

Zeitschrift  
für  
Rechtswissenschaft

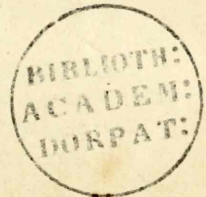
herausgegeben

von der juristischen Facultät

der

Universität Dorpat.

Dritter Jahrgang.



*Acc. 28, 586*

*1871*

---

Dorpat, 1871.

Verlag von C. Mattiesen.

(Leipzig: R. F. Köhler'sche Buchhandlung.)

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

Dorpat, den 11. August 1871.

N<sup>o</sup> 109.

E. v. Kummel,  
d. 3. Decan.

1871. 11. Aug. 1871.  
Rst.  
139

## Inhalt.

	Seite
I. Zwangsenteignung und Provinzialrecht. Von D. L. . . . .	1
II. Die Friedensrichter als Strafrichter nach russischem Recht. Vom Professor Dr. F. Engelmann . . . . .	18
III. Präjudicien der Rigaschen Stadtgerichte aus dem Gebiete des Civil- und des Handelsrechts. Vom Assessor B. Zwingmann in Riga. (Fortsetzung.) . . . . .	69
IV. Läßt sich die für das Verfahren vor den friedensrichterlichen Behörden geltende Civilproceßordnung vom 20. November 1864 auf die Ostseeprovinzen anwenden? . . . . .	117
V. Vorschläge zur Reform des in Liv-, Est- und Curland geltenden Civilprocesses. Von D. Schmidt . . . . .	216
VI. Das „dingliche“ Miethrecht der modernen Provinzialgesetzgebung. Von Mag. C. Erdmann . . . . .	240
VII. Existirt nach heutigem provinciellen Recht noch eine Injurienklage auf Abbitte? Von Oberhofgerichtsadvocat J. Schemann . . . . .	257
VIII. Präjudicien der Rigaschen Stadtgerichte aus dem Gebiete des Civil- und des Handelsrechts. Vom Assessor B. Zwingmann in Riga. (Schluß.) . . . . .	264



## I.

### Zwangse enteignung und Provinzialrecht.

---

(Balt. Monatschr., Bd. 19, S. 267—285: Die Expropriation nach provinziellem Rechte.)

Der Verfasser der diesen Gegenstand behandelnden Erörterung im Mai- und Juni-Hefte der Baltischen Monatschrift hat sich durch zeitgemäße Anregung der Expropriationsfrage und ihrer Stellung im Provinzialrechte ein nicht zu verkennendes Verdienst erworben. Die feinen Rechtsausführungen vorausgeschickten Momente wirthschaftlicher Benachtheiligung, welche das reichsrechtliche Entschädigungsverfahren mit sich bringt, und die warme Bertheidigung des provinziellen Standpunctes können nicht verfehlen, das specielle Interesse unserer Grundbesitzer und das höhere jedes Freundes einheimischer Entwicklung in Anspruch zu nehmen.

In der Presse wird indessen die practische Entscheidung dieser Frage, welche, wie verlautet, in den höheren Reichsbehörden vorbereitet wird, zumeist nur dadurch gefördert werden können, daß der Rechtspunct völlig klar gelegt wird, ohne alle Beimischung. Die Betonung anderer als strenger Rechtsgründe könnte in den Augen mancher Leser sogar ein schwächendes Moment bilden und dürfte überhaupt wohl nur dann von bedingendem Einfluß sein, wenn es sich de lege ferenda handelte. In diesem Falle würden freilich in Bezie-

hung auf die Lehre von der Expropriation verschiedene Standpuncte, namentlich auch der rein staatsrechtliche, das bürgerliche Recht ganz beseitigende, sich einnehmen lassen. Der Verfasser steht nun auf dem Boden des geltenden Rechts; seine Erörterung handelt de lege lata; das geltende Recht ist ganz eigentlich der Inhalt des Artikels. Allein, wir gestehen es, wir hätten diesen Inhalt gerade zum Theil anders gewünscht. Die Darstellung leidet zunächst an Reticenzen und dies scheint uns ein Mangel; denn dadurch riskirt sie, indem sie den Vertretern der gegentheiligen Anschauung eine Waffe entwindet, ihnen eine andere gefährlichere in die Hand zu drücken.

„Ein Gesetz, welches das Verfahren in Expropriationsfachen regelte — so heißt es auf S. 275 — haben wir allerdings nicht, wir bekennen es, was uns aber nicht fehlt, ist ein Recht“, für das wir eintreten müssen. Und weiter: „der Einwand, daß im (provinziellen) Civilproceß keine Regeln für das Zwangsentziehungsverfahren vorhanden und daß in Folge dessen die bezüglichen Bestimmungen des Reichsrechtes in Anwendung zu bringen seien, ist, vom juristischen Standpunct betrachtet, nicht statthaft.“ (S. 276.) Endlich ebendasselbst: „Zu verzeihen ist das Verfallen in derartige Irrthümer vielleicht denjenigen, die kein Verständniß haben für die Entstehung und Ausbildung des provinziellen Rechts, für seine Quellen und historischen Grundlagen, für seinen innigen Zusammenhang mit verwandten Rechtssystemen deutschen und römischen Ursprungs“ u. s. w. Wir gestehen, daß wir beim Lesen dieser Sätze von vornherein uns eines Zweifels daran nicht haben erwehren können, ob der Verfasser in seiner Ausführung den nothwendigen Forderungen unserer Rechtsgeschichte vollständig Rechnung getragen hat. Wie? Ein Recht sollten wir haben, aber kein Gesetz, welches dieses Recht begründete? Und doch soll dieses Recht ohne Gesetz genügen, um die, die es bisher nicht an-

erkannten, vom juristischen Standpunct aus als Irrende zu bezeichnen? Befragen wir die Geschichte des Rechtsinstituts, so weit die einheimische Doctrin sich damit beschäftigt hat — wen finden wir unter den Irrenden? Keine Geringeren als F. G. v. Bunge und C. Neumann, Männer, von denen der Eine als der Nestor der baltischen Rechtswissenschaft gilt und der Andere, zu früh dahin geschieden, in dem reichen Kranz der Juristen seines engeren Vaterlandes den unbestrittenen Ruhm des ersten genoß. In F. G. v. Bunge's Liv- und ehstl. Priv.-Recht, Ausg. 1847, heißt es, S. 203, Anmerk. b): „Im Uebri- gen (namentlich wenn die Abtretung zum Besten des Staates geschieht) müssen hier wohl die Bestim- mungen des neueren russischen Rechts über Expro- priation und Entschädigung für dieselbe in Anwen- dung treten.“ (Svod der bürgerl. Gesetze, B. X, Art. 488 —505, [Ausgab. 1842]). Und in dem v. Bunge'schen Kur- ländischen Privatrechte, dessen Darstellung von C. Neumann, was das practische Recht betrifft, genau durchgesehen worden ist und als mit seinen Ansichten durchaus in Uebereinstim- mung angenommen werden darf (vgl. S. VIII, IX), lesen wir im § 111, Anmerk. a) Folgendes: „Die Expropriation so- wohl, als die Entschädigung für dieselbe muß ge- genwärtig nach den Bestimmungen des russischen Reichsrechtes (Svod d. bürgerl. Gesetze, B. X, Art. 488—505, Ausgab. 1842) beurtheilt werden.“

Dies aber ist, was der Verfasser der Erörterung in der Baltischen Monatschrift verschweigt; wie wir glauben, mit Unrecht. Freilich wäre die Anführung der bestehenden älte- ren provinzialrechtlichen Vorschriften über die Zwangs- enteignung, wie sie gleichfalls in dem v. Bunge'schen Livl. Priv.-Recht, S. 203 und dem Kurl. S. 206 sich finden, für unsere Frage kaum von Werth gewesen. Diese Vorschriften waren ganz vereinzelter Natur und ihre verbindliche Kraft eine

beschränkte; sie bezogen sich auf Abtretung von Grund und Boden zu Straßen und öffentlichen Plätzen, sie hatten mithin in der Frage über die Expropriation nur dieselbe untergeordnete Bedeutung, welche etwa die in älteren deutschen Particularrechten vorkommenden Einzelbestimmungen über die Zwangsabtretung von Grundstücken zur Anlegung von Bergwerken dem neueren allgemeinen Expropriationsinstitut gegenüber besitzen. Sie enthalten keine allgemeine Rechtsregel und beruhen noch nicht auf demjenigen Grundsatz, der sich allmählig, seit dem Erscheinen des allgemeinen preussischen Landrechtes und des code civil als Rechtsinstitut der Expropriation in den europäischen Gesetzgebungen Eingang und Geltung verschafft hat und auf welchem auch das russische Expropriationsgesetz vom 7. Juni 1833 ruht\*). Um dieses Rechtsinstitut aber und dessen Anwendungsweise (das Entschädigungsverfahren) handelt es sich in unserem Fall allein; es war dem einheimischen Privatrechte als solches völlig fremd; die Ansicht v. Bunge's und Neumann's über dasselbe war also, da sie auf das sonst unbedingt unanwendbare auf jenes Institut gegründete Reichsrecht recurrirte, in der Erörterung mit der citirten Quelle hervorzuheben und ihrem damaligen und gegenwärtigen Werthe nach zu beleuchten. Was nun aber der Verfasser der Erörterung zum Beweise seiner eigenen, hiervon abweichenden Meinung anführt, nach welcher ein provinzielles Recht in diesem allgemeinen Sinne bezüglich des Entschädigungsverfahrens dennoch existirt, trotz mangelnden Gesetzes, und nur practisch zu verwerthen ist, so beschränken sich die hierfür angeführten Gründe auf das Folgende. (Wir glauben die Frage wegen

---

\*) Die Rechtsregel lautet in dem code civil vom 21. März 1804 folgendermaßen: „Nul ne peut être contraint de céder la propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.“ Seinen gegenwärtigen Namen erhielt das neue Rechtsinstitut erst durch das französische Expropriationsgesetz v. 8. März 1810.

dieses sogenannten Entschädigungsverfahrens allein ins Auge fassen zu dürfen, indem wir die wegen der Abtretung des Grundeigenthums, da sie immer durch Allerhöchste Specialgesetze entschieden wird und daher nur ganz ausnahmsweise streitig werden kann, bei Seite lassen.) „Der Entschädigungsanspruch — heißt es S. 274 — unterscheidet sich, seinem Wesen nach in nichts von Entschädigungsansprüchen im Allgemeinen; die betreffende Klage gehört somit unzweifelhaft vor die Civilgerichte.“ Ferner, S. 275: Wenn daher das Provinzialrecht hinsichtlich des bei der Zwangsentziehung zu beobachtenden Verfahrens auf die Civilproceßordnung verweist, so ist dadurch unverkennbar ein gerichtliches Verfahren mit gerichtlichem Erkenntniß indicirt.“ Dies die beiden Hauptgründe des Verfassers.

Daß Bestimmungen über das Verfahren zur Effectuirung eines Civilanspruches einen Theil des Civilproceßverfahrens bilden und in den bezüglichen Codex gehören, leuchtet ohne Weiteres ein; die fernere Consequenz aber, daß ein solches Verfahren unbedingt ein gerichtliches (richterliches) mit gerichtlichem Erkenntniß sein müsse, läßt sich mit den angeführten Sätzen, da diese im Grunde nur Behauptungen enthalten, schwerlich erweisen. Wie das Reichsrecht sein vor Behörden ad hoc, vor aus Organen der Verwaltung zusammengesetzten Commissionen auszuführendes Entschädigungsverfahren in das Civilproceßgesetz (Svod, B. X, Th. II, Art. 1919, 1920, 1972 u. fg.) aufgenommen hat, ganz ebenso haben auch unsere einheimischen Proceßrechtslehrer beispielsweise das Verfahren zur Effectuirung gewisser Civil-Ansprüche bei den Gouvernements-Regierungen in ihre Proceßhandbücher aufgenommen (Samson, Institutionen § 1010). Es ist durchaus nicht abzusehen, warum in der vorbehaltenen Codification des baltischen Civilproceßverfahrens die Entschädigungsprocedur bei der Zwangsentziehung nicht auch administrativen Behörden würde zuge-

wiesen werden können, sofern nur ein dieselbe diesen Behörden zuweisendes positives baltisches Gesetz als existent und geltend angenommen wird. Auf die Existenz und Geltung eines solchen positiven Gesetzes über die Zuweisung der Sachen dieser Art an die Justizbehörden wird es, wenn dieselbe nachgewiesen werden soll, eben überall ankommen. Der Verfasser unserer Erörterung stützt sich auf ein Recht, für welches, wie er gesteht, das entsprechende Gesetz fehlt, die genannten Juristen auf ein Recht, dessen Quelle sie citiren. Liegt es nun nicht, sobald man einfach bei dem codificirten Privatrechte stehen bleibt, mindestens ebenso nahe, anzunehmen, daß, wenn der Art. 868, Num. 1 des Prov.=R. Th. III das Verfahren in Sachen der Expropriation in den zu codificirenden Civilproceß verweist, er nicht das justizgerichtliche, sondern gerade das administrative des, nach dem Zeugniß der genannten Juristen hier bei der Zwangseignung zu Staatszwecken in Anwendung zu bringenden (und allerdings auch zum Theil thatsächlich in Anwendung gekommenen) Reichrechtes in das Civilproceßverfahren zu verweisen gemeint habe oder habe meinen können? — Dieses Bedenken hätte der Verfasser nur dadurch, daß er die neueste einheimische Geschichte des Rechtsinstituts in nähere Betrachtung zog, unserer Meinung nach erfolgreich zu beseitigen vermocht.

Denn diese nähere Betrachtung hätte ihn eben jene Quelle entdecken lassen, die zur Unterstützung der von ihm vertretenen, in gegenwärtigem Augenblick, wie auch wir glauben, allerdings richtigen Rechtsanschauung ganz unentbehrlich ist. Die citirte Anmerkung des Art. 868 des Prov.=Rechts ist diese Quelle nicht, da sie, an und für sich betrachtet, ebenso wohl die ältere, als die gegenwärtig angeregte Anschauung zuläßt; der Art. 868 selbst ist sie ebenso wenig. Wie lange besteht nun aber überhaupt die Expropriation als Rechtsinstitut in dem obervährten modernen Sinne in den Ostseeprovin-

zen, und welcher legislatorische Act hat sie dort eingeführt? Das erwähnte Institut ist bekanntlich als practisches Recht sehr neuen Datums in Europa; seine Väter sind die Verfasser des allgemeinen preußischen Landrechts; es ist daher cum omni causa den angestammten provinziellen Rechten, wie schon oben bemerkt, durchaus fremd. Wie und wann erschien es denn bei uns? — Auf diese Fragen muß man nun bekennen, daß das Institut der Expropriation in seiner neueren allgemeinen Bedeutung in den wenigen Fällen, in welchen es bis zur Herausgabe der oben erwähnten Lehrbücher des eminentesten Darstellers unseres Privatrechtes Anwendung fand, eine andere Basis, als die einzelner, ihrerseits auf dem an sich hier nicht eingeführten Reichsexpropriationsgesetz vom 7. Juni 1833 fußender Allerhöchster Befehle über die Zwangsent eignung gar nicht gehabt hat.

Nach dem Erscheinen der letzten Auflage des v. Bunge'schen Privatrechtes änderte sich aber dies Verhältniß. Es trat nämlich das neuere Rechtsinstitut der Expropriation — beachten wir das wohl — selbstständig und ganz unabhängig von dem Reichsrechte als integrierender Theil unseres Privatrechtes in dasselbe ein und erst von diesem Augenblicke an war es um die weitere Applicabilität der älteren Rechtsanschauung geschehen. Es war die Livländische Agrar- und Bauer = Verordnung (ein Gesetz, das in mehrfacher Beziehung auch über das agrarische Gebiet hinaus Reime gepflanzt hat), welche in ihrer zweiten Ausgabe vom 13. November 1860 in den Art. 42—44 die bekannte Definition des neueren Rechtsinstituts der Expropriation, freilich — wie wir zeigen werden — in räumlich und begrifflich beschränkter Application, aber in der Form einer principiellen privatrechtlichen Gesetzesbestimmung und mit einer begleitenden positiven Vorschrift über das Verfahren zuerst aussprach und es darf angenommen werden, daß, da auch die dem erwähnten Gesetz nachgebildete

estländ. Bauerverordnung eine ähnliche Festsetzung brachte, das Privatrecht, wie wir es in dem codificirten III. Th. des Prov.=Rechts vom J. 1864 vor uns haben, einer Bezugnahme auf das Reichsrecht in seinen betreffenden Quellencitaten nunmehr erst ganz entzogen konnte. Die Definition ist denn auch in dem oft gedachten Art. 868 selbstständig und ohne alle Bezugnahme auf das Reichsrecht, jedoch in wesentlicher Uebereinstimmung mit diesem gegeben worden. Aber auch der Hinweis auf das Civilproceßverfahren in der Anmerk. 1, l. c., erhält durch die vorausgegangene selbstständige Einführung des Zwangseignungsinstituts in das einheimische Privatrecht eine ganz andere Bedeutung, als er ohne dieselbe gehabt haben würde. Denn bei dem unalterirten Fortbestehen der einzigen bisherigen Rechtsbasis einzelner, auf ein lediglich dem Reichsrechte eigenthümliches Institut gegründeter Allerhöchster Befehle wäre eine Ansicht über das gleichfalls nur hierauf zu stützende Entschädigungsverfahren, wie sie v. Bunge aussprach und G. Neumann getheilt hat, eine nicht zu umgehende Consequenz gewesen; sie war es seit dem selbstständigen Auftreten des neuen Rechtsbegriffes auf dem Boden des provinziellen Privatrechtes nicht mehr. — Worin bestand nun aber die hierdurch bedingte besondere Bedeutung der Bezugnahme auf das baltische Proceßverfahren? Die Anmerkung war und ist ja nichts als ein einfacher Hinweis; sie enthält nicht die mindeste Andeutung über die Art des Verfahrens; wie kann sie dennoch die Kraft der Anordnung des einen (justizrichterlichen) und des Ausschusses des anderen (administrativen) Verfahrens besitzen? Um diese Frage richtig zu beantworten, scheint unbedingt erforderlich zu beachten, daß jene wichtige Regel der Civil. Bauer-Verordnung nicht nur das Dogma der Expropriation im Sinne des neuern Rechts definirte, sondern gleichzeitig auch die Forderung des richterlichen Entschädigungsverfahrens mit ausdrücklicher Beziehung auf dieses Institut aufstellte. Allerdings

wird auch von unserem Verfasser auf die erwähnten Bestimmungen (S. 269) beiläufig aufmerksam gemacht; sie werden aber nicht als Quellen baltischen Privat- und Proceßrechtes in ihrem tieferen Zusammenhang mit der ganzen vorliegenden Frage aufgefaßt; es wird ihnen namentlich nicht diejenige entscheidende Bedeutung zuerkannt, die ihnen, wie wir glauben, gebührt. Die mehrerwähnten Art. 42, 43 und 44 der Bauer-Verordnung vom 13. November 1860 lauten nun folgendermaßen: Art. 42: „Dem Grundherrn verbleibt auf allen Grundstücken seines Gutes, sie mögen durch Verkauf oder Verpachtung in definitiven oder zeitweiligen Posses eines anderen Besitzers übergegangen sein, ohne Weiteres das Recht vorbehalten, in Fällen der Nothwendigkeit, zum Zwecke auszuführender Ent- und Bewässerungen, sowie Wege- und Wasser-Communicationen, Eigenthumsablösung gegen Entschädigung (das ist Expropriation zum allgemeinen Besten für eine gewisse Entschädigung) oder Einziehung von Ländereien vorzunehmen. Der Gutsbesitzer ist aber zuvor nachzuweisen verpflichtet, daß zur Ausführung seiner projectirten Maßregel die Expropriation resp. Einziehung des Landes nothwendig ist und namentlich nothwendig in dem projectirten Maße.“ Art. 43: „Nächst diesem muß vor der competenten Behörde die Nothwendigkeit und der Nutzen derjenigen Unternehmung nachgewiesen werden, zu welcher die Expropriation gefordert wird, und daß dieselbe sich nicht auf die Haupt- oder nothwendigsten Theile des Bauerlandes erstreckt, sondern nur in der Durchführung von Kanälen, Straßen, Gräben oder dergleichen mehr besteht.“ Art. 44: „Ist der Nachweis der Nothwendigkeit geliefert, so kann der Inhaber des betreffenden Grundstücks die Expropriation oder Einziehung dieser Ländereien nicht verweigern, sondern tritt dieselbe, wo sich die Interessenten nicht gütlich hinsichtlich der dem Inhaber des zu expropriirenden, resp. einzuziehenden Grundstücks zu entrichtenden Entschädigung vereinbaren kön-

nen, in Grundlage einer Abschätzung ein, die auf dem Wege Rechtsens vor dem ordinären Richter zu exportiren ist.“

Diese Vorschrift ist nun freilich in ihrem gebietenden Theil nicht erschöpfend, ja nicht einmal den in ihr selbst und im Art. 868 des Prov.=R. Th. III definirten Rechtsbegriff vollständig deckend; denn erstlich ist es zunächst nicht das Staatsinteresse, das Gemeinwohl, um das es sich hier handelt, sondern das wirthschaftliche Interesse eines verschwindend kleinen Theils des Staatsganzen; sodann ist es hier nicht ein Allerhöchstes Gesetz, das die Abtretungspflicht festsetzen soll, sondern ein Dekret der Localbehörde. Dennoch aber ist der Rechtsgrund hier und dort ein gleicher, indem die positive Vorschrift des Gesetzes lediglich auf den dem Provinzialrechte bisher ganz fremden modernen Rechtsbegriff der Expropriation basirt wird, daher bei dem wirthschaftlichen Interesse des Grundstücks das Staatsinteresse wirthschaftlicher Verbesserung überhaupt als versirend gedacht werden muß. Eben daher ist denn auch das durch den Art. 42 der B.=V. vom 13. Nov. 1860 begründete Rechtsverhältniß ein dem provinzialrechtlichen des Art. 868 Th. III innerlich durchaus analoges und fast bis zur Identität verwandtes. Dazu kommt endlich, daß die citirten Artikel der B.=V., obgleich einem Codex angehörig, dessen Charakter unzweifelhaft der eines Specialgesetzes für den Bauernstand ist und daher im Allgemeinen jegliche extensive Anwendung außerhalb der ihm gezogenen Grenzen ausschließt, dennoch abweichender Natur sind. Denn sie enthalten einmal eine an sich ganz allgemeine Rechtsregel und gebieten sodann deren Anwendung auf den ganzen Wirkungsbereich des Landrechtes — die aus Landgütern bestehenden Kreise Livlands — ganz unbedingt und ohne Beschränkung auf den Bauernstand, ja mit der ausgesprochenen Absicht einer bindenden Vorschrift auch für den Stand der Gutsbesitzer, somit für die ganze hier

in Betracht kommende Bevölkerung des platten Landes. Unverkennbar gewinnen sie dadurch (wie eine ganze Reihe ähnlich gearteter Artikel der B.=B.; vgl. das Quellenregister zum III. Theil des Provinzialrechts, S. 104—106) den Charakter und die juristische Bedeutung allgemeiner landrechtlicher Quellen und es ist nur consequent und richtig, wenn das Landrecht selbst (Anmerk. 2 zu Art. 868 des Pr.=R., Th. III) ausdrücklich auf die erwähnten Artikel der B.=B. verweist, was es — die Ausschließlichkeit ihrer speciellen Natur als Vorschriften des bloßen Bauerprivatrechtes vorausgesetzt — gar nicht thun durfte.

