur über die wesentlichen Bestandtheile des Geschäfts eine Einigung erfolgt war. Als wesentlicher Bestandtheil des Kaufcontractes kann aber die Schriftlichkeit nicht angesehen werden, da wesentlich bei einem Geschäft nur das ist, was nothwendig zu seinem Begriffe gehört, während der Kaufcontract im Allgemeinen einer besonderen Form nicht bedarf (Art. 2990 und 3860 l. c.) Wenn somit der Anspruch des Klägers auf Auszahlung der ihm für Vermittelung eines Kaufes zugesagten Courtage in der Thatsache wurzelt, daß Beklagter mit dem ihm als Kaufliebhaber zugewiesenen K. ein Kaufgeschäft geschlossen hat, der Abschluß dieses Kaufgeschäfts aber außer Zweifel steht, so hat Beklagter angewiesen werden müssen, dem Kläger die ihm zugesicherte Courtage zu bezahlen.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 25. September 1873, No. 116).

608. Verschulden des Fabrikherrn, begangen durch gefahrbringende Einrichtung des Fabrikbetriebes.

Der Fabrikarbeiter K. war durch das Kammrad, welches die von ihm bediente Rindenschneide-Maschine trieb, als er eine über dem Kammrade hängende Lampe auslöschte, erfaßt und ihm dabei ein Arm zerquetscht worden. Er klagte darauf gegen den Fabrikherrn auf Schadenserzatz, indem er behauptete, zwischen dem Kammrade und der Maschine sei ein so enger Raum gewesen, daß ersteres bei jeder Bewegung des Klägers dessen Kleider gestreift habe, und gleichwohl habe es durchaus keine Bekleidung gehabt. Der Beklagte bestritt dies und behauptete außerdem, der Kläger habe stricte Weisung erhalten, die Lampe nicht anders, als nachdem die Maschine angehalten worden, auszulöschen.

Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte darauf am 3. October 1875 sub No. 207 rechtskräftig, wie folgt:
„Es muß als eine Verpflichtung des Fabrikherrn betrachtet werden, die Einrichtung namentlich der mit Dampfkraft betrie-

benen Fabriken so zu treffen, daß für die Arbeiter keine Gefahr für Gesundheit und Leben entsteht. Es muß daher gefordert werden, daß der Raum, wo die Arbeiter ihre Arbeiten zu verrichten haben, so angelegt sei, daß für sie eine Gefahr aus den sich bewegenden Maschinen nicht erwächst, und daß dieselben daher entweder durch eine hinreichende Entfernung oder durch eine schützende Verkleidung von diesen getrennt werden. Wenn daher die Anlage so beschaffen ist, daß der Arbeiter auf dem Plage seiner Arbeit bei irgend einer Bewegung von der Maschine ergriffen werden kann, so muß das allerdings für ein Außerachtlassen der gebotenen Vorsicht erachtet werden und, wenn in Folge dieser mangelhaften und gefährlichen Einrichtung ein Arbeiter zu Schaden kommt, so muß die Schuld daran dem Fabrikherrn, dessen Pflicht die vorsichtige Anlage der Fabrikeinrichtung ist, beigemessen werden. Wenn daher in der That die Einrichtung in der beklaglichen Fabrik so gewesen ist, wie Kläger sie darstellt, so wird der Beklagte zur Schadloshaltung des Klägers für verpflichtet angesehen werden müssen. Inwiefern aber der Befolgung der von dem Beklagten behaupteten, von dem Kläger aber geleugneten Instruction ein Einfluß auf die Beseitigung der aus der Anlage erwachsenden Gefahr zugesprochen werden kann, wird nur dann zu ermeßen sein, wenn die Art der Anlage und ihre Gefährlichkeit genau festgestellt sein wird.“

609. Der Abschluß des Dienstvertrages auf ein Jahr ist trotz der Verabredung eines Jahresgehalts nicht anzunehmen, wenn neben demselben ein monatliches Kostgeld bedungen war.

„Das Klagepetitum stützt sich wesentlich auf die Behauptung, daß der geklagte Dienstvertrag zwischen den Parteien auf bestimmte Zeit und zwar ursprünglich auf ein Jahr, gerechnet vom 1. August 1872, abgeschlossen worden sei. Steht diese Thatsache fest, so würde — da das Dienstverhältniß nach Ablauf des ersten Jahres beiderseits fortgesetzt worden — die gesetzliche Folge sein, daß der Vertrag als auf ein zweites Jahr, d. h. bis zum 1. August 1874 erneuert gelten müßte und vor diesem Termine nur aus besonderen gesetzlichen Gründen einseitig auf-

gelöst werden dürfte (vgl. Art. 4186 ff. des dritten Theils des Prov.-Rechts).

Die Thatsache des Contractschlusses auf bestimmte Zeitdauer und namentlich auf ein Jahr ist aber von der beklagten Handlung bestritten worden.

Kläger würde mithin nach allgemeinen Grundsätzen die streitige Thatsache in Erweis zu stellen haben, wenn nicht nach Ansicht des Untergerichts aus der beklagterseits zugestandenen Thatsache, daß ein jährliches Gehalt vereinbart worden, die Präsumtion sich ergäbe, daß das Engagement des Klägers ursprünglich auf ein Jahr gelaftet habe. Das Untergericht bezieht sich zu Gunsten dieser Deduction wesentlich auf ein Erkenntniß des Raths vom 29. November 1872, No. 8503 (Band III, No. 400), in dessen Erwägungen es heißt, daß die Festsetzung eines Jahresgehalts bei monatlicher Zahlung des Gehalts auf die Absicht der Contrahenten schließen lasse, den Vertrag auf ein Jahr auszudehnen, da es sonst offenbar näher gelegen haben würde, den Dienstlohn in eben solchen Raten festzustellen, als in welchen derselbe zahlbar war, d. h. monatlich.

Diese Erwägung kann indeß auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden, wo nach des Klägers eigener Angabe neben einem Jahresgehalt ein monatliches Kostgeld vereinbart worden. Wenn das jährliche Gehalt einen Schluß auf die Vertragsdauer eines Jahres begründen sollte, so müßte gleicherweise das monatlich normirte Kostgeld auf die Vertragszeit eines Monats gedeutet werden: beides kann aber nicht gleichzeitig in der Absicht der Parteien gelegen haben, vielmehr ist anzunehmen, daß die Stipulation lediglich den Maßstab für die Berechnung des Gehalts, sowie des Kostgeldes abgeben sollte.

Allenfalls könnte noch die Annahme zulässig erscheinen, und darauf kommt denn auch Kläger in seiner Appellationsrefutation heraus, daß bei Stipulation eines jährlichen Gehalts die Absicht der Contrahenten dahin gegangen sei, den Vertrag auf mindestens ein Jahr auszudehnen. Aber auch eine solche Vereinbarung würde keineswegs eine bestimmte Zeitdauer involviren, da nicht zu ersehen ist, wie weit über ein Jahr hinaus der Vertrag gelten solle. Die Stipulation könnte vielmehr nur bedeuten, daß einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstcontract die Clausel angehängt wäre, daß die Parteien vor Ablauf eines

Jahres von dem gesetzlichen Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen. Es erscheint mithin in keiner Weise zulässig, aus der Stipulation eines Jahresgehalts einen Schluß auf die Absicht der Parteien zu ziehen, den Dienstvertrag auf die bestimmte Zeit eines Jahres abzuschließen. Das untergerichtliche Erkenntniß, welches auf Grund dieser Prämisse die Klagebitte ohne Weiteres für begründet erkannt hat, ist demnach aufzuheben.“ (Appellations-Erkentniß des Riga'schen Rathes vom 18. December 1874, No. 6560).

610. Kündigungsfrist bei einem auf unbestimmte Zeit mit monatlicher Lohnzahlung geschlossenen Dienstvertrage.

Kläger, der beim Beklagten für einen Lohn von 20 Rbl. monatlich gedient hatte, verlangte den Lohn für den letzten Monat bis zum 27. Januar 1875. Beklagter wollte dem Kläger für diesen Monat nur 15 Rbl. zahlen, weil er dem Kläger im December 1874 erklärt habe, daß er vom 27. December ab nur 15 Rbl. monatlich erhalten werde, Kläger auch in die Herabsetzung des Lohnes gewilligt habe.

Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte am 18. März 1875 sub No. 63 nach dem Klageantrage. Gründe:
 „Ein ohne besondere Beredung über die Dauer geschlossener Dienstvertrag ist, wenn eine monatliche Zahlung bedungen wurde, als auf einen Monat geschlossen und alsdann von Monat zu Monat stillschweigend erneuert anzusehen. Nach localer Rechtsgewohnheit erlischt jedoch der Dienstvertrag mit Ablauf des Monats nicht von selbst, sondern nur im Falle einer vorher verlautbarten Kündigung, deren Frist für einige Fälle (z. B. für die Fabrikarbeiter) gesetzlich, für andere gewohnheitsmäßig bestimmt ist. In Bezug auf häusliche Dienstleistungen, welche nicht unter den Begriff des Gesindevertrages fallen, ist in der Praxis nach Analogie der Art. 4214 und 4215 bei monatlicher Dienstzeit gleichfalls eine vierzehntägige Kündigung für erforderlich erachtet worden. Daraus ergibt sich, daß der Beklagte, wenn er für den nächsten Dienstmonat dem Kläger einen geringeren Lohn zahlen wollte, ihm dieses spätestens vierzehn Tage vor Beginn desselben, d. h. in casu vor dem 27. December 1874 anzeigen mußte, während

anderenfalls der ursprüngliche Vertrag auch für den neuen Monat seine rechtsverbindliche Kraft behielt. Beklagter hat in dessen keineswegs behauptet und Kläger hat es ausdrücklich bestritten, daß die Erklärung, künftighin nur einen Monatslohn von 15 Rbl. zahlen zu wollen, dem Kläger gegenüber vierzehn Tage vor dem 27. December 1874 verlautbart worden sei. Folglich hatte diese Ankündigung für den hier in Rede stehenden Dienstmonat vom 27. December 1874 bis zum 27. Januar 1875 keine rechtliche Wirkung. Wenn aber das Stillschweigen nach Art. 2941 des Prov.-Rechts Th. 3 schon an sich nicht als Einwilligung angesehen werden soll, so kann dies um so weniger geschehen, wenn der Antrag des Gegners schon an sich rechtlich nicht zulässig war. Ebenjowenig läßt sich daraus, daß Kläger angeblich trotz dieser Erklärung stillschweigend seine Dienste dem Beklagten weiter geleistet hat, eine Zustimmung zu der Herabsetzung des Lohnes ableiten. Denn da Kläger zu dieser Dienstleistung für die Zeit vom 27. December bis zum 27. Januar jedenfalls rechtlich verpflichtet war, so kann unmöglich in der Erfüllung dieser Rechtspflicht eine concludente Handlung gesehen werden, welche eine Zustimmung zu dem rechtswidrigen Verlangen des Beklagten enthielte. Die Einrede des Beklagten, daß der unbestritten auf 20 Rbl. monatlich vereinbarte Lohn für den letzten Monat durch eine anderweitige Vereinbarung auf 15 Rbl. monatlich herabgesetzt sei, ermangelt daher der rechtlichen Begründung.“

611. Inwiefern finden die im Art. 4188 des Prov.-Rechts Th. 3 angegebenen Gründe zum einseitigen Rücktritt von dem Dienstvertrage auf den Verdingungsvertrag Anwendung?

Beklagter hatte dem Zimmermann B. die Vollendung eines ihm vertragsmäßig für den Preis von 475 Rbl. übertragenen Hausbaues nicht gestattet, und verweigerte auf dessen Klage auch die Auszahlung des noch rückständigen Lohnbetrages, weil Kläger stets in trunkenem Zustande den Bauplatz betreten und dadurch Zweifel an der Brauchbarkeit seiner Leistungen erregt habe.

Das Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 26. Juni 1875, No. 132, beurtheilte diesen Einwand folgendermaßen:

„Da Kläger nicht allein die Wahrheit, sondern auch die Erheblichkeit des Einwandes an sich bestreitet, so ist die Frage zu beantworten, ob eine unsittliche Führung im Allgemeinen und Trunkenheit im Besonderen einen gesetzlichen Grund zur Auflösung eines Verdingungsvertrages abgeben kann. Nun ist es zwar richtig, daß nach der ausdrücklichen, vom Beklagten angezogenen Vorschrift des Art. 4227 des prov. Privatrechts die über den Dienstvertrag enthaltenen Bestimmungen auch auf den Verdingungsvertrag volle Anwendung finden, soweit nicht in dem Abschnitt über den letztgenannten Contract etwas Abweichendes statuiert ist. Die speciellen Gründe, aus denen der Besteller zum Rücktritt berechtigt erscheint, sind in den Art. 4252 und 4253 namentlich aufgeführt (Unrichtigkeit des Kostenschlages, Veränderung des Plans); dieselben treffen aber hier nicht zu, vielmehr beruft sich Beklagter auf einen Aufhebungsgrund, dessen in dem Abschnitte über die Beendigung des Dienstvertrages Erwähnung geschieht (Art. 4188 l. c.). Die unsittliche Führung, welche der Besteller (Beklagter) dem Bauunternehmer (Kläger) zur Last legt, muß — um überhaupt in Betracht zu kommen — einen nachtheiligen Einfluß auf den Gang des Unternehmens geäußert haben; denn es liegt auf der Hand, daß die dauernden und mehr persönlichen Beziehungen zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstboten, welche durch eine unsittliche Führung des Dienstverpflichteten in jedem Falle eine Beeinträchtigung erleiden müssen, anders zu beurtheilen sind, als das einem bloß vorübergehenden Zwecke dienende und auf keinen persönlichen Verkehr berechnete Verhältniß des Unternehmers zum Besteller. Die angebliche Neigung des Klägers, herauschende Getränke zu sich zu nehmen, berührt die Interessen des Beklagten nur dann, wenn die Erfüllung der gestellten Aufgabe dadurch beeinträchtigt wurde. Es ist indessen nicht gerade nothwendig, daß der Zweck der getroffenen Uebereinkunft bereits vereitelt war; es genügt schon eine drohende Gefahr, um den Besteller aus dem angezeigten Grunde zur einseitigen Auflösung des Verdingungsvertrages zu berechtigen. Und wenn, wie Beklagter behauptet, Kläger stets, oder doch meist in trunkenem

Zustande den Bauplatz besucht hat, so konnte wohl erwartet und befürchtet werden, daß die Anordnungen des auf diese Weise seiner Ueberlegung und Geistesklarheit beraubten Unternehmers den Besteller in Nachtheil bringen würden. Dem Gesagten zufolge ist der im Pft. 3 der Klageerwiderung angezeigte Umstand allerdings für rechtlich erheblich anzusehen und zum Beweise zu stellen.“

Diese Entscheidung ging in Rechtskraft über.

612. a) Streitgenossen sind ihrem Sachwalter wegen des Honorars und der Auslagen nicht solidarisch verhaftet.

b) Anspruch des Advocaten auf Zinsen von der rückständigen Schuld an Honorar und Auslagen.

„Nicht allein auf Vergütung von Honorar und Expensen, sondern auch auf Bezahlung von Weikrenten von den seit den Jahren 1871 und 1872 ihm von seinen Mandanten geschuldeten Honorar- und Expensenbeträgen hat Kläger seinen Klageanspruch erhoben. Der Grund, aus welchem die Beklagten verpflichtet erscheinen würden, dem Kläger zugleich mit der Hauptschuld auch Weikrenten zu bezahlen, könnte nur in einer ungerechten Verzögerung der Leistung erkannt werden, welche sie dem Kläger schulden (Art. 3416 des 3. Theils des Prov.-Rechts*). Nach Art. 3310 l. c. ist indessen ein Verzug des Schuldners nicht anzunehmen, wenn die Zögerung dadurch veranlaßt ist, daß der Schuldner Gründe hat, die Verpflichtung, deren Erfüllung von ihm verlangt worden, überhaupt zu bezweifeln, oder doch den behaupteten Umfang derselben zu bestreiten.

Im vorliegenden Falle, in welchem die Beklagten den Umfang der klägerischen Honorar- und Expensenforderung in berechtigter Weise bestritten haben und durch richterliches Ermessen festgestellt werden muß, ob und inwieweit die Beklagten zu einer entsprechenden Leistung verpflichtet sind, kann daher von einem Verzuge der Beklagten zur Zeit nicht die Rede sein, und ist die Weikrentenforderung des Klägers als unbegründet zurückzuweisen.

*) Für die baaren Auslagen können von dem Sachwalter gemäß Art. 3419 l. c., auch abgesehen von einem Verzuge des Klienten, Zinsen jedenfalls verlangt werden.

Anlangend endlich die Frage, ob die vom Kläger vertretenen Streitgenossen ihm für Honorar und Expensen in solidum oder zu verhältnißmäßigen Theilen verhaftet sind, so muß die Entscheidung desselben aus dem Verhältnisse hergeleitet werden, welches Streitgenossen unter einander einnehmen*). Wenn unter ihnen eine entsprechende vertragmäßige Einigung nicht stattgefunden hat, so entsteht allein durch die subjective Klagenhäufung noch keine Societät. Die Verbindung mehrerer Personen in einer Parteirolle verhindert daher den einzelnen Betheiligten nicht, für sich solche Schritte zu unternehmen, zu welchen er ohne die gemeinschaftliche Proceßführung berechtigt wäre. Ungeachtet der processualischen Gemeinschaft erscheint der einzelne Streitgenosse individuell berechtigt und individuell verpflichtet; jeder von ihnen verfolgt einen eigenen Rechtsanspruch und die Rechtsverfolgung ist eine gemeinsame nur so lange es den Einzelnen beliebt. Daher kann das Verhältniß des Sachwalters zu jedem Einzelnen unter seinen zu einer Streitgenossenschaft verbundenen Mandanten auch nur unter den Gesichtspunkt eines getheilten Obligationsverhältnisses gestellt werden, so daß ihm die einzelnen Streitgenossen für die ihm zukommenden Gebühren nicht solidarisch, sondern zu verhältnißmäßigen Theilen**) verhaftet sind.“ (Aus den Motiven eines Appellationsurtheils des Rigaschen Rathes vom 10. December 1875, No. 8114).

613. Ueber den Umfang der von dem Hausgesinde zu leistenden Dienste

entnehmen wir einem Erkenntniße der I. Section des Landvogteigerichts vom 27. Februar 1875, No. 45:

*) Nach dem Dafürhalten des Herausgebers ist für den Honorar- und Auslagenersatz-Anspruch des Advocaten einzig das zwischen ihm und dem Clienten bestehende Vertragsverhältniß entscheidend. Hiernach werden die Streitgenossen, welche einem von ihnen den Auftrag gegeben haben, die Dienste des Advocaten in Anspruch zu nehmen, gemäß Art. 4313 allerdings solidarisch für die Expensen und Deserviten verhaftet; wogegen diejenigen, welche einen solchen Auftrag nicht erteilt und sich auch nicht persönlich an den Advocaten gewandt haben, von letzterem nur in Anspruch genommen werden können, sofern die Voraussetzungen der auftraglosen Geschäftsführung vorliegen.

**) So auch die Entscheidung in Senffert's Archiv IV, 258.

„Der Umfang der von dem Diensthoten zu leistenden Dienste soll in Ermangelung besonderer Abrede vor allem nach dem örtlichen Herkommen abgemessen werden (Art. 4202 des Priv.-Rechts Th. 3). Nach diesem ist aber ein Diensthote gegen eine mit Wohnung und Beföstigung verbundene Lohnvergütung seine ganze Zeit und Thätigkeit der Herrschaft zu widmen, die Herrschaft aber dem Diensthoten so viel davon zu lassen verpflichtet, als dieser zum Besuche des Gottesdienstes, zur nothwendigen Erhaltung und Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse, zur Herstellung seiner Kleidung, Wäsche u. dgl. nöthig hat; zugleich findet die Qualität der zu erwartenden und zu leistenden Dienste in der Höhe des Erfazes ihren Ausdruck. Wenn dieser nun im vorliegenden Falle auf 72 Rbl. jährlich festgesetzt ist, wozu außerdem noch die gewährten Geschenke hinzuzurechnen sind, so ergiebt sich daraus, da nach dem örtlichen Herkommen ein so hoher Lohn für die Berrichtungen einer einfachen Hausmagd nicht gezahlt zu werden pflegt, daß von der Klägerin über solche hinausgehende Dienstleistungen erwartet werden konnten. Klägerin erscheint daher nicht berechtigt, für die Anfertigung von Tischdecken, für das Stricken von Strümpfen und für das Nähen einiger Sachen noch eine besondere Zahlung zu fordern, wenn nicht — wie von ihr behauptet worden — für solche Leistungen bei der Dienstverabredung eine besondere Belohnung versprochen ist.“

614. Das Privilegium des Diensthotenlohnes genießen alle Personen, welche in des Cridars ausschließlichem Sold und Brod standen.

„Die von diesem Gerichte früher befolgte Ansicht, daß nur Forderung aus dem Gesindevertrage unter den Begriff des nach Lib. III Tit. X Pkt. 7 der Stadtrechte privilegirten Lohnes der Diensthoten fallen, ist von den übrigen städtischen Concursbehörden nicht adoptirt und von der Appellationsinstanz dahin modificirt worden, daß alle diejenigen das Privilegium des Dienstlohnes genießen sollen, welche in eines einzigen Dienstherrn ausschließlichem Sold und Brod stehen (Band II, S. 224). Dieser Auffassung ist dann im Interesse einer gleichmäßigen und einheitlichen Rechtsprechung auch beizutreten. Auf Seiten der Im-

ploranten [Fabrikarbeiter des Cridars] trifft nun nicht blos die oben erwähnte Voraussetzung zu, sondern es steht auch fest, daß ihre Forderungen durchweg aus dem letzten Vierteljahr vor Eröffnung des Concurſes herrühren, so daß sie unzweifelhaft mit einem Concurſprivilegium ausgestattet sind." (Aus den Entscheidungsgründen eines Bescheides der I. Section des Landvogteigerichts vom 30. März 1876, No. 72a).

615. a) Das Privilegium des Dienstlohnes ist unabhängig davon, ob Zeitlohn oder Stücklohn in Frage steht.
 b) Das Privilegium steht nur dem Lohne für das letzte Dienstjahr vor der Concurſeröffnung zu.

„Es ist unter den Parteien nicht bestritten, daß Querculant wenn auch nicht den eigentlichen Dienstboten im engeren Sinne angehörend, doch eine solche Person war, welche vertragsmäßig ihre Gesamthätigkeit dauernd und ausschließlich im Dienst der Handlung S. & A. verwendete und einzig von ihr ihren ganzen Unterhalt bezog. Die sonst so oft und viel ventilirte Controverse über die Tragweite des Lidlohnes und über die Grenzen der Ausdehnungsfähigkeit des dem Lidlohn anhaftenden Privilegii auch auf außerhalb des eigentlichen Dienstpersonals stehende Individuen ist also hier nicht weiter zu untersuchen und zu erörtern. Die Frage, welche hier zu entscheiden ist, ist eine andere. Sie geht einfach dahin: ob allen oder etwa nur einzelnen Gattungen des Lidlohnes der gesetzliche Vorrang gebührt. Das Gesetz macht keine Unterscheidung zwischen diesen verschiedenen Gattungen, insbesondere zwischen dem Zeitlohn und dem Stücklohn. Auch ein logischer Grund für eine solche Unterscheidung ist nicht ersichtlich. Wenn es nach gemeinrechtlichen Principien und der Rechtspraxis gewiß ist, daß der im Concurſe bevorzugte Lidlohn einzig in dem Dienstverhältniß selbst seine Begrenzung findet und zwar der Art, daß nur ein solches Dienstverhältniß auf ihn Anspruch giebt, welches dem Dienenden dauernd und ausschließlich in Betreff seiner Gesamthätigkeit in dem gedungenen Wirkungskreise dem Willen des Dienstherrn unterwirft, so daß er ganz und gar und einzig im Sold und

Brod seines Dienstherrn steht*), so giebt es keinen Anlaß, für diesen Lidlohn noch andere Schranken und insbesondere in der Gattung des vereinbarten Lohnes zu suchen. Denn ist nur die Gesamttthätigkeit Jemandes in den dauernden und ausschließlichen Dienst eines Anderen gestellt, dann ist es an sich doch gleichgültig, ob die geleisteten Dienste zeitweise oder stückweise entgolten werden. Noch viel weniger wird darüber ein Zweifel entstehen können, wo (wie im vorliegenden Fall) Zeitlohn und Stücklohn mit einander verbunden worden sind. Da stellt sich's um so klarer heraus, daß der gleichzeitige Stücklohn einen Theil der Entgeltung für dauernde und deshalb zunächst mit einem nach der Zeit bemessenen Lohn vergütete Dienste nur deshalb repräsentirt, um den dauernd und ausschließlich einem einzigen Dienstherrn Dienenden zu regerer Thätigkeit anzuspornen, ohne doch im Dienstverhältnisse selbst irgend etwas abzuändern. Das Verlangen des Querulanten, welcher unbestritten vollständig und ausschließlich im Sold und Brod der eridarischen Handlung gestanden hat, daß der nach dem Erfolg seiner Arbeit ihm zugemessene Lohn keine andere Beurtheilung und Behandlung finde, als der ihm für die Zeit seiner Dienste gesicherte Lohn, ist daher ein wohlberechtigtes. Denn beide, wenn auch nach verschiedenem Maßstab vertragsmäßig festgestellte Remunerationen sind nur Theile eines Ganzen, eines Lohns für dauernde ausschließlich einem Dienstherrn geleistete Dienste und das Recht des Ganzen gebührt auch jedem einzelnen Theile dieses Ganzen. Dagegen kann aber nicht außer Betracht bleiben, daß die Riga'schen Stadtrechte Lib. III Tit. X dem Dienstbotenlohn nicht schlechthin, sondern nur insoweit, als der Dienstbote nicht durch langes Stillschweigen des „debitoris fidem gefolgt ist“ ein Privilegium zuerkennen und daß eine stets gleichmäßig beobachtete Praxis als ein solches, das Privilegium aufhebende Stillschweigen ein solches festgestellt hat, welches sich über den Zeitraum eines Jahres**) vor Ausbruch des Concurfes ausdehnt.“ (Querelbescheid des Riga'schen Rathes vom 13. August 1876, No. 5137).

*) Vgl. Band II, No. 273. Kupffer, in der Dorpater Zeitschrift für Rechtsw., V. S. 29—32.

**) Diese Frist findet sich auch in neueren Gesetzen, z. B. preußische

616. Zur Anwendung des Art. 4247 des Prov.-Rechts Th. 3.

Kläger verlangte Auskehrung des ganzen ihm vom Beklagten für gewisse Klempnerarbeiten in einer Pauschalsumme zugesicherten Lohnes, weil Beklagter ihm die Vollendung der Arbeiten nicht gestattet hatte.

Die II. Section des Landvogteigerichts erklärte durch Bescheid vom 11. September 1875, No. 192, die Klage für ungenügend substantiirt:

„Nach dem Art. 4247 kann Kläger nur den Lohn und nicht den Ersatz für gar nicht gemachte Auslagen an zur Bewerfstellung der Arbeiten erforderlichem Material (Art. 4250 l. c.) verlangen. War nun der Verdingungsvertrag derartig geschlossen, daß dem Kläger sowohl für seine Auslagen, als auch für die Arbeit selbst ein Pauschalpreis zugesagt worden ist, so erübrigt dem Kläger, wenn er zu dem ihm allein zustehenden Lohne für die Arbeit kommen will, das Material, welches er verwenden sollte, aber nicht verwendet hat, zu schätzen und von dem Verdingungspreis in Abzug zu bringen*). Zur Begründung der Klage fehlt die specificirte Schätzung des nicht verwandten Materials. Der oben angezogene Art. 4247 l. c. fährt einschränkend fort: „Der Uebernehmer muß sich jedoch einen Abzug gefallen lassen, wenn er die durch die unterbliebene Arbeit gewonnene Zeit anderweitig zu seinem Vortheil benutzt hat.“ Fordert nun Kläger den ganzen Lohn ohne Abzug, so muß er behaupten**), daß

Concursordnung § 77, österreichische Concursordnung § 43 sub 2, Concursordnung für das deutsche Reich § 54 Z. 1. Mehrfache Unterscheidungen machen dagegen das französische Recht (Code civil art. 2101. Loi des faillites et banqueroutes du 28. Mai 1838 art. 549) und einzelne deutsche Particularrechte.

*) Vgl. Seuffert, Pandekten, II. § 333 Note 9. Seuffert's Archiv VII, 294. XII, 24.

**) Nach der Meinung des Herausgebers ist es vielmehr Sache des Beklagten, zu behaupten bzw. zu beweisen, daß der conductor operis die gewonnene Zeit anderweitig benutzt und dabei einen bestimmten Gewinn gemacht habe (siehe auch Seuffert's Archiv XVIII, 269). Die Klage auf Zahlung des bedungenen Lohnes ist die Klage auf Erfüllung des Vertrages und die von dem Beklagten opponirte Einrede der mangelnden Erfüllung seitens des Klägers wird von letzterem mit der replica doli zurückgeschlagen, weil der Beklagte eben die Erfüllung verhindert, also auf dieselbe verzichtet hat. Die Bezahlung des vollen Lohnes kann also nur verweigert werden, sofern sie eine unrechtfertige Bereicherung des Klägers auf Kosten des Be-

er die gewonnene Zeit nicht anderweitig benutzt hat; andernfalls muß er angeben, inwieweit er die gewonnene Zeit hat benutzen können und welchen Abzug er sich gefallen lassen will. Aus dem Art. 4247 ist deutlich zu ersehen, daß das Gesetz durchaus nicht eine Bereicherung des Uebernehmers auf Kosten des vertragsbrüchigen Bestellers, sondern lediglich den Ersatz des verursachten Schadens herbeiführen will.“

617. Klage des Mandanten gegen den Mandatar auf Rückgabe der Vollmacht. Retention derselben wegen Gegenforderungen.

Kläger verlangte die Rückgabe einer dem Beklagten erteilten Vollmacht zur Führung seiner Angelegenheiten und Rechtsstreitigkeiten. Beklagter verweigerte dieselbe bis zur Befriedigung der ihm gegen den Kläger zustehenden Honorarforderung.

Dem darauf gefällten Erkenntnisse der II. Section des Landvogteigerichts vom 3. April 1875, No. 61, entnehmen wir Folgendes:

„Nach Art. 4406 des Prov.-Rechts Th. 3 sind alle Handlungen, welche der Mandatar, nachdem ihm der Widerruf bekannt geworden, vornimmt, nichtig. Da sich der Widerruf in der Klage ausgesprochen findet und nach der angezogenen Gesetzesstelle Beklagter fernerhin keinerlei für den Kläger wirksame Handlungen vornehmen kann, so könnte die Frage entstehen, ob Kläger am Besitze der Vollmachtsurkunde überhaupt noch ein rechtliches Interesse hat, m. a. W. ob die Rückforderung begründet ist. Das Interesse des Klägers muß indessen doch behauptet werden und dasselbe liegt darin, zu verhüten, daß sich der Bevollmächtigte nicht fortdauernd dritten Personen gegenüber als Handlungsberechtigter ausweisen und dadurch dem Mandanten mindestens rechtliche Verwickelungen zuziehen kann. Zudem ist die Urkunde nur um des Auftrages willen gegeben worden; sie muß mithin restituiert werden, sobald der beabsichtigte Zweck, der Auftrag, sein Ende erreicht. Andererseits kann aber auch dem Beauftragten das Retentionsrecht an der Urkunde nicht

klagen enthalten würde, und daß dies der Fall sei, muß nothwendig der Beklagte darthun.

abgestritten werden, wenn und so lange derselbe wegen seiner Forderungen aus dem Rechtsgeschäft, welches zur Ertheilung der Urkunde Veranlassung gab, nicht befriedigt worden ist. Der Beauftragte ist auf rechtmäßige Weise in den Besitz der Urkunde gelangt und die zur Retention erforderliche Connexität ist vorhanden. Vor Mißbrauch der Urkunde kann sich der Mandant jederzeit dadurch schützen, daß er Vorlegung des Documentes und einen Vermerk auf demselben über den stattgehabten Widerruf verlangt. Der Beauftragte hat, so lange er nicht befriedigt ist, gleichfalls ein Interesse am Besitze des Documentes; denn durch dasselbe kann er eben dem Mandanten sowohl, als dritten Personen gegenüber darthun, daß er namens des Mandanten zu handeln berechtigt war.“

Nachschrift des Herausgebers. Es ist hier auf den Widerspruch hinzuweisen, der zwischen dem Art. 4406 und dem Art. 3490 besteht. Das in dem letzteren befolgte Princip, daß für Dritte nicht die Kenntniß des Bevollmächtigten von dem Widerruf, sondern ihre eigene Kenntniß von demselben entscheidend sei, ist ohne Zweifel das richtigere. Bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern findet sich dieses Princip zwar regelmäßig nicht ausgesprochen, was seinen Grund wohl darin hat, daß dieselben den „Auftrag“ (d. h. das innere Rechtsverhältniß zwischen dem Mandanten und Mandatar) und die „Vollmacht“ (d. h. die für die Außenwelt berechnete Willenserklärung des Mandanten, den Mandatar als seinen Stellvertreter gelten zu lassen) nicht scharf von einander sieden und in Folge dessen bei den römischrechtlichen Bestimmungen über das *mandatum* stehen blieben, ohne zu berücksichtigen, daß im Hinblick auf die im heutigen Recht stattfindende freie Stellvertretung nicht mehr jene, sondern vielmehr die das Rechtsverhältniß des institor regelnden Rechtsätze (l. 11 §§ 2 und 4 Dig. XIV, 3) entscheiden müssen.

Dagegen hat schon die heutige gemeinrechtliche Praxis (vgl. Seuffert's Archiv IV, 115. XIX, 230. XXVIII, 29. XXIX, 28) und noch entschiedener die moderne Gesetzgebung dem gutgläubigen Dritten den Schutz gegen willkürlichen Widerruf der Vollmacht angedeihen lassen, ohne welchen ein Geschäfts-

verkehr mit einem „Bevollmächtigten“ überhaupt nicht denkbar erscheint. Das preußische Landrecht I, 13 §§ 167 und 168 bestimmt zwar nur, daß der Machtgeber den ihm bekannten Dritten, mit dem der Bevollmächtigte sich in Unterhandlungen eingelassen hat, von dem Widerruf der Vollmacht benachrichtigen und widrigenfalls das Geschäft trotz des Widerrufs gegen sich gelten lassen muß; Doctrin und Praxis aber nehmen an, daß das Geschäft den Machtgeber schlecht hin bindet, wenn die schriftliche Vollmacht in der Hand des Bevollmächtigten geblieben ist und der Dritte von ihrem Widerruf nichts gewußt hat (vgl. Entsch. des R. O. H. G., XVII. S. 337—42. Förster, preuß. Privatrecht, II. § 141 Note 153. Koch, Recht der Forderungen, III. § 289). Damit stimmt überein der bayerische Entwurf Art. 720: „Hatte der Auftraggeber dem Dritten die Bevollmächtigung selbst bekannt gegeben, oder befindet sich die dem Beauftragten behändigte Vollmachtsurkunde noch in dessen Besitz, so wirkt gegenüber dem Dritten die Erlöschung des Auftrages erst von da an, wo ihm derselbe bekannt geworden ist.“ Zu diesen Fällen, wo der Vollmachtgeber ungeachtet des Widerrufs der Vollmacht dem gutgläubigen Dritten haftet, fügt das bürgerliche Gesetzbuch für Sachsen § 1327 noch den hinzu, wo der Auftrag öffentlich bekannt gemacht und nicht in gleicher Weise widerrufen ist, womit auch der allgemeine deutsche Entwurf von 1866 Art. 716 übereinstimmt und im Wesentlichen auch der schweizer Entwurf von 1875 Art. 460. Der code civil art. 2005 (von welchem der § 1759 des codice civile italiano nur eine Uebersetzung giebt), das österreichische bürgerliche Gesetzbuch § 1026, das bürgerliche Gesetzbuch für den Canton Zürich § 1184 und das deutsche H. G. B. Art. 55 und 298 begnügen sich mit der Aufstellung des einfachen Grundsatzes, daß der Widerruf der Vollmacht gegen den Dritten, welcher ohne Kenntniß desselben mit dem Bevollmächtigten contrahirte, von dem Vollmachtgeber nicht geltend gemacht werden kann. Das russische Recht endlich (Band X, Th. I Art. 2334 nach der Fortsetzung von 1863) erklärt dritten Personen gegenüber erst diejenigen Handlungen für unwirksam, welche von dem Bevollmächtigten vorgenommen werden, nachdem auf Antrag des Vollmachtgebers die Außerkraftsetzung der Vollmacht von der competenten Behörde öffentlich bekannt gemacht und diese

Bekanntmachung am Aufenthaltsorte des Bevollmächtigten eingetroffen ist.

Keine der angeführten Gesetzgebungen stellt also den Dritten, der auf Grund der Vollmacht mit dem Bevollmächtigten contrahirt, gegenüber dem Vollmachtgeber so ungünstig, wie das Particularrecht der Ostseeprovinzen in dem Art. 4406.

618. Wesen und Inhalt der Verbindlichkeit zur Rechnungslegung, insbesondere Bedeutung der „Belege.“

I. Kläger war mit einer Klage auf Rückzahlung eines von dem Beklagten bei Johann T. für den Kläger aufgenommenen Darlehens von 1200 Rbl. abgewiesen, ihm jedoch gleichzeitig offen gelassen worden, Beklagten wegen Ablegung einer genauen Rechenschaft über die von ihm bei Besorgung der klägerischen Geschäfte verwalteten Gelder in Anspruch zu nehmen. Er stellte darauf den Antrag, Beklagten zur Rechnungslegung über die Verwendung der von T. geliehenen 1200 Rbl. binnen acht Tagen bei der Verwarnung anzuhalten, daß es widrigenfalls so angesehen werden solle, als habe Beklagter von der genannten Summe zu des Klägers Besten nichts verausgabt, und er zur Bezahlung von 1200 Rbl. an den Kläger verpflichtet werden würde. Beklagter erklärte, T. habe zum Bau des klägerischen Hauses für 700 Rbl. Baumaterial und den Rest in baarem Gelde hergegeben, welches vom Beklagten zur Ablohnung der Arbeiter und zum Ankaufe von Eisen, Nägeln u. s. w. verwandt worden sei, wie Beklagter beweisen wolle.

Die II. Section des Landvogteigerichts wies darauf (am 18. Juni 1874, No. 130) den Beklagten an, binnen drei Wochen ein genaues und mit Belegen versehenes Verzeichniß aller in der fraglichen Angelegenheit erhobenen Einnahmen und bewerkstelligten Ausgaben beizubringen, widrigenfalls er alle durch die Nichterfüllung dieser Auflage dem Kläger entstehenden Schäden zu ersetzen haben und es dem Letzteren freistehen solle, den ihm durch die beklagtische Geschäftsführung etwa erwachsenen Verlust, sowie den hierdurch entgangenen Gewinn selbst und nöthigenfalls eidlich abzuschätzen. Gründe:

„Der Zweck der Rechnungslegung besteht darin, dem Auftraggeber — dessen Geschäfte der Rechnungssteller besorgt hat — ein deutliches Bild darüber zu gewähren, wie und mit welchen Mitteln nicht bloß im Ganzen, sondern auch im Einzelnen das aufgetragene Geschäft ausgeführt worden ist. Der Rechnungsherr muß in den Stand gesetzt werden, jede in seinem Namen erhobene Einnahme und jede für ihn bewerkstelligte Ausgabe prüfen zu können. Daher schreibt auch das Gesetz (Art. 4459 des prov. Privatrechts) dem zur Rechenschaftsablegung Verpflichteten die Anfertigung eines genauen, specificirten und mit Belegen versehenen Verzeichnisses sämmtlicher Einnahme- und Ausgabeposten vor. Dieser (ihm zudem noch durch die bezogenen Erkenntnisse auferlegten) Obliegenheit kann der Beklagte sich nicht dadurch entziehen, daß er ein Beweisverfahren in Voranschlag bringt, welches den Kläger, als Geschäftsherrn der Möglichkeit beraubt, die Geschäftsführung im Einzelnen zum Gegenstande seiner etwaigen Aussetzung zu machen. Es soll der Kläger genöthigt werden, sich einfach mit den Ergebnissen der beklaglichen Geschäftsthätigkeit zu begnügen. Mag der Erfolg ein noch so günstiger gewesen sein, der schließliche Ausgang giebt immerhin keine Bürgschaft dafür, daß allenthalben das Interesse des Auftraggebers gewahrt wurde und eben diese Gewißheit muß sich der Letztere verschaffen können, was wiederum nur dann zu erzielen ist, wenn der Beauftragte über die einzelnen von ihm vollzogenen Geschäfte Auskunft ertheilt und Nachweis giebt.

Was die Folgen einer etwaigen Nichterfüllung dieser Verpflichtung anbelangt, so ist es zunächst klar, daß aller Schaden, welcher hieraus für den Rechnungsherrn erwächst, ihm von dem Rechnungssteller vergütet werden muß. Hat dieser sich durch eigene Fahrlässigkeit in die Lage versetzt, eine Rechenschaft über die besorgten fremden Geschäfte nicht geben zu können, oder verweigert er eine solche in böser Absicht, — so erringt der Rechnungsherr dadurch das Recht, den ihm durch die ungehörige Ausführung des Geschäfts etwa entstandenen Verlust oder entgangenen Gewinn selbst, und nöthigenfalls eidlich, abzuschätzen.“

II. Der Handlungscommis S. verlangte von seinem Principal W. klagend den Rest des ihm nach Aufhebung des Dienst-

vertrages noch zuständigen Gehaltes. Beklagter erhob die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, weil Kläger über eine ihm zur Ausarbeitung von Schwellen überwiesene Holzpartie und über eine ihm zur Bestreitung der Geschäftsausgaben übergebene Summe von 3870 Rbl. keine Rechnung gelegt habe, worauf Kläger angewiesen wurde, dem Beklagten die geforderte Rechenschaft gemäß Art. 4459 des Prov.-Rechts Th. 3 in dem dazu anberaumten Termine bei der Verwarnung abzulegen, daß er widrigenfalls mit seiner Klage abgewiesen werden würde. Nachdem Kläger hierauf dem Beklagten eine Rechnung vorgelegt hatte, erklärte letzterer dieselbe für ungenügend, weil Kläger zu keinem Posten einen Beleg beigebracht habe, bestritt sämtliche Ausgabeposten und hat, den Kläger der gestellten Commination gemäß mit seiner Klage abzuweisen.

Die I. Section des Landvogteigerichts fällte hierauf am 4. December 1875 sub No. 245 folgendes Erkenntniß:

„Die in dem Prov.-Recht nicht näher definirte Rechenschaftspflicht enthält (nach den diese Materie zuerst in befriedigender Weise aufklärenden Ausführungen Bähr's, in den Jahrb. für Dogmatik XIII, S. 251 ff.) eine Ausnahme von der allgemeinen processualischen Regel, daß Jeder die Thatsachen, welche seinem Ansprüche zur Grundlage dienen, selbst anzuführen und demgemäß seinen Anspruch qualitativ und quantitativ zu formuliren hat, indem sie für gewisse Rechtsverhältnisse umgekehrt denjenigen, gegen welchen die Ansprüche sich richten, nöthigt, seinerseits mit Angabe der Thatsachen vorzugehen, welche die Ansprüche des Gegners begründen. Statt seinerseits Behauptungen geltend zu machen, begehrt der auf Rechenschaftsablage Dringende von dem Beklagten zunächst Geständnisse, um diese dann zur Erhebung seines Anspruches auf Herausgabe dessen, was er nach dem Ergebnisse der Rechnungsablage vom Beklagten zu fordern hat, zu benutzen. Der letztere, materielle Anspruch bildet im Vergleiche mit dem vorbereitenden Verfahren, welches die Vorlage der Rechnung zum Gegenstande hat, den eigentlichen Kern der Klage auf Rechnungsablage. Das besagt auch der Art. 4459 des Prov.-Rechts Th. 3, indem er die Ablieferung des Saldo als den letzten Zweck der Rechnungslegung ausdrücklich hinstellt. Der auf „Rechnungslegung“ Klagende hat

demnach ein rechtliches Interesse vorzugsweise an der Verzeichnung der Einnahmeposten, weil diese allein es sind, welche Ansprüche gegen den Beklagten für ihn begründen; an der Verzeichnung von Ausgabeposten aber nur insofern, als ihm daran gelegen ist, sich über diese mit dem Beklagten gütlich zu verständigen, da sie rechtliche Ansprüche des Beklagten an den Kläger enthalten. Soll die gestellte Rechnung ihren soeben genannten Zweck wirklich erfüllen, so muß sie einerseits genügend substantiiert und andererseits mit Belegen versehen sein (Art. 4459 l. c.). In ersterer Beziehung muß der Rechnungssteller dem Geschäftsherrn alle nach Lage der Sache mit Recht zu erwartenden Auskünfte erteilen, wobei sich ein absoluter Maßstab dafür selbstredend nicht feststellen läßt, sondern alles von der Beschaffenheit des concreten Falles abhängt. Die Belege der Rechnung haben andererseits die Bedeutung, daß sie in Betreff der Einnahmeposten dem Kläger darthun, daß der Beklagte größere Einnahmen, als angegeben, nicht erzielt hat, in Betreff der Ausgabeposten aber den Kläger von der Richtigkeit dieser überzeugen sollen. Fehlt es an Einnahmebelegen, so muß der Kläger, wenn er größere Einnahmen behauptet, solche beweisen; fehlt es dagegen an Ausgabebelegen, so hat das keine andere Wirkung, als daß der Kläger den bezüglichlichen Ausgabeposten seine Anerkennung versagen und dadurch den Rechnungssteller zum processualischen Beweise derselben nöthigen kann. Dagegen ergibt sich aus dem Vorstehenden unzweideutig, daß der Mangel an Belegen nicht an sich und formell die gelegte Rechnung unannehmbar macht.

Hat der Beklagte Rechnung gelegt, so kann der Kläger nach Befinden noch weitere Auskünfte verlangen und es entwickelt sich dann das s. g. Monitorverfahren, welches dadurch erledigt wird, daß entweder der Rechnungssteller solche zur Zufriedenheit des Klägers beibringt, oder die Unmöglichkeit, weitere Auskünfte zu geben, von selbst einleuchtet, oder der Rechnungssteller diese eidlich erhärtet. Darnach bleibt es dem Kläger noch unbenommen, die Richtigkeit der Einnahme- oder Ausgabeposten anzuzutreten und damit das s. g. Defecturverfahren zu veranlassen, in welchem der Geschäftsherr die behaupteten weiteren Einnahmen, der Rechnungssteller hingegen die von jenem bestrittenen Ausgaben zu begründen und zu beweisen verbunden sind, wo-

durch der Rechnungsabluß zu Stande gebracht und darnach zu Gunsten des einen oder anderen Theiles auf Bezahlung bzw. Klageabweisung erkannt wird.

Ganz dieselben Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn der beklagte Geschäftsherr einredeweise von dem klagenden Geschäftsführer Rechnungsstellung begehrt, da nach allbekannter Regel der Beklagte, welcher Einreden vorbringt, in dieser Beziehung als Kläger zu behandeln ist.

Prüft man in Anleitung vorstehender Rechtsausführung die vorliegenden Falls vom Kläger gelegte Rechenenschaft, so ergibt sich Folgendes:

1. Was die vom Kläger unbestritten zur Bearbeitung von Hölzern empfangenen 3870 Rbl. anlangt, so hat Beklagter eingeräumt, daß der Kläger über diese ihm eine Abrechnung vorgelegt habe, welche wegen mangelnder Specification der mit 345 Rbl. in einem Posten dem Beklagten zur Last gebrachten angeblichen Auslagen nicht acceptirt worden sei. Daraus resultirt, daß in Bezug auf die übrigen 3525 Rbl. Beklagter eine weitere Rechnungslegung seitens des Klägers nicht beanspruchte, die Rechnungslegung über den ganzen empfangenen Betrag mithin vom Kläger nur insofern zu wiederholen war, als die Aufklärung des bisher unaufgeklärten Postens von 345 Rbl. dies mit sich brachte. In der Aufgabe vom 10. Juli 1875 hat Kläger aber den angestrittenen Posten von 345 Rbl. auf viele kleine Ausgaben, namentlich für Fahrten, zurückgeführt und es ist ihm beizupflichten, wenn er behauptet, daß ihm die Notirung jeder einzelnen geringfügigen Ausgabe nicht zugemuthet werden könne, zumal bei einer Geschäftsführung, die ein beständiges Umherfahren und einen Aufenthalt in Wäldern zur Winterszeit nothwendig mache. Kläger kann daher nicht als verpflichtet angesehen werden, für den gedachten Posten noch weitere Auskünfte beizubringen, und es erscheint seine Verbindlichkeit zur Vorlegung der Rechnung somit erfüllt. Da Beklagter aber bereits erklärt hat, alle Posten, welche betreffender Belege ermangeln, bestreiten zu müssen, so hat sich an die Pflicht zur Rechnungslegung sofort die des Beweises der angestrittenen Posten anzuschließen, wobei jedoch ein stringenter Beweis der Natur der Sache nach nicht möglich und deshalb auch nicht erforderlich ist, vielmehr je

nach Umständen die eidliche Versicherung des Klägers genügen wird *).

2. Anlangend die vom Beklagten noch verlangte Rechenschaft über den Verbleib einer ansehnlichen, aus dem Vixna'schen Walde geschlagenen Holzpartie, so hat Kläger erklärt, daß er die Hölzer an die Dünaburger Station der Petersburg-Warschauer Eisenbahn abgeliefert, dagegen keine Bretter aus Sleepern geschnitten und verkauft habe. Wenn Kläger in dieser Beziehung noch eidlich erhärtet, daß er nach bestem Wissen und Gewissen weitere Auskünfte über den Verbleib des von ihm für Beklagten im Vixna'schen Walde geschlagenen Holzes nicht zu ertheilen vermöge, so ist seine Verpflichtung zur Rechnungslegung auch in Bezug hierauf erledigt, und bleibt es dann einzig dem Beklagten überlassen, etwaige vom Kläger nicht angegebene Einnahmen unter gehöriger thatsächlicher Begründung zu behaupten und zu beweisen. Da dies aber voraussichtlich nicht nur ein weitläufiges vorbereitendes Verfahren, sondern namentlich eine weitschichtige Beweisführung nothwendig machen wird, welche die Erledigung des Rechtsstreites wiederum auf mindestens ein Jahr hinauschieben würde, so erscheint die Geltendmachung dieser beklagtiſchen Gegenforderung nach Art. 3552 l. c. in dem gegenwärtigen Proceſſe unstatthaft und ist daher zur besonderen Verhandlung zu verweisen.“

Dieses Erkenntniß wurde rechtskräftig.

III. „Beklagter, welcher mittelst Urtheils des Vogteigerichts vom 2. März 1874 angewiesen wurde, dem Kläger, als seinem Gesellschafter, binnen vierzehn Tagen über seine Geschäftsführung bezüglich der vom Cassa-Collegio übernommenen Wallabtragungsarbeiten Rechnung abzulegen, widrigenfalls er gehalten sein sollte, dem Kläger einen Gewinnantheil im Betrage von 3000 Rbl. nebst Verzugszinsen vom 24. April 1873 ab, zu bezahlen — hat, nachdem eine Fristerstreckung für die Rechnungsablage von den Parteien vereinbart worden, am 16. April 1874 einen schriftlichen Rechenschaftsbericht nebst einem Verzeichnisse der Einnahme- und Ausgabeposten bei der Bitte beigebracht, durch die solchergestalt abgelegte Rechnung die be-

*) Bezugnahme auf Seuffert, Pandektenrecht, II. § 347 Note 2aa.

zügliche richterliche Auflage als erfüllt erachten, dem Beklagten alles ihm nach der Rechnung wider den Kläger zustehende Recht für bewahrt erkennen und den Kläger anweisen zu wollen, sich auf die Rechnungslegung wie erforderlich zu erklären.

In seiner Entgegnung auf diese Rechnungsablage hat Kläger die letztere als eine durchaus ungenügende bezeichnet, weil für keinen Ausgabeposten Belege beigebracht und andere nicht gehörig begründet worden; er hat ferner erklärt, daß er für alle Ausgabeposten die erforderlichen Belege verlange und die unbelegten, sowie die nicht specificirten und augenscheinlich rechtlich gar nicht begründeten zugleich zurückweisen müsse, und endlich hat Kläger nach summarischer Angabe des Rechtsverhältnisses, wie es nach seiner Ansicht bestehe, gebeten, die Rechnungsablegung des Beklagten für ungenügend erkennen und denselben zur Zahlung des vom Kläger als Resultat seiner Rechnungsaufstellung aufgegebenen Gewinnantheils von 3000 Rbl. nebst Verzugszinsen vom 23. April 1873 ab anzuhalten.

Im Gegensatz zu dieser Erklärung, welche die Berechtigung des Beklagten zur nachträglichen Beibringung seiner Belege implicite anerkannte, hat Kläger in der weiteren Proceßverhandlung, namentlich als Beklagter um Nachgabe des Beweises der Richtigkeit seiner Rechnung bat, die sofortige richterliche Declaration der Contumaz des Beklagten in Gemäßheit der im Erkenntniß vom 2. März 1874 ausgesprochenen Commination beantragt, indem er behauptet, daß nach Art. 4459 des 3. Theils des Prov.-Rechts die Rechnungsablegung die gleichzeitige Beibringung der Belege in sich schließe, Beklagter aber dieser gesetzlichen Vorschrift nicht nachgekommen sei. Um deswillen protestirt Kläger auch gegen die Nachgabe des vom Beklagten erbetenen Beweises.

Bei Beurtheilung des durch den Protest des Klägers hervorgerufenen Zwischenverfahrens ist zunächst davon auszugehen, daß es sich in dem ersten Rechtsstreite der Parteien, welcher durch das mehrallegirte Erkenntniß vom 2. März 1874 seinen Abschluß fand, lediglich um die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Rechnungsablegung handelte, ohne daß dabei die Frage über die Art und Weise der letzteren eine Erörterung fand. So namentlich war im ersten Proceßverfahren ein Anspruch auf Beibringung der Belege zur verlangten Rechenhaft

gar nicht vom Kläger erhoben, im Erkenntniß vom 2. März konnte daher dieser Nebenpunkt nicht berücksichtigt werden, auf welchen denn auch selbstverständlich nicht die in jenem Erkenntniß eventuell angedrohten Contumaznachteile Anwendung finden dürfen. Daß aber — wie Kläger zu behaupten scheint — der Art. 4459 des 3. Theils des Prov.-Rechts die Beibringung der Belege als ein wesentliches Erforderniß der Rechnungsablegung bezeichne, kann nicht zugegeben werden. Der allegirte Artikel lautet:

Der zur Rechnungsablegung Verpflichtete muß ein genau specificirtes und mit Belegen versehenes Verzeichniß sämtlicher Einnahme- und Ausgabeposten anfertigen.

Hiernach ist es allerdings Pflicht des Rechnungsführers, die Belege seiner Rechnung für den Rechnungsempfänger zu dessen Einsichtnahme bereit zu halten; es würde aber ein unbilliges Anverlangen an den Rechnungsführer sein — und in der That stellt das Gesetz nicht dieses Anverlangen — wenn er verbunden wäre, gleich bei der Rechnungsablage auch die Beweismittel für die Richtigkeit derselben dem Rechnungsempfänger, der vor ertheilter Decharge immerhin als sein Gegner bezeichnet werden kann, auszuliefern. Bestand mithin für den Rechnungsjsteller keine Verpflichtung zur Uebergabe der Belege an den Rechnungsempfänger, so kann auch, falls die Rechnungsablage — wie im vorliegenden Falle — auf gerichtlichem Wege erfolgte, die gleichzeitige Beibringung der Belege nicht für unbedingt nothwendig oder wesentlich erachtet werden, wenngleich Gründe der Zweckmäßigkeit dafür geltend gemacht werden möchten.“ (Rechtskräftiger Bescheid des Vogteigerichts vom 12. October 1874, No. 150).

IV. „Gegenstand und Ziel der Klage auf Rechnungslegung ist nur die Rechenschaftsablegung selbst, nicht aber die Verurtheilung des Beklagten zu einer Zahlung. Das Erkenntniß kann der Klagebitte gemäß nur dahin lauten, daß Beklagter zur Rechnungslegung angewiesen wird. Hat die Rechnungslegung ohne dahin gehendes gerichtliches Gebot stattgehabt, so ist die Klagebitte erfüllt und der Proceß beendet. Dem Kläger kann es dann nur freistehen, nachdem er die Grundlage für die

Regulirung der gegenseitigen Rechte und Pflichten gewonnen, in einem besonderen Verfahren die einzelnen Rechnungsfätze anzustreiten, fehlende Einnahmeposten zu remarkiren, ungerechtfertigte Ausgabeposten zu streichen, Belege zu fordern und das sich für ihn ergebende Saldo ausgezahlt zu verlangen. Allen Angaben des Rechnungspflichtigen allgemeinen und speciellen Widerspruch entgegenzusetzen, ohne den Widerspruch im Einzelnen zu motiviren, ist eine processualisch unzulässige und ganz bedeutungslose Formel.

Erscheint dagegen dem Kläger die ganze Art der Rechnungslegung unverständlich — was nach Maßgabe seiner freilich sehr ungenügenden Aufsechtung der Rechnung selbst nicht angenommen werden kann — so bleibt es ihm unbenommen, auf eine Emendation und Ergänzung der Rechnung anzutragen; in diesem Falle wird aber Kläger anzuführen haben, inwiefern die aufgemachte Rechnung ihm nicht genügt, um für die Auseinandersetzung mit dem Beklagten als Grundlage zu dienen. Demnach kann nach Lage der Sache dem Kläger nur offen gelassen werden, entweder die Rechnung des Beklagten als Grundlage für die künftige Auseinandersetzung zu acceptiren und demnächst in einem besonderen Verfahren die einzelnen Rechnungsfätze anzustreiten, oder aber unter genauer Angabe dessen, inwiefern ihm die Art der stattgehabten Rechenschaftsablage unverständlich ist und nicht genügen kann, auf eine erneuerte Rechnungslegung in anderer Grundlage anzutragen.“ (Rechtskräftiger Bescheid der II. Section des Landvogteigerichts vom 24. November 1875, No. 250).

618a. Der dem Geschäftsherrn zustehende Anspruch auf Rechnungslegung kann auch von dem Curator seiner Concurssmasse geltend gemacht werden.

Der Curator der Concurssmasse des Kaufmanns B. klagte wider den Advocaten A., der als Generalbevollmächtigter des Creditors dessen Vermögen verwaltet hatte, auf Ablage einer Rechenschaft über seine Geschäftsführung. Beklagter verweigerte dieselbe, weil er zu einer solchen nur seinem Mandanten, dem Creditar, aber nicht den Concursgläubigern gegenüber verpflichtet sei, vielmehr dadurch gegen seine Verpflichtung zur Amtverschwiegenheit verstoßen würde.

Die II. Section des Landvogteigerichts erkannte hierauf am 28. September 1876 sub No. 214:

„Es kann in keiner Weise gebilligt werden, wenn Beklagter auf die Unübertragbarkeit des Mandatsverhältnisses als solchen sich stützend und das von ihm als Mandatar zu beobachtende Amtsgeheimniß in einseitiger Weise herauskehrend, sich der zweifellosen Verpflichtung zu entziehen sucht, dem Curator als gerichtlich bestelltem Vermögensverwalter über seine Geschäftsführung in derselben Weise Rechnung zu legen, wie er dazu vor Eröffnung des Concurse dem Cridar gegenüber gesetzlich verpflichtet war (Prov.=Recht Th. 1 Art. 114; Th. 3 Art. 4391). Von der Uebertragung des Mandats resp. Clientelverhältnisses in dem Sinne, daß das frühere, auf Vertrauen basirte Verhältniß nunmehr zwischen dem Mandatar einerseits und dem Gläubigercorps resp. dem Curator andererseits fortgesetzt werden solle, ist selbstverständlich nicht im entferntesten die Rede; auch die Heranziehung des nicht hierher gehörigen rechtlichen Gesichtspunktes der Cession ist besser zu vermeiden. Desgleichen wäre es ein ganz ungerechtfertigter Schluß, wenn man aus der Verpflichtung des Mandatars, ein ihm etwa anvertrautes Geheimniß zu bewahren, folgern wollte, daß er dem Concurseur auch über die Vermögensverwaltung im allgemeinen nichts zu offenbaren habe. Die Amtsgeheimnisse kann der Mandatar und ehemalige Rechtsbeistand bei sich bewahren, nicht aber ein etwaiges Rechnungssaldo, über dessen Vorhandensein der Curator sich erst aus einer Rechnungslegung Kenntniß verschaffen kann. Das Vermögen des Cridars ist seinen Gläubigern anheimgefallen und, insoweit ein ehemaliger Geschäftsführer des Ersteren mit vermögensrechtlichen Verwaltungen betraut gewesen ist, insoweit hat er den Gläubigern oder ihrem Vertreter Rede und Antwort zu stehen, vorausgesetzt, daß die Rechnungslegung oder ein Verzicht*) auf dieselbe nicht schon vor der Concursöffnung erfolgt sein sollte.

Ueber die einschlägigen Rechtsverhältnisse können weder nach gemeinem Recht, noch auch nach der bei den hiesigen Stadtgerichten beständig geübten Praxis begründete Zweifel obwalten.

*) Ein solcher würde nach den Grundsätzen der actio Pauliana anfechtbar sein.

Mit der Eröffnung des Concurſes verliert der Cridar die Dispoſition über ſein Vermögen, ſoweit daſſelbe überhaupt zur Maſſe gezogen werden kann. Die Diſpoſitionsentziehung bringt für den Cridar den Verluſt der Klagen mit ſich. Alle vorhandenen Vermögensrechte, ſoweit nicht beſondere Ausnahmen ſtatuiert worden ſind, gehen auf die Maſſegläubiger über und werden einſtweilen von ihrem gerichtlich beſtellten Vertreter, dem Curator reſp. Contradictor, ausgeübt. Die Befugniß, zum Zwecke der Regulirung der Maſſe Klagen anzustellen und Proceſſe zu führen, ſteht einzig und allein dem Curator zu. Zum Vermögen der Maſſe gehört auch die *actio mandati*, ſoweit mit derſelben ein vermögensrechtliches Intereſſe*) verfolgt werden kann und dieſelbe nicht etwa auf Fortſetzung des perſönlichen Vertrauensverhältniſſes gerichtet iſt. Die auf Rechnungslegung gerichtete *actio mandati* iſt vermögensrechtlicher Natur, denn ſie verfolgt nur das Ziel, ein etwa vorhandenes Rechnungſaldo zunächſt zu ermitteln, um daſſelbe darnach einzufaſſiren. Daß nicht der Kläger zuerſt diejenigen Thatſachen darzulegen hat, auf welche er ſeinen etwaigen künftigen Anſpruch gründen will, liegt in der Natur der Klage auf Rechnungslegung und iſt dem Kläger durch das Geſetz gewährleistet (Art. 4391 l. c.). Der Geſetzgeber, indem er mit allen anderen vermögensrechtlichen Klagen dem Cridar auch die auf Rechnungslegung gehende *actio mandati* entzog, konnte ſolches nicht thun, ohne dieſe Klage zugleich dem Curator zuzuthemen; denn ſonſt würde der Mandatar durch die Inſolvenz ſeines Mandanten in die beneidenswerthe Lage gerathen, Niemandem Rechenschaft und folgerichtig Niemandem ein Rechnungſaldo ſchuldig zu ſein. Es wäre ferner durchaus unrichtig, wenn man etwa dem Rechtsſage: *mandans et mandatarius pro una persona habentur* in der Weiſe praktiſche Anwendung geben wollte, daß man ſagte, man könne vom Mandatar nicht mehr verlangen, als vom Mandanten (dem Cridar), mithin auch keine Rechenschaft. Der Satz beſchränkt ſich offenbar nur auf die Wirkſamkeit der Rechtsgeſchäfte, welche der Mandatar für den

*) Dient die *actio mandati* nicht zur Verfolgung eines vermögensrechtlichen Intereſſe, ſo fehlt ihr überhaupt der Rechtſchutz, da nach Art. 2907 Gegenſtand eines Forderungsrechts nur eine Handlung ſein kann, die einen Vermögenswerth hat.

Mandanten mit dritten Personen eingeht: diese Rechtsgeschäfte sollen eben so wirksam sein, als ob der Mandant sie selbst geschlossen hätte. Er kann aber nicht angezogen werden, wo es sich um Rechte des Mandanten wider den Mandatar handelt, denn sonst gäbe es überhaupt keine *actio mandati*, weder *directa*, noch *contraria*, weil die *una persona* sich nicht selbst verklagen kann. Auf Grund der vorstehenden Erwägungen muß der *Advocat X.* verpflichtet werden, über die von ihm geführte Verwaltung des dem *Cridar* gehörig gewesenen Vermögens dem *Massecurator* in gehöriger Weise Rechnung zu legen.“

Vorstehendes Erkenntniß wurde durch Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 15. December 1876, No. 8156, unter folgender Motivirung bestätigt:

„Die Frage, welche hier der Erwägung unterliegt, ist die: ob der Anspruch auf Rechnungslegung, welchen der *Cridar* unbestritten und unbestreitbar an den Beklagten als seinen Vermögensverwalter und Geschäftsführer hatte, nach der Eröffnung des *Concurse* über des Geschäftsherrn Vermögen auf den *Curator* seiner *Concurssmasse* übergegangen ist. Diese Frage, welche vom Appellanten verneint wird, ist bei richtiger Würdigung der amtlichen Stellung eines *Concurscurator*s zu bejahen.

Appellant hat zur Anfechtung des untergerichtlichen Erkenntnisses vorzugsweise darauf hingewiesen, daß ein *Curator*, welcher seine Amtsthätigkeit aus der Vertretung des Gläubigercorps durch ihn ableitet, zu der Forderung einer Rechnungslegung von Seiten des ehemaligen Mandatars des Gemeinschuldners um deswillen nicht befugt sei, weil das Gläubigercorps nur auf die *bona cessa* Anspruch habe, die dem Mandanten gegen seinen Mandatar zuständige Klage auf Rechnungslegung aber nicht *cessibel* sei. Die Frage, ob und inwieweit die *actio mandati cessibel* ist, oder nicht, hat hier indeß füglich unerörtert zu bleiben, weil es eben an sich unrichtig ist, den *Concurscurator* als einen Vertreter des Gläubigercorps aufzufassen, wie eine solche Anschauung ehemals allerdings nicht wenig verbreitet war. Der *Concurscurator* verwaltet sein Amt und verfügt über die *Activa* der *Concurssmasse* nicht in der Eigenschaft eines *Repräsentanten* oder *Vertreters* der Gläubigergemeinschaft, er ist

vielmehr der nach dem Ausbruche des Concurſes, welcher regelmäßig dem Cridar den Beſitz ſeines Vermögens und das Verfügungsrecht über dasſelbe entzieht, wenn auch nach einer von den einſtweilen bekannten Gläubigern vollzogenen Wahl, doch vom Gericht zunächſt zu deſſen Unterſtützung, nicht einzig zur Wahrung des Intereſſe der Gläubiger, ſondern vorwiegend auch des Intereſſe des Cridars eingeſetzte, übrigens ſowohl von den Gläubigern, wie vom Cridar unabhängige, lediglich dem Concursgericht untergebene und an deſſen Maßnahmen gebundene, ſonſt aber ſelbſtändige Verwalter des cridarischen Vermögens*). Durch dieſe ihm gerichtlich übertragene Vermögensverwaltung, welche biſher der Gemeinſchuldner ausübte, wird er zwar auch nicht gerade Vertreter, wohl aber Stellvertreter des Cridars. Auf ihn gehen daher, ohne daß es irgend welcher Ceſſion von Seiten des Gemeinſchuldners bedarf, ſchon durch ſeine amtliche Anſtellung zur Vermögensverwaltung alle die Rechte über, welche biſlang in Rückſicht auf dieſe Verwaltung der Gemeinſchuldner ſelber ausübte. Daraus ergibt ſich denn auch von ſelbſt ohne irgend welches weiter erforderliche Suchen nach einem künstlichen Rechtstitel die Befugniß des Concurscurators, von dem Verwalter des cridarischen Vermögens Rechenſchaft zu fordern, einzig

*) Dieſe Auffaſſung findet ſich bereits in dem App.-Erſ. vom 13. Auguſt 1869, No. 5715 (Band I, S. 226). Vgl. auch die Motive zu §§ 5 und 70 bis 78 der Concursordnung für das deutſche Reich, welche den Gläubigern anheimgibt, dem Maſſeverwalter einen „Gläubigerausſchuß“ als ein „Vertretungsorgan der Gläubiger“ (Motive zu §§ 79—84) an die Seite zu ſtellen, deſſen Genehmigung er in gewiſſen Fällen einholen muß. Uebrigens ſind ſeine Handlungen Dritten gegenüber auch ohne ſolche Genehmigung bindend und nach § 91 kann der Maſſeverwalter ſelbſt gegenüber einem Beſchluffe der Gläubiger-Verſammlung die Entſcheidung des Concursgerichts anrufen. Abweichend davon beſtimmt die öſterreichiſche Concursordnung § 76: „Der Maſſeverwalter iſt Vertreter des Gläubigercorps und Verwalter des in den Concurs gehörigen Vermögens“ und verpflichtet ihn demgemäß „bei allen wichtigeren Verwaltungshandlungen den Beſchluß des Gläubigerausſchuffes einzuholen“ und „die geſaßten Beſchlüſſe . . . in Ausführung zu bringen“ (§§ 79, 140, 141). Jedoch iſt im Verhältniſſe zu Dritten der Maſſeverwalter nach § 78 auch in Oeſterreich kraft ſeiner Beſtellung zur Vornahme ſelbſt ſolcher Geſchäfte befugt, die ſonſt ein Specialmandat erfordern. Nach der preußiſchen Concursordnung § 215, 220—223 nimmt der „definitive Verwalter“ eine ganz ähnliche Stellung ein, wie der „Maſſeverwalter“ in Oeſterreich.

deshalb, weil solche Rechenschaftsforderung dem Cridar, an dessen Stelle in vermögensrechtlicher Beziehung der Concurseur getreten ist, unzweifelhaft zu stand.“

619. Rechtliche Wirkung des Versprechens eines Dritten, dem Gläubiger zu bezahlen, was dieser von dem Schuldner zu fordern haben werde.