Wenn wir nun, bei dem solchergestalt in jüngster Zeit erst erfolgten Eintritt des allgemeinen Expropriationsinstituts in das baltische Privatrecht und bei dem seitens des Verfassers der Erörterung eingestandenen Mangel eines baltischen, die Ordnung des dem neuen Rechtsinstitut entsprechenden Entschädigungsverfahrens regelnden Gesetzes, nach einem Auswege aus dieser Verlegenheit suchen, so können sich — abgesehen und unabhängig von der dem Ermessen der gesetzgebenden Gewalt vorzubehaltenden Emanirung eines etwaigen, speciell hierauf bezüglichen Gesetzes — nur noch die beiden, auch dem baltischen Rechte eigenthümlichen Wege des Gewohnheitsrechtes und der Analogie zu diesem Zwecke darbieten. Was den ersteren betrifft, so ist er im vorliegendem Fall unbrauchbar; denn würde auch angenommen, daß die bisher in einzelnen Fällen thatsächlich zur Durchführung gekommene, dem Reichsrechte entsprechende Entschädigungsprocedur ein Gewohnheitsrecht haben erzeugen können (was indessen schon wegen des Ausnahmeharakters dieser Fälle, ihrer relativen Seltenheit und der in Folge der abweichenden Localverhältnisse höchst ungleichförmigen Praxis nicht angenommen werden kann), so dürfte doch dies Gewohnheitsrecht immer nur so lange als in der Bildung begriffen oder als ausgebildet gedacht werden, als das

moderne Rechtsinstitut der Expropriation selbst noch nicht ein baltisches, sondern ein lediglich durch Ausnahmegeetze applicirter, specifisch reichsrechtlicher Grundsatz war. Mit dem Moment des Eintritts des Instituts selbst in das System des baltischen Privatrechts würde die Bildung dieses Gewohnheitsrechtes nothwendig unterbrochen werden müssen, weil die practische Durchführung des nunmehr baltischen Rechtsgrundsatzes einschließlich des Entschädigungsverfahrens vor allen Dingen innerhalb des Systems, in das er eingetreten, gesucht werden müßte. Nun ist aber jede Erzeugung gewohnheitsmäßigen Rechtes dort nicht mehr möglich, wo eine directe oder analogische, d. h. auf gleichem Rechtsgrunde beruhende positive Vorschrift vorliegt. Wir sind mithin beim Mangel des Gewohnheitsrechtes und der directen gesetzlichen Vorschrift, hier nothwendig auf die Analogie beschränkt, wo aber diese einzig zu suchen sei, kann nach den obigen Andeutungen kaum mehr einem Zweifel unterliegen. Freilich haben wir es nur noch mit einem Satz des Proceßrechtes zu thun: die Frage lautet nicht mehr, was in einem bestimmten Streitfall Rechtens sei, denn dies entscheidet ausreichend das geltende Privatrecht, sondern nur: welches Verfahren für die Erörterung und Entscheidung des gegebenen Falls Platz zu greifen habe? Allein der die Analogie betreffende, auch von unserem Verfasser gelegentlich (S. 282) nach dem officiellen deutschen Texte citirte Art. XXI des Prov.=R., Th. III, ist so unbedingter Natur, daß er auch hier vollkommen ausreicht. Derselbe ist indessen besser in seinem russischen Originaltexte ins Auge zu fassen, weil er in dem deutschen Texte als lediglich auf das codificirte Privatrecht (den III. Th. des Prov.=R.) allein beschränkt aufgefaßt werden könnte, was er nach Maßgabe der gemeinrechtlichen Quellen, aus welchen er geschöpft ist, nicht sein kann. Denn im Allgemeinen ist zu sagen, daß „die Rechtsfindung durch Analogie sehr häufig dort vorkommt, wo in einem be-

kannten Rechtsinstitut eine einzelne Rechtsfrage neu entsteht; und daß sie hier auch vorkommen kann als Anstoß zur Fortbildung des Rechts, in welchem Falle sie mit größerer Freiheit gebraucht werden darf" (Savigny). In der That, wenn das gemeine römisch-deutsche Recht als Quelle nicht nur des einheimischen Privatrechtes, sondern auch des provinziellen Processes, als des Mittels zu seiner Effectuirung, anerkannt ist, wie könnte das wichtige Fortbildungsmittel des Rechts, die Analogie, dennoch nur der einen und müßte nicht auch der andern dieser Rechtsdisciplinen angehören? „Durch die Analogie werden neue Rechtsregeln gewonnen und sie ist deshalb und weil das gemeine Recht sie ausdrücklich anerkennt, auch als Quelle des Civilprocesses zu betrachten" (Linde). Gehört aber die Anwendung der Analogie nothwendig auch dem Civilproceß an, so ist anzunehmen, daß bei dem Vorhandensein eines, wie wir gesehen haben, wegen vollständiger Gleichheit des im Gesetze selbst ausgesprochenen Rechtsgrundes durchaus analogen Verhältnisses (der Zwangsabtretung gewisser ländlicher Grundstücke zu Wasserleitungen und Straßen) in einem Theil des einheimischen Rechtes (dem Privatrechte) die dort gleichzeitig für dieses Verhältniß gegebene positive processualische Vorschrift, nach demselben Grundsatz der Analogie, auch in dem Theil des Rechtes (dem Proceßrechte) und auch für das verwandte Verhältniß (die Expropriation zum öffentlichen Nutzen überhaupt) zur Anwendung gelangen muß, in welchem und für welches sie mangelt. — Dies ist das Recht auf das richterliche Entschädigungsverfahren, das wir haben; aber es ist ein Recht nicht ohne entsprechende Quelle, sondern es hat allerdings eine nachweisbare legislative Grundlage. Wir haben, nach unserer Ueberzeugung, allerdings auch das Gesetz, das dem Rechte das Leben giebt.

Der Verfasser stellt am Schlusse seiner Erörterung einige practische Vorschläge über das gerichtliche Verfahren in Sachen

der Entschädigung bei Expropriationen auf. Hierüber noch ein paar Worte. Es wird bemerkt, daß diese Vorschläge nicht künstlich construirt seien, sondern ihre Begründung in den Quellen finden. Diese seien zunächst das Land- und Stadtrecht, sodann die „Autonomie und die rechtserzeugende Kraft der Gewohnheit.“ Indessen wird doch zugegeben, daß für die einzelnen Theile des proponirten „Vorverfahrens“ (der Schätzung durch Sachverständige und der gerichtlichen Verfügung über die Besiznahme) „specielle Belege in den Quellen sich nicht entdecken lassen.“ Außer diesem „Vorverfahren“ giebt der Verfasser Andeutungen über den Proceß selbst, dessen Zweck die „Feststellung des Entschädigungsanspruchs durch gerichtliches Erkenntniß“ sein soll und für welchen er die Form des ordentlichen Processus in Vorschlag bringt. Die Nothwendigkeit gerade dieser Form wird dadurch motivirt, daß nur auf dem Wege umfassender Beweisführung dem Richter das Material zur Bestimmung des Betrages der vom Gesetz erheischten „vollen Entschädigung“ geliefert werden kann.

Wir unsererseits können nun nicht umhin zu glauben, daß durch diese practischen Vorschläge die Sache an Klarheit kaum gewonnen hat. Klarheit — auch für die Proceßform — ist nur durch Reduction des wechselseitigen Verhältnisses zwischen dem Eigenthümer und dem Enteigner auf einen bestehenden positiven Rechtssatz zu ermöglichen und wir kommen bei der absoluten Neuheit des Institutes auch hier ohne Beihülfe einer festen Analogie nicht zum Ziel. Freilich wird dieses Rechtsverhältniß von dem Verfasser auf den Entschädigungsanspruch zurückgeführt (S. 274); allein es wird auch seinem Wesen nach eine Schuld genannt (ohne nähere Bezeichnung des Schuldtitels (S. 277); endlich wird es auch als Kauf und die Entschädigung als Kaufpreis bezeichnet (S. 285). Lassen wir die zweite dieser Annahmen, da sie keinerlei Anhaltspuncte bietet, ganz aus dem Spiele, so bleiben der Scha-

denſerſaganspruch und der Kauf übrig. Wir meinen nun, daß, trotz des üblich gewordenen Ausdrucks „Entſchädigung,“ dem vorliegenden Verhältniß die Vorausſetzung jeder Schadenerſagpflicht — die culpoſe oder doloſe Schädigung — fehlt, daß daher dieſe Analogie hier als Rechtsbildungsmittel unbrauchbar iſt. In Uebereinkunft mit namhaften Rechtslehrern (Häberlin, Beſeler) halten wir den nothwendigen Verkauf für das einzige, hier zum Grunde zu legende Rechtsverhältniß. (Wobei wir indeſſen wiederholen, daß wir und mit uns der Verfaſſer der Erörterung nicht de lege ferenda reden. Wir kennen die Einwürfe ſehr wohl, die der hier vertheidigten Rechtsanſicht vom freien legiſlativen Standpunkte aus und in Verbindung mit der rein ſtaatsrechtlichen Expropriationstheorie entgegengeſetzt werden können; wir halten aber dafür, daß, ſo lange wir ein directes Geſetz über die Organe für das Entſchädigungsverfahren überhaupt nicht, wohl aber ein analogiſches beſitzen, das uns auf die Gerichte verweiſt, wir die Möglichkeit gar nicht haben, jenen ſtaatsrechtlichen Standpunkt einzunehmen, welcher alle Bedingungen des modernen Rechtsſtaates als beſtehend und thätig vorausſetzt und aus welchem dann allerdings für die Feſtſtellung der Entſchädigung die Function der Verwaltungsorgane und nicht der Richter, damit aber auch die Beſeitigung der Rechtsgrundlage des nothwendigen Verkaufes ſich entwickeln läßt.) Es iſt unſerer Auffaſſung nach durchaus richtig, wenn der Verfaſſer am Schluß ſeiner Erörterung die Anſicht aufſtellt, daß „als Rechtsgrund für die Erwerbung des zu expropriirenden Grundstücks füglich der Kauf angeſehen werden könne, wobei die gütlich vereinbarte oder richterlich feſtgeſetzte Entſchädigungssumme als Kaufpreis gelte.“ Dieſe Anſicht hätte nur nicht beiläufig am Schluſſe und lediglich mit Beziehung auf die Corroboration des Eigenthumswechſels angedeutet, ſondern als leitendes Princip an die Spitze der

practischen Vorschläge gestellt werden sollen. Von diesem festen Rechtsfuge, welcher weiter nichts ist, als eine analogische Adoption der Lehre vom Kauf auf unseren Gegenstand, hätte der Verfasser, wie wir glauben, ausgehen müssen. Dies Princip hätte ihn zu der Auffassung geleitet, daß, da bei der Expropriation als einem nothwendigen Verkaufe die freie Vereinbarung der Contrahenten über den Kaufpreis eventuell durch das Dekret des Richters ersetzt wird, dieses, um überhaupt eine zureichende Basis zu gewinnen, ohne den Beweis durch Sachverständige gar nicht auskommen kann, daß die Offenhaltung, beziehentlich Anordnung des letzteren daher selbstverständlich ist, ebenso die allgemeinen Schätzungsgrundsätze des Privatrechtes. Es hätte der Sonderung, des Vorverfahrens von dem Hauptverfahren, des bedenklichen Zugeständnisses absoluten Quellenmangels für die einzelnen Theile jenes Vorverfahrens, und der subtilen Unterscheidung zwischen der gerichtlichen Verfügung (als Schluß des den Streitgegenstand — den Kaufpreis und den Besitz betreffenden Verfahrens) und dem gerichtlichen Erkenntniß (wesentlich über denselben Gegenstand), kaum bedurft. Ferner wäre der Verfasser dahin gelangt die Einheit des Processes zu wahren, d. h. die Werthermittlung seitens der amtlichen Sachverständigen und das den Besitzwechsel anordnende richterliche Urtheil als erst=instanzliches Verfahren in einem und demselben Proceßgange zu betrachten, wofür gleichfalls die Analogie der Lehre vom Kauf (Prov.=R. Th. III, Art. 3522, 23) und zum Theil die gemeinrechtliche Doctrin spricht. Soll aber das Vorverfahren, wie der Verfasser will, auf den Fall beschränkt werden, wo beide Theile mit der Schätzung einverstanden sind, und nur den Besitzwechsel verfügen, so bleibt zu bedenken, daß ein gerichtliches Verfahren in diesem Fall überhaupt entbehrlich ist, weil die Feststellung des Kaufpreises schon durch jenes Einverständniß erzielt, der Besitzwechsel demnach ohne Weiteres erzwingbar

ist. „Das Entschädigungsverfahren beruht dagegen wesentlich auf der amtlichen, d. h. im Auftrage des Gerichts erfolgten Schätzung der abzutretenden Sachen oder Rechte durch beeidigte Taxatoren. Durch das Gutachten derselben muß das Gericht (wenn nämlich die Parteien dem Gutachten nicht beistimmen) in den Stand gesetzt werden, über dessen Richtigkeit zu urtheilen und dasselbe durch das Erkenntniß entweder zu bestätigen oder ein Superarbitrium einzuholen“ (Häberlin). Endlich hätte unter allen diesen Voraussetzungen einerseits die klare Erkenntniß, die der Verfasser von der Nothwendigkeit hat, daß durch das neue Entschädigungsverfahren die Effectuirung der im Interesse des Staatswohles auszuführenden Unternehmungen nicht aufgehalten werden dürfe (S. 277) und andererseits die Unerläßlichkeit der gleichen Proceßform in allen Instanzen, dahin führen müssen, die Anwendung nicht des ordentlichen, mit jener Erkenntniß und der Natur der Expropriationsfachen nicht wohl vereinbaren, sondern des gerade für Sachen dringlicher Art bestehenden summarischen Proceßverfahrens zu empfehlen.

D. L.

## II.

# Die Friedensrichter als Strafrichter

nach russischem Recht.

(Schluß.)

### 3. Das Verfahren vor den Friedensgerichten.

Die russische Strafproceßordnung vom 20. Novbr. 1864 spricht sich über die von ihr angenommene Form des Verfahrens nicht direct aus. Betrachtet man den Gang des Strafverfahrens in den allgemeinen Collegialgerichten, so überzeugt man sich bald, daß der äußeren Form des Verfahrens das Anklageprincip zu Grunde gelegt ist. Ueberall tritt dem Angeklagten ein Ankläger entgegen und das Gericht hat nur darüber zu urtheilen, was ihm vom Ankläger einer- und dem Angeklagten andererseits vorgelegt ist.

Das Verfahren vor dem Friedensrichter ist dagegen nicht in einer Weise organisiert, daß man dasselbe als ein Anklageverfahren und den Friedensrichter als einen bloß urtheilenden Richter bezeichnen könnte. Freilich in vielen ja den meisten Fällen treten Ankläger und Angeklagter vor ihn und er hat zu urtheilen über das ihm vorgelegte Material. Allein es können auch Fälle zur Verhandlung vor den Friedensrichter kommen, ohne daß ein Ankläger vorhanden zu sein braucht. In solchen Fällen muß er nicht nur Richter im engeren Sinne, sondern auch Untersuchungsrichter, Inquirent, selbst Ankläger in einer Person sein. Es liegt auf der Hand, daß in Folge dessen seine Stellung eine processualisch unklare werden

muß. Es wird kaum zu vermeiden sein, daß er seine Befugnisse als Inquirent auch in Sachen, wo ihm diese Rolle nicht nothwendig zugewiesen ist, unwillkürlich auszudehnen suchen wird. Manchen wird das als wünschenswerth, ja nothwendig erscheinen. Ob das der Fall ist, ist eine andere Frage, die wir hier nicht erörtern wollen. Uns ist es zunächst um das Factum zu thun: festzustellen, daß und in welchem Umfang eine solche principielle Verschiedenartigkeit in der Stellung und der Thätigkeit des Friedensrichters besteht und in welcher Weise dieselbe auf das Verfahren von Einfluß sein muß.

In der Strafproceßordnung selbst ist ein solcher principieller Gegensatz zwischen dem Verfahren vor den allgemeinen Gerichten und dem vor den Friedensgerichten nicht hervorgehoben, so wenig, daß vielmehr die Friedensgerichte angewiesen sind, die Fälle, in welchen sie über das einzuhaltende Verfahren in Zweifel gerathen, nach Combination der für sie erlassenen Regeln mit denen für die allgemeinen Gerichte zu entscheiden <sup>1)</sup>. Auch in anderen Artikeln findet sich keine Berücksichtigung dieser grundsätzlichen Verschiedenheit zwischen dem Verfahren vor den allgemeinen und dem vor den Friedensgerichten.

Für die Frage über die Form des Verfahrens in Strafsachen vor den Friedensgerichten sind zunächst entscheidend die Art. 3, 42, 47—52 der Str.-Pr.-Ordnung.

Nach Art. 3 soll offenbar auch vor dem Friedensrichter, das Anklageprincip als die Grundlage des Verfahrens betrachtet werden. Art. 3 lautet:

In Strafsachen, welche der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte unterliegen, ist die Ueberführung der Angeschuldigten vor dem Gericht den durch die verbrecherischen Handlungen verletzten Personen überlassen, sowie Polizei- und anderen Admini-

1) Straf-Proceß-Ordnung Art. 118.

strativ=Autoritäten, in den vom Gesetze festgestellten Grenzen.

Es ist also beim Verfahren vor dem Friedensgericht hienach zur Durchführung der Anklage ein Ankläger nothwendig: der Richter hat nur zu urtheilen, nicht anzuklagen. Es stimmt diese Auffassung vollkommen mit dem mehrfach in den Motiven zur Str.=Pr.=D. ausgesprochenen Grundsatz überein, daß es unzulässig sei, einer und derselben Person die Pflichten des Anklägers, Untersuchungsrichters und urtheilenden Richters zu übertragen, ebenso mit der Behauptung, daß in der Vermischung dieser so verschiedenartigen Pflichten ein Hauptfehler der früheren Proceßgesetze zu suchen sei.

Dagegen bestimmt aber Art. 42 der Str.=Pr.=D.:

Der Friedensrichter schreitet zur Verhandlung der Sachen in Folge:

- 1) von Klagen verletzter Privatpersonen,
- 2) von Mittheilungen der Polizei und anderer Administrativbehörden,
- 3) eigener Wahrnehmung verbrecherischer Handlungen, welche unabhängig von Klagen der Verletzten der Verfolgung unterliegen.

Zu einer genauern Erläuterung dieses Art. ist es nothwendig auf die Motive zur Str.=Pr.=D. und deren Auffassung der Grundsätze des Strafprocesses näher einzugehen.

In den Motiven zur Strafproceßordnung<sup>2)</sup> ist auseinandergesetzt, bei der ursprünglichen Berathung dieses Artikels sei festgestellt worden, daß ein Verfahren vor dem Friedensrichter nur beginnen könne auf Grund einer Klage einer Privatperson, deren Interesse irgendwie verletzt worden, oder eines Antrags einer Behörde, in Sachen deren Verfolgung und

---

2) Судебные Уставы съ изложениемъ разсуждений, на коихъ они основаны. Т. II. С. 49. 50.

Bestrafung durch das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung öffentlicher Rechte oder der Ruhe und Ordnung geboten sei. Außer diesen beiden Ursachen der Einleitung des Verfahrens dürfe keine weitere zugelassen werden. Anzeigen und Denunciationen (directe Anklagen) Unbetheiligter müßten an die Polizei oder sonstige Verwaltungsbehörden gerichtet werden. Dem Friedensrichter die Pflicht aufzuerlegen, sich von der Richtigkeit solcher Anzeigen durch weitläufige und zeitraubende Untersuchungen zu überzeugen, sei unmöglich, weil er dadurch zu einem einfachen Polizeibeamten herabsinken müsse. An einer anderen Stelle<sup>3)</sup> haben die Motive sich ausdrücklich dagegen verwahrt das Anklage- oder Untersuchungsprincip zu acceptiren und aus einem derselben den Proceß zu construiren. An einer dritten Stelle sprechen die Motive es dagegen direct aus, daß bei der Reorganisation es für nöthig erachtet worden sei, sich möglichst an das Anklageprincip zu halten. — Jene beiden zuerst allein ins Auge gefaßten Punkte, wie sie im Art. 42 P. 1 und 2 ausgesprochen sind, zu deren alleiniger Annahme man sich zuerst nicht aus processualischen, sondern aus Nützlichkeitsgründen entschieden hatte, sind übrigens unmittelbare und stricte Consequenzen des Anklageprincips.

Obwohl nun die Motive zugeben, daß außer den erwähnten Ursachen der Einleitung eines Verfahrens keine anderen zugelassen werden müßten, fahren dieselben fort:

„Bei fernerer Berathung der erwähnten Fragen, wurde verfügt, zu den beiden Punkten hinzuzufügen, daß der Friedensrichter zur Verhandlung schreite, nicht nur in Folge Klage des Verletzten oder Antrags einer Behörde, sondern auch unmittelbar, zufolge eigener Wahrnehmung der Begehung ihm zuständiger Verbrechen und Vergehen, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit verletzen. Die Sachen deren Anregung Privatpersonen überlassen sei, dürften keinen Falls ohne

3) Суд. Уст. съ излож. разсуд. II. С. 26—28.

Klage verfolgt werden, alle andern wohl. Der Friedensrichter müsse gleicherweise zur Verantwortung ziehen den Dieb und Waldschädiger, den Händler der verdorbene Lebensmittel verkaufe, den der absichtlich Wege und Brücken beschädige, den Kaufmann der unrichtiges Maß und Gewicht brauche, den Bettler aus Faulheit, den Kaufbold und Trunkenbold. Alle einzelnen Fälle könne man nicht aufzählen; aber der Grund der Verfolgung sei stets ein und derselbe: Schaden für die öffentliche Ordnung und Sicherheit. Das Einschreiten des Friedensrichter ohne Klage oder Mittheilung müsse jedoch beschränkt bleiben auf die Fälle, wo der Friedensrichter unmittelbarer Zeuge der Begehung des Verbrechens gewesen sei, da er vom Gesetze nicht in die falsche Stellung versetzt werden dürfe, möglicherweise unthätiger Zeuge eines Verbrechens bleiben zu müssen. Dagegen dürfe diese Ausnahme nicht auf Fälle ausgedehnt werden, bei denen der Friedensrichter nicht unmittelbar zugegen gewesen sei, sondern von anderen benachrichtigt worden, weil er sonst zum Polizeibeamten werde."

Aus diesen Gründen ist also §. 3 des Art. 42 den beiden ersten hinzugefügt worden.

Einer solchen Auffassung des §. 3 kann man seine Zustimmung nicht versagen; nur wäre es von Wichtigkeit, daß dieser ausnahmsweise Charakter der im §. 3 enthaltenen Bestimmung im Gesetze selbst einen deutlichen Ausdruck gefunden hätte, etwa durch Verweisung dieses Punktes in eine Anmerkung, in welcher gesagt wäre, daß §. 1 und 2 nicht so zu verstehen seien, als ob dadurch der Friedensrichter passiver Zuschauer der Begehung im öffentlichen Interesse strafbarer Vergehen bleiben müsse. Es sollte also durch jenen Punkt das Anklageprincip keineswegs aufgegeben, sondern nur Rücksicht genommen werden auf die wesentliche Verschiedenheit zwischen der factischen Stellung des Friedensrichters und des Gliedes eines ordentlichen Gerichts. Die Friedensrichter sind unendlich

viel zahlreicher als die Glieder der ordentlichen Gerichte, kommen also viel häufiger in die Lage Zeugen von Vergehen sein zu müssen. Ferner, was das Wichtigste ist, befindet sich da, wo der Friedensrichter anwesend ist, nicht nur er als Privatperson, sondern das ganze Friedensgericht, das er allein bildet. Bei den Gliedern der Collegialgerichte ist das nicht der Fall, einzeln können und dürfen sie gar nicht thätig werden, also der einzelne Richter erscheint wo er allein ist als Privatperson, nicht als Richter. Bei den Friedensrichtern ist eine solche Trennung des Amtes von der Person gar nicht denkbar, schon weil der Friedensrichter bei der Ausübung seines Amtes weder an ein officielles Local noch an die Gegenwart von Collegen, ja nicht einmal an die eines Gerichtsschreibers gebunden ist.

In der Praxis der St. Petersburger Friedensrichter <sup>4)</sup> ist dieser P. 3 stets so aufgefaßt worden, daß der Friedensrichter befugt sei, aus eigener Machtvollkommenheit die Verfolgung eines Vergehen zu beginnen, von dessen Begehung er sich bei Gelegenheit der Verhandlung einer anderen Sache überzeugt habe. Diese Auffassung wird bestätigt durch mehrere Cassationsentscheidungen <sup>5)</sup>. Es ist das schon eine Ausdehnung des Punktes 3 und es liegt nahe, daß bei der jetzigen Fassung derselbe eine immer ausgedehntere Anwendung finden und dadurch leicht das herbeigeführt werden kann, was die Motive vermieden wissen wollen, daß nämlich der Friedensrichter ein Polizeibeamter werde, dem die Verfolgung und schließlich die Aufspürung der Verbrechen zugeschoben wird.

Fassen wir das bisher Angeführte zusammen, so sehen wir, daß durch den P. 3 des Art. 42 der Str.=Pr.=D. für gewisse Fälle ein strafrechtliches Verfahren durch den Friedensrichter angeordnet ist, ohne daß dabei ein besonderer Ankläger vor-

4) Неллюдовъ, Ручов. для мир. судей. I, С. 95—101.