„Kläger hat seine Klagebehauptung, daß er mit Beklagtem die Lieferung sämtlicher für dessen Haus erforderlichen Schlosserarbeiten vereinbart habe, dahin modificirt, daß er — wie auch Beklagter angiebt — ursprünglich mit L. contrahirt und daß erst später Beklagter sich verpflichtet habe, seine Arbeiten unabhängig davon, ob L. noch etwas von ihm zu fordern habe, zu bezahlen. Nach dieser Klageänderung ist unter den Parteien hauptsächlich streitig, welche Rechtswirkung das beklagte Zahlungsversprechen habe und ob Kläger auf Grund desselben den Beklagten direct belangen könne, oder zuerst L. in Anspruch nehmen müsse.

Es wäre nun allerdings möglich, daß Beklagter die Zahlung für L. und anstatt desselben zu leisten, sich verbunden hätte, so daß dieser von seiner Schuld an den Kläger ganz befreit worden wäre. Daß dies aber geschehen sei, hat Kläger weder behauptet, noch ist es im Zweifel anzunehmen, da ein Ausscheiden des bisherigen Schuldners aus dem Schuldverhältnisse, m. a. W. eine Novation, nicht vermuthet werden darf. Die fragliche Verabredung unter den Parteien ist daher so aufzufassen, daß Kläger für seine Forderung sich außer an den ursprünglichen Schuldner L. auch noch an den Beklagten selbst solle halten dürfen, so daß die beiden letzteren als Gesamtschuldner anzusehen sind. Daß aber Beklagter nur aus dem Guthaben des L. den Kläger zu bezahlen sich verpflichtet habe, wird von ihm gar nicht behauptet, indem er gerade selbst erklärt, er habe sich verpflichtet, das Guthaben des Klägers an L. direct und von sich aus zu berichtigen, d. h. also nicht blos als Assignatar von L., sondern als Selbstschuldner Zahlung zu leisten.

Ist es daher unzweifelhaft, daß ein selbständiges Schuldverhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten besteht, so fragt es sich nur noch, ob ersterer gegen letzteren auch ein Klagerrecht hat, solange er L. nicht belangt hat. Auch diese Frage

muß aber bezahlt werden. Wenn Beklagter sich verpflichtet hat, das Guthaben des Klägers an L. ersterem zu bezahlen, so ist damit allerdings ausgesprochen, daß er keinen neuen Vertrag über die zu liefernden Arbeiten mit dem Kläger geschlossen, sondern diesem nur für die Forderungen einzustehen hat, welche aus dem mit L. geschlossenen Vertrage entspringen. Aus den Anführungen des Klägers aber ergibt sich keineswegs, daß er mit dem Beklagten einen neuen Vertrag eingegangen ist, denn hierzu hätte es nothwendig einer Vereinbarung über den Gegenstand der Arbeit und wohl auch einer Erwähnung des Preises bedurft. Es ist daher dem Beklagten durchaus beizupflichten, wenn er betont, daß die zwischen L. und dem Kläger getroffenen Feststellungen hinsichtlich der Beschaffenheit und der Preise der Arbeiten für seine Zahlungsverpflichtung maßgebend sein müßten. Dagegen folgt daraus, daß Beklagter nur für das dem Kläger „laut von L. acceptirter Rechnung“ zustehende Guthaben haftbar sein sollte, nicht, daß Kläger den Beklagten erst auf Zahlung belangen kann, nachdem er zuvor L. verklagt hat. Denn die „Acceptation“ der Rechnung durch letzteren ist im Zweifel nicht so, sondern vielmehr dahin auszulegen, daß Beklagter eben nicht mehr zahlen solle, als Kläger von L. zu fordern habe, und dies kann durch Beklagten einfach dadurch erreicht werden, daß er L. den Streit ankündigt, um ihm dann seinerzeit die Entscheidung dieses Processes als auch für ihn verbindlich entgegen zu halten. Es hat daher der beklagtische Einwand, als sei die Klage verfrüht, verworfen, andererseits aber festgestellt werden müssen, daß Beklagter dem Kläger nur so viel zu zahlen verpflichtet sei, als dieser für die in der Klage erwähnten Arbeiten seinerseits von L. zu fordern hat.“ (Rechtskräftiger Bescheid der I. Section des Landvogteigerichts vom 14. Februar 1875, No. 40).

620. Was ist unter der im Art. 4508 des Prov.-Rechts Th. 3 erwähnten „ausdrücklichen“ Erklärung der Bürgschaftsübernahme zu verstehen?

„Da das Provinzialrecht im Art. 4505 die Bürgschaft als die vertragsmäßig übernommene Verpflichtung, einem Gläubiger für die Schuld eines Dritten einzustehen, ohne daß der

Letztere dadurch von seiner Schuld befreit wird, definiert, im Art. 4508 aber hinzufügt: „nur muß die Uebernahme ausdrücklich erklärt werden“ und da den stillschweigenden Verträgen diejenigen gegenübergestellt werden, die durch ausdrückliche Willenserklärung der Parteien zu Stande kommen, so kann, wo — wie nach dem Provinzialrecht bei der Uebernahme der Bürgschaft — gesetzlich eine ausdrückliche Willenserklärung zum Zustandekommen des Rechtsgeschäfts gefordert wird, von einer stillschweigend übernommenen Bürgschaft nicht die Rede sein*). Da nun Beklagter mit den Worten: „Ich will dafür sorgen, daß Sie zum Vollen befriedigt werden“ noch keineswegs dem Kläger für die Schuld des T. einzustehen, ausdrücklich versprochen hat, so kann von einer Bürgschaft in casu nicht die Rede sein. Mithin ist der Anspruch des Klägers, den Beklagten als den Bürgen seines Schuldners T. in Anspruch zu nehmen, zurückzuweisen und kommen somit alle von den Parteien über die eventuell vorzuschützende Einrede der Vorausklage vorgebrachten Deductionen als irrelevant nicht mehr in Betracht. . . . Nach dem Art. 3147 l. c. aber kann Beklagter, sobald jene vom Kläger behauptete Aeußerung erwiesen ist, von letzterem auf Schadensersatz belangt werden, da in diesem Falle die Uebernahme einer eigenen Schuld von Seiten des Beklagten vorliegen würde.“ (Rechtskräftiger Bescheid des Vogteigerichts vom 8. October 1874, No. 144).

621. Haben Mitbürgen gegen einander einen Regreß wegen der zur Befriedigung des Hauptschuldners geleisteten Zahlung ohne vorgängige Klagencession?

Kläger und Beklagter hatten einen von M. an S. ausgestellten Wechsel als expromissorische Caventen unterzeichnet.

*) Die Codification des Provinzialrechts gebraucht — wie übrigens auch das preußische Landrecht (vgl. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts VI, S. 279 und IX, S. 180) — das Wort „ausdrücklich“ nicht immer in seinem eigentlichen strengen Sinne, auf welchen der Art. 2938 hinweist, sondern begreift unter einer „ausdrücklichen“ Willenserklärung häufig nur eine deutlich ausgedrückte Erklärung, so z. B. in den Art. 356, 646, 3493, 4525 u. a. m. Daß aber im Art. 4508 die dort gebrauchte Redeweise: „nur muß

Kläger hatte zufolge einer auf dem Wechsel befindlichen Quittung des Wechselgläubigers S. diesen befriedigt und verlangte von dem Beklagten Erstattung der Hälfte der gezahlten Summe. Diese Klage wurde durch Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 9. September 1875, No. 185, aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Zwei Mitbürgen zur Sicherung einer und derselben Schuld stehen an sich in gar keinem Rechtsverhältniß zu einander, auch dann nicht, wenn der eine die Schuld voll bezahlt hat. In diesem Falle, d. h. wenn der eine Bürge die Schuld getilgt hat, bedarf es, damit die Klagerechte vom Gläubiger auf den Bürgen übergehen, einer wirklichen Cession vor oder bei Befriedigung des Gläubigers*), weil andernfalls die bloße Zahlung seitens des Bürgen nur die Wirkung hat, daß sämtliche Verpflichteten Befreiung erlangen. Wird die Zahlung seitens des Bürgen mit der Cession der Klagerechte an ihn verbunden, so präsumirt das Gesetz, daß die Hingabe des Geldes erfolgte, nicht um die Schuld zu tilgen, sondern um die Forderung und somit das Klagerecht ganz oder theilweise anzukaufen.

Die eben ausgesprochenen allgemeinen Rechtsgrundsätze finden auch für das Geltungsgebiet des provinziellen Privatrechts zweifellos Anwendung. Der Art. 4531 l. c. giebt dem Bürgen das Recht, von dem befriedigten Gläubiger die Abtretung seiner Klagen gegen den Hauptschuldner, wie auch gegen die Mitbürgen zu verlangen und vor erfolgter Abtretung die Leistung der verbürgten Schuld zu verweigern. Wenn der zahlende Bürge auch ohne ausdrückliche Klagenabtretung (nur durch die Zahlung) ein Klagerecht erwerben würde, wäre dieser Artikel nicht verständlich, vor Allem nicht, warum dem Bürgen vor erfolgter Abtretung ein Verweigerungsrecht eingeräumt worden ist. Der Art. 4533, in

die Uebernahme ausdrücklich erklärt werden,“ nicht eine „ausdrückliche“ Willenserklärung im Sinne des Art. 2938 im Auge hat, erhellt ganz unzweifelhaft aus dem Nachsage: „sei es auch durch Handlungen, die keinen Zweifel übrig lassen“, da eine Willenserklärung durch concludente Handlungen nach Art. 2939 eben eine „stillschweigende“ ist.

*) Vgl. Sintonis, Civilrecht, II. § 129 Note 68. Keller, Vorlesungen, § 290 a. G. Holzschuher, Theorie u. Casuistik, III. S. 1003. Seuffert, prakt. Pandektenrecht, II. § 386 a. G. Windscheid, Pandekten, II. § 294 a. G. Seuffert's Archiv XVII, 39. XXII, 237.

welchem für einzelne Städte Estlands und Curlands abweichend von allen anderen Gerichtsbezirken dem Mitbürgen auch ohne besondere Klagenabtretung ein Regreß an die anderen Mitbürgen gewährt wird, läßt über den Sinn des Art. 4531 einen Zweifel nicht zu. Die Klage — wie sie angebracht ist — ist rechtlich nicht haltbar, weil Kläger nicht einmal behauptet hat, daß ihm vom Gläubiger Klagerrechte übertragen worden seien*). Und wenn er auch dieses behauptet hätte, so wäre es zur Klageberechtigung doch nicht genügend, denn der Art. 3472 des Privatrechts setzt fest, daß — wenn über das abzutretende Forderungsrecht eine Urkunde ausgefertigt ist (wie in diesem Falle der Wechsel) — nicht nur diese Urkunde dem Cessionar übergeben, sondern auch die Abtretung entweder auf derselben verzeichnet, oder über die Cession eine besondere Urkunde ausgeführt werden muß. Die Cession findet sich aber in diesem Falle weder auf dem Wechsel verzeichnet, noch auch hat Kläger eine andere Cessionsurkunde beigebracht.“

Nachschrift des Herausgebers. Im römischen Recht ist es ausdrücklich und unzweideutig ausgesprochen, daß Mitbürgen gegen einander einen Regreß nur dann haben, wenn sie sich von dem Gläubiger die Klage haben cediren lassen (l. 39 D. XLVI, 1. l. 11 Cod. VIII, 41. § 4 J. III, 20); ein stichhaltiger innerer Grund für diese Rechtsvorschrift ist aber nicht ersichtlich. Savigny (Obligationenrecht, I. S. 274 und 275) lehrt auf Grund der Institutionenstelle, der Bürge, der es verjäumt habe, die exc. divisionis aus dem hadrianischen Rescript vorzubringen, solle keinen Rückgriff auf seine Mitbürgen haben, weil er die Unterlassung selbst verschuldet habe, das heißt also gleichsam als Strafe, weil er es verschmäht habe, sich der Rechtswohlthat des Kaisers zu bedienen. „Das ist aber keine Jurisprudenz, sondern kaiserliche Willkür, welche wir heute nicht mehr anzuerkennen brauchen“ (Ladenburg, in Busch's Archiv für Handelsrecht, Bd. 34 S. 240). Wenn sich mehrere für dieselbe Schuld zusammen verbürgen, so ist schon von vornherein als ihre Ab-

*) So hatte die II. Section des Landvogteigerichts auch schon am 30. September 1874 sub No. 211 erkannt.

sicht zu unterstellen, daß jeder Einzelne nur für seinen Kopftheil haften, also dasjenige, was er in Folge der solidarischen Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger etwa mehr bezahlen sollte, sich von den übrigen verhältnißmäßig ersetzen lassen will. Diese Auffassung findet sich denn auch schon in der lex Apuleja (Gajus III. 122), welche den Sponsoren und Fideipromissoren einen bezüglichen Regreßanspruch gab. Nachdem man aber soweit gegangen war, die Haftung nach Kopftheilen selbst dem Gläubiger gegenüber gesetzlich zu fixiren, lag in der Versagung des Rückgriffes auf die Mitbürger offenbar ein Verstoß gegen das Princip des Gesetzes. Denn kann jeder Mitbürger verlangen, daß seine Zahlungspflicht zunächst auf seinen Kopftheil beschränkt werde, so muß ihm, wenn er statt dessen die ganze Schuld bezahlt, wegen des Mehrbetrages die actio negotiorum gestorum auf Ersatz nach den allgemeinen Grundsätzen über die Bezahlung fremder Schulden zustehen (vgl. Art. 4454 des Prov.-Rechts Th. 3) und das römische Recht „verleugnete,“ indem es diese Consequenz ablehnte, allerdings „seine eigenen Grundsätze.“

Die neuere Gesetzgebung hat somit nur das römische Recht folgerichtig ausgebildet, wenn sie den Mitbürgen schon kraft des Gesetzes (also ohne Cession) einen Regreßanspruch gegen einander einräumte*).

Preuß. N. L. R. I, 14 §§ 443—45. Oesterreichisches Gesetzbuch § 1359. Code civil art. 2033 = codice civile italiano art. 1920. Sächsisches Gesetzbuch §§ 1458, 1036, 1392 und 1375. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Canton Zürich § 1805. Bayerischer Entwurf II, Art. 886.

Die Codification des Provinzialrechts scheint, wenn man nur den Wortlaut der Art. 4531 und 4533 in's Auge faßt, allerdings auf dem römischnrechtlichen Standpunkte zu stehen. Nothwendig ist diese Ausnahme indessen nicht, da die Mitbürger nach Art. 4524 Gesamtschuldner sind und in Bezug auf letztere das Provinzialrecht — abweichend von der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts (vgl. Vangerow, Pandekten, III. § 573 N. 3 und über die Pragis Senffert's Archiv, einerseits

*) Diese Meinung hat übrigens auch in der gemeinrechtlichen Literatur ihre Vertreter. Vgl. Girtanner, die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht, S. 255.

XVII, 39. XXII, 237. XXVIII, 225; andererseits VII, 158. XX, 132. XXIV, 210), aber im Einklange mit anderen modernen Gesetzgebungen — den Grundsatz aufstellt:

Art. 3348. Derjenige Gesamtschuldner, welcher den Gläubiger befriedigt hat, kann, wenn ihm nicht besondere Gründe entgegenstehen, von seinen Mitschuldnern Ersatz verlangen.

Will man also der gegentheiligen Annahme einer noch größeren Inconsequenz, als sie im römischen Recht anzutreffen ist, ausweichen, so ist das in der Weise möglich, daß man den Art. 4531 durchaus strict interpretirt, m. a. W. statuirt, der Bürge habe wohl das Recht, auf Klagencessiön zu dringen, falls ihm diese wünschenswerth erscheine — was z. B. der Fall ist, wenn eine Wechselforderung in Frage steht —, könne aber auch ohne solche Cessiön auf Grund des Art. 3348 seinen Regreß gegen die Mitbürgen nehmen. Freilich ist dann der Art. 4533 absolut überflüssig.

Die Regreßklage, welche auf Grund des Art. 3348 stattfindet, geht auf Erstattung des verhältnißmäßigen Theiles der getilgten Schuld, also beim Vorhandensein von drei Mitbürgen auf ein Dritteltheil, beim Vorhandensein von zweien auf die Hälfte zc. Ein diesem Ansprüche entgegenstehendes Vertragsverhältniß, wonach der Regreß überhaupt nicht, oder doch nur in geringerem Umfange zulässig ist, hat der Beklagte einredeweise geltend zu machen.

Ueber die Frage, wie viel mit der cedirten Klage von dem Mitbürgen gefordert werden kann, siehe die Nachschrift zu No. 676.

622. Rechtliche Begründung der Paulianischen Klage, insbesondere im Falle der Pfandbestellung für eine neucontrahirte Schuld.

Der Curator der Concursumasse des Kaufmanns K. socht eine von dem Creditar unter faßtenpfändlicher Uebergabe eines Werthpapieres ausgestellte Urkunde über ein von W. empfangenes Darlehen mit der actio Pauliana an, weil der Creditar im Bewußtsein seiner Insolvenz durch die Pfandbestellung sein Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger verringert habe.

Aus dem in dieser Sache von der I. Section des Riga'schen Landvogteigerichts gefällten rechtskräftigen Erkenntnisse vom 4. März 1875, No. 49, theilen wir Folgendes mit:

„Da die Codification des Provinzialrechts über die Anfechtung von Rechtsgechäften, welche Jemand im Zustande der Insolvenz vorgenommen hat, keine Vorschriften enthält, müssen nach Lib. II Cap. IV der Riga'schen Stadtrechte die gemeinrechtlichen Grundsätze der Paulianischen Klage auch bei uns zur Anwendung gelangen. Mit dieser Klage kann aber ein von einem Zahlungsunfähigen vor der Concurserklärung abgeschlossenes Rechtsgechäft angefochten werden, wenn:

1. dasselbe eine die Gläubiger benachtheiligende Verminderung des überschuldeten Vermögens bewirkt, ferner

2. der veräußernde Schuldner die Benachtheiligung seiner Gläubiger durch die Veräußerung entweder erstrebt, oder diese doch als nothwendige Folge derselben vorausgesehen hat und

3. derjenige, an welchen die Veräußerung geschah, entweder die rechtswidrige Absicht des Schuldners gekannt, oder auch ohne diese Kenntniß durch die Veräußerung einen lucrativen Erwerb gemacht hat.

Ad 1. Daß eine Pfandbestellung für eine bereits bestehende Schuld gleichfalls der Anfechtung unterliegt, ist in den Quellen (l. 10 § 13 und l. 22 Dig. 42, 8) ausdrücklich ausgesprochen. Wenn diese nämlich auch nicht eine Verminderung des Vermögens in seinem Totalbestande bewirkt, so entzieht sie doch denjenigen Gläubigern, deren Forderungen keine hypothekarische Sicherheit genießen, ein Vermögensobject, welches sonst auch der Befriedigung ihrer Forderung zu Gute kommen würde, und enthält aus diesem Grunde eine sie benachtheiligende Vermögensminderung. Von einer Verpfändung für eine bestehende Schuld, wie sie den Gegenstand sämmtlicher Bearbeitungen dieser Lehre bildet und auch in dem klägerischerseits bezogenen vogteigerichtlichen Erkenntnisse vorausgesetzt wird, ist jedoch vorliegenden Falls nicht die Rede, sondern hier handelt es sich um die Constituirung eines Faustpfandes für eine erst neu contrahirte Schuld, da Beklagter dies behauptet hat und dem klägerischerseits nicht nur nicht widersprochen, sondern durch die Aufstellung „es sei anzunehmen, daß der Cridar, um sich Geld zu schaffen, den Antheilschein verpfändet habe,“ vielmehr beigepflichtet

worden ist. Solchenfalls steht in Frage, in wie weit die neubegründete persönliche Verpflichtung anfechtbar ist, und mit ihr steht und fällt auch das zu ihrem Schutze bewilligte Pfandrecht (Dernburg, Pfandrecht, I. S. 200), nicht aber läßt sich mit Schwegge (System des Concurfes, 3. Aufl. S. 165) schlechtweg behaupten, daß hier weder das Pfandrecht, noch das Creditum, weshalb es bestellt worden, der Rescission unterworfen sei. Denn nach l. 1 § 2 Dig. 42, 8 bezieht sich die Anfechtung auch auf von dem Insolventen übernommene vertragsmäßige Verbindlichkeiten (Windscheid, Pandekten, II. § 463 Note 5) und in l. 6 § 6 eod. werden Pfandbestellungen den Verkäufen gleichgestellt, so daß bei ihnen kein anderer Maßstab der Beurtheilung angelegt werden darf, als bei anderen Rechtsgeschäften. Daß aber auch die Aufnahme eines Darlehens gegen Bestellung eines Hauptpfandes das Vermögen zum Nachtheile des bereits vorhandenen Gläubigers verringert, bedarf weiter keines Nachweises, zumal für diejenigen Rechtsgebiete, wo dem Hauptpfandgläubiger im Concurse das Recht der ausschließlichen Befriedigung aus dem Pfandobjecte eingeräumt wird. Das von dem Cridar mit dem Beklagten abgeschlossene Darlehens- und Verpfändungsgeschäft ist daher, auch wenn Beklagter die Hingabe eines Darlehens von 400 Rbl. beweisen sollte, zur Anfechtung durch die Paulianische Klage wohl geeignet, und würde es in noch höherem Maaß sein, falls Beklagter ein Darlehen von diesem Betrage nicht in Erweis setzen sollte, weil alsdann nicht nur eine Vermögensverminderung zum Nachtheile anderer Gläubiger außer Zweifel sein, sondern auch Grund für die Vermuthung vorliegen würde, daß dieselbe mit Vorwissen beider Contrahenten vorgenommen worden ist.

Ad 2. In Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht fordern auch die beiden neuesten Schriften über die Paulianische Klage (Schönemann, die Paulianische Klage 1873, S. 36 bis 38. Hasenbalg, zur Lehre von der actio Pauliana 1874, Seite 39—46) nicht, daß der veräußernde Schuldner gerade den Zweck verfolgt haben müsse, durch das eingegangene Geschäft seine Gläubiger zu benachtheiligen, damit das Geschäft angefochten werden könne, sondern erklären es schon für genügend, wenn ihm das Bewußtsein beigemohnt hat, daß die vorgenommene Veräußerung den Gläubigern zum Nachtheile gereichen müsse.

Im Fragefalle ist übrigens nicht bloß dieses Bewußtsein, sondern wohl selbst die Absicht des Cridars durch die Uebergabe des streitigen Antheilscheines an den Beklagten, denselben seinen Gläubigern zu entziehen, außer Zweifel gestellt. Denn nicht bloß hatte der Cridar sich damals bereits selbst für insolvent erklärt und die Einsetzung einer Vermögensadministration veranlaßt, sondern er konnte auch nicht im mindesten darüber schwan- kend sein, daß die Uebergabe eines Werthobjectes, welches er selbst unter die Activa seines Status aufgenommen hatte, an den Beklagten, um damit dessen neu contrahirte Forderung zu decken, nothwendig seinen älteren rechnungsmäßigen Gläubiger in ihrer Befriedigung verkürzen müsse. Berücksichtigt man jedoch noch, daß der Cridar, wiewohl der Betrag des Antheilscheines offenbar ein höherer war, als der seiner Schuld an den Beklagten, in seinem bei der Concursanmeldung eingereichten Supplement, der stattgehabten Verpfändung des Antheilscheines gar nicht erwähnte, sondern ihn statt dessen als mit 500 Rbl. bereits bezahlt aufführte, so bleibt nichts anderes übrig, als die Annahme, daß er geflißentlich dieses Werthobject aus der Activ- masse bei Seite schaffen wollte, und da die soeben erwähnten Umstände bereits actenmäßig sind, so bedarf es auch einer Be- weisführung hinsichtlich ihrer nicht mehr.

Ad 3. Beklagter meint, zur Begründung der Paulianischen Klage gehöre die betrügerische Absicht auf beiden Seiten. Das ist insofern nicht richtig, als die Quellen (l. 1 pr., l. 6 § 8, l. 25 pr. Dig. 42, 8) einzig die Wissenschaft desjenigen, welcher für eine Gegenleistung etwas von dem insolventen Schuldner erworben hat, um dessen bössliche Absicht, als Voraussetzung der Anfechtbarkeit der Veräußerung nennen, nicht aber einen selbst- ständigen dolus in seiner Person (Frankle, im Archiv für civilist. Praxis, Band XVI S. 126. Hagenbalg, l. c. S. 73 bis 76). Demnach ist ein Anspruch gegen ihn nicht begründet, wenn der Schuldner bona fide handelte, wiewohl jener eine fraudulente Absicht hegte, und er ist umgekehrt gegeben, so- bald der Schuldner in der erklärten Annahme seiner Insolvenz und um die Gläubiger zu benachtheiligen, contrahirte, sei es auch, daß der Dritte ihn nicht für insolvent hielt. Auf der anderen Seite kann man jedoch in gewissem Sinne allerdings sagen, daß das Erforderniß des dolus auf Seiten des Empfängers

von wesentlich anderer Art, „intensiver“ sei, als auf Seiten des Schuldners. Während man nämlich bei diesem regelmäßig schon dann auf eine fraudulente Absicht zu schließen berechtigt ist, wenn er seine Insolvenz gekannt und gleichwohl Veräußerungen vorgenommen hat, welche ersichtlich sein Vermögen zum Nachtheile seiner Gläubiger verringern, ist nach unzweideutigen Quellenaussprüchen noch keine *conscientia fraudis* im deswillen anzunehmen, weil der Mitcontrahent weiß, daß der Schuldner zahlungsunfähig ist, oder sich doch durch die Vornahme der Veräußerung zahlungsunfähig macht (l. 10 §§ 2 u. 4 Dig. tit. cit. Vgl. Schönemann, l. c. S. 41). Die Annahme einer Mitwissenschaft des Empfängers um die rechtswidrige Willensbestimmung des Schuldners erscheint vielmehr durch die Kenntniß besonderer Thatsachen bedingt, welche die Folgerung rechtfertigen, daß Ersterer die fraudulente Handlungsweise des Letzteren gebilligt oder mindestens erkannt hat. Dagegen ist es nicht nothwendig, daß diese Thatsachen schon in der Klage angeführt werden, sondern es ist hier die Behauptung, daß der Beklagte um die fraudulente Absicht des Schuldners gewußt habe, genügend, während die Constatirung der concludenten Thatsachen um so mehr dem Beweisverfahren überlassen werden kann, als die Art und Weise der beklagtiſchen Vertheidigung selbst einen Anhalt für das fragliche Bewußtsein zu bieten vermag. Aus diesem Grunde kann der Ansicht des Beklagten, daß die Klage der thatſächlichen Substantirung entbehre, nicht beigeppflichtet und folgerecht seine Protestation gegen die Bitte des Klägers um Nachgabel des Beweises nicht für motivirt erachtet werden.“

623. Inwiefern ist der Concurſcurator zur Erhebung der Paulianischen Klage legitimirt?

Der Curator der Concurſmaſſe ſocht eine von dem Bruder des Creditors zur Concurſmaſſe angemeldete ingroſſirte Obligation mit der Paulianischen Klage wegen des darin conſtituirten Pfandrechtes an und beantragte, dem Liquidanten das von dieſem beanspruchte Pfandrecht abzuſprechen.

Das Vogteigericht erkannte darauf am 25. Juni 1876 sub No. 99 rechtskräftig, wie folgt:

„Zwar ist im Allgemeinen anzuerkennen, daß der Concurscurator nach hiesigem Concursproceß berechtigt ist, auch die vom Cridar ausdrücklich anerkannten Forderungen durch die Paulianische Klage anzufechten der Ansicht des Beklagten, als existire letzteres Rechtsmittel im provinziellen Rechte nicht, weil es im codificirten Gesetzbuch nicht ausdrücklich erwähnt sei — dieser Ansicht kann nicht beigegeben werden. Die Paulianische Klage gehört allerdings ihrem Gegenstande nach dem Gebiete des Privatrechts an und wird demgemäß von den Theoretikern regelmäßig im System des Privatrechts abgehandelt. Der enge Zusammenhang dieser Klage mit dem Concursrecht liegt aber am Tage und daraus, daß der dritte Band des Provinzialrechts, welcher alle mit dem Concursrecht zusammenhängenden Bestimmungen in die zu erwartende „Concursordnung“ verweist (die keineswegs nur processualische Bestimmungen zu enthalten braucht) — der *actio Pauliana* keinen ausdrücklichen Artikel gewidmet hat, hieraus allein kann um so weniger etwas gegen die Anwendbarkeit dieser Klage im hiesigen Rechtsgebiet gefolgert werden, als die derselben gemeinrechtlich zu Grunde liegende Gesetzesstelle: l. 1 Digest. XLII, 8 quae in fraudem creditorum nicht nur unter den Belegstellen unseres Gesetzbuchs figurirt, sondern ausdrücklich im Art. 116 für den analogen Fall der Schenkung unter Ehegatten zur Hintergehung der Gläubiger — Aufnahme in den Text gefunden hat. Die städtische Gerichtspraxis beider Instanzen hat sich demgemäß auch vor, wie nach der Emanation des dritten Bandes des Provinzialrechts unbedenklich für die Zulassung der Klage ausgesprochen. (Vgl. oben Band I, Seite 227, 360. Band II, Seite 194). Die Paulianische Klage hat zum Zweck, eine von dem Cridar in fraudulöser Absicht zur Schädigung eines oder mehrerer seiner Gläubiger vorgenommene Vermögensminderung wieder aufzuheben. Diese Vermögensminderung kann in Vermögensveräußerung ebenso, als in einer Belastung mit dinglichen Rechten bestehen. Letzterer Fall trifft hier zu: Kläger will durch die Klage die Ungiltigkeitserklärung der dem Beklagten für seine Obligationenforderungen von 13,000 und 4000 Rbl. vom Cridar bestellten Pfandrechte erreichen.

Beklagter ist im Recht, wenn er dem Kläger die Activlegitimation zu solcher Klage bestreitet. Bereits das prä-

torische Edict giebt das Recht zur Erhebung der Paulianischen Klage nicht nur dem curator bonorum, sondern nach Umständen auch „ei cui de ea re actionem dare oportebit“ (l. 1 pr. Dig. XLII, 8). Nun hat aber der Concurscurator nach hiesigem Recht sowohl als Massecurator, wie als Contradictor immer nur die Vertretung der Gläubigerschaft als Ganzes, resp. des Vermögens der Concursmasse, sei es nun nach außen hin z. B. durch Beitreibung von Forderungen, oder gegen einen einzelnen Gläubiger (im Liquidationsproceß). Der Prioritätsproceß dagegen ist Sache der einzelnen um die bevorzugte Befriedigung streitenden Gläubiger und tangirt die Masse nicht, weil das Resultat desselben nicht eine Mehrung oder Minderung des Concursvermögens sein kann. In dieser Beziehung steht der vorliegende Rechtsstreit einem Prioritätsproceß gleich, denn nachdem die Rechtsbeständigkeit der beiden Obligationen, wie oben entwickelt wurde, als feststehend zu gelten hat, kann die Ungiltigkeitserklärung der den bezüglichen Forderungsrechten anhängenden Pfandrechte nur für die gegenwärtig dem Beklagten B. nachstehenden etwaigen hypothekarischen Gläubiger resp. unter Umständen für die chirographarischen Gläubiger von Werth sein; die im Rechte dem Beklagten vorgehenden hypothekarischen Gläubiger sind an dem Ausgange des Processes ebensowenig interessirt, wie die Concursmasse selbst. Die Paulianische Klage wegen der dem Beklagten eingeräumten Hypotheken stand hiernach nur den betreffenden, durch die fragliche Pfandbestellung beeinträchtigten Creditoren zu. Der Curator aber hat durch Anstellung derselben die ihm zustehenden processualischen Befugnisse überschritten und war daher unter Bestätigung der vom Beklagten vorgeschützten Einrede der mangelnden activen Sachlegitimation mit der Klage zurückzuweisen.“

624. a) Statthastigkeit und Begründung der Paulianischen Klage wegen Constituirung eines Pfandrechtes durch den insolventen Schuldner gegenüber dem Blanco-Cessionar.

b) Verjährungsfrist bei der actio Pauliana.

„Was die beklagterseits in Frage gestellte principielle Anwendbarkeit der Paulianischen Klage auf einheimischem Rechts=

gebiete anlangt, so kann aus dem Mangel ihres Vorkommens in der Codification des baltischen Privatrechts kein Schluß auf ihre gegenwärtige Unzulässigkeit gezogen werden. Es mag zugegeben werden, daß die einschlägige Materie — insofern man auf den dolus der contrahirenden Personen das Hauptgewicht legt — dem System des Privatrechts eingefügt werden kann, und solches ist beispielsweise im Königreich Sachsen geschehen, wie aus den §§ 1509—1518 des dortigen bürgerlichen Gesetzbuches zu ersehen ist. Es darf aber andererseits nicht verkannt werden, daß die Darlegung der Befugniß der Concursgläubiger zur Anfechtung der zum Zweck ihrer Benachtheiligung vorgenommenen Rechtshandlungen aus einer Concursordnung, die den Weg zur vollständigen Ermittlung und Realisirung des creditarischen Vermögens, sowie zur rechtmäßigen Vertheilung der Masse weisen soll, nicht ausgeschlossen werden kann. Demgemäß hat beispielsweise die preußische Concursordnung (§ 99 ff.)*), sowie der von der baltischen Central-Justizcommission im Jahre 1866 ausgearbeitete Entwurf einer Concursordnung (Tit. I Hauptstück XI), welcher jedenfalls als der Ausdruck einheimischer Doctrin anzusehen ist, die Grundsätze über die actio Pauliana aufgenommen und dem Concursrechte vindicirt. Wenn ferner die Gerichtspraxis auch nach Emanirung des baltischen Privatrechts sich für Aufrechthaltung der actio Pauliana entschieden hat (cf. Erkenntniß des Riga'schen Vogteigerichts d. d. 13. Februar 1870, No. 15), so hat auch sie zu erkennen gegeben, daß dieses Rechtsmittel dem Concursrechte angehöre. Beim Mangel einschlägiger provincieller Gesetzbestimmungen ist daher in Anleitung der Riga'schen Stadtrechte Buch II Cap. 4 die actio Pauliana auf Grund gemeinrechtlicher Normen (D. quae in fraudem cred. XLII, 8) nach wie vor zuzulassen und zu beurtheilen. Hiernach

*) Im Anschlusse an sie enthält auch die Concursordnung für das deutsche Reich im Titel 3 §§ 22—34 Vorschriften über die „Anfechtung“. Dagegen sagt die österreichische Concursordnung von 1868 § 24: „Inwiefern die von dem Gemeinschuldner vor der Concursöffnung zum Nachtheile der Gläubiger unternommenen Rechtshandlungen wegen eines derselben zu Grunde liegenden hinterlistigen Einverständnisses als ungiltig angefochten oder Geschenke wegen Verkürzung der Gläubiger zurückgefordert werden können, ist nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts zu beurtheilen,“ was um so auffallender ist, als das bürgerliche Gesetzbuch nur einer Anfechtung von Schenkungen durch die Gläubiger erwähnt (§ 953).

muß für die in Rede stehende Klage als Regel festgehalten werden, daß der Schuldner die Veräußerung in der Absicht, seine übrigen Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat. Was das Verhalten dagegen des Erwerbers anlangt, so ist bei der hier speciell in Frage kommenden Pfandbestellung der Fall, in welchem die Erwerbung eine lucrative war, in welchem namentlich für eine alte, bisher nicht besicherte Forderung nachträglich ein Pfand eingeräumt worden, von demjenigen, in welchem sie entgeltlich geschah, zu unterscheiden. Im ersten Falle unterliegt nach der singulären Bestimmung in l. 6 § 11 D. XLII, 8 die Pfandbestellung der Aufhebung mittelst der Paulianischen Klage, ohne daß es auf die Kenntniß des Erwerbers von der betrügerischen Absicht des Schuldners ankommt*); aber auch nur in diesem Falle haftet der Empfänger den benachtheiligten Gläubigern, so weit er bereichert worden. In dem anderen Falle dagegen bildet auf Grund der allgemeinen Bestimmungen über die *actio Pauliana* (l. 1 pr. D. h. t.) das Moment der Mitwissenschaft auf Seiten des Pfandnehmers die Voraussetzung der Klage. Nach Ansicht des erkennenden Gerichts unterliegt der zweite Fall im vorliegenden Prozesse der richterlichen Entscheidung. Denn die in der vom Cridar dem Darleiher ausgestellten Schuld- und Pfandverschreibung, die beide gleichzeitig stattgehabt**), ausbedungene Vergünstigung, erst nach halbjähriger Kündigungsfrist das Darlehen zurückzahlen zu dürfen, ist als Gegenleistung für das eingeräumte Pfandrecht anzusehen.

Wenn nun Kläger in seiner Klage hervorgehoben hat, daß die fragliche Pfandbestellung zu einer Zeit vom Cridar vorgenommen sei, als er schon in materieller Insolvenz sich befinden, ferner, daß der Pfandnehmer von dieser Insolvenz Kenntniß gehabt habe, wenn er endlich ausdrücklich die Verpfändung als eine in *fraudem creditorum* stattgehabte bezeichnet hat, unter einer *alienatio in fraudem creditorum facta* aber nur die

*) Dafür außer den Band II, S. 194 in der Note Angeführten auch Hasenbaltg, zur Lehre von der *actio Pauliana*, S. 84—93. Dagegen verweist lediglich auf concrete Prüfung im einzelnen Falle Schönemann, die Paulianische Klage, S. 28—32.

***) Es handelte sich also um eine Pfandbestellung für eine *neue* constituirte, nicht für eine bereits bestehende Schuld. Vgl. darüber No. 622.

mitteltst der Paulianischen Klage anfechtbare Veräußerung verstanden werden kann, so kann der Einwand des Beklagten, daß die angestellte Klage nicht genügend substantiirt worden, für stichhaltig nicht erachtet werden, zumal es in Anbetracht der vom Cridar selbst angezeigten Insolvenz auf die Darlegung des objectiven Thatbestandes, daß chirographarische Gläubiger aus der cridarischen Vermögensmasse keine oder nicht volle Deckung erhalten werden, vielmehr in Folge des dem fraglichen Darleiher eingeräumten Pfandrechts verkürzt werden, nicht weiter ankam. Es muß daher dem Kläger gestattet sein, die thatsächlichen Voraussetzungen der Paulianischen Klage, die vom Beklagten bestritten worden, in Erweis zu stellen, zumal die übrigen, beklagterseits vorgeschützten Einreden der rechtlichen Begründung entbehren. Anlangend nämlich zunächst den Einwand des Beklagten, daß die Paulianische Klage ihm, als aus einem Inhaberpapier Berechtigten, gegenüber auf Grund des Art. 3125 des 3. Theils des Prov.-Rechts ausgeschlossen sei, so hat die beklagtiſche Theorie von der angeblichen Umwandlung der mit einer Blanco-Cession versehenen Rectapapiere in Inhaberpapiere, nach welcher es in der Willkür des Gläubigers läge, dem Schuldner die ihm durch die Ausstellung eines Rectapapiers gewährleisteten Rechte zu rauben, ihre Widerlegung bereits in dem ersten Abschnitte dieser Entscheidungsgründe [siehe No. 562] gefunden, so daß auf denselben hier lediglich verwiesen werden mag. In demselben Abschnitte ist ferner anerkannt worden, daß die unwidersprochen gebliebene öffentliche Aufschreibung der Hypothek den Pfandnehmer nur gegen die Concurrenz anderer Pfandgläubiger, nicht aber auch gegen die Mangelhaftigkeit des Pfandrechts sicherstellt. Es kann daher der aus dem mangelnden Proteste wider die öffentliche Aufschreibung hergeleitete Einwand des Beklagten gegen die *actio Pauliana*, welche auf Aufhebung von Rechtsgeschäften, die beim Mangel des *dolus* der Contrahenten vollkommen gültig wären, gerichtet ist, ebensowenig, als wider die *querela non numeratae pecuniae* erhoben werden.

Wenn ferner Beklagter mit Hinweis auf l. 9 D. h. t. geltend gemacht, daß ihm gegenüber, als redlichem Singularsuccessor des ersten Erwerbers die *actio Pauliana* unstatthaft sei, so muß dagegen bemerkt werden, daß die angeführte Gesetzes-

stelle vom Sachenverkauf handelt und nur den Käufer guten Glaubens für die Arglist des Verkäufers nicht verantwortlich macht. Der Sachenverkauf kann mit einer Forderungscession, aus welcher Beklagter seine Rechte herleitet, nicht identificirt werden. Der gutgläubige Käufer, welcher an der gekauften Sache vollkommenes Eigenthum hatte erwerben können, weil der Cridar sie zu einer Zeit, als ihm noch Dispositionsbefugnisse zustanden, seinem Autor verkauft hatte, hält sein Eigenthum aus eigenem Rechte aufrecht, während der Cessionar, der nach Art. 3476 a. a. D. nicht mehr und keine größeren Rechte erwerben konnte, als der Cedent hatte, nur das Recht seines Autors vertritt. Die in dieser Beziehung zwischen Cedent und Cessionar herrschende Personeneinheit läßt daher eine analoge Anwendung der l. 9 D. h. t. auf cedirte Forderungsrechte, deren Schicksal das Pfandrecht, als Accessorium, theilen muß, nicht zu; es muß vielmehr der Cessionar die Einreden aus der Person seines bösgläubigen Cedenten nach Art. 3489 a. a. D. sich gefallen lassen.

Was endlich die gegen die Klage vorgeschützte Einrede der Verjährung anlangt, so ist allerdings nach l. 1 und l. 6 § 14 D. h. t. zuzugeben, daß für die Paulianische Klage die Verjährungsfrist eine einjährige ist. Die angezogenen Gesetzesstellen bezeichnen jedoch diese Frist als ein tempus utile und lassen den Beginn derselben in dem Momente, wo man zu klagen im Stande ist, eintreten. In der Regel wird für die Concursgläubiger dieser Moment erst eintreten, wenn sie durch Einsichtnahme in den Classificationsplan von den angemeldeten Forderungen Kenntniß erhalten*). Im vorliegenden Falle, wo die Paulianische Klage sogar vor Aufmachung eines Classificationsplans angestellt worden, ist zwar der Anfangspunkt der Verjährungsfrist vorauszusetzen, weil nach Ausweis der Acten der klagende Curator bereits am 24. October 1874 durch einen Antrag des Riga'schen Comptoirs der Reichsbank von der Anfechtbarkeit der hier in Frage kommenden Forderung des Beklagten Wissenschaft erhalten hat; keineswegs kann aber ohne weiteres der beklaglichen Ansicht beigeplichtet werden, daß die Verjährungsfrist vom Tage der Verpfändung, oder von dem der öffentlichen Aufschreibung, oder endlich von der Er-

*) Vgl. Seuffert's Archiv XIX, 290. XXV, 96. XXVIII, 271.

öffnung des Concurſes ab zu rechnen ſei, weil keine dieſer Rechts- handlungen mit Sicherheit auf die Abſicht des Pfandgläubigers ſchließen laſſen, ſeine Forderung, die ſogar mittlerweile getilgt worden ſein konnte, im Concurſe zu liquidiren. Da nun weder vom Tage der Anmeldung, dem 1. Juli 1874, wo es erſt gewiß wurde, daß die fragliche Pfandforderung für die übrigen Concurſ- gläubiger von Erheblichkeit ſei, noch vom Tage der Kenntniß- nahme dieſes Umſtandes durch den Concurſcurator (dem 24. Oc- tober 1874) bis zur Anſtellung der Paulianiſchen Klage, die am 17. December 1874 erfolgte, die Friſt von einem Jahre ver- floſſen war, ſo darf auch im vorliegenden Falle eine Klagenver- jäh rung nicht angenommen werden.“ (Rechtskräftiges Beweis- interlocut des Vogteigerichts vom 18. September 1875, No. 140).

VI.

Processualische Fragen.

625. Statthaftigkeit einer Klage auf Anerkennung der Nichtexistenz eines Rechts (Vgl. No. 524).

„Die Klage ist auf Feststellung dessen gerichtet, daß die Verträge, durch welche die Beklagte den Eigenthumserwerb an dem fraglichen Hause vorbereitet und alsdann in's Werk gesetzt hat, der rechtlichen Grundlage entbehren, weil es überhaupt nicht in der Absicht der hierbei Betheiligten gelegen habe, ein Rechtsgeschäft mit einander abzuschließen. [Es war behauptet worden, der Verkauf und der Auftrag des streitigen Hauses auf den Namen der Beklagten sei von deren verstorbenem Vater nur zum Schein vorgenommen worden, um das Haus der Execution seitens seiner Gläubiger zu entziehen]. Die Kläger treten als Rechtsnachfolger des Pfandschuldners und Veräußerers auf und beanspruchen nicht etwa eine Erbtheilung — eine solche nehmen sie nur in Aussicht — sondern zunächst ihre Befreiung von den nachtheiligen Wirkungen jener Scheinverträge, wie solches auch der Erblasser der Kläger hätte fordern können. Diesen Erfolg wollen sie dadurch erreichen, daß sie der richterlichen Entscheidung die Frage über die Rechtsbeständigkeit der Contracte, aus denen die Beklagte ihr Recht herleitet, unterbreiten. Statt den Weg der Provocation zu beschreiten, übernehmen die Kläger selbst die Rolle des angreifenden Theiles. Etwas Unzulässiges liegt nicht darin*). Da Klagen auf Anerkennung bestehender

*) Nach Lage der Sache war die angestellte Klage wohl die einzig mögliche, da eine Provocation zur Klage gegen den vorgeblichen Eigenthümer, der sich selbst im Besitze der streitigen Sache befindet, überhaupt nicht statthaft ist.

Rechtsverhältnisse für statthaft angesehen werden*), so nöthigt die Gleichheit des Grundes auch zu einer Zulassung von Klagen, welche die rechtliche Nichtexistenz bestehender Verhältnisse zur Voraussetzung und die Ungiltigkeitserklärung gewisser, in die Form von Verträgen gekleideter Acte zum Gegenstande haben. Es erweist sich somit die erhobene Klage als an sich begründet.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines Bescheides der II. Section des Landvogteigerichts vom 28. März 1875, No. 52).

626. Abermalige Geltendmachung einer bereits (als unerwiesen) rechtskräftig verworfenen Zahlungseinrede.

„Appellanten berufen sich darauf, daß die rechtskräftige Verwerfung der Zahlungseinrede einer abermaligen Geltendmachung derselben nicht entgegenstehe, weil die genannte Einrede nur als „beweislos“ geblieben verworfen worden sei und daher in einem neuen Prozesse durch neue Beweismittel dargethan werden könne, weil die Rechtskraft (der Entscheidungsgründe) sich nur auf die richterliche Entscheidung der im Prozesse zur Sprache gebrachten Rechte und Rechtsverhältnisse erstrecke, nicht aber auf die richterliche Fürwahr- und Nichtfürwahr-Annahme der jenen Rechtsverhältnissen zu Grunde liegenden einzelnen Thatfachen**). Es mögen nun immerhin dieselben Thatfachen, aus denen Rechte und Rechtsverhältnisse abzuleiten versucht worden sind, wenn sie in einem früheren Prozesse beweislos geblieben sind, in einem neuen Prozesse angeführt und zum Beweise gestellt werden dürfen, um aus denselben nunmehr andere Rechte und Rechtsverhältnisse abzuleiten. Hier handelt es sich aber nicht um solche, sondern um eine und dieselbe behauptete Erfüllung des Contracts. Indem aber Appellanten dieselbe schon einmal behauptet haben und mit derselben wegen mangelnden Beweises rechtskräftig zurückgewiesen sind, steht den Appellanten die *replica rei judicatae* entgegen, durch welche sie von der Wiederholung derselben Einrede und der abermaligen

*) Bgl. Seite 73 und 74 dieses Bandes.

***) Bgl. Band III, S. 464. Seuffert's Archiv XXXI, No. 73.

Beweisführung hinsichtlich derselben ausgeschlossen sind.“ (Aus den Motiven eines Appellations = Erkenntnisses des Riga'schen Rathes vom 24. October 1875, No. 7004).

626a. Replica rei judicatae gestützt auf ein Erkenntniß, in welchem die thatsächliche Grundlage der Replik für erwiesen erachtet worden.

S. hatte mit R. einen Vertrag geschlossen, in welchem er bis zum 1. November 1870 für letzteren 1,500,000 Ziegel zu streichen und zu brennen übernahm und sich zugleich zur Zahlung einer Conventionalpön von 1000 Rbl. verpflichtete, falls die vertragsmäßige Quantität bis zum 1. November nicht fertig gestellt sein würde. Außerdem war vereinbart, daß S. den Kaufpreis für dem R. früher verkaufte 22,000 Ziegel erst nach vollständiger Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus dem Bindungsvertrage zu erhalten habe. Als die Ziegel zum 1. November 1870 nicht vollzählig geliefert waren, erhob R. wider den S. Klage auf Zahlung der Conventionalpön, wurde aber mit derselben rechtskräftig abgewiesen, weil er den S. durch Nichtbeschaffung der erforderlichen Bretter an der Erfüllung des Bindungsvertrages selbst gehindert habe. Nunmehr klagte S. wider R. auf Bezahlung des Kaufpreisrestes für die dem R. verkauften 22,000 Ziegel und begegnete der von R. vorgeschützten Einrede des nicht erfüllten Vertrages mit der Replik, es sei bereits entschieden, daß Beklagter den Kläger selbst an der Vertragserfüllung gehindert habe.

Dieses Vorbringen fand in dem rechtskräftigen Bescheide des Wettgerichts vom 12. Juni 1875, No. 459, folgende Beurtheilung:

„Durch das klägerischerseits bezogene Appellationsurtheil ist lediglich der Anspruch des Beklagten R. auf die Conventionalpön zurückgewiesen worden, weil er durch die seinerseits versäumte Stellung von Brettern den Kläger S. an der rechtzeitigen Herstellung der 1,500,000 Ziegel gehindert habe. Nur über die Forderung auf die Conventionalpön ist also rechtskräftig entschieden, keineswegs aber schlechthin darüber, daß Beklagter überhaupt den Kläger an der Erfüllung des Vertrages gehindert hat. Mit Recht bemerkt aber Beklagter, daß, wenn

auch die Nichtlieferung der Ziegel zum 1. November 1870 dem Kläger nicht zugerechnet werden könne, daraus noch nicht folge, daß er von der Erfüllung des Vertrages überhaupt befreit sei. Dieser Umstand, m. a. W. das Erlöschen der gesammten klägerischen Verbindlichkeit durch vom Beklagten verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung, ist in dem Prozesse über die Conventionalpön gar nicht Gegenstand des Streites gewesen, hat also schon deshalb ebensowenig in dem jenen Proceß erledigenden Appellationsurtheil entschieden werden können, als er thatsächlich darin entschieden worden ist. Da aber der Begriff der Rechtskraft nach der richtigen Ansicht nur auf Rechtsansprüche sich bezieht, nicht auf die richterliche Fürwahr=Annahme oder Nichtfürwahr=Annahme einzelner Thatsachen, welche dem Anspruche zur Grundlage dienen, so ist für den gegenwärtigen Rechtsstreit, wo ein von der Conventionalpön auch hinsichtlich der thatsächlichen Grundlage ganz verschiedener Anspruch in Frage steht, eine „Rechtskraft“ darüber, wer die Vertragserfüllung bis zum 1. November 1870 unterlassen hat, gar nicht vorhanden, sondern dieser Umstand ist von neuem in Erweis zu setzen, sei es auch mit Benutzung der bereits actenmäßigen Beweismittel.“

627. Nachträgliche Geltendmachung einer verjähnten Einrede im Wege einer selbständigen Klage.

Der Obsthändler H. hatte den Kaufmann F. wegen Bezahlung des Kaufpreises für verschiedenes ihm geliefertes Obst belangt und ein Erkenntniß erwirkt, in welchem eine von F. vorgeschützte Einrede wegen mangelnder Substantiirung verworfen und dessen Verpflichtung zur Bezahlung von 211 Thlr. 18 Sgr. ausgesprochen wurde. F. deponirte hierauf den ihm aberkannten Betrag zu Gericht, erwirkte einen Arrest darauf und erhob eine Widerklage, welche auf Rückerstattung desjenigen, was er über 40 Rbl. an H. gezahlt habe, gerichtet war.

Zu Betreff der diesem Anspruche von H. opponirten *exceptio rei judicatae* erkannte das Wettgericht am 10. Februar 1876 sub No. 88 wie folgt:

„Die Klage enthält augenscheinlich nichts anderes, als eine Wiederholung der vom Kläger bereits in dem Vorprocesse vorgebrachten, aber verworfenen Einrede, daß H. zufolge des unter den Parteien angeblich geschlossenen Vertrages für die dem

Kläger F. verkauften 38 Körbe Birnen und 45 Körbe Pflaumen, statt der seinerseits geforderten 204 Thlr. blos 40 Rbl. verlangen dürfe. Freilich hat Kläger die thatsächliche Grundlage seiner Einrede insofern verändert, daß er an Stelle seines früheren unklaren Vorbringens jetzt die bestimmte Behauptung aufgestellt hat, es sei vereinbart worden, daß im Falle der Verletzung des behaupteten Nebenvertrages durch H. dieser nur so viel von F. solle für die gelieferte Waare fordern dürfen, als der für seine Gefahr und Rechnung stattfindende Verkauf derselben ergebe. Aber diese Veränderung der thatsächlichen Begründung der Einrede schließt die Geltendmachung der *exceptio rei judicatae* nicht aus. Denn ausweislich der Entscheidungsgründe des Erkenntnisses vom 7. August v. J., No. 594, ist das damalige thatsächliche Vorbringen F.'s für irrelevant erachtet und seine Einrede deshalb verworfen worden. Sofern er nun eine neue thatsächliche Begründung des nach wie vor auf denselben Gegenstand gerichteten Anspruches geltend machen will, bringt er eine in dem Vorproceße versäumte Einrede vor, die mit der Kaufpreisforderung des H., welche sie zu kürzen bezweckt, in ihrem factischen Grunde unzertrennlich zusammenhängt. Der Berücksichtigung dieser steht aber der Rechtsatz entgegen, daß diejenigen Einreden, welche das Klagefundament selbst betreffen und ihre Wirksamkeit eben nur gegen diese Klage äußern, wenn sie nicht rechtzeitig vorgeschützt worden, gänzlich verloren gehen und auch in der Form einer selbständigen Klage nicht mehr geltend gemacht werden dürfen (Langenn und Kori, Erörterungen prakt. Rechtsfragen, Th. I, 2. Aufl. S. 176 und 177. Schmid, Handbuch, II. § 101 Note 10. Bayer, Vorträge, § 198. Seuffert's Archiv V, No. 236), weil eben in diesem Falle die bereits rechtskräftig entschiedene *quaestio*, ob dem Kläger der zur Klage gebrachte Rechtsanspruch gegen den Beklagten zustehe, abermals zum Gegenstande des Streites gemacht werden würde, was den Grundsätzen über die *res judicata* widerspricht (l. 3, l. 7 § 1 und 4, l. 19 Dig. 44, 2).

Die vom Beklagten geltend gemachte Einrede der entchiedenen Sache war deshalb zu bestätigen.“

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

628. Actio judicati aus dem Contumacialerkenntniße eines ausländischen Gerichts.

„In Uebereinstimmung mit der Ansicht der neueren Processualisten ist auch von den hiesigen Gerichten die allgemeine Zulässigkeit der actio judicati namentlich auch auf Grund rechtskräftiger im Auslande ergangener Urtheile anerkannt worden. (Band I, No. 169). Der mit der actio judicati verfolgte Anspruch entspringt aus der obligatio judicati, welche, da die processualische Consumtion des älteren römischen Rechts heutzutage weggefallen ist, accessorisch zum ursprünglich klagend verfolgten Anspruch hinzutritt und materiell, nach Inhalt und Gegenstand mit diesem zusammenfällt. (Vgl. Querelbecheid des Raths vom 18. Februar 1870, No. 1268). Die obligatio judicati wird begründet durch die Litiscontestatio, ist suspensiv bedingt bis zum Endurtheil und wird durch dieses definitiv anerkannt.

Hieraus ergibt sich, worauf die richterliche Prüfung zu erstrecken ist, wenn es sich um die Zurechtbeständigkeit einer obligatio judicati handelt; denn daß diese, wie jede andere zur Klage gebrachte Obligation in Rücksicht auf ihre rechtliche und thatfächliche Begründung der Entscheidung des angerufenen Richters unterliegt, kann nicht zweifelhaft sein.

Es wird nämlich zu untersuchen sein, ob eine Litiscontestatio stattgefunden hat, resp. stattfinden konnte und ob das Erkenntniß rechtskräftig geworden ist. Die Frage nach der Rechtskraft des Erkenntnisses umfaßt einerseits die Feststellung dessen, daß die Devolution der entschiedenen Streitfache an ein übergeordnetes Gericht ausgeschlossen ist, und andererseits, daß keine die Rechtskraft überhaupt hindernde Nichtigkeit des Verfahrens vorliegt. In beiden Beziehungen wird nach der Natur der Sache die Klage durch Weibringung einer gehörig beglaubigten Urtheilsausfertigung genügend substantiirt erscheinen und für den erkennenden Richter genügt es — wosfern nicht specielle Einwürfe der Parteien vorliegen — wenn aus der Urtheilsausfertigung, resp. dem Attestat über die Unzulässigkeit von Rechtsmitteln keine gesetzlichen Nichtigkeitsgründe zu entnehmen sind.

Die Frage, ob eine Litiscontestatio vorliege und vorliegen kann, ist — da meist eine Prorogation des Gerichtsstandes durch Willkür der Parteien stattfinden kann — identisch mit der Unter-

suchung über die Competenz des Gerichts, welches das zur Klage gestellte Erkenntniß erließ. Auch hierüber wird in den meisten Fällen die beglaubigte Urtheilsausfertigung genügende Bescheinigung erbringen, wenigstens überall da, wo sich aus der Geschichtserzählung in den Motiven ergibt, daß ein contradictorisches Verfahren stattgefunden hat. Anders aber ist es, wenn die *actio judicati* aus einem Contumacialerkenntniße erhoben wird*).

Die aus dem Contumacialurtheil entspringende *obligatio judicati* gründet sich nicht auf die wirklich stattgehabte, sondern auf die in Folge Ungehorsams des Beklagten zur Strafe fingirte Einlassung. Von einem Ungehorsam auf der einen Seite kann nur dann die Rede sein, wenn ihm auf der anderen Seite der Gerichtszwang gegenüber steht. Bekanntlich ist nun aber der Gerichtszwang, die objective Competenz des Gerichts, auf die geographische Grenze des Gerichtsprengels beschränkt und daraus folgt, daß der Zuländer, wenn er auf eine ihm im Inlande direct zugegangene Ladung eines ausländischen Gerichts zur Verhandlung nicht erscheint, noch keines Ungehorsams schuldig wird. Erst wenn das objectiv competente inländische Gericht auf Requisition des ausländischen Gerichtshofs durch Insinuation der von letzterem — mit Recht oder mit Unrecht — verfügten Vorladung an den geladenen Zuländer einen Befehl erläßt, erst dann tritt für diesen die Pflicht zum Gehorsam ein und erst, wenn dies constatirt ist, kann die Frage zur Erörterung kommen, ob der Geladene dadurch, daß er nicht erscheint und die *exceptio fori incompetentis* nicht erhebt, in jedem Falle sich rechtsgiltig dem Urtheilspruch des ladenden Gerichts unterworfen hat.

Klägerin ist daher durchaus im Irrthum, wenn sie in ihrer Satzschrift vom 21. Januar c. auf die Art, wie die Vorladung an die Beklagte insinuirt wurde, weiter keine Rücksicht nimmt und die Ansicht vertritt, Beklagte habe jedenfalls die Folgen des Ungehorsams auf sich genommen, weil sie zum anberaumten Einlassungstermin es unterließ, die Einrede des unzuständigen Gerichts vorzubringen. Es muß vielmehr anerkannt werden, daß die *actio judicati* gegen einen Zuländer auf Grund eines im Auslande gefällten Contumacialerkenntnisses überhaupt nur dann schlüssig erscheint, wenn gleichzeitig die formelle Legalität

*) Vgl. Entscheid. des D. O. G. XVII, S. 241—246.

der Vorladung behauptet, resp. bescheinigt ist und dazu würde gehören, daß der Befehl zum Erscheinen entweder direct durch das vorladende Gericht an den etwa zeitweilig in seinem Sprengel sich aufhaltenden Beklagten oder aber, wenn der Beklagte außerhalb des Gerichtsprengels lebte, durch das *forum domicilii* des Geladenen auf gehörige Requisition des auswärtigen Gerichtshofs insinuirt wurde.

Die vorstehenden Erwägungen reichen hin, um die Unrechtfertigkeit der von der Klägerin erhobenen *actio judicati* darzutun, denn weder kann das derselben zu Grunde gelegte Erkenntniß des Handelsgerichts in Antwerpen formell als rechtskräftig angesehen werden, noch auch ist durch eine wirkliche oder mit Recht fingirte *Litiscontestatio* die Competenz des Gerichts zur Aburtheilung über die in Riga domicilirende beklagte Handlung begründet worden.

Die bei der Klage übergebene Urtheilsausfertigung — welche sowohl im französischen Exemplar, wie im deutschen Translat genügend beglaubigt erscheint, da dem russischen Consul in Antwerpen wie dem hiesigen belgischen Consul die amtliche Befugniß zur Attestation resp. Uebersetzung nicht abgesprochen werden kann — beginnt mit einer Relation über die dem *Contumacialerkenntnisse* vorausgegangenen Verhandlungen. Die Kläger erklären durch das Vorladungsprotokoll vom 8. Juli 1871, daß sie von dem Vorladungsprotokoll vor das Handelsgericht d. d. 1. Juli 1871, welcher den Beklagten in der Wohnung der Herren van der St. & P. in Antwerpen notificirt sei, unter Verzicht auf die Kosten abstehen und an die Beklagten die Ladung ergehen lassen: „vor dem Handelsgerichtshof zu Antwerpen in dessen öffentlicher Sitzung am Dienstag den 25. Juli 1871 zwei Uhr Nachmittags zu erscheinen.“ Unter den Motiven des am 27. Juli 1871 vom Tribunal abgegebenen *Contumacialurtheils* findet sich dann weiter bemerkt, daß „die Vorgeladenen, obgleich gehörig benachrichtigt, nicht erschienen seien, noch Jemand für sie.“ Offenbar ist hieraus nicht zu entnehmen, daß die Ladung vom 8. Juli 1871 an die hiesige Handlung C. S. & Co. — ganz abgesehen davon, ob die anberaumte Frist nicht thatsächlich zu kurz bemessen war — überhaupt insinuirt worden ist, geschweige denn, daß die Insinuation durch das competente hiesige Gericht erfolgt ist. Nicht einmal darüber liefern die beigebrachten

Documente einen Nachweis, daß die Citation des Antwerpener Gerichts der Beklagten etwa schriftlich durch die Post übermittelt wurde. Angesichts dieser offenbaren Mängel wäre es Pflicht der klagenden Handlung gewesen, in der Klage nicht nur (wie sie gethan hat) zu behaupten, daß die Vorladung „förmlich geschehen“ sei, sondern auch anzuführen, in welcher Weise der für die Ladung vorgeschriebenen Form genügt sei: ob durch Requisition an das hiesige zuständige Gericht, oder durch Uebergabe an die damals etwa zufällig in Antwerpen anwesenden Beklagten, resp. einen legitimirten Vertreter derselben. Erscheint die Klage hiernach, schon wie sie angebracht ist, nicht genügend substantiirt, so hat andererseits der fernere Verlauf des Proceßes die Unrechtfertigkeit derselben erwiesen, denn die Klägerin hat den ausdrücklichen Einwand der Beklagten: ihr sei die Vorladung nicht durch das competente hiesige Gericht übermittelt worden, in ihrer Elisionschrift gar nicht weiter berührt und somit zugestanden. Statt dessen sucht Klägerin nachzuweisen, daß das Antwerpener Gericht zum Erlaß der peremptorischen Citation und, beim Ungehorsam der Beklagten, zur Contumacirung berechtigt war. Es handelt sich aber hier zunächst gar nicht um die Berechtigung des ausländischen Gerichts zur Decretirung der Vorladung, sondern um die Verpflichtung desselben, sein Vorladungsdecret auf die gehörige Weise insinuiren zu lassen. Muß nun für erwiesen gelten, daß die für Insinuationen an Ausländer vorgeschriebene Form: durch Requisition (welche nach übereinstimmender Ansicht sämmtlicher Proceßlehrer in derartigen Fällen unerläßlich ist — vgl. z. B. Renaud, pag. 417; Schmid, Bd. I pag. 285; Weßell, pag. 849; Bayer, pag. 424) vorliegenden Falls nicht stattgefunden hat, so kann von einem Ungehorsam der Vorgeladenen nicht die Rede sein. Die Fiction: die Beklagten hätten durch ungehorsames Nichterscheinen sich eingelassen und eine obligatio iudicati vor dem Antwerpener Handelsgerichte begründet, ist also unhaltbar und das auf diese Fiction basirte Contumacialerkenntniß erweist sich als nichtig.

Zum Ueberfluß mag hier noch erwähnt sein, daß das zur Klage gebrachte Urtheil auch formell noch nicht in Beziehung auf den Beklagten die Rechtskraft beschritten hat, denn es ist den Beklagten nicht gehörig publicirt, sondern nur, wie sich aus den der Klage beigegeführten amtlichen Actenstücken ergibt, unter der

Adresse der Beklagten in Antwerpen durch einen Gerichtsbeamten im Briefpost-Bureau „dem Beamten, welcher den recommandirten Beförderungen vorgezsetzt ist“ — übergeben worden. Auch hier ist der — von der Klägerin übrigens gleichfalls zugestandene — Mangel einer Infimiation durch das hiesige Gericht entscheidend dafür, daß die Publication des Erkenntnisses an die Beklagten nicht erfolgt ist, die Rechtskraft desselben mithin nicht eintreten konnte.

Wenngleich es nicht zweifelhaft ist, daß in Folge des völkerrechtlichen Schutzes, welchen wohlerworbene Rechte in allen gesitteten Staaten genießen, die aus einem rechtskräftigen Urtheil entspringende *actio iudicati* von der berechtigten Partei auch in einem fremden Lande realisirt werden kann*), so ist doch ebenso

*) Die Gesetzgebungen der einzelnen Staaten befolgen in dieser Beziehung verschiedene Grundsätze. In Frankreich werden die Art. 2123 und 2128 des *code civil* und Art. 546 des *code de procéd.* in der Praxis dahin ausgelegt, daß der im Auslande Verurtheilte eine nochmalige Aburtheilung der ganzen Sache durch die französischen Gerichte verlangen kann, sofern das Urtheil gegen ihn in Frankreich vollstreckt werden soll. (Delaporte, *pandectes françaises*, VII. p. 392. Levita, in *Schletter's Jahrbuch*, VIII. S. 279 und 280. Sirey-Gilbert, *Code Napoléon annoté*, art. 2123 no. 1. Supplément no. 10. v. Bar, *internationales Privat- und Strafrecht*, S. 466 Note 8 b). In der Theorie ist dieser Punkt übrigens neuerdings sehr streitig geworden, s. Mourlon, *répétitions écrites*, III. 1469 — 1471. Zachariae, *französisches Civilrecht*, I. § 32 Note 7. Boitard, *leçons de procédure civile*, 8^{me} ed. (1861) II. p. 177 — 180. Dagegen hat die italienische Civilproceßordnung den sonst mit dem französischen Art. 546 gleichlautenden Art. 559 durch die Art. 941 — 950 dahin vervollständigt, daß vorbehältlich der in den betreffenden Staatsverträgen getroffenen Bestimmungen, ausländische Erkenntnisse von den Appellhöfen für vollstreckbar erklärt werden, welche zu prüfen haben 1) ob das Erkenntniß von einem competenten Gericht gefällt und 2) nach gehöriger Vorladung der Parteien publicirt worden ist, 3) ob die Parteien gesetzlich vertreten gewesen oder gesetzlich contumacirt worden sind, 4) ob das Erkenntniß Dispositionen enthält, welche der öffentlichen Ordnung oder dem öffentlichen Rechte des italienischen Staates zuwiderlaufen. Nach der russischen Civilproceßordnung vom 20. November 1864 Art. 1273 — 81 ist die Klage auf Vollstreckung eines auswärtigen Erkenntnisses bei dem Bezirksgericht anzustellen, unter Beifügung einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen und von einer russischen Gesandtschaft oder einem russischen Consulat beglaubigten Ausfertigung. Art. 1279 bestimmt: „Die Gerichte gehen bei der Verhandlung der Sache nicht auf eine Beurtheilung des Wesens des Rechtsstreites ein, welcher von den Gerichten

fraglos, daß der über die *actio iudicati* erkennende Richter die ihm vom Staate anvertraute Zwangsgewalt zur Erfüllung rechtmäßig und rechtskräftig ergangener Gerichtsentschei-

des ausländischen Staates entschieden ist, sondern stellen nur fest: ob das vorliegende Erkenntniß nicht solche Dispositionen enthält, welche der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufen oder nach den Gesetzen des Reiches verboten sind,“ und Art. 1281: „Die Entscheidungen auswärtiger Gerichte werden nicht in Vollzug gesetzt und haben im Reiche keinerlei Wirkung, wenn sie Klagen über das Eigenthum an Immobilien entscheiden, die in Rußland belegen sind.“

Die Civilproceßordnung für das deutsche Reich enthält folgende Vorschriften: § 660: „Aus dem Urtheil eines ausländischen Gerichts findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist. Für die Klage auf Erlassung desselben ist das Amtsgericht oder Landgericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht oder Landgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.“ § 661: „Das Vollstreckungsurtheil ist ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen. Dasselbe ist nicht zu erlassen: 1) wenn das Urtheil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Rechte die Rechtskraft noch nicht erlangt hat; 2) wenn durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden würde, welche nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters nicht erzwungen werden darf; 3) wenn nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört; 4) wenn der verurtheilte Schuldner ein Deutscher ist und sich auf den Proceß nicht eingelassen hat, sofern die den Proceß einleitende Ladung oder Verfügung ihm weder in dem Staate des Proceßgerichts in Person, noch durch die Gewährung der Rechtshilfe im deutschen Reiche zugestellt ist; 5) wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.“

Die Fassung der Punkte 2 und 3 des italienischen Art. 941 ist offenbar correcter, als die des Absatzes 4 des deutschen Gesetzes. Denn weshalb soll das Erforderniß der ordnungsmäßigen Ladung nur bestehen zu Gunsten des Deutschen, dagegen cessiren, wenn z. B. gegen einen in Deutschland sich aufhaltenden Russen oder Engländer ein in Spanien oder in der Türkei ergangenes Urtheil vollstreckt werden soll?