5) Чебышевъ-Дмитріевъ, Русское уголовное судопроизводство. СПб. 1869. С. 100.

handen zu sein braucht, ja obwohl in diesen Fällen das Auftreten eines Anklägers durch die Art und Weise der Einleitung des Verfahrens ausgeschlossen ist. Ferner daß in der Praxis die Neigung vorhanden ist, die Regel, über das Einschreiten der Friedensrichter von sich aus, möglichst umfangreich zu interpretiren und die Fälle solchen Einschreitens im Interesse der öffentlichen Sicherheit und des Rechtsschutzes zu vermehren. Die Untersuchungsmaxime und die Vermischung der Rollen des Anklägers, Vertheidigers, Untersuchungsrichters und urtheilenden Richters hat denselben guten Zweck gehabt, sich aber als unpractisch erwiesen. Man betritt durch jenen Satz wiederum den alten Weg und überträgt dem Friedensrichter die, sonst für miteinander unvereinbar erklärten, Rollen eines Anklägers (d. h. einer Parthei), eines Untersuchungsrichters und eines über das vorgelegte Material unpartheitsch urtheilenden Richters. Bei dieser Anordnung hat übrigens die Gesetzgebung offenbar die Tragweite und die Consequenzen ihrer Anordnungen sich nicht genügend klar gemacht. Weder im Gesetze noch in den Motiven geschieht irgendwie dessen Erwähnung, daß in den Fällen des P. 3 der Friedensrichter zur Anwendung eines absolut anderen Verfahrens gezwungen ist.

In ähnlichem Sinne wie P. 3 des Art. 42 ist Art. 47 der Str.-Pr.-D. abgefaßt. Derselbe berechtigt den Friedensrichter zur Unterstützung der Klage einer Privatperson, über ein im öffentlichen Interesse strafbares Verbrechen, von der Polizei Untersuchungshandlungen vornehmen zu lassen. Wenn auch im Gesetze gesagt ist der Friedensrichter kann, so wird darunter wol eine Verpflichtung verstanden sein, denn die Annahme der Motive, der Friedensrichter könnte eine Anklage einer Privatperson einfach als unbewiesen und grundlos abweisen, ist eben nicht stichhaltig: wenn solche Anklagen erhoben sind, muß er eine Verhandlung ansetzen<sup>6)</sup>. Erweist sich die

6) Vgl. Неклюдовъ, рук. для мир. суд. I. С. 31—33.

Klage als frivol, so kann er den Kläger strafen, aber einfach die Klage ablehnen, weil sie ihm unbewiesen scheint, darf er nicht.

In engem Zusammenhange mit Art. 47 steht Art. 48:

Die durch das Verbrechen Verletzten können sich auch direkt an die örtliche Polizeibehörde wenden, welche verpflichtet ist die Untersuchung anzustellen und über das Resultat dem Friedensrichter eine Vorstellung zu machen.

Dieser Artikel entspricht in seinem ersten Theile vollkommen der allgemeinen Richtung der Proc.-Ordn. und den Grundsätzen des durch sie angebahnten Anklageverfahrens. Speciell ist er deswegen von großer Wichtigkeit, weil er allein die Polizei verpflichtet auf den Antrag von Privatpersonen Untersuchungen zur Feststellung begangener Vergehen vorzunehmen. Nach den Motiven <sup>7)</sup> ist diese Bestimmung bloß erlassen, um das Mißverständnis zu beseitigen, als könnten auf Grund des Artikels 47 Untersuchungen nur durch den Friedensrichter angeordnet, nicht auch durch die Verletzten selbst bei der Polizei beantragt werden. Es ist also dieser Artikel nur beiläufig zur Vermeidung von Mißverständnissen abgefaßt, während der Sache nach derselbe einer der für den Charakter des ganzen Verfahrens wesentlichsten ist. Wie man aber überhaupt die Bedeutung eines einheitlichen Grundprincips für den Criminalproceß bei Abfassung der Proceßordnung nicht anerkannte, so hat man die principielle Bedeutung dieses Artikels verkannt. Eine Folge davon ist die unrichtige Fassung der Schlußbestimmung desselben. Nach dem ersten Theil dieses Artikels ist der Verletzte, wenn er die Bestrafung einer ihm zugefügten Verletzung beantragt und als Ankläger vor Gericht aufzutreten hat, berechtigt von der Polizei die Vornahme von Untersuchungshandlungen zu verlangen, deren er zur Erhebung oder Durchführung der Anklage bedarf. Dagegen bestimmt der zweite Theil dieses

7) Суд. уст. съ излож. разсуждений. II. С. 52.

Art., daß die Polizei über das Resultat solcher Untersuchungen dem Friedensrichter zu berichten habe. Ein solcher Bericht ist der Polizei ganz allgemein vorgeschrieben. Er muß also in jedem Falle dem Friedensrichter erstattet werden, auch wenn das Resultat der von Privatpersonen beantragten Untersuchung ein negatives gewesen ist. Freilich hat in diesem Falle ein solcher Bericht gar keinen Sinn und in der Praxis wird er auch gar nicht abgestattet. Die unrichtige Fassung des Gesetzes wird also durch die Nichtbeobachtung desselben corrigirt. Aber selbst wenn die Polizei eine Verletzung constatirt, es sich jedoch um ein Antragsvergehen handelt, so ist der Bericht an den Friedensrichter zwecklos: denn ohne eine Klage kann ein Verfahren in der Sache nicht beginnen. Dagegen kann diese Fassung des Art. dazu mißbraucht werden, daß die Polizei dem Kläger eine Mittheilung über das Resultat der angestellten Untersuchung verweigert: sie sei nur verpflichtet dem Friedensrichter zu berichten. Dadurch würde die ganze Bedeutung des Art. 48 illusorisch gemacht. Der Kläger kann dann wohl eine Untersuchung beantragen, aber nicht er erfährt etwas über das Resultat desselben, sondern der Friedensrichter. Will der Kläger nicht die Klage fallen lassen, so sieht er sich genöthigt die Klage anzubringen ohne zu wissen, ob in Folge seines Antrags wirkliche Beweise ermittelt worden sind oder nicht. Seine Lage wäre dann um so schlimmer als er für leichtfertige Erhebung der Anklage straffällig werden könnte. Es kann also in Folge der Art und Weise der Fassung der Schlußbemerkung die Bedeutung des ganzen Artikels illusorisch gemacht werden. Wir wollen zugeben, daß dergleichen in der Praxis sich vermeiden lassen und man stets Mittel und Wege finden wird von der Polizei Kenntniß über das Resultat solcher Untersuchungshandlungen zu erlangen — allein dadurch wird die unrichtige Fassung des Artikels keine richtige.

Eine wirkliche Berechtigung hätte ein solcher Bericht nur,

wenn in Folge solcher auf den Antrag von Privatpersonen vorgenommener Untersuchungsbehandlung die Begehung eines im öffentlichen strafbaren Vergehens entdeckt worden wäre. Hier wird ein Bericht der Polizei an den Friedensrichter nothwendig, weil ein solches Vergehen verfolgt werden muß, auch wenn die Privatperson die Erhebung der Klage unterlasse. Aber auch in diesem Falle ist die Einführung dieser Verpflichtung durch die Schlußbestimmung des Art. 48 zunächst überflüssig, dann aber auch sehr bedenklich. Ueberflüssig, weil die Polizei auch ohne diese Bestimmung des Art. 48 zu Mittheilungen solcher Fälle an den Friedensrichter verpflichtet ist. Bedenklich, weil der Verletzte in Folge eigenthümlicher Auffassung dieses Art. in eine für ihn möglicher Weise sehr unvortheilhafte Lage gerathen kann. Unser Strafrecht verpflichtet jeden, speciell also auch den Verletzten, über im öffentlichen Interesse strafbare Vergehen Anzeige zu machen. Eine solche Anzeige zieht für den Anzeigenden keinerlei Verantwortung nach sich. Ferner berechtigt das Strafrecht den durch ein solches Vergehen Verletzten die förmliche Straflage gegen den Thäter zu erheben, macht ihn jedoch verantwortlich, resp. straffällig, wegen leichtfertiger Erhebung der Anklage. Daß jemand für die Geltendmachung seines Rechtes verantwortlich gemacht wird, ist vollkommen sachgemäß. Es muß aber das Gesetz dem Verletzten die Möglichkeit gewähren, sich über das Vorhandensein der nöthigen Beweismittel zu vergewissern. Diese Möglichkeit wird nun durch Art. 48 gewährt, kann aber auf Grund der Schlußbestimmung desselben entzogen werden. Nach der Praxis werden diejenigen, welche über eine ihnen zugefügte Verletzung der Polizei eine Anzeige machen, sofort als Ankläger betrachtet <sup>8)</sup> und können als solche zur Aufrechterhaltung und Durchführung

8) Суд. Вѣстн. 1857. № 155. — Неклюдовъ, рук. I. С. 113. 114. — Entscheidung d. Crim.-Cass.-Dep. 1867. № 50.

der Anklage gezwungen werden<sup>9)</sup>, ganz abgesehen davon ob sie dergleichen beabsichtigten oder nicht. Es wird also jemand der eine Untersuchung beantragte um sich zu überzeugen, ob die nöthigen Beweismittel zu beschaffen seien, wenn die Untersuchung ergab, daß es sich um ein im öffentlichen Interesse strafbares Verbrechen handele, zur Vertretung einer Anklage gezwungen, die er noch gar nicht erhoben hat, deren Erhebung seinerseits erst vom Resultat der Untersuchung abhängen sollte. Dieses Resultat kann nun für die Führung des Beweises ein sehr zweifelhaftes sein, ja er kann nach Art. 48 nichts davon erfahren — er wird als Ankläger betrachtet, obgleich er nicht einmal die Möglichkeit gehabt hat, sich von der Durchführbarkeit der Anklage zu überzeugen. Diese Seite der Frage ist bisher in der Praxis nicht berücksichtigt worden. Jene Entscheidung des Senats hatte zunächst nur den Zweck die Formalitätsucht eines Procureursgehilfen abzuweisen, daß aber aus jener Entscheidung solche Consequenzen gezogen werden können, dessen ist man sich offenbar gar nicht bewußt gewesen. Nichtsdestoweniger sind sie möglich. Auch in den theoretischen Arbeiten über die Proceßordnung hat man diese Consequenzen gar nicht berührt<sup>10)</sup>. Nekljudow constatirt einfach, daß durch die Aufforderung an die Polizei, eine Untersuchungshandlung wegen im öffentlichen Interesse strafbaren Vergehens vorzunehmen, und den darauf folgenden Bericht der Polizei an den Friedensrichter, die Anklage als vor dem Friedensrichter erhoben zu betrachten sei. Das Bedenkliche, welches in dieser Präsumtion liegt, wird weiter gar nicht berücksichtigt. Ebenso wenig die Sonderbarkeit, daß ein Verfahren vor dem Friedensrichter, obwohl ein Ankläger vorhanden ist, eröffnet

9) Str.-Pr.-D. Art. 135.

10) Чебышевъ-Дмитріевъ, Русское уголовное судопроизводство. Спб. 1869. С. 221. — Неклюдовъ, руководство для мировыхъ судей. I. С. 89—91.

wird, nicht durch eine Klage bei demselben, sondern durch eine Aufforderung an die Polizei eine Untersuchungshandlung vorzunehmen. Endlich wird ganz außer Acht gelassen, daß in Folge dieser Auffassung Art. 48 seine eigentliche Bedeutung vollständig verliert. Art. 47 gestattet den Privatpersonen eine Klage wegen im öffentlichen Interesse strafbarer Vergehen beim Friedensrichter zu erheben, selbst wenn die zur Begründung der Klage nöthigen Erhebungen nicht angestellt sind, und ermächtigt zugleich den Friedensrichter nöthigenfalls Untersuchungshandlungen durch die Polizei vornehmen zu lassen. Art. 48 hat eine wirkliche Bedeutung nur, wenn er dem Verletzten es ermöglicht vor Erhebung der Anklage Untersuchungshandlungen zu beantragen, um sich das zur Durchführung der Anklage nöthige Material zu verschaffen. Bei obiger Auffassung verliert Art. 48 diese seine eigentliche Bedeutung. Eine selbständige Bedeutung des Art. 48 könnte endlich noch darin gefunden werden, daß die durch ein im öffentlichen Interesse strafbares Vergehen Verletzten durch Anzeige bei der Polizei sich von der Verpflichtung, die Begehung des Verbrechens zu erweisen, befreien können, welche Verpflichtung auf die Polizei überginge. Diese Auffassung ließe sich durch den Charakter eines im öffentlichen Interesse strafbaren Vergehens erklären, dessen Anzeige unterbleiben könnte, wenn der Verlegte stets die Beweislast und die Verantwortung für die Anklage hätte. Die Praxis hat auch diese Auffassung völlig beseitigt — ob im Interesse der öffentlichen Ordnung ist eine andere Frage.

Von der Stellung und den Pflichten der Polizei- und anderer Administrativbehörden als Ankläger vor dem Friedensrichter handeln die Artt. 49 und 50. Art. 49 verpflichtet dieselben, wegen der von ihnen innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises entdeckten Vergehen, welche auch ohne Privatanklage verfolgt werden müssen, dem Friedensrichter Mittheilung zu machen. Nach Art. 50 muß jedoch die Mittheilung den

Charakter einer förmlichen Anklage tragen und genaue Angaben enthalten, wann und wo das Verbrechen begangen worden, auf wen der Verdacht falle, durch welche Beweismittel solches erhärtet werde, ob ein Civilkläger, und ob Zeugen vorhanden seien, nebst der Angabe des Wohnortes aller bezeichneten Personen. — In diesen beiden Artikeln sehen wir wiederum deutlich und scharf den Grundsatz des Anklageverfahrens hervortreten: der Friedensrichter ist nur urtheilender Richter und es ist Sache der Polizei oder der betreffenden Administrativbehörde, die erhobene Anklage zu beweisen.

Wir haben im Bisherigen den Sinn und die Tragweite derjenigen Artikel der Strafproceßordnung zu ermitteln gesucht, aus welchen auf den Charakter des Verfahrens vor dem Friedensrichter geschlossen werden konnte. Fassen wir nun das Resultat dieser Erörterungen zusammen und vergleichen dasselbe mit der Auffassung des Verfahrens vor dem Friedensrichter in der Praxis, so ergibt sich Folgendes:

1) Bei der Verhandlung wegen Antragsverbrechen vor dem Friedensrichter ist das Anklageprincip consequent durchgeführt. Anhängig kann die Sache nur gemacht werden durch die Anbringung einer Klage seitens des Verletzten beim Friedensrichter gegen eine bestimmte Person. Die Sammlung des Stoffes ist vollständig den Partheien überlassen, der Friedensrichter ist hier ausschließlich urtheilender Richter. Er hat nur darüber zu erkennen was ihm vorgelegt ist, nur auf die ihm vorgelegten Beweismittel hat er sein Urtheil zu gründen. Die Fortsetzung der Verhandlung hängt von dem Ankläger ab und die Sache kann jederzeit durch einen Vergleich beigelegt werden. Ebenso genügt der Rücktritt des Klägers von der Klage oder einfaches Wegbleiben um die Sache niederzuschlagen, falls nicht der Beklagte selbst auf Fällung eines Urtheils besteht<sup>11)</sup>.

11) Vgl. Str.-Pr.-D. Artt. 5. 20. 46. 104. 135.

2) Die Grundsätze des Anklageverfahrens finden eine beschränkte Anwendung in Sachen wegen solcher Uebertretungen der Kronsverwaltungsordnungen (уставы казеннаго управления), z. B. der Zoll-, Forst-, Handels-, Accise-Ordnung u. a., welche eine Beeinträchtigung der Einnahmen der Krone (des Kronsinteresse) in sich schließen, wofür Ersatz zu leisten ist, also bei Steuercontraventionen. In solchen Fällen sind die Beamten und Behörden der einzelnen Verwaltungszweige allein befugt Klage zu erheben und dieselbe vor dem Friedensrichter zu vertreten, dabei aber verpflichtet ihre Klage zu beweisen und verfährt der Friedensrichter ausschließlich als urtheilender Richter. Jedoch sind die Behörden nicht verpflichtet bei der Verhandlung vertreten zu sein, sie können einen Vertreter senden, die Verhandlung muß ihnen angezeigt werden, ist aber ein Vertreter nicht erschienen, so wird das Verfahren nicht ausgesetzt. Der schriftlich eingereichte und motivirte Strafantrag hat die Grundlage der Verhandlung des Friedensrichters mit dem Angeklagten zu bilden. Der Friedensrichter jedoch hat einzig auf Grund der Anklage und des ihm Vorgelegten zu erkennen und ist nicht verpflichtet weitere Ermittlungen anzustellen. Dagegen muß er, wenn der Chef der Behörde nicht selbst an der Verhandlung Theil genommen hat, ihm von sich aus eine Copie des Urtheils zufertigen<sup>12)</sup>. Hier werden also materiell die Grundsätze des Anklageverfahrens angewandt, formell dagegen nicht, indem der Ankläger nicht zu erscheinen braucht, die Verhandlung trotzdem stattfindet und der Richter dafür zu sorgen hat, daß die Behörde Kenntniß vom Urtheil erhalte.

3) Was sonstige Vergehen betrifft, die von Verwaltungsbehörden oder der Polizei, selbständig in Ausübung ihres Amtes, entdeckt worden sind, so wird in Beziehung auf die An-

12) Vgl. Чебышевъ-Дмитріевъ, С. 224—225. — Неклюдовъ, Рук. I, С. 114. 115. — Стр.-Пр.-Д. Art. 1188. — Entsch. d. Cr.-G.-D. 1867. № 361. 362.

hängigmachung der Klage verlangt, daß die Behörden eine formell und materiell motivirte Klage einbringen, widrigenfalls der Friedensrichter die Klage angebrachtermaßen abweisen kann. Was die Verhandlung über die angebrachte Klage betrifft, so findet in der Praxis eine große Verschiedenheit in derselben statt, indem der Friedensrichter, bald als bloß urtheilender Richter über die ihm vorgelegte Klage auf Grund vorgelegter Beweismittel aburtheilt, bald selbstthätig in die Verhandlung durch Stoffsammlung und Ermittlung von Beweismitteln als Untersuchungsrichter eingreift. Ob und in wie weit er in solcher Weise thätig wird hängt eben von seinem Ermessen ab. Wo Verwaltungsbehörden irgend welche Uebertretungen verfolgen, wird er meist als bloß urtheilender Richter sich verhalten. Eben dieselbe Rolle wird er einhalten, wo die Polizei wegen Uebertretungen bestimmter Verwaltungsverordnungen auftritt<sup>13)</sup>. Die Polizei hat aber außerdem alle im öffentlichen Interesse strafbaren Vergehen zu verfolgen. Ihr fällt in diesen Sachen freilich die Anklagerolle zu, allein solche Vergehen hat der Friedensrichter ex officio zu bestrafen. Wenn die Thätigkeit des Anklägers ihm ungenügend erscheint, so kann er selbständig als Untersuchungsrichter thätig werden, die Polizei ist ihm dann untergeordnet und die ganze Richtung der Anklage kann von ihm abhängen, d. h. also der Friedensrichter kann Ankläger, Untersuchungsrichter, Vertheidiger und urtheilender Richter in einer Person sein. Materiell ist, wie wir gesehen haben, diese Bestimmung in der Proceßordnung enthalten, wenn auch formell von der Nothwendigkeit einer verschiedenartigen Behandlung dieser Sachen nicht gesprochen wird. Ebenso ist in der Praxis auf diesen principiellen Unterschied in der Behandlung solcher Sachen gar kein Gewicht gelegt, ja derselbe kaum erwähnt worden. Nur in ganz

13) Entscheidung d. Crim. Cass. D. 1867, № 14. — Суд. Вѣст. 1866, № 17. С. 136.

äußerlicher Weise ist in den Cassationsentscheidungen des Senats die Stellung der Polizei, wo sie als Ankläger auftritt, erörtert worden.

Wo die Polizei ein Vergehen selbständig entdeckt hat und auf Bestrafung desselben anträgt, da geschieht es, wenigstens in den wichtigsten Fällen, daß ein bestimmter Beamter mit der Durchführung der Klage betraut und dem Friedensrichter als solcher signalisirt wird. Dieser Beamte genießt dann die Rechte des Anklägers <sup>14)</sup>, d. h. er muß zu jeder Verhandlung geladen sein. Freilich ist damit nicht gesagt, daß bei seinem Nichterscheinen ohne ihn keine Verhandlung stattfinden könne, oder daß der Friedensrichter gehindert wäre seinerseits unabhängig vom Vertreter der Polizei Beweismittel in Beziehung auf die Sache geltend zu machen. Alles das hängt allein von seinem Ermessen ab. Hat die Polizei keinen Bevollmächtigten bezeichnet, so braucht sie von der Verhandlung gar nicht benachrichtigt zu werden. Die Verhandlung findet in solch einem Fall ohne Ankläger statt <sup>15)</sup>, auf Grund der Mittheilung der Polizei.

4) Wo wegen eines im öffentlichen Interesse strafbaren Vergehens von Seiten einer Privatperson mit Unterstützung der Polizei ein Verfahren beantragt ist, da wird in der Praxis die Privatperson als Kläger betrachtet, in Folge dessen braucht die Polizei zur Verhandlung nicht geladen werden <sup>16)</sup>, die Privatperson hingegen kann zur Aufrechterhaltung und Durchführung der Klage durch Geldstrafen gezwungen werden, das ganze Verfahren kann ohne eigentliche Klage beginnen und als durch jene Anzeige bei der Polizei eingeleitet

14) Суд. Вѣст. 1866, № 20.

15) Суд. Вѣст. 1857, № 115. — Чебышевъ-Дмитріевъ, Русск. уг. судоп., С. 224.

16) Entscheidung d. Crim. Cass. D. 1867, № 30 u. a. — Неглюдовъ, Рук. для мир. суд. I, С. 89—91.

betrachtet werden. Hier haben wir ein Verfahren, das sogar auch in Beziehung auf die Einleitung an das Untersuchungsverfahren erinnert.

5) Endlich in Sachen wo der Friedensrichter selbst unmittelbar als Augenzeuge oder, nach Auffassung der Praxis, in amtlicher Thätigkeit sich von der Begehung eines Verbrechens überzeuge, ist er selbst Ankläger, Untersuchungs- und urtheilender Richter in einer Person. Hier findet die Untersuchungsmaxime die vollständigste Anwendung.

In den von uns unter 3 und 4 angeführten Fällen hängt der Charakter der Verhandlung von dem Ermessen des Friedensrichter ab. In Beziehung auf die größte Zahl der Fälle läßt sich also gar nicht bestimmen, was für ein Verfahren vor dem Friedensrichter stattfindet. In dieser Beziehung sagt der Cassations-Senat charakteristisch<sup>17)</sup>: „überhaupt besteht das Verfahren vor dem Friedensrichter in mündlicher Untersuchungs-Verhandlung<sup>18)</sup>, die möglichst in einer Sitzung zu beendigen ist.“

Betrachten wir nun den Verlauf des Verfahrens vor dem Friedensrichter<sup>19)</sup>.

Bei der Ordnung dieses Verfahrens hat der Gesetzgeber das Verfahren vor den ordentlichen Collegialgerichten im Auge gehabt und sich bestrebt, durch möglichste Vereinfachung der Formen, einen möglichst raschen Verlauf desselben herbeizuführen. Wir haben bereits hervorgehoben, daß der Grundcharakter des Verfahrens nicht deutlich formulirt, daß dadurch vielfach Unklarheit verursacht worden ist, Unklarheit welche

17) Рѣш. Уг. Касс. Д. 1867. № 50, 1868. № 368.

18) Разборъ — Auseinandernehmen um zu untersuchen — ein Wort das weder Untersuchung noch Verhandlung ausschließlich bezeichnet, sondern beides.

19) Nur eine allgemeine Uebersicht des Verfahrens können wir hier geben; eine auf das Einzelne eingehende Darstellung würde mehr Raum beanspruchen, als dem Umfange dieser Zeitschrift nach eingeräumt werden könnte.

nothwendiger Weise an Einzelheiten störend zu Tage treten und auf den Gang des Verfahrens und dessen Resultat ungünstig einwirken muß. Die Vorbereitung der Anklage ist nur da, wo Verwaltungsbehörden oder die Polizei auftreten, diesen überlassen. Wo ein Privatankläger auftritt kann er, wenn es sich um ein im öffentlichen Interesse strafbares Vergehen handelt und eine Untersuchung überhaupt nöthig ist, wählen, ob er bei dem Friedensrichter oder bei der Polizei um eine Untersuchung nachsuchen will. Im ersten Falle muß dieses Hereinziehen der Untersuchung in das Verfahren, so sehr es auch im Interesse einer raschen Erledigung zu sein scheint, nothwendig eine Formlosigkeit des Verfahrens nach sich ziehen, welche eine große Schnelligkeit des Verfahrens ermöglicht, jedoch keineswegs in gleicher Weise die Gerechtigkeit des Urtheils sichert. Noch weniger vereinbar mit einem festen geregelten Verfahren ist aber die Auffassung der Praxis, nach der in dem zweiten der beiden angeführten Fälle, das Verfahren vor dem Friedensrichter ohne directe Klage bei ihm, einfach in Folge eines Antrags auf Untersuchung bei der Polizei und deren Bericht an den Richter, als eröffnet betrachtet wird. Man wird daher nicht sagen können, daß bei dem Verfahren vor dem Friedensrichter die wesentlichen Theile desselben aus der Klage, der Ladung und der mündlichen Verhandlung bestehen, denn es kann ja ein Verfahren auch ohne Anklage eingeleitet werden. Wir können also gar nicht von der Anklage als nothwendigem Theile des Verfahrens reden, sondern müssen von der Einleitung oder Anhängigmachung des Verfahrens sprechen.