Der am 25. Februar 1876 dem österreichischen Abgeordnetenhaus vorgelegte Entwurf einer Civilproceßordnung, welcher neben der Civilproceßordnung für das deutsche Reich das Interesse in hervorragendem Maße in Anspruch nimmt, ja diese vielleicht in manchen Stücken noch übertrifft, hat in Betreff der Execution noch keine Bestimmungen getroffen, sondern diese einer späteren Vorlage vorbehalten.

dungen nur dann in Anwendung bringen darf, wenn eben diese Voraussetzungen seiner Ueberzeugung nach vorhanden sind.

Da dies in der vorliegenden Klagesache nicht der Fall ist, so waren die Kläger abzuweisen.“

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 4. März 1875, No. 35).

629. Ueber die Ausdehnung des *forum contractus*

heißt es in dem Querelbescheide des Riga'schen Rathes vom 20. Juni 1875, No. 4302:

„Es ist noch in Erwägung zu ziehen, ob auch eine nicht die Erfüllung eines Vertrages, sondern die Herbeiführung anderer Wirkungen des nicht erfüllten Vertrages bezweckende Klage der Beurtheilung des *fori contractus* unterliegen dürfe. In dieser Hinsicht ist aber darauf hinzuweisen, daß wie nach der Theorie, so nach der Praxis das Gericht des Erfüllungsortes stets für die Vertragsklage zuständig ist*), mag diese nun auf die Erfüllung der schuldigen Leistung, oder auf Gewährung des Interesse, oder endlich auf Aufhebung des Vertrages und demzufolge Rückerstattung des etwa darauf hin Geleisteten gerichtet sein; wengleich für andere mit dem Vertrage in Verbindung stehende, aber nicht unmittelbar aus demselben herfließende Klagen ein Gerichtsstand des Vertrages allerdings nicht anzuerkennen ist.“

630. Ueber die Fassung des vom *Cridar* zu leistenden Manifestationseides

kommt in dem Querelbescheide des Riga'schen Rathes vom 22. Januar 1875, No. 568, Folgendes vor:

„Der Manifestationseid ist im römischen Recht zum Schutze der Gläubiger, Vermächtnißberechtigten und fideicommissarischen Erben gegenüber dem Erben, der sich im Besitze der Erbschaft befindet, eingeführt und soll — subsidiär und nach Erschöpfung anderer Beweismittel — als Beweismittel in dem Falle dienen, wenn sich der Verdacht ergiebt, daß die Erbschaft größer sei, als sie vom Erben angegeben worden. Durch die Praxis hat dieser Eid auch auf andere Verhältnisse, namentlich gegen den *Cridar* Anwendung gefunden. Was den Inhalt des Eides an-

*) Vgl. Band II, S. 2. Renaud, Civilproceß, § 36.

betrifft, so geht aus const. ult. § 10 Cod. de jure delib. VI, 30 deutlich hervor, daß er darauf zu richten ist*), daß von der Masse nichts unterschlagen, verhehlt und abhanden gebracht worden sei. Wo der Verdacht auf das Fehlen specieller Gegenstände gerichtet ist, hat nach der Natur der Sache die Praxis es für zulässig erachtet, diese Gegenstände zu specialisiren, und für ebenso zulässig wird es erachtet, den allgemein angegebenen Inhalt specieller zu zerlegen. In unserem provinziellen Proceßrecht finden sich specielle Bestimmungen über den Manifestationseid nicht und auch die Concursordnung von 1819 fordert — wohl zur Vorbeugung eines Meineides — keinen solchen Eid vom Falliten, wohl aber erklärt sie die Ableistung desselben von Seiten der Hausgenossen desselben für zulässig und stimmt dabei hinsichtlich des Inhalts mit dem oben angegebenen überein, indem die Hausgenossen schwören sollen, daß mit ihrem Wissen und Willen von dem Vermögen, den Büchern und der Correspondenz nichts verheimlicht und auf die Seite gebracht, oder auf irgend eine andere Weise zum Nachtheil der Gläubiger irgend etwas entzogen sei.“

„Hat nun das Gesetz in solcher Weise den Inhalt des Manifestationseides festgestellt, so fehlt es an einer Berechtigung, über denselben hinauszugehen und ihn auf andere Thatfachen zu richten. Es liegt aber auf der Hand, daß die vom Unterrichter festgestellte Formulirung des Manifestationseides in dem vom Querulanten bestrittenen Punkte 3 [daß der Cridar keine fingirten Schuldverschreibungen ausgestellt und auf die ingrossirten Obligationen die darin bezeichneten Beträge wirklich empfangen habe] offenbar über die Thatfachen, welche gesetzlicher Weise Gegenstand eines solchen Eides zu sein haben, hinausgegangen ist und es für dieselben folglich an einer gesetzlichen Berechtigung fehlt.“

*) Vgl. Civilproceßordnung für das Deutsche Reich § 711 (= § 660 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes): „Hat die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt, . . . so ist der Schuldner auf Antrag verpflichtet, ein Verzeichniß seines Vermögens vorzulegen . . . , sowie den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß er sein Vermögen vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe,“ und dazu die Concursordnung § 115.

630a. Nachtrag zu No. 520. Unerheblichkeit der unterlassenen Anmeldung öffentlicher Hypothekenforderungen.

In dem auf Seite 103—105 dieses Bandes mitgetheilten Rechtsfall hat der Dirigirende Senat (3. Depart. 2. Abth.) das Erkenntniß zweiter Instanz mittelst Ukases vom 14. Juni 1877, No. 1399, aufgehoben und in den Motiven Folgendes ausgeführt:

„Es handelt sich um die Entscheidung der Frage: verliert ein Pfandgläubiger, dem eine öffentliche Specialhypothek zufließt, sein Pfandrecht, wenn er die Pfandforderung im Laufe des in Folge der Concurseröffnung über das Vermögen des Schuldners erlassenen Proclams nicht anmeldet? In dieser Beziehung meint der Revisionskläger, indem er sich hauptsächlich auf die Rechtsvorschriften über das Erlöschen des Pfandrechts beruft, das Convocationsproclam mit seinen Rechtsfolgen beziehe sich gar nicht auf die öffentlichen Pfandgläubiger, wogegen der Riga'sche Rath von der Anschauung ausgeht, daß überhaupt alle Gläubiger einschließlich der öffentlichen Pfandgläubiger verpflichtet seien, ihre Forderungen innerhalb der vom Gerichte anberaumten präclusivischen Frist bei Vermeidung der Präclusion anzumelden.

Zur Entscheidung der streitigen Frage ist der Zweck in's Auge zu fassen, den das Concursproclam verfolgt, und dieser besteht darin, die an der Liquidation des Concurres beteiligten Gläubiger zu ermitteln. Zu diesem Behuf erläßt das Gericht eine öffentliche Aufforderung an die Gläubiger, ihre Ansprüche im Laufe der gerichtlich anberaumten Frist anzumelden, unter der Verwarnung des Ausschlusses mit dieser Befugniß. Die Gläubiger aber, deren Forderungen durch eine in das Hypothekenbuch eingetragene öffentliche Specialhypothek besichert sind, sind dem Gericht ohne besondere Anmeldung von ihrer Seite bekannt, da aus den bei dem Gericht befindlichen Hypothekenbüchern zu ersehen ist, wer Hypothekengläubiger ist, für welchen Betrag und in Bezug auf welches Immobil, desgleichen in welcher Ordnung die Hypotheken eingetragen sind. Folglich liegen alle für die Location der Gläubiger im Concurse erforderlichen Daten dem Gerichte bereits vor Erlaß des Concursproclams vor, weshalb der Zweck des Proclams in Bezug auf

die hypothekarischen Gläubiger wegfällt, und daher muß anerkannt werden, daß diese letzteren, welche mit ihren Forderungen auch ein dingliches Recht an dem zur öffentlichen Versteigerung gelangenden Immobil erworben haben, dieses Rechts nicht lediglich aus dem Grunde verlustig gehen können, weil sie ihre Forderungen, welche doch sowohl dem Gericht, als den übrigen Gläubigern auch ohnedies aus den öffentlichen Hypothekenbüchern bekannt waren, nicht rechtzeitig bei Gericht angegeben haben.

Abgesehen davon muß eingeräumt werden, daß diese Forderung auch durch die vom Revisionsimpetranten angezogenen Gesetzesbestimmungen über das Erlöschen des Pfandrechts unterstützt wird. Aus diesen ergiebt sich, daß das Pfandrecht unter anderem durch Verzicht auf dasselbe von Seiten des Pfandgläubigers aufhört, dieser Verzicht mag nun ausdrücklich oder stillschweigend geschehen (Art. 1424 des Prov.-Rechts Th. 3). Als stillschweigender Verzicht wird es nach Art. 1428 unter anderem angesehen, wenn der Pfandgläubiger bei einer öffentlichen Versteigerung des verpfändeten Gegenstandes, oder bei öffentlich ergangener Aufforderung der Gläubiger, ihre Gerechtfame daran wahrzunehmen, gänzlich schweigt. Gleichwohl ist ein solcher stillschweigender Verzicht nach der Anmerkung zum Art. 1424 auf ingrossirte Hypotheken ohne Einfluß. Die angezogenen Gesetzesstellen führen also zu dem Ergebnis, daß das Gesetz, indem es eine Aufforderung der Gläubiger, ihre Gerechtfame wahrzunehmen, im Auge hat, doch anerkennt, daß das Schweigen des hypothekarischen Gläubigers dazu ihn seines Pfandrechtes nicht beraubt. Die Nichtanmeldung der Forderung binnen der Proclamsfrist kann für den mit einer öffentlichen Specialhypothek ausgerüsteten Gläubiger einzig in dem Falle nachtheilige Folgen haben, wenn die bei dem öffentlichen Verkauf des ihm verpfändeten Immobils erzielte Meistbotsumme zur Deckung seiner Forderung nicht ausreicht.

Für die Entscheidung des vorliegenden Falles maßgebend ist die Schlußfolgerung aus den Art. 1428 und 1424, daß das Stillschweigen während der gelegentlich des Aufrufes der Gläubiger anberaumten Präklusivfrist (zur Anmeldung persönlicher Forderungen) dem hypothekarischen Gläubiger sein Pfand-

recht an dem Immobilien (das dingliche Recht) nicht entzieht. Außerdem ist zu beachten, daß in Betreff desjenigen, welcher die Frist zur Ausübung seines Rechts versäumt hat, zwar die Rechtsfiction Platz greift, er habe auf sein Recht verzichtet, daß jedoch diese Rechtsfiction (des Verzichts des zur gehörigen Zeit nicht Erschienenen auf sein Recht) nicht auf das dingliche Recht des hypothekarischen Gläubigers ausgedehnt werden kann; denn dieser hat dadurch, daß er das dingliche Recht an dem Immobilien erworben und dasselbe durch die Eintragung in die Hypothekenbücher zur Deffentlichkeit gebracht hat, auf das ausdrücklichsste seinen Willen zu erkennen gegeben, aus dem bestimmten Immobilien befriedigt zu werden.

Demnach resultirt aus dem Wesen der öffentlichen Specialhypothek selbst, daß diejenigen proceßualischen Folgen des Nichterscheinens binnen der Anmeldungsfrist, welche für die persönlichen Gläubiger des Schuldners festgesetzt sind, sich nicht auf die hypothekarischen Gläubiger zu erstrecken vermögen, welche im Concurse kraft der Dinglichkeit und Deffentlichkeit ihres Pfandrechts eine exceptionelle Stellung in Bezug auf das ihnen zur Sicherheit bestellte Immobilien einnehmen.“

VII.

Handelsrecht.

631. Für die Identität eines Nahrungsnamens mit einem anderen Nahrungsnamen ist nicht das gewählte Bild, sondern einzig der Name entscheidend.

Kläger, der mit wettgerichtlicher Genehmigung den Nahrungsnamen „pee Sims“ und einen goldenen Fisch in seinem Schilde führte, beantragte, dem Beklagten die Führung des von ihm gewählten Nahrungsnamens „pee selta Sims“ zu untersagen, weil er auch einen goldenen Fisch auf seinem Schilde habe.

Das Wettgericht wies diese Klage mittelst Erkenntnisses vom 12. December 1874, No. 1289, unter folgender Motivirung ab:

„Für die Entscheidung des unter den Parteien obwaltenden Streites ist die Frage maßgebend, ob bei dem Nahrungsnamen der Name, oder das ihn begleitende Bild die Hauptsache ist, indem bei der Bejahung der letzteren Alternative die vom Kläger betonte Uebereinstimmung der beiden Nahrungsnamen als vorhanden anzuerkennen, entgegengesetzten Falls aber die Verschiedenheit beider anzunehmen wäre. In dem Appellationsurtheile eines Wohlledten Rathes vom 13. December 1872, No. 8845, welches die rechtliche Bedeutung des Nahrungsnamens eingehend erörtert, ist aber ausgesprochen worden, daß die hierorts üblichen Nahrungsnamen ihrem Sinne und Wesen nach nichts anderes als Firmen sind und daher auch nach den für diese bestehenden Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden müssen. Aus dieser Prämisse ist dann die Folgerung gezogen worden, daß das Bild nur ein Begleiter des Namens ist und daß es nicht auf jenes, sondern

auf den gleichen Namen ankomme. Hiernach ist es nicht zu bestreiten, daß Beklagter, trotzdem daß auch Kläger einen goldenen Fisch im Schilde führt, doch nicht denselben Nahrungsnamen, wie dieser, sich beigelegt hat, da Beklagter eben dem Bilde des Fisches die Bezeichnung „pee selta Siws“ hinzugefügt hat, Kläger hingegen einfach die Bezeichnung „pee Siws.“ Es kann vielmehr mit Rücksicht auf den Rechtsatz, daß jede neugewählte Firma sich von allen hierorts bereits bestehenden deutlich unterscheiden muß, nur noch gefragt werden, ob in dem Zusätze „selta“ zu Siws eine hinreichend deutliche Unterscheidung von dem klägerischen Nahrungsnamen „pee Siws“ zu finden sei: diese Frage ist aber zu bejahen, weil der Name „pee selta Siws“ für Jedermann erkenntlich ein anderer ist, als der Name „pee Siws,“ und es erweist sich mithin der Antrag des Klägers, daß dem Beklagten die Führung des von ihm gewählten Nahrungsnamens „pee selta Siws“ untersagt werden möge, als unrecthertig.

Kläger hat noch darauf Gewicht gelegt, daß Beklagter seinen Nahrungsnamen bis hierzu noch nicht bei diesem Gerichte angemeldet und um dessen Bestätigung nachgesucht hat. Allein diese Unterlassung würde nur die Folge haben, daß Beklagter, so lange die Eintragung seines Nahrungsnamens nicht erfolgt ist, keinem Anderen die Führung des gleichen Namens zu untersagen, befugt erscheint; nicht aber gewährt sie dem Kläger das Recht zur Geltendmachung eines Einspruches, welcher materiell der rechtlichen Begründung vollständig ermangelt.“

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

632. a) Der Nahrungsname kann in Riga nur mit Genehmigung des Wettgerichts rechtswirksam erworben und
 b) nur mit dem Geschäft zusammen übertragen werden.
 c) Mit dem Aufhören des Geschäfts erlischt auch der Nahrungsname.
 d) Wenn mehrere sich denselben Nahrungsnamen beilegen wollen, entscheidet die Prävention des bezüglichen Gesuches an das Wettgericht.

Der Kaufmann H. hatte mit wettgerichtlicher Genehmigung den Nahrungsnamen „Raiming“ geführt und Ende des Jahres 1873 bei dem Wettgericht angezeigt, daß er sein Geschäft aufgebe.

Im Januar 1875 suchte der Kaufmann S. bei derselben Behörde darum nach, ihm die Genehmigung zur Führung des Nahrungsnamens „Kaiming“ zu ertheilen, welcher ihm von H. übertragen worden sei. Das Wettgericht machte von diesem Gesuche der Handlung C. & Co., welche zufolge einer der Behörde gewordenen Anzeige auch diesen Namen führte, Mittheilung, worauf diese gegen die Gewährung der Bitte des S. protestirte und bat, sie zur Führung des beregten Nahrungsnamens zu autorisiren. Es wurde jedoch in beiden Instanzen zu Gunsten des S. entschieden.

Gründe des Querelbescheides des Riga'schen Rathes vom 20. Juni 1875, No. 4303: „Daß die Firma nichts anderes als der Name ist, unter welchem ein Kaufmann den Handel betreibt, daß sie daher an den Betrieb des Handels geknüpft ist, daß sie mit dem Erlöschen des Handelsgeschäfts aufhört und daß sie nur mit dem Handelsgeschäft zusammen übertragen werden kann, ergiebt sich aus der Natur der Sache selbst und ist durch Rechtsgewohnheit und Gerichtspraxis auch in dem Jurisdictiongebiete dieser Stadt festgestellt; in gleicher Weise ist festgestellt, daß der s. g. „Nahrungsname“ nichts anderes ist, als eine Firma, unter welchem ein Handelsgeschäft namentlich gegenüber den Productenhändlern des Landes betrieben wird, und daß auch auf ihn die Grundsätze, welche für die Firma gelten, zur Anwendung zu kommen haben*). Nun sind aber die Handeltreibenden verpflichtet, bei der betreffenden städtischen Behörde über ihre Legitimation zum Betriebe des Handels Anzeige zu machen und die Anerkennung derselben nachzusuchen; dazu gehört, wenn sie den Handel nicht auf ihren persönlichen Namen, sondern unter einem besonderen Handelsnamen (einer Firma oder einem Nahrungsnamen) betreiben wollen, daß sie auch hierüber dem Gerichte Anzeige machen und dazu die Genehmigung desselben einholen. Der Betrieb des Handels unter einem solchen Namen ist daher nur gerechtfertigt und zulässig, wenn die gerichtliche Genehmigung erfolgt ist, nach welcher dann, wie die übrigen in Betracht kommenden Verhältnisse des betreffenden Kaufmanns, auch die Firma und der Nahrungsname in das Handelsregister eingetragen werden.

*) Vgl. Band III, S. 316.

Querulantiſche Handlung C. & Co. hat nun aber die gerichtliche Anerkennung und Genehmigung einzuholen, unterlaſſen und ſomit kein Recht erworben, den in Rede ſtehenden Nahrungsnamen zu führen. Der Umſtand, daß ſie ohne Berechtigung ſich den betreffenden Namen beigelegt und in ihren Handelsgeschäften einige Zeit benutzt hat, kann den Mangel des Rechts nicht erſetzen und dieſes Recht nicht begründen. Ihre Schlußfolge, daß dieſem von ihr ſ. g. factiſchen Beſiße deſhalb ein Werth beizulegen ſei, weil das Wettgericht auf die Mittheilung, daß ſie dieſen Namen führen ſolle, ihr das eingegangene Geſuch des Querulanten zur ihrerſeitigen Aeußerung mitgetheilt hat, iſt unberechtigt. Die Motive, welche das Wettgericht zu dieſer Mittheilung an querulantiſche Handlung bewogen, finden ſich in den Acten nicht ausgeſprochen; es iſt anzunehmen, daß damit der querulantiſchen Handlung die Gelegenheit habe geboten werden ſollen, wenn die Mittheilung ſich als richtig beſtätigte, ſich zu rechtfertigen, anderenfalls über ihr Thun zu entſcheiden. Nun hat zwar die querulantiſche Handlung die Richtigkeit der geſchehenen Mittheilung beſtätigt, eine Rechtfertigung ihres Thuns iſt ihr aber nicht gelungen. Bei ſolchem Mangel einer Berechtigung der querulantiſchen Handlung zur Führung des betreffenden Namens ſtand daher kein Grund entgegen, dem Geſuche des Querulanten zu willfahren, nachdem er mit dieſem Geſuche eingekommen war. Wenn querulantiſche Handlung in ihrer Erklärung auf das klägeriſche Anſuchen gleichfalls das Geſuch ſtellte, ihr die Führung dieſes Namens zuzuerkennen, ſo war dieſes ihr Geſuch jedenfalls ein ſpäteres und erſt nach dem erſten in Berücksichtigung zu ziehen. Einen Vorzug demſelben deſhalb zu geben, weil querulantiſche Handlung ſich die Führung dieſes Namens bereits angeeignet hatte, mußte deſhalb ausgeſchloſſen ſein, weil dieſe Aneignung eben keine berechtigte war und aus einer unrechtmäßigen Handlung für den Handelnden ein Recht nicht erwachſen kann.

Wenn querulantiſche Handlung bemängelt, daß dem Querulanten die Führung des Namens geſtattet worden iſt, obwohl er ſich auf eine Uebertragung dieſes Namens ſeitens des Th. H. berufen hat und dieſe Uebertragung als rechtsgiltig nicht anerkannt worden iſt, ſo iſt dagegen zu bemerken, daß nach dem Wortlaut der querulantiſchen Supplik die Anführung der Uebertragung nur

eine historische ist; aber selbst wenn Querulant hierin die rechtliche Begründung seines Gesuchs gesehen haben sollte, würde dies der Gewährung seines Gesuchs nicht entgegenstehen, wenn dieselbe von dem Richter aus einem andern rechtlichen Grunde anerkannt werden mußte, da der Richter an die irrthümlichen Rechtsdeductionen der Parteien nicht gebunden ist.“

633. Verhaftung dessen, der seinen Namen zum Betriebe eines Geschäftes hergiebt, für die in dem Geschäftsbetriebe contrahirten Schulden.

I. Der Fleischer Oscar S., auf dessen Namen eine Bierwirthschaft betrieben worden war, wurde von einem Brauer auf Bezahlung verschiedener in die fragliche Wirthschaft auf Bestellung gelieferter Bierquantitäten belangt und vertheidigte sich gegen diesen Anspruch durch das Anführen, daß nicht er, sondern sein Bruder Ferdinand S. das Bier bestellt und erhalten habe, sowie Inhaber der Bierwirthschaft gewesen sei.

Dem verurtheilenden Erkenntnisse der I. Section des Landvogteigerichts vom 12. März 1875, No. 56, entnehmen wir folgende Ausführungen:

„Aus der Gesamtheit der Zeugnisse ergibt sich, daß Ferdinand S. die gesammte Verwaltung des Geschäfts in seiner Hand vereinigt hat und zwar derart, daß — wie bereits oben bemerkt — der Zeuge D. ihn überhaupt als den Eigenthümer des Geschäfts betrachtet hat und betrachten konnte. Wenn Beklagter aber die Concession für das Geschäft auf seinen Namen ausstellen und auf diese Weise das Geschäft durch seinen Bruder Ferdinand unter seinem Namen betreiben ließ, so liegt darin nothwendig eine Einwilligung darin, daß sein Bruder Ferdinand in seinem des Beklagten Namen Verpflichtungen einging und Verträge abschloß. Was der Grund zu dieser Einwilligung war, ob z. B. Ferdinand S. Bevollmächtigter des Beklagten sein, oder ob er das Geschäft für seine eigene Rechnung führen sollte, das ist für die Rechtsfolge der Einwilligung ganz gleichgiltig: denn wer stillschweigend oder ausdrücklich seine Einwilligung einmal an den Tag legt, der hat dadurch die rechtlichen Folgen derselben genehmigt und darf nicht hinterher noch Einschränkungen machen (Art. 2943 des Prov.=Rechts Th. 3). Daß

aber Ferdinand S. ohne des Beklagten Zustimmung zwei Jahre lang in dessen Hause und auf dessen Namen ein Geschäft betrieben habe, — das ist einfach undenkbar und unmöglich; ganz abgesehen davon, daß nach Angabe der klägerischen Zeugen Beklagter selbst mitunter Quittungen über das vom Kläger gelieferte Bier ertheilt und einmal auch drei Schweine an Zahlungsstatt darauf hingegeben hat. Es bleibt vielmehr nur die Annahme übrig: entweder war Beklagter in Wahrheit der Inhaber des Geschäfts und sein Bruder Ferdinand lediglich sein Gehilfe; dann kann er sich den von seinem Gehilfen, dem er die gesammte Verwaltung überließ, gegenüber dem Kläger eingegangenen Verpflichtungen nicht entziehen, weil er durch die Bestellung desselben als Gehilfe mit so weit reichenden Befugnissen eo ipso auch die Haftung für die in dem gewöhnlichen Geschäftsbetriebe contrahirten Schulden übernahm (Art. 4364 l. c., l. 5 pr. § 11 bis 14, l. 11 § 2 D. de inst. act. XIV, 3). Oder Beklagter ließ seinen Bruder das Geschäft für eigene Rechnung aber auf seinen Namen betreiben; dann übernahm er die gleiche Verantwortlichkeit, weil in der Hergabe seines Namens zum Geschäftsbetriebe, mochte damit nun eine Täuschung des Publikums beabsichtigt sein oder nicht, stillschweigend die Einwilligung darin lag, von allen denjenigen als Inhaber des Geschäfts behandelt und in Anspruch genommen zu werden, mit welchen der Vertreter desselben unter diesem Namen contrahirte (vgl. Thöl, Handelsrecht, § 28 nach Note 6). Ergiebt sich somit als Resultat obiger Deduction, daß Beklagter aus den Bierkäufen, welche sein Bruder Ferdinand für die auf des Beklagten Namen betriebene Getränkhandlung abgeschlossen hat, selbst verpflichtet worden ist, so bedarf nunmehr einzig noch die Frage der Entscheidung: ob Ferdinand S. die in der Klage bezeichneten Bierquantitäten vom Kläger für jene Getränkhandlung gekauft und erhalten hat“

Das bestätigende Appellations-Erkenntniß des Riga'schen Rathes vom 17. September 1875, No. 6150, bemerkt:

„Nach der Art, wie Ferdinand S. im Geschäft des Beklagten sich thatsächlich gerirt hat, ist zu ersehen, daß derselbe nicht Commis, sondern entweder vollständiger dispositionsbefugter Vertreter des Beklagten, oder aber selbst Inhaber des Geschäfts war. Daß in beiden Fällen dritten Personen gegenüber der

Inhaber der Firma und der Concession als Contrahent zu gelten habe, ist bereits in Uebereinstimmung mit der untergerichtlichen Motivirung bemerkt worden. Auf Grund des Art. 4369 des Prov.-Rechts Th. 3, welcher speciell festsetzt, daß der Vollmachtsvertrag auch durch stillschweigende Uebereinkunft zu Stande kommen kann, wie z. B. wenn Jemand es wissentlich geschehen läßt, daß ein Anderer seine Geschäfte besorgt, ist im vorliegenden Falle eine ausgedehnte Bevollmächtigung seitens des Beklagten an seinen Bruder Ferdinand zur gesammten Geschäftsführung anzunehmen und Beklagter war nachträglich nicht befugt, diese Bevollmächtigung nun einschränkend zu interpretiren (Art. 4402 I. c.).“

II. Daß „derjenige, welcher unter seiner Firma einen Andern Handel treiben läßt, aus den von dem Letzteren unter der Firma eingegangenen Geschäften dem theilhaftigen Dritten verhaftet ist“ — ist ausgesprochen in einem rechtskräftigen Erkenntniß des Wettgerichts vom 25. November 1876, No. 875.

634. In hebräischer Sprache geführte Handelsbücher ermangeln der Beweiskraft.

I. Aus den Motiven eines Bescheides der II. Section des Landvogteigerichts vom 9. October 1875, No. 211:

„Was die Wahl der Sprache bei der Führung von Handelsbüchern anbelangt, so enthalten die Gesetzbücher mannigfache Beschränkungen. Das Reichsgesetz verbietet die Benutzung der hebräischen Sprache ausdrücklich (Svod, Bd. XI, Handelsstatut Art. 552). Das D. H. G. B. schließt nur die todtten Sprachen und deren Schriftzeichen aus. Zu den todtten Sprachen kann die hebräische nicht gezählt werden*), denn es haben sich die Juden, obwohl als Volk untergegangen, ihre Nationalität in Sitte, Glauben und Sprache zu erhalten gewußt; dennoch hat sich die Proceßlehre in ihren neuesten und gewiegtesten Vertretern entschieden gegen die Zulässigkeit hebräisch geführter Handelsbücher ausgesprochen und das mit Recht. Selbst vollständige

*) Siehe dagegen die Commentare zum D. H. G. B. Art. 32 von Hahn, Buchelt u. s. w., sowie die Nürnberger Protokolle S. 48.

und wortgetreue Uebersetzungen erfüllen ihren Zweck nicht. Der Richter, welchem der Beweis zu liefern ist, kann aus dem angefertigten Translate nur die inneren, nicht aber die äußeren Mängel der Buchführung erkennen; ihm treten die im Original etwa vorhandenen Interlineaturen, Einschaltungen, Correcturen, Rasuren zc. nicht vor die Augen. Andererseits entbehren bloße Auszüge, welche von der beweisführenden Partei aus ihren Büchern angefertigt werden, insolange aller Bedeutung, bis das Gericht Einblick in die Bücher selbst gewonnen hat*). Die Beweiskraft der einzelnen Aufzeichnungen beruht in der Sorgsamkeit, mit welcher sämtliche Eintragungen bewerkstelligt worden sind. Im gegenwärtigen Falle liegen Extracte aus nicht producirten hebräischen Büchern und zwar in beglaubigten Uebersetzungen vor. Das Erbieten des beklagten Theils, die Bücher selbst beizubringen, ist ein fruchtloses, weil dem zur Kenntniß der hebräischen Sprache nicht verbundenen Gerichte die Möglichkeit abgeht, ein Urtheil über die dem Original selbst zukommende Beweiskraft zu fällen.“

II. Gründe des bestätigenden Querelbescheides des Riga'schen Rath's vom 5. December 1875, No. 8012: „Die Querulanten glauben sich darüber beklagen zu dürfen, daß der Unterrichter, ohne doch auf eine positive gesetzliche Vorschrift sich stützen zu können, einzig aus logischen Gründen in hebräischer Sprache geführten Büchern die Beweiskraft abgesprochen habe.... Allein die vermischte gesetzliche Vorschrift ist, wenngleich der erste Richter sich nicht ausdrücklich auf sie bezogen hat, allerdings vorhanden. Denn es heißt in der mittelst Patentes der livl. Gouv.=Regierung vom 15. November 1835 sub No. 131 zur erforderlichen Befolgung bekannt gemachten Allerhöchst bestätigten Verordnung über die Hebräer d. d. 13. April 1835 § 18 (vgl. Swob, Bd. IX Art. 1377) wörtlich also:

Die Hebräer müssen in allen öffentlichen Acten und in allen Papieren, welche von ihnen bei Behörden oder administrativen, judiciären oder polizeilichen Personen abgegeben werden, die russische Sprache gebrauchen oder

*) Vgl. Band II, No. 266. Bescheid des Wettgerichts vom 5. Februar 1874, No. 102.

die, in welcher an ihrem Aufenthaltsorte die Angelegenheiten verhandelt werden, durchaus aber nicht die hebräische. Eben diese Regel ist auch von ihnen bei Führung der durch das Gesetz für die Handelsfachen vorgeschriebenen Bücher zu beobachten.

Wenn nun einzig den in gesetzlicher Grundlage ordnungsmäßig geführten Handelsbüchern civilrechtliche Beweiskraft innewohnt, die Bücher der Hebräer aber, um als ordnungsmäßig anerkannt werden zu können, nicht in hebräischer Sprache geführt sein dürfen . . . so hat der untergerichtliche Bescheid bestätigt werden müssen.“

635. Erforderniß des rechtzeitigen Bucheintrages für die Beweiskraft des Handelsbuches.

„Es ist nicht hinreichend, daß das als Beweismittel zu gebrauchende Buch sauber und ohne Correcturen geschrieben sei, sondern es muß zur Glaubwürdigkeit desselben auch gefordert werden, daß die Eintragungen in dasselbe zur gehörigen Zeit*), d. h. entweder unmittelbar oder wenigstens alsbald nach den abgeschlossenen einzelnen Geschäften, nicht aber nach der gänzlichen Beendigung des ganzen Geschäfts geschehen. Namentlich wird für das Journal die tägliche Eintragung erfordert und als solches charakterisirt sich vornehmlich das hier in Rede stehende Buch des Beklagten. Nun ergibt sich aber, daß dasselbe nicht während der Zeit der laufenden Geschäfte geführt ist, die Eintragungen keineswegs täglich unmittelbar nach den stattgefundenen Einnahmen und Ausgaben vorgenommen sind, sondern daß dasselbe vielmehr aus einem Guffe und zwar nach vollständigem Ablauf der zwei Jahre, während welcher die verzeichneten Geschäfte stattgehabt haben, angefertigt worden ist. . . . Ein solches Buch verdient aber nicht den allermindesten Glauben, da die den Handelsbüchern beigelegte Beweisfähigkeit, auf der Voraussetzung beruht, daß die Geschäfte in dasselbe sogleich eingetragen werden und dadurch eine, später eintretenden Verhältnissen sich etwa accommodirende, Abänderung der einzelnen Posten

*) Vgl. Band II, S. 208. III, 453.

unmöglich gemacht wird.“ (Aus den Motiven eines Appellations-Erkenntnisses des Riga'schen Rathes vom 20. August 1875, No. 5549).

636. Das Handelsbuch liefert einen Beweis nur in Bezug auf Handelsgeschäfte und nur gegenüber dem Mitcontrahenten, nicht auch gegenüber dritten Personen.

„Das den Kaufleuten zustehende Beweisprivilegium der Handelsbücher ist — wie jedes andere Privilegium — einschränkend zu interpretiren. Von diesem Gesichtspunkte aus hat sich in der Praxis der Grundsatz ausgebildet, daß den Handelsbüchern der Kaufleute nur hinsichtlich derjenigen Handelsgeschäfte die Beweisraft zugestanden wird, welche zwischen dem Producenten und Producten abgeschlossen sind.“

„Nach Lib. II Cap. XXIV § 4 der Stadtrechte sollen in Kaufmannshandlungen, Rechnungen, Ausgaben und Einnahmen redlicher, unverdorbener und frommer Kaufleute Bücher unter Kaufleuten semiplene und wider sie vollkommenen Glauben gewinnen. Wenn nun auch die heutige Praxis von diesem Gesetze insofern abgewichen ist, als sie den Handelsbüchern auch gegen Nichtkaufleute eine Beweisraft einräumt, so wird doch daran festgehalten, daß das zu erweisende Geschäft ein Handelsgeschäft gewesen sei. Darlehen, Mandate, Bürgschaften und andere dergleichen Rechtsgeschäfte, selbst wenn sie zu einem Handelsgeschäfte in Beziehung stehen, können durch Handelsbücher nicht bewiesen werden*). Die Idee, welche dem Privilegium der Handelsbücher zu Grunde liegt, besteht darin, daß der buchführende Kaufmann, dessen Credit von der Sorgfalt und Genauigkeit in seiner Buchführung abhängt, die Bücher dazu benutzen darf, um seinem Contrahenten gegenüber die Existenz und den Umfang des Geschäftes darzuthun. Die Beweisraft kann daher nicht auf solche Handelsgeschäfte ausgedehnt werden, welche von einem der streitenden Theile mit dritten Personen abgeschlossen sind**). (Aus den Motiven eines Bescheides der II. Section des Landvogteigerichts vom 4. Februar 1874, No. 29).

*) Bezugnahme auf Bunge, in den Erörterungen Band IV, No. VI § 7 und Seuffert's Archiv VI, 285. VIII, 182.

***) Hier wird Bezug genommen auf Seuffert's Archiv VIII, 182.

637. Präsumtiver Umfang der Befugnisse eines Handelsbevollmächtigten.

„Allerdings ist der Grundsatz anzuerkennen, daß der Umfang der Befugnisse eines nicht mit der Procura betrauten Handelsbevollmächtigten mit Rücksicht auf die concreten Verhältnisse und nach dem allgemeinen Prinzip zu bemessen ist, daß die Vollmacht sich auf alle diejenigen Handlungen erstreckt, welche der Betrieb oder die Ausführung des Geschäfts gewöhnlich mit sich bringt.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines Querelbescheides des Riga'schen Rathes vom 26. November 1875, No. 7797).

638. Haftung der offenen Gesellschafter für die unter der Firma contrahirten Schulden nach Auflösung der Handelsgesellschaft.

„A. F . . . hat, während er offener Gesellschafter der Firma F. & M. war, den ausgeklagten Wechsel über 2000 Rbl. mit der vollen Firma gezeichnet und ist die Echtheit der Unterschrift auch vom Beklagten M. nicht bestritten worden. Durch diese Handlung hat F. das unter der obbezeichneten Firma bestandene Geschäft zur Zahlung des qu. Wechsels verpflichtet. Ob das durch Discontirung des Wechsels gewonnene Geld zum Besten des Geschäfts verwandt worden, oder ob es dem einzelnen Gesellschafter zu Gute gekommen ist, ist völlig irrelevant. Dem Dritten gegenüber, der einen mit der Firma einer Handlung unterzeichneten Wechsel discountirt, haftet die Handlung als solche. Es kann mithin der vom Beklagten angezogene Art. 4301 Th. 3 des Prov.-Rechts im vorliegenden Fall gar nicht Platz greifen, weil eben beim Discountiren eines mit einer Firma versehenen Wechsels nicht dem Aussteller, sondern blos der Handlung creditirt wird.“

Am Verfalltag des qu. Wechsels existirte die Handlung F. & M. nicht mehr. Nach Angabe des Klägers ist sie mit allen Activis und Passivis auf den Beklagten übergegangen, der sie unter veränderter Firma weiterführte, wogegen Beklagter behauptet, daß eine vollständige Liquidation erfolgt sei und er darauf ein ganz neues Geschäft begründet habe.

Im ersten Falle würde Beklagter unbedingt allein für Bezahlung des qu. Wechsels zu haften haben*); im zweiten Fall fragt es sich, inwieweit die ehemaligen Gesellschafter nach Auflösung der offenen Gesellschaft und sobald kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist, zur Zahlung noch unbefriedigter Gesellschaftsschulden herangezogen werden können.

Nach Handelsrecht haften die ehemaligen offenen Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft für noch unbezahlte Gesellschaftsschulden ebenso solidarisch, wie zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft, doch beginnt für die Gesellschafter eine abgekürzte Verjährung der aus dem Gesellschaftsverhältniß begründeten Klagen mit dem Augenblick der Auflösung. Ebenso tritt nach provinziellem Privatrecht (Art. 4313) solidarische Verhaftung sämmtlicher Gesellschafter ein, wenn (wie in vorliegendem Falle, wo Beklagter die Berechtigung seines socius zur Vertretung und zur wechselfähigen Verpflichtung der Firma dritten Personen gegenüber im Principe nicht beanstandet hat) einer der Gesellschafter auf Grundlage einer ihm von den übrigen, in der Regel schon durch die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages erteilten Ermächtigung das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat.

Aus dieser Solidarität entspringt aber auch das Recht des Klägers, sich mit seiner ganzen Forderung an den Beklagten allein zu halten (cf. Art. 3345 des 3. Theils des Prov.-Rechts). Von dem beneficium divisionis hat Beklagter, falls ihm ein solches überhaupt zustehen sollte, keinen Gebrauch gemacht, da er nicht einmal den Nachweis geliefert hat, daß sein Mitschuldner ortsamwesend ist.**)

Wenn Beklagter die Behauptung aufstellt, Kläger habe gewußt, daß F., als er den qu. Wechsel mit der Firma „F. & M.“ zeichnete, unmöglich Namens und im Auftrage der genannten Firma gehandelt habe, so wäre er, falls er dem Kläger dolus nachweisen könnte, allerdings von der Zahlungsverbindlichkeit befreit. Doch ist diese Behauptung zu wenig präcisirt.“ (Erkenntniß des Vogteigerichts vom 11. October 1875, No. 149).

Das in dieser Sache ergangene Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 9. Januar 1875, No. 118, sprach aus:

*) Vgl. Band II, No. 260.

**) Vgl. Band III, No. 359.

„Es ist nicht zu bestreiten, daß die von einem offenen Handelsgesellschafter einseitig, aber im Namen der Handelsgesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und eingegangenen Verbindlichkeiten alle Theilnehmer der Handelsgesellschaft Dritten gegenüber ebenso verpflichten, als seien diese Rechtsgeschäfte und Verbindlichkeiten von ihnen selber abgeschlossen und eingegangen, so zwar, daß sie auch nach Auflösung der Handelsgesellschaft für dieselben solidarisch einzustehen haben; es sei denn — das aber ist vorliegenden Falls nicht behauptet worden — daß durch einen ordnungsmäßig zur Kenntniß gebrachten Vertrag dem offenen Gesellschafter die Befugniß zur einseitigen Vollziehung von Rechtsgeschäften und Uebernahme von Verbindlichkeiten Namens der Firma versagt worden ist. Mit vollem Jure hat daher der erste Richter die Frage, ob Beklagter die Handlung F. & M. mit allen Activen und Passiven übernommen gehabt, als eine unerhebliche bezeichnet, weil schon die zugestandene Handelsocietät von selbst die Solidarität begründet habe.

Es kann aber dem Beklagten das Recht nicht versagt werden, die von ihm seither nur behauptete klägerische Arglist dadurch in juridische Gewißheit zu bringen, daß er nachweist, wie Kläger um den Mißbrauch der Firma durch F. bei der geschehenen Ausstellung resp. Indossirung des in Rede stehenden Wechsels wohl gewußt habe. Denn hat er darum gewußt, gleichwohl aber den Wechsel an die Ordre der Firma ausgestellt und nach der Indossirung des Wechsels durch F. Namens der Firma, mit demselben in den dadurch erzielten Gewinn sich getheilt, so hat Kläger durch ein derartiges arglistiges Verfahren allerdings das Recht eingebüßt, Schadloshaltung von Seiten des durch ihn mitgeschädigten Beklagten zu verlangen.“

639. Stillschweigen als Einwilligung beim Geschäftsverkehr unter Kaufleuten.

Der auf Berichtigung eines contocorrentmäßigen Saldo belangte Kaufmann S. wandte ein, daß ihm von dem Agenten der klagenden Handlung für die Vermittelung des, einen Rechnungsposten bildenden Verkaufes einer Partie Eisen eine Provision zugebilligt und diese von dem geklagten Saldo zu decou-

tiren sei, zumal klägerische Handlung auf bezügliche briefliche Mittheilung des Beklagten geschwiegen habe.

Der Bescheid des Wettgerichts vom 15. October 1874, No. 1076, sagt hierüber: „Das bloße Schweigen gilt an sich nicht als Einwilligung (Art. 2941 des Prov.-Rechts Th. 3) und das Handelsrecht statuirt eine Ausnahme hiervon nur in Bezug auf einen von einem Geschäftsfreunde dem anderen erteilten Auftrag (Bd. III S. 350), oder wenn das Stillschweigen nach den concreten Umständen offenbar gegen Treu und Glauben verstößt. Hier liegt aber keiner dieser Fälle vor und es kann daher das Schweigen der klägerischen Handlung nicht als Zustimmung zu dem Begehren des Beklagten ausgelegt werden.“

Dagegen erachtete das Appellations-Erkenntniß des Riga'schen Rathes vom 31. Januar 1875, No. 856, die Einrede für begründet: „Was des Beklagten Beschwerde betrifft, daß sein Anspruch auf eine Provision verworfen worden, so ist dieser Anspruch durch die Berufung auf eine Zusage der Handlung G. & Co. als Agentin der klägerischen Handlung allerdings als nicht begründet anzuerkennen, so lange nicht behauptet und nachgewiesen ist, daß besagte Handlung von der klagenden Handlung zu einer solchen Zusage ermächtigt worden ist, da die bloße Eigenschaft als Agentin die genannte Handlung dazu nicht berechtigt. Allein das Stillschweigen auf den Brief des Beklagten, worin dieser erklärt, daß die Handlung G. & Co. die Zusage von 1 \mathcal{L} pr. von Vergütung von Seiten der klagenden Handlung gemacht habe und daß er in Folge dessen durch die Remesse die Rechnung der klägerischen Handlung vollständig ausgeglichen erachte und keine Aenderung in der getroffenen Buchung eintreten lassen werde, sowie der Umstand, daß klägerische Handlung, wie das Contocorrent ausweist, mit weiteren Lieferungen fortfuhr, ohne diese Differenz ausgeglichen zu haben, mußten den Beklagten zu dem ganz gerechtfertigten Glauben führen, daß klägerische Handlung sich den verlangten Abzug gefallen gelassen habe, und klägerische Handlung hätte sich dadurch allerdings den kaufmännischen Begriffen gemäß eine Verletzung der im Handelsverkehr zu beobachtenden Treue und Glauben zu schulden kommen lassen, welche zur Folge haben muß, daß sie zur Anerkennung der verlangten Vergütung zu verpflichtet ist. Es ist aber in Betracht zu ziehen, daß von der klägerischen Handlung nicht zugegeben

worden ist, daß sie auf das beklagliche Verlangen stillgeschwiegen, sondern daß von ihr vielmehr behauptet worden ist, daß sie nicht nur durch ihren in Riga anwesenden Chef mündlich, sondern auch nochmals brieflich die Vergütung ausdrücklich abgelehnt und dadurch jede Annahme einer Einwilligung unmöglich gemacht habe. Für die Entscheidung der Frage hinsichtlich der Berechtigung zu der von der Beklagten verlangten Vergütung wird es daher auf den Beweis dieser Thatfachen ankommen.“

640. Kaufabschluß durch widerspruchloses Behalten und Verwenden einer nebst Factura, wiewohl unbestellt, übersandten Waare.

„Es steht sowohl gemeinrechtlich, wie in der hiesigen Praxis (Band III S. 332 — 34) fest, daß im Handelsverkehr die vom Käufer mit der Waare vorbehaltlos entgegengenommene Factura über bestellte Waaren für die Preisbestimmung maßgebend ist. Dasselbe muß aber auch hinsichtlich unbestellt zugesandter Waaren alsdann gelten, wenn der Empfänger diese behält und verwendet*); denn in der Waarenzusendung mit der Factura liegt eine Kaufofferte und diese wird durch das Behalten bzw. den Verbrauch der Waaren seitens des Empfängers stillschweigend acceptirt, also der Vertrag auf diese Weise perfect (Art. 3859 und 3860 l. c.), gleich als ob die Bestellung vorausgegangen wäre. Da nun Beklagter eingeräumt hat, daß ihm die fraglichen 10 Kisten Citronen mit der Preisnotirung von 14 Thaler pr. Stück zugeschiebt und von ihm, ohne daß er vorher dem Kläger eine Einwendung gegen den Preis hatte zukommen lassen, weiter verkauft worden sind, so ist der Preisansatz, selbst wenn die 10 Kisten nicht bestellt waren, für von ihm genehmigt anzusehen.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 7. August 1875, No. 594).

641. Bedeutung einer abweichenden mündlichen Zusage gegenüber einem den Vertragschluß unter bestimmten Bedingungen bestätigenden Briefe.

Klägerische Handlung hatte dem Beklagten folgenden Brief behändigen lassen:

*) Vgl. Endemann, Handelsrecht, 2. Aufl. S. 518. Seuffert's

Riga, den 27. Januar 1873.

Hierdurch bestätigen Ihnen den Verkauf von 50 Faß Petroleum standard white Abladung im August ab Bremen vorbehaltlich glücklicher Ankunft der Schiffe, zum Preise von 2 Rbl. 95 Kop. pr. Pud 2c.

Beklagter verweigerte den Empfang, weil ihm beim Verkaufe die Lieferung von „Prima-Sorte“ zugesagt sei. Hierüber heißt es in dem Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 3. September 1875, No. 5815:

„Ein einzig bei der anfänglich mündlichen Kaufverabredung in Bezug auf eine hervorragende Qualität der zu liefernden Waare etwa gegebenes Versprechen mußte, zumal wenn es als essentielle des geschlossenen Handels gelten sollte, gleich allen übrigen vereinbarten Handelsmodalitäten in der über den Kauf abgefaßten Urkunde, in dem klägerischen Briefe vom 27. Januar 1873 Aufnahme finden. Dieser Brief hatte keinen anderen denkbaren Zweck als einzig den, alles das, was zwischen den Parteien in Bezug auf den geschlossenen Handel überhaupt verabredet war, urkundlich festzustellen. Was über diesen Rahmen des Briefes hinausging, mußte als überhaupt nicht vereinbart*), oder doch mindestens unwesentlich gelten. Durch die nicht bestrittene widerspruchslose Entgegennahme dieses Briefes, durch das gänzliche Stillschweigen auf denselben, bekannte Beklagter sich zu dessen Inhalt und gestand er zu, daß derselbe keine irgend in's Gewicht fallende Abweichungen von dem Handelsabschlusse enthalte, an keinen irgend erheblichen Auslassungen leide. Denn bei bestehender Geschäftsverbindung gilt nach handelsrechtlichen Grundsätzen das Stillschweigen als Genehmigung**). Kann demnach Beklagter, da er selber die angeblich geschehene Zusage einer vorzüglichen Qualität der von ihm gekauften

Archiv XXV, 264. XXIV, 60. Entscheidungen des O. H. G. XVI, S. 131 bis 133.

*) Vgl. Band III, S. 145 und 150. Archiv f. pratt. Rechtsw. n. F. X, S. 197—205.

**) Der Satz lautet so zu allgemein, da das Stillschweigen als Genehmigung nur aufzufassen ist gegenüber einem an einen Geschäftsfreund ergangenen Auftrage (vgl. Art. 4365 des P.-R. Th. 3 und Band III, S. 350—53), oder wenn es nach Lage der Sache eine Verletzung von Treu und Glauben involvirt. Letzteres war in der vorliegenden Sache allerdings der Fall.

Waare einzig auf einen der Entstehung der über den Handel abgefaßten Urkunde vorausgegangenen Zeitpunkt zurückverlegt hat, nicht verlangen, daß ihm Anderes oder Besseres geleistet werde, als die Urkunde besagt; bezeichnet die Urkunde das Kaufobject aber als Petroleum standard white ohne Hinzufügung einer sonstigen Eigenschaft desselben; hat endlich Beklagter die nachtheiligen Folgen dessen selber zu tragen, wenn er verabsäumt haben sollte, rechtzeitig gegen die schriftliche Fassung des Vertrages Einspruch zu erheben, so hat ein Schiedsrichter, welcher mehr nicht zu bewahrheiten haben durfte, als daß bei der Kaufverabredung eine hervorragende Qualität der zu liefernden Waare versprochen worden, als an sich wirkungslos nothwendig in Wegfall zu kommen.“

642. Bedeutung der Clausel „bei Lieferung zu bezahlen“ im Falle des Verkaufes eines größeren Waarenquantums, das nur partieweise geliefert werden kann.

„Kläger hat der beklagten Handlung 8000 Pud 118pfündigen gedörrten curischen Roggen zum Preise von 73¹/₂ Kop. pr. Pud „zahlbar bei der Lieferung“ verkauft. Nachdem er 1440 Pud 20 Pfd. geliefert und beklagte Handlung diese empfangen, ihm aber nur 850 Rbl. bezahlt hat, fordert Kläger die Bezahlung des noch rückständigen Kaufpreises von 208 Rbl. 76 Kop. sammt Weilverrenten und Kosten.

Beklagte Handlung erklärt hierauf, sie sei in Ermangelung einer entgegenstehenden bezüglichen Abmachung nicht verpflichtet, vor erfolgter vollständiger Lieferung des ganzen verkauften Quantums von 8000 Pud dem Kläger irgend welche Zahlung zu leisten.

Gemäß Art. 3881 des Prov.-Rechts Th. 3 muß der Käufer den Kaufpreis, wenn nichts anderes verabredet ist, sofort bei der Uebergabe der Waare bezahlen und der Verkäufer ist, so lange die Zahlung nicht geleistet worden, zur Uebergabe nicht verpflichtet. Eine abweichende Bestimmung enthält auch weder das gemeine Handelsrecht, noch das D. H. G. B. (vgl. Entscheid. des D. H. G. XII, No. 91). Handelt es sich um einen Genuskauf, wo die Waare erst durch die Lieferung individualisirt

wird, und insbesondere um ein Waarenquantum, welches der Natur der Sache nach nicht auf einmal, sondern nur partieweise geliefert und empfangen werden kann, so ergiebt sich aus der angezogenen Gesetzesvorschrift, daß der Verkäufer auf die Zahlung nicht bis zur vollständigen Beendigung der Lieferung bzw. des Empfanges zu warten braucht, sondern die Entrichtung eines entsprechenden Theiles des Kaufpreises sogleich bei der Ablieferung einer jeden Partie fordern darf, wobei, falls über die Abgrenzung der „Partie“ keine Einigung erfolgt, das richterliche Ermessen einzutreten hat. Es fragt sich nun, ob die Vereinbarung der Zahlung „bei Empfang“ oder „bei der Lieferung“ einen anderweitigen Zahlungsmodus bestimme. Diese Frage ist aber zu verneinen, da die genannten Clauseln eben nichts anderes besagen, als daß bei der Uebergabe der Waare an den Käufer die Zahlung erfolgen solle, wie es auch schon das Gesetz vorschreibt. Dem entsprechend hat das Wettgericht sich bereits wiederholt dahin ausgesprochen, daß bei Genuskäufen über größere Waarenquantitäten, welche „bei der Lieferung“ oder „bei Empfang“ zu bezahlen sind, der Verkäufer für jede gelieferte Partie sofortige Bezahlung beanspruchen kann. (Siehe namentlich die diesseitigen Erkenntnisse vom 8. Juli 1858 i. S. Jacobs wider Neronow und vom 7. December 1871, No. 1088*).

Freilich bemerkt beklagte Handlung mit Recht, daß der Verkäufer die ganze verkaufte Quantität ohne Unterbrechung zu liefern verpflichtet sei und sie theilweise Lieferungen nicht anzunehmen brauche. Allein die Verletzung jener Verpflichtung hat nur die Rechtsfolge, daß der Verkäufer in Verzug geräth und der Käufer die ihm solchenfalls zustehenden Rechte geltend machen kann, und die Befugniß, eine theilweise Lieferung abzulehnen, ist hier nicht weiter in Betracht zu ziehen, da beklagte Handlung von ihr eben keinen Gebrauch gemacht hat. Demnach ist beklagte Handlung für verpflichtet zu erachten, für die unbestritten von ihr empfangenen 1440 Pud 20 Pfd. schon jetzt den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen, und hat, da sie anderweitige Einwendungen gegen ihre Zahlungspflicht nicht geltend gemacht hat,

*) Vgl. Band III, No. 385, S. 247.

der Klagebitte gemäß verurtheilt werden müssen.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 3. Juni 1876, No. 419).

643. Der Käufer, welcher wegen eingetretenen Lieferungsverzuges des Verkäufers den Empfang der Waare verweigern will, muß dies dem Verkäufer rechtzeitig anzeigen.

„Beklagte hat erklärt, daß sie wegen Lieferungsverzuges des Klägers die Erfüllung des Vertrages nicht mehr acceptire, sondern statt dessen Schadenersatz wegen unterlassener Erfüllung begehre, wozu sie beim Vorhandensein eines Verzuges nach Art. 3320 des Prov.-Rechts Th. 3 berechtigt ist. Um den behaupteten Verzug zu begründen, verweist Beklagte darauf, daß Kläger bis ultimo April zu liefern gehabt und daß sie ihn noch ausdrücklich am 1. Mai wegen Erfüllung des Vertrages gemahnt hat, wodurch Kläger nach Art. 3306 l. c. unzweifelhaft in Verzug versetzt worden ist, da die Empfangs- und Zahlungsbereitschaft der Beklagten von ihm nicht in Zweifel gezogen worden sind. Es fragt sich nur, ob der hiernach eingetretene Verzug des Klägers nicht dadurch gehoben worden ist, daß Kläger nach dem 1. Mai, jedoch bevor Beklagte die Annahme der Erfüllung verweigert hatte, Lieferung durch eine Anweisung auf die Handlung G. & Co. offerirt und Beklagte für diese Lieferung noch eine Frist bis zum 4. Mai gegeben hat. Dies würde jedoch nur insofern geschehen sein, als diese Offerte der vertragsmäßigen Verbindlichkeit des Klägers völlig entsprochen hätte (Art. 3326 in Verbindung mit Art. 3312 l. c.), also nicht, wenn die Handlung G. & Co. — wie Beklagte behauptet — die Lieferung vertragswidrig von der Vorausbezahlung des Kaufpreises abhängig gemacht hat. Allein das bloße Dasein eines Verzuges des Klägers genügt zur Begründung der beklaglichen Verweigerung der Annahme der ihr in der Klage angebotenen Lieferung noch nicht, sondern es gehört dazu nach den Grundsätzen des Handelsrechts auch noch, daß sie ihre Absicht, die Annahme zu verweigern, dem Kläger auch rechtzeitig, d. h. alsbald nach Verstreichung der dem Kläger bis zum 4. Mai gewährten Nachfrist, zur Kenntniß gebracht hat, und dies umsomehr, als Beklagte eben nach eigener Angabe auch nach Eintritt des Verzuges sich zur Empfangnahme noch bereit erklärt hatte, also

Kläger sich in Ungewißheit darüber befand, wofür Beklagte sich schließlich entscheiden werde. Denn wollte man dem Käufer bei obwaltendem Verzuge des Verkäufers gestatten, seine Erklärung darüber, welche Befugniß er aus diesem Grunde geltend machen wolle, beliebig hinauszuschieben, so würde er auf Kosten jenes beliebig fortspeculiren können; das würde aber gegen die unter Kaufleuten zu beobachtende Treue und Glauben verstoßen und den einen Contrahenten gänzlich der Willkür des anderen preisgeben, weshalb dem für den Handelsverkehr allgemein geltenden Grundsätze der ungehäumten Abwicklung aller Geschäfte gemäß, auch von dem Gläubiger des morosen Schuldners die alsbaldige Erklärung darüber, welche ihm zustehende Befugniß er wegen des Verzuges geltend machen wolle, gefordert werden muß (Band I, S. 262. III, S. 341 und 468). Da nun Kläger in Abrede stellt, daß ihm eine Anzeige darüber, daß Beklagte den verkauften Hafer nicht mehr wolle, zugegangen sei, liegt der Letzteren zur Begründung ihrer Einrede der Beweis dessen ob, daß sie alsbald nach Ablauf des 4. Mai dem Kläger die behauptete Anzeige von ihrem Entschlusse, eine fernere Lieferung nicht mehr annehmen zu wollen, gemacht habe. Gleichgiltig ist es dagegen, ob mit dieser Anzeige zugleich die, daß Beklagte den Hafer anderweitig ankaufen werde oder angekauft habe, verbunden worden ist.“ (Rechtskräftiges Beweisinterlocut des Wettgerichts vom 12. August 1875, No. 613).

644. Klage auf die Preisdifferenz wegen Lieferungsverzuges. Einwand des Verkäufers, daß Kläger durch Nichtzahlung einer bereits früher gelieferten Partie ihn an der Lieferung gehindert habe.

Der Kaufmann J. hatte der Handlung M. & B. c. 8000 Pfd Roggen zum Preise von 73½ Kopfen pr. Pfd, nach seiner Wahl bis Ende März 1876 zu liefern verkauft, darauf aber am 2. März mit der Käuferin vereinbart, daß die nach Ablieferung von 1440 Pfd 20 Pfd. verbliebenen 6560 Pfd spätestens drei Wochen nach Eröffnung der Schifffahrt zu empfangen und ihm für den verlängerten Termin 1 pCt. monatlich vom Betrage des zu liefernden Roggens zu vergüten seien. Als J. der brieflichen Aufforderung vom 31. März, bis zum 7. April zu liefern, nicht

nachkam, erhob die Handlung M. & B. am 9. April dieserhalb Protest, ließ am 10. April die fehlende Quantität Roggen durch einen Börsemakler für 77 Kop. pr. Pud ankaufen und klagte wider J. auf Ersatz der Preisdifferenz, welcher einwandte, Klägerin habe ihm dadurch, daß sie ihm für die empfangenen 1440 Pud 20 Pfd. anstatt 1058 Rbl. bloß 850 Rbl. gezahlt habe, die Lieferung unmöglich gemacht, weil er seinen Verkäufern den Kaufpreis habe vorausbezahlen müssen.

Das Wettgericht erließ in dieser Sache am 14. December 1876 sub No. 928 folgendes Erkenntniß:

„Wenn Beklagter bestreitet, daß Klägerin den Roggen nöthig gehabt und daß sie den von ihr angekauften Roggen an Stelle des vom Beklagten zu liefernden gekauft habe, so ist dieser Einwand ganz irrelevant. Denn nach unstreitigen Grundsätzen des Handelsrechts kann der Käufer, welcher wegen Lieferungsverzuges des Verkäufers die gekaufte Waare von einem Dritten acquirirt hat, ohne weiteres auf Ersatz der Preisdifferenz klagen, ohne daß er nachzuweisen braucht, er habe die anderweitige Anschaffung nothwendig bewerkstelligen müssen, weil der säumige Contrahent nicht geliefert habe.*) Es fragt sich somit einzig, ob Beklagter sich im Lieferungsverzuge befunden hat, und das ist allerdings der Fall. Denn durch die briefliche Aufforderung der Klägerin, bis zum 7. April zu liefern, war Beklagter nach Art. 3307 des Prov.-Rechts Th. 3, sofern er bis zum 7. April nicht lieferte, in Verzug versetzt und sein Einwand, daß Klägerin ihn an der Lieferung gehindert habe, ist völlig hinfällig.

Einerseits war nämlich Beklagter nach seiner eigenen Angabe verbunden, seinen Verkäufern den Kaufpreis voraus zu bezahlen, mußte also, um der Klägerin überhaupt die noch fehlenden 6560 Pud liefern zu können, bereits aus eigenen Mitteln dafür Zahlung geleistet haben und kann folglich nicht eine Verhinderung der Lieferung daraus entnehmen, daß Klägerin ihm 208 Rbl. 76 Kop. nicht gezahlt hat. Andererseits lag der Klägerin, wenn sie auch an sich verpflichtet war, die beklagterseits gelieferten 1440 Pud 20 Pfd. sogleich zu bezahlen, diese Zahlung doch nur ob, oder es kann ihr die Nichtzahlung wenigstens nur zur Schuld zugerechnet werden, sofern Beklagter

*) Vgl. Band I, S. 268—70. Band III, S. 335, 339.

dieselbe vor dem Eintritt seiner Lieferungspflicht vergeblich gefordert hatte. Das hat Beklagter aber nicht nur nicht erwiesen, sondern es ergibt sich aus der von ihm am 2. März 1876 ausgestellten Bescheinigung vielmehr insofern eine Vermuthung für das Gegentheil, als er in derselben, ohne des Fehlens einer Bezahlung der bereits gelieferten 1440 Pud 20 Pfd. zu gedenken, der Klägerin einen verlängerten Empfangstermin für die ausstehenden 6560 Pud bewilligte und sich dafür (speciell für Speichermieth und Zinsverlust) eine Provision ausbedang, was keinen Sinn hatte, wenn man annehmen wollte, daß Beklagter auf Auszahlung der 208 Rbl. 75 Kop. schon damals bestanden oder gar davon die Erfüllung seiner Lieferungsverbindlichkeit abhängig gemacht hat. Demnach ist Beklagter schuldig, der Klägerin die geklagte Preisdifferenz von 181 Rbl. 38 Kop. sammt der Mäklercourtage zu ersetzen.“

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

645. Unter welchen Voraussetzungen kann der Verkäufer einer vom Käufer rechtswidrig nicht empfangenen Waare nach Handelsrecht den Ersatz der während der Dauer des Empfangsverzuges für die Waare entrichteten Lagermieth und Versicherungsgelder verlangen?

Die Handlung S. & Co. hatte von dem Kaufmann D. 200 Last Hafer, „bis zum 25. Juli 1873 zu empfangen,“ zum Preise von 75 Rbl. pr. Last gekauft, jedoch den Empfang von 125 Last verweigert. Nachdem diese Weigerung rechtskräftig für unrechtfertig erkannt worden war, verlangte D. am 24. November 1873 klagend den Ersatz von 50 Rbl. an monatlicher Lagermieth und der von ihm für die Versicherung der streitigen Waare während des Processes verausgabten 300 Rbl., worauf beklagte Handlung erwiderte, daß Kläger die Versicherung lediglich in seinem eigenen Interesse besorgt habe.

Das Wettgericht fällte hierauf am 30. Juli 1874 sub No. 813 folgendes Erkenntniß:

„Der Prätenſion des Klägers, daß beklagte Handlung ihm den Speichermiethzins für vier Monate mit 50 Rbl. für jeden Monat ersetzen solle, ist beklagterseits mit Recht entgegengehalten worden, daß dieser Anspruch nur insofern begründet sei, als

Kläger den Miethzins bei rechtzeitiger Abnahme der Waare nicht zu zahlen gehabt hätte, da ja nur unter dieser Voraussetzung ein auf den Verzug beklagter Handlung zurückzuführen-der Schaden für den Kläger vorliegt. Kläger hat jedoch nicht nur nicht bewiesen, daß er den Speichermiethzins von 50 Rbl. monatlich wegen des Lagerens des an beklagte Handlung verkauften Hafers hat zahlen müssen, sondern es ist im Gegentheil durch die Zeugenaussagen constatirt worden, daß in demselben Speicher, aus welchem der Hafer an beklagte Handlung geliefert worden, noch viel mehr anderer Hafer geschüttet gewesen ist, was übrigens auch indirect daraus hervorgeht, daß Kläger das gespeicherte Haferquantum für 25,000 bzw. für 15,000 Rbl. versichert hat, während doch der Kaufpreis für die von beklagter Handlung noch zu empfangenden 75 Last nur circa 5600 Rbl. beträgt. Bei dieser Sachlage ist der Anspruch des Klägers, daß beklagte Handlung ihm den ganzen Miethzins für den Speicher vergüte, offenbar nicht gerechtfertigt, sondern es hätte Kläger solche Vergütung nur nach Maßgabe des Verhältnisses der 75 Last zu dem übrigen Hafervorrath, oder aber Lagermiete für jene 75 Last nach den hierorts üblichen Preisen fordern können, da ja im Handelsverkehr, wo im Zweifel jede Leistung nur gegen Entgelt gewährt wird, Lagermiete nicht bloß ohne besondere Abrede, sondern auch dann zu entrichten ist, wenn der sie Fordernde selbst keine solche gezahlt hat*).

Da es jedoch an der Angabe des Verhältnisses der 75 Last zu dem übrigen Hafer, welcher in dem klägerischen Speicher gelagert war, ganz fehlt und ebensowenig der Anspruch auf Lagermiete klägerischerseits auf die hierorts üblichen Preise gestützt worden ist, so scheint diese Forderung rechtlich überhaupt nicht begründet, sondern ist in dem angebrachten Maße abzuweisen, ohne daß hier noch auf die eventuellen Eidesanträge einzugehen wäre.

Weiter ist es einleuchtend, daß beklagte Handlung, wenn überhaupt, so doch nur insoweit zur Tragung der Versicherungskosten für die von ihr ohne rechtlichen Grund nicht empfangenen 75 Last Hafer während der Zeit des Empfangsverzuges verpflichtet werden kann, als diese Kosten eben auf die

*) Vgl. Entscheidungen des D. H. G. VII, S. 363.

75 Last und nicht auf anderen Hafer verwendet worden sind, den Kläger gleichfalls versichert hat, daß also m. a. W. Kläger eine Entschädigung für verauslagte Affecuranz nur nach Verhältniß des Preises jener 75 Last (das sind rund 5600 Rbl.) zu dem Gesamtwerthe des versicherten Hafers zu fordern befugt ist. Was hingegen die Verpflichtung der Beklagten zur Tragung dieser Kosten an sich anbetrifft, so ist über diese Frage folgendes zu bemerken.

Nach Art. 3862 des Prov.=Rechts Th. 3 ist der Verkäufer verbunden, bis zur Uebergabe die verkaufte Sache mit der größten Sorgfalt aufzubewahren und für die Folgen des geringsten Versehens in dieser Beziehung zu haften. Die mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit verknüpften Kosten liegen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ihm zur Last (vgl. Thiel, Handelsrecht, I. § 77 Note 7 und Endemann, Handelsrecht, § 3 sub 2), sofern sie nicht unter den Gesichtspunkt der nothwendigen oder nützlichen Verwendung auf die Sache fallen, welchenfalls sie gemäß den Bestimmungen des Art. 3888 von dem Käufer zu ersetzen sind. Sobald dagegen letzterer mit der Abnahme der verkauften Sachen im Verzuge ist, hat der Verkäufer nach Art. 3323 l. c. nur noch für böswillig oder durch grobe Fahrlässigkeit hervorgerufene Beschädigungen der Sache einzustehen, woraus folgt, daß die durch die Bewahrung der Sache ferner entstehenden Kosten nicht mehr von dem Verkäufer, sondern von dem Käufer zu bestreiten sind, der überhaupt allen durch seinen Verzug entstehenden Aufwand dem Verkäufer zu ersetzen hat (Art. 3324 l. c.). In der Theorie ist nun bestritten, ob zu der dem Verkäufer obliegenden Bewahrung der Sache auch die Versicherung derselben gehöre. Diese Streitfrage ist hier aber deshalb von keiner Bedeutung, weil die Bewahrung der Sache nur dort eine dem Verkäufer im Interesse des Käufers obliegende Verpflichtung bildet, wo dieselbe als species entweder verkauft oder doch schon ausgeschieden ist; denn anderenfalls ist der Kauf nach Art. 3865 l. c. noch gar nicht perfect, sondern die Sache ist vom Verkäufer auf seine eigene Gefahr zur Lieferung bereit zu halten und dem Käufer kann es ganz gleichgiltig sein, ob das zur Lieferung etwa bestimmte Genus untergeht, oder nicht (vgl. Brinckmann, Handelsrecht, S. 292). Eine anderweitige Rechtsfolge tritt zwar auch hier durch den

Empfangsverzug des Gläubigers insofern ein, als ihm hier der Untergang der Waare zur Last fällt, auch wenn sie nicht förmlich durch Zumeessen oder Zuwägen specialisirt, sondern blos in äußerlich unterscheidbarer Weise ausgeschieden worden ist*). Allein diese Verschiedenheit der Rechtsfolgen kann nur dort in Frage kommen, wo der Untergang der Waare thatsächlich stattgefunden hat, nicht aber kann von einer „Verpflichtung“ des Verkäufers zur Bewahrung der „verkauften“ Sache die Rede sein, wo diese objectiv noch nicht vorhanden ist. Wendet also der Verkäufer auf die Bewahrung des Genus, aus welchem er zu liefern beabsichtigt, besondere Kosten auf, so thut er dies in seinem Interesse und man kann nicht von Verwendungen „auf die gekaufte Sache“ sprechen, weil die verkaufte Sache eben noch nicht als solche erkennbar feststeht.

Das Bestreben des Klägers, den Kosten der Versicherung der 75 Last Hafer für die Zeit des beklaglichen Empfangsverzuges die Qualification einer „nothwendigen Verwendung“ auf die Waare beizulegen, scheidet auch noch an einem anderen Momente. „Verwendung“ ist nur diejenige Ausgabe, welche auf die Sache gemacht wird und ihr als solche zu Gute kommt; die Versicherung des Hafers verbessert aber die Substanz des Hafers eben so wenig, als sie sie erhält; denn in Folge der Affecuranz wird nicht der Hafer vor dem Verbrennen bewahrt, sondern es wird das Recht erworben, anstatt des verbrannten Hafers dessen Geldeswerth zu erhalten, oder m. a. W. die Kosten der Versicherung werden nicht zur Erhaltung der Sache, sondern gerade für den Fall ihres Untergehens aufgewendet. Es ist daher schlechterdings nicht zulässig, die Versicherung einer Sache zu denjenigen Kosten zu rechnen, durch welche „die Substanz der Sache erhalten oder gegen Verlust und Zerstörung gesichert wird (Art. 577 l. c.).

Bildet daher die Versicherung des Hafers keine „nothwendige Verwendung“ auf denselben und kann ferner nicht gesagt werden, daß die Kosten der Versicherung durch den Verzug der Beklagten geursacht worden sind, da Kläger diese Kosten nicht aufzuwenden brauchte, so bleibt nur noch zu untersuchen übrig, ob nicht aus einem andern Rechtstitel beklagte Handlung zu deren Erstattung

*) Vgl. Band II, No. 204.

gehalten erscheint. Einige Rechtslehrer, welche eine Verbindlichkeit des Verkäufers zur Versicherung der verkauften bzw. ausgetauschten Species statuiren, sprechen zwar dem Verkäufer schlechthin das Recht zu, von dem Käufer den Ersatz der von ihm bestrittenen Asscuranzkosten zu fordern (z. B. Treitschke, Kaufcontract, 2. Aufl. S. 303). Richtiger erscheint es indessen, ihm dieses Recht nur insofern beizulegen, als er nach den Umständen verpflichtet war, die Versicherung zu besorgen, oder als letztere eine negotiorum gestio gegenüber dem Käufer in sich schließt (vgl. Hahn, Commentar, 1. Aufl. II. S. 208, Entscheidungen des D. H. G. VII. 361), da der Käufer, wenn er die Versicherung selbst zu bewerkstelligen in der Lage ist, es thun wird, sofern er dies seinem Interesse entsprechend findet, und daher ein Grund, ihn zum Ersatze der Versicherungskosten zu verpflichten, nicht anders vorliegt, als wenn die Grundätze der nützlichen Geschäftsführung eingreifen. Voraussetzung der Geschäftsführung ist aber nach Art. 4429 l. c. vor Allem die Absicht des Geschäftsführers, fremde Geschäfte zu besorgen, während Kläger nicht einmal behauptet hat, daß er die Waare im Interesse der beklagten Handlung versichert habe, sondern dagegen namentlich noch der Umstand spricht, daß er seinen ganzen Speichervorrath in Bausch und Bogen versichert und auch der beklagten Handlung nach Ablauf der ersten Versicherungsfrist keine Anzeige von der für ihre Rechnung abgeschlossenen Versicherung gemacht hat. Die Geschäftsführung zum eigenen Vortheil gewährt aber nach Art. 4432 l. c. nur einen Anspruch auf Ersatz dessen, um wie viel der Geschäftsherr bereichert ist, und eine Bereicherung der beklagten Handlung durch die Asscuranz ist weder behauptet worden, noch irgendwie anzunehmen, da der versicherte Hafer gar nicht untergegangen ist, ihr also auch die Versicherung keinen Gewinn gebracht hat. Der klägerische Anspruch auf Erstattung der Versicherungskosten ermangelt demnach schlechthin der rechtlichen Grundlage.“

Vorstehendes Erkenntniß wurde auf klägerische Appellation durch Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 28. Mai 1875, No. 3782, unter ausdrücklicher Billigung der erstrichterlichen Entscheidungsgründe lediglich bestätigt.

646. Die Anzeige von Mängeln der verkauften Waare muß von dem Käufer alsbald nach Ablieferung der Waare, oder hzw. alsbald nach Entdeckung der Mängel erfolgen, wenn diese anfangs verborgen waren und erst später entdeckt wurden.

I. „Zur Vertheidigung des Beklagten genügte die Berufung auf die Mangelhaftigkeit der gelieferten Waaren nicht, sondern es bedurfte ferner der Behauptung, daß Beklagter alsbald nach dem Eintreffen der Waaren und Entdeckung der angeblichen Mängel der klägerischen Handlung über solche Anzeige gemacht und ihr die Waare entweder zur Disposition gestellt oder einen bestimmten Preisnachlaß gefordert habe, weil nach dem hier anzuwendenden Handelsrechte Mängel der verkauften Waare, abgesehen von dem nicht behaupteten Falle der Arglist, nur unter den gedachten Voraussetzungen geltend gemacht werden können.“ (Aus den Motiven eines Erkenntnisses des Wettgerichts vom 17. Juli 1874, No. 724).

II. „Der Redhibitionsanspruch setzt nach dem Handelsrecht, welches auf den vorliegenden von einem Kaufmann in seinem Handelsgewerbe abgeschlossenen Kauf angewendet werden muß, voraus, daß der Käufer die mangelhafte Waare alsbald nach deren Ablieferung oder, sofern es sich um verborgene Mängel handelt, alsbald nach deren Entdeckung dem Verkäufer zur Disposition gestellt hat. Dieser Grundsatz ist in der ersteren Beziehung von sämtlichen städtischen Gerichten schon wiederholt anerkannt und ausgesprochen worden. Dieselbe ratio ist aber auch dort vorhanden, wo anfangs verborgene Mängel späterhin entdeckt werden, indem auch hier die Natur des vielfachen Schwankungen unterworfenen Handelsverkehrs eine schleunige Entschließung und bindende Kundgebung des Käufers erheischt. Zur Begründung des Redhibitionsanspruches ist daher die Angabe dessen erforderlich, wann die gerügten Mängel entdeckt sind und wann dem Verkäufer unter gleichzeitiger Dispositionstellung der Waare davon Anzeige gemacht worden ist. Beklagter hat indessen nirgend behauptet, daß er dem B. nach Entdeckung der behaupteten Mängel von denselben überhaupt in Kenntniß gesetzt und Rücknahme der Balken, sowie Rückzahlung

des Preises verlangt habe. Seine Einrede erweist sich also als nicht gehörig begründet, selbst wenn man das Hineintreiben eines Keiles in die Balkenenden als einen „verborgenen“ Mangel gelten lassen will, was doch mindestens zweifelhaft erscheint.“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Erkenntnisses des Wettgerichts vom 3. December 1874, No. 1249).

647. a) Ausschluß der Rüge von Mängeln der Waare wegen unterlassener rechtzeitiger Dispositionsstellung.
 b) Begriff des Empfanges.
 c) Beweislast bezüglich der Beschaffenheit der verkauften Waare.

I. „Wird vom Beklagten die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Kaufvertrages vorgeführt, so hat der Regel nach Kläger die Erfüllung resp. die gehörige Erfüllung zu erweisen, weil diese Einrede sich rechtlich nur als negative Streiteinlassung qualificiren läßt. Der Kläger kann diesen Beweis auf doppelte Weise erbringen: entweder dadurch, daß er den Beweis direct auf die gehörige Erfüllung richtet, oder dadurch, daß er solche Thatfachen darthut, aus denen sich die ausdrückliche oder stillschweigende Zufriedenheit des Beklagten mit Gewißheit folgern läßt.

Der unbeanstandete Empfang der Waare (und ob ein solcher vorliegt, ist in jedem einzelnen Falle besonders zu beurtheilen) schließt nach handelsrechtlichen Grundsätzen alle Einwendungen gegen die Qualität der gekauften Waare aus, d. h. der klagende Verkäufer kann nicht nur nicht verpflichtet werden, gehörige Erfüllung darzuthun, sondern dem Beklagten steht nicht einmal das Recht zu, die nicht gehörige Erfüllung oder die Mangelhaftigkeit der Waare erweisen zu dürfen. Aus der Annahme oder Entgegennahme der gekauften Waare allein kann zwar die Billigung derselben und der Verzicht des Klägers auf die Einrede des erfüllten Vertrages, mithin der Empfang, nicht ohne Weiteres gefolgert werden, doch hat die Entgegennahme schon den Rechtseffect, daß die Beweispflicht auf den beklagten Käufer übergeht. Da es nun ferner im geschäftlichen Verkehr dem Käufer, welcher entgegengenommen hat, zur Pflicht gemacht wird, seine Aus-

stellung an der gekauften Waare dem Verkäufer sogleich zur Kenntniß zu bringen und die bemängelte Waare demselben zur Disposition zu stellen, so erwächst hieraus für den verklagten Käufer die Verpflichtung, dem widersprechenden Kläger gegenüber sowohl die Fehlerhaftigkeit der Waare, als auch die sofortige Dispositionsstellung darzuthun. Ob die Waare rechtzeitig, d. h. mit der Wirkung dem Verkäufer zur Verfügung gestellt worden ist, daß ein Verzicht auf die Einrede und ein Empfang nicht präsumirt werden darf, läßt sich je nach Beschaffenheit des Kaufobjects nur im einzelnen Falle beurtheilen.

Im vorliegenden Rechtsstreit ist nicht bestritten, daß Beklagter die ganze Partie gekaufter Zungen geliefert erhalten und entgegengenommen hat. Es wird nur unter Widerspruch des Klägers behauptet, daß elf Duzend schlecht und verdorben gewesen seien und daß Beklagter am Lieferungstage die für schlecht befundene Qualität refüsirt und dem Kläger zur Disposition gestellt habe. Nach obiger Deduction war daher Beklagter verpflichtet, diese seine Angaben zu erweisen und er hat dem entsprechend auch selbst um Nachgabe des Beweises gebeten.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 27. August 1874, No. 180).

II. „Der Unterrichter hat in den Motiven seiner Entscheidung des Näheren auseinander gesetzt, daß Kläger aus einer schon bei dem geschenehen Empfang des Kessels sichtbar gewesenen fehlerhaften Construction desselben ebensowenig einen Schadensanspruch abzuleiten befugt ist, als aus solchen Unzuträglichkeiten, welche ihren Ursprung in dem vom Kläger gewählten, resp. dem nach der vorgestellten Zeichnung vereinbarten, Constructionssystem unumgänglich haben. Dieser Auseinandersetzung kann nur beigepflichtet werden. Der Veräußerer ist nach den Art. 3243 und 3244 zur Gewährleistung nur für verborgene, nicht auch für solche Mängel verbunden, welche dem Erwerber bei ganz gewöhnlicher Vorsicht nicht hätten entgehen können. Waren daher die Stützen erheblich kürzer angefertigt worden, als sie planmäßig zu sein hatten, so konnte eine solche Unzulänglichkeit von dem Kläger, falls er bei der ihm obliegenden Bepriifung zur Zeit des Empfangs nicht nachlässig verfuhr, unmöglich unentdeckt

bleiben und es erlosch die Haftpflicht der Beklagten aus dieser offen zu Tage liegenden Unzulänglichkeit mindestens insoweit, als ihr nicht Arglist in solcher Beziehung vorgeworfen und hzw. nachgewiesen worden; denn wer bei dem Empfang eines Kaufobjects leichtsinnig verfährt, auf den findet das bekannte Rechts-Sprichwort Anwendung: „wer die Augen nicht aufthut, der thue den Beutel auf.“ Um diesen Consequenzen zu entgehen, hat zwar Querulant glauben machen wollen, daß er den Kessel überhaupt noch gar nicht empfangen hat. Nun ist es zwar richtig, daß in der bloßen Besitzergreifung eines Kaufobjects in Folge geschehener Uebergabe an sich noch nicht, oder doch wenigstens nicht nach handelsrechtlichen Grundsätzen ein wirklicher Empfang gesehen werden darf*); in der Entgegennahme allein liegt noch nicht die Anerkennung dessen, daß die erfolgte Leistung die geschuldete auch wirklich sei. Insbesondere wird bei dem Kauf von Maschinen und dem ähnlichen Dingen allererst aus dem Gebrauch derselben während einiger Zeit auf den Empfang und die Erfüllung der mit demselben verbundenen Untersuchungspflicht zurückgeschlossen werden dürfen. Insofern hat Querulant vollkommen Recht, wenn er sich dagegen sträubt, daß die von ihm zugelassene Einmauerung des Kessels als seinerseitiger Empfang zu gelten habe. Wenn aber Querulant unwidersprochenermaßen mehr denn zwei Jahre hindurch den Kessel in ununterbrochen fortgesetztem Gebrauch gehabt, wenn er wiederholt an demselben Reparaturen vornehmen lassen, wenn er während dieser ganzen Zeit und selbst in der Klage nicht die Kürze der Stützen, welche vielmehr erst Beklagte selber zu eigenem Schutze zur Sprache gebracht, irgend gerügt hat, so darf ebensowenig an dem von Seiten des Klägers geschehenen Empfang des Kessels, als daran weiter gezweifelt werden, daß um der von vorn herein vollkommen sichtbar gewesenen Kürze der Stützen Kläger die Beklagte nicht hat verhaftet wissen wollen. Die Beklagte muß daher als allerdings von der Pflicht zur Gewährleistung befreit erachtet werden, wenn sie nachweisen kann, daß einzig in der allzu kurzen Dimension der Stützen die mangelhafte Beschaffenheit des Kessels ihren

*) Vgl. Band II, S. 63. Zimmermann, in der Zeitschrift für Handelsrecht, XIX, S. 402.

Grund hat.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines Querelbescheides des Riga'schen Rathes vom 3. September 1875, No. 5816).

III. „Nach handelsrechtlichen Normen hat der Käufer einer Waare, wenn dieselbe von vertragswidriger Beschaffenheit ist, die Wahl, dieselbe entweder zurückzuweisen und empfangbare Waare zu verlangen, oder dieselbe anzunehmen und einen verhältnißmäßigen Decourt vom Kaufpreise zu beanspruchen*) Da indessen letztere Alternative nothwendig zugleich den Empfang der Waare zur Voraussetzung hat, so kann in dem bloßen Empfang [d. h. der Abnahme] eine Billigung derselben noch nicht gesehen werden. Nach feststehenden handelsrechtlichen Grundsätzen wird eine solche Billigung aber auch weder in der Annahme der Frachtbriefe, welche geschehen ist, ohne daß die Waare überhaupt vom Käufer gesehen worden wäre, noch in dem bloßen Weiterverkauf derselben gesehen werden können (Vangerow, Pandekten, III. § 307, Anm. 1. Thöl, Handelsrecht, § 83 Anm. 15. Seuffert's Archiv XIX, 131).“

Aus den Motiven eines rechtskräftigen Beweisinterlocuts des Wettgerichts vom 29. Juli 1875, No. 582.

648. Der beim Flachshandel vom Verkäufer bewilligte Preis ist bis zum Nachweise des Gegentheils auf die Gewichtseinheit „Berkowez“ zu beziehen.

Kläger hatte auf des Beklagten Anfrage nach dem Preise einer Wagenladung Flachs solchen auf 46 Rbl. angegeben, worauf der Kauf zu diesem Preise geschlossen wurde. Als Kläger für die beim Abwiegen sich ergebende Quantität von 1 Berkowez 9 Pud vom Beklagten Bezahlung von 87 Rbl. 40 Kop. forderte, verweigerte letzterer solche, weil Kläger ihm den Flachs zum Gesamtpreise von 46 Rbl. verkauft habe, wurde jedoch in beiden Instanzen nach dem Klageantrage verurtheilt. Das Appellations = Erkenntniß des Riga =

*) Vgl. Band III, No. 352.

ſchen Raths vom 14. Februar 1875, No. 1258, motivirt dieſe Entſcheidung folgendermaßen:

„Auch die bloße Angabe des Preiſes mit 46 Rbl. ohne ausdrückliche Hinzufügung der Gewichtseinheit kann keine Berechtigung geben — ganz abgesehen von der Unverhältnißmäßigkeit des Preiſes gegenüber der Waare — ſich der Annahme hinzugeben, als ob der Kläger ſeinen ſämmtlichen vorhandenen Flachſ für den genannten Preis von 46 Rbl. habe verkaufen wollen, da nach einem ganz feſtſtehenden Handelsgebrauch bei Flachſ der Preis nach einer Gewichtseinheit beſtimmt und genannt wird und, wenn eine Ausnahme von dieſer Regel gemacht werden ſoll, es dann einer ausdrücklichen deſſfalligen Erklärung bedarf. Eine ſolche Erklärung, daß er den ganzen auf der Fuhre vorhandenen Flachſ für eine Pauſchalſumme kaufen wolle, hat aber Beklagter nicht abgegeben. Daß Kläger bei der Namhaftmachung des Preiſes die Benennung der Gewichtseinheit nicht ausdrücklich hinzufügte, kann daher keinen Zweifel an ſeiner Abſicht herbeiführen und, wenn Beklagter dieſelbe anders deuten wollte, erforderte es die im Handelsverkehr nothwendige Treu und Glauben, daß er ſich darüber deutlich erkläre. Bei der Zweifelſoſigkeit, was in einem Falle der vorliegenden Art bei Benennung des Preiſes unter Weglaſſung der ſich von ſelbſt verſtehenden Gewicht- oder Maßeinheit gemeint ſei, bedarf es daher auch keines weiteren Beweiſes, daß der Handel nach einer ſolchen Einheit abgeſchloſſen ſei. Vielmehr iſt des Beweiſes nur die gegenſeitige Behauptung bedürftig, daß im concreten Falle eine Ausnahme von dem allgemein giltigen Handelsgebrauche gemacht ſei; ein ſolcher Beweis iſt aber vom Beklagten nicht unternommen, geſchweige denn erbracht worden.“

649. a) Kauf einer Waare „wie beſehen.“

b) Bedeutung der Vertragsurkunde für die Feſtſtellung des Vertragsinhaltes.

c) Auslegung des Art. 3858 des Prov.-Rechts Th. 3.

d) Rechtliche Bedeutung der Bezeichnung der Quantität mit „circa.“

Kläger forderte auf Grund eines von der beklagten Handlung anerkannten Scheines:

Ich verkaufe Ihnen ca. 10,000 ganze und 6000 halbe hier liegende vierkantige Sleepers von 10×10 und 5×10 Zoll Dicke, $8\frac{1}{2}$ Fuß Länge, wie solche befehen, zum Preise von 70 Kop. für 10×10 und 34 Kop. für 5×10 . Lieferung sofort und Zahlung nach Empfang.

Riga, den 20. Juli 1874,

indem er weiter anführte, daß er der beklagten Handlung
 8979 ganze (10×10) Sleepers à 70 Kop. = 6285 Rbl. 30 Kop.
 6342 halbe (5×10) " à 34 " = 2156 " 62 "
 geliefert habe, den Rest des sich auf zusammen 8841 Rbl. 92 Kop. beziffernden Kaufpreises mit 3441 Rbl. 92 Kop.

Beklagte wendete ein, unter den gelieferten ganzen Sleepers seien 621 gräbhene gewesen, welche sie nur mit 60 Kop. das Stück bezahlen könne. Außerdem stehe der Klage die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegen, weil die Zahlung erst nach Empfang zu leisten und dem Kläger ein Spielraum von höchstens 5 pCt. über resp. unter der bedungenen Quantität zuzugestehen sei, weshalb er mindestens noch 1157 Stück ganze Sleepers liefern müsse.

Das Wettgericht erkannte hierauf am 14. Januar 1875 sub No. 28:

„Da über den Kauf eine Urkunde vollzogen worden, so ist diese für den Inhalt des Vertrages maßgebend. Denn nach einem in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis*) anerkannten und auch von den hiesigen Gerichten bereits ausgesprochenen Grundsatz**) hat eine jede Vertragsurkunde die Vermuthung für sich, daß sie den Inhalt des Vertrages, soweit dieser zur Zeit ihrer Abfassung vorlag, genau und vollständig wiedergiebt, und es werden deshalb mündliche Abreden, welche mit der Vertragsurkunde im Widerspruch stehen, nur insofern berücksichtigt, als der sich auf sie berufende Contrahent Umstände anführt und beweist, aus denen hervorgeht, daß sie trotz der schriftlichen Vollziehung des

*) Vgl. die bezüglichen Entscheidungen des D. H. G. Band X, S. 102. XI, S. 433. XIII, S. 239. XVI, S. 64. Archiv f. prakt. Rechtsw. n. F. X, S. 197—205.

**) Siehe Band I, S. 140. III, S. 145 und 150. IV, S. 376.

Vertrages noch haben Geltung behalten sollen. Das Handelsrecht erheischt aber um so mehr ein strenges Festhalten an diesem Grundsätze, als im Handelsverkehr gewöhnlich dem definitiven Abschlusse eines Geschäfts vorgängig, hin und wieder verschiedene Forderungen aufgestellt und fallen gelassen werden, während in dem Verkaufsscheine das allendliche Resultat der Verhandlungen niedergelegt wird, so daß es die Sicherheit des Verkehrs höchlichst beeinträchtigen würde, wenn man den Contractanten, welcher im Widerspruche zu dem schriftlich vollzogenen Vertragsinhalt Präntensionen erhebt, mit diesen ohne weiteres und so die Vertragsurkunde ihres eigentlichen Zweckes, den Vertragsinhalt zu fixiren, entkleiden wollte. (Vgl. Thöl, Handelsrecht, I. 4. Aufl. S. 387. Endemann, Handelsrecht, S. 480).

In dem vorliegenden Verkaufsschein ist nun klar und unzweideutig ausgesprochen, daß beklagte Handlung vierkantige Sleepers, wie solche besehen, gekauft hat. Wenn sie im Widerspruche hiermit jetzt behauptet, nur sichtene Sleepers gekauft zu haben, ohne zugleich irgendwie anzugeben, warum diese Beredung in die Urkunde nicht aufgenommen, gleichwohl aber als für den Kläger verbindlich zu betrachten sei, so ist diese Behauptung nach dem Obigen nicht zu berücksichtigen, sondern an dem Wortlaute des Verkaufsscheines festzuhalten, nach welchem beklagte Handlung die Waare schlechthin „wie besehen“ gekauft hat, d. h. unter erklärter Genehmigung ihrer zur Zeit des Besichtes vorliegenden Beschaffenheit. Daß diejenigen Sleepers, welche besehen worden, sichtene waren, schließt die Verbindlichkeit der beklagten Handlung, unter den sichtenen auch grähnene zu empfangen, nicht aus, weil die Waare nach der Vertragsurkunde eben nicht mit der Beredung, daß sie insgesammt dem beesehenen Theile zu entsprechen habe, d. h. laut Probe, sondern „wie besehen“ gekauft worden ist, weshalb beklagte Handlung gegen die Qualität der Sleepers, sofern diese nicht hinterher verändert worden — was nicht behauptet ist, keine Ausstellungen mehr machen darf.

Die Clausel „wie besehen“ wird übrigens der Natur der Sache nach nur dann zur Anwendung gebracht, wenn die Waare zur Zeit des Kaufabschlusses als ein räumlich ausgehendes bzw. abgegrenztes Object besteht, welches als solches besehen werden kann, ist dagegen bei einem schlechthin über ein Genus

geschlossenen Kaufe nicht wohl denkbar; es sei denn, daß dasselbe aus einem größeren Vorrath, der eine Besichtigung zuläßt, geliefert werden soll. Der Wortlaut des Vertrages weist jedoch gerade darauf hin, daß den Gegenstand des streitigen Handels eine solche ausgeschiedene oder abgegrenzte Partie gebildet hat, indem er besagt, daß ca. 10,000 ganze und 6000 halbe hier liegende Sleepers, wie solche befehen, verkauft worden sind. Diese Ausdrucksweise läßt nämlich kaum eine andere Deutung zu, als die, daß die verkauften Sleepers beim Handelschlusse bereits hier gelagert haben und nur ihre Anzahl noch nicht genau bestimmt gewesen ist. Sodann spricht für die dahin gehende Absicht der Contrahenten auch der Umstand, daß die vom Kläger gelieferten 8979 ganzen und 6342 halben Sleepers, welche sich ja äußerlich — zumal im Wasser liegend — von einander wenig unterscheiden, zusammen 15,300, also annähernd die vorausgesetzte Anzahl von 16,000 Stück ergeben haben. Alsdann ergibt sich aber nicht blos das Resultat, daß beklagte Handlung den Empfang der grähnenen Sleepers nicht verweigern durfte, sondern daß sie auch keine größere Anzahl verlangen darf, als sich in der fraglichen Partie thatsächlich als vorhanden herausstellen. Im Art. 3858 des Prov.-Rechts Th. 3 heißt es nämlich:

Ist eine Anzahl oder Masse solcher Gegenstände, die zugezählt . . . zu werden pflegt, nach Zahl . . . verkauft worden, so muß der Käufer für so viel einzelne Stücke . . . den Preis bezahlen, als sich bei der Zuzählung finden. Findet sich eine größere Quantität, als der Verkäufer angegeben, so muß der Käufer nachzahlen; findet sich eine geringere, so bezahlt er nur diese.

Offenbar hat dieser Artikel „eine gewisse schon vorhandene, nicht erst zu liefernde“ (Treitschke, Kaufcontract, S. 46) oder m. a. W. eine solche Menge von Gegenständen im Auge, welche sich als sinnlich unterscheidbares Ganze darstellt und zugleich als solche, nicht schlechthin mit der bloßen Angabe einer bestimmten Zahl oder einer bestimmten Quantität verkauft wird. Denn fehlt es an der ersteren Voraussetzung, so kann ein Mehr- oder Minderergebniß bei der Zuzählung einfach deshalb nicht eintreten, weil es an einem bestimmten Objecte für die Zählung selbst gebricht; fehlt es umgekehrt an der zweiten

Voraussetzung, so liegt ein f. g. Genuskauf vor (Art. 3864 l. c.) und der Verkäufer hat die bedungene Quantität zu liefern, der Käufer sie zu empfangen, ohne daß von einem mehr oder weniger Bezahlen auf Seiten des Letzteren die Rede sein kann.

Wenn nun beklagte Handlung ca. 10,000 ganze und 6000 halbe hier liegende Sleepers, wie solche befehen, vom Kläger zum Preise von 70 Kop. für den ganzen und von 34 Kop. für den halben Sleeper gekauft hat, so liegt gerade ein solcher Kauf vor, wie er in dem Art. 3858 l. c. behandelt wird und daraus ergibt sich die Folgerung, daß beklagte Handlung so viel Sleepers, als sich in der gekauften Partie vorfanden, bezahlen muß, aber auch keine Nachlieferung verlangen kann, wenn sich in derselben nicht so viele, als angenommen worden war, als vorhanden erwiesen. Damit ist denn auch die unter den Parteien ventilirte Frage, ob Kläger 5 oder 10 pCt. über und bzw. unter der Zahl von 10,000 ganzen Sleepers Spielraum hatte, dahin erledigt, daß diese Frage hier ganz außer Betracht zu bleiben hat, weil nicht ein Genuskauf über ca. 10,000 Sleepers in Frage steht, sondern ein nach Zahl abgeschlossener Kauf über eine bestimmte Partie.

Daß die Begründung des hier gewonnenen Resultates mit keiner der von beiden Theilen vertretenen Rechtsauffassungen übereinstimmt, steht derselben überall nicht entgegen, weil dieses Resultat lediglich auf anderen rechtlichen Folgerungen aus dem Inhalte der unstreitigen Vertragsurkunde beruht und der Richter von den Rechtsausführungen der Parteien so wenig abhängig ist, daß ihm sogar die Pflicht obliegt, an Stelle der von den Parteien unrichtig angewendeten Rechtsätze, die von ihm als die richtigen erkannten zu setzen (Appellations-Erkenntnisse des Riga'schen Rath's vom 4. September 1868, No. 6238 und vom 26. April 1872, No. 2826. Renand, Civilproceß, § 78 Note 20. Planck, Beweisurtheil, S. 254. Langenbeck, Beweisführung, S. 221).

Die beklagtische Einrede, Kläger habe den Vertrag, da er bisher anstatt 10,000 erst 8343 (oder mit Zuschlag der 621 grähnenen 8964) ganze Sleepers geliefert, nicht erfüllt, erweist sich somit als verwerflich, weil nicht behauptet worden ist, daß in der verkauften Partie mehr Sleepers, als abgeliefert worden, vorhanden gewesen seien, und Kläger nichts weiter, als die in

der verkauften Partie enthaltenen zu liefern verpflichtet ist. Ebenso ist der von beklagter Handlung auf die Lieferung von 621 grähnener Sleepers gestützte Einwand hinfällig. Denn durch die Vertragsklausel, daß die Waare „wie befehen“ verkauft worden, sind Rügen hinsichtlich ihrer Qualität — abgesehen von dem Falle des Betruges — ausgeschlossen, sofern nicht zugleich behauptet wird, daß die Qualität hinterher verändert worden, oder daß anstatt der zu der gekauften Partie gehörigen, andere Sleepers geliefert seien, was nicht behauptet ist.“

Auf beklagtiſche Appellation wurde die Klage durch Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 7. Mai 1875, No. 3275, unter folgender Motivirung angebrachtermaßen abgewiesen:

„Es kann nicht zugegeben werden, daß aus der — ohnehin in so manchen Beziehungen incorrecten — Vertragsurkunde mit unabweiſbarer Nothwendigkeit der geſchehene Abſchluß eines Handels über eine von der Käuferin zuvor in ihrer ganzen Ausdehnung beſichtigte species herausgeleſen werden muß. Allerdings ſcheint auf den erſten Blick der im Verkaufſchein beſindliche Vermerk „wie befehen“ auf den Abſchluß eines derartigen Handels hinzudeuten. Wird aber ſchon im Allgemeinen nach dem kaufmänniſchen Geſchäftsverkehr und Sprachgebrauch, wenn keine beſondere Verabredung exiſtirt, durch jene Clauſel mehr nicht ausgeſprochen, als eben die zum Voraus declarirte Zufriedenheit des Käufers mit der ihm zu liefernden Waare und der Verzicht auf alle etwaigen Einwendungen wider die Beſchaffenheit derſelben, ohne damit gerade auszudrücken, daß die verkaufte und gekaufte Waarenpartie aus einem größeren Quantum gleicher Waarengattung bereits ausgeſchieden geweſen iſt — denn es kann ja durch die Worte „wie befehen“ ſehr wohl auch die Approbation deſſen zum Ausdruck gebracht werden, daß eine aus einem beſichtigten größeren Quantum allerſt noch auszuſcheidende species geliefert werde — ſo iſt vorliegendenfalls bei näherer Inbetrachtung des ſonſtigen Inhalts der Vertragsurkunde und der actenmäßigen Verhandlungen kaum denkbar, daß ein Kauf einer zuvor beſichtigten species, ſondern vielmehr denkbar, daß, wie Beklagte conſtant behauptet hat, ein Kauf nach einer zuvor beſichtigten Probe ſtattgefunden hat und eben das letztere

auch nur durch die Formel „wie befehen“ hat gekennzeichnet werden sollen. Denn

1. ist es an sich unwahrscheinlich, daß vor dem Handelsabluß und vor der Gewißheit, ob es zu einem solchen überhaupt kommen würde, die jedenfalls sehr zeitraubende Arbeit einer Besichtigung von 16,000 Stück ganzer und halber Sleepers unternommen sein sollte;

2. ist es nicht zu erklären, aus welchem Grunde in dem doch sonst so oberflächlichen und ungenauen Schein die Stückzahl und die Dimensionenverhältnisse der verkauften Sleepers genaueste Erwähnung gefunden haben, wenn ein Specieskauf vorlag;

3. ist es nicht wohl zu begreifen, warum Kläger, was doch zunächst lag, in allen seinen Proceßschriften sich niemals auf den gescheneen Verkauf und die im ganzen Umfang geschenee Lieferung einer species oder in sich abgeschlossenen Partie berufen hat, da doch eben eine solche Berufung die Liquidität seiner Forderung sofort klar zu legen, wie sonst nichts geeignet war;

4. hat im Gegentheil Kläger selber angezeigt, daß er nachträglich die indeß angeblich von der Beklagten refüsirte Lieferung weiterer 1000 Sleepers angeboten, um den Vertrag vollständig zu erfüllen und spricht auch dieses Angebot, da nicht vorauszusetzen ist, daß Kläger sich zu einer unverpflichteten Leistung habe willig finden lassen, gegen die geschenee Beschränkung des Kaufs auf eine abgegrenzte species.

Es kann daher dem Unterrichter darin nicht zugestimmt werden, wenn er die seiner ganzen Argumentation zum Substrat dienende Thatsache eines Specieskaufs als urkundlich erwiesen angenommen, ja es kann nicht einmal gebilligt werden, daß derselbe, da er doch an die thatsächlichen Anführungen der Parteien gebunden ist, diese von den Parteien überhaupt nirgend behauptete Thatsache seiner Entscheidung zur Unterlage gegeben hat. Damit fällt dann aber auch die Anwendbarkeit des Art. 3858 Th. 3 des Prov.-Rechts, welcher dieser Entscheidung zum Stützpfiler dient, auf den vorliegenden Fall fort, denn wie das untergerichtliche Erkenntniß selbst scharf hervorgehoben hat, ist dieser Artikel eine Richtschnur ausschließlich für den Specieskauf. Dagegen stellt sich, wenn (wie nach dem Vorerörterten sowohl in Gemäß-

heit des Inhalts des Verkaufsscheines, als auch des Vorbringens der Parteien anzunehmen) ein Genuskauf geschlossen war, die von der Beklagten vorgeführte Einrede des nicht erfüllten Vertrages als vollkommen wohlbegründet heraus. Denn Kläger hat an Stelle der verkauften 10,000 Sleepers deren nur zwischen acht und neun Tausend geliefert. Freilich hatte er sich nicht genau und rund, sondern nur ungefähr 10,000 Sleepers zu liefern anheischig gemacht. Das Epitheton „circa“ unterstellt zwar bei einer in Zahlen angegebenen Waarenquantität die Grenze der zulässigen Mehr- oder Minderlieferung dem richterlichen Ermessen*), so daß trotz der Bestimmtheit der Quantität ein freier Spielraum nicht vollständig ausgeschlossen ist; indeß wird immer doch anerkannt werden müssen, daß diese bestimmte Quantität wenigstens dann nicht annähernd erreicht ist, wenn die Differenz eine so weitgehende ist, wie in concreto, wo selbst bei Hinzurechnung der gränuenen Sleepers als zur Erfüllung des Kaufgeschäfts geeigneter, jedenfalls mehr denn der zehnte Theil des bedungenen Quantums nicht abgeliefert worden ist. Es hat demnächst Kläger die Einrede des erfüllten Vertrages auch um deswillen noch zurückweisen zu können vermeint, weil nach Maßgabe des Verkaufsscheines die Lieferung und Zahlung Zug um Zug habe geschehen sollen. Allein von einer solchen Proceedur Zug um Zug spricht der Schein keineswegs, er läßt überhaupt nicht irgend welche Abschnitte zu, sondern wenn er mit den Worten schließt: „Lieferung sofort und Zahlung nach Empfang“, so geht ganz unzweideutig Lieferung und Zahlung auf den ganzen Betrag und ist letztere allerst zu leisten, nachdem erstere vollendet worden**). Nachdem in Vorstehendem erörtert worden, daß die Einrede der Beklagten, indem keineswegs die Anschauung des Unterrichters, daß es sich im obschwebenden Fall um die Erfüllung eines Specieskaufs gehandelt habe, getheilt werden kann, als wohlgerechtfertigt sich darstellt, erübrigt nur noch hinzuzufügen, daß übrigens nicht minder auch dann, wenn wirklich, wie nicht geschehen, aus einem Specieskauf geklagt worden

*) Vgl. Entsch. des O. H. G. I, S. 56, 144. VIII, 209. IX, 120. XIII, 75. XV, 334.

***) Anders, wenn die Zahlung „bei“ Empfang erfolgen soll. Siehe Band III, S. 247. IV, S. 378.

wäre, die Klage des Appellaten als eine ungenügend substantiirte hätte angebrachtermaßen zurückgewiesen werden müssen. Denn der Art. 3213 Th. 3 des Prov.-Rechts verpflichtet einen Jeden, der aus einem gegenseitigen Vertrag auf Erfüllung klagt, entweder seinerseits gehörige Erfüllung anzubieten, oder zu erweisen, daß er seinerseits den Vertrag erfüllt habe. Demzufolge gehörte zum Klagegrunde auch der aus einem Speciesverkauf angestellte Klage auf Zahlung des Kaufpreises, sofern mit ihr das Anerbieten zu weiterer Erfüllung nicht verbunden war, nothwendig die Behauptung, daß die ganze verkaufte species der Beklagten bereits abgeliefert worden. Eine derartige Behauptung ist aber in der Klage des Appellaten einfach schon aus dem Grunde, weil er überall nicht aus einem Speciesverkauf geklagt hat, schlechterdings nicht zu finden. Um so weniger aber konnte der Unterrichter dem Umstande ein entscheidendes Gewicht beimessen, daß die Beklagte — wie hätte sie dazu kommen sollen? — nicht behauptet habe: es seien in der verkauften Partie mehr Sleepers vorhanden gewesen, als abgeliefert worden.“

650. a) Voraussetzungen und Wirkungen eines Kaufes „nach Besicht.“

b) Beweislast bezüglich der Vertragserfüllung, wenn der Käufer auf Ersatz des Interesse oder Rückzahlung des vorausbezahlten Kaufpreises wegen Mängel der Waare klagt.

Beklagte Handlung hatte der klägerischen Handlung nachstehendes Memorandum übersandt:

Riga, den 10. Mai 1872. Wir bestätigen Ihnen den Verkauf von ca. 400 Berkowez Kronflachsen, wie dieselben im G . . . sehen Speicher lagern und eingewrakt sind, ohne Auswahl der besseren Sorten zum Durchschnittspreise von 53½ Rbl. pr. Berkowez. Der Empfang genannter Flachsen geschieht 14 Tage a dato. Als Voranschuß hierauf zahlen Sie am 13. d. M. 5000 Rbl. und im Laufe der nächsten Woche 10,000 Rbl., den Rest beim Empfang . . . Für den Fall, daß Sie qu. Flachsen länger lagern wollen, als der festgesetzte Empfangstermin ist, so haben Sie uns 30 Rbl. pr. Monat als Speicher-

miethen zu vergüten und die Flachsen lagern alsdann für ihre werthe Rechnung und Gefahr.

Nachdem klägerische Handlung die bedungene Anzahlung von 15,000 Rbl. geleistet hatte, zeigte sie der beklagten Handlung am 24. Mai durch einen Notar an, daß sie mit dem Empfange habe beginnen wollen, der Flachs sich jedoch als erhitzt und deshalb nicht empfangbar erwiesen habe. Am 29. Mai wurde durch eine auf Antrag der Parteien erfolgte gerichtliche Expertise constatirt, daß der Flachs erhitzt, feucht und nicht verschiffbar sei, worauf klägerische Handlung Klage auf Aufhebung des Vertrages, Rückzahlung des gezahlten Vorschusses von 15,000 Rbl. und Ersatz des ihr durch den Contractbruch verursachten Schadens erhob.

Das Wettgericht erkannte in dieser Sache am 21. Februar 1874 sub No. 135, wie folgt:

„Die Klage ist auf Aufhebung des Vertrages und in zweiter Linie auf Rückzahlung des vorausbezahlten Kaufpreises wegen vertragswidriger Beschaffenheit der verkauften Waare gerichtet. Beklagterseits ist nun die Meinung geltend gemacht worden, daß die Nichtempfangbarkeit der Waare den tatsächlichen Grund der Klage bilde. Dem ist jedoch nicht so. Die Nichterfüllung des Vertrages ist, selbst wenn auf sie besondere Ansprüche gegründet werden, wohl der Anlaß zur Klage, aber niemals ein Bestandtheil des Klagegrundes, welcher vielmehr einzig in dem Vertragschlusse gegeben ist. Es ist im Gegentheil allemal Sache des Beklagten, die Erfüllung des Vertrages zu behaupten und zu beweisen, wenn er auf diese gestützt, die Vertragsklage zurückweisen will, gleichviel ob dieselbe auf Erfüllung, oder auf Erstattung des Interesses bzw. einer Conventionalpön, oder endlich in Handelsfachen auf Auflösung des Handels, als ob derselbe nicht geschlossen worden wäre, gerichtet ist*). Ebenso hat der Gläubiger, welcher Ansprüche aus dem Verzuge des Schuldners herleitet, nichts weiter als die seinerseits geschehene Interpellation, nicht auch die Unterlassung der rechtzeitigen Erfüllung zu beweisen.

Vorliegenden Falls hat beklagte Handlung zunächst sich

*) Vgl. Band I, S. 343. Entscheid. des R. O. S. G. II, S. 181. II, S. 20, 340, 405. VI, S. 272. VII, S. 236. XI, S. 56.

darauf berufen, daß nach dem Inhalte des Kaufvertrages eine weitere Bemängelung der Waare durch die Klägerin ausgeschlossen sei, und nur nebenher auch angeführt, die angebliche Erhitzung der Waare sei auf das, durch klägerischen Empfangsverzug veranlaßte, längere Liegen der Waare zurückzuführen, worin implicite die Behauptung zu liegen scheint, daß der verkaufte Flachs zur vertragsmäßigen Erfüllungszeit unverdorben war. Diese Behauptung wäre nach dem soeben Angeführten von der beklagten Handlung zu beweisen gewesen. Ein solcher Beweis ist indessen von ihr gar nicht versucht worden, wogegen durch die klägerischerseits benannten Zeugen allerdings bewahrt worden ist, daß der streitige im G 'schen Speicher lagernde Flachs, bevor klägerische Handlung den Empfang desselben abgelehnt hatte, feucht und erhitzt gewesen ist, sowie das der Procurant beklagter Handlung dies wenigstens in Bezug auf einen Theil der Waare selbst eingeräumt hat. Da durch den klägerischerseits exhibirten Notariatsprotest ferner bewahrt ist, daß klagende Handlung am 24. Mai 1872 den gekauften Flachs hat empfangen wollen und von der Nichtempfangbarkeit derselben am selben Tage der beklagten Handlung Anzeige gemacht hat, und da endlich aus der Vertragsurkunde erhellt, daß die Gefahr des verkauften Flachs bis zum Ablaufe der Empfangsfrist bei beklagter Handlung verblieben ist, sowie daß für den Empfang eine vierzehntägige Frist vom 10. Mai 1872 festgesetzt, folglich der am 24. Mai klägerischerseits versuchte Empfang keineswegs verspätet war, so ist die Einwendung, welche beklagte Handlung aus der angeblich erst später eingetretenen Erhitzung des Flachs gegen den Klageanspruch hat entnehmen wollen, zu verwerfen, ohne daß es noch der Erörterung dessen bedarf, ob nicht beklagte Handlung durch gehörige Erfüllung der ihr nach Art. 3862 des Prov.-Rechts Th. 3 obgelegenen Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung des in ihren Räumen lagernden Flachs dessen Erhitzung hätte vermeiden können.

Ihre hauptsächliche Vertheidigung gegen die klägerische Forderung sucht beklagte Handlung — wie bereits bemerkt — in der Behauptung, daß eine Rüge von Mängeln der verkauften Waare deshalb unstatthaft erscheine, weil Klägerin dieselbe als ausgeschiedene Species und nach vorgängiger Be-

sichtigung gekauft habe. Diese Prämisse als richtig angenommen, würde gleichwohl — wie klagende Handlung mit Recht hervorhebt — die daraus gezogene Schlußfolgerung noch nicht richtig sein. Denn der Kauf einer Species nach Besicht schließt nach der Natur der Sache, wie nach unbestrittenen Rechtsgrundsätzen nur die nachträgliche Geltendmachung solcher Mängel aus, welche bei der Besichtigung vorhanden und erkennbar waren, nicht aber die Ansprüche wegen heimlicher Mängel und ebensowenig die Berufung auf diejenigen Fehler, welche erst nach der Besichtigung entstanden sind, vorausgesetzt natürlich, daß der Verkäufer für diese noch einzustehen hat. Das ist aber der Fall, wenn die Fehlerhaftigkeit hinterher entweder durch Vernachlässigung der dem Käufer obliegenden Aufbewahrungspflicht, oder aber durch einen Zufall entstanden ist, während der Verkäufer noch die Gefahr der Waare zu tragen hat. Daß im Fragefalle die verkauften Flachsen bis zum 24. Mai incl. noch für Gefahr der beklagten Handlung lagerten, ist nach der Vertragsurkunde unzweifelhaft. Abgesehen von der der beklagten Handlung vorgeworfenen Vernachlässigung in der Aufbewahrung des Flachses, wäre mithin eine Ausstellung der Klägerin wegen der zu Tage getretenen Erhizung desselben nur dann ausgeschlossen, wenn beklagte Handlung behauptet und bzw. bewiesen hätte, daß die Erhizung bereits zur Zeit der Besichtigung der Flachspartie vorhanden gewesen sei. Sie hat jedoch diese Behauptung nicht nur nicht aufgestellt, sondern sie hat gerade — wie vorhin erörtert worden — angeführt, daß die Erhizung des Flachses lediglich als eine Folge des nicht rechtzeitig geschenehen Empfanges desselben seitens der Klägerin anzusehen sei, d. h. also bei der Besichtigung nicht vorgelegen habe. Folglich ist ihre Deduction, daß wegen der vor dem Kaufabschlusse erfolgten Besichtigung des Flachses klagende Handlung dessen Erhizung nicht geltend machen dürfe, an sich hinfällig und folglich ist auch die Beweisantretung über die Prämisse ihrer Schlußfolgerung, daß nämlich Klägerin den Flachs vor dem Kaufe habe besichtigen lassen, für die Entscheidung dieser Streitsache ganz unerheblich.

Da nach dem Vorstehenden die beklagtiſchen Einreden theils nicht bewiesen, theils rechtlich nicht erheblich sind, die Klage aber, soweit sie auf die Aufhebung des Vertrages gerichtet ist, in dem

handelsrechtlichen Grundsätze, daß bei nicht rechtzeitiger Vertragserfüllung durch den Verkäufer der Käufer auch zum Rücktritte vom Vertrage befugt ist, soweit sie dagegen in zweiter Linie auf Rückerstattung des mit 15,000 Rbl. vorausbezahlten Kaufpreises geht, in den Art. 3727—29 des Prov.-Rechts Th. 3 ihre rechtliche Grundlage findet und da ferner klägerische Handlung im Laufe des Processes und zwar erst am 12. September 1872 die Summe von 12,235 Rbl. von beklagter Handlung empfangen hat, so hat Beklagte zur Zahlung des noch rückständigen Restes des vorausbezahlten Kaufpreises mit 2765 Rbl. und gemäß Art. 3307 und 3416—3425 l. c. auch zur Erstattung der Weilrenten vom Tage der Klage ab bis zum Zahlungstage der schuldigen Summe verurtheilt werden müssen. Dagegen hat dem klägerischen Antrage, beklagte Handlung auch zum Ersatze der durch den Vertragsbruch verursachten Schäden anzuhaltten keine Folge gegeben werden können, weil dieses Verlangen mit dem der Auflösung des Vertrages insofern in einem unlöslichen Widerspruche steht, als aus einem rückgängig gemachten Vertrage selbstredend keine Schadenersatzansprüche mehr erhoben werden können, da diese das Bestehen des Vertrages voraussetzen*)."

Diese Entscheidung wurde auf beklagliche Appellation durch Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 1. November 1874, No. 6868, in Allem bestätigt.

651. Zahlungsverbindlichkeit des Acceptanten einer kaufmännischen Anweisung.

Der Kaufmann J., welcher eine von G. zu Gunsten des L. auf ihn gezogene Anweisung über 718 Rbl. acceptirt hatte, verweigerte auf Klage des Cessionars des Assignatars L. die Zahlung der noch rückständigen 118 Rbl., weil die Anweisung zur Liquidation des Kaufpreises für eine Partie Rohtabak ausgestellt und bei der Acceptation zwischen dem Beklagten und L. vereinbart sei, daß ein sich etwa ergebender Minderwerth des Tabaks von dem angewiesenen Betrage abzuziehen sei, während der gelieferte Tabak einen Werth von höchstens 500 Rbl. gehabt habe.

*) Vgl. Band III, S. 104 und 337.

Das Vogteigericht erkannte darauf am 11. Juli 1874 sub No. 98 wie folgt:

„Daß das Geldgeschäft, aus welchem Kläger als Cessionar des L. Klage erhoben hat, als eine kaufmännische Assignation aufzufassen ist, unterliegt keinem Zweifel. Denn eine solche ist vorhanden, wenn, wie im vorliegenden Falle, jemand einem Kaufmanne den Auftrag ertheilt, an einen Dritten eine Zahlung zu leisten und zugleich dem Letzteren den Auftrag, diese Zahlung zu empfangen. Nach den für die kaufmännische Assignation geltenden Grundsätzen hat Beklagter durch Annahme jenes Zahlungsauftrages dem zum Empfange beauftragten Cedenten des Klägers gegenüber sich in die Verbindlichkeit gebracht, das Accept zu honoriren.*) Aus dem in dem Accept enthaltenen Zahlungsversprechen ist hier eine neue Obligation entstanden, welche an und für sich mit dem Rechtsverhältnisse des G. zu ihm und mit den daraus entspringenden Einreden nichts zu thun hat. Wenn somit Beklagter auf Grund seines ohne jeden Zusatz auf eine zu Gunsten des klägerischen Cedenten ausgestellte Assignation gesetzten Accepts verbunden ist, dem Kläger die ganze assignirte Summe auszuzahlen, ohne mit Rücksicht auf das Rechtsverhältniß zu G. Einreden vorschützen zu dürfen, so erscheint um deswillen nicht als ausgeschlossen, daß Beklagter mit L. oder mit dem Kläger mündlich dahin überein gekommen wäre, daß dennoch der Minderwerth des ihm von G. verkauften Tabaks von der auszuzahlenden Summe in Abzug gebracht würde. Durch den Nachweis eines derartigen Uebereinkommens könnte sich jedoch nur in dem Falle die Berechtigung des Beklagten, einen Theil der dem klägerischen Cedenten laut Accept geschuldeten Summe demselben vorzuenthalten, ergeben, wenn zugleich festgestellt wäre, wie hoch sich der Betrag des behaupteten Minderwerths des gelieferten Tabaks beläuft. Für eine genaue Feststellung des Werths des dem Beklagten von G. verkauften Tabaks, sowie des darnach zu bemessenden Minderwerths fehlt es indessen in den Anführungen des Beklagten an genügenden Anhaltspunkten, auf welche ein vom Beklagten zu führender Beweis zu richten wäre.“

*) Vgl. Band III, S. 354—56.

652. Verpflichtung des Verkaufscommissionsärs, das nicht verkaufte Commissionsgut dem Committenten rechtzeitig zur Disposition zu stellen.

„Nach Art. 4375 des Prov.-Rechts Th. 3 muß der Mandatar, worunter auch der kaufmännische Commissionsär zu verstehen ist, bei der Ausrichtung des ihm aufgetragenen Geschäfts den höchsten Fleiß anwenden; er ist auch für das geringste Versehen dem Auftraggeber (Committenten) verantwortlich. Ein solches Versehen wird aber nach Art. 3298 l. c. durch Unterlassung derjenigen Sorgfalt und des Fleißes verübt, den ein tüchtiger und sorgsamer Hausvater bzw. Kaufmann überhaupt anzuwenden pflegt. Es ist nun zwar zweifellos, daß der Commissionsär, welcher Modeartikel, deren vortheilbringender Vertrieb nur in einer bestimmten Jahreszeit — wie namentlich bei Strohhüten im Sommer — möglich ist, zum Verkauf entgegengenommen hat, sich dann eines solchen leichten Versehens schuldig macht, wenn er nach Schluß der betreffenden Saison den Committenten davon, daß die Commissionswaare nicht hat verkauft werden können, zu benachrichtigen unterläßt und dadurch dem Committenten die Möglichkeit nimmt, gleichzeitig für die nächste Saison über die Waare zu verfügen. Allein nach Art. 3444 verbunden mit Art. 3284 a. a. O. verpflichtet eine derartige Unterlassung nur zum Er satz des dem Committenten dadurch entstandenen Schadens. Dagegen steht dem Committenten ein Anspruch auf Bezahlung des rechnungsmäßigen Preises der nicht verkauften Commissionsartikel unter den beregten Umständen ohne weiteres nicht zu. Hierzu bedarf es vielmehr einer besonderen Uebereinkunft der Contrahenten, zu deren Annahme das einfache Schweigen des Commissionsärs, dem keine Frist zur Erklärung darüber, ob er als Selbstkäufer eintreten wolle oder nicht, fixirt worden ist, nicht genügt. Solchem nach ist die Klage, sofern sie ohne nähere Begründung auf Zahlung des rechnungsmäßigen Preises der hier in Frage kommenden Strohhüte gerichtet ist, angebrachtermaßen abzuweisen.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 7. September 1874, No. 122).

653. a) Kann das Retentionsrecht auch im Concurse geltend gemacht werden?

- b) Bei einem generellen Mandat hat der Mandatar wegen seiner Forderung aus einem früheren Geschäft kein Retentionsrecht an den in Folge eines späteren Geschäftes in seinen Gewahrsam gelangten Sachen des Mandanten.
- c) In Riga hat der Commissionär gewohnheitsrechtlich ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Commissionsgut.

Der Curator der Concurssmasse des Kaufmanns K. vindicirte gewisse dem Eridar gehörige Waaren von dem Clariver D., welcher bereits seit längerer Zeit mit K. in Geschäftsverbindung gestanden und namentlich die für ihn einkommenden Waaren vom Zoll befreit hatte. Dieser machte an denselben ein Retentionsrecht nicht nur wegen der auf die vindicirten Waaren verwendeten Auslagen und Spesen geltend, sondern auch wegen einer Forderung von 3031 Rbl. 10 Kop. für bereits früher besorgte Commissionen und Zollbefreiungen.

Mit der Retentionseinrede durch Erkenntniß des Vogteigerichts vom 10. Mai 1875, No. 77, zurückgewiesen, wandte Beklagter sich im Wege der Appellation an den Riga'schen Rath, welcher mittelst Appellationsurtheils vom 17. December 1875, No. 8321, den Anspruch des Beklagten auf vorzügliche Befriedigung aus den vindicirten Waaren anerkannte. Gründe:

„Der erste Richter hat seine Entscheidung von der Erwägung der Frage abhängig gemacht: ob und bzw. unter welchen Voraussetzungen von einem Gläubiger an einer in seinem Besitz befindlichen, dem Schuldner gehörigen Sache auch nach Eröffnung des Generalconcursses über des Schuldners Vermögen ein Retentionsrecht ausgeübt werden kann, und er ist bei dieser Erwägung zu dem Ergebnis gelangt, daß, wenngleich der Faustpfandgläubiger vermöge seines dinglichen Rechts befugt ist, das Faustpfandobject bis zur Befriedigung aller seiner Forderungen sowohl der Person wie der Concurssmasse des Schuldners gegenüber zurückzubehalten, derjenige Inhaber einer fremden Sache dagegen, welcher ein nur persönliches Forderungsrecht an den Schuldner hat, diese Sache selbst wegen einer mit ihr connexen Forderung der Concurssmasse gegenüber nicht zurückbehalten darf, weil das Retentionsrecht eines solchen persönlichen Gläu-

bigers sich eben nur als ein Mittel zur außergerichtlichen Verfolgung und Sicherung von Forderungsrechten darstellt, welche in solcher Folge eben der Gläubiger während des Concurſes ſeparirt zur Geltung zu bringen, nicht befugt iſt.

Von dieſer Erwägung und Entſcheidung einer ſehr bekann- ten Controverſe *) dürfte hier indeß zunächſt abzusehen und da- gegen auf eine andere ſich in den Vordergrund ſtellende Frage einzugehen ſein und zwar auf die jedenfalls principalere und daher auch vor Allem zu erörternde Frage: ob und auf welchen rechtlichen Grund hin die Beklagte zu der von ihr beanspruchten Retention überhaupt ſelbſt nur der Perſon des Schuldners gegen- über, mochte dieſe auch nicht in einen Concurſ verfallen ſein,

*) Hinſichtlich dieſer Controverſe (Fuchs, Concurſverfahren, S. 42. Go l d ſ c h m i d t, Handelsrecht, I. S. 993—96) iſt eine Einigung biſher wohl namentlich deſhalb nicht erzielt worden, weil man ſie allgemein zu beantworten geſucht hat, ohne zwiſchen den einzelnen Anwendungsfällen des Retentionsrechtes zu unterſcheiden. Eine ſolche Unterſcheidung machen die Motive zum § 41 der Concurſordnung für das deutſche Reich, indem ſie 1) betonen, daß eine Beſchränkung der Vindication (wie ſie z. B. das N. L. R. I. 15 § 26 und das Prov.-Recht Art. 924—26 aufſtellt durch Verpflchtung zum Erſatze des Preiſes) auch gegenüber der Concurſmaſſe wirke und daß ebenſo die exc. non adimpl. contr. auch dem Concurſcurator entgegenſtehe, wenn dieſer die Er- füllung eines von dem Gemeinſchuldner geſchloſſenen Vertrages verlange, im übrigen aber 2) dem Retentionsrechte die Wirkung im Concurſe verſagen, es ſei denn a) daß mit der Verabfolgung der Sache der Concurſmaſſe zugleich der Vortheil der darauf gemachten Verwendungen zufließt, oder b) daß es ſich um Forderungen von Künſtlern, Handwerkern oder Arbeitern für die Anfertigung oder Ausbeſſerung der vindicirten Sache handelt (vgl. preuß. Concurſordnung von 1855, § 33 No. 9 und 10).

Mag man nun die Wirkung des Retentionsrechtes im Concurſe auch ſonſt leugnen, ſo müſſen m. E. die ſub 1 und ſub 2 a erwähnten Ausnahmen nichtsdeſtoweniger als begründet anerkannt werden und zwar auch im Gebiete des Provinzialrechtes, nämlich jene nach Art. 924—26, hzw. 3213, dieſe nach Art. 920 und 574. Mir ſcheinen aber die für die allgemeine Wirkſamkeit des Retentionsrechtes im Concurſe angeführten Gründe überhaupt zu über- wiegen und für durchſchlagend halte ich bezüglich des gemeinen Rechts ins- beſondere den Satz, daß den Concurſgläubigern, welche doch nur die Ver- mögensrechte des Gemeinſchuldners zu ihrer Befriedigung ausüben dürfen, nicht weitergehende Befugniſſe gegenüber dem Inhaber der Sache beigelegt werden können, als der Gemeinſchuldner ſelbſt ausüben dürfte. De lege ferenda laſſen ſich aber gegen eine ſo allgemeine Geltung des Retentionsrechtes wohl Bedenken erheben.

befugt war. Allerst wenn dieser rechtliche Grund ermittelt ist, wird sich beurtheilen lassen, ob er auch im Concurse, welcher die Lage des einzelnen Gläubigers niemals zu verbessern, wohl aber unter Umständen erheblich zu verschlimmern geeignet ist, von gleichem Gewicht und in gleicher Weise wirksam ist.

Nach durchgreifend gleichmäßigen, auch in den dritten Band unseres Provinzialrechts (Art. 3382 und 3383) aufgenommenen civilrechtlichen Grundsätzen darf eine Retention von Seiten des Gläubigers überall nur dann ausgeübt werden, wenn sein Forderungsrecht in einem Zusammenhang, nach juristischer Terminologie in einer Connexität mit der retinirten Sache steht*). Durch das bloße Zusammentreffen des Gläubigers und des Inhabers der von ihm retinirten Sache in Einer Person wird noch keine Connexität begründet, sondern nur durch den sachlichen Zusammenhang zwischen dem Forderungsrecht und der retinirten Sache. Zwischen den einzelnen verschiedenen Geschäften, welche für denselben Auftraggeber derselbe Beauftragte, sei es immerhin auch in Anlaß eines Generalmandats und seien immerhin diese Geschäfte auch gleichartige, vollzieht, besteht an sich aber noch kein sachlicher, sondern nur ein persönlicher Zusammenhang; oder m. a. W. es kann nicht gesagt werden [vgl. Band II, S. 85], daß eine aus einem früheren für sich abgeschlossenen Geschäfte herstammende Forderung mit einer Sache im Zusammenhang steht, welche in Folge eines späteren Geschäfts in die Detention desselben Gläubigers gelangte, wenn auch die Forderung aus demselben Rechtsverhältniß (dem Mandat) herkommen mag, aus welchem die Sache von dem Gläubiger detinirt wird. Es ist sonach unrichtig, wenn Appellantin aus dem persönlich zwischen ihr und ihrem Mandanten oder Committenten fortlaufend bestandenen Mandatsverhältniß eine Connexität zwischen allen aus diesem Verhältniß entsprungenen Forderungen und in ihren Gewahrsam gelangten Sachen ableiten zu dürfen glaubt. Es kann vielmehr einem Zweifel nicht begegnen, wenn man die Contocorrentforderung, wie sie specificirt zu den Acten gelangt ist, näher anschaut, daß für diese Forderung wegen Mangels der nach civilrechtlichen Grundsätzen gesetzlich erforderlichen Connexität mit dem retinirten Gegenstande,

*) Vgl. Band I, S. 88. II, S. 84.

Appellantin zu der beanspruchten Zurückbehaltung überall nicht befähigt war, mochte ihr Schuldner auch nicht in Concurse gerathen sein, so daß nach diesen Grundsätzen die vom ersten Richter zum Ausgangspunkt seiner Entscheidung herbeigezogene Frage: ob die Retention im Concurse zur Geltung gebracht werden könne, gar nicht in erster Reihe in Betracht zu kommen hat, sondern zunächst gleichgiltig ist.

Wesentlich andere Grundsätze, als die soeben besprochenen civilrechtlichen hat dagegen im Anschluß an handelsrechtliche Particulargesetze*) und an die Auffassungen und Wünsche des Handelsstandes das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch aufgestellt. Dasselbe hat zuvörderst in den Art. 313 und 314 das Retentionsrecht sehr erheblich erweitert, indem es jedem Kaufmann überhaupt dieses Recht eingeräumt hat wegen aller fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, an allen Sachen und Werthpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind, sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst, insbesondere vermitteltst Connoßsamente, Lade- oder Lagerscheine, noch in der Lage ist, über sie zu verfügen, und indem es dieses Recht sogar auf die nicht fälligen Forderungen ausgedehnt hat, sobald über das Vermögen des Schuldners der Concurse eröffnet ist, oder der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, so daß dieses „kaufmännische Retentionsrecht“ auch wegen mit dem retinirten Gegenstände nicht connexer Forderungen und ferner ganz unzweifelhaft und gerade ausnahmsweise im Concurse zur Geltung gebracht werden darf. Demnächst hat dasselbe Handelsgesetzbuch im Art. 374 insbesondere dem Commissionär an dem Commissionsgut, sofern er dasselbe noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst, namentlich mittelst Connoßsamente, Lade- oder Lagerscheine darüber zu verfügen in der Lage ist, ein Pfandrecht wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Commissionsgeschäften in der Weise zugesprochen, daß er sich für solche Forderungen vorzugsweise

*) Vgl. auch privatrechtl. Gesetzb. f. d. Canton Zürich §§ 1596—98, 1625, 1649, 1660 und jetzt den Entwurf eines schweizerischen Obligationenrechts Art. 224—230.

vor dem Committenten und dessen Gläubigern befriedigen darf. Dieses gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs am Commissionsgut, welche dem Commissionsgeschäft erst seine volle wirthschaftliche Bedeutung giebt, indem es allererst eine wahrhaft weitreichende Creditgewährung des Committenten an den Commissionär ermöglicht, ist nun allerdings erst durch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch gemeinrechtlich begründet, während es vorher nur particularrechtliche Anerkennung gefunden hatte*), und das Rechtsgebiet des N. D. H. G. B. erstreckt sich nicht auf unser Territorium. Nichtsdestoweniger darf, freilich ohne auf das N. D. H. G. B. als auf eine für uns, sofern es sich um Errungenschaften der neueren Doctrin handelt, nicht giltige Rechtsquelle zurückgreifen zu dürfen, auch hierorts dem Commissionär ein stillschweigendes Pfand- und selbständiges Deckungsrecht an dem Commissionsgute nicht versagt werden, da von sämmtlichen kaufmännischen Gliedern dieses Rathes übereinstimmend bezeugt wird, daß dieses Pfandrecht in hierortiger kaufmännischer Gewohnheit seine feste rechtliche Grundlage hat, so jedoch, daß in Betreff der Veräußerung des Pfandes der Gläubiger an die bestehenden civilrechtlichen Vorschriften gebunden ist und die Veräußerung nicht etwa willkürlich vornehmen darf.

Ist nun von keiner Seite her bestritten, daß die Beklagte Commissionärin des Cridars war, wird diese ihre Eigenschaft auch dadurch noch in unzweifelhaftes Licht gestellt, daß sie nicht auf den Namen des Cridars, sondern auf ihren, der Beklagten Namen hierher gebrachte Waaren für Rechnung des Cridars vom Zoll befreite, hat der hiesige Commissionär aber, wenn immerhin auch nur gewohnheitsrechtlich, ein stillschweigendes Pfandrecht am Commissionsgut, wie das in processualisch ausreichender Weise seine Bestätigung gefunden hat (vgl. Renaud, Civilproceß, Ausgabe von 1867, § 149 S. 390), erlischt das Pfandrecht auch niemals im Concourse, kommt es vielmehr erst anderen Gläubigern gegenüber recht eigentlich zur Geltung, so

*) Vgl. Band I, S. 88 und 89. Zürcherisches Gesetzbuch §§ 1625 und 1649.

war das Retentionsrecht der Beklagten und ist ihr Anspruch auf vorzügliche Befriedigung aus dem Erlöse des Commissionsgutes vollkommen begründet."