Die zunächstliegende Frage: wodurch wird ein Verfahren eingeleitet? — wird ferner nicht in jedem Falle mit Sicherheit beantwortet werden können, weil in mehren Fällen es nicht genau festzustellen ist, wodurch und wann das Verfahren begonnen hat. Dem Wortlaute des Gesetzes nach wird das Verfahren eingeleitet:

1) Durch Anbringung einer Klage seitens des Verletzten (oder seiner gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigten);

2) durch Einreichung einer Mittheilung von Seiten der Polizei oder einer Behörde;

3) in Folge eigener Wahrnehmung des Friedensrichters.

Im ersten der oben angeführten Fälle kann die Einleitung des Verfahrens nur wegen mangelnder Zuständigkeit abgewiesen werden. Die Klage des Verletzten muß der Friedensrichter annehmen, sie scheine auch noch so unmotivirt, er muß ein Verfahren einleiten, ein solches kann nur durch ein Urtheil beendigt werden.

Im zweiten der oberrwähnten Fälle ist die Eröffnung des Verfahrens abhängig gemacht, von Einreichung einer derartig detaillirten und motivirten schriftlichen Mittheilung der Behörde, daß auf Grund derselben die Verhandlung vor dem Friedensrichter sofort beginnen kann und auch in Abwesenheit eines Vertreters jener Behörde möglich ist. Entspricht die Mittheilung der Behörde den gesetzlichen Anforderungen nicht, so kann sie zurückgewiesen und die Einleitung eines Verfahrens abgelehnt werden.

Wie wird es in dem Falle sein, wo von dem Verletzten die Untersuchung bei der Polizei beantragt worden ist und die Polizei über das Resultat dem Friedensrichter berichtet hat? Wenn dieser Bericht nicht den Anforderungen des Art. 50 entspricht — so kann der Friedensrichter die Einleitung eines Verfahrens ablehnen. Allein nach der Auffassung der Praxis soll ja in den erwähnten Fällen nicht die Polizei, sondern der Verletzte als Kläger betrachtet werden, wenn er auch selbst beim Friedensrichter keine Klage eingereicht hat. Klagen des Verletzten müssen aber entschieden werden — also muß der Richter auch unvollständige Mittheilungen der Polizei entgegennehmen, er kann sie vervollständigen lassen, aber er kann die Einleitung eines Verfahrens nicht ablehnen, denn das Ver-

fahren gilt ja als eröffnet. Man kann in diesem Falle gar nicht genau bestimmen, wann und wodurch das Verfahren als eingeleitet zu betrachten ist, eine Formlosigkeit die dem ganzen Charakter desselben nachtheilig sein muß. Formlos wird auch die Einleitung des Verfahrens sein, wo eine Sache dem Friedensrichter vom Untersuchungsrichter übergeben wird. Das Gesetz erwähnt dieser Art der Einleitung nicht. Eine solche Uebergabe findet aber notorisch statt, wenn auch Meljudow sie als ungesetzlich bezeichnet. Wo möglich noch formloser wird die Einleitung des Verfahrens sein, wo der Friedensrichter selbst Zeuge der Begehung eines im öffentlichen Interesse strafbaren Vergehens gewesen ist, oder wie die Praxis diesen Satz erweiternd interpretirt, in amtlicher Thätigkeit die Begehung eines solchen entdeckt hat. Am formlosesten wo er sich entschließt, die Verhandlung an Ort und Stelle einzuleiten.

Wo nun die Einleitung des Verfahrens durch die Erhebung einer Klage markirt ist, da hat der Friedensrichter zunächst seine Zuständigkeit zu prüfen, sowie ob ein gesetzlicher Grund zur Einleitung vorhanden ist. Glaubte er die Verhandlung ablehnen zu müssen, so muß dies durch eine schriftlich ausgefertigte Verfügung geschehen, damit der Kläger die Möglichkeit habe, sie vor dem Obergericht anzugreifen. Hält der Friedensrichter sich für zuständig und eine Verhandlung für zulässig, so trägt er die Sache in das Tischregister und den Namen des Angeklagten in ein alphabetisches Verzeichniß ein. Durch diese Eintragung gilt das Verfahren als eröffnet. Da er auch außerhalb seines Amtsorts verfahren kann, so wird er ausnahmsweise auch ohne solche formelle Eröffnung verfahren können. Die Klage oder Mittheilung kann eine schriftliche oder mündliche sein, die letztere muß zu Protocoll genommen und von den Betheiligten, wenn sie Schreibens kundig sind, unterschrieben werden. Nachdem der Richter die Klage oder Mittheilung angenommen hat, setzt er durch eine Verfügung

zu Protocoll den Verhandlungstermin an. Denjenigen welche zugegen sind ist die Verfügung sofort zu eröffnen, die andern sind schriftlich unter genauer Angabe der Person, der Zeit, des Ortes, der Sache, der Folgen der Versäumniß zu laden; die Ladung ist vom Friedensrichter eigenhändig zu unterzeichnen. Findet der Friedensrichter es für möglich, so kann, wenn beide Partien erschienen sind, sofort verhandelt werden. Gewöhnlich setzen die Friedensrichter zur Entgegennahme von Bittschriften eine bestimmte Zeit an, sodaß vor dem nächsten Tage überhaupt nicht verhandelt werden kann.

Bevor zur eigentlichen Verhandlung der Sache geschritten wird kann eine Sicherstellung der Klage erfolgen. Auf den Antrag des Klägers kann der Schadensersatz sicher gestellt werden. Es kann aber auch nothwendig erscheinen Maßregeln zu ergreifen, um das Erscheinen des Beklagten sicher zu stellen. Zu diesem Zwecke kann der Friedensrichter bei Vergehen, für welche Gefängnißstrafe gedroht ist, wo nöthig sofort oder nachdem der Angeschuldigte auf die erste Ladung nicht erschienen ist, einen Vorführungsbefehl erlassen<sup>20)</sup>. Dieses Recht den Verdächtigen zwangsweise vor Gericht zu bringen, steht auch der Polizei zu.

Art. 51. Bei der Mittheilung an den Friedensrichter über ein Vergehen, kann der Angeschuldigte sofort vorgeführt werden:

1) wenn der bei der Begehung eines Vergehens Ergreifene der Polizei unbekannt ist und nicht den Nachweis seines Namens und Wohnortes führen kann;

2) wenn bei Vergehen, für welche Gefängniß oder eine schwerere Strafe verhängt ist, zu befürchten steht, daß der Angeschuldigte sich verberge oder die Spuren der verbrecherischen Handlung verwische.

---

20) Str. Pr. D. Art. 61.

Der Regel nach muß der Angeschuldigte persönlich erscheinen, in geringfügigeren Sachen (wo die Strafe höchstens Arrest beträgt) jedoch ist die Vertretung durch einen Bevollmächtigten zulässig, falls der Friedensrichter nicht die persönliche Anwesenheit für nöthig hält.

Ist der Aufenthaltsort des Verdächtigen nicht bekannt, so kann er zunächst durch die Polizei seiner Heimath requirirt werden; dann ertheilen die Friedensrichter den Klägern offene Vorführungsbefehle, laut welcher die Kläger die Hülfe der Polizei zur Vorführung des Verdächtigen, wo sie ihn finden, in Anspruch zu nehmen berechtigt sind. Endlich kann der Friedensrichter, nach dem Beispiele der Bezirksgerichte, eine öffentliche Ladung durch die Zeitungen erlassen.

Die Ladung bezweckt, dem Wortlaute und der ganzen Tendenz der Proceßordnung nach, eine mündliche Verhandlung zwischen den Parteien, dem Kläger und dem Beklagten, herbeizuführen. Die Nothwendigkeit der Gegenwart des Verletzten als Klägers wird auch in der Praxis der Friedensrichter anerkannt. Die Proceßordnung weist ferner darauf hin, daß die Beamten, durch deren Mittheilung (Anklage) das Verfahren eingeleitet worden ist, vor Gericht erscheinen oder Bevollmächtigte senden. In den Motiven wird die Nothwendigkeit, die Beamten als Ankläger zu laden, direct ausgesprochen <sup>21)</sup>. Die Praxis hingegen befolgt die Regel, daß an Behörden und speciell die Polizei nur dann eine Ladung zu erlassen sei, wenn dieselben ausdrücklich einen bestimmten Bevollmächtigten als solchen bezeichnet haben, was aber nur in wichtigen Fällen geschieht. In Folge dessen findet für gewöhnlich eine wirkliche Verhandlung der Parteien vor dem Friedensrichter nur statt, wo der Verletzte als Kläger auftritt. Wo die Polizei oder andere Behörden im öffentlichen Interesse klagbar werden, kommt es

21) Vgl. Неклюдовъ а. а. Д. С. 114.

nur in den wichtigsten Fällen zu einer wirklichen Verhandlung. Nekljudow <sup>22)</sup> schildert das Verfahren folgendermaßen: „Obwohl, nach den Motiven zur Proceßordnung, „mit der Einführung „des mündlichen Verfahrens, eine Verhandlung auf Grund von „Papieren allein unmöglich geworden ist, ebenso wie es unmöglich ist den Angeklagten des Rechts zu berauben, seinem „Ankläger Auge in Auge gegenüber zu treten, oder die Pflichten des letzteren auf den Richter zu übertragen, daher die Ladung „der Polizeibeamten, welche die Mittheilung über das Vergehen gemacht haben, unvermeidlich ist,“ so zeigt doch die Praxis leider eine entschiedene Vernachlässigung dieser Regel. Der Friedensrichter begnügt sich gewöhnlich mit der einfachen „Mittheilung,“ verliest sie dem Angeklagten, hört seine Erklärungen und die der Zeugen, wenn solche vorhanden sind, an und fällt das Urtheil. Nachträglich sucht dann die Polizei um Ausreichung einer Copie des Urtheils nach, um solches den Vorgesetzten vorzustellen. In Folge dessen hat die anklagende Polizei fast niemals die Gelegenheit ihre Unzufriedenheit mit dem Urtheil rechtzeitig, innerhalb 24 Stunden, gerechnet von der Urtheilsfällung, anzumelden. Das Urtheil wird rechtskräftig und die Polizei klagt über Freisprechung Schuldiger und eine Lage Praxis. Die Grundsätze der Verhandlungsmaxime werden beseitigt, das Gericht geräth in eine sehr ungünstige Lage, der Angeklagte hält den Richter für den Ankläger; manches Vorbringen der Angeklagten, da es unwiderlegt bleibt, kann der Richter nicht umhin zu berücksichtigen und in Folge dessen fällt das Urtheil milder aus als gut ist. Oder der Friedensrichter gewöhnt sich, in den Erklärungen des Angeklagten nur das Streben zu sehen sich der Strafe zu entziehen, hält sich ausschließlich an die Mittheilung und betrachtet dieselbe als unanstreihbare Grundlage des Urtheils.“ Nekljudow meint, durch buch-

22) A. a. D. S. 114. 115.

stäbliche Erfüllung des Gesetzes werde man mit der Zeit zu einer richtigen Handhabung des Gesetzes gelangen. Der letzte Grund dieser falschen Praxis ist jedoch, nach unserer Ansicht, die mißverständliche Auffassung des Grundsatzes des Anklageverfahrens und das Verkennen der Wichtigkeit, welche die Feststellung desselben für den Proceß hat. Man vermischte die Officialmaxime mit dem Untersuchungsverfahren, betonte die Nothwendigkeit des letzteren, indem man die Officialmaxime im Auge hatte. Dagegen meinte man den Grundsatz des Anklageverfahrens nicht aufstellen zu sollen. Weil man beim Friedensgericht den Apparat der Procuratur für zu unständig und kostspielig hielt, unterließ man es für die Fälle, wo die Polizei die Sache anhängig machte, die Nothwendigkeit von Polizeianwälten festzustellen. Dazu kamen von Seiten der Polizei bureaukratisch-formalistische Prätensionen. Um diese abzuweisen, sprach der Senat in einzelnen Fällen der Polizei die Anklägerrolle ab, wo es genügend gewesen wäre die formalistischen Prätensionen abzuweisen. So hat die Scheu vor der Anerkennung eines festen Principis dazu geführt, in den Friedensrichterlichen Proceß den Krebschaden der Vermengung der Attribute des Anklägers und Richters eindringen lassen. Da eine unklare Auffassung der Grundsätze des Verfahrens die Ursache dieser falschen Richtung der Praxis gewesen ist, so ist offenbar das einzig wirkfame Mittel dieselbe zu beseitigen, die ausdrückliche Feststellung des Grundsatzes, daß ein Verfahren nur in Gegenwart und auf Betrieb eines Anklägers möglich ist.

In Beziehung auf die Einleitung des Verfahrens wegen Verletzung von Verordnungen der Kronsverwaltungssachen ist zu bemerken, daß die Behörden und Beamten, denen die Aufsicht über die Beobachtung der Verordnungen übertragen ist, verpflichtet sind, über die Verletzung ein Protokoll aufzunehmen. Ein solches Protokoll ist aber nur die Bedingung der Einleitung eines Verfahrens und hat keineswegs die Bedeutung eines

unumstößlichen Beweises. Die Bedeutung desselben als Beweismittel hat der Friedensrichter vollkommen selbständig zu beurtheilen, sowie er auch berechtigt ist zu prüfen, ob die Anordnung der Polizei, wegen deren Nichtbeobachtung sie auf Bestrafung anträgt, eine gesetzlich begründete ist <sup>23)</sup>).

Die Ladung der Zeugen hat der Friedensrichter zu erlassen, jedoch können auch die Parteien es selbst übernehmen die Zeugen ohne formelle Ladung zu stellen. Zur Sicherstellung der Justizpflege ist nach Art. 69 der Friedensrichter befugt, den Zeugen, wegen unrechtfertigen Ausbleibens auf die Ladung, zu einer Geldstrafe bis 25 Rbl. zu verurtheilen. Derselben Strafe wird der Zeuge unterzogen wegen nochmaligen unrechtfertigen Ausbleibens. Nach Nekljudows Ansicht <sup>24)</sup> soll mit dieser zweimaligen Geldstrafe die Befugniß des Richters erschöpft sein und derselbe nicht das Recht haben, einen Vorführungsbefehl gegen den Zeugen zu erlassen. Wenn in der Praxis diese Auffassung getheilt wird, und wir haben bei der großen Bekanntschaft Nekljudows mit derselben keinen Grund daran zu zweifeln, so muß dieselbe doch als eine entschieden unberechtigte und falsche bezeichnet werden. Nekljudow begründet seine Ansicht, an deren allgemeiner Gültigkeit er übrigens so wenig zweifelt, daß er einer abweichenden Auffassung nicht einmal erwähnt, was er sonst gewöhnlich thut, damit daß in den Motiven gesagt sei:

„Anfänglich sei in Aussicht genommen worden beim Ausbleiben der Zeugen auf die zweite Ladung dieselben vorführen zu lassen. Jedoch wurde diese Bestimmung als zu streng betrachtet, um so mehr, als mit der Einführung eines Contumacialverfahrens, sogar die gewisser Vergehen Angeklagten nicht zum Erscheinen gezwungen werden können <sup>25)</sup>. Man muß zugeben, daß diese

23) Art. 29 d. Friedr. Strafgesetz. — Entsch. d. C.-G.-D. 1867. № 14.

24) A. a. D. S. 117—118.

25) Суд. Уст. съ изл. разсужд. I. С. 117.

Worte jene Auffassung zu bestätigen scheinen. Allein die Motive eines Gesetzes haben doch nur eine Bedeutung, sofern aus ihnen wirklich der logische Gedankengang des Gesetzgebers zu erkennen ist. Das kann man von dieser Stelle nicht behaupten. Durch das Contumacialverfahren wird dem Angeschuldigten gestattet, in gewissen geringfügigen Fällen auf die Vertheidigung zu verzichten und dem Gericht zu überlassen, die Klage allein auf Grund der vom Kläger vorgebrachten Beweismittel zu entscheiden, sei es daß der Beklagte sich für schuldig hält, sei es daß er lieber der Strafe sich unterwirft, als Zeit und Geld auf die Führung des Processes zu verwenden. Diese Gründe haben aber keine Bedeutung für den Zeugen. Der Zeuge ist verpflichtet die Handhabung der Justiz zu unterstützen, indem er die ihm vorgelegten Fragen der Wahrheit gemäß beantwortet. Weigert er sich zu erscheinen, so legt er einmal der Ausübung der Justiz Hindernisse in den Weg und verlegt sodann das Recht desjenigen, der sich auf ihn beruft. Dem Zeugen das Recht geben, nach Belieben sich der Pflicht vor Gericht zu erscheinen zu entziehen, kann zur Folge haben, daß die Justizpflege unmöglich gemacht wird. Freilich wird in den meisten Fällen durch die zweimaligen Geldstrafen genügend vorgebeugt sein, allein es hat doch immer etwas mißliches einen solchen Satz aufzustellen. Dazu kommt aber, daß, selbst wenn man jene Auslassungen ihrem Wortlaute nach nimmt, man gar nicht berechtigt ist jene Consequenz zu ziehen. Denn wo die Specialbestimmungen, wie hier über den Vorführungsbefehl, mangeln, hat der Friedensrichter die allgemeine Proceßordnung anzuwenden und die ordnet in Art. 438 Vorführung des renitenten Zeugen an. Dazu kommt, daß in den Motiven Art. 438 ausdrücklich zum Art. 69 citirt ist. Abgesehen von diesem Widerspruche in den Motiven ist man nicht berechtigt sie in solchen Fällen als maßgebend für die Erläuterung eines Art. hinzustellen, wo sie einer anderen gesetzlichen Bestimmung, dem

Art. 118 und in Folge dessen auch dem Art. 438 direct widersprechen. Natürlich wird der Friedensrichter nur in den seltensten Fällen von dem Vorführungsrecht Gebrauch zu machen haben, nämlich nur in den Fällen, wo wirklich die Aussage dieses Zeugen von Wichtigkeit ist. Auch bestimmt die Proceßordnung ausdrücklich, daß wegen großer Entfernung der Zeuge durch den örtlichen Friedensrichter vernommen werden kann, ebenso im Falle anderweitiger Hindernisse. Von manchem Friedensrichter wird es beobachtet und empfiehlt sich, daß zunächst bloß die Parteien geladen werden und erst falls ein Vergleichsversuch fehlschlägt und es feststeht, worüber die Zeugen zu vernehmen und wie weit ihre Aussagen von Wichtigkeit sind, ein besonderer Termin zur Verhandlung angesetzt werden, zu dem dann die Zeugen zu laden sind. Zwei Drittheil aller angebrachten Klagen sollen durch Vergleich oder in Folge Richterscheinens des Klägers erledigt werden, in diesen Fällen würde eine sofortige Ladung der Zeugen überflüssig gewesen sein<sup>26</sup>).

Ein Aussetzen der Verhandlung und Ansetzen eines neuen Termines ist auf den Antrag beider Parteien ohne Weiteres zulässig, kann aber vom Richter auch angeordnet werden auf Antrag einer Partei oder falls er Augenscheinaufnahme für nothwendig hält, oder die Parteien mit der Herbeischaffung oder die Polizei mit der Einziehung von Nachrichten beauftragt (Artt. 73. 74).

Bei der Hauptverhandlung selbst, soll (Art. 91), nachdem dem Angeeschuldigten das Wesen und die Gründe der Anschuldigung eröffnet worden, der Friedensrichter an ihn zunächst die Frage stellen: ob er sich der ihm vorgeworfenen Handlung für schuldig erkläre. Wird die Frage bejaht, so kann ohne weiteres zur Urtheilsfällung geschritten werden. Falls der Angeklagte

---

26) Неклюдовъ, а. а. Д. С. 116.

leugnet, oder die Antwort weigert, soll ohne weiteres die Beweisaufnahme erfolgen<sup>27</sup>). Die Verhandlung soll wo möglich in einer Sitzung erledigt werden (Art. 116).

Nach Anhörung der Parteien und Erwägung aller in der Sache vorliegenden Beweise entscheidet der Friedensrichter die Frage über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten nach seiner, auf die Gesamtheit der bei der gerichtlichen Verhandlung offenbar gewordenen Umstände gegründeten, innern Ueberzeugung (Art. 119.)

Eine Folge des Charakters, welchen das Verfahren angenommen hat, ist, daß Art. 119 nicht seinem ganzen Umfange nach erfüllt wird. Während der klare und deutliche Wortlaut desselben verlangt, daß der Friedensrichter beide Parteien gehört haben muß, begnügt man sich in der Praxis häufig mit Verlesung der Anzeige der Polizei und vernimmt bloß den Angeeschuldigten. Der sonstige Inhalt des Artikels ist ohne weitere Erläuterung deutlich: der Friedensrichter ist an keine Beweistheorie gebunden, und hat die Bedeutung der Beweismittel für jeden Fall in concreto festzustellen. Der Ausdruck „innere“ Ueberzeugung darf übrigens nicht so verstanden werden, als brauchte der Richter über seine Entscheidungsgründe keine Rechenschaft zu geben. Im Gegentheil muß der Friedensrichter sein Ur-

27) Auf weitere Details werden wir hier nicht eingehen, da in Bezug auf die Beweisaufnahme das Verfahren vor dem Friedensrichter keine charakteristischen Besonderheiten bietet. Zu erwähnen ist nur: daß die Zeugen nicht vereidigt werden, wenn beide Partheien sie vom Eide befreien; daß die Eidesleistung nur in Gegenwart eines Geistlichen vorgenommen werden kann und der Friedensrichter nicht berechtigt ist, in Abwesenheit eines Geistlichen den Eid abzunehmen; daß er aber in solchem Falle (der die Regel bildet) die Zeugen ohne vorhergehende Vereidigung verhört, nachdem er sie an ihre Pflicht erinnert hat, nach bestem Gewissen alles ihnen Bewußte zu sagen und sie eine Erklärung unterschreiben läßt, daß sie bereit seien ihre Aussage, falls eine der Partheien es verlangen sollte, eidlich zu erhärten. — Augenscheinaufnahmen sollen nur ausnahmsweise der Polizei übertragen werden, in der Praxis ist das jedoch die Regel.

theil motiviren, indem er die Thatumstände auseinandersetzt, welche dem Urtheil zu Grunde liegen, mit Hinweisung auf die Geseze, kraft deren er das Urtheil gefällt hat. Fehlt die Motivirung des Urtheils, so kann dasselbe wegen Nichtigkeit angegriffen werden, jedoch nur materiell nicht formell, d. h. nur dann, wenn dem Cassationshof wirklich die Prüfung, ob das Urtheil begründet, unmöglich gemacht worden ist. So wird <sup>28)</sup> ein friedensrichterliches Urtheil cassirt, in welchem einfach behauptet worden, „aus der Sache habe das Gericht sich überzeugt, daß Kläger Ursache zur Beleidigung gegeben habe.“ Da die Umstände nicht angeführt seien, aus denen das Gericht diese Ueberzeugung gewonnen habe, so sei durch diese Unterlassung der Senat in die Unmöglichkeit versetzt worden, die Nichtigkeit der Anwendung des Gesezes über die Qualifikation des Vergehens zu prüfen. Ebenso ist Cassationsgrund Nichtanführung der Geseze auf Grund deren eine Handlung als Vergehen bezeichnet wird (Entsch. d. C. C. D. v. 5. Juli 1867 *N* 279), besonders da der Angeschuldigte die Berechtigung seiner Handlung unter Anführung von Gründen behauptet und die friedensrichterliche Versammlung diese gar nicht geprüft habe. Dagegen bestimmt der Senat in einem anderen Falle <sup>29)</sup>, daß, obwohl die Motivirung des Urtheils mangle, da aber im vorliegenden Falle „Kläger die Geseze und Gründe nicht angeführt habe, auf welche hin er annimmt, daß das Vergehen anders aufzufassen wäre,“ als im Urtheil geschehen, das Urtheil nicht aufgehoben, vielmehr das Cassationsgesuch abgewiesen werde. Da wegen mangelnder Begründung des Cassationsgesuches, der Senat gar keinen Grund habe das Urtheil einer Prüfung zu unterwerfen, so könne man nicht sagen, daß der Senat in die Unmöglichkeit versetzt worden, die Berechtigung des Cassationsgesuches zu prüfen.