654. Rechtliche Voraussetzungen des Contocorrent-Verhältnisses.

I. „Das Wesen des Contocorrent-Verhältnisses besteht darin, daß nicht die einzelnen Rechnungsposten, sondern nur das Rechnungssaldo, welches beim Abschluß einer jeden Rechnungsperiode durch Aufrechnung aller Credit- und Debetposten gefunden wird, Gegenstand der Klage sein kann; durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Contocorrent-Vertrag wird ein solches Rechtsverhältniß begründet. Im gegenwärtigen Falle kann aber Beklagter nicht die rechtlichen Bestimmungen über das Contocorrent-Verhältniß für sich in Anspruch nehmen, weil aus dem von ihm selbst dargestellten Sachverhalt hervorgeht, daß ein Contocorrent-Verhältniß in der That gar nicht vorliegt und vorgelegen hat. Die geschäftlichen Beziehungen zwischen den Parteien haben darin bestanden, daß Kläger zu verschiedenen Zeiten Salzlieferungen bewerkstelligt und Beklagter Zahlungen geleistet hat. An sich sind zwar diese Geschäfte dazu geeignet, ein Contocorrent-Verhältniß hervorzurufen, eine dahin gehende Verabredung ist aber vom Beklagten nicht behauptet worden und der Inhalt der Klageerklärung weist nicht nur keine concludenten Handlungen auf, sondern widerspricht sogar der Annahme, als ob die Parteien ein Contocorrent haben begründen wollen.

Nach Angabe des Beklagten soll das Contocorrent-Verhältniß mindestens seit 1868, also bereits 6 Jahre bestehen, nichtsdestoweniger hat zwischen den Parteien noch nie eine Abrechnung stattgehabt; auch geht aus der Erklärung nicht hervor, daß eine solche vom Beklagten je verlangt worden sei.

Die „laufende Rechnung“ wird regelmäßig zu gewissen Zeiten und zwar gewöhnlich beim Abschluß des Geschäftsjahres in den Credit- und Debetposten mit einander verglichen und das Saldo gezogen. Zwar ist die Dauer der Rechnungsperiode nicht gesetzlich normirt; haben aber geschäftliche Beziehungen zwischen zweien bestanden, ohne daß (wie in casu) ein Rechnungsabschluß

stattgefunden hat, so ist man wohl zur Annahme berechtigt, daß ein Contocorrent-Verhältniß bezüglich des sechsjährigen Geschäfts nicht im Willen der Parteien gelegen habe.

Ferner ist Folgendes zu berücksichtigen. In der ausgeklagten Rechnung findet sich unter dem 9. Juli 1871 ein Posten, welcher lautet: „pr. Cassa empfangen 44 Rbl. 15 Kop.“ Beklagter bemerkt hierzu, daß er an dem genannten Datum 200 Rbl. gezahlt habe und aus dieser Nichtübereinstimmung hervorgehe, daß Kläger diese Zahlung zum Theil auf frühere Salzlieferungen verrechnet habe, welche Beklagter längst bezahlt zu haben glaube. Diese letzte Aeußerung giebt genugsam zu erkennen, wie Beklagter das rechtliche Verhältniß zwischen den Parteien auffaßt. Die früheren Salzlieferungen sind seiner Ansicht nach bezahlt; es soll nicht etwa nur eine Anzahlung stattgehabt haben, um einen Activposten in der laufenden Rechnung zu gewinnen, sondern eine Forderung des Klägers soll durch Zahlung erloschen sein. Diese bezahlten Lieferungen datiren offenbar aus der Zeit seit 1868, denn früher hat eine Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien nicht bestanden; seit 1868 soll aber auch das Contocorrent-Verhältniß bestehen und trotzdem ein einzelner Posten nicht im Rechnungssaldo aufgegangen, sondern durch Zahlung getilgt sein. Da Beklagter nicht behauptet hat, daß einzelne Posten verabredetermaßen außerhalb des Contocorrent-Verhältnisses durch Zahlung abgestoßen werden sollten, so kann nur angenommen werden, daß Beklagter irrthümlicherweise etwas als Contocorrent bezeichnet hat, was rechtlich nicht unter diesen Begriff subsumirt werden kann.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 13. Mai 1874, No. 102).

II. „Beklagter betont, die Parteien hätten in einem Rechnungsverhältniß gestanden, so daß es sich hier nicht um eine Gegenforderung, sondern um einen vom Kläger nicht aufgeführten Rechnungsposten handle Das Bestehen eines Contocorrent-Verhältnisses, d. h. eines Vertrages, wonach die Parteien sich verpflichtet haben, während einer gewissen Zeitdauer die beiderseitigen Forderungen aus der Geschäftsverbindung, oder aus einem bestimmten Theil ihrer Geschäfte nur als eine Ge-

samtheit aufzufassen, resp. nur nach vollzogener Abrechnung in Gestalt des zu Gunsten der einen oder anderen Partei nachbleibenden Saldo's zur Geltung zu bringen, schließt nach der Natur der Sache die gesonderte Beitreibung einer unter das gemeinschaftliche Geschäftsverhältniß fallenden Forderung allerdings aus und der Beklagte ist solchenfalls berechtigt, zu verlangen, daß der Gegner das gesammte Rechnungsverhältniß der Parteien zur Erörterung bringe. Der Anspruch des Beklagten ist aber durch die allgemeine Erklärung: „es habe unter den Parteien ein Rechnungsverhältniß bestanden,“ noch nicht genügend substantiirt; denn wo es sich nicht um kaufmännische Geschäftsverhältnisse*) handelt, ist aus der Eröffnung eines Credits seitens des Verkäufers von Waaren und aus der Leistung verschiedener Abzahlungen seitens des Käufers keineswegs zu folgern, daß es die Absicht der Parteien war, alle zwischen ihnen entstehenden Forderungsverhältnisse in eine einheitliche Abrechnung aufzunehmen.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses des Vogteigerichts vom 4. März 1875, No. 33).

655. Haftung des Privat-Wrakers für fehlerhaftes Sortiment der Waare.

„Das Rechtsverhältniß, in welches Kläger bei Entgegennahme des ihm vom Beklagten ertheilten Auftrages zur Abwrakung von 350 Berkowez Hanf zu Beklagtem getreten war, ist, da Kläger hierbei die Stellung eines temporären Handlungsgehilfen des Beklagten einnahm, mit Rücksicht auf die Anmerkung zum Art. 4173 des Prov.=Rechts Th. 3 nach den Grundsätzen des Dienstvertrages zu beurtheilen. Wenn Kläger geltend macht, daß er als Wraker für die Güte der von ihm sortirten Waaren keine Garantie zu leisten habe und durch sachverständige Zeugen zu constatiren bemüht gewesen ist, daß der Wraker nach örtlicher Usage seinem Auftraggeber auch dann nicht haftbar oder regreßpflichtig sei, wenn die von ihm gewrakte Waare von

*) Auch wo es sich um kaufmännische Geschäftsverhältnisse handelt, ist einzig aus der Crediteröffnung und Entgegennahme verschiedener Abzahlungen ein Contocorrentverhältniß noch nicht zu folgern. Vgl. Band III, S. 356 Note *. Entscheid. des O. J. G. XII, S. 72.

den Destinataren beanstandet werde, sondern selbst in diesem Falle unverkürzt seine Brakergebübr zu erhalten habe, so können die bezüglichlichen Rechtsanschauungen, sofern sie zu den gesetzlich feststehenden Grundsätzen des Dienstvertrages in Widerspruch treten, für den Richter keine Relevanz haben; denn die Bestimmungen des Privatrechts können durch Gewohnheitsrecht weder aufgehoben, noch abgeändert werden (Art. XXIV der Einleitung l. c.). Nach Art. 4179 l. c. verpflichtet die Nichtleistung der Dienste seitens des Dienstleistenden (bzw. Handlungsgehilfen) an den Dienstberechtigten (bzw. den Principal) und ebenso auch der Mangel an Sorgfalt oder Geschicklichkeit bei Ausführung der übernommenen Dienste zum Schadenersatz. Ferner ist der Dienstleistende nur in dem Maße, als er seinerseits den Contract erfüllt hat, berechtigt, von dem Dienstberechtigten den ihm für seine Dienste zugesagten Lohn zu fordern Im vorliegenden Falle hat Beklagter in Abrede gestellt, daß Kläger seiner Verpflichtung ein ganz gleiches Sortiment Hanf, wie im Jahre 1872, zur Versendung in's Ausland abzuwraken nachgekommen sei Daß Kläger der ihm gewordenen Instruction vollständig entsprochen habe, läßt sich nach dem Ergebnisse der stattgehabten Beweisführung nicht annehmen Daß die ausländischen Destinatare das von ihnen bestellte Sortiment durch den Kläger zugesandt erhalten haben, hat Beklagter bestritten und Kläger nicht erwiesen und somit nicht den Einwand widerlegt, daß er es bei der Wrake an der erforderlichen Sorgfalt und Geschicklichkeit habe fehlen lassen.“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Erkenntnisses des Vogteigerichts vom 13. Mai 1874, No. 60).

656. In Riga unterliegen auf unbestimmte Zeit geschlossene Dienstverträge zwischen Kaufleuten und Handlungscommis im Zweifel einer sechsmonatlichen Kündigung.

I. „Appellantin bestreitet, daß nach örtlichem Herkommen bei auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverträgen zwischen Handlungscommis und ihren Principalen eine sechsmonatliche Kündigungsfrist zu beobachten sei, und erachtet sich demzufolge nach Art. 4186 Th. 3 des Prov.=Rechts zu vollständig beliebiger Kündigung befugt. An diese Ausführung

knüpft Appellantin dann die eventuelle Bitte, nur eine viertel-jährliche Kündigungsfrist als nothwendig anerkennen und demgemäß die untergerichtliche Entscheidung abändern zu wollen. Da aber, wo das Bestehen eines Handelsgebrauches in Frage kommt, mit kaufmännischen Gliedern besetzte Gerichte nicht anderwärts her, sondern von ihren eigenen kaufmännischen Gliedern betreffende Auskunft einzuziehen haben (Renard, Civilproceß, § 149) und da nicht nur von dem Wettgericht, sondern auch von den dem Handelsstande angehörigen Gliedern dieses Rathes bestätigt wird, daß bei auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstverträgen zwischen Principalen und Handlungscommiss eine sechsmonatliche Kündigungsfrist die übliche ist, so darf auch der eventuellen Bitte der Appellantin nicht gewillfahrt werden.“ (Aus den Motiven eines Appellations-Erkenntnisses des Riga'schen Rathes vom 24. October 1875, No. 7005).

II. „Unter den Parteien ist unbestritten eine bestimmte Dauer des Dienstvertrages nicht verabredet worden. In diesem Falle kann nach Art. 4186 des Prov.-Rechts Th. 3 jeder Theil dem anderen den Vertrag beliebig kündigen, wenn nicht nach örtlichem Herkommen eine bestimmte Kündigungsfrist zu beobachten ist. Nach mehrfachen Entscheidungen dieses Gerichts besteht aber hierorts bei auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstverträgen zwischen Principalen und Handlungscommiss gewohnheitsrechtlich eine sechsmonatliche Kündigungsfrist.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 17. August 1876, No. 614).

Ebenso erkannte das Wettgericht am 12. October 1876 sub No. 743.

657. a) Verbindlichkeit der Absendungs-, wie der Empfangsbahn zum Ersatze des an dem Frachtgut während des Transportes entstandenen Schadens.
- b) Auslegung des § 160 d. des Transportreglements für die I. Gruppe der russischen Eisenbahnen.
- c) Wirkung der Nichtabnahme des Frachtgutes durch den Destinatar auf die Verbindlichkeit der Eisenbahn gegenüber dem Absender.

I. Eine aus Jeletz an den Kläger pr. Bahn nach Riga

versandte Partie Roggen war in Riga in durchnächstem Zustande eingetroffen. Kläger beanspruchte den Ersatz des ihm dadurch erwachsenen Schadens von der Riga-Dünaburger Eisenbahn-Gesellschaft, welche die Verbindlichkeit zur Entschädigung bestritt, weil 1) der Roggen schon in durchnächstem Zustande auf ihrer Bahn angelangt, also der Schaden nicht durch ihr Verschulden entstanden sei und weil 2) sie nach § 160 d. des Transportreglements für den Schaden, welchen auf offenen Plattformen transportirte Gegenstände durch Feuchtigkeit erlitten, nicht hašte.

Beide Einwände wurden durch rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 20. December 1874, No. 192, verworfen. Gründe:

ad 1) „Nach den allgemeinen Grundsätzen des für den Gütertransport auf Eisenbahnen beim Mangel besonderer Bestimmungen maßgebenden Frachtvertrages haftet jeder Frachtführer, welcher auf einen anderen Frachtführer folgt, falls er den ursprünglichen Frachtbrief übernimmt, auch in Bezug auf die Verbindlichkeiten seines Vorgängers aus dem bereits ausgeführten Transport (D. H. G. B. Art. 401). Diese Bestimmung ist im Art. 4261 des 3. Theils des Prov.-Rechts ausdrücklich anerkannt mit den Worten: „der nachfolgende Frachtführer tritt durch Uebernahme des Gutes mit dem ursprünglichen Frachtbriefe mit selbständiger Berechtigung und Verpflichtung in den Frachtvertrag ein.“

Für den directen Güterverkehr auf Eisenbahnen mit durchgehendem Frachtbriefe gilt daher der Grundsatz, daß jede der beim Transport betheiligten Eisenbahngesellschaften (unter allen Umständen aber die Absendungs- und Empfangsbahn, vgl. Art. 429 D. H. G. B.) solidarisch für den zu irgend einer Zeit während des Transports an Frachtgut entstandenen Schaden haftet. Da beklagte Eisenbahngesellschaft nicht in Abrede hat nehmen können, daß die klägerische Waare auf dem directen Transport von Jelez hierher den zur Klage gebrachten Schaden erlitten habe, so kann der Umstand, daß das Getreide beim Empfang auf der Riga-Dünaburger Bahn bereits durchnächst war, wohl für den Regreß der Beklagten gegen ihre Mittransporteure von Bedeutung sein,

gegenüber dem Kläger aber, als dem Absender und Empfänger der Waare nicht weiter in's Gewicht fallen.“

ad 2) „Der § 144 b des für die Transportverpflichtungen der beklagten Gesellschaft maßgebenden Reglements lautet: „Die Gesellschaften sind den Absendern und Empfängern gegenüber verantwortlich — für das Abhandenkommen oder die Beschädigung der Güter,“ und ebendasselbst heißt es im § 160 d: „Die Gesellschaften tragen gar keine Verantwortung — für Schaden durch Feuchtigkeit, welcher Equipagen und anderen auf offenen Plattformen nach deren Gattung und Umfang transportirten Gegenständen zugefügt wird —“.

Die Bedeutung dieser Vorschriften ist offenbar die, daß die Haftpflicht der Eisenbahngesellschaften für durch Feuchtigkeit dem Frachtgute verursachten Schaden dann cessirt, wenn es sich um Gegenstände handelt, die ihrer Gattung und ihrem Umfange nach nur auf offenen Plattformen (und dies stellt eine Ausnahme gegen die gewöhnliche Transportart im geschlossenen Waggon dar) transportirt werden können, oder doch mindestens transportirt zu werden pflegen.

Wenn Beklagte diese Ausnahmebestimmung für sich geltend machen wollte, so mußte sie deren Anwendbarkeit für vorliegenden Fall in schlüssiger Weise begründen, resp. beweisen. Dies ist aber nicht geschehen und die einfache Berufung auf den Art. 160 d des Reglements genügt nicht, da nach der soeben gegebenen Interpretation die Subsumtion des Getreidetransports unter die Vorschriften jenes Artikels ohne weiteres nicht möglich ist. Daß der Transport von Getreide, seines Umfangs resp. seiner Gattung wegen, im geschlossenen Waggon unmöglich ist, kann selbstverständlich nicht behauptet werden, daß Getreidetransport auf offenen Plattformen von den Eisenbahngesellschaften besorgt zu werden pflegt, dürfte bei der wohl notorischen Leichtverderblichkeit aller Getreidearten gleichfalls nicht zu begründen sein. Für vorliegenden Fall aber ist proceßualisch entscheidend, daß die beklagte Gesellschaft weder das eine, noch das andere behauptet, noch weniger aber sich ihrerseits zum Beweise erboten hat. Es hat mithin hier nicht die im § 160 d des Reglements vorgesehene Ausnahme, sondern die im § 144 b *ibid.* und im Art. 4258 des 3. Theils des Prov.-Rechts festgesetzte Regel in Anwendung zu kommen, wonach denn

die Beklagte für den in Folge von Durchnässung am klägerischen Frachtgute auf dem Transport entstandenen Schaden in vollem Umfange haftbar erscheint.“

II. Kläger forderte Rückerstattung angeblich zu viel erhobener Fracht für den Transport einer Partie Roggen von einer Station der Grjäsä-Barizyner Bahn nach Dünaburg in einer gegen die Direction der Dünaburg-Witebsker Eisenbahn gerichteten Klage.

Das Erkenntniß des Vogteigerichts vom 16. Mai 1875, No. 85, bemerkte bezüglich der Haftbarkeit der Beklagten:

„Die Ansicht der beklagten Direction: die Klage sei nicht gehörig substantirt, weil Kläger nicht behauptet habe, daß die von ihm als richtig bezeichneten Frachtsätze, resp. der bezügliche Tarif speciell für die Dünaburg-Witebsker Bahn Geltung hätten, oder daß nach dem Tarif letzterer Bahn eine Zuverl. erhebung von Frachtgeld stattgefunden habe, ist unrichtig. Sie hängt zusammen mit der — übrigens verspätet vorgebrachten — Deduction, Beklagte habe nur die auf ihrer Bahnstrecke geschehenen Mehrerhebungen zu vertreten. Nach den in Ermangelung specieller Vorschriften für den Eisenbahntransport in Anwendung zu bringenden allgemeinen Grundsätzen des Frachtvertrages*) haftet nämlich (vgl. die auch in den Art. 4261 des 3. Theils des Prov.-Rechts übergegangene Bestimmung des deutschen Handelsrechts, D. H. G. B. Art. 401 Abs. 2) jeder Frachtführer, welcher mit Uebernahme des ursprünglichen Frachtbriefes auf einen anderen Frachtführer folgt, auch in Bezug auf den von den früheren Frachtführern bereits ausgeführten Transport für die Verbindlichkeiten seiner Vorgänger. Im Transitverkehr der Eisenbahnen ist hiernach die Endstation des einzelnen Transports, resp. die Eisenbahngesellschaft, welcher die Endstation gehört, für alle Reclamationen aus

*) In dem Appellationsurtheil des Riga'schen Rathes vom 3. December 1876, No. 7891, heißt es: „Es ist in vielfältigen Präjudicaten anerkannt, daß die gesetzlichen Bestimmungen über das Frachtgeschäft, soweit sie nicht durch ein besonderes Reglement als *lex contractus*, oder durch Vertrag Abänderungen erfahren, von gleicher Wirksamkeit, wie für den anderen Frachtverkehr auf dem Lande, so auch für den Frachtverkehr auf Eisenbahnen sind.“

dem gesammten Transport, mithin auch für zu hohe Frachtnotirungen seitens der vorhergehenden Bahngesellschaften verantwortlich und die richtige Beklagte, selbstverständlich, ohne daß die frühere Bahngesellschaft von der Verantwortlichkeit befreit wird.“

Dieses Erkenntniß wurde rechtskräftig.

III. Die Riga=Dünaburger Eisenbahn hatte am 28. Januar 1875 von dem Kaufmann S. eine Kiste Manufacturwaaren unter Versicherung ihres Werthes auf 500 Rbl. zur Beförderung nach Molodeschna (einer Station der Landworowo=Romny-Bahn) entgegengenommen. Am 22. Februar 1876 benachrichtigt, daß die an ihren Bestimmungsort gelangte Kiste von dem Destinatar nicht empfangen worden sei, hatte S. zwei Tage später die sofortige Rücksendung der Kiste nach Riga unter abermaliger Werthversicherung auf 500 Rbl. verlangt, von der Expedition aber am 22. April die Auskunft erhalten, daß die Kiste inzwischen in Molodeschna abhanden gekommen sei. Auf seine Klage wegen Ersatz der Versicherungssumme erging in zweiter Instanz am 3. December 1876 sub No. 7891 nachstehendes Appellationsurtheil:

„Beklagte hat auszuführen versucht, daß nach Maßgabe der Bestimmungen wie ihres, so des Transport=Reglements der Landworowo=Romny=Eisenbahngesellschaft ihre Verpflichtung zur Entgeltung des vollen versicherten Werthes, nachdem der Adressat nicht innerhalb 48 Stunden das Frachtgut empfangen hatte, erloschen war und für sie von da ab nur noch die Verbindlichkeit bestand, den Verlust des erst später abhanden gekommenen Frachtgutes mit 5 Rbl. pr. Pud zu entschädigen. Kläger hat dagegen gelehnet, daß die von ihm nach Molodeschna gesendeten Waaren dem Destinatar überhaupt zum Empfange gestellt seien, indem die Kiste, in welche die Waaren gepackt gewesen, schon zur Zeit ihres Eintreffens am Bestimmungsort an Stelle der abgesendeten Waaren Eisen und altes Gerümpel enthalten habe. Theils aus diesem Grunde, theils weil Beklagte, zur Rücksendung der Waare hierher unter abermaliger Werthversicherung aufgefordert, diesen Auftrag nicht abgelehnt und dann erst nach Verlauf von sechs Wochen die Unausführbarkeit des Auftrages wegen inzwischen

eingetretenen Verlustes der Waaren angekündigt hat, beharrt dagegen Kläger auf seinem Anspruch wegen vollen Ersatzes des versicherten Werthes. Das Vogteigericht hat dem klägerischen Anverlangen entsprochen und seine Entscheidung dadurch motivirt, daß Beklagte die klägerischerseits bestrittene Identität des von hier abgesandten Objects mit dem dem Adressaten zur Disposition gestellten nicht bewiesen, demnächst ferner einen Verzug des Destinatars gar nicht dargethan habe, indem sie nicht einmal behauptet, daß sie selber die vertragsmäßige Leistung zu rechter Zeit und am gehörigen Orte angeboten habe

Ein näheres Eingehen auf diese Streitfrage kann indeß vermieden werden, da die andauernde Verantwortlichkeit der Beklagten für das verlorene Frachtgut durch ein viel näher liegendes Motiv bedingt wird. Um eine Erlöschung dieser Verantwortlichkeit, deren Entstehung von der Appellantin nicht bestritten wird, herbeizuführen, war jedenfalls die vollständige Erfüllung des Frachtvertrages erforderlich. Gemeinhin und in der Regel ist der Frachtvertrag allerdings erfüllt mit der Hinstellung des Frachtgutes am Bestimmungsort zur Disposition des Destinatars. Ganz anders aber gestaltet sich die Sachlage, wenn der Destinatar nicht empfängt. Ein Obligationsnegus besteht immer nur zwischen dem Absender und dem Frachtführer. Der Absender ist der eigentliche und alleinige Mitcontrahent des Frachtführers: ihm hat letzterer seine Dienste zugesagt, ihm ist er wegen Ausführung des Frachtgeschäfts verantwortlich, mit ihm allein steht er im geschäftlichen Verbande. Mit dem Destinatar hat er es dagegen nur insofern zu thun, als dieser der Mandatar oder Cessionar des Absenders ist. Dieser Obligationsnegus zwischen dem Absender und dem Frachtführer ist nun keineswegs erloschen, wenn der Destinatar den Empfang unterläßt; sondern es kommt die zu Gunsten des Destinatars zeitweilig eingetretene Beschränkung des dem Versender zuständigen Rechts vielmehr wiederum in Wegfall.

Genau mit dieser Auffassung stimmt auch der § 129 des Transportreglements für die Riga-Dünaburger-Eisenbahn überein. Denn nach diesem Paragraph und zwar in seiner späteren, verbesserten Redaction hat nach Verlaufe von acht Tagen, wenn der Empfänger sich nicht gemeldet, oder aber die Güter nicht abgenommen hat, die Empfangsstation der Versandstation darüber

Anzeige zu machen und durch diese eine Disposition des Versenders zu verlangen. Für diese Disposition ist nach demselben Paragraph dem Versender eine dreiwöchentliche Frist gewährt, innerhalb deren die Empfangsstation das vom Destinatar nicht abgenommene Gut für den Versender aufzubewahren hat. Der Depositar haftet nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dem Deponenten für dolus und culpa lata (Art. 3785 des Prov.-Rechts Th. 3). Wenn es nun ohne Zweifel Pflicht der Eisenbahnverwaltungen ist, nicht nur ein für allemal solche dauernde Einrichtungen zu treffen, welche die Unversehrtheit des ihr anvertrauten Gutes ausreichend sichern, sondern auch für gewissenhafte Beobachtung der Aufbewahrungsregeln in jedem einzelnen Falle zu sorgen und jede aus Fahrlässigkeit hervorgehende Nichtbeobachtung ihrer Vorschriften von Seiten der Untergebenen zu vertreten, so kann es, wo — wie hier — der Zufall ausgeschlossen ist, nicht anders denn als eine culpa lata der Beklagten angesehen werden, wenn das ihrer Obhut anvertraute Gut nichtsdestoweniger abhanden kommt, so lange sie nicht ihre Schuldlosigkeit dargethan hat.

Wenn nun vorliegenden Falls Kläger unwidersprochenermaßen schon binnen 48 Stunden nach ihm gewordener Anzeige von dem Nichtempfang der Waaren abseiten des Destinatars, und somit rechtzeitig seine anderweitige Disposition getroffen hat, indem er die Rücksendung derselben hierher, und zwar vorsichtig genug unter erneuerter Werthversicherung anordnete, so hat er in dem zwischen ihm und der Beklagten bestandenen Obligationsnegus nichts versäumt, die Beklagte ist ihm dagegen aus der Aufbewahrung, wie aus der in Folge des noch nicht erfüllten Vertrages fortbestehenden Versicherung in der Weise verhaftet, daß sie für den vollen Werth des verlorenen Gutes, welches er nicht durch seine Schuld, wohl aber durch fremde Schuld eingebüßt hat, zu verantworten hat.“

VIII.

Wechselrecht.

658. a) Im Zweifel gilt das Domicil, bzw. der Ort der Handelsniederlassung des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses als Erfüllungsort.
- b) Auch für den Wechsel ist der Zahlungsort, wenn ein solcher in dem Wechselbrief nicht bezeichnet ist, der Wohnort, bzw. der Niederlassungsort des Wechselschuldners.

Die Handlung H. & Co. erhob bei der II. Section des Landvogteigerichts gegen den Lipez'schen Kaufmann A. G. K.... die Wechselklage aus einem von dessen Sohn W. A. K.... laut angeblicher Vollmacht des Beklagten in Riga ausgestellten Eigenwechsel. Auf den Einwand des Beklagten, daß er in Lipez domicilire und dort zu verklagen sei, wurde die Klage in beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe des Quereibschoides des Riga'schen Rath's vom 15. Januar 1875, No. 356:

„Eine Wechselklage kann allerdings, wenn der Wechselbrief die Clausel der Zahlbarkeit „an allen Orten“ enthält, überall angestellt werden; wenn der Wechselbrief diese Clausel aber nicht enthält, einzig an dem Orte, welchen entweder der Wechselbrief selber als Zahlungsort bezeichnet hat (wie das bei dem domicilirten Wechsel immer, bei der Tratte in der Adresse des Trassaten häufig der Fall ist), oder aber an welchem der Wechselschuldner in Folge seines Wohnsitzes oder seiner Niederlassung den allgemeinen Gerichtsstand hat. Kann sonach von einem durch den Wechselvertrag begründeten *forum contractus* nur dann die Rede

sein, wofern der Wechsel selber einen anderen Ort, als das Domicil des Wechselschuldners als Zahlungsort angeht, so stellt sich im Wechselproceß mit einer noch viel größeren Schärfe als bei anderen Proceßgattungen die Nothwendigkeit heraus, bei dem Mangel eines vertragsmäßigen Gerichtsstandes den Schuldner nirgends sonst mit gerichtlicher Klage verfolgen zu dürfen, als eben dort, wo er seinen persönlichen Gerichtsstand hat. Denn der Wechsel ist, wie er von Einert treffend gekennzeichnet worden, ein geborener Wanderer, ein Kosmopolit, der, wenn er einmal seinen Verkehrslauf angetreten, durch keine Grenzmarke, durch kein Münzgesetz und Ausfuhrverbot aufgehalten wird, sondern getragen von der öffentlichen Meinung der kaufmännischen Ehre und des Credits, in die fernsten Gegenden dringt, überall Aufnahme findet, den verschiedenartigsten Verkehrszwecken dient, und nachdem er so seinen Lauf vollendet, in die Hände des Ausstellers zurückkehrt. Aus dieser dem Wechsel in hervorragendstem Maße eigenen Circulationsfähigkeit folgt, daß der Wechselschuldner in der Regel sich nicht in der Lage befindet zu wissen, in wessen Händen der Wechsel zu seiner Verfallzeit sich befindet, daß er also ferner auch nicht in der Lage ist, den Wechselgläubiger aufzusuchen und ihm das schuldige Geld zuzutragen, sondern daß er ruhig abwarten darf, bis ihm an seinem Wohnort der Wechsel präsentiert und Zahlung von ihm gefordert wird. Hat aber der Wechselschuldner, wenn im Wechselbrief selbst kein anderer Zahlungsort vorgeesehen worden, nirgends sonst als in seinem Domicil zu zahlen, so ist es wohl selbstverständlich, daß auch nirgends sonst, sei es auf außergerichtlichem, sei es auf gerichtlichem Wege, von ihm die Zahlung gefordert werden darf, als eben dort, wo er domicilirt.

Der in Rede stehende Wechsel enthält weder jene Clausel der Zahlbarkeit „an allen Orten,“ noch einen bestimmt bezeichneten Zahlungsort. Das für die Verhandlung der Klage aus dem in Rede stehenden Wechsel zuständige Gericht war also einzig der Wohn- oder Niederlassungsort des Wechselschuldners und der Beklagte hat unbestritten seinen beständigen Aufenthalt und den Mittelpunkt seines bürgerlichen Lebens und seiner Geschäfte in der Stadt Lipez. Die Klägerin hat demnächst auch noch aus dem Umstande, daß der Wechsel am hiesigen Ort ausgestellt worden, den gewagten Schluß ziehen wollen,

daß derselbe auch am hiesigen Ort bezahlt werden solle. Allerdings kann mitunter, ohne daß dessen im Vertrag ausdrückliche Erwähnung geschehen wäre, doch aus dem Inhalt des Vertrags indirect sich ergeben, daß der Entstehungsort des Vertrages zugleich der Erfüllungsort desselben sein solle, wiewohl im Zweifel stets nur der Domicilort des Schuldners*) zur Zeit der Vertragsschließung und in Handelsgeschäften der Ort der dauernden Handelsniederlassung als der gewollte locus solutionis wird angesehen werden müssen. Daß und warum aber eine solche Voraussetzung oder Schlußfolgerung von vorn herein und ohne alles Weitere bei dem Wechsel, in welchem kein Zahlungsort benannt worden, schon wegen seiner Eigenschaft der Circulation durch viele Hände ausgeschlossen zu bleiben hat, ist bereits oben erörtert worden.“

659. Die in dem R. R. G. vom 2. December 1862 begründete Wechselunfähigkeit der Untermilitärs beschränkt sich auf die im activen Dienste befindlichen.

„Aus der Erklärung des Untergerichts geht hervor, daß H. den Supplicanten auf Grund eines von S. an die Ordre des Supplicanten ausgestellten und durch Blancoindossament des letzteren an H. geliehenen Eigenwechsels auf die Summe von 100 Rbl. belangt hatte. Supplicant hatte dieser Forderung gegenüber sich darauf berufen, daß er als „beurlaubter Soldat“ keinen Wechsel zeichnen dürfe; dieser Einwand war jedoch, als im Wechselproceße nicht zu berücksichtigend, verworfen und Supplicant zur Bezahlung der libellirten 100 Rbl. angewiesen worden.

Nach dem R. R. G. vom 2. September 1862 (publicirt durch Patent der livländischen Gouvernements-Regierung vom 28. Januar 1863, No. 11) können allerdings Untermilitärs aller Ressorts sich durch Wechsel nicht gültig verpflichten und wäre diese Einrede des Supplicanten, als eine aus der Person des Wechselverpflichteten entspringende, nach Art. 109 (651) Pkt. 3 der russischen Wechselordnung und der hiesigen Gerichtspraxis im Wechselproceße auch wohl zu berücksichtigen gewesen. Da

*) Vgl. Band III, S. 3 und 306.

jedoch Supplicant sich als auf unbestimmten Urlaub entlassener Soldat bezeichnet hat, die Bestimmung des allegirten R. R. G. aber als ein Privilegium strict zu interpretiren und zunächst auf im activen Dienst stehende Untermilitärs zu beziehen ist, und da Supplicant ferner nicht einmal behauptet, geschweige denn bescheinigt hat, daß er zur Zeit der Zeichnung jenes Wechsels thatsächlich im activen Dienste stehender Untermilitär gewesen ist, so hat die vom Supplicanten angebrachte Beschwerde keine Berücksichtigung finden können.“ (Resolution des Riga'schen Rathes vom 19. März 1875, No. 2135).

660. Die Rechtsgiltigkeit eines von einer Person, die nur ihren Namen zu schreiben vermag, unterzeichneten Wechsels ist dadurch bedingt, daß der Aussteller den Inhalt des Wechsels bei der Unterzeichnung gekannt hat.

„Abgesehen davon, daß der vorliegende Wechsel so verkehrt ausgeschrieben und der Wechselbetrag offenkundig erst später hineingezeichnet worden, deshalb aber die Urkunde zur Einleitung eines Wechselprocesses überhaupt kaum geeignet ist, muß auch der Klageanspruch um deswillen zurückgewiesen werden, weil der Beweis, daß Beklagte den Wechsel ausgestellt hat, nicht erbracht ist. Wenngleich nämlich die beiden klägerischen Zeugen bestätigt haben, daß Beklagte in ihrer Gegenwart einen von dem Zeugen F. ausgestellten Wechsel eigenhändig unterschrieben habe, und wenngleich der letztere Zeuge hinzufügt, daß der erwähnte Wechsel mit dem zur Klage gebrachten identisch sei, so kann doch in dieser Aussage der Beweis einer verbindlichen Wechsellausstellung aus folgenden Gründen nicht gefunden werden. Die Rechtsregel, daß der Unterzeichner einer Urkunde deren Inhalt als für sich verbindlich gelten lassen müsse, findet nämlich nach Art. 2942 des Prov.-Rechts Th. 3 und nach unbestrittenen Proceßgrundsätzen keine Anwendung, sobald der Unterzeichner der Schrift nicht kundig ist, was dadurch, daß er seinen Namen geschrieben hat, noch nicht ausgeschlossen erscheint. In solchem Falle bedarf es vielmehr noch des besonderen Nachweises dessen, daß der Unterzeichner den Inhalt der Urkunde vor der Unterzeichnung gekannt habe.

Nun wird durch vielfache Aussagen der beklaglichen Gegenbeweiszeugen constatirt, daß Beklagte des Schreibens jedenfalls nur im allergeringsten Maße mächtig ist, ja höchstens ihren Namenszug hinzuzeichnen vermag. Unter solchen Umständen kann aus der Unterzeichnung des geklagten Wechsels, selbst wenn diese stattgefunden hat, noch nicht gefolgert werden, daß Beklagte durch ihre Namensunterschrift den Inhalt der Urkunde zum Ausdruck ihres Willens hat machen wollen, oder m. a. W., daß sie als Wechsellausstellerin im Sinne des Gesetzes zu gelten hat. Vielmehr ist der Beweis der Echtheit des Wechsels, d. h. eben dessen Eigenschaft als Willenserklärung der Beklagten (welcher Beweis durch den Beweis der Unterschriftsrechtheit nur vorläufig vermöge der vorerwähnten Rechtsvermuthung ersetzt wird) auch wenn man die Vorschrift des Art. 8 der W.=O. von 1832 auf Personen, welche nur ihren Namen schreiben können, nicht beziehen und deshalb die formelle Gültigkeit der streitigen Wechselurkunde unangefochten lassen will, doch in Folge des beklaglichen Gegen- oder richtiger Einredebeweises, und zwar wegen Mangels des materiellen Erfordernisses eines nachweislichen Abschlusses des Wechselvertrages für mißlungen anzusehen und deshalb die aus dem Wechsel erhobene Klage abzuweisen.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 18. August 1875, No. 180.)

661. Rechtseffect der wider einen Cridar erhobenen Klage aus einer vor Ausbruch des Concurse contrahirten Wechselschuld.

Der in Concurse gerathene Kaufmann G. wurde, während die Concurseverhandlungen noch schwebten, auf Bezahlung eines bereits vor Ausbruch des Concurse verfallenen Sola-Wechsels verklagt. Die II. Section des Landvogteigerichts erkannte darauf am 10. Mai 1874 sub No. 98, wie folgt: „Klägerin hat eine Wechselklage angestellt, deren Zulässigkeit nicht schon um deswillen bezweifelt werden darf, weil Beklagter in Generalconcurse verfallen ist. Die sogenannte vis attractiva des Concurse behindert keinen Gläubiger, selbständig gegen den Cridar vorzugehen, weil Niemand genöthigt werden kann, seine Forderung in dem Creditwesen seines Schuldners anzugeben.

Daher steht es einem solchen außerhalb des Concurſes ſtehenden Gläubiger frei, ſeine Klage, falls ſie ſich ſonſt dazu eignet, in einer bevorzugten Proceßart zu verhandeln, ein Recht, welches er nicht beſäße, wenn er ſich dem allgemeinen Liquidationsverfahren angeſchloſſen hätte (Endemann, Civilproceßrecht, S. 1152). Wohl aber äußert die Anziehungskraft ihre Wirkungen auch in einem ſolchen Falle, wengleich nach einer anderen Richtung. Das geſammte Vermögen des Gemeinſchuldners, ſowohl das zur Zeit der Concurſeröffnung vorhandene, als auch das durante crida erworbene, fällt der Activmaſſe zu, an welche einen Anſpruch nur diejenigen Gläubiger haben, welche ſich im Laufe der Proclamsfrist melden. Iſt es ſomit gewiß, daß der Cridar vor gänzlicher Beendigung des Concurſes keine ſeiner Verfügung unterſtellte Vermögensſtücke beſitzen kann und darf, ſo muß auch von allem geſondertem Beitreibungsverfahren Abſtand genommen werden. Der Gläubiger, welcher unterläßt, ſich mit ſeiner Forderung im Concurſe anzugeben, verzichtet dadurch nicht nur auf ſeine Befriedigung aus der Concurſmaſſe, ſondern auch auf die Realſirung ſeiner Anſprüche für die Dauer des Concurſes: er kann n. a. W. zwar eine Verurtheilung des Gemeinſchuldners erwirken, nicht aber eine Vollſtreckungsordre. Er iſt mit ſeinen etwaigen Executionsanträgen von dem angeſprochenen Gericht auf den Zeitpunkt zu verweiſen, in welchem der Schuldner wieder in den Vollbeſitz ſeiner Verfügungsrechte eintritt. Eine Ausnahme zu Gunſten eines Wechſelgläubigers greift nicht Platz.“

662. Iſt ein in Rußland ausgeſtellter Wechſel ungültig, weil er nicht auf dem geſetzlichen Stempelpapier geſchrieben iſt?

„Die Handlung M. L. J . . . & L . . erhob bei dem Vogtei-gerichte gegen den Beſchwerdeführer Kaufmann N. L eine Wechſelklage auf Grund zweier vom Beſagten an die Ordre der Klägerin über 3623 M. 68 Pf. und reſp. 2629 M. 12 Pf. unter dem 22. November 1875 hierorts gezeichneten, 4 Monate a dato und bzw. am 28. März 1876 bei J. B . . & Co. in Hamburg zahlbar geweſenen von L. L . . . in Hamburg acceptirten und mangels Zahlung proteſtirten Tratten. Beſagter lehnte die

wechselfmäßige Verhaftung aus diesen Tratten ab, weil sie nicht auf dem von der Regierung verordneten Stempelpapier geschrieben seien

Diese Einrede wird in den Motiven des angefochtenen Erkenntnisses des Vogteigerichts vom 5. Juni 1876, No. 65, wie folgt zurückgewiesen. Der § 2 der Wechselordnung bestimme allerdings, daß der Gebrauch des Stempelpapiers zu den wesentlichen Erfordernissen eines Wechsels gehöre, nach § 4 l. c. solle aber ein Wechsel, welchem eines oder mehrere der wesentlichen Erfordernisse fehlten, die Kraft eines Schulddocuments nicht verlieren, in die Kraft eines Wechsels jedoch erst nach erfolgter Prüfung und Entscheidung seitens des Commerzgerichts treten. Diese Bestimmung bedeute, wie sich aus den §§ 103—110 der W.=O. ergebe, daß ein auf ordinärem Papier geschriebener Wechsel zur polizeilichen Beitreibung — welches hierorts gar nicht üblich sei — nicht angenommen werden dürfe, daß vielmehr Klagen aus einem solchen, wie aus anderen, nicht allen wesentlichen Erfordernissen entsprechenden Wechseln nur vor dem für die Verhandlung von Wechselsachen competenten Gerichte zu verhandeln seien.

Allein diese Deduction ist offenbar nicht erschöpfend. Denn, wenn dieselbe davon ausgeht, daß hier am Orte in Wechselsachen nur dasjenige Verfahren stattfindet, welches die Wechselordnung als das Verfahren vor den Commerzgerichten (im Gegensatz zur polizeilichen Beitreibung) bezeichnet und wenn ferner alle Wechsel, denen eines oder mehrere der wesentlichen Erfordernisse mangeln, vor den Commerzgerichten, also auch vor den hiesigen Gerichten als Wechsel in Verhandlung genommen werden dürften, so wäre die Consequenz doch offenbar die, daß ein einfacher Schuldschein, dem alle wesentlichen Erfordernisse mangeln, bloß vermittelt der Behauptung des Klägers: es habe ein Wechsel ausgestellt werden sollen, zur Verhandlung nach Wechselrecht vor die hiesigen Gerichte gebracht werden könnte. Wenn aber andererseits nicht alle Wechsel, denen wesentliche Erfordernisse fehlen, bei den Gerichten wechselfmäßig begetrieben werden dürfen, wie doch wohl fraglos ist, — so fehlt vorliegenden Falls in der oben wiedergegebenen untergerichtlichen Erörterung der Nachweis dessen, warum gerade das Fehlen des Stempelpapiers dem Wechsel die

Wechselkraft nicht nehmen soll, — während es doch nur auf diese Entscheidung ankam.

Der Fehler dieser Erörterung liegt im Wesentlichen in der irrigen Voraussetzung, als habe die W.=D. in ihren processualischen Bestimmungen irgend welche Bedeutung für das hiesige wechselrechtliche Verfahren. Von der durch den hiesigen Gerichtsgebrauch vollzogenen Reception der W.=D. v. J. 1832 ist nun aber, wie in vielfachen Präjudicaten der Untergerichte und des Raths anerkannt ist (vgl. z. B. den Querelbescheid des Raths in Sachen der Reichsbank wider die Börsenbank vom 13. Decbr. 1874, Nr. 7781), der processualische Theil der W.=D. stets ausgeschlossen gewesen und eine Bezugnahme auf §§ 103 — 110 l. c. zum Behufe der Interpretation des § 4 der W.=D. erscheint somit vollkommen unzulässig. Die ungezwungene Auslegung der letztbezeichneten Gesetzesstelle kann vielmehr nur zu dem Resultate führen, daß jeder Wechsel, welchem wesentliche Erfordernisse mangeln, nur die Kraft eines einfachen Schuldscheins hat, wofür nicht das Gericht nach erfolgter Prüfung erklärt: das Fehlen des gerade in Frage kommenden, wesentlichen Erfordernisses habe im concreten Falle nicht den Verlust des Wechselrechts zur Folge. W. a. W. es ist im § 4 l. c. anerkannt, daß nicht alle im § 2 und 3 aufgeführten Erfordernisse zur Aufrechterhaltung der Wechselkraft nöthig sind; darüber aber, welches der aufgeführten Erfordernisse zu diesem Zwecke unerlässlich sei, entscheidet das Gericht.

Erwägt man nun aber, daß die W.=D. als Specialgesetz ohnehin strict zu interpretiren ist und daß der rein formelle, den civilrechtlichen Grundsätzen zuwiderlaufende Charakter des Wechselrechts, die Wechselstrenge, es nahe legt, bei der Entscheidung, ob eine Urkunde diese exceptionelle Behandlung genießen solle, — mit möglichster Strenge und Formalität zu Werke zu gehen; berücksichtigt man weiter, daß die Anwendung des vorgeschriebenen Stempelpapiers von vornherein den Wechsel als solchen charakterisirt (was für den Verkehr von Wichtigkeit ist) und macht man sich endlich die Folgen klar, welche für die Wechselsteuer als Finanzmaßregel entstehen würden, falls der Nichtgebrauch des Stempelpapiers nur eine Strafzahlung (welche wiederum nur bei der doch verhältnißmäßig seltenen gerichtlichen Beitreibung zur Sprache kommen könnte), nicht aber den Verlust

des Wechselrechts nach sich ziehen würde; — so kann man aus allen diesen Gründen nur zu dem Schlusse kommen, daß der Pkt. 9, § 2 l. c. den Gebrauch des von der Regierung verordneten Stempelpapiers als ein Erforderniß vorschreibt, dessen Mangel die Wechselqualität der betr. Urkunde vollkommen und unbedingt aufhebt.*) (Vgl. Band III, S. 372.)

*) In den Motiven zum Art. 2 des Entwurfes einer russischen Wechselordnung vom Jahre 1869 heißt es: „Bis zur Emanation der W. O. von 1832 existirte bei uns ein Gesetz, welches bestimmte, daß Wechsel, die nicht auf dem gehörigen Stempelpapier geschrieben seien, weder zum Protest, noch zur Beitreibung angenommen und daß sowohl von dem Aussteller, wie von dem Wechselnehmer und allen Indossanten je der zehnfache Betrag des verordneten Stempels, bzw. der Differenz zwischen dem vorgeschriebenen und dem verwendeten Stempel, beigetrieben werden solle. Ob indessen hierbei der Wechsel seine Giltigkeit behielt, wenigstens nach Erlegung der Strafe, — darüber war in dem Gesetze eine klare Bestimmung nicht vorhanden. Bei der Edition des Codex der Reichsgesetze im Jahre 1832 wurde einerseits der Gebrauch des gehörigen Stempelpapiers unter die wesentlichen Erfordernisse des Wechsels aufgenommen und andererseits im Art. 140 des Steuer-Reglements (v. 1832) verordnet, daß alle Wechsel nur dann Giltigkeit haben sollten, wenn sie auf dem gehörigen Stempelpapier geschrieben seien. Gleichwohl wurde im Art. 297 des Handelsgesetzbuches (Ausg. von 1832) gleichzeitig bestimmt, daß ein Wechsel, dem ein oder mehrere der wesentlichen Erfordernisse (wozu nach dem oben Gesagten auch das Stempelpapier gehörte) fehlen, zwar die Bedeutung eines Schuldscheines nicht einbüßen, dagegen im Streitfalle die Wechselkraft nicht anders, als nach Prüfung und Entscheidung durch das Commercgericht erlangen solle. Der dergestalt zugelassene Widerspruch bezüglich einer ihrem Inhalte nach so wichtigen Rechtsfrage wurde im Jahre 1842 bei der zweiten Ausgabe des Codex der Reichsgesetze zum Theil durch eine Anmerkung zum Art. 172 des Steuer-Reglements (Art. 198 der Ausgabe von 1857) ausgeglichen, worin es hieß, daß eine Einschränkung der im Art. 172 ausgesprochenen Regel bezüglich der Wechsel, welchen eines oder mehrere der für sie festgesetzten Requisite fehlen sollten, im Handelsgesetzbuch enthalten sei. Endlich werden kraft des Allerh. bestätigten R. R. G. vom 22. December 1858 „häusliche Documente,“ wozu auch die Wechsel gehören, überhaupt nicht deshalb als ungiltig angesehen, weil sie nicht auf dem vorgeschriebenen Stempelpapier geschrieben sind, sondern die Gläubiger werden im Falle des Concurfes nur aus dem Vermögen befriedigt, welches nach vollständiger Tilgung aller in gesetzlicher Ordnung abgesetzten Schuldverschreibungen übrig bleibt, und sowohl der Aussteller, wie der Empfänger der Urkunde unterliegen der Bezahlung des dreifachen Werthes des zu verwenden gewesenen Stempelpapiers.“ Zu diesen Ausführungen, aus denen erhellt, daß der Gebrauch des Stempel-

Wenn die untergerichtlichen Motive bemerken, daß mit der in der angefochtenen Entscheidung vertretenen Ansicht der Art. 3045 (vgl. Art. 3044) des III. Theils des Prov.-Rechts unzweideutig übereinstimme, so kann hierauf nur entgegnet werden, daß es absolut unzulässig erscheint, das formelle Wechselrecht auf Grund einer dem materiellen Civilrecht entlehnten Analogie zu entscheiden. — Jener Artikel des Provinzialrechts sagt nur, daß eine Urkunde, welcher das vorgeschriebene Stempelpapier fehlt, keineswegs ungültig sein soll und von der Ungültigkeit der zur Klage gebrachten Wechsel ist gegenwärtig auch gar nicht die Rede, vielmehr soll ihnen Gültigkeit und „Kraft eines Schuld-documents“ gemäß dem § 4 der W.=D. gewahrt bleiben und nur die über die gewöhnlichen civilrechtlichen Grundsätze hinausgehende formelle Bedeutung als Wechsel genommen werden.“ (Resolution des R.ig. Rathes vom 20. August 1876, No. 5324.)

663. Zur Perfection des Wechselvertrages gehört die Begebung des Wechsels.

„Die Geltendmachung der Rechte aus der Wechselurkunde sind an den Besitz dieser Urkunde geknüpft. Es folgt hieraus, daß die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit nicht schon durch die Namensunterschrift auf dem Wechsellapier geschieht, vielmehr ist zur Perfection des Wechselvertrages noch die Begebung nothwendig: Das mit der Unterschrift des sich Verpflichtenden versehene Papier muß in den Besitz des Berechtigten gelangen. Dieser Grundsatz gilt, wie für die ursprüngliche Wechseltraffirung (Art. 7 der W.=D.), so auch für den später hinzutretenden Wechselvertrag, das Indossament (Art. 24 l. c.

papiers stets lediglich aus Finanzgründen vorgeschrieben und niemals als eine Solennität gerade einer Wechselurkunde aufgefaßt worden ist, muß gegenwärtig nur noch bemerkt werden, daß durch das Allerhöchst bestätigte R. R. G. vom 17. April 1874 Art. III Pkt. 1 der Art. 198 des Steuer-Reglements nebst allen dazu gehörigen Ergänzungen ausdrücklich aufgehoben und daß in den Art. 108 und 109 des Gesetzes über die Stempelsteuer für die Nichtverwendung von Stempelpapier bei Wechseln nur eine Geldstrafe angedroht, dagegen mit keiner Silbe der Ungültigkeit des Wechsels erwähnt ist.

„derjenige, an welchen . . . der Wechsel gelangte“). Nicht letzteres allein giebt dem Indossatar das formelle Klagerecht gegen den Wechselfausteller, sondern die Wechselurkunde muß auch in den Besitz*) der im Indossament bezeichneten Person gelangt sein.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses des Vogteigerichts vom 1. Mai 1875, No. 67.)

664. a) Begründung der Klage auf Rückgabe von Wechselblanquetten, die dem Beklagten zur Sicherstellung einer Forderung an den Kläger von letzterem übergeben sind.
- b) Wirkung der liquiden Einrede, daß der Klagewechsel vom Beklagten nur als Blanquet unterzeichnet sei, im Wechselproceffe.

Kläger verlangte Rückgabe mehrerer dem Beklagten zur Sicherung seiner Forderungen aus einem mit dem Kläger abgeschlossenen Lieferungskaufe behändigten, mit des Klägers Unterschrift versehenen Wechselblanquette, sowie Rückerstattung der Summen, zur Bezahlung welcher er auf die vom Beklagten bereits ausgefüllten Blanquette im Wechselproceffe bereits verurtheilt worden war. Beklagter gab an, daß Kläger ihm aus dem Lieferungskaufe ein Saldo von 3011 Rbl. 40 Kop. schulde, zu dessen Deckung er vier Wechselblanquette im Gesamtbetrage von 3000 Rbl. ausgefüllt und zur Klage gebracht habe, und erbot sich zur Einlieferung der nicht ausgeklagten Wechsel zum gerichtlichen Depositum.

Dem in dieser Sache von dem Vogteigericht am 19. October 1874 sub No. 151 erlassenen Bescheide entnehmen wir Folgendes:

*) Nach der Auffassung einiger Schriftsteller, namentlich Kunze's, ist es genügend, daß der Gläubiger den Wechsel in der Hand hat, wenn er die Forderung geltend macht, sei es auch, daß die Urkunde ohne Willen des Ausstellers aus dessen Gewahrsam gekommen ist. Diese Auffassung (Creationstheorie) ist nach dem Art. 7 der russischen W.-O. unstatthaft, da dieser als Erforderniß der Rechtswirksamkeit des Wechsels ausdrücklich hinstellt, daß der Wechselbrief dem Remittenten von dem Aussteller ausgereicht ist.

„Das Vogteigericht hat sich bereits früher zu dem Grundsatz bekannt, daß ein von dem einen Contrahenten mit seiner Namensschrift versehenes Blanquet, welches auszufüllen er dem anderen Contrahenten überläßt, keinen schriftlichen Vertrag herzustellen vermöge. Nach Art. 3036 des 3. Theils des Provinzialrechts nämlich ist zur Gültigkeit eines schriftlichen Vertrages wesentlich erforderlich die Unterschrift des sich verpflichtenden Theils; der Ausdruck „Unterschrift“ setzt aber einen auf der Urkunde voranstehenden Text voraus, welcher durch sie eben genehmigt werden soll. Wenn nun insbesondere der Wechsel an die schriftliche Form gebunden ist, so fragt es sich, welche Wirkung einem vom Geber mit seiner Namensunterschrift versehenen, vom Empfänger nachträglich ausgefüllten Wechselblanquette beizumessen sei? Nach dem Vorangeführten kann eine derart zu Stande gekommene Urkunde keine unbedingte Wechselkraft genießen; die sofort liquid gestellte Einrede, es sei der zur Beitreibung vorgestellte Wechsel vom Beklagten nur als Blanquet unterzeichnet worden, muß daher den Wechselproceß hemmen*) und eine solche proceßhindernde Wirkung involvirt nach der richtigen Ansicht auch das (in der mittels Regierungs-Patents vom 4. Juni 1837 No. 3231/61 publicirten Novelle zur russischen Wechselordnung enthaltene) Verbot der Wechselblanquette; keineswegs ist aber die Rechtsfolge des Gebrauchs von Wechselblanquetten Nichtigkeit des von den Parteien geschlossenen Rechtsgeschäfts, sondern es ist in Betracht zu ziehen, was zwischen den Contrahenten bei Uebergabe des Blanquets über den Zweck desselben mündlich verabredet worden.

Im vorliegenden Falle herrscht unter den Parteien darüber Einverständnis, daß Kläger dem Beklagten die Blanquette zur Sicherung der dem Letzteren gegen den Ersteren aus einem Lieferungsvertrage etwa originirenden Forderungen übergeben habe. Der Umstand, daß Kläger für die Blanquette Wechselstempelpapier gewählt hat, befundet seine Einwilligung dazu, daß Beklagter sich wegen jener Forderungen nöthigenfalls durch Anstellung von Wechselklagen bezahlt mache. Durch die Uebergabe der Wechsel-

*) Siehe dagegen Entscheid. des D. S. G. VI, No. 10 und die dortigen Allegate, ferner XII, No. 78.

blanquette leistete mithin Kläger auf die durch das Wechselrecht gegebene Einrede, daß der Wechselvertrag nicht gehörig schriftlich vollzogen sei, stillschweigend Verzicht und es trifft ihn mit Recht der Vorwurf der Arglist, wenn er gegenwärtig wegen Mängel bei Abfassung der Wechselurkunde Liberirung von der Verpflichtung zur wechselfmäßigen Zahlung resp. die Rückgabe der ausgefüllten Wechselblanquette vom Beklagten beansprucht und somit den Letzteren derjenigen Sicherheit berauben will, welche derselbe nach des Klägers eigener Intention wegen der aus dem Lieferungsvertrage originirenden Forderungen genießen sollte. Es scheint daher gerechtfertigt, nur insoweit Beklagter selbst erklärt hat, der Wechselblanquette nicht mehr zur Sicherung seiner Forderungen benöthigt zu sein, ihn zur Deposition derselben bei Gericht — der klägerischen Bitte gemäß — anzuhalten.

Anlangend dagegen die übrigen ausgestellten Wechselblanquette im Werthe von 3000 Rbl., welche Beklagter durch Anstellung der Wechselklage bereits zu realisiren begonnen hat, so sind sie in Anleitung des Art. 2952 des III. Theils des Provinzialrechts nach denjenigen Rechtsnormen zu beurtheilen, welche für das von den Parteien bei Uebergabe und Empfang der Blanquette gewollte Geschäft gelten. Wenn nun nach Art. 1335 l. c. unter Pfandrecht dasjenige Recht auf eine fremde körperliche oder unkörperliche Sache zu verstehen ist, vermöge dessen diese dem Berechtigten zur Sicherung einer Forderung in der Art haftet, daß er sich daraus bezahlt zu machen befugt ist, so muß anerkannt werden, daß jenen in den Besitz des Beklagten rechtmäßig gelangten Blanquetten die Eigenschaft von Faustpfändern mit erleichterter Pfandrealisierung beizuhohnt. Die Rückgabe des Faustpfandes oder die Hemmung der bereits begonnenen Pfandrealisierung, welche im vorliegenden Falle der Entäußerung des Pfandes gleichzustellen ist, kann ferner der Schuldner nach Art. 1484 a. a. D. nur für den Fall der Tilgung der Forderung, für welche das Pfand haftet, beanspruchen, nach Art. 3531 liegt aber der Beweis geschehener Zahlung demjenigen ob, welcher sie behauptet. Hiernach trifft denn den Kläger die Beweislast in Ansehung der seinerseits behaupteten Vertragserfüllung. Anlangend das Detail der letzteren, so herrscht unter den Parteien zunächst darüber Streit, ob Kläger — wie er in seiner

Elision vom 12. September 1874 behauptet, — für den Betrag von 2148 Rbl. 71 Kop. S. mehr an Waaren dem Beklagten geliefert habe, als dieser einräumt u. s. w.“

665. a) Bestimmung des Verfall- bzw. Protesttages bei ausländischen Datowechseln.
 b) Die Bezahlung einer auf ausländische Valuta gestellten Schuld muß nach dem Course von Sichtwechseln am Verfalltage erfolgen.

Eine von dem Kaufmann M. in Frankreich am 12. Mai 1875 auf die Handlung N. & Co. in Riga gezogene und von ihr acceptirte Tratte über 18720 Fres. war gegen sie am 9/21. August 1875 protestirt worden. Diesen Protest erklärte sie für verfrüht, weil der Verfalltag erst am 31. Juli/12. August eingetreten und die Respittage, da der 10/22. August ein Sonntag war, erst am 11/23. August abgelaufen seien. Sie bestritt demgemäß die Verpflichtung zur Tragung der Protestkosten, ferner machte sie geltend, daß sie am 11/23. August dem Notar, welcher den Protest erhob, das Wechselcapital mit 5363 Rbl. 90 Kop. zugestellt, dieser aber ungerechtfertigter Weise noch eine Ausgleichung des Dreimonat-Courses gegen den a-vista-Cours mit 53 Rbl. 64 Kop. verlangt habe, und beantragte, das Gericht möge anerkennen, daß sie zu einer weiteren Zahlung als der angebotenen 5363 Rbl. 90 Kop. nicht verpflichtet sei.

Das Vogteigericht erkannte am 14. October 1875 sub No. 152 in dieser Sache folgendermaßen:

„Bei Beurtheilung des vorliegenden Rechtsstreites ist von der im Art. XXXV. der Einleitung zum 3. Theil des Provinzialrechts enthaltenen, von der Statuten-Collision bei Forderungsrechten handelnden Bestimmung auszugehen, wonach beim Mangel entgegenstehender Abrede anzunehmen ist, daß sich die Contrahenten dem Rechte desjenigen Jurisdictionbezirkes zu unterwerfen haben, in welchem die aus dem Rechtsgeschäft entspringende Verbindlichkeit erfüllt werden sollte; nach diesem Rechte soll insbesondere die materielle Gültigkeit und die Wirkung des Rechtsgeschäfts beurtheilt werden. Bei Berechnung des Verfalltags einer auf eine bestimmte Zahl von Monaten befristeten Schuld ist daher zu präsumiren, daß die Contrahenten, von denen

der Gläubiger nach anderem, als dem am Erfüllungsorte herrschenden Kalenderstyle zu rechnen befugt ist, von vornherein für den Beginn der Stundungsfrist mindestens das Doppeldatum sich gedacht haben. In diesem Falle wäre es zwar correct, in der Vertragsurkunde gleich das Doppeldatum zu bezeichnen; da aber aus dem Mangel der speciellen Angabe des 2. Datums auf eine stillschweigend vereinbarte Modification der obgedachten Regel über die Statuten-Collision nicht geschlossen werden kann, so hat der Schuldner behufs Feststellung des Verfalltages und um nicht in Verzug zu kommen, die sofortige Verpflichtung, die Umrechnung dem Kalenderstyle des Erfüllungsorts entsprechend vorzunehmen. Diese allgemeinen Rechtsprincipien finden regelmäßig ihre Anwendung auch auf Dato-Wechsel, deren Ausstellungstag, als Beginn der Stundungsfrist, dem Style desjenigen Ortes entsprechen muß, an welchem die Principalverbindlichkeit (bei der Tratte ist es die des Trassanten) in Erfüllung zu gehen hat. Der von klagender Handlung zur Unterstützung ihrer Klage als Regel aufgefaßte Schlußsatz des § 62 der russischen Wechselordnung dagegen bildet nach der richtigen Ansicht eine hier nicht zutreffende Ausnahme von der eben erörterten Regel. Diese möglichst restrictiv zu interpretirende Singularbestimmung ist, um eine Parität zwischen altem und neuem Styl für das Schaltjahr herzustellen, nur für den Fall gegeben, daß die Ausstellung von 12-Monats-Wechseln im Auslande am 29. Februar neuen Styls erfolgte. In diesem Falle soll nun nicht der dem letztern Datum entsprechende 17. Februar, sondern der dem 28. Februar neuen Styls des künftigen Jahres entsprechende 16. Februar alten Styls der Verfalltag des ausländischen 12-Monats-Wechsels sein. Diese durch ihre Stellung im System als solche sich charakterisirende *lex specialis* kann nach den bestehenden Interpretationsregeln eine analoge Anwendung auf andere Fälle nicht finden; eine solche Ausdehnung auf den vorliegenden Fall wäre um so weniger gerechtfertigt, als, wie beklagterseits nachgewiesen worden, sich in Bezug auf die streitige Frage eine *Ufance* im Sinne der vom erkennenden Gerichte vertretenen Ansicht bereits ausgebildet hat.*)

*) Damit stimmt auch Art. 34 der D. W. O. überein.

Ist dem Obigen nach anzunehmen, daß der Verfalltag des hier in Frage kommenden trassirten Wechsels der 30. Juli alten Styls war, und daß daher der am 9. August alten Styls erhobene Protest keineswegs ein verfrühter war, hat ferner klagende Handlung zugegeben, an diesem Tage nur zur Zahlung in Chefs, nicht aber in baarem Gelde bereit gewesen zu sein, schreibt jedoch die Anmerkung 1 zum Art. 3514 des 3. Theils des Provinzialrechts ausdrücklich vor, daß kein Gläubiger gezwungen werden kann, anstatt baaren Geldes Inhaberpapiere anzunehmen, so muß anerkannt werden, einerseits, daß klagende Handlung ihrer Zahlungspflicht im Termin nicht nachgekommen ist, andererseits, daß die Erhebung des Wechselprotestes am 9. August alten Styls zur Wahrung des Wechselrechts nothwendig war.

Würde aber auch zugegeben werden, daß der Ablauf der Respittage erst am 11. August, zufolge der klägerischerseits vorgeschlagenen Berechnung eingetreten sei, so könnte doch nicht eingeräumt werden, daß klagende Handlung an diesem Tage ihrer Verbindlichkeit Genüge geleistet habe. Wenn eine in ausländischer Valuta angelegte Schuld am Verfalltage in russischer Reichsmünze getilgt werden soll, so erscheint es selbstverständlich, daß der am Verfalltage geltende Anschaffungspreis von Sichtwechseln gezahlt werden muß, damit der auswärtige Gläubiger in den Stand gesetzt werde, sofort über seinen vollen Forderungsbetrag zu disponiren. Denn nach Art. 3514 und 3505 a. a. O. gehört zur Schuldtilgung, daß dasjenige, was Gegenstand des Forderungsrechts ist, vollständig und zwar zur Erfüllungszeit geleistet werde; nun würde aber die Zugrundelegung eines Wochen- oder Monats-Courses entweder den Moment des Geld-Empfanges für die Gläubiger hinausrücken, oder aber seine Forderungssumme um den Betrag des Discontos kürzen. Es kann daher die Weigerung der klagenden Handlung zur Zahlung der Avisa-Gelder, welche eben bestimmt waren, den Unterschied zwischen Avisa-Cours und Dreimonats-Cours auszugleichen, keineswegs als gerechtfertigt angesehen werden. Mithin hatte selbst am 11. August die klagende Handlung volle Zahlung nicht offerirt und daher Anlaß zur Protesterhebung gegeben. Der von klagender Handlung aber in ihrem Schlußantrage geltend gemachte Einwand, daß der etwa während der Respittage und nicht am letzten derselben erhobene

Protest ein vorzeitiger und daher unwirksamer sei, kann für begründet nicht erachtet werden, da der Wechselprotest sich als eine Rechtsbewahrung des Gläubigers wegen der Fristversäumniß des Schuldners charakterisirt, letztere aber nach § 65 der Wechselordnung nicht etwa erst nach Ablauf der Respittage,*) sondern schon nach Ablauf der Wechselfrist eintritt. Es hat daher auch für den Fall der Annahme, daß die Respittage in concreto erst am 11. August expirirten, klagende Handlung immerhin die Folgen des Wechselprotestes, wozu namentlich der Ersatz der Kosten desselben gehört, zu tragen.“

666. a) Wann ist ein Wechsel nach der russischen Wechselordnung zu protestiren?
 b) Bedeutung der Respittage.
 c) Zeitpunkt der Notification der Nichtzahlung und der Absendung des Wechselprotestes an den Indossanten.
 d) Rechtsfolgen der Unterlassung 1) der Notification und 2) der Absendung des Protestes.

„Der Zeitpunkt, in welchem der am Verfalltage nicht befriedigte Wechselinhaber die Protesterhebung und Notification vorzunehmen hat, ist ein verschiedener, je nachdem ein Meßwechsel, oder ein Wechsel anderer Gattung in Betracht kommt, was sich einfach dadurch erklärt, daß Respittage nur für eigene Wechsel und acceptirte Tratten gegeben sind, während Meßwechsel und nicht angenommene Wechselbriefe einer solchen Vergünstigung ermangeln (§§ 66 und 67 der W.-O.).

Der Verfalltag (§§ 57 und 62) trifft nicht immer mit dem Zahlungstage zusammen: deutlicher noch als in dem Falle, wenn wegen eines Sonn- oder Festtages (§ 63) der Einlösungstermin für den fälligen Wechsel verschoben werden muß, — tritt der Unterschied da hervor, wo die gesetzliche Discretionsfrist zur Anwendung gelangt. Die Eigenthümlichkeit des sich jeder rechtlichen Construction entziehenden Instituts der Respittage äußert sich vornehmlich darin, daß der Wechselgläubiger während einer gewissen (durch Herkommen oder Gesetz bestimmten) Anzahl von Tagen mit der Erhebung der Wechselsumme warten muß, oder mit der

*) Siehe dagegen Seite 441 dieses Bandes und Band III, S. 380 und 473.

Präsentation zur Zahlung und der Protestaufnahme warten darf. Ursprünglich zu Gunsten des Präsentanten eingeführt, sind die Respittage allmählig zu einem regelmäßigen Schutzmittel für den Bezogenen geworden und endlich auch dem Aussteller eines Eigenwechsels zu Gute gekommen. Diesen Charakter einer Vergünstigung des Wechselverpflichteten trägt auch die in unserem Rechtsgebiete geltende Wechselordnung vom Jahre 1832. So statuirt dieselbe unter anderem, daß der vor Ablauf der Respittage und Erhebung des Protestes völlig unangreifbare Wechselschuldner (§ 103) seinerseits den Wechselgläubiger schon am Verfalltage durch das Anerbieten einer Abschlagszahlung in Annahmeverzug versetzen kann (§ 70). Während die Mehrzahl der ausländischen Wechselordnungen dem Wechselinhaber für die Vornahme der einzelnen, ihm obliegenden wechselfmäßigen Handlungen, namentlich durch Gewährung einer ausgiebigen Protestfrist, eine gewisse Freiheit der Bewegungen gewähren, ist der Wechselgläubiger nach hiesigem Recht in die allerstrengsten Zeitgrenzen gebannt und zudem an ein Notificationsystem gebunden, dessen Strenge sich insbesondere darin kund giebt, daß die Benachrichtigung von der unterbliebenen Zahlung der Reihe nach an sämtliche Vormänner und stets mit erster Post ergehen soll (§ 70). Auch diese Vorschrift, welche dem Wechselberechtigten ein unter Umständen gewiß unbequemes Verfahren zur Pflicht macht, trägt den Stempel voller und ungetheilter Rücksichtnahme auf die Interessen der regreßpflichtigen Indossanten.

Um seinen wechselfmäßigen Anspruch gegenüber den zunächst Verpflichteten zu wahren, hat der Wechselinhaber dasjenige zu beobachten, was der § 74 je nach der Gattung des Wechsels, im Einzelnen anordnet und festsetzt. Von den Meßwechseln, bei denen die Verfallzeit mit dem Zahlungstermine zusammentrifft, ist bereits eben die Rede gewesen. An den Ablauf der für die Messe bestimmten Frist schließt sich die hierüber abzugebende Anzeige in unmittelbarer Folge an. Der § 74 giebt in dieser Beziehung keinem Zweifel Raum. Anders verhält es sich mit dem zweiten, von Sicht- und Terminwechseln handelnden Abschnitt dieser Gesetzesstelle, dessen völlige Klarlegung nur mit Zuhilfenahme logischer Auslegung gelingen möchte (Einleitung zum prov. Privatrecht Art. XX). Das Vorübergehen der gewährten Gnadentage muß vor allen Dingen abgewartet werden,

ehe der Inhaber des Wechselbriefs die zur Sicherung seines wechselmäßigen Anspruches vorgeschriebenen Maßregeln ergreifen kann. Nicht früher darf der Protest erhoben, nicht früher die Beitreibung der Wechselsumme beantragt werden. Jede in- zwischen auf den Wechsel gemachte Zahlung trägt den Charakter einer freiwilligen, weil unerzwingbaren Leistung. Nach Ablauf der Respittage darf nicht blos, sondern muß protestirt werden. Das Recht des Wechselinhabers ist auch seine Pflicht. Nach dem gegenwärtig bestehenden Gebrauch pflegen die Sicht- und Termin- Wechsel gegen Ende des letzten Respittages protestirt zu werden, — was mit der vom Gesetze ertheilten Vorschrift wol kaum in Einklang zu bringen ist. Die 7. Abendstunde kenn- zeichnet nicht das Ende des Tages, sondern höchstens den Schluß der Geschäftszeit. Wie aber die Verfallzeit eines Terminwechsels (§ 60) und eines auf gewisse Zeit ausgestellten Wechsels (§ 58) nur nach vollen Kalendertagen berechnet wird, wie andererseits für den Beginn der Fristveräumung nicht etwa der Eintritt einer beliebigen Abendstunde, sondern der Anbruch des folgenden Tages (§ 65) den entscheidenden Moment abgiebt, so kann das Ende der Respitfrist auch nur mit dem gänzlichen Ablauf des letzten Respittages zusammenfallend gedacht werden. Hierzu kommt die Erwägung, daß aus naheliegenden Gründen der Protestat verlangen darf, vom öffentlichen Notar, wie am rechten Orte, so auch zur rechten Zeit, d. h. innerhalb der für die regel- mäßige Geschäftszeit angenommenen Tagesstunden, aufgesucht zu werden. Hieraus ergiebt sich, daß der Protest mangels Zahlung nicht vor dem Anbruch des 4. resp. 11. Tages nach dem Verfalltage erhoben werden darf, als- dann aber auch, wie es die schleunige Erledigung der Wechsel- geschäfte im Allgemeinen und die Vornahme der Solemnitätsacte insbesondere erheischt, ohne weiteren Verzug erhoben werden muß.*)

Was nun den Zeitpunkt der Notification anbelangt, so ist zunächst zu bemerken, daß das in dem Schlusssatze des § 74 vorkommende Wörtchen „mittlerweile“ die Annahme einer der Protesterhebung nachfolgenden Benachrichtigung, wie solche bei Meßwechseln stattfindet, schlechterdings beseitigt. Die Notification

*) Vgl. Band II, No. 263.

von der unterbliebenen, resp. verweigerten Zahlung kann nur als eine vorgängige, damit aber auch nur als eine vorläufige aufgefaßt und angesehen werden. Dagegen nöthigt die Stellung der vorausgeschickten Worte „alsdann muß der Wechselinhaber den Protest nach Ablauf der festgesetzten Respittage erheben“ keineswegs dazu, die sich anschließenden Worte „und mittlerweile“ auf die Respittage zu beziehen. Vielmehr erscheint es nicht nur an sich, sondern auch dem Sinne des Gesetzes entsprechender, die vorgeschriebene Notification zu der Protesterhebung in Beziehung zu setzen und beide Acte der Zeit nach möglichst nahe zu rücken. Auf diesem Standpunkte steht auch der Unterrichter. Hätte nämlich der Gesetzgeber unter der erwähnten Notification eine Anzeige von dem Eintritte der Pflichtverfällung im Sinne des § 65 verstanden, so wäre wie an anderen Stellen, so wohl auch hier ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß der auf den Verfalltag folgende erste Respittag zur Notification zu benutzen sei. Sollte dagegen mit dem Worte „mittlerweile“ angedeutet sein, daß dem Wechselgläubiger die ihm sonst nirgends gewährte Freiheit gelassen werde, sich den Augenblick der Notificirung innerhalb des weiten Zeitraums von 3 oder gar 10 Tagen selbst auswählen zu dürfen, alsdann hätte wiederum der Zusatz „mit erster Post“ keinen irgend faßlichen Sinn. Die am Verfalltage unterbliebene Einlösung eines Terminwechsels hat wechselrechtlich keine andere Folge, als daß nunmehr die Respittage zu laufen beginnen. Der Regreßfall ist noch keineswegs begründet, vielmehr würde die Inanspruchnahme eines Vormanns, zu dieser Zeit bewerkstelligt, aller rechtlichen Wirkung entbehren. Erst der Ablauf der Respittage und die hierdurch geltende Nothwendigkeit der Protesterhebung m. Z. stellt den Regreß in nächste und drohende Aussicht, womit für den seine Befriedigung suchenden Wechselinhaber auch die Verpflichtung erwächst, den demnächst Anzugreifenden von dem Stande der Dinge und der beabsichtigten Beitreibung, in Kenntniß zu setzen. Solche muß sofort, d. h. mit der nach dem Ablaufe der Respittage abgehenden ersten Post, geschehen, ohne die Erhebung, Aufnahme und Ausfertigung des Protestes abzuwarten, weil diese durch den öffentlichen Notar vorzunehmenden öffentlichen Handlungen nothwendig mit einem gewissen Zeitaufwande verknüpft sind. Dem Gesagten zufolge muß dem Inhaber

eines Frist- oder Termin-Wechsels die doppelte Pflicht 1) zur Notification der geschehenen Zahlungsverweigerung, resp. des bevorstehenden Regreßfalls und 2) zur Absendung des Protestes an seinen Vormann auferlegt werden.

Dabei fragt es sich aber, welche Folgen an die Verabfümmung dieser Pflichten geknüpft sind. Nach der von den Motiven des untergerichtlichen Erkenntnisses acceptirten Ansicht zieht auch die mangelnde Notification vor dem Protest den Verlust des Wechselrechts nach sich. Es ist jedoch nicht zu entnehmen, auf welchen Gesetzespunkt diese Ansicht sich stützt, obgleich es doch zur Begründung derselben einer ausdrücklichen Vorschrift bedürfen muß. Da diese fehlt, so kann mit der Verabfümmung der Notification vor dem Protest nur die Folge eintreten, daß der säumige Regreßnehmer die durch die seinerseitige Nichtbeachtung einer Gesetzesvorschrift entstehenden Schäden und Kosten zu verantworten hat. Als Folge der nicht zur gehörigen Zeit geschehenen Absendung des Protestes (also der Notification nach dem Protest) setzt der § 80 der W.=D. unbedingt den Verlust der wechselfähigen Ansprüche des Regreßnehmers fest.*)

Was nun schließlich noch die Definition des Ausdrucks „zur gehörigen Zeit“ anlangt, so ist — wie das querulantisches Reichsbankcomptoir richtig anführt — hierüber in den bezüglichen §§ der W.=D. keine ausdrückliche Vorschrift enthalten. Nach dem Wesen der Handelsgeschäfte im Allgemeinen, insbesondere aber nach der Natur des Wechselgeschäfts mit seinen bis auf das äußerste Maß gekürzten Fristen ist überall da, wo nicht besondere Vorschriften existiren, anzunehmen, daß eine Anzeige eines Contrahenten an den andern, wofern sie von geschäftlicher Wichtigkeit ist, namentlich wenn sie möglicherweise die Hastpflicht des zu Benachrichtigenden begründet — „sofort“ oder „umgehend“ erfolgen muß. Unter Abwesenden ist die Nachricht, falls nicht außergewöhnliche Hindernisse vorliegen, mit der ersten Gelegenheit, d. h. mit erster Post, abzusenden. Dieses Princip ist auch in der W.=D. v. J. 1832 acceptirt, wie die Bestimmungen der §§ 74 und 78 darthun. Berücksichtigt man dann noch, daß

*) Vgl. die Entscheidung des O. G. zu Leipzig IX, No. 105.

im § 74 gerade für die Absendung des Protestes des Meßwechsels „die erste abgehende Post“ ausdrücklich genannt ist und daß die ratio für eine schleunige Einsendung des Protestes an den Regreßpflichtigen bei Meßwechseln ganz die gleiche ist, wie bei Termin=Wechseln, so ergibt sich als Resultat der Vergleichung der Art. 74, 77 und 80 der W.=O. der Satz: Der beim Termin=Wechsel mangels Zahlung erhobene Protest ist dem in Anspruch zu nehmenden Vormanne, falls dieser nicht von der wechselmäßigen Verhaftung befreit werden soll, sofort zu präsentiren (vgl. § 77 l. c.) resp. mit erster Post an ihn abzusenden.

Die russische W.=O. erkennt hiernach das strengste Notificationsystem an, geht jedoch nicht (ebenso wenig wie irgend eine andere W.=O.) soweit, auch an die unterlassene vorläufige Anzeige der im Verfalltage nicht geschehenen Zahlung den Verlust des Wechselrechts zu knüpfen.“ (Aus den Motiven eines Querelbescheides des Riga'schen Rathes vom 13. December 1874, No. 7781.)

667. Die Notificationsverbindlichkeit besteht nach der russ. W.=O. nur gegenüber auswärts, d. h. nicht an demselben Orte mit dem Wechselkläger, lebenden Indossanten resp. Traßanten.

„Das Notificationsystem steht in keinem inneren nothwendigen Zusammenhange mit dem Wechselrecht. Es ist daher auch nicht ein Institut aller, sondern nur einiger Wechselordnungen, insbesondere der englischen, amerikanischen, deutschen und russischen, wogegen die französische die Notification keineswegs als eine den Wechselregreß bedingende Solemnität ansieht, sondern das Interesse der Giranten durch kürzere, den raschen Rücklauf des nicht honorirten Wechsels befördernde Verjährungsfristen schützt. Wenn nun aber die strengste Verbindlichkeit zur Notification einer eingetretenen Wechselstörung an die wechselverpflichteten Vormänner sich in keiner Weise aus der Natur des Wechselvertrages an sich herleiten läßt, indem der Wechselgläubiger durchaus nur Inhaber selbständiger und unabhängiger Wechselbefugnisse nicht aber Mandatar seiner Vormänner ist, und wenn diese (weder aus dem Wechselversprechen entspringende,

noch bei der Annahme des Wechsels vertragsmäßig von dem Wechselgläubiger auf sich genommene) strenge Notificationsverbindlichkeit einzig aus den Bedürfnissen des zugleich die Interessen aller Wechselgiranten umfassenden Wechselverkehrs und aus den rechtlichen Ueberzeugungen des Handelsstandes in die einzelnen Gesetzgebungen übergegangen ist, so folgt eben daraus mit unabweisbarer Nothwendigkeit, daß die Schranken für eine Notificationsverbindlichkeit nicht weiter gezogen werden dürfen, als sie vom Gesetz und von kaufmännischer Gewohnheit gesteckt worden sind. Anlangend das Gesetz, so begründet das Allerhöchst bestätigte R. R. G. v. 14. März 1872, in welchem Quersulant seine vorzügliche Stütze sucht, kein neues von den seitherigen Rechtsgrundlagen abweichendes Recht, sondern es hat nur den Zweck, Mißverständnissen vorzubeugen, und erläutert deshalb das näher, was bereits in der Wechselordnung Festsetzung gefunden, ohne an ihr selbst auch nur das Geringste zu ändern. Die gehörige Mittheilung von der eingetretenen Wechselstörung, welche nach dem Punkt 3 des erwähnten R. R. G. dem Trassanten und dem Indossanten eventuell zuzugehen hat, ist daher auch keine andere, keine in anderen Fällen und in anderer Weise zu bewerkstelligende, als diejenige, von der die §§ 74, 78 und 80 der Wechselordnung handeln. Da nun aber diese §§ vollständig übereinstimmend dem Wechselgläubiger die Pflicht auferlegen, die Benachrichtigung über die Wechselstörung an den Vormann, falls er sein Recht an diesen wahren will, mit der ersten Post abzusenden, und da es zur Zeit des Erlasses und der Einführung der Wechselordnung noch nirgends im Reiche Stadtposten gab, so kann einem Zweifel füglich nicht unterliegen, daß nach dem Gesetz die Notificationsverbindlichkeit sich einzig auf auswärts lebende Indossanten resp. auf auswärts lebende Trassanten beschränkt, aber auf die mit dem Wechselgläubiger an demselben Ort lebenden Wechselverpflichteten nicht ausdehnt, *) indem an Letzteren eine Benachrichtigung mit der Post sich gar nicht effectuiren ließ. Daß andrerseits auch die kaufmännische Gewohnheit

*) Ebenso erkannte die I. Section des Landvogteigerichts am 4. Mai 1876, die II. Section des Landvogteigerichts am 22. Mai 1876, No. 115 und der Riga'sche Rath am 1. Sept. 1876 sub No. 5699. Vgl. Band III, S. 476.

gegen die Nothwendigkeit einer Notification bei Platzwechseln streitet, hat Querulant selber anerkennen müssen und steht in der That auch außer aller Frage. Der innere Grund, aus welchem wie das Gesetz, so die kaufmännische Sitte diesen Unterschied zwischen auswärts und nicht auswärts lebenden Indossanten (resp. Traffanten) macht, liegt zwar sehr nahe und dürfte darin zu finden sein, daß eben die Notification ein an sich im Wechselvertrage nicht liegendes onus ist, welches dann mindestens dem Wechselinhaber nicht aufgebürdet werden kann, wenn die an demselben Platz mit dem Wechselinhaber und dem zunächst zur Zahlung verpflichteten Schuldner wohnenden Wechselverpflichteten mit Leichtigkeit erfahren können, ob der von ihnen garantierte Wechsel honorirt worden ist, oder nicht und sie sonach sehr wohl in der Lage sind, auch ohne daß es besonderer Notification bedarf, auf Grund jederzeit für sie ausführbarer eigener Ermittlungen ihr Interesse zu wahren. Im Uebrigen hat der Richter es mit dem gegebenen Gesetze, mit dem bestehenden Recht, nicht mit den inneren Gründen eines solchen zu thun und es haben diese inneren Gründe, über welche Querulant sich eingehend verbreitet hat, hier außer dem Bereich der Erwägung zu bleiben.

Dagegen darf aber wol bemerkt werden, daß die Notificationsverbindlichkeit für den Kläger auch schon um deswillen nicht vorlag, weil Beklagter es unterlassen hatte, seinem Blanco-Giro eine Ortsbezeichnung hinzuzufügen und nicht mit Nothwendigkeit vorausgesetzt werden muß, daß dem Kläger der Wohnort des Beklagten bekannt war. Mangelnde Ortsbezeichnung von Seiten des Indossanten hat aber einem Verzicht auf die Notification gleich zu gelten und entbindet den sonst dazu Verpflichteten von der Notification. (Querelbescheid des Rig. Rath's vom 16. Juli 1876, No. 4573.)

-
668. a) Die rechtzeitige Notification des Protestes gehört zur Begründung des Wechselregreßanspruches gegen den Indossanten.
- b) Sie braucht jedoch nicht nothwendig schon in der Klage behauptet zu werden.

c) Die processualischen Bestimmungen der russ. W.=D. sind in den Ostsee-Provinzen nicht anwendbar.

„Der Einwand des mit der Wechselregreßklage belangten Indossanten: der Protest sei ihm nicht rechtzeitig, d. i. mit erster Post übersandt worden, ist von dem Unterrichter als eine theilweise Negation des Klagegrundes aufgefaßt und demgemäß die Elisivbehauptung: es liege hier eine illiquide Einrede vor, zurückgewiesen worden. Die von dem querulantischn Reichsbank-Comptoir in der Unterinstanz vorgebrachte Bemerkung, diese Einrede sei im Wechselproceß unzulässig, weil sie nicht im § 109 der W.=D. aufgeführt stehe, wurde bereits durch das angefochtene Erkenntniß mit der nicht weiter anzustreitenden Motivirung verworfen, daß die W.=D., soweit sie processualische Bestimmungen enthält, für das baltische Rechtsgebiet keine Anwendung findet. Querulant greift hierauf in der Oberinstanz auch nicht weiter zurück, behauptet aber, daß es Pflicht der beklagten Bank gewesen wäre, die nicht rechtzeitig geschehene Protestzustellung zu beweisen und zwar sofort liquid zu stellen. Erwägt man jedoch, daß zum Existenzwerden eines wechselrechtlichen Regreßanspruchs an den Vormann die Protestirung und die Absendung des Protestes an ihn seitens des Wechselinhabers gehört, und daß zum Klagegrunde alles dasjenige gehört, was die Existenz des Klageanspruchs ursprünglich begründet, so kann nur (und zwar in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis*) der Ansicht des Unterrichters beigetreten werden, daß die Notification (Absendung) des Protestes zum Klagegrunde gehört. Dabei sind freilich die aus der Natur des Wechselprocesses sich ergebenden Einschränkungen zuzugeben, daß 1) der Regreßkläger die Notification nicht nothwendig zu behaupten, sondern nur zu beweisen hat, sobald der Indossant sie bestreitet. (Die Behauptung der Notification kann als bereits implicite durch Erhebung der Regreßklage vorgebracht angesehen werden, Seufferts Archiv Band XVII, No. 277). 2) aber wird zum Nachweise der geschehenen Notification (Absendung) des Protestes, aus Rücksicht auf die schnelle Natur des Wechselprocesses, und weil sonst die Durchführung der Wechselklage ungebührlich erschwert werden würde, — kein

*) Vgl. Entscheid. des D. H. G. Band XVI, S. 366—68.

voller Beweis, sondern meist nur eine Bescheinigung (vgl. Seufferts Archiv III, No. 287) gefordert werden dürfen.“ (Aus den Motiven eines Querelbescheides des Riga'schen Rathes vom 13. December 1874, No. 7781.)

669. a) Nach welchem Recht ist die Verbindlichkeit aus einem Wechsel zu beurtheilen? Collision des russischen und des englischen Wechselrechts.
 b) Wann ist ein Wechsel nach englischem Recht zu protestiren?

„Die zur Klage gebrachte Tratte ist von der hiesigen Handlung M. & Co. am 31. Juli/12. August 1874 in Riga an die Ordre des Beklagten ausgestellt worden. Trassatin ist die Handlung M. J. & C. in London. Die Wechselsumme von 150 £ ist drei Monate a dato des Wechsels zahlbar.

Beklagter A., welcher als Indossant der Tratte und directer Vormann des Klägers von letzterem auf Bezahlung des Wechselcapitals sammt was demselben nach Wechselrecht anhängig belangt worden ist, hat seine Verhaftung aus dem Indossament bestritten, weil demselben das wesentliche Erforderniß der Angabe von Ort und Zeit der Begebung mangle und weil der Wechsel nicht rechtzeitig, d. h. 10 Tage nach Verfall, protestirt worden sei.

Die Frage, welchen örtlichen Gesetzen die Rechtsverhältnisse aus einem, in Handelsverkehr verschiedener Rechtsgebiete benutzten Wechsel unterliegen, ist für hier zur Klage gebrachte Wechsel auf Grund der Art. XXVII und XXXV der Einl. in den 3. Theil des Provinzialrechts — dahin zu beantworten, daß im Zweifel anzunehmen ist, die Parteien hätten sich dem Rechte desjenigen Jurisdictionsbezirks unterworfen, in welchem die aus dem Wechselgeschäft entspringende Verbindlichkeit erfüllt werden soll. Unzulässig wäre es, diese Vorschrift dahin zu interpretiren, als habe danach für die Tratte allein das Recht des Domicils des Bezogenen in Anwendung zu kommen. Es müssen vielmehr (wie das in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis wohl nicht mehr streitig ist) die aus derselben Tratte entstandenen einzelnen Wechselverbindlichkeiten gesondert beurtheilt werden. Jede derselben

unterliegt, soweit es sich um ihre materielle Gültigkeit und Wirksamkeit handelt, dem Gesetze des Erfüllungsorts, d. h. des Orts, wo die specielle Wechselobligation ihren Sitz hat. Hieraus ergiebt sich nun Folgendes.

Das Recht des Ausstellungsorts der Tratte entscheidet, wie über die Verpflichtungen des Trassanten, so auch darüber, welche Handlungen zur Ausübung und Erhaltung des Wechselrechts (Präsentation, Proteste zc.) nothwendig sind, denn von diesen Handlungen hängt die Wirksamkeit der Wechselschuld überhaupt ab: für die Form der Vornahme der Wechselsolemnitäten dagegen kann ebensovoll das Recht desjenigen Orts maßgebend sein, wo die betreffende Handlung vorgenommen wird (Art. XXXVI l. c. vgl. Art. 86 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung).

Für die Beurtheilung der Gültigkeit eines Indossaments und für die Verpflichtung des Indossanten ist das am Ort der Ausstellung des Indossaments, resp. am Wohnort des Indossanten geltende Recht entscheidend. Die Verhaftung endlich des Trassanten resp. Acceptanten regelt sich nach dem Domicilrecht des Trassanten, dem Recht des Zahlungsorts.

Diese Grundsätze haben nun auch für den vorliegenden Fall in Anwendung zu kommen.

Der Einwand des Beklagten, sein Indosso sei ungültig, weil es nicht datirt sei, ist zurückzuweisen. Das Indosso muß nämlich, da der Ausstellungsort nicht angegeben ist, im Zweifel als am Wohnort des Indossanten, also in Riga, gegeben angesehen werden und unterliegt daher den Bestimmungen der russischen Wechselordnung, soweit dieselbe hier recipirt ist. Der § 20 der Wechselordnung setzt aber ausdrücklich fest, daß ein Indossament, wenn bei demselben die Angabe von Ort, Tag, Monat und Jahr fehlt, dadurch nicht seine Kraft verliert. Der Schlusssatz des Paragraphen: „jedoch wird es im Falle eines Streites Erörterungen unterzogen,“ kann sich nur auf eine etwaige Differenz der Parteien über den Inhalt resp. über den Umfang der durch das Indossament übernommenen Verpflichtung beziehen, eine solche Differenz liegt in casu nicht vor Streitig ist unter den Parteien endlich noch, ob der Protest rechtzeitig erhoben worden. Beklagter bestreitet dies, weil nach russischem Wechselrecht der Protest erst nach Ablauf von 10 Respit-

tagen, nicht aber schon 2 Tage nach Verfall zu erheben sei. Kläger ist der Meinung, der Protest könne auch nach russ. Recht innerhalb der 10 Respittage geschehen und sei vorliegenden Falls, wo nur das englische Recht in Frage komme, ganz correct 48 Stunden nach dem Verfalltage erhoben worden. Keine dieser beiden Anschauungen kann, sowie sie vorgebracht ist, als richtig gebilligt werden. — Wäre hier nämlich nach russischem Recht zu entscheiden, so käme die zehntägige Respitfrist vorliegendenfalls gar nicht in Frage, denn es handelt sich um einen nicht acceptirten Wechsel und bei einem solchen laufen nach § 67 der russischen Wechselordnung überhaupt keine Respittage. — Da aber die Frage, ob und wieviel Respittage zu berechnen sind, weil es sich dabei um eine zu Gunsten des Zahlungspflichtigen (des Trassaten, resp. Acceptanten) geltende Bestimmung handelt, wie oben bereits erwähnt wurde, nach dem Recht des Wohnorts des Trassaten entschieden werden muß, so kann in dieser Beziehung auch nur das englische Recht maßgebend sein. Nach englischem Recht (s. Borchardt, Sammlung der Wechselgesetze, Band I, S. 200) ist nun freilich der Protest auch nicht, wie Kläger behauptet, 48 Stunden nach Verfall des Wechsels zu erheben; vielmehr würde ein solcher Protest in der Regel als verfrüht ungültig sein, denn es gelten in England drei Respittage, in welche der Verfalltag nicht hineingerechnet wird. Ausländische Wechsel müssen am Zahlungstage, dem dritten Respittage präsentirt resp. protestirt werden (l. c. S. 200, 204). Nur wenn der letzte Respittag ein Feiertag ist, so wird der vorangehende Werktag als derjenige behandelt, an welchem die Präsentation zur Zahlung (also auch der Protest) erfolgen muß (l. c. S. 200, Abth. 4). Da der zur Klage gebrachte Wechsel am 31. October/12. November d. J. fällig wurde, so mußte der Protest mangels Zahlung am 3/15. November erfolgen; weil aber der letztbezeichnete Tag in diesem Jahre auf einen Sonntag fiel, so war der Protest am vorhergehenden Werktage, dem 2/14. November zu erheben. Dies ist ausweislich der zu den Acten gebrachten Protesturkunde geschehen und die Deduction des Beklagten gegen die Rechtfertigkeit des Protestes entbehrt somit der Begründung.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 23. November 1874, No. 174.)

670. a) Ist die Authenticität der von einem ausländischen Beamten erhobenen Protesturkunde unzweifelhaft, so begründet sie auch eine Vermuthung für die Legalität der beurkundeten Amtshandlung.

b) Unwesentlichkeit der Angabe des Ortes der Protesterhebung in der Protesturkunde nach englischem Recht.

„Beklagte verweist auf den Umstand, daß ausweislich der Protesturkunde der Wechsel „einem Commis der russischen Bank“ in London zur Zahlung vorgewiesen sei und daß der öffentliche Notar im aufgenommenen Instrument nicht die Localität, wo selbst der Protest erhoben wurde, bezeichnet habe; der Protest bescheinige mithin weder, daß die vorgeschriebene Präsentation am rechten Orte, noch daß sie wirklich der Domiciliatir, oder einem für sie zur Entgegennahme einer Zahlungsaufforderung, resp. zur Erklärung berechtigten Dritten gegenüber geschehen sei

An der Echtheit der beigebrachten Protesturkunde ist nicht gezweifelt worden. Die Letztere trägt überdies in der deutlichen Unterschrift des öffentlichen Notars R. und dem mit der Unterschrift übereinstimmenden, vollkommen ausgeprägten Siegel alle äußeren Zeichen der Authenticität an sich. An die Authenticität aber knüpft sich die für die Sicherheit des internationalen Wechselverkehrs unentbehrliche, auch von der gemeinrechtlichen Praxis (vgl. Seufferts Archiv XIX, 68) anerkannte Vermuthung für die Legalität der von dem ausländischen Notar vorgenommenen Amtshandlung.*) Nach der Regel: locus regit actum ist für die Beurtheilung der Protestform das Recht des Orts der Protesterhebung maßgebend und da von jedem öffentlichen Beamten vorausgesetzt werden muß, daß er die Vorschriften seines Domicilrechts in Bezug auf seine Amtshandlungen kenne und beobachte, so ist durch die Beibringung einer authentischen Protesturkunde in genügender Weise bescheinigt, daß der Protest den Gesetzen des Erhebungsorts entspreche. Die Bedeutung einer solchen Bescheinigung kann der Beklagte allerdings entkräften aber nur durch seinerseitigen

*) Gegen diese allgemeine Vermuthung: Entscheidung des O. H. G. I, S. 242. III, S. 127.

im Wechselproceß selbstverständlich nur durch liquiden — Beweis; und zwar setzt das Gelingen dieses Beweises die genaue Darlegung derjenigen Bestimmungen des ausländischen Gesetzes voraus, welche angeblich außer Acht gelassen sind, denn das *jura novit curia* bezieht sich bekanntlich nur auf die Gesetze des Landes, in welchem der angerufene Richter fungirt.

Hiergegen hat beklagte Handlung beim Vorbringen und Begründen ihres jetzt besprochenen Einwands offenbar verstoßen. Diejenigen Vorschriften des englischen Rechts, nach welchem die Protesturkunde die Bezeichnung der Localität, in welcher protestirt wurde und, falls es sich um den Protest gegen eine Firma handelt, die Angabe des Vertreters der Firma, dem der Wechsel präsentirt wurde, nothwendig enthalten muß, — diese Bestimmungen sind von der Beklagten nicht speciell angeführt worden; die allgemeine Berufung auf das „englische Recht“ ist umfoweniger genügend, als die einzige dem ausländischen Richter bequem zugängliche Sammlung der Wechselrechte der verschiedenen Staaten (S. Vorchardt, 1871) jene Formalitäten nicht als für die Protesturkunde wesentliche (vgl. daselbst S. 192 ff. — 197 ff., 204 ff.) erwähnt.

Beklagte Handlung stützt sich endlich noch auf den allgemeinen Grundsatz, daß der Protest nur gegenüber dem mit der Zahlung in Anspruch Genommenen, hier also dem Domiciliaten selbst, oder doch seinem berechtigten Stellvertreter gegenüber erhoben werden dürfe, — kein anderer, jedenfalls nicht ein „einfacher Commis“ dürfe eine so wichtige Erklärung, wie die Verweigerung einer wechselfmäßigen Zahlung, abgeben. Wenn nun der Text der Protesturkunde, wie hier, ausdrücklich besage, daß die Präsentation an einen „Commis“ der Domiciliatin geschah — so werde jede Vermuthung der Legalität des Protestes zerstört.

Auch dieser Angriff ist nicht haltbar. Zunächst ist derselbe zu sehr auf die Fassung des Translats gestützt: die Worte „a clerk in the employ of the Russian Bank“ zc. können (da bekanntlich das englische Wort „clerk“ nicht einen bestimmten Pflichtenbegriff bezeichnet, sondern Gattungsbegriff ist und da ferner das Geschäftspersonal einer Bank bei dem über die Grenzen eines gewöhnlichen kaufmännischen Geschäfts hinausgehenden Betriebe, mehr den Charakter von Specialbeamten, als von Handlungsgehilfen annimmt sehr wohl mit: „ein Beamter der

Bank" übersezt werden und es tritt alsdann wieder die Vermuthung in Kraft, daß der öffentliche Notar, seiner amtlichen Kenntniß gemäß, demjenigen Beamten den Wechsel präsentirt habe, der in dieser Beziehung mit der Vertretung der Bank be-
traut war. Die Sache bleibt übrigens dieselbe, wenn man sich striet an die Worte des beigebrachten Translats hält, denn da es dem Geschäftsinhaber freistehen würde, auch den seiner sonstigen Stellung nach „simplen“ Commis zur Entgegennahme von Wechselpräsentationen allgemein, oder auch nur für diesen einzelnen Fall zu bevollmächtigen, und da vorausgesetzt werden muß, daß der Notar seiner amtlichen Verantwortung entsprechend, sich zuvor über eine solche Qualification des Commis gehörig instruiert habe, so hätte Beklagte (was sie nicht gethan hat) liquid stellen müssen, daß im vorliegenden Falle der die Zahlungs-
weigerung der Domiciliatin aussprechende Commis oder Be-
amte der Bank zu dieser Erklärung nicht bevollmächtigt war.“
(Aus den Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses des Vogtei-
gerichts vom 22. März 1875, No. 47.)

-
671. a) Ein im Auslande aufgenommener Wechselprotest be-
darf zu seiner Wirksamkeit der diplomatischen Be-
glaubigung nicht.
b) Formelle Erfordernisse der Protesturkunde, insbesondere
nach französischem Recht.
c) Haftung des ausgetretenen Handelsgesellschafters aus
dem unter der Firma der Gesellschaft gegebenen Accept.

Der Kaufmann L. in Bayonne erhob die Wechselklage aus vier am 18. Juli 1874 von ihm an seine eigene Ordre auf die Handlung C. N. & Co. zu Riga gezogenen, bei Leopold R. in Paris domicilirten, mit dem Accept des Trassaten versehenen und mangels Zahlung gegen den Domiciliaten protestirten Wech-
seln gegen den Kaufmann H., welcher bis zum 1. August 1874 offener Gesellschafter der Handlung C. N. & Co. gewesen war.

Beklagter rügte einerseits den Mangel der erforderlichen Form des Protestes und namentlich der diplomatischen Beglau-
bigung, andererseits die fehlende Datirung des Accepts und be-
stritt, zur Zeit seiner Ausstellung noch Theilhaber der Handlung C. N. & Co. gewesen zu sein. Durch Erkenntniß des Vogtei-

gerichts vom 15. März 1875, No. 38, wurde darauf die Wechselklage abgewiesen und der Riga'sche Rath änderte auf Berufung des Klägers diese Entscheidung nur insofern ab, als Beklagter bis zur Abhilfe der gerügten Mängel von der Einlassung auf die Klage entbunden wurde. Gründe des Querelesbescheides vom 9. Juli 1875, No. 4745: „Beklagter, ohne das Klagerecht des Klägers an sich von Grund aus zerstören zu wollen, erachtet doch den Wechselproceß für ausgeschlossen, weil ein genügender Wechselprotest nicht vorliege und weil nicht urkundlich nachgewiesen sei, daß zur Zeit des Wechselaccepts er, Beklagter, noch Gesellschafter der acceptirenden Handlung C. R. & Co. gewesen. Beide diese der Einrede zu Grunde gelegte Substrate entbehren des rechtlichen Halts nicht. Nach dem das Wechselrecht für Frankreich enthaltenden code de commerce, und zwar nach dem Art. 173, werden die Proteste wie mangels Annahme, so mangels Zahlung von einem Notar oder von einem Gerichtsvollzieher (huissier) und zwei Zeugen aufgenommen. Die Zuziehung von Zeugen hat das Decret vom 23. März 1848 abgeschafft (Borchardt, Sammlung der Wechselgesetze, Thl. I, S. 150 und Thl. II, S. 101). Es kann sonach allerdings kein Bedenken erregen, daß betreffendfalls der Protest von einem Gerichtsvollstrecker und nicht, wie sonst fast aller Orten üblich, von einem öffentlichen Notar levirt worden, desgleichen daß der beigebrachte Protest nicht mit einer Beglaubigung durch ein Kaiserlich Russisches Consulat oder gar die Kaiserlich Russische Gesandtschaft versehen worden ist. Das Verlangen nach einer jedesmaligen derartigen Beglaubigung würde ohne erfindbaren Grund den internationalen Wechselverkehr, welchem im Interesse und nach dem Bedürfniß des Handels doch jeder zulässige Vorschub und jede statthafte Erleichterung zu gewähren ist, in nicht zu rechtfertigender Weise erschweren. Weder die Theorie noch die Praxis des Rechts unterstützt daher auch ein solches Verlangen. Der Grund, um dessenwillen Wechselproteste vorgenommen werden, ist einzig der, ein vollgültiges, allgemein beweisendes Zeugniß darüber zu erlangen, daß der Wechselinhaber diejenige Diligenz beobachtet habe, von deren Befolgung die Ausübung wechselmäßigen Rechts nach den Gesetzen abhängig ist. Der Protest mangels Zahlung insbesondere hat den Zweck, durch eine darüber von der betreffenden Amts-

person aufgenommene Urkunde unanfechtbar klar zu stellen, daß der Wechsel zur rechten Zeit und am rechten Ort dem Zahlungspflichtigen behufs Forderung der Zahlung vorgelegt, von diesem aber die Zahlung verweigert worden ist. Durch den Mangel des ordnungsmäßigen Protestes geht das Wechselrecht als solches verloren, denn ohne Protest giebt es keinen Regreß. Der Richter hat schon von Amtswegen über die Ordnungsmäßigkeit des Protestes, welcher nicht etwa einfaches Beweismittel, sondern unerläßliche Vorbedingung der Wechselforderung ist, zu prüfen. Der Protest nun, um formrichtig zu sein, muß unter Anderem nothwendig enthalten die Unterschrift und das Amtssiegel des Notars oder desjenigen Gerichtsbeamten, welcher den Protest vollzogen hat. Die klägerischerseits beigebrachte Protesturkunde ist in dieser Beziehung mangelhaft; weder trägt sie eine lesbare Unterschrift an sich, noch ein erkennbares Amtssiegel. Sie enthält ferner zwar eine Marginal-Notiz, derzufolge der Protest einregistrirt ist. Wo das aber geschehen, läßt sich wiederum weder aus der Unterschrift, noch aus dem allerdings beigedruckten, aber völlig undeutlichen Amtssiegel entnehmen. Ein urkundlicher Nachweis darüber, daß der Protest wie und wo gehörig einregistrirt worden, war aber in diesem Falle unbedingt erforderlich, nicht nur weil das französische Wechselrecht eine solche Einregistrirung den Beamten ausdrücklich vorschreibt,*) sondern hauptsächlich auch, weil eben der Protest von einem Gerichtsvollzieher, also dem Beamten eines bestimmten Gerichts, ausgeführt war und die sonst unbekanntes fides publica der Bestätigung des Gerichts bedarf, bei welchem angestellt zu sein, er im Protest einfach nur angezeigt hat. Die Rüge des Beklagten in Betreff der Mangelhaftigkeit der klägerischerseits vorgewiesenen Protesturkunde entbehrt demnach keineswegs des rechtlichen Grundes; Kläger wird vielmehr, wenn er der Klage Fortgang geben will, verbunden sein, das exhibitum durch eine weniger mangelhafte Ausfertigung desselben Protestes zu ersetzen."

*) Vgl. Puchelt, in der 6. Aufl. von Zachariae's französischem Civilrecht, Band IV, S. 517 Note 6: „Die Rotariatsacte verlieren diese Natur überhaupt nicht in Folge des mangelnden Entregistrement; nur Strafe trifft den Notar für diese Unterlassung. Est nunc sententia recepta.“

Nicht minder stichhaltig ist aber auch der Einwand des Beklagten, daß seine Passiv-Legitimation zur Sache nicht nachgewiesen, d. h. daß nicht liquid gestellt worden sei, wie er, Beklagter, zur Zeit des Accepts noch Theilhaber des Handlungshauses gewesen, welches die in Klage gestellte Tratte acceptirt hat. Es ist zwar richtig, daß den Accepten gemeinhin eine Zeitangabe nicht hinzugefügt wird und nicht hinzugefügt zu werden braucht. Allein ebenso gewiß ist es, daß wenn, wie im gegebenen Fall, der Tag, an welchem eine Tratte acceptirt worden, von entscheidendem Gewicht für die Wechselverbindlichkeit der einen oder anderen Person ist, der Nachweis für die Passiv-Legitimation derselben durchaus nicht entbehrt werden kann. Vorliegendenfalls ist, wie von allen Seiten zugestanden worden, der Beklagte schon im August 1874 aus der Firma, welche den in Rede stehenden Wechsel acceptirt hat, ausgeschieden; dem Wechselaccept aber, welches an jedem Tage zwischen dem 6/18. Juli 1874 bis zum 6/18. Januar 1875 vollzogen sein kann, ist keine Zeitangabe hinzugefügt. Es wird demnach allerdings zweifelhaft, ob das Accept zu einer Zeit erfolgt ist oder nicht, in welcher der Beklagte seinen Austritt aus der Handlung C. N. & Co. zur allgemeinen, oder doch speciell zu des Klägers Kenntniß gebracht hatte. Denn nicht schon durch den bloßen factischen Austritt eines Handelsgesellschafters aus der Gesellschaft erlischt nach feststehenden handelsrechtlichen Principien dessen Haftung für später von der Gesellschaft eingegangene Schuldverbindlichkeiten Dritten gegenüber, sondern allererst durch die allgemeine oder speciell dem Dritten gegenüber geschehene Bekanntmachung.*) Also konnte der Beklagte wechselverbindlich nur werden durch den Accept des Wechsels durch die Gesellschaft zu einer Zeit, da sein Austritt aus dieser acceptirenden Gesellschaft noch nicht wie gehörig notificirt war, wenn immer er auch aus dem Geschäft, welchem der Wechsel seinen Ursprung verdankt, civilrechtlich verhaftet sein mag.

Es ist weiter zwischen den Parteien auch darüber gestritten worden, wem von ihnen die Last des Legitimationsnach-

*) Ueber die bereits bestehenden Schulden siehe Band I, S. 209 und 210 ff. nebst den Allegaten. Seufferts Archiv XXVI, 155.

weise obliege. Indes scheint eine rechtliche Erörterung dessen kaum nothwendig. Denn es ist durchaus nicht controvers, daß der Nachweis der Passiv-Legitimation, falls sie geleugnet wird, eben weil sie einen Bestandtheil der Klage zu bilden hat, sofern diese gegen einen bestimmten Beklagten gerichtet wird, stets Sache des Klägers ist. Auch in diesem Falle hat daher der Kläger, nachdem er selber nicht etwa nur zugegeben, sondern sogar in Gewißheit gesetzt hat, daß Beklagter schon im August 1874 aufgehört habe, Theilhaber des Handlungshauses C. N. & Co. zu sein, die Verpflichtung darzuthun, daß zur Zeit des Accepts Beklagter mindestens in rechtlichem Sinn noch Theilhaber des genannten Handlungshauses gewesen,*) indem sein Austritt allererst später öffentlich notificirt worden sei. Würde dagegen Beklagter künftig behaupten, daß er dem Kläger speciell seinen Austritt aus der Handlung

*) Da — wie vorhin im Texte dargethan ist — der Austritt eines Gesellschafters denselben nicht einmal von den später unter der Gesellschafts-firma contrahirten, geschweige denn von den zur Zeit des Austritts bestehenden Schulden befreit, so gehört zur Begründung der Klage gegen einen offenen Handelsgesellschafter aus einer unter der Gesellschafts-firma contrahirten Schuld m. G. einzig die Behauptung (eventuell der Beweis), daß der Beklagte vor Contrahierung dieser Schuld Theilhaber der Gesellschafts-firma gewesen ist. Kann dann der Beklagte nicht behaupten (eventuell beweisen), daß er zur Zeit aus der Gesellschaft ausgetreten sei und dies, sei es durch allgemeine öffentliche Bekanntmachung, sei es speciell dem Kläger gegenüber, angezeigt habe, so ist er für die geklagte Schuld verhaftet und folgerecht der Klage gemäß zu verurtheilen. Im Fragefalle hätte daher m. G. der Beklagte, welcher zur Zeit der Ausstellung der Tratte unbestritten Theilhaber der Firma C. N. & Co. war, um mit seinem bezüglichlichen Einwande überhaupt gehört zu werden, sich nicht darauf beschränken dürfen, zu bestreiten, daß er zur Zeit der Wechselacceptation noch Theilhaber der Firma C. N. & Co. gewesen sei, sondern vielmehr seinerseits behaupten und eventuell beweisen müssen, daß er seinen Austritt aus der genannten Firma gehörig bekannt gegeben habe. Erst der dergestalt begründeten Einrede gegenüber hatte dann Kläger replicando zu behaupten und eventuell zu beweisen, daß das der Klage zu Grunde liegende Accept der Firma C. N. & Co. bereits vor der Veröffentlichung des Austrittes des Beklagten aus der jene Firma führenden Gesellschaft gegeben sei. — Ueber den umgekehrten Fall, wo die Firma aus dem von einem ausgetretenen Gesellschafter angeblich nach dessen Austritt gegebenen Accept belangt wird, siehe Entscheidungen des O.-H.-G. XIX, No. 91.

kundgegeben habe zu einer Zeit vor dem Accept, so würde allerdings Beklagter eine derartige als Replik aufzufassende Behauptung in Erweis zu bringen haben. (Vgl. Endemann, Handelsrecht, Ausgabe v. 1868, S. 221 und 222.)

Müssen nun die erwähnten Einreden des Beklagten dem Vorerörterten nach als rechtlich nicht unbegründet angesehen werden, so können dagegen die rechtlichen Folgen, welche vom Unterrichter an die Bestätigung dieser Einrede geknüpft werden, nicht gebilligt werden. Die sämtlichen Einwendungen sind, wie Beklagter selber mit vollem Fug betont hat, verzögerlicher Natur. Gemeinverzögerliche Einreden haben aber auch im Fall ihrer Bestätigung niemals die Wirkung einer vollständigen Abweisung des Klägers mit seiner Klage, welche vielmehr nach der ihm nicht zu versagenden Beseitigung der einredeweise zur Sprache gebrachten Mängel sich als eine vollbegründete herausstellen kann, sondern im Gegentheil einzig die Wirkung einer Entbindung des Beklagten von seiner weiteren Verttheidigung bis dahin, daß diesen gerichtlich anerkannten Mängeln Abhülfe gegeben sein wird, d. i. die Wirkung einer civilrechtlichen Absolution von der Instanz. Die jetzt schon geschehene vollständige Verwerfung der angestellten Klage läßt sich danach nicht rechtfertigen.“

672. Inwiefern ist die Protesterhebung gegen einen Indossanten Voraussetzung des Wechselregreßanspruches gegen ihn?

„Wie aus dem angefochtenen Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 22. Mai 1876, No. 115, ersichtlich, ist Beklagter der letzte Indossant eines von P. an die Ordre des N. über 500 Rbl. ausgestellten Eigenwechsels. Von ihm, als solchem, verlangte nach zuvor wider den Wechsellaussteller erhobenem Protest F. als Wechselinhaber seine wechselfähige Befriedigung. Der Beklagte wendete dagegen ein, daß seine Verhaftung aus dem Indossament erloschen sei, weil der Wechsel nicht vorgängig auch wider ihn protestirt worden. Daß er mit diesem Einwande vom Landvogteigericht abgewiesen ist, bildet den Gegenstand der Beschwerde des Beklagten. Die Abweisung erscheint jedoch in jeder Beziehung durchaus gerechtfertigt und geboten.

Zur rechtlichen Begründung seines Einwandes stützt der Beschwerdeführer sich auf die §§ 73, 78 und 79 der Kaiserl. Russ. Wechselordnung und auf den Querelbescheid dieses Rathes d. d. 13. December 1874, No. 7781. Weder in den erwähnten Gesetzesvorschriften, noch in dem erwähnten Präjudicat findet sich indeß die (übrigens auch weder wissenschaftlich gelehrte, noch praktisch irgend wo und irgend je geübte) Nothwendigkeit ausgesprochen, daß der Wechselinhaber in jedem Falle dem Indossanten gegenüber, wenn er ihn von der wechselfmäßigen Verhaftung nicht befreien wolle, rechtzeitig protestiren zu lassen habe. Durch den wider den Trassaten und Acceptanten eines gezogenen und den Aussteller eines eigenen Wechsels am rechten Ort und zur rechten Zeit verlaublichen Protest wird vielmehr, gleich wie nach anderen, so auch nach der russischen Wechselordnung (daselbst §§ 73 und 75) das Wechselrecht allen überhaupt Wechselverpflichteten gegenüber genügend gewahrt, so daß es denn, wenn dieser gesetzlich allerdings unerläßliche Protest nicht verabsäumt worden, eines weiteren Protestes wider den Indossanten nicht, sondern höchstens nur und auch das nur unter weiter unten zu erläuternden Umständen, einer Notification von der durch den Trassaten und resp. Aussteller nicht geschehenen Honorirung eines Wechsels bedarf, damit diesem gegenüber nicht das Recht auf durch ihn zu leistende wechselfmäßige Befriedigung eingebüßt werde. Nur im Fall eines hier indeß nicht eingetretenen Sprungregresses ist, wie das schon in dem Querelbescheide dieses Rathes d. d. 19. Juli 1874, No. 4563*) nähere Erläuterung gefunden, der Wechselinhaber allerdings verbunden, wenn er des Rechts nicht verlustig gehen will, auch von den näherstehenden, vorläufig von ihm übersprungenen Vormännern hinterher eventuell Zahlung zu verlangen, wider diese einen Protest, den sogenannten Contra-Protest, zu erheben, ehe er einen der entfernter stehenden Vormänner auf Zahlung belangt. Nur dieser Sinn ist in den §§ 78 und 79 der Russ. Wechselordnung zu finden und, wie die Praxis lehrt, hierorts auch stets nur gefunden worden. Beschwerdeführer, welcher nicht ein übersprungener, sondern vielmehr der letzte Indossant des wider ihn in Klage gebrachten Wechsels war, kann

*) Siehe Band III, No. 480 und die Nachschrift daselbst.

demnach um deswillen, weil der gehörig wider den Aussteller protestirte Wechsel nicht auch noch außerdem wider ihn protestirt worden, Befreiung von der Wechselverpflichtung nicht beanspruchen. Darüber läßt der § 78 der Wechselordnung nicht den leisesten Zweifel zu.“ (Resolution des Rig. Raths vom 10. September 1876, No. 5699.)

673. Aus einem präjudicirten Wechsel findet ein Regreßanspruch gegen die Indossanten nicht statt.

„Kläger hat zwei Forderungen aus zwei von dem Kaufmann Wilhelm J. an die Ordre des Cridars F. W. J. ausgestellten und von letzterem in blanco indossirten, jedoch wegen unterlassener Protesterhebung praejudicirten Wechseln über resp. 2000 und 2060 Rbl. angemeldet, welche von dem Cridar und bzw. dem Concurscurator um deswillen angestritten sind, weil der Regreßanspruch gegen den Cridar als Indossanten in Folge der Präjudicirung des Wechsels erloschen sei.

Diese Behauptung muß von dem Gerichte als gerechtfertigt anerkannt werden. Denn die russische Wechselordnung von 1832 § 75 verordnet in Uebereinstimmung mit ihrem Vorbilde, dem code de commerce art. 168—170, daß der Wechselinhaber durch die Verabsäumung des Protestes das Recht einer jeden Klage gegen die Indossanten unbedingt und gegen den Aussteller insofern verliert, als dieser nachweist, daß der Trassat zur Verfallzeit des Wechsels für dessen Betrag von ihm Deckung gehabt habe. Dieser Rechtsatz ergibt sich auch schon aus dem Wesen des Indossaments, welches darin besteht, daß der Indossant die wechselfähige Haftung für den Fall übernimmt, daß der Aussteller zur Verfallzeit nicht zahlt, was ihm durch den rechtsförmlich erhobenen Protest von dem Wechselnehmer nachgewiesen werden muß (§§ 25, 73 und 76 l. c.). Unterläßt also der Wechselnehmer die Protesterhebung und fehlt es ihm somit an der rechtlichen Vorbedingung des Regresses wider die Indossanten, so sind diese von jeder Verhaftung aus dem Wechsel befreit, wie das auch in der Doctrin allgemein anerkannt ist. Freilich heißt es in dem § 80 der russischen Wechselordnung, daß der Wechselinhaber, welcher die Protesterhebung verabsäumt hat, nur das Recht der Beitreibung gegen die Indossanten und den Aussteller

nach Wechselgerichtsform verliert, dagegen im ordentlichen Prozesse Zahlung fordern könne. Allein es liegt auf der Hand, daß wenn man nicht einen unlöslichen Widerspruch zwischen den §§ 75 und 80 statuiren will, der letztere nur dahin verstanden werden kann, daß dem Inhaber des präjudicirten Wechsels ein Anspruch auf Zahlung soweit verbleibt, als dieser im Civilrecht seine Grundlage hat, also nicht schon auf Grund des Wechsels allein. Da aber nach dem Civilrecht aus dem Indossament keine Verpflichtung zur Einlösung der indossirten Schuldurkunde besteht, so kann der Indossant aus dem präjudicirten Wechsel nicht belangt werden. Die hier entwickelte Rechtsfolge der Wechselpräjudicirung ist denn auch nicht bloß von den Riga'schen Stadtgerichten wiederholt ausgesprochen worden, sondern es liegt speciell in Betreff der Haftung des Indossanten eines präjudicirten Wechsels auch eine Entscheidung der Civil=Cassations=Departements eines dirig. Senates vor (Jahrg. 1868, No. 123), welche anerkennt, daß gegen diese ein Anspruch des Wechselinhabers auf Grund des Wechsels nicht stattfindet.

Demnach hat die Forderung des Liquidanten M., da dieselbe sich lediglich auf die stattgehabte Girirung der abschriftlich beigebrachten beiden Wechsel durch den Cridar gründet, dem Antrage des Concurscurators gemäß aus dem Concurrenz zurückgewiesen werden müssen.“ (Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 21. August 1875, No. 184.)

674. Wirkungslosigkeit einer zwischen gehörigen Indossamenten auf der Rückseite des Wechsels stehenden Namensschrift mit dem Zusatz: „als erbetener Zeuge.“

„Obwohl nicht eine jede auf der Rückseite eines Wechsels vorfindliche Beurkundung ohne weiteres für ein Indossament im wechselrechtlichen Sinn angesehen werden kann, so streitet doch, so oft in der Reihe der Indossamente eine Namensunterschrift angetroffen wird, die Vermuthung dafür, daß es in der Willensmeinung des Schreibenden gelegen habe, sich dem Indossatar, wie jedem künftigen Inhaber des Wechsels gegenüber zur unbedingten Schuld- und Garantieübernahme zu verpflichten

Diese Voraussetzung erleidet jedoch eine Abschwächung dann, wenn dem Namenszuge eine Bemerkung angehängt ist, welche — wie die Worte „Julius S. als erbetener Zeuge“ — das erfolgte Indossament zu einer wechselrechtlich nichts besagenden Aufschrift stempelt.“ (Aus den Motiven eines rechtskräftigen Bescheides der II. Section des Landvogteigerichts vom 21. December 1874, No. 271.)

675. Wirksamkeit eines Blanco-Indossaments, dem ein Zusatz beigefügt ist.

R. klagte gegen S. aus einem von diesem an die Ordre des B ausgestellten Sola-Wechsel, auf dessen Rückseite sich die Aufschrift befand: „Den Werth richtig erhalten P. B“. Die I. Section des Landvogteigerichts äußerte sich hierüber in dem rechtskräftigen Erkenntnisse vom 7. December 1874, No. 223 dahin:

„Es fragt sich, ob Kläger durch das auf dem Wechsel befindliche Indossament überhaupt zur Wechselklage legitimirt ist, da derselbe weder ein vollständiges, noch ein reines Blanco-Indossament ist. Diese Frage ist aber zu bejahen, da eine der Namenszeichnung des Wechselnehmers auf der Rückseite des Wechsels hinzugefügte Bemerkung bedeutungslos ist, wenn durch sie jener Namenszeichnung die Bedeutung eines Indossaments nicht geradezu entzogen wird.“*)

676. Ueber den Regressanspruch des Wechselbürgen gegen seine Mitbürgen.

Ein von H. an die Ordre des R. über 150 Rbl. ausgestellter Solawechsel war von dem Beklagten, dem Kläger und noch zwei anderen Personen als Bürgen unterzeichnet. Kläger

*) Bezugnahme auf Borchardt, Wechselordnung, Zusatz 198. Seufferts Archiv XIX, 56. Vergleiche Thöl, Wechselrecht, § 251 Note 10. § 263. Wächter, Wechsellehre, § 96: „Unter einem Blanco-Indossamente verstehen wir jedes Indossament, welches nicht auf einen bestimmten Namen lautet, mag es nun bloß den Namen des Indossanten, oder auch noch andere Bestandtheile eines gewöhnlichen Indossaments enthalten.“

hatte denselben nach Verfall eingelöst und sich ihn durch beglaubigte Aufschrift auf denselben von R. cediren lassen. Als er auf Grund dieser Cession von dem Beklagten im Wechselproceße den Ersatz der gezahlten Wechselsumme abzüglich des auf ihn entfallenden Viertels mit 112 Rbl. 50 Kop. forderte, wies die II. Section des Landvogteigerichts durch Erkenntniß vom 9. September 1875, No. 186, in Uebereinstimmung mit den Band III. sub No. 446 und 447 mitgetheilten Entscheidungen die Klage ab.

Auf klägerische Appellation wurde dagegen der Beklagte durch Appellationsurtheil des Rig. Rathes vom 9. Januar 1876, No. 115, zur Einlassung auf die im Wechselproceße erhobene Klage verpflichtet. Gründe:

„Eine Rechtsübertragung ist beim Wechsel in der wechselmäßigen Form des Indossaments auch nach hiesigem Wechselrecht nicht möglich, sobald der Wechsel mit der Verfallzeit in das Stadium der Einlösung getreten ist (Art. 83 der W.-D.). Selbstständige, von der Person des Uebertragenden unabhängige Rechte lassen sich in Beziehung auf einen solchen Wechsel nicht mehr begründen. Das Indossament dient nach der Verfallzeit nicht mehr zur Uebertragung des Wechselrechts seitens der Indossanten und zur Uebernahme einer Wechselverbindlichkeit seitens derselben, sondern es ist hier lediglich die wechselmäßige Form zur Begründung eines Mandatsverhältnisses (Art. 83 l. c.). Wenn also von dem Inhaber eines mangels Zahlung protestirten Wechsels eine Abtretung des Wechselrechts und nicht blos eine Vertretung des ihm zustehenden Wechselrechts gegenüber sonstigen im Wechselverbande stehenden Personen bezweckt wird, so kann dieser Zweck durch Uebertragung in wechselmäßiger Form nicht erreicht werden, sondern nur im Wege der civilrechtlichen Cession. Denn, wie alle Forderungsrechte, so kann auch eine Wechselforderung Gegenstand der Abtretung sein (Art. 3467 des Prov.-Rechts Th. 3), nur ist zur Abtretung einer Wechselforderung erforderlich, daß der Wechsel selbst dem Cessionar übergeben und die Abtretung entweder auf dem Wechsel verzeichnet, oder über dieselbe eine besondere Urkunde ausfertigt werde (Art. 3472 l. c.). Aus dem Umstande, daß der zur Klage gebrachte Wechsel an den Kläger nicht indossirt ist, und an ihn nicht hat indossirt werden können, ergibt sich mithin

keineswegs, daß ihm eine Wechselforderung gegen den Beklagten nicht zusteht. Eine Wechselforderung ist ihm nach Ausweis des beigebrachten Wechsels von dem berechtigten Wechselinhaber R. in gesetzlich vorgeschriebener Form mittelst beglaubigter Wechelaufschrift abgetreten worden und, wenn durch solche Abtretung die Rechte aus dem Wechsel auch nicht, wie beim Indossament, als selbständige, sondern nur als abgeleitete und von der Person des Abtretenden abhängige auf den Kläger haben übergehen können (Art. 3480 l. c.), so folgt daraus weiter nichts, als daß dem Beklagten nicht verwehrt werden darf, aus der Person des Abtretenden geschöpfte Einreden gegen den Kläger geltend zu machen. Demnach ist auch dem Cessionar einer Wechselforderung deren Geltendmachung im Wege der Wechselklage zuständig.*)

Gleichwohl würde die Abweisung der vorliegenden Klage unter der Voraussetzung sich als gerechtfertigt darstellen, daß — wie der Unterrichter annimmt — die Wechselforderung des Cedenten R. schon vor beabsichtigter Abtretung nicht mehr existirt hätte, also auch dem Kläger gar nicht hätte abgetreten werden können. Diese Annahme ist aber eine irrthümliche. Derselbe erachtet die Wechselforderung, welche R. dem Kläger abzutreten beabsichtigte, aus dem Grunde für erloschen, weil R. von einem Bürgen volle Zahlung erhalten habe. Nach dieser Auffassung könnte der Bürge, welcher an Stelle des Schuldners den Gläubiger befriedigt, weder gegen den Hauptschuldner, noch gegen die Mitbürgen seinen Regreß nehmen, denn die Ansprüche des Gläubigers gegen beide würden, nachdem er Zahlung erhalten, verloren sein.

Dagegen bestimmt der Art. 3466 l. c., daß, wenn derjenige, welcher einen Gläubiger an Stelle des Schuldners befriedigt, sich vor oder bei der Befriedigung die Abtretung der Forderung ausbedingt, alsdann im Augenblicke der Befriedigung ohne weiteres die Forderung als ihm abgetreten anzusehen ist. Ferner bestimmt der Art. 4531 l. c., daß der Bürge das Recht habe, von dem Gläubiger, den er befriedigt, nach Maßgabe der Befriedigung die Abtretung seiner Klagen gegen den Hauptschuldner

*) Ebenso erkannte der Riga'sche Rath in dem Querelbescheide vom 16. Juli 1876, No. 4573.

und gegen die Mitbürgen zu verlangen und vor erfolgter Abtretung die Leistung der verbürgten Schuld zu verweigern. Das Recht auf Klagenabtretung begreift nach Art. 4532 l. c. nicht nur die Klagen wegen der Schuldforderung selbst, sondern nicht minder die Klagen wegen aller damit zusammenhängenden Rechte. Während also im Allgemeinen in Folge einer für den Schuldner bewerkstelligten Entrichtung der Schuld ohne weiteres das entsprechende Forderungsrecht erlischt (Art. 3483 und 3487 l. c.), so besteht, wenn solches ausbedungen worden ist, oder wenn es sich nur um eine bürgerschaftliche Leistung handelt, die Folge der für einen Anderen geleisteten Erfüllung nicht in der Aufhebung, sondern in der Abtretung der Forderung, resp. in dem Ansprüche des Erfüllenden auf solche Abtretung.

Wenn nun Kläger durch eine beglaubigte Cessionsaufschrift auf einem gehörig protestirten Wechsel bei der von ihm erhobenen bezüglichen Wechselklage den liquiden Nachweis dafür erbracht hat, daß eine Wechselforderung, deren Abtretung er zu fordern gesetzlich berechtigt war, ihm von dem berechtigten Wechselinhaber abgetreten ist, und Wechselforderungen, sie mögen wechselmäßig durch Indossament übertragen oder civilrechtlich durch Cession abgetreten sein, im Wege des Wechselprocesses zu verfolgen sind, so muß die Weigerung des Beklagten, sich auf die erhobene Wechselklage einzulassen, als unrechtfertig abgewiesen werden.“

Nachschrift des Herausgebers. 1) Daß die im Texte vertretene Meinung vor derjenigen, wonach aus der Cession einer Wechselforderung ein wechselmäßiger Regreß gegen die Mitbürgen oder Mitaussteller nicht stattfindet (Band III, No. 446 und 447), den Vorzug verdient, bedarf des näheren Nachweises wohl nicht. Vgl. darüber noch Böhlau, in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsrecht XVIII, S. 411—16, *Entscheid. des D.-H.-G.* IV, S. 325 ff. und *Seuffert's Archiv* XXV, 223. XXVI, 241.

2) Dagegen drängt sich eine Frage auf, welche in dem mitgetheilten Rechtsfalle nicht zur Entscheidung gelangte, weil sich die Parteien dieserhalb verglichen, nämlich die Frage: welche Summe kann der Mitbürge oder Mitaussteller, an den der Wechsel cedirt ist, von seinen Mitbürgen

oder Mitausstellern ersetzt verlangen? Präjudiciell für dieselbe scheint die Frage zu sein, ob der zahlende Mitbürge von dem Gläubiger die Cession der ganzen Forderung, oder nur desjenigen Betrages fordern darf, welcher nach Abzug seines Antheils übrig bleibt. Allein letztere Frage, welche noch von Hasenbalg (die Bürgschaft des gemeinen Rechts, S. 438 bis 442) umständlich erörtert wird, ist praktisch ohne jedes Interesse; denn einmal ist es kaum denkbar, daß der Gläubiger, der voll befriedigt ist, sich dagegen sträuben werde, die bezahlte Forderung dem Zahlenden vollständig abzutreten, und sollte es auch „solche Käuze geben“, so würden sie immerhin dem Cessionar nicht schaden, da dieser wirksam doch nur auf so viel klagen kann, als auf den Antheil der übrigen Mitbürgen oder Mitaussteller kommt, worauf schon Mühlenbruch (Lehre von der Cession, 3. Aufl., S. 413, Note 77) aufmerksam gemacht hat. Durch die Cession der Forderung an den Mitbürgen oder Mitaussteller wird dieser nämlich Gläubiger und es tritt deshalb in Bezug auf seinen Antheil an der gemeinsamen Schuld eine Confusion ein, wogegen an dem Rechtsverhältniß der übrigen Mitschuldner dadurch nichts geändert wird (l. 71 pr. Dig. de fidejuss. XLVI, 1. Art. 3565, 3566, 3568, 4548 des Prov.-Rechts Thl. 3). Da die cedirte Forderung nun bezüglich des Antheiles des Cessionars durch die Confusion erloschen ist (l. 24, l. 50, Dig. XLVI, 1; Art. 3566 l. c.), so kann sie gegen die übrigen Mitbürgen bzw. Mitaussteller auch nicht hinsichtlich jenes Antheiles, sondern nur hinsichtlich der übrigen Antheile geltend gemacht werden (Seufferts Archiv XVII, 144), wobei es keinen Unterschied macht, ob eine Wechselforderung oder eine andere Forderung in Frage kommt. Im obigen Falle konnte daher Kläger gegen den Beklagten zwar $\frac{3}{4}$ der Forderung einklagen, aber auch nicht mehr, weil das letzte Viertel von ihm selbst geschuldet war.

3) Wird der Wechsel dem Mitbürgen oder Mitaussteller nicht durch Cession, sondern durch Indossament übertragen, so soll der belangte Mitbürge oder Mitaussteller die Klage mit einer exceptio doli zurückschlagen können, sofern sie auf ein Mehreres als den auf ihn fallenden Antheil der Wechselschuld gerichtet ist (Renaud, Wechselrecht, § 59 Note 13. Entscheid. des D.-A.-G. Rostock in Seufferts Archiv X, 205 und bei Bor-

hardt, W.=D. 5. Aufl. 1869, Zusatz 613 b. Entscheid. d. D.=H.=G. I, No. 29 [Seufferts Archiv XXV, 11]). Diese Auffassung erscheint nur dann richtig, wenn man — wie das D.=N.=G. Kostock und das D.=H.=G. in der Entscheid. I, No. 29, welche ein Indossament nach Verfall (D. W.=D. Art. 16) betrifft — auch dem Cessionar des Wechsels den Regreß nur pro rata gestattet (Bonhardt l. c. Zusatz 613, d.). Räumt man hingegen dem Cessionar das Recht ein, die gesammte Forderung abzüglich nur seines Antheiles von dem einzelnen Mitbürgen resp. Mitaussteller einzufordern, so muß consequenter Weise dasselbe Recht auch demjenigen Mitbürgen oder Mitaussteller zustehen, an den der Wechsel durch Indossament gelangt ist. (Vgl. Entscheid. des D.=H.=G. XIV, No. 127. Seuffert's Archiv XXXII, 174.) Sind also vier Mitbürgen oder Mitaussteller A, B, C und D vorhanden, so kann A, welcher den Wechsel durch Indossament oder Cession erworben hat, den C oder B oder D wirksam auf $\frac{3}{4}$ der Wechselsumme belangen und dem Beklagten ist es lediglich vorbehalten, seinerseits gegen die übrigen Mitbürgen oder Mitaussteller den Regreß hinsichtlich der noch restirenden zwei Vierteltheile zu nehmen.

4) Hat der zahlende Wechsellaussteller oder Wechselbürge sich den Wechsel von dem Gläubiger weder indossiren, noch cediren lassen, so hat er kein Klagerrecht als Wechselgläubiger, sondern muß seinen Regreßanspruch gegen die Mitaussteller bzw. Mitbürgen auf die civilrechtlichen Vorschriften stützen. Vgl. darüber die Nachschrift zu No. 621.

677. a) Der Indossant, welcher den Wechsel einlöst, hat gegen die Indossaten nicht eine neuerworbene, sondern seine frühere, wiederaufgelebte Forderung.

b) Zulässigkeit der Compensation im Concurse.

G. vindicirte aus der Concursmasse des L. eine Partie dem Letzteren faustpfandlich übergebener Waaren und begegnete dem von den Curatoren vorgeschützten Einwande der mangelnden Tilgung der Pfandschuld mit der Replik, daß er drei durch Indossament des L. erworbene Tratten, die im Regreßwege zu ihm zurückgelangt seien, habe einlösen müssen und dergestalt eine die

Pfandschuld übersteigende Gegenforderung an den Cridar habe. Das Erkenntniß des Vogteigerichts vom 4. December 1876, No. 158, legte dem Kläger den Beweis darüber auf, daß er die Tratten bereits vor der Concurseröffnung eingelöst habe. Auf seinerseitige Berufung wurde jedoch die Beweisaufgabe in dem Querelbescheide des Riga'schen Rathes vom 29. April 1877, No. 2917, aus folgenden Gründen gestrichen:

„Der erste Richter hat den auferlegten Beweis für nothwendig erachtet im Hinblick auf den allerdings heutzutage kaum mehr streitigen Grundsatz, daß nur solche Forderungen eines Concursgläubigers zur Aufrechnung gegen eine Schuld desselben sich eignen, welche ihm bereits vor dem Ausbruch des Concurfes an den Cridar zustanden, nicht auch solche Forderungen des Concursgläubigers, welche erst nach dem Ausbruch des Concurfes entstanden oder ihm übertragen sind. Mit Recht hat dagegen Querulant hervorgehoben, daß es sich im gegebenen Fall gar nicht um die Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit dieses Grundsatzes, sondern vielmehr mit Rücksicht darauf, daß Kläger schon zur Zeit der Eröffnung des Concurfes Inhaber einer, wenngleich durch den Verfall der Tratten betagten und durch deren Einlösung bedingten, Regreßforderung an den Gemeinschuldner war, um die Entscheidung der Frage handle, ob auch betagte und bedingte Forderungen compensationsfähig seien

Daher ist hier in Erwägung zu ziehen, ob in der That Querulant auch schon vor der durch ihn veranstalteten Einlösung der in Rede stehenden Tratten als Inhaber einer betagten und bedingten Regreßforderung an den Gemeinschuldner zu gelten hatte. Querulant nimmt eine solche Eigenschaft nicht mit Unrecht für sich in Anspruch, indem er hervorhebt, daß bei seinerseitiger Weiterbegebung der von ihm durch L.'sches Indossament erworbenen Tratten für ihn zwar einerseits im Verhältniß zu seinen Nachmännern eine Einlösungspflicht erwuchs, andererseits aber eben deshalb auch im Verhältniß zu seinen Vormännern ein Rückgriffsrecht fortbestehen blieb, so daß durch die Weiterbegebung sein Forderungsrecht an L. keineswegs erlosch, sondern einzig die Fähigkeit der Geltendmachung dieses Forderungsrechts von der etwaigen künftigen Einlösung abhängig ward.