28) Entsch. d. Cr. C. D. 1867 *N* 151.

29) Entsch. d. Cr. C. D. 1867 *N* 174.

Hält der Friedensrichter nun den Angeklagten für schuldig, so hat er bei der Verhängung der Strafe sich strict nach den gesetzlichen Bestimmungen zu richten. Er kann also nur solche Handlungen strafen, die im Gesetze mit Strafen bedroht sind. Der Schuldige wird stets in die Kosten verurtheilt. Ebenso der Kläger, wenn dessen Klage nicht als eine in gutem Glauben erhobene sich herausgestellt hat. Auf Schadenersatz soll der Friedensrichter nur dann erkennen, wenn ein bezüglicher Antrag gestellt worden ist. — Zunächst wird das Urtheil kurz niedergeschrieben und den Parteien eröffnet (Art. 127), wobei der Friedensrichter verpflichtet ist den Betheiligten auseinanderzusetzen, in welcher Frist und in welcher Ordnung sie das Urtheil angreifen können (Art. 128). Das motivirte Urtheil muß in 3 Tagen schriftlich ausgefertigt werden.

Ein Contumacialverfahren kommt in der Proceßordnung nur im Verfahren vor dem Friedensrichter vor, und nur in geringfügigen Sachen, d. h. solchen in denen höchstens Arreststrafe verhängt werden kann. Wenn der eines solchen Vergehens Angeklagte zum festgesetzten Termine nicht erscheint und keinen Bevollmächtigten sendet, oder aber zwar einen Bevollmächtigten sendet, jedoch in einer Sache in der er persönlich geladen war, so soll der Friedensrichter ein Contumacialurtheil fällen. Weitere Regeln über das Verfahren und den Unterschied zwischen einem solchen und einem gewöhnlichen enthält die Str.=Pr.=D. nicht. Aus der Praxis wissen wir, daß der Richter die vom Ankläger vorgestellten Beweismittel prüft und auf deren Grundlage das Urtheil fällt. Dieses Urtheil muß dem Verurtheilten schriftlich zugestellt werden und vom Tage des Empfanges an ist er berechtigt innerhalb einer zweiwöchentlichen Frist ein Gesuch (отзывъ) um nochmalige Verhandlung einzureichen, dem stets nachzugeben ist. Bei nochmaligem Ausbleiben verfällt der Verurtheilte in eine Geldstrafe und verliert das Recht das Urtheil weiter anzugreifen. Versäumt der Klä-

ger den Termin, so wird kein Urtheil gefällt, vielmehr wird er als von der Klage zurückgetreten betrachtet und zwar sowohl in den Sachen, welche der Friedensrichter zu erledigen hat, als auch in solchen, welche ihm nur zum Vergleichsversuch zugewiesen sind.

Ueber das ganze Verfahren muß der Friedensrichter ein Protocoll führen lassen oder selbst führen, in welchem die Vor- nahme sämmtlicher Handlungen nicht nur, sondern auch die Aussagen der Zeugen verscrieben und von ihnen unterschrieben sind. Meljudow bemerkt dazu: eine genaue Einhaltung dieser Regel würde die Thätigkeit der Richter geradezu lähmen.

Die Rechtsmittel bezwecken wie im allgemeinen so auch im friedensrichterlichen Verfahren den Partheien die Möglichkeit zu gewähren, sich gegen ein Verfahren oder Entscheidungen des Richters, durch welche sie sich beschwert glauben, zu schützen, indem sie auf eine Prüfung der Beschwerde durch die höhere Instanz antragen.

Bei den Rechtsmitteln unterscheidet man solche, durch welche die Parteien: 1) während des Verfahrens eine Prüfung der für sie beschwerlichen Verfügungen des Richters oder seines ganzen Verhaltens veranlassen: Beschwerden (частныя жалобы); 2) sich gegen die Folgen der Contumacialurtheile sicher stellen: Gesuch um Verhandlung (отзывъ о новомъ разсмотрѣніи дѣла); 3) ungünstig erscheinende Urtheile des Richters angreifen: Berufung (отзывъ) und Cassationsgesuch (просьба о кассаци); 4) eine Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen (просьба о возобновленіи дѣла).

In Beziehung auf die Beschwerde (частная жалоба) ist folgendes zu bemerken: Während der Verhandlung der Sache sind der Regel nach die Parteien nicht berechtigt, eine Beschwerde über eine ihnen ungünstig erscheinende Handlung des Friedensrichters an die zweite Instanz zu bringen, sie sind vielmehr mit allen solchen Beschwerden auf die Berufung verwie-

sen. Nur ausnahmsweise und in ganz bestimmten Fällen ist ein außerordentliches Rechtsmittel, die Beschwerde (частная жалоба), zulässig<sup>30)</sup>:

- 1) wegen Verhaftung des Angeklagten;
- 2) wegen Verfügungen betreffend die Sicherstellung des Schadensersatzes;
- 3) wegen Nichtannahme der Klage oder eines ordentlichen Rechtsmittels;
- 4) wegen Ungefehllichkeiten bei Ausführung des Urtheils;
- 5) wegen Verzögerung im Verfahren.

Für Geltendmachung dieser Beschwerden ist eine sieben-tägige Frist angesetzt, für Beschwerden wegen Verzögerung ist keine Frist angesetzt. Die Beschwerden werden beim iudex a quo angebracht, mit Ausnahme der unter 3 und 5 erwähnten, welche direct bei der zweiten Instanz einzureichen sind. Die Einbringung der Beschwerde hält die Ausführung der beschwerlichen Verfügung nicht auf, falls nicht der Friedensrichter selbst oder die zweite Instanz ein Aussetzen derselben anordnen sollte.

Die gegen Urtheile gerichteten Rechtsmittel sind: Berufung und Cassationsgesuch. Die Proceßordnung von 1864 stellt als Grundsatz auf, die Gewährung zweier Instanzen zur Verhandlung jeder Sache. Unter Berufung versteht man nun das Rechtsmittel, durch welches ein Urtheil erster Instanz zu nochmaliger Prüfung vor die zweite Instanz gebracht wird, ganz abgesehen davon, aus welchen Gründen es angegriffen wird. Diese Möglichkeit ist jeder Partei gegeben, benutzt sie sie nicht, so entsagt sie dem Recht, das Urtheil aus den etwa vorhandenen Mängeln anzugreifen. Der Zweck ist jedesmal Fin-

30) Art. 152. Hier sind nur die unter 1, 3 und 5 enthaltenen Fälle aufgeführt, die übrigen folgen jedoch mit Nothwendigkeit aus ihrer Bedeutung. — Ueber die Rechtsmittel gegen die Contumacialurtheile siehe oben S. 47 u. 48.

dung eines richtigeren Urtheils, niemals bloße Vernichtung des angegriffenen. Im Verfahren vor den ordentlichen Collegialgerichten ist von der allgemeinen Regel, über die Zulässigkeit der Berufung, eine Ausnahme gemacht für die schwersten Fälle mit Rücksicht auf die besondere Bedeutung der Schwurgerichte. Im friedensrichterlichen Verfahren bezieht sich die Ausnahme auf die leichtesten Fälle, bei deren Geringfügigkeit eine einmalige Verhandlung vor Gericht als genügend erscheint. Es sind das nach Art. 124 alle Sachen, in denen erkannt wird (опредѣляется) auf: Verwarnung, Bemerkung, Verweis, Geldstrafe bis 15 Rbl., oder Arrest bis 3 Tagen, und in denen der Schadensersatz 30 Rbl. nicht überschreitet. Durch mehrere Cassationsentscheidungen ist der Sinn dieses Artikels dahin erläutert worden, daß im einzelnen Falle maßgebend sei nicht die zuerkannte Strafe, sondern die gedrohte, welche verhängt werden konnte, so daß ein Urtheil nur als allendlich gilt, wenn die oben bezeichneten Strafen das Maximum waren, auf welches erkannt werden konnte. Beim Schadenersatz ist also zu berücksichtigen die geforderte Summe <sup>31)</sup>.

Diejenigen Urtheile, gegen welche eine Berufung möglich ist, werden als Nicht-Endurtheile (неокончательные приговоры) oder appellabelle, die hingegen, gegen welche die Berufung unzulässig ist, als Endurtheile (окончательные приговоры) oder inappellabelle Urtheile bezeichnet. Zu den Endurtheilen gehören außer den oben erwähnten Urtheilen der ersten Instanz, des Friedensrichters, noch alle Urtheile der zweiten, der Friedensrichterversammlung.

31) Entsch. d. Cr.-C.-D. 1867, №№ 12. 257. 525 u. a. — Vgl. Суд. Вѣстн. 1866, № 38. 1867, № 147. — Rekljadow dagegen behauptet, für den Charakter eines Endurtheils sei maßgebend, nicht die gedrohte, sondern nur die concret verhängte Strafe, doch führt er keine Gründe für seine Auffassung an, offenbar stützt er sich bloß auf eine grammatische Interpretation des Art. 124, welche wohl möglich aber nicht zwingend ist.

Endurtheile können nur durch Cassationsgesuche angegriffen werden. Zunächst ist also das Cassationsgesuch das ordentliche Rechtsmittel gegen Endurtheile (окончательные приговоры). Allein es unterscheidet sich von der Berufung außerdem noch durch seine beschränktere Anwendbarkeit und seinen Zweck. Die Berufung kann aus allen Ursachen ergriffen werden, sowohl wegen Ueberschreitung der Gerichtsbarkeit oder Verletzung wesentlicher Proceßformen, überhaupt wegen Mängel des Verfahrens, als auch wegen unrichtiger Feststellung der thatsächlichen Umstände und unrichtiger Anwendung der Gesetze. Das Cassationsgesuch dagegen kann nur aus bestimmten, gesetzlich bezeichneten Gründen eingewendet werden. Nach Art. 174 der Str.=Pr.=D. sind das folgende:

1) offenbare Verletzung des klaren Sinnes des Gesetzes und unrichtige Interpretation desselben bei der Feststellung der verbrecherischen Handlung und der Strafe;

2) Verletzung von Formen und processualischen Handlungen, die so wesentlich sind, daß in Folge ihrer Nichtbeachtung das Urtheil nicht als ein richterliches angesehen werden kann;

3) Ueberschreitung der Competenz.

Was den Zweck betrifft, so geht derselbe nicht, wie bei der Berufung, unmittelbar auf die Findung eines richtigeren Urtheils, sondern zunächst bloß auf die Vernichtung des angegriffenen. In den Fällen unter P. 2 u. 3 ist dieses Resultat, bloße Vernichtung des Urtheils, unmittelbar angezeigt: denn ist das Cassationsgesuch begründet, so hat überhaupt ein Urtheil gar nicht gefällt werden können, es muß also vernichtet werden, weil das Verfahren ein ungesetzliches war, oder vor dem nicht gesetzlichen Richter stattfand. Ob das der Fall ist, kann nach äußerlichen Merkmalen festgestellt werden, ohne daß es nöthig wäre auf den Inhalt der Sache einzugehen. In P. 1 dagegen wird das Urtheil angefochten wegen unricht-

tiger Anwendung des Gesetzes. Diese Frage kann gründlich nur entschieden werden, wenn der Richter sich darüber klar wird, welches das richtige Urtheil wäre, wobei ein genaues Eingehen auf die Sache selbst nothwendig ist. Hier ist also eine materielle Prüfung und Entscheidung der Sache durch dasselbe Gericht angezeigt. Nach der Proceßordnung findet jedoch auch hier bloß eine Vernichtung des Urtheils statt, die Findung des richtigen wird einem anderen Gericht übertragen. Da diese Bestimmung jedoch keine Besonderheit des friedensrichterlichen Verfahrens ist, so werden wir hier auf eine weitere Erörterung dieser Frage nicht eingehen.

Die Anwendung beider Rechtsmittel ist abhängig gemacht von ihrer Anmeldung (объявление неудовольствия) innerhalb 24 Stunden, gerechnet von der öffentlichen Verkündung des Urtheils am Schlusse der Verhandlung <sup>32)</sup>. Für die motivirte Einwendung des Rechtsmittels ist eine zweiwöchentliche Frist angesetzt, gleichfalls gerechnet vom oberrwähnten Zeitpunkt <sup>33)</sup>. Der Ablauf einer dieser Fristen bewirkt Ausschluß des Rechtsmittels. Restitution der Frist ist zunächst bei dem Richter nachzusuchen, gegen dessen Urtheil das Rechtsmittel eingewandt wird und dann erst durch eine Beschwerde bei der zweiten Instanz. Die Anmeldung und Einwendung geschieht mündlich oder schriftlich beim iudex a quo. Die rechtzeitige Einwendung jedes dieser Rechtsmittel hat die Wirkung, daß die Beschreitung der Rechtskraft des Urtheils gehindert wird und dasselbe nicht ausgeführt werden kann.

Der Gebrauch des Rechtsmittels steht jeder Partei zu, jedoch nur so weit sie sich verletzt glaubt. Es kann daher je-

32) Art. 128. 181.

33) Für Administrativbehörden ist in Kronsverwaltungssachen die Anmeldung nicht obligatorisch. Da ihnen die Entscheidungen der Friedensrichter in Copien zugefertigt werden müssen, so rechnet die zweiwöchentliche Frist zur Einwendung des Rechtsmittels vom Tage, wo ihnen die Entscheidung mitgetheilt wurde.

der nur wegen Beeinträchtigung seiner Rechte, nicht der seines Gegners sich beschweren. Speciell kann ein Cassationsgesuch nicht darauf gestützt werden, daß dem Gegner die Ausübung processualischer Rechte verkürzt worden sei. Eine Ausnahme besteht in Kronsverwaltungssachen zu Gunsten von Administrativbehörden, denen das Recht der Einwendung von Rechtsmitteln unbeschränkt zusteht. Die Polizei hingegen ist bei der Einwendung der Rechtsmittel beschränkt: sie ist nur berechtigt dieselben anzumelden, die wirkliche Einwendung steht dem Procureur zu <sup>34</sup>).

Die zweite Instanz hat nur die Aufgabe, die Berechtigung des eingewendeten Rechtsmittels zu prüfen, nur diejenigen Handlungen, diejenigen Theile des Urtheils einer Prüfung in Beziehung auf ihre Rechtsbeständigkeit oder Gerechtigkeit des Urtheils zu unterwerfen, welche durch die Einwendung des Rechtsmittels angegriffen sind. Nicht hat sie die Aufgabe, eine umfassende und gründliche nochmalige Untersuchung der ganzen Sache und eine Prüfung des Urtheils nach allen Seiten hin anzustellen. Die Prüfung der Sache in der zweiten Instanz wird nicht als ein zur Erreichung eines gerechten Urtheils nothwendiges Moment betrachtet. Im Gegentheil der Gesetzgeber hält das Verfahren in erster Instanz für die Erforschung der Wahrheit genügend, gestattet aber den Betheiligten auf nochmalige Prüfung der ganzen Sache oder einzelner Punkte anzutragen. Auf diese Prüfung hat sich denn auch der Richter in der zweiten Instanz zu beschränken. Hieraus folgt weiter mit Nothwendigkeit, daß das ganze Verfahren in der zweiten Instanz nach der Verhandlungsmaxime geregelt werden muß. Es geschieht das in der russischen Proceßordnung in der Weise, daß der Richter nur über das ihm

---

34) Vgl. hierüber wie über die ganze Stellung des Procureurs im friedensrichterlichen Verfahren, im I. Bande dieser Zeitschrift, S. 106 – 110.

vorgelegte Material zu urtheilen hat, aber die sonstige Regelung des Verfahrens ist derartig, daß das vorgelegte Material sehr unvollständig sein kann. Wie dem nun auch sei, jedenfalls kann der Richter, wo es sich um ein Cassationsgesuch handelt, das Urtheil nur aus solchen Gründen vernichten, auf welche im Gesuch hingewiesen wird, wo es sich um Berufung handelt, das etwa zu fällende neue Urtheil nur in den Grenzen der Berufung fällen. „Also kann die Strafe ohne Antrag des Klägers niemals verschärft werden, wenn auch einer der Mitschuldigen appellirt oder der Procureur in seinem Gutachten auf eine Erhöhung der Strafe angetragen hat, denn der erstere kann nur zu eigenen Gunsten appelliren, der Antrag des letzteren kann nur den Zweck haben, den richtigen Sinn des Gesetzes festzustellen, also für die Zukunft ähnliche Fehler in der Bestimmung der Strafe zu verhindern oder den Friedensrichter zur Verantwortung zu ziehen, in keinem Falle aber eine Verschärfung der Strafe des Angeklagten nach sich ziehen“<sup>35)</sup>).

Wie die Grundsätze beider Rechtsmittel ähnlich, ja ihnen gemeinsam sind, so ist auch das Verfahren bei beiden ganz gleich. Beide werden bei dem *judex a quo*, also zunächst beim Friedensrichter eingewendet, der die rechtzeitige Einwendung bescheinigt und die ganze Sache im Laufe dreier Tage dem beständigen Gliede der Friedensrichterversammlung zusendet. Cassationsgesuche gegen Urtheile der letzteren werden von derselben dem Criminal=Cassations=Departement des Senats zugesandt. Der Gegner erhält auf seine Bitte eine Copie des Gesuchs, durch welches das Rechtsmittel eingewendet worden ist und kann seine Erklärung direct bei dem Obergericht einreichen. Es ist seine Sache dafür zu sorgen, daß seine Erklärung rechtzeitig in die Hände des Richters gelangt. Nach der

35) Entscheidung des Cr. C. D. 1867, N<sup>o</sup> 290. Es geht übrigens aus dieser Sache hervor, daß in der Praxis die Stellung des Procureurs sich vielfach als eine unklare erweist.

Proceßordnung sollen auch beim Verfahren vor der Friedensrichterversammlung die Regeln für das Verfahren vor dem Friedensrichter maßgebend sein, jedoch mit folgenden Ausnahmen:

1) Die Gegenwart der Parteien oder ihrer Bevollmächtigten ist nicht erforderlich, in Folge dessen brauchen sie nicht geladen zu werden und kann das Verfahren in ihrer Abwesenheit stattfinden. Jedoch sind sie berechtigt zu erscheinen, aber es ist ihre Sache, daß sie den Tag der Verhandlung erfassen<sup>36)</sup>. Es kann also ein Verfahren und eine Entscheidung in der Sache gefällt werden, ohne daß eine Verhandlung stattgefunden hat und doch soll das Verfahren auch in der zweiten Instanz mündlich sein.

2) Die Beantwortung des Gesuchs, durch welches Berufung eingelegt oder der Antrag auf Cassation gestellt wurde, von Seiten des Gegners ist nicht nothwendig. Es kann also ein ordentliches processualisches Verfahren stattfinden, bei der Berufung ein neues Urtheil gefällt werden, auf den einseitigen Antrag der einen Partei. In der ersten Instanz war das auch möglich, aber ein solches Verfahren erhielt eine besondere Bedeutung, wurde dem ordentlichen nicht gleichgestellt, wie das hier geschieht. Gerade wie beim Contumacialverfahren kann auch hier die Abwesenheit eine freiwillige und eine unfreiwillige sein. Im ersten Falle ist nichts weiter zu sagen: der Ausbleibende hat freiwillig auf sein Recht verzichtet. Im zweiten Falle dagegen muß es entschieden als ein Mangel der Proceßordnung bezeichnet werden, daß trotzdem das einseitige Verfahren zu Recht bestehen bleibt und eine Restitution unmöglich ist. Um die übeln Folgen, die hieraus entstehen könnten, zu beseitigen, bestimmt die Proceßordnung zwei Ausnahmen:

a) in den Sachen, wo es sich um Gefängnißstrafe handelt, muß der Angeklagte zugegen sein;

36) Entscheidung des Gr. C. D. 1867, N<sup>o</sup> 210.

b) in allen anderen Sachen kann der Richter die Anwesenheit beider Parteien verlangen.

Eine Folge obiger Grundsätze ist, daß überall da, wo nicht beide Parteien erschienen sind, eine eigentliche Verhandlung vor Gericht nicht stattfindet, noch weniger kann man von Mündlichkeit des Verfahrens sprechen, wo keiner der Parteien erschienen ist <sup>37)</sup>.

3) Noch auffallender, als die beiden erstgenannten Regeln, ist eine weitere, die Begränzung des der zweiten Instanz vorzulegenden Materials betreffend. Sie ist enthalten im Art. 159:

Die Parteien können ihre Beweise vorstellen und sowohl diejenigen Zeugen aufführen, welche bei der ursprünglichen Verhandlung zugegen waren, als auch die, welchen es aus irgend welchen triftigen Gründen nicht möglich gewesen vor dem Friedensrichter zu erscheinen. Wenn jedoch Beweise und Zeugen zur Zeit des Vortrags der Sache nicht vorgestellt worden, so wird die Verhandlung nicht aufgeschoben, es sei denn daß die Parteien um die Vorladung ausgebliebener Zeugen gebeten, und die Versammlung für die Gewährung dieser Bitte kein Hinderniß erblickt.

Dieser Artikel wird in der Praxis folgendermaßen angewandt:

a) die Parteien haben das unbeschränkte Recht, nicht nur ihre bisher in erster Instanz vorgebrachten Beweismittel, sondern auch neue der zweiten Instanz vorzulegen, resp. Zeugen mitzubringen. Solche Beweismittel muß das Gericht berücksichtigen, resp. die Aussagen der Zeugen anhören, wenn die Vorlage der Beweismittel, das Erscheinen der Zeugen aus beachtenswerthen Gründen beim ursprünglichen Verfahren nicht

---

37) Art. 156 verlangt jedoch Mündlichkeit des Verfahrens.

stattfinden konnte<sup>38)</sup>. Wenn dagegen der Parte die verspätete Production nicht rechtfertigen kann, so hängt die Zulassung der Zeugen von dem Ermessen der Friedensrichterversammlung ab<sup>39)</sup>. In einer andern Entscheidung wird jedoch bestimmt, daß eine solche Ablehnung stets eine motivirte sein müsse<sup>40)</sup>.

b) Das Gericht hat das unbeschränkte Recht, wenn die Parteien um Ladung von Zeugen oder Beweisaufnahme bitten, solches zu gewähren oder zu verweigern. Die Gewährung dieses Gesuchs ist völlig in das Ermessen des Gerichts gestellt<sup>41)</sup>. Meßjudow fügt hinzu<sup>42)</sup>: „das Gericht sei berechtigt, die Zeugen einer Partei laden zu lassen und der andern Partei die Ladung ihrer Zeugen zu verweigern. Die Parteien hätten kein Recht, Aussetzung der Verhandlung zu verlangen, wenn es ihnen auch unmöglich wäre, die Beweismittel zum Termin zu beschaffen.“ Der Richter ist, nach dem Wortlaute des Gesetzes, nicht nur berechtigt die Aussetzung zu verweigern, weil er die Beweismittel für irrelevant hält, sondern er braucht die Aussetzung nur zu gestatten, wenn er kein Hinderniß für dieselbe findet. Durch solche Formulirung des Gesetzes wird das Ermessen als einzig entscheidend hingestellt, nicht das Interesse der Sache. Wenn ein Zeuge böswillig ausbleibt, um eine Partei zu chicaniren, so braucht der Richter trotzdem ihn nicht laden zu lassen und der Partei kann so die Möglichkeit, den Beweis zu führen, genommen werden!

c) Nur wenn der Friedensrichter wider das Gesetz einen Zeugen nicht angehört hat, ist die Friedensrichterversammlung verpflichtet, einen solchen Zeugen zu laden und zu verhören<sup>43)</sup>.

38) Entscheidung des Cr. C. D. 1867, *№* 445. 1868, *№№* 74 282.

39) Entscheidung des Cr. C. D. 1868, *№№* 146. 148.

40) Entscheidung des Cr. C. D. 1868, *№№* 2. 71.

41) Entscheidung des Cr. C. D. 1866, *№* 9. 80. 1867, *№№* 25. 52. 67.

42) a. a. D. I., S. 236.

43) Entscheidung des Cr. C. D. 1867, *№№* 2. 4. 371.

d) Dagegen soll die Friedensrichterversammlung in solchen Fällen, wo es sich um Vergehen handelt, die im öffentlichen Interesse strafbar sind, berechtigt sein Zeugen zu laden und also Beweismittel anzuwenden, die von keiner Seite beantragt worden sind <sup>44</sup>).