Diese Auffassung des Querulanten von dem ungeachtet der Weiterbegebung von Wechseln zwischen dem Indossanten und

dem Indossatar fortlebenden Verhältniß entspricht nun allerdings nicht nur den kaufmännischen Anschauungen und Bedürfnissen, sondern sie wird auch größtentheils von der Doctrin*) und von der jüngeren Rechtsprechung**) gebilligt. Im geschäftlichen Verkehrleben pflegt der aus dem einzelnen Geschäft erwachsenden Pflicht ein ihr entsprechendes Recht gegenüber zu stehen: es erscheint daher durchaus folgerichtig, daß der andauernden Garantieverbindlichkeit des Indossanten ein Aequivalent geboten wird in dem andauernden Forderungsrecht desselben an seine Vormänner. Die Entgegennahme und Weiterbegebung von Tratten hat zur Voraussetzung die Zahlung der Wechselsumme durch den Trassaten am Verfalltage. Trifft diese Voraussetzung nicht zu und ist demzufolge der Indossant zur Einlösung im Regreßwege und zur Wiederauskehrung der empfangenen Begebungsvaluta genöthigt, so ist eben eine Tilgung seiner ursprünglichen Forderung an seine Vormänner nicht wirklich erfolgt, diese Forderung vielmehr bestehen geblieben und das Rückgriffsrecht, welches provisorisch geruht hatte, lebt wieder auf. Der Einlöser der Tratte ist nicht Gläubiger ex nunc, da die Einlösung nicht als ein freiwilliges neues Geschäft sich ansehen läßt, sondern ex tunc, weil er eben niemals aus dem Wechselverbande geschieden war. Daher ist es denn auch zu erklären, daß er zu seiner Legitimation und zur Geltendmachung seines Regreßrechts keines neuen Indossaments bedarf, und eben daher ist es zu erklären, daß nach Theorie und Praxis***) in Concurse die Meldung solcher bedingten Wechselforderungen zugelassen wird, welche der sich meldende Gläubiger durch Vorbringung der betreffenden Wechselurkunden zu belegen noch nicht im Stande ist, weil er sie noch gar nicht besitzt, sondern sie erst künftig in Folge unfreiwilliger Einlösung wieder besitzen wird.

Ist somit in der geschehenen Einlösung der Tratten durch den Kläger nicht der Erwerbgrund einer neuen

*) Verweisung auf Borchardt, in der Zeitschrift für Handelsrecht, II. S. 94. Renard, Wechselrecht, 3. Aufl. § 57. Wächter, Wechselrecht, § 66, Anmerkung 30.

**) Verweisung auf ein Erkenntniß des Berliner Obertribunals vom 17. September 1867.

***) Siehe Band III, No. 449.

Forderung desselben; sondern nur der Wiederauflebensgrund einer schon durch das Indossament erworbenen früheren Forderung zu erblicken, so ist selbstredend auch nur der Zeitpunkt des ersten Giro der Tratte an den Kläger maßgebend, dagegen der Zeitpunkt der erfolgten Wiedereinlösung für die Beurtheilung der obschwebenden Compensationsfrage gleichgültig und daher auch nicht in Beweis zu stellen.“

IX.

Seerecht.

678. a) Der Adressat (Correspondent) eines Schiffes haftet in Riga nicht für Ansprüche an den Schiffer und ist auch an sich zur Vertretung des Letzteren gegen wider ihn angestellte Klagen nicht legitimirt.

b) Legitimation zur Sache durch Anerkennung des Beklagten festgestellt.

Die Handlung G. & C. war durch vogteigerichtliches Erkenntniß zur Zahlung der Fracht für durch den Dampfer „Nero“ nach Riga transportirte Waaren an die Handlung H. & G. verurtheilt und mit ihrer Gegenforderung wegen Beschädigung der Waaren auf dem Transporte ad separatum verwiesen worden. Als sie darauf die Schadensersatzklage wider die Handlung H. & G. anstellte, verweigerte diese die Einlassung darauf, weil nicht sie, als die Adressatin des Schiffes, sondern der Schiffer zu belangen sei.

Das Vogteigericht wies darauf am 16. Mai 1876 sub No. 86 die Klage aus folgenden Gründen ab:

„Das dem deutschen Handelsrecht fremde Institut der Schiffsadressen ist für den hiesigen Platz nach dem localen Gewohnheitsrecht, als dessen Ausdruck die Usancen der Rigaer Börse in dieser Beziehung gelten müssen, zu beurtheilen. Das XIV. Capitel daselbst (Redaction vom Jahre 1872) enthält in Bezug auf die rechtliche Stellung des Adressaten nur allgemeine Bestimmungen, so namentlich im § 1 den Satz, daß die hiesigen Handlungshäuser als Commissionäre oder Correspondenten der an sie adressirten Schiffer verpflichtet sind, den letzteren in allen vor-

kommenden Fällen die erforderliche Assistenz zu gewähren und die Clarirung des Schiffes zu besorgen. Bereits durch den Querelbescheid des Raths vom 17. December 1871, No. 8539 (Bd. II, No. 245) ist jene Bestimmung dahin interpretirt worden, daß der Adressat — abgesehen von der Erledigung der Zollgeschäfte, die eine feststehende Verbindlichkeit bildet — im Allgemeinen die Stellung eines Rathgebers gegenüber dem Schiffer einnimmt.

Nimmt man hierzu, daß in den Börsen-Ansancen der Adressat durchweg als „Commissionär“ des Schiffers bezeichnet wird, so muß wohl (beim Mangel jeder hierauf deutenden ausdrücklichen Festsetzung) angenommen werden, daß der Adressat als solcher noch nicht verantwortlicher Vertreter des Schiffers für die gegen diesen zu erhebenden Schadensersatzansprüche ist. Der Anspruch der Klägerin, insofern er den von der Beklagten incassirten Frachtbetrag für die per Dampfer „Nero“ verschifften Waaren übersteigt, ist also der Beklagten gegenüber unbegründet, insolange er nur auf die Correspondentenqualität der Letzteren hin gegen diese gerichtet ist. Nach den vorhandenen gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen läßt sich eine Verhaftung des Correspondenten mit seinem eigenen Vermögen für den Schiffer in keiner Weise construiren und Beklagte ist vollkommen im Recht, wenn sie die Einlassung auf die den Frachtbetrag übersteigende Klageforderung verweigert. Aber auch zur Vertretung des Schiffers im Proceffe wegen Leistung von Schadensersatz bis zum Betrage der Fracht erscheint der Correspondent nicht ohne weiteres zur Sache legitimirt, und zwar in eigenem Namen nicht, weil er als Correspondent nur den Schiffer in Angelegenheiten der Fracht vertritt, als Commissionär des Schiffers aber gleichfalls nicht, weil eine Vermuthung, daß der Commissionär überhaupt zur Proceßführung für den Committenten berechtigt und verpflichtet sei, weder auf allgemeine Rechtsgrundsätze, noch auf ein specielles Gewohnheitsrecht gestützt werden kann. Umgekehrt wird freilich auch anzuerkennen sein, daß aus der Adressatenqualität allein noch nicht die Befugniß folgt, für den Schiffer die Fracht gerichtlich einzuziehen; indessen wird hierüber wohl nur in einzelnen Falle der gerade vorliegende Adressirungsvertrag zwischen dem

Schiffer und dem Handlungshause entscheiden können, — ein Moment, das hier nicht in Frage kommt, weil die gegenwärtige Klägerin als Beklagte im Vorprocesse den Mangel der Legitimation zur Sache oder zum Processe dem Proceßgegner gar nicht vorgeworfen hat, obgleich die damals klagende Handlung H. & G. in ihrem Klageantrage vom 3. October vor. J. durchaus nicht näher angegeben hat, woraufhin (ob als Adressatin, als Cessionarin, als Mandatarin des Schiffers?) sie das Frachtgeld von der Beklagten einfordere. Beklagte, jetzige Klägerin, hat diesen Mangel der Klage gar nicht gerügt, vielmehr nur ihre Schadenserstatforderung vorgebracht, also implicite das Recht der Klägerin, die Frachtlohnforderung heizutreiben, anerkannt. Auf welcher zwischen den Parteien vorhandenen causa diese Anerkennung beruhte, erhellt aus den Acten nicht. Das Vorhandensein der Anerkennung genügte aber, da die Gegenforderung als illiquid ad seperatum verwiesen wurde, — um den Anspruch der damaligen Klägerin zu begründen.“

Dieses Erkenntniß ging in Rechtskraft über.

679. Haftung des Clarivers, der die Waare auf Grund des Ordre-Connossements von dem Schiffer empfängt, für die Bezahlung der Fracht.

Die Handlung W. & Co. belangte den Clariver D. auf Bezahlung der Fracht für zwei mit ihrem Schiffe aus Bordeaux nach Riga gebrachte Fässer Harz. Beklagter wandte ein, nicht er, sondern der Kaufmann K. sei Destinatar der betreffenden Ladung gewesen, worauf das Vogteigericht am 27. März 1875 sub No. 49 folgendermaßen erkannte:

„Berücksichtigt man, daß die Klage aus dem Grunde gegen den Beklagten gerichtet ist, weil dieser angeblich auf Grund der bezüglichen Ordre-Connossemente beim hiesigen Zollamte die betreffenden Partien Harz clarirt und daselbst quittirt habe, so ergibt sich, daß die Behauptung: der Kaufmann K. sei „Destinatar“ gewesen, welche doch hier offenbar ein Leugnen des bezüglichen Theiles des Klagegrundes enthalten und der Gegnerin den Beweis zuschieben soll, — in Wirklichkeit gar kein Bemeinen jener Angabe der Klägerin enthält. Denn der Destinatar einer Ladung braucht nicht Inhaber des Ordre-Connossements

zu sein (letzteres kann z. B. sehr wohl an einen Geschäftsfreund des Abladers gelangen mit dem Zweck, die Waare dem Destinatar auszuliefern) und umgekehrt ist aus dem Besitze des Ordre-Connossements noch nicht ein Schluß auf die Person des wahren Destinatars zu ziehen, denn dieser kann sehr wohl die Waare durch einen Dritten empfangen lassen und zu dem Behufe das Connossement weiter geben. Nach der allgemeinen Proceßregel, daß die nicht ausdrücklich bestrittenen Klagethatsachen als zugestanden anzusehen sind, muß daher für festgestellt gelten, daß Beklagter auf Grund der Ordre-Connossemente die fraglichen Partien Harz beim Zoll clarirt und entgegengenommen hat, so daß der von der Klägerin zum Erweise dieser Thatsache geführte Beweis vollkommen überflüssig erscheint und es sich nur um die Frage handelt, ob diese Thatsache allein auch schon die Richtung der Klage gegen den Beklagten rechtfertigt. Dies aber muß unbedingt bejaht werden, denn zur Bezahlung der Fracht ist der Destinatar der Ladung verpflichtet und als solcher gilt (vgl. Art. 647 des deutschen Handelsgesetzbuchs) dem Schiffer und Rheder gegenüber der Inhaber des in blanco indossirten sog. Ordre-Connossements, so lange derselbe in eigenem Namen und nicht etwa für einen Dritten auftritt. Wer vorliegenden Falls thatsächlich Destinatar der Waare gewesen ist, ob Beklagter, oder der Kaufmann K., ist daher für die Beurtheilung der Verpflichtung des Beklagten zur Frachtzahlung gleichgültig, denn in dieser Beziehung hat der Connossementsinhaber als Destinatar zu gelten und, wenn er etwa beim Empfang der Waare vom Schiffer (resp. auf dem Zollamt) im Auftrage eines Dritten (des wahren Destinatars nach der Absicht des Abladers) handelte, ohne das Stellvertretungsverhältniß zu offenbaren, so blieb er als stiller Stellvertreter nach Art. 3111 des 3. Theils des Provinzialrechts dem Schiffer, resp. der Rhederei verhaftet. Hat nun Beklagter keineswegs behauptet, daß er bei dem (wie erwähnt, als zugestanden anzusehenden) seinerseitigen Empfang des Harzes auf dem Zollamt mittels der Ordre-Connossements sich als offener Stellvertreter des Kaufmanns K. gerirt habe, so ist auch auf die Aussage des Zeugen K.: „es seien mit dem Schiffe „Dd“ für ihn die zwei in der Klage näher bezeichneten Partien Harz eingetroffen,“ nicht weiter Rücksicht zu nehmen;

denn nicht darauf kommt es an, für wen die Waare abgehandelt wurde, sondern in vorliegender Klagesache nur, ob Beklagter in eigenem Namen auf die Connoßmente hin die Ladung in Empfang nahm.“

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

680. Bestimmung der Ladezeit mit Ausschluß der Sonn- und Festtage auch bei Verabredung „promptester“ Beladung.

Kläger beanspruchte von der beklagten Handlung auf Grund der Behauptung, daß letztere ihrer chartepartiemäßigen Verpflichtung zur schleunigen Ladung nicht nachgekommen sei, ein Liegegeld für 6½ Liegetage. In Beurtheilung dieses Anspruches enthalten die Motive der Resolution des Rig. Rathes vom 28. April 1876, No. 2786, folgendes:

„Die beigebrachte Chartepartie verpflichtet den Befrachter, „auf das prompteste und ohne Aufenthalt“ des Klägers Schiffe zu beladen. Kläger deducirt hieraus, daß die Beladung mit der größten Beschleunigung, d. h. schneller als in der Regel hierorts üblich sei, habe geschehen müssen. Demgegenüber ist vom Unterrichter in den Motiven des angefochtenen Bescheides, wie in der Erklärung auf die Beschwerde überzeugend nachgewiesen worden, daß die citirte Clausel, um die Abweichung von der Regel zu begründen, genauer hätte gefaßt sein müssen, und zwar um so mehr, als die Chartepartie am Schlusse ausdrücklich die Rechte und Gebräuche zur See als gleichfalls für den Vertrag maßgebend bezeichnet. Da nun jene Clausel sich im gedruckten Blanquet der Chartepartie vorfindet (was schon auf ihre häufige Anwendung deutet) und da keine nach Tagen bestimmte Ladefrist stipulirt ist, so muß für die Beurtheilung der dem beklagten Theile zu Gute zu haltenden Ladezeit vorliegendenfalls der Gebrauch des hiesigen Handelsplatzes, wie er in den vom Börsen-Comité publicirten Usancen seinen Ausdruck gefunden hat, als Richtschnur gelten. Die vom Supplicanten gegebene Interpretation des § 7 Cap. 15 der Börsen-Usancen vom 24. Mai 1872 („bei einer Befrachtung in laufenden Tagen seien Sonn- und Feiertage nicht in Abzug zu bringen“), ist nun freilich vollkommen dem Wortlaute jener Festsetzung entsprechend, gehört

aber gar nicht hierher, weil es sich hier eben nicht um eine Befrachtung „in laufenden Tagen“ handelt. Der § 7 l. c. unterscheidet zwar nicht (wie das Vogteigericht annimmt) nur zwei, sondern drei Kategorien von Ladetagen: 1) laufende Tage, 2) Arbeitstage, 3) bequeme Arbeitstage. Die „laufenden Tage“, wie die „bequemen Arbeitstage“ bilden als Minimum und Maximum der Ladezeit die in jedem einzelnen Falle speciell nachzuweisende Ausnahme. Die vom Supplicanten zu seinen Gunsten behauptete Stipulirung „laufende Tage“ ist, wie erwähnt, auf Grund jener allgemeinen ungenügend substantiirten Chartepartieclausel nicht anzunehmen und es tritt für die vorliegende Streitfache somit wieder die Regel in Kraft, daß die Ladezeit nach „Arbeitstagen“ zu berechnen ist, und zur Ermittlung der „Arbeitstage“ sind nach § 7 l. c. von den laufenden Tagen amoch zu kürzen: „alle Sonntage und obrigkeitlich angeordneten Feste.“ Der angefochtene Satz in den vogteigerichtlichen Motiven giebt nur dieser einfachen Schlußfolgerung Ausdruck und ist daher vollkommen begründet.“

681. Der in einem auswärtigen Hafen von dem Schiffer ausgelegte Matrose hat einen Anspruch auf Bezahlung des Lohnes bis zu seiner nicht verzögerten Ankunft in dem Heimathshafen, desgleichen auf Ersatz der Reisekosten.

Der Schiffer P. war mit seinem zu Riga gehörigen Schiffe in Windau eingelaufen und hatte die in Riga gehuere Mannschafft am 30. December 1874 entlassen. Der Matrose J., der am 1. Januar Abends in Riga eingetroffen war, verlangte die Zahlung seines Lohnes bis zum 3. Januar, wo der beklagte Schiffer mit ihm abgerechnet und ihm seinen Lohnrest ausgezahlt hatte, während Beklagter solchen nur bis zum 30. December entrichten wollte.

Die I. Section des Landvogteigerichts sprach mittelst Bescheides vom 8. Mai 1875, No. 100, dem Kläger den Lohn bis zum 1. Januar 1875 zu und motivirte dies also:

„Da Kläger unbestritten in Windau das Schiff verlassen hat (und zwar nach der beklaglichen Abrechnung am 30. December) und Beklagter nicht hat behaupten können, daß in der

Musterrolle etwas anderes bestimmt, oder daß das Schiff in Windau untergegangen sei, so ist Kläger allerdings berechtigt, zu verlangen, daß er wieder in den Heimathshafen für Kosten des Beklagten gebracht werde, wie das in Bezug auf ausländische Häfen in den Artikeln 994 und 997 der Handelsordnung (Band XI der Reichsgesetze) ausdrücklich festgesetzt ist, und daß ihm bis zum Tage seiner Ankunft, welche unbestritten nicht verzögert ist, der vereinbarte Lohn hier gezahlt werde (Vgl. Lib. IV Tit. II § 9 der Rig. Stadtrechte). Dagegen ist von dem Tage der Ankunft in dem Heimathshafen ein weiterer Lohnanspruch nicht begründet, weil mit diesem Zeitpunkte das Dienstverhältniß sein Ende erreicht hat. Somit ist der Betrag des dem Kläger zukommenden Lohnes für die Zeit vom 4. December bis zum 1. Januar, das sind 29 Tage, festzusetzen.“

682. Verträge, welche in Seenoth von Schiffern über die Vergütung für ihnen zu leistende Nothhilfe eingegangen werden, unterliegen nach Seerecht der Aufsehung. Das Maß der Vergütung ist solchenfalls nach richterlichem Ermessen zu bestimmen.

Der Schiffer W., dessen Dampfer bei Dünamünde auf den Strand gelaufen war, hatte mit den Capitänen von drei Schleppdampfern am 1. Juli 1876 vereinbart, daß diese für eine Vergütung von 7180 Rbl. das Schiff flottmachen sollten. Nachdem durch schweren Nordweststurm letzteres bis auf 40 Faden an den Steindamm angetrieben worden war, hatte der Schiffer am 3. Juli eine Urkunde unterzeichnet, derzufolge er sich verpflichtete, den betreffenden drei Schleppdampfern für den Fall des Einbringens des Schiffes in den Hafen von Volderaa die Summe von 20,000 Rbl. zu zahlen. Am 7. Juli war der Dampfer in den Hafen bugsiert worden und die Rheder der Schleppdampfer klagten nunmehr gegen den Schiffer auf Zahlung der bedungenen 20,000 Rbl. W. verweigerte dieselbe, weil er die Urkunde in der höchsten Gefahr unterzeichnet habe und die von den Schleppdampfern geleistete Hilfe mit 3000 Rbl. ausreichend bezahlt sei.

Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte hierauf am 14. August 1876, sub No. 174, wie folgt:

„Kläger geben zu, daß Beklagter sich in der höchsten Gefahr vollständiger Strandung befand; und bestreiten auch nicht, daß sie dem Beklagten die Hülfeleistung versagt haben, wofern er die ihm vorgebrachte Urkunde nicht unterzeichnen würde, sie bemerken nur, daß dem Beklagten anderweitige Hilfe nicht versagt gewesen sei, da ja noch andere Schleppdampfer sich hier befänden. Desgleichen räumen sie ein, daß der beklagte Dampfer am 7/19. Juli bereits in Bolderaa eingelaufen ist, behaupten jedoch, daß die durch das Steigen des Wassers eingetretene Verringerung der Mühe und Kosten des Abbringens ein ihnen zu Gute kommender Glücksfall sei, der den rechtlichen Bestand der Vereinbarung nicht alterire. Diese qualificire sich als ein nach dem 3. Theile des Provinzialrechts zu beurtheilender Verdingungsvertrag, bei welchem eine richterliche Feststellung des Lohnbetrages nur eintreten könne, wenn dieser nicht vertragsmäßig bestimmt sei. Uebrigens würden Kläger bei Annahme einer Vergütung den 4. oder 6. Theil des Werthes des geborgenen Schiffes, also mehr erhalten, als sie sich für ihre Arbeit ausbedungen hätten.

Bei Beantwortung der Frage, nach welchen Rechtsvorschriften das streitige Rechtsverhältniß zu beurtheilen sei, ist der Ansicht des Beklagten zuzustimmen, nach welcher das Seerecht maßgebend erscheint. Denn der der Klage zu Grunde liegende Vertrag ist auf der See geschlossen worden und hat die Verpflichtung von Schiffen in Bezug auf Schiffe zu seinem Gegenstande. In den ältesten, wie in den modernen Quellen des Seerechts (vgl. *Entscheid. des D.-H.-G.* IV, No. 88 und die dortigen *Allegate*, sowie XIV, No. 98*), ist aber der nicht nur der Natur

*) In dem erstern Erkenntniß wird constatirt, daß der im Art. 743 des deutschen Handelsgesetzbuches functionirte Rechtsatz in der Praxis der Seegerichte Englands, der Vereinigten Staaten von Nordamerika und Frankreichs anerkannt und auch in dem holländischen *Wetboek van Koophandel* Art. 568 angenommen sei.

Das letztgenannte Erkenntniß findet sich auszugsweise auch in *Seuffert's Archiv* XXX, No. 177.

Vgl. über die einschlägige Rechtsfrage noch *Pöhlz*, *Handelsrecht* IV, S. 921. *Meier*, in *W. Hartmann's Centralorgan* Band IX, S. 121—24. *Kaltenborn*, *Seerecht*, I. S. 35. *Rizze*, das allgemeine Seerecht, I. S. 229.

der Sache,*) sondern auch den allgemeinen Grundsätzen des Rechts entsprechende Satz anerkannt, daß die von in Seenoth befindlichen Schiffern gegenüber den ihre Hilfe Anbietenden gemachten Zusagen über die zu entrichtende Gegenleistung anfechtbar sind und bei obwaltendem Mißverhältnisse zwischen Hilfe und Lohn der richterlichen Modification unterliegen. Vorliegenden Falls ist unbestritten das beklagliche Schiff in großer Gefahr der Strandung gewesen und die Hilfeleistung Seitens der klägerischen Schleppdampfer nur unter der Bedingung gewährt worden, daß Beklagter die Eingangs erwähnte Urkunde unterzeichnen würde. Der Abschluß des der Klage zu Grunde liegenden Vertrages in unmittelbar drohender und ohne fremde Hilfe nicht zu beseitigender Gefahr, ist daher constatirt und es hat von den Klägern auch nicht behauptet werden können, daß dem Beklagten noch anderweitige Hilfeleistung angeboten worden ist. Auf der anderen Seite ist ebenso unstreitig, daß die klägerischen Schleppdampfer in Folge des Steigens des Wassers kaum drei Tage (nach Angabe des Beklagten sogar nur 2 Tage) zu arbeiten genöthigt gewesen sind, um den Dampfer „Minister Achenbach“ flott zu machen und in den Hafen von Bolderaa zu bringen: es steht mithin außer Frage, daß die beanspruchte Vergütung von 20,000 Rbl. im Vergleiche zu dem klägerischen Aufwande an Mühe und Kosten ein handgreifliches Uebermaß enthält. Demnach ist Beklagter nach den Grundsätzen des Seerechts allerdings befugt, die von ihm ertheilte Zusage, auch wenn sie unbedingt gegeben wurde, anzufechten und eine Herabsetzung der den Klägern zukommenden Vergütung auf das den Umständen entsprechende Maß zu verlangen. In dieser Beziehung bedarf es übrigens der Vernehmung von Sachverständigen weiter nicht, sondern es ist die vom Beklagten zu zahlende Vergütung nach richterlichem Ermessen auf Grund der actenmäßigen Thatfachen auf sechstausend Rubel festzusetzen.

*) Eine analoge Vorschrift findet sich bereits im römischen Recht. Nach l. 9, Cod. X, 52 soll nämlich der Arzt die ihm von dem Patienten während der Krankheit für seine Herstellung versprochene Summe nicht fordern dürfen, sondern es steht ihm nach l. 1 § 1 Dig. L, 13 nur der Anspruch auf ein angemessenes Honorar zu.

Zu bemerken ist nur noch, daß auch die von den Klägern gewollte Entscheidung der Sache auf Grund des Provinzialrechts Theil 3 kein anderes Resultat ergibt. Nach Art. 2953 l. c. muß nämlich die Willensbestimmung frei sein und nach Art. 2983 l. c. liegt eine, nach Art. 2986 l. c. den Vertrag anfechtbar machende Furcht vor, wenn das dem Gezwungenen angedrohte Uebel ein nicht unbedeutendes, die Ausführung der Drohung mit Grund zu befürchten und durch andere Mittel als durch Nachgiebigkeit nicht zu beseitigen ist. Es ist aber bereits hervorgehoben worden, daß die klägerischen Dampfer ihre Hilfe dem in unmittelbarer großer Gefahr befindlichen Beklagten mit der Erklärung anboten, daß sie nur im Falle der Unterzeichnung der Urkunde helfen, anderenfalls also den Beklagten seinem Schicksal überlassen würden, und daß anderweitige Hilfe im Augenblicke nicht zur Hand war.

Dagegen können die von den Klägern bezogenen Vorschriften des XI. Bandes der Reichsgesetze über den Bergelohn hier deshalb keine Anwendung finden, weil sie nach Art. 1135 des Handelsgesetzbuches nur für den Fall gelten, daß ein Wasserfahrzeug Schiffbruch gelitten hat, d. h. entweder gesunken oder dergestalt gestrandet ist, daß eine Wegführung und Reparatur desselben nicht möglich erscheint, während im Fragefalle diese Voraussetzungen gar nicht vorliegen und daher auch ein Bergelohn im Sinne des russischen Handelsgesetzbuches nicht beansprucht werden kann.“

Auf klägerische Appellation wurde durch den Querelescheid des Riga'schen Rathes vom 10. December 1876, No. 8028, der vom Beklagten zu zahlende Hilfslohn auf 7180 Rbl. festgesetzt, im Uebrigen aber der Entscheidung erster Instanz beigezpflichtet. Gründe:

„Die Frage, um die es sich im vorliegenden Falle handelt, ist die, ob Verträge, welche in Seenoth geschlossen worden, unbedingt bindend sind, oder aber der Aufsechtung unterliegen, falls durch sie eine übermäßige Vergütung für die geleistete Hilfe zugesichert wird. Diese in das Gebiet des Seerechts einschlagende und nach den Bestimmungen des Seerechts zu behandelnde Frage kann nun nach allgemein gültigen seerechtlichen Grundsätzen, wie solche sich sowohl in den ältesten Quellen des allgemeinen Seerechts (vgl. das Seerecht von Oleron Art. 4,

den Guidon de la mer Art. 31 und das Consolato del mare cap. 274), wie auch in der modernen Gesetzgebung (vgl. D. H.-G.-B. Art. 743) ausgesprochen finden, in Uebereinstimmung mit dem untergerichtlichen Erkenntnisse nicht anders als dahin beantwortet werden, daß ein derartiger Vertrag bei obwaltendem Mißverhältniß zwischen geleisteter Hilfe und hierfür zugesagtem Lohn auf das den Umständen entsprechende Maß herabzusetzen sei. Da es nun ferner in unserem einheimischen Seerecht an einer positiven Bestimmung über diese Frage fehlt und dasselbe in seiner historischen Entwicklung der Einwirkung der allgemeinen seerechtlichen Normen nicht fremd geblieben ist (vgl. den Allerh. Befehl der Kaiserin Catharina vom 25. Juni 1781 bei Promulgirung der russischen Handelschifffahrtsordnung), so kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß bei Entscheidung des vorliegenden concreten Falles in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung auf den obigen allgemein gültigen seerechtlichen Grundsatz recurrirt werden muß. Daß aber ferner die von den Klägern beanspruchte Vergütung von 20,000 Rbl. im Vergleiche zu der ihrerseits dem Beklagten dargebotenen Hilfeleistung eine übermäßige Forderung repräsentirt, liegt gleichfalls außer allem Zweifel, wenn man erwägt, daß die klägerischen Schleppdampfer in Folge des plötzlichen Steigens des Wassers kaum 3 Tage zu arbeiten genöthigt gewesen sind, um den beklagtiſchen Dampfer wiederum flott zu machen und in Sicherheit zu bringen. Solchem nach ist Beklagter allerdings berechtigt, eine Herabsetzung der von ihm den Klägern zu leistenden Vergütung, entsprechend den thatsächlichen Umständen, zu beanspruchen, und erübrigt nur noch die Frage, welcher Betrag in casu dem Rechte und der Billigkeit entspricht. In dieser Beziehung kann der untergerichtlichen, diesen Betrag auf 6000 Rbl. festsetzenden Entscheidung um deswillen nicht beigepflichtet werden, weil nicht zu ersehen ist, welche Momente dem richterlichen Ermessen hierbei zur Grundlage gedient haben. Erwägt man vielmehr, daß Beklagter für die nach anfänglicher Vereinbarung ihm zu leisten gewesene Hilfe auch seinerseits den Betrag von 7180 Rbl. als Hilfslohn nicht zu hoch befunden hat, so dürfte dieser Umstand wohl einen geeigneten Anhaltspunkt dafür abgeben, daß nicht obiger, sondern vielmehr dieser Betrag von 7180 Rbl. als ein passendes Aequi-

valent für die klägerischerseits geschehenen Hilfeleistungen anzusehen ist, zumal eine erheblich größere Hilfeleistung, als ursprünglich in's Auge gefaßt worden war, in Folge des unerwarteten plötzlichen Steigens des Wassers und der damit erfolgten Beseitigung der befürchteten größeren Gefahr von den Klägern nicht angewendet worden ist.“

II. Abweichend hiervon hat das Urtheil des Vogteigerichts vom 3. Juli 1873, No. 81, in einem conformen Falle erkannt, wo der wegen Bezahlung des bedungenen Hilfslohnes von 700 £ belangte Schiffer gleichfalls eingewandt hatte, er habe sich zu der geforderten Zahlung nur verpflichtet, weil er nur so die dargebotene Hilfe habe erlangen können, während er sonst dem sicheren Untergang und der Gefahr des Ertrinkens preisgegeben gewesen wäre. Es heißt in den, diesen Einwand verwerfenden Motiven:

„Da nach Art. 2983 des Provinzialrechts Th. 3 eine durch Drohung bewirkte Furcht nur dann als Zwang im civilrechtlichen Sinn ein auf Aufhebung eines Rechtsgeschäfts gerichtetes Verlangen zu rechtfertigen vermag, wenn jene Furcht auch wirklich begründet war und der wirkliche Eintritt eines nicht unbedeutenden angedrohten Uebels sich lediglich durch Nachgiebigkeit beseitigen läßt, — der Untergang von Schiff und Ladung des Beklagten aber nur durch außerordentliche Anstrengungen, zu denen Niemand verpflichtet war, verhindert werden konnte und somit die Erklärung der Kläger, jene Anstrengungen nur gegen eine Vergütung von 700 £ machen zu wollen, als Furcht erzeugende Drohung im Sinne des Gesetzes nicht aufzufassen ist, aber ebenso wenig auch das Leben des Beklagten in einer Situation bedroht erscheinen kann, in welcher es ihm nicht verwehrt war, seinen Aufenthalt auf dem gestrandeten Schiffe aufzugeben und sich entweder durch das Wasser an's Ufer, oder auch auf die klägerischen Dampfer zu begeben, so ist die vom Beklagten vorgeführte Einrede des Zwanges als durchaus unbegründet zu verwerfen.“

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

683. Haftung des Schiffers für die bei der Ablieferung der Waare vorhandene Beschädigung der Emballage. Einfluß der Clausel „das Schiff haftet nicht für Bruch, Rost, beschädigte Emballage.“

„Klagende Handlung stützt ihren Entschädigungsanspruch von 31 Rbl. 55 Kop. auf die Behauptungen, einerseits, daß Beklagter die in gutem Zustande von ihm übernommenen 29 Fässer total zererschlagen hieselbst an klagende Handlung als Adressatin abgeliefert, andererseits daß Beklagter beim Entlöschen der Fässer seine Ersatzpflicht anerkannt und die Reparaturkosten zu bezahlen versprochen habe. Beklagter leitet aus dem Umstande, daß er das Connoßement mit der Clausel: „Das Schiff verantwortet nicht für Bruch, Rost, Leccage, beschädigte Emballage, zerbrochene Reifen“ gezeichnet habe, sowohl die vertragsmäßige Feststellung der Nichtverantwortung des Schiffers für eine etwaige Beschädigung des Gutes und der Fässer, als auch eine Verwahrung gegen die Annahme her, daß dieselben bei ihrer Entgegennahme zum Transport sich in unbeschädigtem, gutem Zustande befunden haben. Ueberdies leugnet Beklagter, daß er sich für den fraglichen Schaden resp. die Reparaturkosten verhaftet erklärt habe.

Zunächst ist mit Rücksicht darauf, daß klagende Handlung solches angezweifelt hat, der Grundsatz anzuerkennen, daß das Connoßement für das obligatorische Verhältniß zwischen Schiffer und Adressat maßgebend ist.*) Ebenso wie der Absender durch Entgegennahme des vom Schiffer ausgefertigten Connoßements die darin näher ausgesprochenen Frachtbedingungen anerkennt, ist der Adressat, welchem nur gegen Vorweisung des Connoßements das Frachtgut ausgeliefert wird, durch Geltendmachung seiner Rechte aus dem Connoßement als dem Inhalte des letzteren zustimmend zu erachten. Keineswegs aber kann der Ansicht des Beklagten beigespflichtet werden, daß die von ihm angeführte Connoßementsclausel die Thatsache constatire, daß das Gut oder dessen Verpackung bei der Entgegennahme zum Transport sich in beschädigtem Zustande befunden habe. Es ist vielmehr der Natur der Sache nach, da nämlich für den Empfänger der Regel nach nur der Inhalt des Connoßements maßgebend ist, anzuerkennen, daß wenn im Connoßement jenes

*) Bgl. Band II, No. 218.

Zustandes nicht ausdrücklich und in unzweideutiger Weise Erwähnung geschieht, der Schiffer sich gegen den Empfänger nicht mehr auf die bei der Abladung in sichtbarer Weise am Frachtgut und an der Verpackung zu Tage getretenen Mängel berufen dürfe.*)

Ist aber anzunehmen, daß das Frachtgut in der Zeit seit der Abladung bis zur Ablieferung beschädigt worden ist, so kann der Schiffer nach Art. 4258 des Provinzialrechts Th. 3 seine Verhaftung in der Regel nur durch den Nachweis abwenden, daß der Schaden durch vis major oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes bzw. der Verpackung entstanden sei. Diese Regel aber erleidet dann eine Modification, wenn das Connossement die Clausel: „Das Schiff verantwortet nicht für Bruch, Rost, Leccage, beschädigte Emballage“ oder eine derselben ähnliche enthält. Der richtige Sinn dieser Clausel ist der, daß für den Fall eintretender Beschädigung die Schuldlosigkeit des Schiffers, welchem der Absender in dieser Beziehung Vertrauen geschenkt hat, zu präsumiren sei, daß er mithin von dem ihm sonst obliegenden Exculpationsbeweise befreit sein solle. Jene Clausel hat daher nur Bedeutung für die Vertheilung der Beweislast, unbenommen bleibt dabei aber dem Ladungsempfänger der Nachweis, daß die Beschädigung in Folge eines Verschuldens des Schiffers eingetreten sei.

Im vorliegenden Falle kann letzteres Moment nicht Gegenstand eines Beweises sein, da darauf weder Klage noch Replik sich stützt. An Stelle dessen ist aber die klägerische Behauptung, daß Beklagter zur Entschädigung für die zerbrochenen Fässer sich verpflichtet, eventuell zum Beweise zu stellen, da in dieser Verpflichtung ein den Frachtvertrag modificirender selbständiger Vertrag zu sehen ist, welcher für den Fall des Gelingens des dem Beklagten obliegenden Beweises, daß er das Connossement mit der fraglichen Clausel gezeichnet habe, Berücksichtigung verdient.“

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 7. Februar 1876, No. 18.)

*) Vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, S. 691.

684. Rechtsverhältniß der in Riga functionirenden Eisungs-Commission zu den ihre Thätigkeit in Anspruch nehmenden Schiffern.

Der Schiffer A. hatte am 3. December 1870 bei der Eisungs-Commission angezeigt, daß er mit seinem nach Oporto befrachteten Schiffe in See gehen wolle, und die Eisungskosten mit 153 Rbl. erlegt. Die ihm angeblich gemachte Zusicherung, sein Schiff werde am 6. December hinunter bugfirt werden, war nicht erfüllt worden und er erhob, nachdem sein Schiff eingefroren war, gegen die Eisungs-Commission eine Klage auf Schadenersatz.

Dem in dieser Sache von dem Vogteigericht am 4. Jan. 1875 sub No. 4 gefällten Erkenntniß entnehme ich folgendes:

„Kläger ist der Ansicht, es liege hier ein einfaches Contractverhältniß vor, wegen dessen unvollständiger Erfüllung die beklagte Commission verhaftet sei. Die Beklagte hat aber schon in ihrer Erklärung darauf hingewiesen, daß sie a priori einem Schiffer gegenüber überhaupt keine durch das Gesetz oder die Usancen begründeten Verpflichtungen zu übernehmen habe, und wenn auch dieser Satz in solcher Ausdehnung nicht zutrifft, so ergiebt sich doch aus dem Cap. XVI der Usancen der Rigaer Börse aus d. J. 1872, daß die Verpflichtungen der vom Rigaer Börsen-Comité alljährlich delegirten Eisungs-Commission nicht ohne weiteres unter die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über zweiseitige Contracte subsumirt werden dürfen, namentlich nicht, wo es sich, wie hier, um die Verhaftung der Commission aus einer behaupteten Nachlässigkeit bei Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen handelt. Nach § 2 des bezogenen Capitels der Usancen agirt die Eisungs-Commission als Beauftragter des Börsen-Comité, dem sie für ihr betreffendes Thun und Lassen zu verantworten hat. § 3 ebendasselbst beginnt mit den Worten: „Die Eisungs-Commission trifft bei Zeiten diejenigen Vorkehrungen, welche nach ihrem Ermessen zur Offenhaltung des Fahrwassers oder eventuell für eine Anweisung zweckmäßig erscheinen.“ Schon hieraus ist ersichtlich, daß die Commission nicht etwa als Geschäftsunternehmerin den Schiffern gegenüber, sondern als eine öffentliche Institution aufgefaßt

werden muß, welche von dem zur Wahrung der Handelsinteressen Rigas obrigkeitlich bestätigten Börsen-Comité in's Leben gerufen ist. Besonders deutlich ergibt sich aber dieser Charakter der Commission daraus, daß zu den durch die Auseisung entstehenden Kosten alle Schiffer, denen die getroffenen Maßregeln zu Gute kommen, beizutragen haben (§§ 3, 6, 7, 8 l. c.), und zwar findet eine Repartition der Kosten auf die Participienten statt und die Arbeiten haben daher nur das Interesse der betreffenden Schiffer, resp. der hiesigen Schifffahrt im Allgemeinen im Auge, niemals irgend welchen geschäftlichen Vortheil. Giebt man nun auch zu, daß der Schiffer durch Einzahlung seines bezüglichen Beitrags zu den Kosten der Auseisung — da er nach § 6 l. c. nicht unbedingt verpflichtet ist, die Hilfe der Commission in Anspruch zu nehmen — in ein Contractsverhältniß zur Eisungs-Commission tritt, so kann doch dieses Contractsverhältniß in Bezug auf die Commission nach dem Inhalt des Cap. XIV der Usancen nur dahin umschrieben werden, daß die Commission die Verpflichtung übernimmt, nach Möglichkeit für die Auseisung der steckengebliebenen Schiffe und damit auch des dem betreffenden Schiffer gehörigen Fahrzeugs zu sorgen. Bei der Ausführung dieser Verbindlichkeit haftet aber die Commission dem Schiffer (abzusehen ist hier von der Verhaftung dem Börsen-Comité gegenüber laut § 2 l. c.) nur für dolus und culpa lata. Es ist dies eine Consequenz der überall anerkannten gemeinrechtlichen Regel, daß in Contractsverhältnissen, welche lediglich zum Vortheil des einen Theils gereichen, der andere Theil nicht für die gewöhnliche Nachlässigkeit, sondern nur für Arglist und das der Arglist gleichstehende grobe Versehen zu verantworten hat.“

685. Verpflichtung des Rheders durch Rechtsgeschäfte des Schiffers.

Der beklagte Rheder verweigerte die Einlassung auf die Klage eines Matrosen wegen einer Feuerforderung, weil nicht er (Beklagter), sondern der Schiffer L. den Kläger für das be-

flagtiſche Schiff „Alfred“ geheuert habe. Dieſer Einwand wurde durch den Querelbeſcheid des Riga'ſchen Rathes vom 8. April 1877, No. 2270, aus folgenden Gründen verworfen:

„Angenommen auch, das Engagement des Klägers ſei nicht durch den Beklagten ſelber, ſondern durch den Schiffer L. (den Führer des Schiffes „Alfred“) erfolgt, ſo iſt dieſer Umſtand von keiner weſentlichen Bedeutung. Denn die Heuerung der Schiffsmannſchaft durch den Schiffer für den Rheder gehört zu des Schiffers geſetzlichen Befugniffen, jedes Rechtsgeſchäft aber, welches der Schiffer in ſeiner Eigenſchaft als Führer des Schiffes innerhalb ſeiner geſetzlichen Befugniffe abſchließt, verbindet den Rheder, vorausgeſetzt, daß die Verbindlichkeit nicht den Werth des Schiffes und der Fracht überſteigt. Sollte daher wirklich auch Querulant . . . ſeinem Schiffer gegenüber die geſetzlichen Befugniffe in einer ihn (den Querulanten) von der Zahlung befreienden Weiſe beſchränkt haben, ſo wird Querulant immer doch Dritten gegenüber verantwortlich bleiben müſſen, ſofern er einen ſolchen Vertrag nicht zur Kenntniß des Dritten gebracht hat.“

686. Die Zeit für Beladung von Segelſchiffen, die mehr als 15000 Fuß einnehmen, mit Bruſſen und Balken beträgt 14 bis 15 Tage, wobei Sonn- und Feiertage nicht mitgerechnet werden.

„Nach dem hieſigen Ortsherkommen, wie es ſeine urkundliche Beſtätigung in der Beilage No. 9 zu den Riga'ſchen Börſen-Uſancen gefunden hat, iſt die Normalzeit für Ladung von Segelſchiffen mit Bruſſen und Balken neſt Stauholz, ſobald dieſe Segelſchiffe, wie das klägeriſche, 15000 Fuß einnehmen, eine vierzehn- bis fünfzehntägige. Die von der beklagten Handlung beanspruchte und richterlich zugeſtandene Zeit von 14 Tagen erſcheint ſonach als nicht zu hoch bemefſen. Ebenſo läßt ſich nicht beſtreiten, daß — wo nichts anderes vereinbart worden — bei der Berechnung einer Ladezeit nur die wirklichen Arbeitstage in Anſchlag gebracht werden dürfen, da wider ſeinen Willen Niemand gezwungen werden kann, an Sonn- und Feiertagen zu

arbeiten. Da nun in den Zeitraum vom 20. Mai bis zum 19. Juni, welchen Kläger seiner Liegetageberechnung zu Grunde gelegt hat, vier Sonntage hineinfallen, so sind von den klägerischerseits berechneten noch 14 Tage zu kürzen und vermindert sich die in Rechnung gestellte Zahl der Ueberliegetage auf deren sieben.“ (Aus den Motiven eines Appellationsurtheils des Riga'schen Rathes vom 6. Mai 1877, No. 3127.)

Uebersicht

der im IV. Bande der civilrechtlichen Entscheidungen angezogenen
und bzw. besprochenen Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.

Die Nummern, in welchen der nebenstehende Artikel besprochen ist, sind mit
einem Stern und diejenigen, in welchen sich eine eingehende Erörterung des
nebenstehenden Artikels findet, mit zwei Sternen bezeichnet.

Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.
	Einleitung.	56	No. 484, 493.
XIV	No. 529.	70	= 527.
XVI	= 514.	80	= 525, 528.
XIX	= 513.	81	= 487, 527, 528.
XX	= 528, 562, 666.	82	= 484, 493, 525.
XXI	= 503.	83	= 483,* 525.*
XXII	= 513.	84	= 525.
XXIV	= 521, 655.	85	= 523, 525.
XXVII	= 669.	90	= 527.
XXXV	= 481, 665, 669.	91	= 484.
XXXVI	= 669.	103	= 484.
	Familienrecht.	124	= 486.
7	No. 482, 491.	126	= 487.**
8	= 485, 491.	128	= 482.
9	= 482, 493.	129*	= 488,* 489.
11	= 493.	131	= 488.
12	= 487, 493.	158	= 490.*
13	= 487,* 525.	187	} = 528.
27 Pft. 1.	= 485, 487.	191	
27 Pft. 3.	= 493.	192	} = 491, 492.
33 ff.	= 487.	197	
36	= 485.	199	= 493.*
		200	= 493.

Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.	
208	No. 491.	799	} No. 501.	
215	= 525.	800		
217	= 525.	801		
228	= 492.	802		
247 ff.	= 522.	803		= 501.**
259	= 528.	804		= 514.
277	= 525.	809		= 525, 583.
286	= 525, 526.	812		= 525.
287	= 528.	815		= 501.
356	= 620.	816		= 501.
382	= 525.	829	} = 541.	
397	= 526.	830		
		839—41		
Sachenrecht.		868	= 499.	
552	No. 589.	877	= 511.	
573	= 589.	883	= 513.	
574	= 653.	899	= 503.*	
577	= 645, 646.	908	= 505.	
625	= 495.	912	= 505.	
626	= 495, 496.	917	= 501, 502.	
627	= 495.	918	} = 502.	
628	= 495.	919		
632	= 494.	920	} = 653.	
637	= 514.	924—26		
646	= 620.	923	= 502,* 504, 505.	
648	= 516.	927	= 510, 525.	
669	= 495.	929	= 525.	
681 ff.	= 495.	931	= 510.	
690	= 494.*	934	= 525.	
691	= 495,* 496.	944	= 513.	
693	= 496.	953—56	= 505.	
695	= 496.**	967	= 524, 525.	
708	= 511.	973	= 525.	
733	= 498.*	988	= 506.*	
734	= 497,* 498, 499.	989	= 507.	
735	= 497.*	990	= 508.*	
737	= 497, 498, 499.	993	= 510.*	
738	= 498, 499.	1007	= 511.*	
741	= 499.**	1009	= 511.	
744	} = 499.	1262	= 512.	
746			1327	} = 513.
747			1328	

Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.
1333	No. 513.		Erbrecht.
1334	= 521.		
1335	= 503, 664.	1822	No. 523, 524, 525.*
1358	= 521.	1825	= 523,* 524,*
1370	= 505, 516.		525,* 526.
1377	= 514, 516.*	1827	= 523, 525.
1378 ff.	= 521.	1828	= 523, 525.
1381	= 514, 516.*	1829	= 525, 528.
1404	= 514.**	1830 ff.	} = 525.
1412	= 516, 564.	1832	
1423	= 503.	1833	} = 525.**
1424 Um.	= 520,* 630 a.*	1834	
1425—28	= 520.	1850	= 525.
1428	= 630 a.	1862 ff.	= 525.
1434	= 515.*	1879 ff.	} = 522.
1436	= 516.	1880	
1439	= 588 a.*	1887	} = 528.*
1441	= 503, 516.	1938	
1443	= 503.	1947	= 522.
1444	= 517.	1948	= 529, 530.
1445	} = 503.	1981	} = 528.
1446		1995	
1447	= 516,* 517.	1996	} = 529.
1449	= 516, 588 a.	2000	
1450	= 564.	2001	} = 529.
1466	= 516.	2048	
1470	= 516.	2069	} = 530.
1474 ff.	= 516.	2095	
1484	= 664.	2123	} = 537.
1486	= 516.	2150	
1487	= 518.*	2152	} = 530.
1491	= 517.	2153	
1501	= 519.	2195	} = 530.
1580	= 523.	2206 ff.	
1602	= 520.	2409	= 530.
1612	= 516, 521.*	2414	= 530.
1655	= 522.	2416	= 530.*
1661	= 522.*	2417	= 530.
1667	= 522.	2420	= 530.*
1668	= 522.*	2474	= 530.
1672	= 522.	2520	= 523.
		2581	= 530.

Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.
2621	No. 530.	3111	No. 679.
2631	= 588.	3113	= 540.**
2634	= 588.	3115	= 513.
2681	= 524.	3116	= 537, 542.*
2791	= 530.	3120 Um.	= 562.
2792 U. 2.	= 530.	3121—24	= 562.
Obligationenrecht.		3125	= 562, 624.
2907	No. 593, 618 a.	3127	= 541, 562.
2914	= 577.	3128	= 541.
2938	= 620.	3129	= 541,* 562.
2939	= 513, 562, 620.	3131 U. 2.	= 577.
2941	= 588, 610, 639.	3142	= 595.
2942	= 660.*	3144	= 583, 593.
2943	= 513, 633.	3145	= 513.
2946—48	= 532.	3147	= 620.
2950	= 537.	3162—64	= 543.
2951	= 514, 537.	3172	= 583.
2952	= 664.	3200	} = 543.
2953	= 577, 682.*	3202	
2963	= 501.	3209	= 577.
2979	= 532.	3210	= 548.
2983	= 682,* 532.*	3212	= 537, 540.
2985	= 532.	3213	= 545,** 549,*
2986	= 532, 682.		556, 566, 596,
2990	= 586.		649, 653.
2996—99	= 485.	3222	= 544.
2999	= 526.	3234	= 583.
3004	= 607.	3243	= 647.
3006	= 534.	3244	= 590, 647.
3007 U.	= 534.	3266	= 551.*
3008	= 533.	3269	= 550.
3015	= 534, 607.	3272	= 551.
3016	= 525.	3276	= 537.
3030	= 483,* 533,* 607.	3284	= 652.
3033	= 607.	3285	= 597, 599.
3034	= 533.	3293	= 546, 552.
3036	= 664.	3294	= 583.
3044	= 662.	3297	= 552.
3105	= 537.	3298	= 652.
3109	= 485.	3304	= 552.
3110	= 540.	3306	= 555, 577, 643.
		3307	= 555, 644, 650.

Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.
3310	No. 612.	3468—70	No. 562.
3311	= 555.	3470	= 518, 565.
3312	= 643.	3471	= 518.
3314	= 599.	3472	= 563, 621, 676.
3320	= 643.	3473	= 562.**
3322	= 555.	3474	= 518, 562, 563.
3323	= 645.	3475	= 564.*
3324	= 645.	3476	= 564, 624.
3326	= 643.	3478	= 564, 566.
3345	= 638.	3479	= 562.
3348	= 621.	3480	= 518, 676.
3359 ff.	= 554.	3481	= 562, 566.
3365	= 583.	3482	= 562.
3366	= 542, 554, 583, 599.	3483	= 676.
3369	= 555.	3487	= 588 a, 676.
3372	= 544, 555.	3488	= 563.
3374	} = 555.	3489	= 563.
3374 Am.		3490	= 617.
3378		3493	= 481,* 620.
3381—85	= 556.	3494	= 481.
3382	= 495, 653.	3495	= 534.
3383	= 497, 653.	3499	= 481.
3385	= 495.	3503	= 481.
3416	= 485, 577, 612, 650.	3505	= 665.
3419	= 612.	3514	= 665.
3425	= 577, 650.	3517	= 599.
3436	= 544.	3522	= 562, 567.
3439	= 548, 557 a, 583.	3531	= 664.
3441	= 557*, 557 a, 587, 590.	3533	= 562.
3444	= 557 a, 559, 583, 593, 652.	3539	= 571,* 572.*
3446	= 559, 560.	3540	= 562.
3447	= 559, 560.	3546	= 556, 574.
3449	= 508.	3548	= 676.
3450	= 599.	3552	= 573,* 535, 556, 566, 574, 618.
3452	= 561.	3553	= 566.
3461	= 564.*	3559	= 574.*
3466	= 676.*	3560	= 574.
3467	= 676.	3561	= 574.
		3565	} = 676.
		3566	
		3568	

Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.
3575	No. 575.*	3858	No. 649.**
3578	= 537.	3859	= 607, 640.
3579	= 518.	3860	= 607, 640.
3591	= 518.	3862	= 645, 650.
3620	= 576.	3864	= 649.
3623	= 576.	3865	= 645.
3639	= 551.	3872	= 583.
3671	= 577.	3874	= 534.
3672	= 481, 577,* 578, 579.*	3881	= 481, 642.*
3673	= 579.	3888	= 645.
3676	= 578, 579.	3947	= 517.
3677	= 579.	4029	= 593.
3678	= 580.*	4030	= 595.
3679	= 481, 577.	4038	= 586.
3680	= 537, 581.	4039	= 586, 587.
3695—99	= 489.	4042	= 586.
3695	= 554.	4043	= 587, 588*.
3697	= 485, 554.	4047	= 587.
3703	= 488.	4049	= 589.
3706	= 488, 489.	4053	= 590.
3713	= 554.	4058	= 590.*
3715	= 489.	4059	= 590,* 596.
3716	} = 488.	4060	= 596.
3717		4075	= 590.
3718		4076	= 590.
3727—29	= 650.	4081	= 591.*
3729	= 485, 575, 583.	4083	= 600.
3734—36	= 583.	4084	= 592, 593.
3759	= 582.	4103	= 586, 597.
3760	= 582.	4104	= 586, 594, 602.
3767	= 516.	4105	= 588, 602.
3768	= 495.	4106	= 594.
3785	= 657.	4109	= 595.**
3816	= 495.	4116	= 597,* 599.
3832	= 583.	4117	= 598.*
3833	= 500, 501.	4118	= 600.*
3838	= 583.**	4120	= 600.
3839	= 583.	4121	= 590.
3851	= 584,* 585.*	4122	= 590,* 601.*
3854	= 584.	4125	= 597, 599.*
3855	= 585.	4126	= 595, 602.*
		4129	= 602, 603.*

Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.	Nummer der Entscheidungen.
4173	No. 655.	4365	No. 641.
4176	= 605.*	4369	= 633.
4179	= 655.	4375	= 652.
4184	= 604.	4391	= 618 a.
4186	= 609, 656.	4399	= 540.
4188	= 611.	4402	= 633.
4202	= 613.	4406	= 617.*
4212	= 559.	4423	= 493.
4214	= 610.	4429	= 493, 645, 646.
4215	= 610.	4432	= 645, 646.
4216	= 588.	4454	= 493, 621.
4227	= 611.	4459	= 618.**
4228	= 569.	4464	= 537, 604.
4235	= 569.	4503	= 604.
4247	= 616.*	4505	= 620.
4250	= 616.	4508	= 620.*
4252	= 611.	4517	= 536.
4253	= 611.	4524	= 621.
4258	= 657, 683.	4525	= 620.
4261	= 657.	4531	= 621,* 676.
4262	= 549.	4532	= 676.
4264	= 495.	4533	= 621.
4301	= 638.	4548	= 676.
4313	= 612, 638.	4560	= 558.
4364	= 633.	4577 ff.	= 559.

Alphabetisches Sachregister

zu Band 4 der civilrechtlichen Entscheidungen.

(Die Zahlen bezeichnen die Seite.)

- A**bjonderungsrecht: des Faustpfandgläubigers 96—99.
- A**bstractes Zahlungsverprechen 146, 148.
- A**btheilung: der Kinder bei der Wiederverheirathung des überlebenden Parens in den skandinavischen Städten 128.
- A**btretung s. Cession.
- A**ceptation: einer kaufmännischen Anweisung 404.
- eines Wechsels durch eine Firma. Beweislast hinsichtlich des Zeitpunktes 457.
- A**ceptant: dessen Verpflichtung steht unter dem Rechte des Zahlungsortes 499.
- A**ctio: iudicati aus dem Contumacialerkenntniß eines ausländischen Gerichts 350.
- mandati 311, 324.
- negatoria, deren Verjährung 66.
- neg. gest. wegen Bezahlung einer fremden Schuld 332, insbesondere wegen geleisteter Alimente 24, 27.
- Pauliana 333—344.
- pignoratitia in rem 54.
- quanti minoris und redhibitoria 176—178.
- A**edilitische Rechtsmittel: beim Genuskauf 176.
- Wirkung der Verjährung der Klage 177.
- A**doptivkinder: sind bei der Abtheilung aus dem elterlichen Vermögen gleich den leiblichen Kindern zu berücksichtigen 129.
- A**dressat: dessen Rechtsverhältniß 471.
- A**dvocat: dessen Anspruch auf Honorar und Auslagen gegenüber mehreren Streitgenossen, desgleichen auf Zinsen 305.
- A**ftermiethe 277, 281, 289.
- A**gent: ist nicht ohne weiteres Handelsbevollmächtigter 374.
- A**lienatio s. Veräußerung.
- A**limentationspflicht: der Mutter und deren Erbschaftspruch gegen den Vater 22—27.
- des Ehemannes 6.
- des Stuprators gegenüber der für seine geschiedene Ehefrau Erklärten 12.
- A**nastasianisches Geßez 196 Note*.
- A**n bieten s. Oblation.
- A**nerkennung: einer Schuld als selbständiger Verpflichtungsgrund 9, 145—154.
- Klage auf Anerkennung der Existenz oder Nichtexistenz eines Rechts 73, 113, 345.
- des von dem Stellvertreter geschlossenen Vertrages durch den Principal verweigert 157.
- A**nfechtung: von Pfandrechten mit der actio Pauliana 333—344.
- eines Vertrages wegen Trunkenheit 235.
- von Verträgen, die in Seemoth geschlossen sind 477—482.
- A**ngemeßtheit: des nicht vereinbarten Kaufpreises 254—256.
- A**nmeldung: ingrossirter Hypothekensforderungen ob erforderlich? 105, 359.

- Unvertraute Sachen: deren Vin-
dication 52, 55.
- Anweisung: kaufmännische 404.
- Anzeige: des Käufers über Mängel
der Waare 387—391, 402.
— des Käufers über seinen Rücktritt
vom Vertrage wegen Lieferungs-
verzuges 379.
— des Miethers über Mängel des
Miethlocales 290.
- Arrest: auf Forderungen, wenn der
Schuldchein in blanco cedirt ist 203.
— Collision zwischen dem Arrestimpe-
tranten und dem Cessionar 207.
— auf die von dem Arrestimpe-
tranten zu Gericht eingezahlte Schuldsumme
215.
- Ajje curanz s. Versicherung.
- Auctionsprovenü: gerichtlich ver-
steigerter Pfandstücke steht bis zur
Auszahlung im Eigenthum des
Schuldners 84.
- Aufhebung: des Miethvertrages
wegen Mängel der Miethsache
266—271.
— desgleichen wegen Wegfall des dem
Vermiether an der Miethsache zu-
stehenden Rechtes 277.
— des Vertrages schließt den Schadens-
ersatzanspruch aus 404.
- Aufkündigung s. Kündigung.
- Auftrag: zu unterscheiden von der
Vollmacht 312.
- Auftrag: eines von beiden Ehegatten
gekauften Immobils auf den Namen
des Mannes 116.
- Ausdrückliche Uebernahme der Bürg-
schaft 328.
- Ausgabeposten: bei der Rechnungs-
legung, deren Beweis 315, 317, 320.
- Ausländische Gerichte: deren Vor-
ladungen und Urtheile 350, 517.
- Ausländische Gesetze braucht der
Richter nicht zu kennen 452.
- Ausländische Notare: deren Amts-
handlungen haben die Vermuthung
der Legalität für sich 451.
- Ausländische Wechsel: Bestim-
mung des Verfalltages 436.
— Feststellung des Courses für die
Zahlung 438.
— Collision der Statuten 448.
— Protesterhebung 450, 454.
- Austritt aus einer Handelsgesellschaft
wirkt Dritten gegenüber erst vom
Tage der Veröffentlichung 456.
- Auszüge: aus Handelsbüchern 368.
Aut duc aut dota 19.
- Bau=Instruction für die Stadt
Riga: in Collision mit dem Privat-
recht 59—62.
- Bäume: auf das benachbarte Gebäude
hinüberhängende 65.
- Bedingte Forderungen im Con-
curse 468.
- Beerbte Wittwe: ist bei Volljährig-
keit der Kinder allein zur Vertre-
tung des Nachlasses legitimirt 112,
dagegen nicht, wenn sie minder-
jährige Kinder hat 126.
— deren Abtheilungspflicht, wenn sie
testamentarisch zur Universalerin
eingesetzt ist 128.
- Begebung des Wechsels gehört zur
Perfection des Wechselvertrages 432.
„Bei Empfang“ oder „Bei Liefe-
rung“ zu bezahlen 378.
- Belege zu der Rechnungslegung: deren
Bedeutung 314, 317, 320.
- Beneficium divisionis 331,
372.
- Bereicherungsflage: wegen Ver-
wendungen, die auf die Sache
eines Dritten gemacht sind 248.
— s. auch condictio.
- Bergelohn: ist ansprechbar, wenn er
in Seerath versprochen wurde 474
bis 482.
- Verufsthätigkeit des Ehemannes:
der Erwerb daraus ist im Zweifel
gemeinsam 13.
- Beschädigung s. Schadenserzatz.
- Beschlagnahme s. Arrest.
- Besicht: Kauf „nach Besicht“ 403.
— Kauf „wie gesehen“ 394, 397.
- Besiz: dessen Bedeutung bei dem In-
haberpapier 160, 162.
— der Schuldurkunde, dessen Bedeu-
tung für die Beweislast 221—24.
- Besizklagen: stehen nur dem ju-
ristischen Besizer zu 29—31, 34.
- Besizstreit im Falle des Art. 690
des Privatrechts 28.
- Beweis: kann nur über Thatfachen
geführt werden, die im ersten Ver-
fahren vorgebracht sind 193, 484.
— durch Handelsbücher s. Handels-
bücher.
- Beweislast: wenn streitig ist, ob
ein gewisser Vermögenstheil zum

- gemeinschaftlichen Vermögen oder zum Sondergut gehört 15, 116.
- Beweislast:** bei der Eigenthumsklage, wenn der Beklagte sich auf den Satz: „Hand wahre Hand“ beruft 52.
- hinsichtlich des Verschuldens bei der Beschädigung eines Gebäudes durch Anlagen auf dem Nachbargrunde 61.
 - bei behaupteter Simulation 138.
 - bei der Behauptung, in fremdem Namen contrahirt zu haben 154, 155, 159.
 - hinsichtlich des Verschuldens 178 bis 180, 415; insbesondere bei der Beschädigung eines von einem Zwangskooijen geführten Schiffes 191.
 - über den Inhalt eines aufhebenden Vertrages 231.
 - über die Zeit der Bekanntgabe der Blancocession 203.
 - in Betreff der Nichtexistenz einer cedirten Forderung beim Streit zwischen dem Cedenten und Cessionar 211.
 - über die Identität der dem Schuldner hingegebenen und der von ihm restituirten Sachen 218—221, 421.
 - über die Bezahlung der Schuld, wenn der Schuldschein sich bei dem Schuldner (oder bzw. bei dem Gläubiger) befindet 221, 223.
 - über die Nichtexistenz der Schuld bei der *condictio indebiti* 243.
 - darüber, ob der Unternehmer, welchen der Besteller zur Ausführung der Arbeit nicht zuließ, etwas an Auslagen erspart hat 310.
 - über die Absicht, fremde Geschäfte zu führen 24.
 - bezüglich der Ausgabe und Einnahmeposten bei der Rechnungslegung 317.
 - bei der Regreßklage eines Mitbürgen gegen den anderen 333.
 - bei der *exceptio divisionis* 372.
 - bezüglich der Qualität der Waare nach ihrer Entgegennahme durch den Käufer 388.
 - bezüglich der Vertragserfüllung, wenn die Klage auf Aufhebung des Vertrages und Rückzahlung des voraus bezahlten Preises geht 401.
 - hinsichtlich des Eintritts der *mora solvendi* 401.
- Beweislast:** über die erfolgte Notification beim Wechselregreß gegen die Indossanten 446.
- über die Illegalität des von einem ausländischen Notar aufgenommenen Protestes 451.
 - darüber, ob derjenige, welcher den Wechsel Namens einer Firma acceptirt hat, zu dieser Zeit noch offener Gesellschafter war 457.
 - Verschiebung der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens in Folge der Clauel „das Schiff haftet nicht für Bruch, Koft, Lestage etc.“ 484.
- Blanco = Cession:** deren rechtliche Natur und Wirkung 194—205.
- Blanco = Indojjament:** dessen Begriff 433.
- Brautgeschenke:** deren Rückforderung 16—18.
- Bürgschaft:** „ausdrückliche“ Uebernahme derselben 328.
- Regreß der Mitbürgen gegen einander 329—333 und 465—467.
- Causa:** des Schuldscheines 5.
- der Tradition 49.
 - des Zahlungsverprechens 146, 149, 152.
- Cession:** rechtliche Stellung des Cessionars gegenüber dem Schuldner 99.
- zweiseitiger Verträge 164, 198.
 - in blanco 194—205, 342.
 - Regreß des Cessionars gegen den Cedenten 204, 211—214.
 - „gehörige“ Benachrichtigung des Schuldners 205.
 - Collision zwischen mehreren Cessionaren, oder Cessionar und Arrestimpetranten 203, 206—208.
 - Ansprüche des Schuldners gegen den Cedenten können von ihm nicht gegen den Cessionar ausgedlagt werden 210.
 - Beweislast über die Erfüllung des Cessionsgeschäfts 211, 213.
 - liegt dem Rechtsverhältniß der Concursgläubiger nicht zu Grunde 325, 326.
 - der Klage, als Voraussetzung des Regreßes der Mitbürgen gegen einander 329—333.
 - einer kaufmännischen Anweisung 404.
 - eines Wechsels 463.