In diesen Regeln treten uns wieder die Folgen der unklaren Auffassung der Grundregeln des Processes und der unklaren Formulirung einzelner Artikel entgegen. In Folge dessen zeigt sich ein vollkommen regelloses Verfahren: die Parteien mögen zusehen wie sie die zur Verhandlung nothwendigen Zeugen mitbringen, irgend welche Unterstützung braucht das Gericht ihnen nicht zu gewähren, wenn es ein Hinderniß der Gewährung findet. Dagegen braucht auch das Gericht sich um die Parteien nicht zu kümmern, es kann Zeugen laden, deren Ladung von selbigen gar nicht beantragt ist. Ein solches Verfahren wird, wie wir oben sahen, durch eine große Anzahl von Cassationsentscheidungen bezeugt <sup>45</sup>). Allein es finden sich auch Entscheidungen, die von entgegengesetztem Standpunkte ausgehen. So entscheidet der Senat einmal <sup>46</sup>): „Nach dem genauen Sinne des Art. 168 ist es der Friedensrichterversammlung nicht freigestellt, eine Ladung und Befragung von Zeugen vorzunehmen, wenn der Appellant nicht darauf angetragen hat, um so weniger als die Zeugen von den Parteien zu stellen sind und nur renitente Zeugen auf Antrag der Parteien durch das Gericht zu laden sind.“ Hier wird die Stellung des Gerichts klar und deutlich aufgefaßt. Es hat bloß darüber zu urtheilen, was die Parteien ihm vorlegen. Werden dem Verfahren böswillige Hindernisse in den Weg gelegt, so können die Parteien dieselben mit Hülfe der richterlichen Autorität beseitigen. Man kann die Aufgabe des Gerichts nicht

44) Entscheidung des Cr. C. D. 1867, № 416.

45) Vgl. auch Неклюдовъ, рук. I., С. 235—237.

46) Entscheidung des Cr. C. D. 1867, № 16.

deutlicher und klarer formuliren. Leider scheint diese Auffassung in den Cassationsentscheidungen und der Praxis nur ausnahmsweise zur Geltung zu kommen, uns ist nur eine in diesem Sinne abgefaßte Entscheidung aufgestoßen. Die entgegengesetzte obbezeichnete Auffassung tritt in zahllosen Entscheidungen des Senats als die herrschende entgegen und auch Meljudow in seinem Handbuche vertritt sie, indem er ein fast unbeschränktes Ermessen des Richters als nothwendig und in der Praxis acceptirt darstellt.

Das Verfahren vor der Friedensrichterversammlung beginnt mit der Verlesung des angegriffenen Urtheils. Ist keiner von den Parteien erschienen, so wird das Appellations- oder Cassationsgesuch verlesen und, wenn eine solche bis zum Tage vor der Sitzung eingegangen ist, auch die Erwiderung auf dieselbe. Dann giebt der Procureur sein Gutachten ab, die Richter ziehen sich zurück und fällen das Urtheil, das sofort bekannt gemacht wird.

Sind beide Parteien erschienen, so kann außer der Verlesung ihrer Eingaben, oder an Stelle derselben (das Gesetz ist nicht ganz deutlich) eine mündliche Verhandlung stattfinden, es kann zu einem Zeugenverhör und sonstiger Beweisaufnahme und Schlußverhandlungen zwischen den Parteien kommen. Nach Schluß der Verhandlung folgt stets das Gutachten des Procureurs, welches in allen Fällen abgegeben werden muß<sup>47)</sup>.

47) Meljudow meint freilich (a. a. D. I., S. 239–241), es sei das ein *Abusus* und sucht zu beweisen, daß ein solches Begutachten aller Fälle, auch derer welche durch Vergleich beigelegt werden könnten, unvereinbar sei mit der Stellung eines öffentlichen Anklägers. Er befindet sich hier offenbar in einem Irrthum. Die Thätigkeit des Procureurs vor der Friedensrichterversammlung kann gar nicht als die eines Anklägers aufgefaßt werden: der Procureur soll sich über die Bedeutung der vorgebrachten Beweismittel und der auf die Sache bezüglichen Gesetze äußern. Meljudow sagt selbst, daß der Procureur vor dem Friedensrichter gar nicht als Ankläger zu fungiren habe, beurtheilt aber seine Thätigkeit in der Friedensrichterversammlung dennoch von dem Standpunkte einer beschränkten Anklägerrolle. Allein nicht

Der Angeklagte oder sein Vertreter soll jedoch stets das letzte Wort haben. Diese Bestimmung giebt zu vielfachen Streitigkeiten Anlaß. Der Angeklagte soll thatsächlich unrichtige Behauptungen des Procureurs zurechtstellen können, aber nicht gegen seine Darstellung polemisiren. Wie sich eine solche Trennung überall wird durchführen lassen, ist nicht recht einzusehen.

Ist endlich nur eine der beiden Parteien erschienen, so ist sie berechtigt Alles, was sie zur Unterstützung ihrer Sache vorzubringen für nöthig hält, mündlich auseinander zu setzen.

Nachdem in der einen oder anderen Weise das Verfahren beendet ist, findet die Urtheilsfällung statt und muß das Urtheil sofort eröffnet werden.

Liegt eine Cassationssache vor, so wird durch die Entscheidung des Gerichts das Gesuch entweder abgelehnt oder demselben wird nachgegeben, und dann wird das angegriffene Urtheil vernichtet und die Sache zu nochmaliger Verhandlung demselben Friedensrichter oder einem anderen übergeben. Gegen die Entscheidung über Vernichtung des Urtheils ist ein Rechtsmittel nicht zulässig, gegen das Urtheil des zweiten Richters nur so weit von ihm selbst Nullitäten begangen worden sind.

nur aus den Motiven, sondern aus der Proceßordnung geht direct hervor, daß der Procureur vor dem Friedensgericht nie Ankläger ist, sondern als Vertreter des Gesetzes auftritt, speciell daß sein Gutachten vor der Friedensrichterversammlung, die aus Nichtjuristen bestehen kann, nur die Bedeutung einer juristischen Beleuchtung einer Sache hat, die bereits Anlaß zu Beschwerden gegeben hat. Daß dieser Charakter im Gesetz nicht consequent durchgeführt ist, müssen wir zugeben. So z. B. in der Bestimmung, daß wo die Polizei Ankläger ist nicht sie, sondern nur der Procureur die Berufung einlegen kann. Hier wird dem Procureur geradezu für einen Augenblick die Anklägerrolle übertragen. Dagegen ist sein Recht, gegen Entscheidungen des Friedensrichters zu protestiren, oder Entscheidungen der Friedensrichterversammlung durch seinen Protest an das Cassations-Departement zur Prüfung ihrer Rechtsbeständigkeit zu bringen, mit jener Auffassung wohl vereinbar. Endlich wollen wir noch zugeben, daß in der Praxis möglicherweise die Thätigkeit des Procureurs in der Friedensrichterversammlung den Anklage-Charakter tragen mag und sich daraus Nekljudow's Auffassung erklären lasse.

Ist das Urtheil in einer Appellationsfache ergangen, so ist gegen dasselbe noch ein Cassationsgesuch zulässig, zunächst wegen Nullitäten, die von der Friedensrichterversammlung begangen worden sind, dagegen wegen Nullitäten im Verfahren erster Instanz nur, wenn dieselben bereits bei der Appellation geltend gemacht, aber von der zweiten Instanz nicht beseitigt worden sind.

Die Protokolle über die Verhandlung in der friedensrichterlichen Versammlung sollen nach denselben Regeln geführt werden, wie bei den Friedensrichtern<sup>48)</sup>. Streng genommen bezieht sich diese Regel jedoch nur auf die Verzeichnung des formellen Ganges der Verhandlung<sup>49)</sup>. Ist dagegen die Aufnahme des Materiellen der Verhandlung eine unvollständige, sind z. B. die Aussagen der Zeugen gar nicht oder unvollständig eingetragen, so ist das kein Cassationsgrund, da die Regel über die Protokollirung der Zeugenaussagen nur die Bedeutung hat, beim Appellationsverfahren in der zweiten Instanz eine genaue Feststellung der Zeugenaussagen zu ermöglichen. Da beim Senat eine Verhandlung über die Sache selbst unzulässig ist, so ist auch die Nichtbeobachtung dieser Regel nicht als Cassationsgrund anzusehen. In Beziehung auf die Bedeutung der Protokolle ist die Auffassung des Senats eine sehr schwankende. Obwohl auch im friedensrichterlichen Verfahren. Art. 845 der Str.-Pr.-D.: Formen und Handlungen, deren Beobachtung durch das Protokoll nicht bezeugt ist, werden als verlegt angesehen — anzuwenden wäre, so entscheidet der Senat diese Sachen doch in sehr verschiedener Weise. Einmal werden diejenigen Handlungen, über deren Beobachtung im Protokoll nichts verrieben ist, als verlegt angesehen<sup>50)</sup>. Ein anderes Mal dagegen werden nur die Vor-

48) Str.-Pr.-D. Art. 170.

49) Entscheidung des Cr. C. D. 1867, Nr. 504.

50) Entscheidungen des Cr. C. D. 1867, Nr. Nr. 88. 90. 1868, Nr. 723.

schriften, über deren Verletzung auf Antrag der Parteien im Protokoll verzeichnet worden, als verletzt angesehen, wenn eine solche Eintragung in das Protokoll nicht stattgefunden hat, wird ein Beweis auf anderer Grundlage nicht gestattet und das Cassationsgesuch abgewiesen<sup>51)</sup>. In anderen Fällen dagegen wird der Beweis gegen das Protokoll durch Zeugen gestattet<sup>52)</sup>.

Was endlich die Wiederaufnahme der Untersuchung betrifft, so erscheint dieselbe als außerordentliches Rechtsmittel gegen rechtskräftige Urtheile. Nach Art. 180 kann die Wiederaufnahme erfolgen, im Falle der Entdeckung neuer Umstände, welche die Unschuld des Verurtheilten beweisen oder die Fälschung der Beweismittel, auf welchen das rechtskräftige Urtheil basiert, jedoch nicht anders als mit Genehmigung des Senats.

Ueber das in solchem Falle einzuschlagende Verfahren findet sich nichts weiter. In der Str.=Pr.=D. Art. 934 ist gesagt: Vorstellungen der Procureure und Bitten der Verurtheilten, um Wiederaufnahme der Untersuchung in solchen Sachen, wo die Urtheile bereits rechtskräftig geworden sind, werden an das Cassations-Departement des Senats gerichtet (обращаются въ кассационный деп. Сената). Im Art. 936 ist gesagt: Der Senat überzeugt sich jedenfalls vorläufig von der Wichtigkeit der Thatsachen (Umstände), auf welche die Bitte um Wiederaufnahme der Sache sich stützt, und übergiebt (обращаетъ), wenn er das Gesuch begründet findet, die Sache dem competenten Gerichte.

In der Praxis ist das einzuschlagende Verfahren durch eine Entscheidung der Cr.=C.=D. vom 23. Nov. 1866 Nr. 56 festgestellt worden: „Die Wiederaufnahme einer entschiedenen Sache kann nicht anders als mit Genehmigung (съ разрѣ-

51) Entscheidungen des Cr. C. D. 1867, №№ 3. 127. 160. 393. 512. 1868, №№ 745. 849.

52) Entscheidung des Cr. C. D. 1867, № 241.

шения) des Senats erfolgen. Die wirkliche Bedeutung (der Geist, точный разумъ) dieses Gesetzes, wie aus dem buchstäblichen Sinn der letzten Worte desselben hervorgeht, besteht darin, daß wegen der Wichtigkeit dieser Maßregel, dieselbe von der competenten Behörde nicht anders als mit Genehmigung des Senats ergriffen werden kann. Das Wort Genehmigung setzt eine Vorstellung um Gestattung irgend wessen voraus, diese Vorstellung muß nicht von den Parten ausgehen, die nicht selbst Richter in eigener Sache sein können, sondern von der Behörde, von der die erbetene Maßregel vorgenommen werden kann. Der dirigirende Senat hat keine Möglichkeit alle Bitten um Wiederaufnahme von Sachen, welche durch die Friedensgerichte entschieden sind, durchzusehen und die nöthigen Data einzusammeln. Der Entscheidung des Senats haben daher nicht die Bitten der Parten zu unterliegen — diese Bitten müssen von der betreffenden Instanz geprüft werden — sonderu nur die Vorstellungen der Instanz, welche das Endurtheil gefällt hat, ob diese Bitte zu berücksichtigen sei. Eine solche Bitte muß dem Friedensrichter, der das Urtheil gefällt hat, übergeben werden, von diesem werde es abhängen, wenn seine Entscheidung nicht vor der Friedensrichterversammlung beklagt wird, die Genehmigung zur Wiederaufnahme der Sache zu erbitten.“

Die friedensrichterlichen Urtheile werden rechtskräftig:

1) in Folge ausdrücklicher Erklärung beider Parteien, daß sie sich dem Urtheile unterwerfen oder der Einwendung der Rechtsmittel entsagen;

2) wenn im Laufe von 24 Stunden, gerechnet von der mündlichen Verkündigung des Urtheils, von keiner Seite Unzufriedenheit gegen dasselbe erklärt, d. h. angemeldet worden ist. Es genügt also die rechtzeitige Anmeldung eines Rechtsmittels von Seiten einer Partei, um die Beschreitung der Rechtskraft durch das Urtheil zu hindern. Ein solches Urtheil

kann auch in Beziehung auf die andere Partei nicht als rechtskräftig geworden betrachtet werden <sup>53)</sup>;

3) wenn nach rechtzeitiger Anmeldung des ordentlichen Rechtsmittels dasselbe innerhalb der zweiwöchentlichen Frist nicht eingewendet worden ist;

4) wenn dem Cassationsgesuch nicht nachgegeben worden ist <sup>54)</sup>;

5) Contumacial-Urtheile werden rechtskräftig durch Verfümmiß der zur Einlegung der Rechtsmittel (Protest und Appellation; Cassationsgesuch ist unzulässig) bestimmten Fristen, von einer Anmeldungsfrist ist bei denselben keine Rede <sup>55)</sup>.

Die im zweiten Punkt erwähnte Anmeldung ist jedoch nicht obligatorisch für Administrativbehörden in Kronsverwaltungssachen, da für diese die Appellationsfrist von dem Tage läuft, an welchem die Behörde die schriftliche Ausfertigung des Urtheils entgegennahm. Dagegen ist die Beobachtung der Anmeldungsfrist bindend für die Polizei und auch für den Procureur, obwohl letzterer in den vor den Friedensgerichten verhandelten Sachen niemals als Partei, sondern stets als Vertreter des Gesetzes auftritt.

Die Anmeldung muß im Protokoll verschrieben werden. Der Anmeldende hat selbst dafür zu sorgen, daß solches geschieht, da er berechtigt ist das Protokoll zu unterschreiben, und etwaige Mängel sofort zu rügen. Daher müßte, wenn im Protokoll nichts verschrieben ist, die Frist als versäumt betrachtet werden. Allein die Anmeldung kann auch außer der Sitzungs-

53) Entscheidung des Gr. C. D. 1867, N<sup>o</sup> 481.

54) Durch Abweisung der Berufung und Bestätigung der friedensrichterlichen Entscheidung in der zweiten Instanz wird dasselbe dagegen nicht sofort rechtskräftig, da diese letztere Entscheidung durch ein Cassationsgesuch angegriffen werden kann und die bestätigende Entscheidung zweiter Instanz erst durch Ablauf der Anmeldungs- resp. Einwendungsfrist des Cassationsgesuchs unanfechtbar wird.

55) Str.-Pr.-D. Art. 181.

zeit geschehen (im Laufe von 24 Stunden) durch Uebersendung einer schriftlichen Notiz, ja durch mündliches Vorbringen. In solchen Fällen wird häufig die sofortige Aufnahme eines Protokolls unmöglich sein. Die Praxis ist eine sehr schwankende, bald wird das Protokoll als absolut beweisend angesehen, bald wird es gestattet den Beweis rechtzeitiger Anmeldung durch Zeugen zu führen, auch wenn im Protokoll nichts verschrieben ist und der Friedensrichter in seinem Berichte an das Obergericht erklärt hat, die Anmeldung habe nicht statt gefunden <sup>56)</sup>).

Eine Besonderheit des friedensrichterlichen Verfahrens ist die erwähnte Anmeldung ordentlicher Rechtsmittel. Die sonstigen Bestimmungen über die Beschreitung der Rechtskraft sind dieselben wie in dem ordentlichen Verfahren vor den Collegialgerichten.

Da die Anmeldung und Einwendung der Rechtsmittel die Beschreitung der Rechtskraft durch das Urtheil hindert, so kann dasselbe in solchen Fällen auch nicht ausgeführt werden. Die Rechtsmittel können nun sowohl gegen das ganze Urtheil als auch gegen einzelne Theile desselben gerichtet sein; sie können von beiden Parteien oder von einer und wenn dieselbe aus mehreren Personen besteht, nur von Seiten eines oder einiger eingelegt sein. In solchen Fällen kann das Urtheil in Bezug auf die nicht angegriffenen Theile oder die Betheiligten, welche das Rechtsmittel nicht ergriffen haben, rechtskräftig und in Folge dessen, wenn eine theilweise Ausführung möglich ist, auch theilweise vollstreckt werden. So kann das Urtheil, wenn gegen die Bestimmung über den Schadenersatz appellirt oder von der Civilpartei ein Cassationsgesuch eingereicht ist, als Strafurtheil rechtskräftig und ausgeführt werden und umgekehrt. Oder wenn von mehreren Theilnehmern der Begehung eines Vergehens nur einige das Rechtsmittel eingewandt haben an-

56) Vgl. Неклюдовъ, а. а. Д. С. 275—277.

dere nicht, so wird das Urtheil in Bezug auf letztere rechtskräftig und bleibt es, selbst wenn es in Bezug auf erstere abgeändert oder aufgehoben wird.

Die Gründe, welche die Ausführung eines rechtskräftigen Urtheils hindern, wie z. B. Tod des Verurtheilten, Vergleich bei Antragsverbrechen, sind dieselben wie im allgemeinen Verfahren, das friedensrichterliche Verfahren bietet hier kaum Eigenthümlichkeiten. Durch den Tod des Verurtheilten wird die Vollziehung des schon vorher rechtskräftigen Urtheils unmöglich, soweit es sich um persönliche Strafe handelt, nicht aber in Bezug auf Geldstrafe oder gar Schadenersatz, welche aus dem Nachlaß des Verstorbenen beigetrieben werden.

Vergleich ist bei Antragsverbrechen zulässig vor Vollziehung des Urtheils, durch einen solchen wird das Urtheil aufgehoben. Unter Vollziehung ist die wirkliche Vollstreckung des Urtheils zu verstehen, nicht die schriftliche Aufforderung des Friedensrichters an die betreffenden Behörden oder Beamten zur Ausführung des Urtheils zu schreiten<sup>57)</sup>. Charakteristisch für die formalistische Richtung der Praxis und Einseitigkeit, mit der Geseze interpretirt und angewendet werden, ist, daß, wie Nekljudow bezeugt, bis zum 8. Dec. 1867, wo jene in der Anmerkung citirte Cassationsentscheidung erging, die Friedensrichter den Vergleich nicht mehr zuließen, sobald nur die Ausführung des Urtheils schriftlich angeordnet war, abgesehen von seiner wirklichen Vollstreckung. Nekljudow motivirt diese Praxis durch eine enge, einseitige Auffassung des Art. 157 des Strafgesetzbuches und übersieht Art. 20 u. 22 des Friedensrichterstrafgesetzes, in welchen letzteren zu einer beschränkenden, das Vergleichsrecht einengenden Interpretation, gar kein Anhaltspunkt gegeben wird.

---

57) Entscheidung des Cr. C. D. 1867, № 580.

Ausgesetzt kann die Vollstreckung werden in Folge von Krankheit bis zur Genesung, in Folge der Flucht bis zur Haftwerdung, in Folge der Einleitung eines Verfahrens wegen eines anderen Vergehens oder Verbrechens zum Zweck gemeinsamer Vollstreckung beider Urtheile.

Die Vollstreckung der Urtheile soll durch den Friedensrichter selbst stattfinden. Er hat daher die Aufforderungsschreiben an die Behörden, deren Mitwirkung dazu erforderlich ist (z. B. Chefs der Gefängnisanstalten), selbst zu erlassen. Eine Ausnahme findet für Geistliche und Militärpersonen statt: hier werden die Vorgesetzten zur Vollstreckung des Urtheils vom Friedensrichter requirirt. Urtheile der friedensrichterlichen Versammlung werden entweder durch den Friedensrichter vollstreckt, bei dem die Sache entstand, oder auf Anordnung des Vorsitzenden. Die Vollstreckung soll ungesäumt nach Beschreitung der Rechtskraft erfolgen. Für Zahlung von Geldstrafen und etwaigen Schadenersatz hat der Friedensrichter mit Rücksicht auf die factischen Verhältnisse besondere Fristen für Zahlung der ganzen Summe oder Theilzahlungen anzusetzen. Sind dergleichen an die Krone zu zahlen, so hat der Verurtheilte stets eine zweimonatliche Frist. Erst nach Ablauf dieser Fristen kann eine zwangsweise Beitreibung erfolgen.

Erwähnen wir zum Schluß noch der Gerichtskosten, so ist in Bezug auf dieselben Folgendes zu bemerken.

Wie das Verfahren in Strassachen überhaupt, so ist auch das vor dem Friedensgericht von Stempelgebühren befreit. Die Parteien haben an Kosten nur zu tragen: 1) die Vergütung, welche die Zeugen und Sachverständigen für etwaige Reisekosten beanspruchen können (3 Kop. für die Werst und 25 Kop. für den Tag); 2) die Kosten für Aufbewahrung, Versendung, chemische Untersuchung u. s. w., materieller Beweisstücke; 3) die Kosten für Publicationen in den Zeitungen.

Diese Kosten hat der Verurtheilte zu tragen. Im Falle

der Freisprechung, wenn die Klage eine böswillige gewesen ist, der Kläger, sonst, sowie falls der Verurtheilte zahlungsunfähig ist, der Staat. Kosten, welche durch Aussetzung von Verhandlungen und Terminen entstehen, hat der zu tragen, welcher die Aussetzung verursacht hat; er ist auch im Falle er siegen sollte nicht berechtigt Ersatz solcher Kosten vom Gegner zu verlangen.

Für Ausfertigungen werden nur Schreibgebühren erhoben; Verurtheilte, welche arm sind müssen Copieen des Urtheils gratis erhalten.

Nur bei Cassationsgesuchen an den Senat ist neuerdings durch ein am 1. Juni 1868 Allerhöchst bestätigtes Reichsrathsgutachten die Erlegung eines Succumbenzgeldes von 10 Rbl. vorgeschrieben worden, offenbar als Mittel, um die ungeheure Zahl unbegründeter Cassationsgesuche über Urtheile der Friedensrichterversammlungen, mit denen der Senat überschwemmt wurde, in etwas zu beschränken. Von der Hinterlegung des Succumbenzgeldes sind übrigens befreit: 1) alle Personen, die sich in Haft befinden oder zu Gefängnißstrafe verurtheilt sind, 2) die Procureure, 3) alle Kronsbehörden. Wird das Gesuch als begründet befunden, so wird das deponirte Geld zurückgezahlt, im entgegengesetzten Falle verfällt es der Krone. Jedoch kann der Senat, wenn Petent sich in einer Lage befindet, welche die Anwendung des Armenrechtes absolut rechtfertigt und das abgewiesene Gesuch nicht jeder Begründung entbehrt, die Rückgabe der Succumbenzgelder verfügen. Bei solchen Beschränkungen kann die Erlegung eines Succumbenzgeldes in keiner Weise als drückend erscheinen und muß als sehr zweckentsprechend bezeichnet werden.

J. Engelmann.

### III.

## Präjudicien des Rigaschen Stadtrechts aus dem Gebiet des Civil- und Handelsrechts.

(Fortsetzung.)

35. Die Rechte aus einem Kauf- oder Lieferungsgefchäfte können von dem einen Contrahenten ohne Zuziehung und Genehmigung des anderen an einen Dritten mit der Wirkung abgetreten werden, daß derselbe gegen Leistung der entsprechenden Verbindlichkeit des Cedenten die Erfüllung des Vertrages von Seiten des anderen Contrahenten zu verlangen und darauf zu klagen berechtigt ist \*).

(Art. 3467, 3470 und 3487 des Prov.-Rechts Th. 3.)

Die Handlung N. hatte von Gh. 500 Tonnen Kron-Säeleinsaat zum Preise von 11½ Rbl. per Tonne, bis spätestens den 31. October 1867 zu liefern und nach geschעהener Lieferung zu bezahlen, gekauft und dem Gh. einen bezüglichen Schein ausgereicht. Gh. übertrug seine Rechte aus dem Kaufvertrage durch Cessionvermerk auf der von der Handlung N. ausgestellten Kaufbescheinigung auf den Kaufmann F., welcher bei dem Wettgerichte wider die Handlung N. auf Empfang der derselben verkauften 500 Tonnen Säesaat und Bezahlung

\*) Vgl. das Erf. des D.-A.-G. zu Darmstadt, im pract. Arch. n. F. VII, S. 96 und 97.

des Kaufpreises klagte. An dieser Klage rügte die beklagte Handlung den Mangel der Sachlegitimation des Klägers, indem sie behauptete, daß Th. ohne ihre Zustimmung seine Lieferungsverbindlichkeit nicht auf den Kläger habe übertragen dürfen, weil der Schuldner nicht ohne Einwilligung des Gläubigers einen Anderen an seine Stelle als Schuldner substituiren dürfe und es nur eine Cession von Rechten, nicht aber von Verbindlichkeiten gebe.

Die Einrede der mangelnden Sachlegitimation wurde jedoch sowohl in dem Erkenntniß v. 25. Januar 1868 *N* 55 als in dem Querelbescheide des Rigaschen Rathes v. 17. Januar 1869 *N* 376 übereinstimmend verworfen. Wir lassen die Entscheidungsgründe beider Instanzen, soweit sie hier interessiren, folgen:

1) Motive des wettgerichtlichen Erkenntnisses:  
 „Ein Lieferungscontract gehört zu den zweiseitigen Verträgen (Prov.-Recht Th. 3, Art. 3106), bei welchem jeder Contractant gleichzeitig berechtigt wie verpflichtet, Gläubiger und Schuldner ist, und zwar erscheint der Lieferant insofern als creditor, als er von dem Empfänger die Zahlung des bedungenen Kaufpreises für die verkaufte Waare zu verlangen berechtigt ist, weshalb ihm denn auch zweifellos die Befugniß zustehen muß dieses Recht zu cediren. Von der allgemeinen Regel, daß Forderungsrechte jeder Art cedirt werden können (4367 l. c.), hinsichtlich der Bilateralcontracte deshalb eine Ausnahme zu statuiren, weil hier die Geltendmachung des vertragsmäßigen Rechtes durch die Übernahme der resp. Verbindlichkeit bedingt ist, also Recht und Verbindlichkeit mit einander verbunden sind, — liegt nach der richtigen und gegenwärtig herrschenden Ansicht \*) kein Grund vor. Denn wirklich „cedirt“ wird immer nur das durch die Klage zu realisir-

---

\*) Vgl. Seuffert, Pandecten, § 299 Note 9. Sintenis, Civilrecht, II § 128 sub III. Windscheid, Pandecten, II § 335 Note 14.

rende Recht, nicht das Obligationsverhältniß als solches (Art. 3470 l. c.). Deswegen erscheint aber keineswegs ausgeschlossen und unstatthaft, daß der Cessionar, welchem das Recht cum onere abgetreten wird, sich zugleich seinem Cedenten gegenüber verpflichtet, die letzterem obliegende, zur Realisirung des cedirten Rechtes erforderliche Erfüllung des Contractes selbst vorzunehmen, weil es ein nicht zu bestreitender Rechtsatz ist (Art. 3487 l. c.), daß der Schuldner, falls nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet ist oder aus der Natur der Sache sich ergibt, die Obligation nicht in Person zu erfüllen braucht, sondern die Erfüllung auch durch einen Dritten bewerkstelligen kann, vorausgesetzt natürlich, daß die Erfüllung in bedingener Art erfolge.“

„In solchem Falle kann aber nicht gesagt werden, daß der Lieferant „an seiner Stelle einen Anderen als Schuldner substituiren.“ Denn es wird nicht der ursprüngliche Schuldner von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger liberirt und der Verantwortung für die gehörige Erfüllung des Vertrages überhoben, sondern er bleibt vielmehr nach wie vor seinem Contrahenten persönlich dafür verhaftet, daß derselbe seine vertragsmäßige Befriedigung wirklich erhalte, und das neben und unbeschadet der bestehenden Obligation zwischen dem Schuldner und dem Dritten, welcher für jenen zu liefern sich verpflichtet, Neubegründete Schuldverhältniß äußert auf den Gläubiger nur insofern einen Einfluß, als dieser — falls ihn nicht etwa besondere Umstände im concreten Falle hierzu berechtigen — die gehörig angebotene Erfüllung abseiten des Dritten nicht zurückweisen darf und durch gehörige Ausführung derselben der ursprüngliche Schuldner in der That befreit wird. (Art. 3483 u. 3487 l. c.) Wenn Solchem nach schon nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts die Cessibilität der aus einem zweiseitigen Vertrage entsprin-

genden Rechte unter gleichzeitiger Uebernahme der entsprechenden Verbindlichkeiten nicht zu bezweifeln ist, so kann dies vom Standpunkte des, eine möglichst freie Bewegung des Verkehrs und prompte Effectuirung der Handelsgeschäfte erstrebenden Handelsrechtes noch weniger der Fall sein: auch nach den Grundsätzen des letzteren steht es fest \*), daß der Gläubiger, wenn er anders nicht ein besonderes Interesse an der Persönlichkeit des Leistenden hat, es dem Schuldner nicht verwehren kann, sich beliebig der Stellvertretung durch dritte Personen zu bedienen und die tägliche Erfahrung lehrt, daß auch am hiesigen Handelsplatze in der That die aus einem Lieferungs- geschäfte dem Lieferanten erwachsenden Rechte von diesem ohne Weiteres auf andere Personen in der Weise übertragen werden, daß letztere gleichzeitig die entsprechenden Verbindlichkeiten auf sich nehmen.“

2) Entscheidungsgründe der Appellationsinstanz:

„Es ist der Rechtsatz:

daß auch die Rechte aus einem Kauf- oder Lieferungs- geschäfte von dem einen Contrahenten ohne Beziehung und Genehmigung des andern an einen Dritten mit der Wirkung abgetreten werden können, daß derselbe gegen Leistung der entsprechenden Verbindlichkeit des Cedenten die Erfüllung des Vertrages von Seiten des anderen Contrahenten zu verlangen und darauf zu klagen berechtigt ist, sowohl in der Theorie begründet, als durch die Praxis auch d s hiesigen Ortes anerkannt und festgestellt.“

„Es unterliegt keinem Zweifel, daß schon nach röm. Recht Klagen aus dem Kaufcontracte abgetreten werden konnten, und damit stimmt auch das Prov.-Recht überein, wenn es im Art. 3467 l. c. besagt: Forderungsrechte jeder Art, sie

\*) Vgl. Endemann, Handelsrecht, § 97 Note 13.

mögen aus Verträgen oder aus unerlaubten Handlungen entsprungen sein, können Gegenstand der Abtretung sein . . . . . Wenn sonach die Forderung auf Bezahlung des Kaufpreises abgetreten ist und von dem Cessionar durch Klage geltend gemacht wird, so ist es natürlich und selbstverständlich, daß er zur Begegnung der *exceptio non adimpleti contractus* sich zugleich zur Erfüllung der dem Cedenten obliegenden Verpflichtung erbietet, und es kann nur die Frage entstehen, ob der andere Contrahent sich die Erfüllung von Seiten des Cessionars anstatt des Cedenten gefallen zu lassen braucht. Die Beantwortung dieser Frage kann aber in allen den Fällen nicht zweifelhaft sein, wo die Leistung nicht an die Person des Schuldners gebunden ist, was überall da eintritt, wo es sich um Lieferung einer Waare handelt. Dies wird auch von dem *Prov.-Recht Art. 3487 l. c.* deutlich ausgesprochen, indem es daselbst heißt: Ist eine Forderung auf eine Leistung des Verpflichteten in Person beschränkt, so muß dieser selbst erfüllen. In allen anderen Fällen kann die Erfüllung für den Schuldner, selbst ohne dessen Wissen und wider dessen Willen, von einem Dritten geschehen. Bei dieser Bestimmung des Gesetzes kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch der andere Contrahent — ausgenommen in den Fällen, wo es auf die Persönlichkeit des Leistenden ankommt — für verpflichtet angesehen werden muß, auch die von einem Dritten angebotene Erfüllung entgegenzunehmen.“

„Für den Handelsverkehr ist der oben aufgestellte Rechtsatz eine unentbehrliche Nothwendigkeit, da er eine möglichst freie Bewegung zu seinem Gedeihen erfordert; diese würde aber beschränkt sein, wenn die Forderung aufgestellt würde, daß die Erfüllung eines Kaufgeschäfts immer durch die Contrahenten selbst zu realisiren sei. Der obige Grundsatz ist daher im täglichen Verkehr auch unseres Orts von der Handelswelt anerkannt und in fortwährender Übung.“

36) Zur Auslegung des Art. 3480 des Prov.-Rechts Th. 3.

Beklagter, welcher dem Michail S. über den letzterem annoch geschuldeten Kaufpreis eines Immobils eine Obligation ausgestellt hatte, opponirte der wider ihn von dem Cessionaren des Michail S. am 6. Juli 1868 erhobenen Klage auf Bezahlung des Obligationscapitals die Einrede der Litispendenz auf Grund dessen, daß er am 7. Mai 1868 wider den Cedenten des Klägers eine Klage auf Rescission des Kaufvertrages und Rückgabe der fraglichen Obligation angestellt habe und Kläger sich diese Einrede aus der Person seines Cedenten gefallen lassen müsse, weil er, Beklagter, erst durch die Anstellung der Klage am 6. Juni 1868 Kenntniß von der Cession erlangt habe. Kläger berief sich hiergegen auf den Art. 3480 des Prov.-Rechts Th. 3, nach welchem der Schuldner dem Cessionaren nur solche Einreden entgegensetzen dürfe, welche ihm gegen den Cedenten vor der Abtretung und zur Zeit derselben bereits zustanden (eine Regel, von der nur hinsichtlich der Gegenforderungen eine Ausnahme zugelassen werde), während in casu die Cession am 23. April, die Klageanstellung abseiten des Beklagten wider den Cedenten Michail S. erst am 7. Mai stattgefunden habe.

Über diesen Streitpunkt äußern sich die Motive des Erf. der I. Section des Landvogteigerichts vom 26. Novbr. 1868 № 251 folgendermaßen:

„Mit Rücksicht auf die Vorschrift des Art. 3474 l. c.: „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 . . .“ kann der Art. 3480 l. c., wenn man nicht anders die nach Art. XIV u. XX der Einleitung l. c. unzulässige Annahme unterstellen will, daß zwischen beiden Gesetzesstellen ein Widerspruch obwalte, und wenn

man andererseits nicht voraussetzt, daß der letztere Artikel eine sowohl den als Quelle und Beleg zu ihm allegirten Pandectenstellen, als auch dem bisher geltenden Rechte zuwiderlaufende Vorschrift habe geben wollen, — nur so aufgefaßt werden, daß für die Geltendmachung von Einreden gegen die cedirte Forderung gegenüber dem Cessionar für den Cessus ganz allgemein nicht der Zeitpunkt der Cession, sondern der der Benachrichtigung des Schuldners von derselben entscheidend ist \*), und würde daher, da die Wandelungsklage vom Beklagten schon am 7. Mai 1868 angestellt worden ist und Kläger die Behauptung des Beklagten, er habe erst durch die gegenwärtige am 6. Juli 1868 wider ihn verlautbarte Klage von der Cession Kunde erhalten, unwidersprochen gelassen hat, — die Einrede der Litispandez an und für sich dem Kläger wohl entgegenstehen.“

37) Der solutionis causa adjectus hat kein selbständiges Klagerrecht wider den Schuldner.

(Art. 3491 des Prov.-Rechts Th. 3.)

Beklagter hatte urkundlich versprochen den Kaufpreis für eine von B. in Segewolde gekaufte Partie Vieh mit 575 Rbl. „dem B. aus Segewolde, resp. der Handlung B. & Co.“ am 16. December 1867 zu bezahlen. Die auf Grund dieses Versprechens von der Handlung B. & Co. erhobene Klage wurde von dem Wettgerichte durch Erkenntniß vom 24. Februar 1868 N<sup>o</sup> 134 wegen mangelnder Legitimation zur Sache abgewiesen, in dessen Motiven es heißt:

„Die der Klage zu Grunde liegende Bescheinigung besagt, daß Beklagter sich verpflichtet hat „die Schuldforderung B. aus Segewolde, resp. der Handlung B. & Co.“ zu ent-

\*) Vgl. Seuffert, Pandecten, § 302 Note 6. Arndts, Pandecten, § 256. Windscheid, Pandecten, II § 332 sub 1. Sintenis, Civilrecht, II § 128 nach Note 93. Ranagerow, Pandecten, III § 575 Ann. 1.

richten, d. h. Einem oder dem Anderen Zahlung zu leisten. Ein solches Versprechen, das der ursprüngliche Gläubiger sich geben läßt, hat zur Folge, daß der Schuldner dem Dritten (solutionis causa adjectus) mit vollkommenem Rechtseffect Zahlung zu leisten berechtigt ist; eine Verpflichtung zur Zahlung an diesen Dritten begründet es aber nicht, ebenso wenig als daraus dem Letzteren ein Klagerrecht in eigenem Namen erwächst. (Prov.-Recht Art. 3491. lex. 10 Dig. de solut. et liber. XLVI, 3. vgl. Sintenis, Civilrecht, II § 103 Anmerkfg. 51 u. 64). Bei dieser durch den Wortlaut der Bescheinigung gerechtfertigten Auffassung unterliegt es keinem Zweifel, daß aus ihr ein selbständiges Klagerrecht der klägerischen Handlung nicht herzuleiten ist.“

38) Die Beweiskraft einer mehr als 30 Tage alten Quittung ist nach Art. 3678 des Prov.-Rechts Th. 3 zu beurtheilen.

Der Art. 3534 des Prov.-Rechts Th. 3 besagt, daß eine einfache Quittung erst nach Ablauf von 30 Tagen seit ihrer Ausstellung Beweiskraft erhält, bis dahin aber durch die Einrede der nicht empfangenen Zahlung beseitigt werden kann, insofern letztere nicht durch eine später erfolgte Anerkennung der Quittung ausgeschlossen ist. Ungewiß bleibt dabei, welche Wirkung die bereits in Beweiskraft übergegangene Quittung habe; die Entscheidung dieser Frage muß daher gemäß Art. XXI der Einleitung l. c. in den Vorschriften über die Beweiskraft der Schuldverschreibungen, welche gleichfalls hauptsächlich auf der zu dem Art. 3534 cit. als Belegstelle allegirten lex. 14 Cod. de non num. pec. IV, 30 beruhen, gesucht werden und wird in dem Art. 3678 l. c. in Übereinstimmung mit der in der gemeinrechtlichen Doctrin vorherrschenden Ansicht \*) dahin gegeben, daß die Urkunde nach

\*) Vgl. Sintenis, Civilrecht, II § 96 Note 45. Seuffert, Pandecten, II § 284 Note 12. Wegell, System, § 22 Note 35.

Ablauf der für die Anfechtung bestehenden Frist zwar vollkommenen Beweis liefert, der Gegenbeweis wider dieselbe indessen nicht ausgeschlossen, sondern lediglich in soweit beschränkt ist, als er nicht durch Eidesdelation geführt werden darf.“ (Aus den Motiven eines Bescheides der I. Section des Landvogtgerichts vom 22. Februar 1869 *N* 39).

39) Die Rechtswohlthat der Competenz auf Grund des Art. 3526 Punkt 8 des Prov.-Rechts Th. 3 steht dem Schuldner gegenüber denjenigen Forderungen, welche erst nach dessen Insolvenzerklärung entstanden sind, nicht zu.

„Die unter den Parteien streitige Frage, ob der Schuldner, welcher bonis cedirte, das beneficium competentiae auch denjenigen Gläubigern gegenüber geltend machen kann, denen er erst nach der Güterabtretung schuldig geworden ist, muß unbedingt verneint werden. Wenn schon der subjective Beweggrund des Insolventen zur Güterabtretung in der Regel darin zu sehen ist, daß er sich auf die Dauer gegen den Andrang seiner zur Zeit der Insolvenzerklärung bereits existirenden Gläubiger schützen wolle und daher, gemäß seiner eigenen Intention, die Güterabtretung gegen die Letzteren, nicht aber auch gegen später etwa hinzukommende Creditoren rechtliche Wirkungen äußern solle; wenn ferner die Ausdehnung der in Rede stehenden Rechtswohlthat, als eines nur gewissen Personen verliehenen Privilegs, nach der Bestimmung des Privatrechts, Einleitung Punkt XIX, im Zweifel in dem Sinne aufgefaßt werden muß, welcher am wenigsten von dem für die übrigen Personen geltenden Rechte abweicht, so werden die etwanigen Bedenken, welche gegen die Verneinung der oben aufgeworfenen Frage entstehen könnten, durch die deutliche Vorschrift der als Quelle des Art. 3526 des Prov.-Rechts Th. 3 in der Note h. ibid. verzeichneten l. 3. C. de bonis auctor. judicis poss. VII, 72 vollends gehoben. Diese Gesetzesstelle hat in

Übereinstimmung mit dem § ult. J. de actionibus IV, 6 Folgendes zum Inhalte:

Ex contractu, qui cessionem rerum antecessit, debitorem contra juris rationem convenies, quum eum aequitas auxilio exceptionis munit; d. h. mit Unrecht wirfst du den Schuldner aus einem Contracte, welcher der Güterabtretung vorausging, in Anspruch nehmen, da ihn die Billigkeit mit Hilfe einer Einrede schützt.

„Erleidet es mithin keinen Zweifel, daß die Rechtswohlthat der Competenz nur auf Vertragsverhältnisse, welche vor der Güterabtretung bereits existent gewesen, zu beschränken ist\*), so muß, da Beklagter nicht geleugnet hat, daß die gegenwärtig ausgeklagte Forderung erst nach seiner Insolvenzerklärung entstanden ist, die von ihm vorgeschützte Competenzeinrede für hinfällig erachtet werden.“ (Aus den Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses des Vogteigerichts vom 8. Juni 1868 *N* 48).

- 40) Die Rechtswohlthat der Competenz auf Grund des Art. 3526 Punkt 8 des Prov.-Rechts Th. 3 setzt eine förmliche, unter Mitwirkung des Gerichtes und an die Gesamtheit der Gläubiger erfolgte Güterabtretung voraus.

Im Gegensatz zu der Entscheidung des Vogteigerichts vom 6. Juli 1868 *N* 53, welches dem Schuldner *R.* das benef. compet. auf Grund dessen einräumte, daß derselbe im factischen Zustande der Zahlungsunfähigkeit sein

---

\*) Die auf lex 4 § 1 Dig. de cess. bon. 42,3 gegründete entgegengesetzte Ansicht, welche noch von Thibaut, civilist. Abhandlungen, *N* 16, S. 350 ff. vertheidigt wurde, ist von der neueren Doctrin durchgängig aufgegeben worden. Vgl. darüber Vangerow, Pandecten, I § 174 Anmerk. 2 sub 8. Holzschuher, Theorie u. Casuistik, III S. 242 sub 10 u. S. 243. Windscheid, Pandecten, II § 267 Note 8.

Vermögen mit Zustimmung seines Hauptgläubigers A. einem anderen Gläubiger S. abgetreten hatte, wurde in dem App.-Erk. des Rigaschen Rathes vom 18. Juni 1869 № 4420 angenommen:

„Wenn nun auch dem Appellaten R. darin beizustimmen ist, daß sich aus den Acten sehr wohl entnehmen läßt, daß er sich im Zustande der Insolvenz befindet, so geht doch aus denselben zugleich hervor, daß eine formelle Insolvenzerklärung und eine Abtretung seines Vermögens an die Gesamtheit seiner Gläubiger nicht stattgefunden hat. Denn eine solche Abtretung kann, wenn sie rechtliche Wirkungen mit sich führen soll, nur vor Gericht und an die Gesamtheit der Gläubiger geschehen, in welchem Falle sie dann Veranlassung zur Concurseröffnung wird. Eine solche Abtretung und daher auch eine Concurseröffnung über das R.'sche Vermögen hat aber nicht stattgefunden. Das von Seiten des Appellaten R., wenn auch mit Zustimmung einer seiner Hauptgläubiger A. mit einem anderen Hauptgläubiger S. getroffene Arrangement, demzufolge er diesem sein sämmtliches Vermögen zur Realisirung desselben und zur Abwicklung seines Handelsgeschäfts übergeben hat, kann somit als eine mit Rechtswirksamkeit für seine sämmtlichen Gläubiger verbundene cessio bonorum nicht angesehen werden. Daher kann Appellat R. auch auf die nur mit der cessio bonorum verbundene Rechtswohlthat der Competenz, nach welcher ihm in Ansehung seines späteren Erwerbes soviel, als zu seinem Unterhalt unumgänglich nöthig ist, von seinen Gläubigern gelassen werden muß, einen Anspruch nicht erheben.“

- 41) Wen trifft die Beweislast, wenn über den Rechtsbestand der einer Expromission zu Grunde liegenden Forderung Streit entsteht?

(Art. 3585 des Prov.-Rechts Th. 3.)

In den Motiven eines Beweisinterlocuts der I. Section des Landvogteigerichts vom 6. November 1869 № 220 kommt hierüber vor:

„Die Expromission hat zu ihrer Voraussetzung nach Art. 3585 des Prov.=Rechts Th. 3 allerdings das wirksame Bestehen der Forderung, in Bezug auf welche sie stattfand, und ist ungültig, wenn diese der Rechtsbeständigkeit ermangelte. Gleichwohl ist es nicht die Aufgabe des klagenden Gläubigers, außer den die behauptete Novation begründenden Thatsachen, welche die allgemeinen Voraussetzungen seines Anspruchs enthalten, auch noch die frühere Existenz der mittelst Novation umgewandelten Schuld zu beweisen. Vielmehr hat der Gegner, wenn er glaubt wegen mangelnder causa die Gültigkeit der Novation bestreiten zu können, die Nichtexistenz der alten Schuld zu behaupten und erforderlichen Falls in Erweis zu setzen.“

- 42) Haftung des früheren Inhabers einer Handlungsfirma für die zur Zeit der Veräußerung bereits bestehenden und die nachher von dem Erwerber der Handlungsfirma contrahirten Schulden.

Die Handlung M. & S. hatte mit dem Beklagten, welcher in Riga ein Geschäft unter der Firma H. R. J. etablirt hatte, seit Jahren im Contocourent=Verhältniß gestanden, indem sie Beklagtem Manufacturwaaren auf Credit verabsolgte und von demselben successive Zahlungen empfing. Nach dem unter ihnen geführten Contobuche war Beklagter am Schlusse des Jahres 1866 der Handlung M. & S. ein Saldo von 1237 Rbl. 96 Kop. schuldig geblieben und machte darauf am 4. Januar 1867 bei dem Wettgerichte die Anzeige, daß er seinen Handel aufgegeben und seine Firma H. R. J. auf seinen Sohn Gustav Leopold J. übertragen habe, während letzterer gleichzeitig bei dem Wettgerichte die Eröffnung eines Manufactur= und Kurzwaarengeschäfts unter der Firma H. R. J.

anzeigte. Nachdem der Gustav Leopold F. in Concurſ gerathen war, erhob die Handlung M. & S. am 29. Februar 1868 wider den Beklagten Klage auf Bezahlung eines am 1. Febr. 1868 aus dem Conto-Courant mit der Firma H. R. F. zu ihren Gunſten verbliebenen Saldo's im Betrage von 964 Rbl. 78 Kop. nebst Weilverrenten, zu deren Begründung ſie anführte, Beklagter ſei zur Bezahlung dieſes Guthabens deſhalb verpflichtet, weil er ſie von der Übertragung ſeiner Handlung nebst allen Paſſiven auf ſeinen Sohn Gustav Leopold F. weder benachrichtigt, noch ſie jemals in den Übergang ihrer Forderung an Beklagten auf deſſen Sohn gewilligt habe. Beklagter ſetzte dieſer Klage die Einrede der mangelnden paſſiven Sachlegitimation entgegen und machte namentlich geltend, daß das am Schluſſe des Jahres 1866 verbliebene Saldo der klägeriſchen Handlung von ſeinem Sohne, der ja die Geſchäftsverbindung mit derſelben fortgeſetzt habe, bereits im Juni 1867 bezahlt worden ſei, und daß für den während der Folgezeit gewährten Credit klägeriſche Handlung ſich nur an ſeinen Sohn, als damaligen Inhaber der Firma, halten könne. Durch Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 22. Februar N<sup>o</sup> 26 wurde indeſſen dieſe Einrede zurückgewieſen und dabei ausgeführt:

„An die Spitze ſeiner Vertheidigung ſtellt Beklagter den Saß, daß für die Verbindlichkeiten einer Handlung nur deren wirklicher Inhaber zu haften habe, — ein Saß, der in der ihm vom Beklagten beigelegten Bedeutung, nach welcher unter dem „wirklichen“ der jeweilige factiſche Inhaber zu verſtehen iſt, als unbedingt unrichtig bezeichnet werden muß. Dahiingeſtellt kann es hier bleiben, in wieweit es theoretisch richtig iſt von Verbindlichkeiten „einer Handlung“ als ſolcher zu ſprechen, da in dem hier einzig intereſſirenden practiſchen Reſultate die Doctrin wie die Praxis des Handelsrechts dahin übereinstimmen, daß für die im Handelsbetriebe contrahirten

Handlungsschulden nicht bloß das etwa ausgelegte besondere Handelscapital, sondern das gesammte Vermögen des Geschäftsinhabers, gleichviel, ob dieser eine einzelne Person oder eine offene Handelsgesellschaft ist, verhaftet bleibt. Insofern wird also eine Schuldverbindlichkeit nicht bloß „der Handlung“ als solcher, sondern stets auch eine persönliche des Handlungsinhabers durch die unter der Handlungsfirma eingegangenen Handelsgeschäfte erzeugt. Wenn aber nicht allein die Handlung, sondern auch die Person ihres Inhabers als Obligationsschuldner erscheint, so folgt gemäß der allgemeinen Rechtsregel, daß der Schuldner nicht ohne Einwilligung seines Gläubigers sich seiner Schuldverpflichtung entledigen und statt seiner einen Andern als Schuldner stellen kann (vgl. *R.-N.* III Art. 3588 Punkt 2), hieraus, daß durch den Übergang der Handlung auf einen neuen Inhaber der bisherige keineswegs von der Haftung für die von ihm contrahirten Schulden liberirt wird, selbst wenn der erstere ausdrücklich und öffentlich erklärt, er habe die Handlung mit allen Activen und Passiven übernommen, sondern daß die gedachte Befreiung des ursprünglichen Schuldners erst dadurch eintritt, daß der betreffende Gläubiger seiner Einwilligung in die stattgehabte Delegation einen bestimmten und deutlichen Ausdruck verleiht. Ohne eine diesbezügliche Willensäußerung braucht der Creditor sich hinsichtlich seiner Befriedigung nicht an den neuen Inhaber des Geschäftes verweisen zu lassen, sondern ist befugt, sich an den ehemaligen Geschäftsinhaber zu halten, gleich als ob eine Übertragung des Geschäftes überhaupt nicht stattgefunden hätte \*).