- Cession:** der Forderung durch den Gläubiger an den die Zahlung für den Schuldner Leistenden 464, 466.
- Chartepartie:** ist maßgebend für die Ladezeit 475.
- Chicane** bei der Rechtsausübung 274.
- „**Circa**“: bei Bestimmung einer Quantität 399.
- Citation:** durch ein ausländisches Gericht ist unverbindlich 351.
- Clarirer:** haftet für die Bezahlung der Fracht, wenn er die Waare laut Ordreconnossement ohne Vorbehalt empfängt 473.
- Collaboration** 13.
- Collision:** der Statuten I, 143, 436, 448.
- zwischen Artikel 1664 des Strafgesetzbuches und Artikel 923 des prov. Privatrechts 55.
 - der Bau-Instruction für die Stadt Riga und des 3. Theils des Prov.-Rechts 59—62.
 - von General- und Specialpfandrechten 91, 106.
 - der Schwester und der Kinder einer verstorbenen Schwester bei Geltendmachung der Erblosung 108.
 - eines corroborirten Mietvertrages mit älteren Hypotheken 261—265.
- Commissionsgeschäft:** Verpflichtung des Verkaufskommissionärs wegen unterlassener rechtzeitiger Dispositionsstellung des Commissionsgutes 406.
- stillschweigendes Pfandrecht des Commissionsärs 411.
- Commodatweise** Hingabe von Werthpapieren behufs Bestellung einer dem Commodatar obliegenden Caution 245.
- Communio bonorum prorogata** 113—131.
- Compensation:** deren Unterschied von der exc. non adimpl. contractus und dem Retentionsrecht 185.
- Bedeutung des Erfordernisses der Liquidität 225, 231; vgl. 146, 319.
 - deren Zulässigkeit im Concurse 226 bis 231, 468.
 - der Schadenserzähnapprüche des Miethers gegen die Miethzinsforderung 283.
- Concurs:** dessen Einfluß auf die Stellung des Faustpfandgläubigers 95—99.
- Concurs:** Präclusion öffentlicher Hypotheken wegen unterlassener Anmeldung 103, 358.
- Privilegium des Dienstlohnbes 307 bis 309.
 - Zulässigkeit der Compensation 226, 468.
 - rechtliche Stellung des Concurscurators 324—326, 339.
 - Verpflichtung der Concursmasse zur Instandhaltung der vom Cridar vermieteten Sache 292.
 - rechtliche Begründung der actio Pauliana 333—337, 341—343.
 - Anstellung der actio Pauliana durch den Concurscurator 337 bis 339.
 - Fassung des vom Cridar zu leistenden Manifestationseides 357.
 - Zweck des Concursproclams 358.
 - Wirkung des Retentionsrechts im Concurse 407.
 - Wechselklage gegen den Cridar 427.
- Condictio: causa data causa non secuta** wegen Rückgabe von Brautgeschenken 17, 18.
- sine causa wegen Rückgabe einer Obligation 210.
 - indebiti, deren Begründung und Beweis 242—245.
- Confessio geminata** 238, 239.
- Confusion:** wird ausgeschlossen durch die Blancoceffion 202.
- in Folge der Cession der Forderung an einen der mehreren Gesamtschuldner 466.
- Connerität:** als Voraussetzung des Retentionsrechts 409.
- Connoissement:** dessen Inhaber gilt präsumtiv als Destinatar 474.
- ist maßgebend für das Rechtsverhältniß zwischen Schiffer und Ladungsempfänger 483.
 - Clause: „Das Schiff haftet nicht für Bruch, Rost, beschädigte Emballage“ 483.
- Conscientia fraudis:** liegt nicht in der Kenntniß des Dritten von der Insolvenz des Veräußerers 337; dagegen 341.
- Conjitorium:** hat über die Rechtmäßigkeit der Auflösung des Verlobnisses zu entscheiden 17.
- dessen Entscheidung über die Er-

- ziehung der Kinder ist nur eine provisorische 21.
- Constitutum debiti alieni 150, 327.
- Contocorrentverhältniß 412 bis 414.
- Contrahiren in fremdem Namen 154, 155, 159 Note.
- Contraprotect 459.
- Contumacialerkenntniße ausländischer Gerichte 359.
- Conventionalpön: fällt weg bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung 182.
- Klage auf diese; Einwand, Kläger habe die Vertragserfüllung verhindert 347.
- Correspectives Testament 133 bis 137.
- Correspondent eines Schiffes: ist nicht Stellvertreter des Schiffers und haftet nicht für Ansprüche an den Schiffer 471—473.
- Corroboration: eines Leibbriefs nach russischem Recht 3.
- des Grundzinsvertrages, ob erforderlich? 69, 74.
- Klage auf Corroboration eines Kaufvertrages; Gerichtsstand 142 bis 144.
- eines Miethvertrages; Collision mit älteren Hypotheken 261—265.
- des Kaufvertrages ist keine Voraussetzung des Anspruches auf den Mäklerlohn 296—299.
- Courtage s. Mäklerlohn.
- Creationstheorie 433.
- Cridar: dessen Verpflichtung zur Leistung des Manifestationsceides 357.
- dessen Verurtheilung auf eine Wechsellage 427.
- Culpa: Beweis derselben 178—180, 415.
- Curator einer Concursmasse: dessen rechtliche Stellung 324 bis 326.
- hat mit den Prioritätsstreitigkeiten nichts zu thun 339.
- dessen Befugniß zur Anstellung der actio Pauliana 337—339.
- Darlehen: der Ehefrau an den Ehemann nach livl. Stadtrecht 10.
- Klage aus einem Schuldschein; exc. non num. pecuniae 233—240.
- Darlehen: durch einen Stellvertreter contrahirt 155.
- Datum in ausländischen Wechseln 437.
- Debitor cessus s. Cession.
- Defecturverfahren bei der Rechnungslegung 317.
- Denunciant: wie weit er zur Entschädigung des freigesprochenen Inquisiten verpflichtet ist 189.
- Denunciatio: der Cession 203, 205, 206—209.
- Deposition: bei obwaltendem Streit über die Gläubigererschaft 203.
- zum Zweck der Arrestirung der deponirten Summe 215.
- Destinatär: dessen Verhältniß zu dem Frachtführer 421.
- als solcher gilt präjuntiv der Connoffementsinhaber 474.
- Detention: gewährt nicht den Interdictenschutz 29—31, 34.
- an Sachen, die in verschlossenen Räumen liegen 36.
- Dienstvertrag: Verpflichtung des Dienstherrn zum Erfaze des von dem Dienstboten verursachten Schadens 192.
- Umfang der von einem monatlich engagirten Dienstleistenden an jedem Tage zu prästirenden Arbeit 294.
- Anspruch auf Mäklerlohn 295—299.
- Schadensersatzpflicht des Fabrikbesizers wegen gefahrbringender Einrichtung des Fabrikbetriebes 299.
- ist nicht als auf ein Jahr geschlossen anzusehen, wenn neben einem Jahresgehalt ein monatliches Kostgeld vereinbart ist 300.
- Kündigungsfrist bei einem auf unbestimmte Zeit mit monatlicher Lohnzahlung geschlossenen Dienstvertrage 302.
- Kündigungsfrist zwischen Handlungscommis und Principal 415.
- Haftung des Privatmaklers wegen fehlerhaften Sortiments 414.
- Privilegium des Dienstlohnes im Concurse 307—309.
- Dilatorische Einreden: führen nicht zur Abweisung der Klage 458.
- Dingliches Miethrecht 261 ff.
- Dispositionstellung der mangelhaften Waare 387—391.
- Domicil: des Schuldners ist im Zweifel Erfüllungsort 423—425.

- Drohung:** mit einer Criminalklage ist Zwang 139.
— mit Verjagung der Hilfe in unabwendbarer Gefahr 480, 482.
- Ghefrau:** deren Alimentationsanspruch gegen den Ghemann 6, 12.
— deren Haftung aus den während der Ehe eingegangenen Verbindlichkeiten nach der Auflösung der Ehe 8.
— als Darlehnsgläubigerin des Ghemannes nach libl. Stadtrecht 10.
— deren Erbschaftspruch gegen den Ghemann wegen Alimentation der Kinder 22—27.
- Ghemann:** dessen berufsmäßiger Erwerb ist im Zweifel als gemeinsamer zu behandeln 13—15.
— dessen Anspruch gegen die Ghefrau auf Herausgabe der Kinder 20.
— dessen Befugniß zur Veräußerung von Immobilien 116, 123.
— dessen Erbschaftspflicht hinsichtlich der den Kindern von der Mutter gespendeten Alimente 22—27.
- Ghemännliche Vormundschaft:** als Princip der in den libländischen Städten bestehenden jogen. Gütergemeinschaft 115, 120.
- Gidesdelation:** gegenüber einer 2 Jahre alten Darlehnsurkunde 241.
- Gidesleistung:** begründet eine Einrede gegen nochmalige Behauptung der abgezworenen Thatsache 243.
- Gigenthumserwerb:** durch Tradition 47—51, 79.
— in gutem Glauben an unterschlagenen Sachen 55.
- Gigenthumsklage:** Erforderniß der Angabe des Erwerbsgrundes 47—51.
— deren Begründung in Bezug auf bewegliche Sachen 52.
— des gutgläubigen Käufers unterschlagener Sachen 55.
— Veräußerung der streitigen Sache während des Processes 57.
— des gutgläubigen Erwerbers gestohlener Inhaberpapiere 158—163.
- Einbindung:** bewirkt Gleichstellung der Stiefkinder mit den ehelichen Kindern bezüglich der Vermögensrechte 112.
- Einreden:** im Executivproceß 5.
- Einreden:** gegenüber der Klage aus dem Auerkennungsvertrage 145—147.
— der Trunkenheit 235.
— Geltendmachung einer versäumten Einrede durch selbständige Klage 348.
— dilatorische E. führen nicht zur Abweisung der Klage 458.
- Eintragung** s. Corroboration.
- Einwilligung:** durch Stillschweigen 258—261.
- Eisenbahnen:** deren Transportgeschäft 416—422.
- Eisungscommission** des Mg. Vörsen=Comité: deren Verhältnis zu den Schiffern 485.
- Empfang:** dessen Begriff und Wirkung nach Handelsrecht 388—391.
- Empfangsverzug** 382—386.
- Englisches Wechselrecht:** betreffend Zeit und Ort der Protestaufnahme 450, 452.
- Enregistrement:** des Wechselprotesses nach französischem Recht 455.
- Entgangener Gewinn** 193.
- Entschädigungsklage** s. Schadensersatz.
- Entscheidungen:** ausländischer Gerichte 350.
- Erbeinsetzung:** in correpectiven Testamenten 133.
- Erbgutsqualität:** in der Ehe gekaufter Immobilien 118, 125.
- Erbloßung:** Collision zwischen einer Schwester und den Kindern einer verstorbenen Schwester 108.
- Erfüllung:** gehört die Behauptung derselben zum Klagegrunde? 170 bis 172.
— deren Verweigerung vor Eintritt der Fälligkeit 169.
— Beweislast über die Identität der hingegebenen und der restituirten Species 218—221, 421.
— Beweislast bezüglich der Vertragserfüllung 388, 401.
- Erfüllungsort:** dessen Bestimmung bei mangelnder Abrede 1—4, 425, 448, 519.
— kann bei zweiseitigen Verträgen für jeden Contractanten verschieden sein 217.
- Erlös** s. Auctionsprovenü.
- Errungenschaft:** was dazu gehört 13.

- Erwerb:** der Ehegatten ist im Zweifel gemeinschaftlich 13—15.
- Erziehung:** der Kinder wird von dem Consistorium nur provisorisch geregelt 21.
- Evection:** verkaufte Immobilien, Verpflichtung zum Ersatz des Interesse 246—254.
- Exceptio:** cedendarum actionum 464.
- divisionis 331.
 - jurisjurandi 243.
 - non adimpl. contractus: processualische Natur 170, 172, 388; im Executivproceß 171; gegenüber der Klage auf Auszahlung der Versicherungssumme 172; ihre Wirkung, wenn der Beklagte eine theilweise Gegenleistung empfangen hat 173, 174; Replik, daß der Beklagte den Kläger an der Vertragserfüllung gehindert habe 173; Unterschied von dem Retentionsrecht 185; wegen Nichteristenz der cedirten Forderung 211—214.
 - non num. pecuniae s. querela non num. pec.
 - rei judicatae 346—349.
- Executivproceß:** Beweis der Einreden 5.
- bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen 171.
- Execution:** auf Grund von Erkenntnissen auswärtiger Gerichte 350, 354, 517.
- Extracte:** aus Handelsbüchern 368.
- Fabrikant:** dessen Entschädigungspflicht wegen gefahrbringender Einrichtung des Fabrikbetriebes 299.
- Factura:** ist maßgebend für die Preisbestimmung der Waare 375.
- Fälligkeit:** Weigerung der Vertragserfüllung vor eingetretener Fälligkeit 169.
- Faustpfand:** dessen Versteigerung behufs Befriedigung anderer Pfandgläubiger aus dem Ueberlusse 88, 96.
- hat das Vorzugsrecht vor allen übrigen Pfandrechten an derselben Sache 93.
 - Stellung des Faustpfandgläubigers im Concurse 96—99.
 - Retentionsrecht aus dem Gordiani-
- schen Rescript gegenüber dem Cessionar 99.
- Fehler** s. Mängel.
- Feiertage:** sind auch bei Verabredung „promptester“ Beladung in die Ladezeit nicht einzurechnen 475, 487.
- Fenster:** in einer 5 Fuß von der Grenze entfernten Wand 62.
- Feuchtigkeit:** einer Wohnung als Grund der Aufhebung des Miethevertrages 268—271.
- Fideicommiß** 131, 135.
- Finderlohn:** ist von dem Verlierer zu zahlen 38.
- kann auch von dem Omnibusconducteur, der eine im Omnibus verlorene Sache findet, gefordert werden 39,
 - aber nicht von dem Polizeibeamten, welcher gestohlenen Gut dem Diebe abnimmt 46, 47.
 - jetzt die Occupation der Sache durch den Finder voraus 46.
- Firma:** Beschränkung in deren Wahl und Rechtsschutz derselben 362, 363.
- Haftung des Inhabers für die unter der Firma contrahirten Schulden 367, 371, 457.
 - Haftung des Erwerbers für die früheren Schulden 372.
- Fischerneze:** Entschädigung wegen Zerreißen derselben 193.
- Fortgelegte Gütergemeinschaft** in den kgl. Städten 113—131.
- Forum contractus:** jetzt voraus, daß der Beklagte am Orte der Klage hat erfüllen sollen 217.
- ist für jede Klage aus dem Vertrage zuständig 217, Note***, 356.
- Forum rei sitae:** bei der Klage auf förmliche Vollziehung eines Kaufes 142—144.
- Frachtbrief:** dessen Entgegennahme enthält keinen Empfang der Waare 391.
- Frachtvertrag zu Lande:** solidarische Verbastung der an dem Transport beteiligten Eisenbahnen 417.
- Haftung der Endstation für alle Reclamationen aus dem gesammten Transport 419.
 - Haftung des Frachtführers gegenüber dem Absender für das von

- dem Destinatar nicht empfangene Frachtgut 420—422.
- Frachtvertrag zur See: Haftung des Clarivers, der laut Ordre-Connossement die Waare empfängt, für die Fracht 474.
- Bestimmung der Ladezeit bei Verabredung „promptester“ Beladung 475.
- Zeit für die Beladung von Segelschiffen mit Holz 487.
- Connossementsclausel: „Das Schiff haftet nicht für Bruch, Rost, beschädigte Emballage etc.“ 483.
- Französisches Wechselrecht: betreffend die Protestaufnahme 454.
- G**attungskauf s. Genuskauf.
- Gefahr: vertragsmäßig vom Verkäufer übernommen 403.
- Gegenbeweis: gegen eine noch nicht zwei Jahre alte Darlehnsurkunde 241.
- Gegenforderungen: Erforderniß der Liquidität 224—226, 230.
- im Uebrigen siehe Exceptio non adimpl. contr. und Retentionsrecht.
- Gegenseitige Testamente 133 bis 137.
- Genehmigung: durch Stillschweigen 258, 374, 376.
- des erzwungenen Rechtsgeschäfts 140.
- Generalpfandrecht: dessen Wirkung 91—94.
- in Collision mit Specialpfandrechten 91, 106.
- Genuskauf: Redhibition dabei 176.
- Versicherungskosten vom Verkäufer zu tragen 385.
- zu unterscheiden vom Kauf „wie befehen“ 396.
- Gerichtliches Pfandrecht: in Collision mit älteren Pfandrechten 85 bis 92.
- Gerichtsstand: für die Klage auf förmliche Vollziehung des Kaufes 142.
- des Vertrages 217, 356.
- Geschäftsführung: ohne Auftrag s. negotiorum gestio.
- Verbindlichkeit des Geschäftsführers zur Rechnungslegung 314—327.
- Gesellschaftsvertrag: s. Handelsgesellschaft.
- Geseze: können durch Gewohnheitsrecht nicht aufgehoben oder abgeändert werden 108.
- Gesinde: Umfang der von demselben zu leistenden Dienste 306.
- Gewährleistung s. „Eviction“ und „Mängel“.
- Gewahrjam: an Sachen, die in verschlossenen Räumen liegen 36.
- Gewaltjame Besitzentziehung 37.
- Gewinn: entgangener, bei der Beschädigung von Reizen 193.
- Giro s. Indossament.
- Gläubigercorps 325.
- Gordianisches Rescript 100.
- Gratification: zu unterscheiden von der Schenkung 293.
- Grenzäune: Rechtsverhältniß an denselben 63.
- Grundarten: deren rechtliche Bedeutung 69, 70, 76.
- Grundschuld: deren Abtretung in blanco nach preußischem Recht 200.
- Grundzinsrecht: Rechtsverhältniß des späteren Grundzinsners zu dem Eigenthümer, wenn der Grundzinsvertrag nicht corroborirt ist 68—78.
- Gütergemeinschaft: Wesen und Princip derselben in den livländischen Städten 115, 120 ff.
- Rechtsverhältnisse bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft 113—131.
- Güterrecht der Ehegatten s. Ehefrau, Ehemann.
- Handelsbevollmächtigter: dessen präsumtive Vollmacht 366, 371.
- Handelsbücher: in hebräischer Sprache ermangeln der Beweisraft 367—369.
- Erforderniß des rechtzeitigen Bucheintrages 369.
- liefern einen Beweis nur in Bezug auf Handelsgeschäfte und nicht gegen dritte Personen 370.
- Handelsgesellschaft: Haftung der offenen Gesellschafter für die unter der Firma contrahirten Schulden nach Auflösung der Gesellschaft 371—373.
- der Austritt aus derselben wirkt Dritten gegenüber erst von dem Zeitpunkt der Bekanntmachung 456.
- Handelsrecht: dessen Anwendung neben den Bestimmungen des 3.

- Theils des Prov.-Rechts 372, 374, 375, 377, 379, 381, 388, 391, 393, 411, 416, 419, 425.
- Handelsregister 360.
- Handelsanfancen 392, 411, 416, 437, 471, 475, 485, 487.
- Handgeld: zu unterscheiden von der Anzahlung 180—182.
— dessen Verwirkung wegen Nichterfüllung des Verkaufes einer fremden Sache 246—254.
- Handlungsfirma s. Firma.
- Handlungsgehilfen: deren präsumtive Vollmacht 366—371.
— deren Dienstvertrag unterliegt in Riga sechsmonatlicher Kündigung 415.
- Hand muß Hand wahren 52, 55, 56, 91, 93.
- Hebräisch geführte Handelsbücher er mangeln der Beweiskraft 367 bis 369.
- Heuer: der Schiffsmannschaft gehört zu den Befugnissen des Schiffers 487.
- Hinterlegung s. Deposition.
- Hypothek s. Pfandrecht.
- Fahresgehalt: in runder Summe bei dem Dienstvertrage 301.
- Ideelle Antheile: der Kinder an dem in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögen 114, 117, 120—122.
- Immissio ex Imo decreto: Verhältniß des Immiffars zu den Miethern 100.
- Im mobil: von beiden Ehegatten gekauft (Art. 83) 7, 116, 118, 124.
— Wirkung der rechtswidrigen Veräußerung eines Immobils durch den überlebenden Parens 113.
— inwieweit Immobilien, die zur gemeinschaftlichen Masse gehören, von dem Ehemann bzw. überlebenden Parens veräußert werden dürfen 115 ff.
— siehe auch Kaufvertrag.
- Indebitum: Beweis deselben 244.
- Indossament: in blanco 197, 200, 462.
— Umfang der gegenüber den Indossanten bestehenden Notificationspflicht 441—448.
— Angabe des Ortes ist nicht nothwendig 449, aber zweckmäßig 446.
- Indossament: Protesterhebung gegen die Indossanten als Voraussetzung des Regresses gegen sie 458—460.
— die Indossanten sind aus einem präjudicirten Wechsel nicht verhaftet 460.
— eine Namensschrift in dorso ist präsumtiv ein Indossament 461.
— nach Verfall 463.
— an einen der mehreren Aussteller oder Bürgen 466.
— der Indossant, welcher den Wechsel einlöst, hat gegen seine Vormänner nicht eine neuerworbene, sondern seine frühere wiederaufgelebte Forderung 467—470.
- Ingrossirte Hypothekenforderungen: müssen zur Vermeidung der Präclusion im Specialconcurse angemeldet werden 103; dagegen 359.
- Inhaber: im Gegensatz zum juristischen Besitzer 30, 34.
- Inhaberpapiere: Begründung der Vindication solcher 160, 162.
— inwiefern durch die BlancoceSSION ein Inhaberpapier geschaffen wird 194—205.
— Unterschied des Eigenthumes und der Gläubigerschaft 204.
- In solvenz s. Concurse.
- Intercession s. Bürgschaft.
- Interdicte: stehen nur dem juristischen Besitzer, nicht dem Detentor zu 29—31, 34.
- Interesse: dessen Mangel hebt das Klagerrecht auf 274.
— im Uebrigen s. Schadensersatz.
- Interpellation: zur Begründung der Mora 401.
- Intestaterben: können nach livl. Stadtrecht nicht mit Vermächtnissen beschwert werden 131.
- In vecten und Mlatten: Pfandrecht des Vermieihers daran 78—84.
- Judicatsklage: aus dem Contumacialerkennniß eines ausländischen Gerichts 350. Vgl. 517.
- Jura novit curia 396, 398, 452.
- Justa causa traditionis 49.
- Kastenpfand s. Faustpfand.
- Kauf: eines Immobils durch beide Ehegatten 7, 116.
- Kaufvertrag: auf Grund eines privaten schriftlichen Vertrages kann

- nur auf Vollziehung des förmlichen Contracts geflagt worden 140.
- Kaufvertrag:** Gerichtsstand für diese Klage 142.
- welche Wirkung hat ein Vertrag, durch den Jemand einem Anderen verspricht, eine bestimmte Sache einem Dritten zu verkaufen? 163 bis 167.
 - Wirkung der vor dem Fälligkeitstermin von dem Verkäufer abgegebenen Erklärung, daß er nicht erfüllen könne oder wolle 168.
 - beim Genuskauf darf wegen Mängel nur der mangelhafte Theil redhibirt werden 176.
 - über ein dem Verkäufer nicht gehöriges Immobilien 246—254.
 - Klage auf einen nicht vereinbarten Kaufpreis 254—256.
 - Perfection des Kaufvertrages über Immobilien ist nicht durch die Corroboration bedingt 297, 299.
 - geschlossen durch Verwendung der nebst Factura übersandten Waare 375.
 - Kaufpreiszahlung „bei Lieferung“ 378, „nach Empfang“ 399.
 - Verpflichtung des Käufers, welcher wegen Lieferungsverzuges vom Vertrage abgehen will, dies dem Verkäufer rechtzeitig anzuzeigen 379.
 - Klage auf die Preisdifferenz 380 bis 382.
 - Verpflichtung des säumigen Käufers zur Vergütung von Asscuranz und Lagermiete 382—386.
 - Verpflichtung des Käufers zur rechtzeitigen Anzeige der Mängel der Waare 387—391.
 - beim Flachshandel ist der verabredete Preis auf die Gewichtseinheit Verwies zu beziehen 391.
 - „wie besehen“ 394—400.
 - „nach Probe“ 397.
 - „nach Besicht“ 402, 403.
 - Bezeichnung der Quantität mit „circa“ 399.
 - vertragsmäßige Uebernahme der Gefahr durch den Verkäufer trotz der Perfection des Kaufes 403.
- Kehrichtgruben:** fallen nicht unter den Artikel 988 des Privatrechts 58.
- Kinder:** inwiefern der Vater ihre Herausgabe von der Mutter fordern kann 20.
- Kinder:** deren Ueberweisung an einen geschiedenen Ehegatten zur Erziehung durch das Consistorium ist nur eine provisorische 21.
- deren Alimentation durch die Mutter 22.
 - deren Befugniß zur Anfechtung der Veräußerung von Immobilien durch den überlebenden Patens 113 bis 125.
 - aus mehreren Ehen bei der Vermögenstheilung mit der Wittve 127.
 - deren Anspruch auf Absonderung, wenn die Mutter testamentarisch zur Universalerin des Vaters eingesetzt ist 130.
- Klage:** Erforderniß der thatsächlichen Substantiirung 47, 51, 192.
- deren Erhebung entscheidend für den Erfüllungsort 4, 519.
 - der getrennt lebenden Ehefrau auf Alimentation 6.
 - auf Schadensersatz, thatsächliche Begründung 61.
 - auf Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts 73, 113, 345.
 - der Kinder auf Rückgabe eines von dem überlebenden Patens rechtswidrig an einen Dritten veräußerten Immobilien 114.
 - auf förmliche Vollziehung des privatim aufgezeichneten Contracts 140—144.
 - auf Erfüllung des Versprechens, ein von einer dritten Person errichtetes Vermächtniß auszuzahlen 147.
 - gehört die Behauptung der Erfüllung zum Klagegrunde? 170.
 - gegen den Schuldner als Voraussetzung des Regresses gegen den Cedenten 214.
 - auf Bezahlung eines angemessenen Kaufpreises 254—256.
 - auf Rechnungslegung und Verfahren bei derselben 316 ff.
 - gegen den Uebernehmer einer fremden Schuld 327.
 - auf die Preisdifferenz 381.
 - auf Aufhebung des Kaufes wegen Lieferungsverzuges 401.
 - gegen den Cridar während des Concurres 427.
 - ist wegen dilatorischer Einreden nicht abzuweisen 458.

- Klage:** auf Grund eines rechtskräftigen Urtheils 350, 517.
- Krügereigerechtigkeit:** gewährt nicht die Befugniß, die Anlage einer Materialwaarenbude zu verbieten 68, 74.
- Kündigung:** eine vorzeitige Kündigung hat keine rechtliche Wirkung 275.
- liegt in der Befanntgabe der Veräußerung der Miethsache durch den Vermiether 291.
 - bei dem Dienstvertrage mit monatlicher Lohnzahlung 302.
 - zwischen Handlungscommis und Principal in Riga 415.
- Ladezeit:** bei verabredeter „promptester“ Beladung 475.
- bei Beladung von Segelschiffen mit Holz 487.
- Lagermiete:** Anspruch des Verkäufers auf Ersatz derselben 382.
- Laufende Rechnung** s. Contocorrent.
- Laufende Tage:** bei der Ladezeit 476.
- Legate:** zu Gunsten Dritter in correctiven Testamenten 133—137.
- können in Riga nicht mündlich bestellt werden 131.
- Legitimitatio ad causam:** gehört zum Klagegrunde 457.
- Leihbrief:** von einem Rigenjer zu Wilna ausgestellt, nach welchem Recht zu beurtheilen? 1—4.
- Lex Anastasiana** 196 Note*.
- Lex posterior derogat priori** 161.
- Lieferung:** der generell verkauften Waare in Partien 377.
- Lieferungsverzug** 379—382.
- Liquidität:** der Einreden im Executivproceß 5, 171.
- der Compensationseinrede 146, 225, 231, 319.
- Litigiose Sachen:** können in den Ostsee-Prov. rechtsgiltig veräußert werden 56.
- Litiscontestatio:** in contumaciam fingirt 350.
- Litispensenz:** einer Klage wegen der materiellen causa debendi scheidet der Klage aus dem Auerkennungsvertrage nicht entgegen 146.
- Locatio-conductio:** rerum s. Miethvertrag.
- Locatio-conductio:** operis s. Verdingungsvertrag.
- operarum s. Dienstvertrag.
- Lohn:** der Dienstboten im Concurse 307—309.
- Mahnung** s. Interpellation.
- Mäklerlohn:** dessen Fälligkeit, wenn der Makler einen Käufer „zu verschaffen“ übernommen hat 295.
- kann verlangt werden, sobald der Kauf über das Immobilien mündlich geschlossen ist, wenn er auch hinterher rückgängig wird 296.
- Mandat:** Klage des Mandanten auf Rückgabe der Vollmacht 311.
- Verbindlichkeit des Mandatars zur Rechnungslegung 315—319, insbesondere gegenüber dem Curator der Concursmasse des Mandanten 322—327.
 - bei generellem Mandat hat der Mandatar kein Retentionsrecht wegen älterer Forderungen an den später für den Mandatar erworbenen Sachen 409.
- Mängel:** des Kaufobjects bei dem Genuskauf 176.
- Ausschluß ihrer Geltendmachung durch Verjährung der ädilischen Klagen 177.
 - der Waare müssen von dem Käufer rechtzeitig gerügt werden 387, 389.
 - der Waare beim Kauf „wie gesehen“ 397, oder „nach Besicht“ 403.
 - der Miethsache, deren Bedeutung im Rechtsinne 266—271; mittelst der exc. non adimpl. contr. geltend gemacht 282; müssen dem Vermiether angezeigt werden 290.
- Manifestationseid:** dessen Inhalt 357.
- Massecurator:** dessen rechtliche Stellung 324.
- Matrose:** hat Anspruch auf Lohn bis zur Ankunft im Heimathshafen und auf Ersatz der Reisekosten 476.
- Mercantilischer Empfang** 387 bis 391.
- Miethvertrag:** Stellung des Miethers zu dem gerichtlich immittirten Pfandgläubiger 101.
- dessen vereinbarte Dauer wird aufgehoben, wenn die Contrahenten einen anderen Miethzins vereinbaren 256.

- Miethvertrag: *relocatio tacita* bei beweglichen Sachen 257.
- Stillschweigen als Einwilligung in den Abschluß eines Miethvertrages 258.
 - Collision eines corroborirten Miethvertrages mit älteren Hypotheken 261—265.
 - Bestimmung des Umfanges der vermieteten Räumlichkeiten nach dem der Vermietung vorausgegangenem Zustande 265.
 - steht die Kenntniß der Mängel der Sache deren Geltendmachung entgegen, wenn der Miether trotz derselben den Vertrag schließt? 266 bis 271.
 - Verpflichtung des Miethers zur Miethzahlung im Falle des Unteranges der Miethsache 271.
 - Verpflichtung des Miethers zur Rückgabe der gemieteten Sache 273.
 - Einwand des auf Räumung belangten Miethers, daß er mit dem Rechtsnachfolger des Vermiethers bereits einen neuen Miethvertrag geschlossen habe 273.
 - Unwirksamkeit einer vorzeitigen Kündigung 275.
 - Erlöschen des Miethvertrages durch Wegfall des dem Vermiether zustehenden Rechts an der Sache 277 bis 282.
 - kann das Rücktrittsrecht des Vermiethers auf Grund des Art. 4116 nur durch Klageanstellung geltend gemacht werden? 283.
 - Rücktrittsrecht des Vermiethers auf Grund des Art. 4117 des Prov.=Rechts 286.
 - Rücktrittsrecht des Vermiethers, weil der Miether zum Termin die Wohnung nicht bezieht 287.
 - ein Rücktrittsrecht des Vermiethers wegen Aftervermietung der Sache besteht in den livl. Städten nicht 289.
 - Rücktrittsrecht des Vermiethers, weil der Miether feile Dirnen beherbergt 289.
 - Rücktrittsrecht des Miethers wegen Mängel ist bedingt durch deren vergebliche Anzeige an den Vermiether 290.
 - für welchen Zeitraum ist der Vermiether, der die Sache veräußert, dem Miether noch obligirt? 290 bis 292.
- Miethvertrag: die Concursverwaltung des Vermiethers hat das Miethlocal bis zur Versteigerung in Stand zu halten 292.
- Mitbürgen: deren Regreß gegeneinander 329—333, insbesondere bei der Wechselbürgschaft 462—467.
- Miteigenthum: an Grenzzäunen 63.
- an dem in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögen 117, 121.
- Moniturverfahren: bei der Rechnungslegung 317.
- Mora j. Verzug.
- Mortification 203.
- Mucianische Präsumtion 15, 116.
- Mundialgewalt: des Ehemannes nach livl. Stadtrecht 115.
- Mündliche Abreden gegenüber dem schriftlichen Contract 376, 393.
- Kaufverhandlung über Immobilien 148, 299.
- Nachbarn: Schadensersatzpflicht wegen Beschädigung von Gebäuden 59 bis 62.
- Rechtsverhältniß derselben hinsichtlich der Grenzzäune 63.
 - Verpflichtung zur Fällung überhängender Bäume 65.
- Näherrecht: Collision einer Schwester mit den Kindern einer verstorbenen Schwester 108.
- Nahrungsname: Collision zwischen mehreren Prätendenten 361—365.
- Name: Hergabe des Namens zum Geschäftsbetriebe begründet die Haftung für die in Folge dessen contrahirten Schulden 365—367.
- Nativität der Klage 232.
- Regatorienklage: deren Verjährung 66.
- Negotiorum gestio: durch Bezahlung einer fremden Schuld 332, speciell durch Alimentation von Personen, die ein Anderer zu alimentiren verpflichtet ist 24, 27.
- durch Herauslegung der Versicherungskosten für eine Waare 386.
- Richtigkeit: des Verkaufes einer fremden Sache 256—264.
- Richtigkuld: Beweis derselben 244.
- Nominatio auctoris 53.

Notification: der Nichtzahlung muß neben der Absendung des Protestes erfolgen 443.

— Zeitpunkt für dieselbe 442.

— Folgen der Verabjämung 443.

— ist nur gegenüber dem auswärtig lebenden Indossanten resp. Trafsantanten nothwendig 445.

— kann nur von demjenigen Indossanten verlangt werden, der seinem Giro eine Ortsangabe hinzugefügt hat 446.

— gehört zur Begründung des Wechselregreßanspruches, braucht aber erst in der Replik nachgewiesen zu werden 447.

Novation 150.

Obervormundschaftsbehörde: deren Mitwirkung bei der Veräußerung von Immobilien, die zur fortgesetzten Gütergemeinschaft gehören 119.

— desgleichen bei der Veräußerung eines von dem Manne hinterlassenen Geschäfts durch die Wittwe 126.

Obligatio iudicati 20, 350.

Oblation: deren Erfordernisse, wenn der Gläubiger erklärt, nicht annehmen zu wollen 169, 180.

Oeffentliche Hypothek: muß zur Vermeidung der Präclufion zur Concursmasse angemeldet werden 103; dagegen 359.

Oeffener Stellvertreter: dessen Haftung, wenn der Vertretene die Verbindlichkeit aus dem Vertrage von sich ablehnt 156—159.

Oralsidecommiss: Unwirksamkeit desselben in den livl. Städten 131.

Ort der Erfüllung: bei mangelnder vertragsmäßiger Bestimmung 1—4.

— ist im Zweifel das Domicil bzw. der Ort der Handelsniederlassung des Schuldners zur Zeit des Vertragschlusses 425, vgl. 448 und 519.

— kann bei zweiseitigen Verträgen für jeden Contrahenten ein anderer sein 217.

Ortsangabe: in dem Giro ist Voraussetzung der Notificationspflicht 446, aber sonst kein wesentliches Erforderniß 449.

Papiere au porteur s. Inhaberpapiere.

Parteanträge: sind im Zweifel zu Gunsten des Antragstellers zu interpretiren 66.

— deren thatsächliche Substantirung 47, 48, 51, 192, 226, 372.

Paulianische Klage: rechtliche Begründung derselben 333—337, 341—343.

— deren Anerkennung im Provinzialrecht 334, 338, 340.

— vom Concurscurator angestellt 339.

— findet auch gegen den Blancoceffionar statt 342.

— Verjährungsfrist 343.

Pfandklage: nominatio auctoris bei derselben 53.

Pfandrecht: des Vermiethers an den Inveeten und Zllaten 78—84.

— Wirkung des gerichtlichen Verkaufs der Pfandsache 84.

— Recht des vorgehenden Pfandgläubigers, sich dem Verkaufe des Pfandes zu widersetzen 85—92.

— Collision des General- und Specialpfandrechts 91, 106.

— an einer Sache gesammtheit 90, 93.

— rechtliche Stellung des Kaufpfandgläubigers 93, 96—98.

— Retentionsrecht aus dem Gordianischen Recept 99.

— Verhältnis des gerichtlich immittirten Pfandgläubigers zu den Miethern 100.

— Präclufion öffentlicher Hypotheken wegen unterlassener Anmeldung 103; dagegen 359.

— Collision der Hypotheken mit einem corroborirten Miethvertrage 261 bis 265.

— dessen Anfechtung mit der Paulianischen Klage 333—337, 341 bis 343.

— stillschweigendes Pfandrecht des Commissionärs 411.

Polizeibeamte: haben im Falle des Art. 741 keinen Anspruch auf Finderlohn 46.

Possessorische Rechtsmittel s. Interdicte.

Präclufion: in grossirter Hypotheken wegen unterlassener Anmeldung 103; dagegen 359.

- Präjudicirung:** des Wechsels hebt die Haftung der Indossanten auf 460.
- Praesumptio:** Muciana 15, 116.
— im Uebrigen s. Vermuthung.
- Preisbestimmung:** nach Maßgabe der Factura 375.
- Preisdifferenz:** Klage darauf 381.
- Priorität der Pfandrechte** 85—99, 106—108.
- Prioritätsfreitigkeiten im Concurse** 339.
- Privattestamente in den livl. Städten** 131.
- Privilegium:** des Dienstlohnes im Concurse 307—309.
- Probe:** Kauf nach Probe 397.
- Proceßobligation des Beklagten** 20.
- „**Prompteste Beladung**“ 475.
- Protest** s. Wechselprotest.
- Provocatio ex lege diffamari** 345.
- Pseudostellvertreter:** dessen Haftung aus dem im Namen eines Anderen geschlossenen Vertrage 157, 159.
- Querela non numeratae pecuniae:** gegenüber einem Leihbrief 4.
— gegenüber Urkunden, die nicht auf ein Darlehen lauten 234—236.
— rechtliche Natur und Beweislast 238.
— nicht ausgeschlossen durch Bekennen zum Inhalt der Urkunde vor dem Notar am Ausstellungstage 238.
— ausgeschlossen gegenüber einer Urkunde, in welcher der Aussteller bekennet, das Darlehen in seinem Nutzen verwendet zu haben 238.
— findet auch gegen die in blanco cedirte Darlehensurkunde statt 194, 203, 342.
— ist unstatthaft, wenn der Aussteller einräumt, daß er die Auszahlung eines Darlehens nicht erwartet habe 4, 210, 240.
- Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non videtur damnum sentire** 187.
- Ratihabition:** kann nur in Bezug auf den ganzen Vertrag, d. h. Rechte und Pflichten aus demselben, stattfinden 71.
— des erzwungenen Geschäfts 140.
- Ratihabition:** durch Stillschweigen 374, 376.
- Realoblation:** ist nicht erforderlich, wenn der Gläubiger die Annahme im Voraus verweigert hat 169, 180.
- Rechenchaftspsyllen:** Wesen und Inhalt 314—322.
— gegenüber dem Concurscurator des Principals 322—327.
- Rechtsgreiffe:** sind in den Parteianträgen durch Anführung der concreten Thatfachen zu substantiiren 47, 192, 226, 372.
- Rechtssirrhum:** der Ehefrau beim Vertragsschlusse mit dem Ehemann 11.
- Rechtskraft:** deren Wirkungen 346 ff.
- Rechtsmittel:** wegen Nichtempfanges s. querela non num. pec.
— ädilische 176—178.
- Rechtssätze:** sind vom Richter ohne Rücksicht auf das Vorbringen der Parteien anzuwenden 396, 398.
- Rectapapier:** deren Vindication 52.
— deren Uebertragbarkeit im Gegenseitigen zu Ordre- und Inhaberpapieren 197.
- Redhibition:** bei dem Genuskauf 176, 387.
- Regreß:** des Indossatars gegen die Indossanten 443—448, 458—461, 467—470.
— der Mitbürgen gegen einander 329 bis 333, 462—467.
- Reivindicatio** s. Eigentumsklage.
- Relocatio tacita:** bei beweglichen Sachen 257.
— bei Wohnungen 260, 272.
- Reparatur:** des Miethlocales 267, 290, 292.
- Repräsentationsrecht:** dessen Bedeutung 110.
- Rescriptum Gordianum** 100.
- Res iudicata** 20, 212, 346 ff.
- Res litigiosae:** können in den Office-Proc. rechtsgiltig veräußert werden 56.
- Resolutivbedingung:** deren Vereitelung in dem Bestehen des berechtigten Contrahenten steht 167.
- Respittage:** deren Bedeutung für den Verfall bzw. die Protesterhebung 439—441.
— im englischen Wechselrecht 450.
- Retentionsrecht:** kann nicht durch Klage geltend gemacht werden 31.

- Retentionrecht:** des Finders wegen des Finderlohnes 38.
- des Vermiethers an den Inveeten und Illaten gegen dritte Personen 78—84.
 - des Kaufpfandgläubigers gegenüber dem Cessionar des Verpfänders 99.
 - Unterschied von der exc. non adimpl. contr. und der Compensation 185.
 - des Mandatars an der Vollmacht 311.
 - dessen Wirkung im Concurse 407.
 - Erforderniß der Connexität 409.
- Retract** s. Näherrecht.
- Rheder:** dessen Haftung aus Rechtsgeschäften des Schiffers 487.
- Rückforderung:** von Brautgeschenken 16—18.
- siehe auch *condictio*.
- Rückgabe:** des Schuldscheines begründet eine Vermuthung für die Tilgung, nicht für die Bezahlung der Schuld 221—223.
- Rücktrittsrecht:** des Käufers wegen Lieferungsverzuges 379.
- des Vermiethers 286—289.
 - des Miethers 290.
 - des locator operis aus den für den Dienstvertrag bestehenden Gründen 303.
- Sachengesamtheit:** Pfandrecht an einer solchen 90, 93.
- Sachmiete** s. Miethvertrag.
- Schadenserzatz:** kann nicht gleichzeitig mit der Aufhebung des Vertrages verlangt werden 404.
- Schadenserzatzpflicht:** wegen Beschädigung des Nachbarhauses durch Ausgraben von Kellern 59—62.
- des Stellvertreters bei ausbleibender Genehmigung des Principals 156, 159.
 - hat der Beschädigte zur Abwendung weiteren Schadens seinerseits Kosten aufzuwenden? 186.
 - wegen unterlassener Warnung vor dem Betreten einer gefährlichen Stelle 187.
 - des Denuncianten gegenüber dem freigesprochenen Inquisiten 189.
 - des Schiffers, dessen Schiff unter dem Commando eines Zwangslootsen steht 190.
- Schadenserzatzpflicht:** des Dienstherrn wegen der von dem Dienboten begangenen Beschädigung 192.
- bei der Beschädigung von Fischereyen 193.
 - des Verkäufers einer fremden Sache 248, 292.
 - des Fabrikherrn wegen gefahrbringender Einrichtung des Fabrikbetriebes 299.
- Schah:** der Grundeigentümer erwirbt das Eigenthum daran ipso jure 42.
- dessen Unterschlagung durch den Finder 44.
 - von Arbeitern gefunden, kann von dem Arbeitsunternehmer nicht beansprucht werden 43.
- Schenkungsverprechen** oder Zahlungsverprechen? 148.
- liegt nicht in der Zusage einer Gratification für zu leistende Dienste 293.
- Schiffbruch:** dessen Begriff nach russ. Handelsrecht 480.
- Schiffer:** dessen Haftung für beschädigte Emballage 483.
- dessen Befugniß zur Heuer der Schiffsmannschaft 487.
- Schristlichkeit:** als Voraussetzung der Klagbarkeit des Anerkennungsvertrages 149, 152.
- als Erforderniß der Verträge nach russischem Recht 143.
- Schuld:** Bezahlung fremder Schulden 24, 27, 264 Note, 332.
- Schuldchein:** über ein Darlehen ausgestellt, wiewohl ein solches nicht beabsichtigt wurde 5.
- als selbständiger Klagegrund 144 bis 147, 233.
 - der nicht auf ein Darlehen lautet, mit der querela non num. pec. angefochten 237.
- Schuldübernahme** 150, 327.
- Seenoth:** Verträge, die in solcher geschloffen werden, sind ansechtbar 477—482.
- Separationsrecht:** des Kaufpfandgläubigers im Concurse bedingt durch Liquidität der Forderung 98.
- der Specialpfandgläubiger 93, 106.
- Servituten:** Verjährung der Negatorienklage 67.
- Simulation:** Beweislast 138.
- Eidesantrag darüber 241.
- Sondergut:** der Ehefrau begründet

durch einseitigen Vorbehalt oder Vertrag 10.
Sondergut: des Ehemannes 14.
 — der Ehefrau haftet nur secundär für die Alimentation der Kinder 27.
 — der Kinder bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft 118.
 — der Mutter bei der Vermögens- theilung mit Kindern aus mehreren Ehen 127.
Specialpfand s. Pfandrecht.
Spolienklage: wegen Rückgabe bloß definirter beweglicher Sachen, die gewaltsam aus einem Immobilien entfernt wurden 34, 35.
Springender Regreß: gegen die Indossanten 459.
Statutencollision 1, 143, 436, 448.
Stellvertreter: zu unterscheiden von dem Boten 155.
 — Beweislast hinsichtlich der Stellvertretereigenschaft 154, 155, 159 Note.
 — ist die Klage gegen den offenen Stellvertreter bedingt durch vorgängige Ausklagung des Principals? 156—159.
Stempelpapier: als wesentliches Erforderniß der Gültigkeit eines Wechsels 428—432.
Stiefkinder: bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft 112, 127.
Stillschweigen: als Einwilligung 258, 374, 376.
Stillschweigende Bürgschafts- übernahme 329.
 — Verzichtleistung des Miethers auf die Geltendmachung der ihm bekannten Mängel 266 ff.
Streitgenossen: deren Haftung für Honorar und Auslagen des sachführenden Advocaten 305.
Subscriptio tenet subscribentem 426.
SucceSSION s. Repräsentationsrecht.
Testamentarische Einsetzung der Wittve zur Universalerin 130.
Testament: reciprocus und correlative 133—137.
 — privates in den livl. Städten 131.
Thatsächliche Substantiirung der Parteianträge 47, 48, 51, 192, 226, 372.

Theilung des Vermögens: bei der Ehescheidung 13.
 — zwischen Kindern aus mehreren Ehen und der Wittve nach livl. Stadtrecht 127.
 — bei der Wiederverheirathung des überlebenden Parents 128.
Theilzahlung: beseitigt die Wirkung des Verzuges nicht 286, 288.
Tradition: deren thatsächliche Substantiirung 47.
 — Bedeutung der justa causa traditionis 49.
 — als Voraussetzung des Erlöschens des Pfandrechts im Falle des Artifels 1404 des Privatrechts 79 bis 83.
 — desgleichen in den Fällen der Artifel 1377 und 1381 ibid. 93.
Transportgeschäft: der Eisenbahnen 416—422.
Trassant: dessen Wechselverbindlichkeit richtet sich nach dem Recht der Wechsellausstellung 449.
Trennung der Ehegatten, deren Einfluß auf die Alimentationspflicht des Mannes 6.
Trunkenheit: als Grund zur Aufhebung eines Vertrages 235.
 — des Unternehmers als Grund zur Aufhebung des Verdingungsvertrages 304.

Uebergabe s. Tradition.

Unmöglichkeit der Erfüllung hebt die Verpflichtung zur Zahlung der Conventionalpön auf 183.
Untergang: der Miethsache 272, 279.
Unterklagung: des Fundes 44.
 — anvertrauter Sachen 55.
Unterschrift: deren Bedeutung, namentlich bei dem Wechsel 426 bis 434.
Urtheil: ist auf den Zeitpunkt der Injuration der Klage zurückzuziehen 20.
 — schafft res judicata nur unter den Parteien, nicht für Dritte 212.
 — Umfang der Rechtskraft 346—349.
 — begründet die actio judicati 350.
Ursachen der Rigaer Börse 471, 475, 485, 487.

Vater: dessen Anspruch auf Herausgabe der Kinder gegen die Mutter 20—22.

- Vater:** dessen Verpflichtung zum Ersatz der von der Mutter dem Kinde gereichten Alimente 22—27.
- Veräußerung:** der res litigiosae ist in den Ostsee-Provinzen zulässig 56.
- der Inveeten und Platen durch den Miether 78—82.
 - inwiefern sie das Generalpfandrecht bzw. das Pfandrecht an einer Sache gesammtheit aufhebt 91, 93.
 - der Pfandsache durch den Pfandgläubiger 85—94.
 - von Immobilien durch den überlebenden Parens 113—125.
 - eines vom Manne hinterlassenen Geschäfts durch die beerbte Wittve 126.
 - der vermieteten Sache durch den Vermiether 290—292.
 - zum Nachtheile der Gläubiger s. Paulianische Klage.
- Verbaloblation:** wegen vorausgegangener Weigerung der Annahme 169, 180.
- Verborgene Mängel:** beim Kaufe müssen alsbald nach ihrer Entdeckung angezeigt werden 387, 390, 403.
- der Miethsache 268—271.
- Verderben:** der Miethwohnung durch Beherbergung feiler Dirnen 289.
- Verdingungsvertrag:** Rücktritt des Bestellers wegen Trunkenheit des Unternehmers 304.
- Klage auf den ganzen Lohn wegen Verhinderung der Arbeit durch den Besteller 310.
- Verfalltag des Wechsels** 437, 439 bis 441.
- Verführung** unter dem Eheversprechen, Folgen der nachfolgenden anderweitigen Verhehlung des Verführers 19, 20.
- Verjährung:** der Klagen aus dem ädilischen Edict schließt auch die Einreden dieserhalb aus 177.
- deren Anfangspunkt, wenn der Schuldner zahlen soll, sobald seine Umstände es gestatten 232.
 - der Paulianischen Klage 343.
 - der Negatorienklage wegen nicht eingetragener Servituten 66.
- Verlorene Sache:** Begriff 30.
- Vermächtnisse:** zu Gunsten Dritter in correspondirenden Testamenten 133—137.
- mündliche sind in den livl. Städten ungiltig 131.
 - Versprechen eines Dritten, dieselben auszahlen zu wollen 147.
- Vermuthung:** Mucianische 15, 116.
- für die Rechtmäßigkeit des Besizes im Falle des Art. 690 des Prov.-Rechts 29.
 - dafür, daß bei unverschuldeter Nichterfüllung auch die Conventionalpön cessire 184.
 - gegen doloses Verfahren 213, 372.
 - für die Richtigkeit und Vollständigkeit von Vertragsurkunden 376, 393.
 - für die Legalität der Amtshandlungen ausländischer Notare 451.
 - für die Indossamentseigenenschaft 461.
 - keine Vermuthung für das Fortbestehen der Schuld, weil der Schuldschein sich bei dem Gläubiger befindet 223.
 - für die Tilgung der Schuld wegen Rückgabe des Schuldscheines 223.
 - für die Anwendung gehöriger Sorgfalt auf eigene Sachen 178.
- Verjuden:** Beweis 178—180, 415.
- als Voraussetzung der Verpflichtung zur Zahlung der Conventionalpön 182—185.
 - des Beschädigten durch Unterlassung von Kostenaufwand zur Verhütung weiteren Schadens 186.
 - des Beschädigten hebt den Ersatzanspruch auf 187.
- Vericherungsgelder:** Anspruch des Verkäufers auf Ersatz derselben 382—386.
- Vertrag:** zu Gunsten eines Dritten 151.
- zu Gunsten und Lasten eines Dritten 163—167.
 - über eine fremde Sache 256—264.
- Verwandtschaftsnähe:** bestimmt sich im Falle des Art. 1661 nach der Erbfolgeordnung 109.
- Verwendungen:** dazu gehört nicht die Versicherung der Sache 385.
- Verzicht:** auf die Klage von Mängeln der Waare wegen unterlassener

- rechtzeitiger Dispositionsstellung fin-
girt 387, 389.
- Verzicht:** auf die Geltendmachung der
dem Miether bekannten Mängel
der Miethsache 266—271.
- Verzug:** des Gläubigers durch Verbal-
oblation bewirkt 169—180.
- Verpflichtung des in Empfangs-
verzug befindlichen Käufers zum
Ersatz der Affecuranz und Lager-
miete 382—386.
 - des Schuldners wird durch Theil-
zahlung nicht abgewendet 286, 288.
 - des Verkäufers, Rücktritt des Käu-
fers vom Vertrage 379—382.
 - Umfang der Beweislast 400.
- Vindication** s. Eigenthumsklage.
- Vollmacht:** Verpflichtung des offenen
Stellvertreters, das Vorhandensein
derselben zu beweisen 156, 159.
- Klage des Mandanten auf Rück-
gabe der Vollmachtsurkunde 311.
 - Wirkung des Widerrufs gegenüber
dritten Personen 312—314.
 - präsumtive Vollmacht des Handels-
bevollmächtigten 366, 371.
 - des Agenten 374.
- Vorbehalt:** gewisser Vermögensstücke
als Sondergut der Ehefrau 11.
- Vorkaufcontract:** dessen Wir-
kungen nach russischem Recht 144.
- Vorladung:** kann mit Rechtseffect
nur von dem inländischen Gericht
erlassen werden 351.
- Vorzug der Pfandrechte** s. Pfandrecht.
- Waijengericht:** dessen Mitwirkung
bei der Veräußerung von Immo-
bilien bei der fortgesetzten Güter-
gemeinschaft 119.
- Wandlungsflagel:** beim Genus-
kauf 176, 387.
- Wechsel:** Zahlungsort 423—425, 448.
- eines Schreibensunkundigen 426.
 - auf gewöhnlichem Papier, ob un-
gültig? 428.
 - Nothwendigkeit der Begebung 432.
 - rechtliche Wirkung der Ausstellung
von Wechselblanketten 433—436.
 - Bestimmung des Verfalltages aus-
ländischer Wechsel 436.
 - Cours für die Bezahlung auf aus-
ländische Valuta gestellter Wechsel
438.
 - Bedeutung der Resπτωση 439 bis
441.
- Wechsel:** Umfang der Notifications-
pflicht 441—448.
- Acceptation desselben Namens einer
Firma, Streit darüber, ob der
Acceptirende damals noch offener
Gesellschafter war 456—458.
 - dessen Präjudicirung hebt die Haf-
tung der Indossanten auf 460.
 - Negreß der Mitbürgen gegen einan-
der 462.
 - Wirkung der Cession 463.
 - dessen Indossirung an einen Mit-
aussteller oder Bürgen 466.
- Wechselklage:** gegen den Cridar
während des Concurfes 427.
- auf Grund der Cession des Wech-
sels 463.
- Wechselproceß:** richtet sich in den
D.=Prov. nicht nach den Bestim-
mungen der W.=D. 430, 447.
- Wechselprotest:** dessen rechtliche Be-
deutung 454, 455, 460.
- während der Resπτωση ist unwirk-
sam 441; dagegen 439.
 - Verpflichtung zur Absendung der
Protesturkunde an die Indossanten
444.
 - Zeitpunkt desselben nach englischem
Recht 449.
 - Unwesentlichkeit der Ortsangabe
nach englischem Recht 452.
 - nach französischem Recht 454.
 - bedarf im Auslande der diploma-
tischen Beglaubigung nicht 454.
 - gegen die Indossanten als Voraus-
setzung des Negreffes gegen sie
458—460.
- Wechselunfähigkeit:** der Unter-
militärs beschränkt sich auf die
im activen Dienst befindlichen 425.
- Wechselunterschrift:** von Per-
sonen, die nur ihren Namen schrei-
ben können 427.
- Wettgericht:** muß die Genehmigung
zur Führung einer Firma oder
eines Nahrungsnamens ertheilen 363.
- Widerruf der Vollmacht** 312—314.
- Willenserklärung:** stillschweigen-
de, zu unterscheiden von dem bloßen
Schweigen 260.
- Wittwe:** beerbt die Wittve als Ver-
treterin des Nachlasses 112, 126.
- als testamentarische Universalerin
des Mannes, Rechtsverhältniß zu
den Kindern 128.

- Wohnsitz:** des Schuldners ist im Zweifel Erfüllungsort 425.
Wrafer: dessen Haftung für fehlerhaftes Sortiment 414.
- „Zahlbar aller Orten“** 423.
Zahlung: wird wegen Rückgabe des Schuldscheines nicht vermuthet, sondern schlechtthin Tilgung der Schuld 222.
 — durch einen Dritten für den Schuldner 264.
 — muß in baarem Gelde erfolgen 438.
 — Unzulässigkeit der Theilzahlung 286, 288.
 — von Schulden, die auf ausländische Valuta gestellt sind 438.
 — auf den Wechsel kann bis zum Ablaufe des letzten Respittages geleistet werden 441.
- Zahlung „bei Empfang“** oder „bei Lieferung“ 378.
Zahlung „nach Empfang“ 399.
- Zahlungsort:** bei mangelnder Abrede 1—4, insbesondere bei Handelsgeschäften und bei Wechseln 423—425, 448, 519.
- Zahlungsverprechen:** Klage aus demselben 148, 151—154.
 — bezüglich einer fremden Schuld 150, 327.
- Zinsen:** dem Advocaten von rückständigem Honorar und Auslagen zu zahlen 305.
- Zurückhaltungsrecht** s. Retentionsrecht.
- Zwang:** durch Bedrohung mit einer Criminalklage 139.
 — durch Verjagung der Hilfe in unabwendbarer Gefahr 480, 482.
 — Replik der nachträglichen Ratihabition 140.
- Zwangslootje** 191.
- Zwangsversteigerung:** bewirkt das Erlöschen der Pfandrechte 84.
 — ihr Einfluß auf corroborirte Mietheverträge 262.

B u s s ä t z e.

Zusatz zu Seite 33, Zeile 7 von oben. Uebrigens gewährt der Art. 1725 des code civil (= codice civile italiano art. 1581) dem Miether ausdrücklich ein Klagerrecht gegen dritte Personen, welche ihn in dem Besiß oder Genuß der Miethsache stören, ohne eine dingliches Recht an derselben in Anspruch zu nehmen.

Zusatz zu Seite 73 a. G. Oesterreichischer Entwurf einer Civilproceßordnung § 276: „In der Klage kann das Begehren auch blos auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung der Echtheit einer Urkunde oder auf die Feststellung der Unechtheit derselben gerichtet werden, wenn der Kläger Umstände darthut, welche sein rechtliches Interesse daran wahrscheinlich machen, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch eine gerichtliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.“

Zusatz zu Seite 84, Zeile 13 von oben. Schweizerischer Entwurf eines Obligationenrechts nach den Beschlüssen zweiter Lesung (Mai und October 1876) Art. 306: „Wenn und so lange sich in vermieteten Wohnungen oder anderen mit einer Liegenschaft verbundenen Räumen bewegliche dem Miether gehörige Sachen befinden, steht an demselben dem Vermiether für seine aus dem Miethverhältnisse entspringenden Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht zu In Beziehung auf allfällige Rechte Dritter an den in die Miethräume vom Miether oder Untermiether eingebrachten Sachen kommen die Bestimmungen des Artikels 228 analog zur Anwendung.“ Artikel 228 lautet: „Hat ein Schuldner seinem Gläubiger den Besiß an Sachen übertragen, an denen dritten Personen schon

vor dieser Besitzübertragung Eigenthum oder sonstige dingliche Rechte zustanden, so geht das Retentionsrecht des Gläubigers diesen Rechten von dritten Personen nur dann vor, wenn der Schuldner die Sachen als seine eigenen oder als frei von dinglichen Rechten dritter Personen an den Gläubiger übertragen und dieser sich in gutem Glauben befunden hat.“ Hiernach scheint es, daß eine Veräußerung der bereits eingebrachten Sachen durch den Miether den Vermiether an der Ausübung des Retentionsrechtes daran gegenüber dem Erwerber nicht hindert.

Zusatz zu Seite 177, Note.** Vgl. über diese Controverse noch v. Kräwel, in Busch's Archiv für Handelsrecht, XXXVI. S. 145—160.

Zusatz zu Seite 209, Zeile 13 von oben. Während des Druckes dieses Buches ist der Entwurf des schweizerischen Obligationenrechts zweiter Lesung (bearbeitet nach den Beschlüssen einer Commission vom 16. bis 21. Mai und vom 18. September bis 7. October 1876) erschienen. Die von dem Herausgeber angezogenen Artikel des ersten Entwurfes sind bei der zweiten Lesung wesentlichen (d. h. nicht rein redactionellen) Aenderungen nicht unterworfen worden, mit Ausnahme des Artikels 159. Während dieser in dem ersten Entwurf lautete:

„Wenn der Schuldner von der geschehenen Cession zuverlässige Kenntniß erlangt hat, oder auch nur der Cessionar ihn davon benachrichtigt hat, so kann er nicht mehr gültig an den Cedenten Zahlung leisten.

Der Schuldner ist aber nicht eher verpflichtet, an den Cessionar, welcher ihn von der Cession benachrichtigt, Zahlung zu leisten, als bis ihm entweder auch vom Gläubiger die Cession angezeigt, oder sonst genügender Nachweis über die bewirkte Cession geliefert wird“

hat der zweite Absatz des Artikels bei der zweiten Lesung die Fassung erhalten: „Der Schuldner ist weder berechtigt, noch verpflichtet, an den Cessionar, welcher ihn von der Cession benachrichtigt hat, früher zu zahlen, als bis ihm zc.“

Man ist hier also von der modernen Auffassung der Cession wiederum zu der unklaren gemeinrechtlichen Denunciationstheorie zurückgekehrt, wozu umsoweniger ein Grund vorlag, als der

Artikel 160 bei einer Collision zwischen mehreren Cessionaren den Zeitpunkt der Cession, nicht der Denunciation für entscheidend erklärt.

Zusatz zu Seite 217, Note **. Seuffert's Archiv XXXII, 287.

Zusatz zu Seite 263 a. G. Der schweizerische Entwurf zweiter Lesung hat dem Artikel 290 die Bestimmung hinzugefügt: „Die besonderen Wirkungen der Eintragung des Miethvertrages in öffentliche Grund- und Hypothekenbücher nach kantonalem Rechte bleiben vorbehalten.“

Zusatz zu Seite 311, Note. Siehe auch Seuffert's Archiv XXXII, 36.

Zusatz zu Seite 317, Zeile 13 von unten. Vgl. Seuffert's Archiv XXXI, 226.

Zusatz zu Seite 321, Zeile 2 von unten. Vgl. Seuffert's Archiv XXXII, 229.

Zusatz zu Seite 343, Note. Seuffert's Archiv XXXII, 93.

Zusatz zu Seite 355 a. G. Das gesondert gedruckte und dem Herausgeber erst hinterher zugänglich gewordene sechste Buch des österreichischen Entwurfes einer Civilproceßordnung, welches „über das Sicherungs- und Executionsverfahren“ Bestimmungen enthält, besagt über die Vollstreckung ausländischer Civilurtheile Folgendes:

§ 745. „Als Executionsstiel sind ferner folgende außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes errichtete Urkunden anzusehen, sofern die allgemeinen Voraussetzungen*) der Rechtshilfe eintreten und nicht durch Staatsverträge oder durch die in Ansehung einzelner Staatsgebiete bestehenden besonderen Vorschriften etwas Anderes festgesetzt ist:

1. Urtheile, sowie andere diesen gleichstehende Erkenntnisse auswärtiger Civilgerichte, wenn sie mit der Bestätigung versehen sind, daß sie einem die Vollstreckbarkeit hemmenden Rechtszuge nicht unterliegen,
2. Urkunden über die in Streitfachen vor auswärtigen Civilgerichten aufgenommenen Vergleiche.“

*) Als allgemeine Voraussetzung der ausländischen Gerichten zu gewährenden Rechtshilfe bezeichnet § 67 des Entwurfes die Gegenseitigkeit.

§ 752. „Für die in § 745 bezeichneten Executionstitel ist zur Ertheilung der Executionsclausel das Landesgericht*) berufen, in dessen Sprengel sich ein Vermögen befindet, auf welches die Execution geführt werden soll. Vor der Entscheidung über das von einer Partei oder von einer Behörde gestellte Ansuchen um Ertheilung der Executionsclausel kann das Gericht eine mündliche oder schriftliche Vernehmung der Parteien anordnen, sowie die Behörde, von welcher der Executionstitel herrührt, oder welche ein die Execution betreffendes Ansuchen gestellt hat, um Aufklärungen angehen.

Ein von einer Behörde gestelltes Ansuchen um Bewilligung oder Einleitung der Execution ist als ein Ansuchen um Ertheilung der Executionsclausel zu behandeln.“

§ 753. „Die Executionsclausel ist auf einen der im § 745 bezeichneten Executionstitel nicht zu ertheilen:

1. wenn der Executionstitel die Verpflichtung zu einer im Geltungsgebiete dieses Gesetzes unzulässigen Handlung ausspricht,
2. wenn erhellt, daß die Zustellung im Erkenntnißverfahren an den Beklagten, gegen welchen das zu vollstreckende Erkenntniß gefällt wurde, nicht in einer nach den Vorschriften dieses Gesetzes als ordnungsmäßig anzusehenden Weise erfolgt ist, oder daß dem Beklagten die Möglichkeit, sich im Erkenntnißverfahren zu vertreten, in Folge einer anderen Unregelmäßigkeit des Verfahrens entzogen war,
3. wenn das Gericht, welches das Erkenntniß gefällt hat, nach keiner der in diesem Gesetze über die örtliche Zuständigkeit enthaltenen Bestimmungen als zuständig angesehen werden konnte.

Enthält das zu vollstreckende Erkenntniß eine Entscheidung über die Statusfrage eines Angehörigen des Geltungsgebietes dieses Gesetzes, so ist die Executionsclausel insoweit nicht zu ertheilen, als die Entscheidung gegen die Person eines solchen Angehörigen vollzogen werden soll.

*) Das Landesgericht ist nach § 3 des Entwurfes Collegialgericht erster Instanz und zugleich Appellationsgericht für die als Einzelrichter functionirenden Bezirksgerichte.

Die in Staatsverträgen und in den die Gewährung der Rechtshilfe regelnden besonderen Vorschriften enthaltenen Bestimmungen über die Prüfung der Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit und über die Gewährung der Execution, beziehungsweise über die Ertheilung der Executionsclausel, bleiben unberührt.“

Ueber das nordamerikanische Recht vgl. Entsch. des R. D.-H.-G. XXI, S. 13—15.

Zusatz zu Seite 425, Zeile 10 von oben. Daß die Vorschriften des römischen Rechts über den locus solutionis für das heutige Bedürfniß nicht ausreichen, davon hat sich die Praxis umso mehr überzeugen müssen, als die gemeinrechtliche Theorie es in dieser Frage zu einem nur annähernd einhelligen und klaren Resultat nicht gebracht hat. Der Erfüllungsort ist aber bei dem lebhaften Geschäftsverkehr der Gegenwart von viel größerer Bedeutung als im römischen Recht, weil sich nach ihm das Recht bestimmt, nach welchem die Verbindlichkeit des Schuldners beurtheilt wird. Daher bedarf die Praxis auch zur Feststellung des Erfüllungsortes bestimmterer Anhaltspunkte, als der Regel, daß die Erfüllung bei mangelnder Abrede an jedem nicht unpassenden Orte verlangt, bzw. angeboten werden könne. Diese Vorschrift des Artikels 3493 des Prov.-Rechts Th. 3 wird indessen wenigstens zum Theil corrigirt durch den Artikel 3494, welcher verordnet, daß der Schuldner, wenn er es hat zur Klage kommen lassen, am Orte der Klageanstellung erfüllen muß. Denn ist ein Erfüllungsort nicht durch Verabredung oder die Natur der Leistung bestimmt, so kann die Klage auf Erfüllung nur am Wohnort des Schuldners erhoben werden und man gelangt so im Resultate doch zu dem, der Natur der Sache wohl am meisten entsprechenden,*) Sage, daß im Zweifel der Wohnort des Schuldners als Erfüllungsort anzusehen ist. Das gilt dann auch für die Beantwortung der Frage, wo der Schuldner durch Mahnung in Verzug versetzt werden kann, und wo umgekehrt der Gläubiger zu erscheinen hat, um den Folgen der mora solvendi zu entgehen. Dagegen kann man unmöglich der Ansicht beitreten (vgl. Seite 4), daß der Gläubiger auch noch in der Klage einen anderen Ort als Zahlungsort bezeichnen darf.

*) Vgl. übrigens Lang, krit. Beleuchtung des bayerischen Entwurfs, II, S. 61.

Denn einerseits enthält der Artikel 3494 einen in stricte Worte gefaßten Gegensatz zu dem vorhergehenden Artikel 3493 und andererseits würde ja dann die nothdürftig errungene Bestimmtheit des Erfüllungsortes abermals zerrinnen und die Verbindlichkeit des Schuldners der reinen Willkür des Gläubigers preisgegeben sein, der natürlich den Ort wählen würde, dessen Rechtsbestimmungen für ihn im concreten Falle die günstigsten sind.

Von den neueren Gesetzbüchern stellen bei mangelnder Ortsbestimmung als den regelmäßigen Erfüllungsort das Domicil des Schuldners hin: der code civil art. 1247 = codice civile italiano art. 1249, der bayerische Entwurf Artikel 99, der allgemeine deutsche Entwurf Art. 255, das D. H.=G.=B. 324 und 342 und der schweizerische Entwurf Art. 121; dagegen das Domicil des Gläubigers: das preußische A. L.=R. I, 5 § 248; 11 § 769 und das zürcherische Gesetzbuch § 994. Das österreichische Gesetzbuch §§ 905 und 1420, sowie das sächsische Gesetzbuch § 705 lassen den Ort der Entstehung der Forderung entscheiden. Ausnahmen von den angeführten Regeln werden gemacht: a) bei Geldschulden in dem bayerischen Entwurf Art. 100, dem schweizerischen Entwurf Art. 121 und dem sächsischen Gesetzbuch § 707; b) bei bestimmten beweglichen Sachen in dem code civil art. 1247, dem bayerischen Entwurf Art. 99, dem D. H.=G.=B. Art. 324 und 342, dem zürcherischen Gesetzbuch § 993 und dem sächsischen Gesetzbuch § 706, c) bei Leistungen außerhalb eines Vertrages in dem A. L.=R. I, 16 §§ 27 und 52, dem österreichischen Gesetzbuch § 1420; dem sächsischen Gesetzbuch § 706, dem allg. deutschen Entwurf Art. 256 und dem badischen Landrecht Satz 1247a.

Zusatz zu Seite 433, Note. Vgl. Band I, Seite 49.

Zusatz zu Seite 469, Note*. Siehe noch Thöl, Wechselrecht, § 266, Note 28 und Entscheid. des D.=H.=G. VII, S. 80, XIX, S. 48.