---

\*) cf. Brindmann, Handelsrecht, S. 189 bei Note 6. Thöl, Handelsrecht, § 39 sub III. Endemann, Handelsrecht, § 17 sub II.

Hieraus ergibt sich denn die Unhaltbarkeit des obigen Sages und mit diesem zugleich fallen auch sämmtliche vom Beklagten daraus gezogenen Consequenzen, welche der von ihm opponirten Einrede der mangelnden passiven Sachlegitimation zur rechtlichen Grundlage dienen. Der Umstand, daß Beklagter bei dem Wettgerichte die Anzeige machte, wie er seinen Handel aufgegeben und seine Firma auf seinen Sohn übertragen habe, konnte an dem zwischen ihm und seinen Creditoren, speciell der klägerischen Handlung, bestehenden Rechtsverhältnisse Nichts ändern: er blieb nach wie vor für die von ihm contrahirten Schulden verantwortlich. Ja dies müßte selbst dann behauptet werden, wenn er durch eine öffentliche Bekanntmachung oder durch ein Circulair den Übergang seiner Firma mit Activen und Passiven auf seinen Sohn zur Kenntniß der klägerischen Handlung gebracht, sein Sohn die Übernahme der Passiva ausdrücklich erklärt und letztere auf diese Notification geschwiegen hätte, indem ein solches Schweigen keineswegs rechtlich als eine Zustimmung zu betrachten (P.-R. Th. III Art. 2941) und demselben mithin auch keine rechtliche Wirkung beizulegen wäre. Und ebensowenig läge eine Einwilligung der klägerischen Handlung, Beklagten von seiner Zahlungspflicht zu entlassen und dafür seinen Sohn als alleinigen Schuldner anzunehmen, schon darin, wenn dieselbe, mit dem Übergange der Firma bekannt, die Geschäftsverbindung mit dem Gustav Leopold J. fortgesetzt und denselben um Bezahlung des am Schluß 1866 verbliebenen Saldo gemahnt, sowie Zahlungsversprechen von demselben entgegengenommen hätte, weil der animus novandi nicht zu vermuthen, sondern allein dort als vorhanden anzunehmen ist, wo er sich aus den Umständen unzweifelhaft ergibt, während in dem gedachten Falle die Auslegung näher liegt, daß klägerische Handlung neben dem Beklagten, als ursprünglichen Contrahenten, auch noch dessen Sohn, als Handlungsübernehmer, als Schuldner

ansehen wollte, wozu sie im Falle einer seinerseitigen Erklärung über die Übernahme der Passiva zweifelsohne befugt gewesen wäre \*).

„Wenn Vorstehendem zufolge also die Verpflichtung des Beklagten, den nach Hingabe der oberwähnten Obligation über 700 Rbl. an Zahlungsstatt verbliebenen Rest des am Schlusse des Jahres 1866 sich ergeben habenden Saldos der klägerischen Handlung zu bezahlen, auch in dem Falle nicht als erloschen anzusehen wäre, daß letztere in der That von der Übertragung der Firma G. R. S. auf den Gustav Leopold S. eine gehörige Benachrichtigung erhalten hätte, so kann dies um so weniger jetzt gelten, wo Beklagter seine Behauptung, daß klägerische Handlung von der fraglichen Thatsache Wissenschaft habe, gänzlich unerwiesen gelassen hat. Vielmehr knüpft sich hieran die weitere Rechtsfolge, daß Beklagter der klägerischen Handlung die Berufung auf die stattgehabte Übertragung seines Handelsgeschäftes überhaupt gar nicht entgegensetzen darf, sondern ihr gegenüber noch gegenwärtig als Inhaber des Geschäfts zu gelten und für den seiner Firma gewährten Credit einzustehen hat.

Zwar ist Beklagtem zuzugeben, daß nach den hierorts geltenden Rechten nicht, wie dies in den Gesetzgebungen auswärtiger Staaten und insbesondere in dem N. D. Handelsgesetzbuch (Art. 25) geschehen, für die Übertragung einer kaufmännischen Firma die Beobachtung bestimmter Formen vorgeschrieben ist. Eben deshalb kann aber eine Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen derjenige, welcher die betreffende Übertragung vorgenommen hat, diese Thatsache den interessirten Personen gegenüber geltend machen darf, lediglich aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleitet

\*) Vgl. die bereits angeführten Schriftsteller. Prov.-R. III Art. 3586—3588. Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsrecht, IV S. 138—140 u. VI S. 588—590. Auerbach, das Gesellschaftswesen, 1861, S. 110.

werden. Hiernach erscheint Solches nun, da eine allgemeine Rechtspflicht, von der Veränderung der Inhaber einer Firma Notiz zu nehmen, nicht existirt, lediglich dort statthast, wo die fragliche Veränderung dem betheiligten Dritten gehörig angezeigt oder aber der Beweis geführt wird, daß er auf anderem Wege Kenntniß von derselben erlangt habe, welche Voraussetzungen, wie schon erwähnt, auf Seiten des Beklagten beide nicht zutreffen.

Auch kann es Beklagtem nicht zu Statten kommen, daß klägerische Handlung durch eine bezügliche Erkundigung bei dem Wettgerichte sich über die in Rede stehende Thatsache Auskunft hätte erholen können, weil einestheils eine Verpflichtung zu einer solchen Erkundigung für sie nicht bestand, sie vielmehr dem Handelsbrauche zufolge erwarten durfte, daß sie von einer Abtretung der beklagtischen Firma an einen Dritten Seitens des Beklagten auf die in der Handelswelt übliche Weise benachrichtigt werden würde, und weil anderentheils zu einer solchen Erkundigung es auch an einer Veranlassung deshalb mangelte, weil der Gustav Leopold F. nach der beklagterseits unwidersprochen gelassenen Behauptung der klägerischen Handlung schon längere Zeit als Procurant dessen Firma gezeichnet und unter derselben Geschäfte abgeschlossen hatte. Ebenso wenig bestand aber für klägerische Handlung eine Pflicht zur Kenntnißnahme von dem alljährlich erscheinenden gedruckten Verzeichnisse der zur Gilde steuernden Kaufleute, weil dieses des amtlichen Charakters entbehrt, es somit Sache jedes Einzelnen ist, ob er Einsicht von demselben nehmen will oder nicht.

Als Resultat obiger Ausführung ergibt sich, daß Beklagter zur Bezahlung nicht bloß des nach Berichtigung von 700 Rbl. verbliebenen Saldorestes aus dem Jahre 1866, sondern auch des aus dem nachher seiner ehemaligen Firma gewährten Credit entstandenen Guthabens der klägerischen Hand-

lung gegenüber verbunden, also auch mit Recht von derselben dieserhalb belangt und die von ihm vorgebrachte Einrede der mangelnden passiven Sachlegitimation daher verwerflich ist.“

„Zugleich wird durch obige Ausführungen aber auch die, das Fundament der zweiten beklagtiſchen Einrede bildende Behauptung widerlegt, es sei das am Schlusse des Jahres 1866 sich ergebende Guthaben der klägeriſchen Handlung durch die von dem Gustav Leopold J. im Laufe des Jahres 1867 gemachten Abzahlungen bereits vollständig getilgt worden und sei deshalb für das geklagte Saldo lediglich jener G. L. J. verantwortlich. Denn wenngleich es richtig ist, daß der Schuldner regelmäßig auch ohne sein Wissen durch die Seitens eines Dritten an seinen Gläubiger erfolgte Erfüllung der Obligation befreit wird (Art. 3487 l. c.), so wird hierbei doch die stillschweigende Voraussetzung unterstellt, daß jener Dritte im Namen und für den eigentlichen Schuldner und nicht für sich selbst erfülle, was nach der Darstellung des Beklagten in casu nicht der Fall gewesen ist, weil er ja den Gustav Leopold J. als selbständigen Inhaber der Firma ansieht, so daß dieser also durch die von ihm geleisteten Zahlungen nur seine Schulden an klägerische Handlung berichtigt hätte. Allein wie bereits gezeigt worden, ist der klägerischen Handlung gegenüber immer noch Beklagter als Inhaber der Firma H. N. J. zu betrachten und zu behandeln, weshalb zwar das Saldo aus dem Jahre 1866 bereits gedeckt erscheint, Beklagter aber auch für die Bezahlung des am 1. Februar 1868 verbliebenen und gegenwärtig zur Klage gebrachten Saldo's zu haften hat.“

Auf beklagtiſche Appellation hat der Rigasche Rath mittelst App.=Erf. vom 29. October 1869 N<sup>o</sup> 7687 die Entscheidung erster Instanz bestätigt:

„Den obigen vom Unterrichter aus den einschlägigen allgemeinen und handelsrechtlichen Grundsätzen (vgl. Prov.=Recht Th. III Art 3586—98 u. 2941. Brinckmann, Handelsrecht,

§. 189. Endemann, Handelsrecht, § 17, II. Thöl, Handelsrecht, § 39, III) hergeleiteten Ausführungen gegenüber weist Appellant darauf hin, daß die Anwendung jener Grundätze zu der größten Rechtsunsicherheit führen müßte. Appellant giebt zu, daß der Inhaber einer Firma durch den Übergang derselben auf eine andere Person von der Verhaftung für die von ihm contrahirten Verbindlichkeiten nicht ohne Einwilligung der Gläubiger liberirt werde. Er findet aber, der Beweis der gehörigen Bekanntmachung des Firmaüberganges werde in den meisten Fällen geradezu unmöglich sein, es müsse daher ein Zeitpunkt existiren, von wo ab die Verpflichtung des frühern Eigners der Firma aufhöre und wenn eine öffentliche Bekanntmachung, wie sie das allgemeine Handelsgesetzbuch fordere, hierorts nicht vorgeschrieben sei, so müsse das bloße Factum des Übergangs der Firma genügen, um den früheren Inhaber von seinen Verbindlichkeiten zu befreien. Der neue Inhaber der Firma müsse dem Wettgericht von seinem Eigenthume an der Firma Anzeige machen und das von ihm ausgestellte Reversal gelte gesetzlich als genügender Beweis dafür, daß kein Anderer Theil an der Firma habe. Die Handelsangabe vertrete die Stelle einer privaten Mittheilung und dürfe keinem Kaufmanne unbekannt sein. Da nun die vorschriftsmäßige Anzeige des Firmaübergangs (bei dem Wettgerichte) im vorliegenden Falle geschehen, so sei er vollkommen befugt gewesen der klagenden Handlung die Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache entgegen zu stellen. In dieser Einrede sei implicite auch die Einrede der Zahlung enthalten gewesen, welche nur vorgeschützt worden sei, um der klägerischen Handlung eine möglicher Weise aus dem Jahre 1866 zu formirende Forderung abzuschneiden, und vollkommen begründet erscheine, da das Saldo von 1866 durch die im Jahre 1867 geleisteten Zahlungen ausgeglichen sei.“

„Gegen die appellantische Deduction ist zunächst zu be-

merken, daß sie ihren wesentlichen Stützpunkt in der Vorbeugung vermeintlicher Rechtsunsicherheit, also in Rücksichten der Zweckmäßigkeit sucht und hieraus Grundsätze entwickelt, denen mit vollem Recht der Vorwurf gemacht werden kann, daß sie dem Inhaber eines Handelsgeschäfts zwar einen bequemen Weg, um sich seiner Verbindlichkeiten gegen seine Gläubiger zu entledigen, eröffnen, für die Letzteren aber eine Rechtsunsicherheit herbeiführen würden, die von den weitgreifendsten nachtheiligen Folgen für den Credit des Handelsstandes wäre. Es ist jedoch hierauf nicht näher einzugehen, da die richterliche Beurtheilung sich auf die Frage zu beschränken hat, ob die appellantische Auffassung den unterrichterlichen Entscheidungsgründen gegenüber rechtlich begründet ist.“

„Der allgemeine Satz, daß kein Schuldner seinem Gläubiger gegen dessen Willen einen anderen Schuldner substituiren dürfe, daß mithin auch der Inhaber eines Handelsgeschäfts bei Übertragung desselben an einen Dritten nicht ohne Einwilligung der Gläubiger von seinen Verbindlichkeiten gegen letztere liberirt wird, ist so allseitig und auch von dem Appellanten selbst anerkannt, daß es in dieser Hinsicht nur der Verweisung auf die eben referirten Entscheidungsgründe des untergerichtlichen Erkenntnisses bedarf. Ob, wie in dem Erkenntnisse ausgeführt wird, auch in dem Umstande, daß der Gläubiger auf eine an ihn gelangende Notification des Geschäftsüberganges stillschweigt und die Geschäftsverbindung mit dem neuen Inhaber der Firma fortsetzt, eine Einwilligung des Gläubigers in die Übertragung seines Forderungsrechts nicht zu finden sei, kann hier, da diese Frage noch nicht vorliegt, füglich dahingestellt bleiben. Die Vorbedingung für die zu erlangende Einwilligung des Gläubigers ist, daß er von der Übertragung des Geschäfts auf eine andere Person in Kenntniß gesetzt worden sei, und hierauf ist denn auch das Beweis-

verfahren in der Unterinstanz gerichtet gewesen. Appellant giebt nun zwar zu, daß die von ihm in der Erklärung auf die Klage behauptete Notification nicht erwiesen sei; er will aber dieselbe ersetzt wissen durch die von ihm dem Wettgericht gemachte Anzeige.

„Hierbei geht er jedoch von der unrichtigen Voraussetzung aus, daß der ganze Handelsstand verpflichtet sei von derartigen an das Wettgericht gelangenden Anzeigen Kenntniß zu nehmen. Die Handelsangaben dienen hauptsächlich handelspolizeilichen Zwecken: sie enthalten Daten, die dem Wettgericht bei der ihm obliegenden Beaufsichtigung des Handels von Wichtigkeit sind. Sie sind insofern allerdings maßgebend, als sie den actenmäßigen Nachweis dessen erhalten, wer der Behörde gegenüber als verantwortlicher Inhaber oder Theilnehmer des Geschäfts anzusehen sei, zu welcher Art von Handelsgeschäften derselbe gehöre u. Daß aber diese Angaben einer öffentlichen Bekanntmachung über den Firmenübergang gleichzustellen und eine Veränderung in den Rechtsverhältnissen zwischen dem bisherigen Inhaber und seinen bisherigen Gläubigern herbeizuführen geeignet seien, entbehrt jeder Begründung. Abgesehen davon, daß es für den Einzelnen kaum möglich erscheint, von den zum Archiv des Wettgerichts gehörigen und der öffentlichen Benutzung nicht anheimgestellten Handelsangaben zu jeder Zeit Kenntniß zu nehmen, ist eine gesetzliche Verpflichtung hiezu nirgends festgestellt und kann daher aus dem Umstande, daß hierorts eine öffentliche Bekanntmachung über den Firmenübergang nicht vorgeschrieben ist, keineswegs, wie Appellant vermeint, die Ersetzung derselben durch die Handelsangaben, sondern nur das gefolgert werden, daß der bisherige Inhaber einer Firma, wenn er seine Verbindlichkeiten auf einen anderen übertragen will, seinen Gläubigern hiervon in geeig-

neten Weise, wie solches z. B. hier und an anderen Orten durch Erlass eines Circulaires zu geschehen pflegt, Kenntniß zu geben und deren Einwilligung herbeizuführen hat.“

„Die Aufstellung des Appellanten ergibt sich sonach als unbegründet und kann dem untergerichtlichen Erkenntnisse darin nur beigeprüft werden, daß Appellant auch nach der beim Wettgericht gemachten Anzeige der klägerischen Handlung gegenüber für den seiner Firma gewährten Credit verantwortlich geblieben, mithin mit seiner Einrede der mangelnden passiven Legitimation zur Sache zurückzuweisen sei. Daraus folgt aber auch die Hinfälligkeit der zweiten Einrede, die einestheils nicht zur Sache gehört, weil sie sich auf die Bezahlung des gar nicht zur Klage gebrachten Saldo's vom J. 1866 bezieht, anderentheils aber, sofern nämlich darin die Nichtverhaftung des Beklagten für den nach dem 1. Jan. 1867 seiner Firma gewährten Credit behauptet wird, mit der bereits als hinfällig erklärten ersten Einrede zusammenfällt.“

#### 43) Zur Auslegung des Art. 3612 des Prov.=Rechts Th. 3.

Die erste Section des Landvogteigerichts hatte in einem Bescheide vom 14. December 1868 N<sup>o</sup> 272 ausgesprochen:

„Der Art. 3612 cit. besagt keineswegs, daß alle Geständnisse, welche gelegentlich obschwebender Vergleichsverhandlungen von dem einen oder anderen Theile abgelegt werden, keine Beweiskraft haben; er enthält vielmehr nur die, der in Betreff außergerichtlicher Geständnisse überhaupt geltenden Regel, daß solchen nur Beweiskraft beiwohnt, sofern der animus confitendi dargethan ist, — durchaus conforme Bestimmung, daß diejenigen Geständnisse nicht verbindlich seien, welche nur in der Hoffnung und Absicht, die Abschließung des Vergleichs herbeizuführen, erfolgt sind, bei denen also der animus confitendi nur bedingt.

d. h. für den Fall des Zustandekommens des Vergleiches, als vorhanden sich annehmen läßt.“

In Übereinstimmung mit dieser Ansicht besagen die Entscheidungsgründe eines Querelescheides des Rigaschen Rathes vom 15. Januar 1869 № 305:

„Es ist keineswegs richtig, daß alle bei Gelegenheit von Vergleichsverhandlungen außergerichtlich gemachten Geständnisse der Beweiskraft entbehren, sondern es sollen nach Art. 3612 cit. nur diejenigen Zugeständnisse gegen denjenigen, welcher sie gemacht hat, keine Beweiskraft haben, welche in der Hoffnung und in der Absicht geschehen sind, den beabsichtigten Vergleich zu Stande zu bringen. Es ist daher die Thatsache, daß klägerische Handlung die betreffenden Posten außergerichtlich als richtig eingeräumt hat, keineswegs irrelevant und daher auch der darauf gerichtete Beweis keineswegs unstatthaft. Wenn klägerische Handlung behaupten will, daß diese Einwendungen nur zu dem Zweck geschehen sind, um den beabsichtigten Vergleich zu Stande zu bringen, ihr Zugeständniß also nur ein bedingungsweises gewesen ist, so ist es ihre Sache dieses gegenbeweislich darzuthun.“

44) a. Die Einrede des nicht empfangenen Geldes (exc. non num. pec.) kann einer im Concourse angemeldeten Darlehensforderung von dem Contradictor, bzw. dem dessen Function versehenen Concurscurator, auch ohne Einwilligung des Creditoren, als Darlehensschuldners, entgegengesetzt werden.

b. Eine von dem Creditoren nach bereits eröffnetem Concourse abgegebene Erklärung, daß eine im Concourse angemeldete Darlehensforderung ihre Richtigkeit habe, enthält nicht eine die exc. non num. pec. ausschließende Schuldanerkennung.

(Art. 3674 u. 3676 B. 1 u. 2 d. Prov.=Rechts Th. 3.)

Einer im Generalconcurse des Kaufmanns S. von der Mutter desselben, der Wittve S., auf den Grund einer von dem Cridaren zu ihren Gunsten am 1. Juni 1866 ausgestellten Schuld- und Pfandverschreibung angemeldeten Darlehensforderung im Betrage von 5000 Rbl. S. gegenüber hatte der Concurscurator die exc. non num. pec. geltend gemacht, wiewohl der Cridar diese Forderung im Concurse als richtig anerkannt hatte. In der gegen das Erkenntniß des Bogteigerichts vom 5. Nov. 1868 № 92, welches die vorbenannte Forderung aus dem Concurse zurückwies, gerichteten Appellationschrift suchte die Wittve S. darzulegen, daß der Concurscurator gegen den Willen des Cridars zur Anstellung der querela non num. pec. überhaupt nicht befugt und daß letztere im vorliegenden Falle schon deshalb ausgeschlossen sei, weil der Cridar die fragliche Darlehensforderung in der Erklärung auf die Angaben im Concurse nachträglich nochmals anerkannt habe. Diese Ansicht wurde in dem Appellationsbescheide d. d. 13. August 1869 № 5715 oberrichterlich verworfen und lauten die betreffenden Entscheidungsgründe wie folgt:

„Anlangend den gemeinen Proceß, so steht dort, so wenig es die Doctrin zu einer Einhelligkeit der Auffassungen in Bezug auf das durch die Concurseröffnung entstehende Rechtsverhältniß der Gesammtheit der Gläubiger gebracht hat, als unstrittig doch so viel fest, daß mit der gerichtlichen Bekanntmachung des decretum de aperiundo concursu der Cridar die Detention und Verwaltung des zur Concursmasse gehörigen Vermögens, den Bezug der Einkünfte aus denselben, sowie die Dispositionsbefugniß und insbesondere das Recht der Proceßführung bezüglich desselben verliert und die Ausübung dieser Befugnisse theils auf den Concurscurator, theils auf den gerichtlich bestellten Contradictor übergeht, welchem letzteren speciell die Function anheimfällt die angemeldeten Forderungen der Concursgläubiger zu prüfen und nöthigenfalls zu bestrei-

ten. Die theoretische Streitfrage, wen der Contradictor hierbei vertrete, ob den Creditoren oder die Gesamtheit der Gläubiger oder beide, ist praktisch unerheblich, da fast alle divergirenden Ansichten in dem Resultate zusammen treffen, daß der Contradictor in dem Liquidationsverfahren formell die Rolle des Beklagten zu übernehmen, im Übrigen aber weder etwaige Instructionen der Creditoren schlechthin zu befolgen, noch die Erklärungen des Gemeinschuldners als für sein Verhalten maßgebend anzusehen, sondern für die Beschaffung des zu seiner Information nothwendigen Materials von sich aus Sorge zu tragen und die Ansprüche der Concursgläubiger selbständig, nach eigenem gewissenhaftem Ermessen zu prüfen hat und daß (von einem schuldvollen Verhalten desselben abgesehen) der Creditar und im Allgemeinen auch die Gläubiger an die Proceßführung des Contradictor, sowie deren Ergebnisse gebunden sind, während es jedem der Gläubiger freisteht, mittelst accessorischer Intervention in einem Liquidationsproceß sein speciellcs Interesse an dem Ausgange desselben zweckdienlich wahrzunehmen. Alles dies führt zu dem Schlusse, daß der Contradictor weder bloß als Vertreter des Creditaren, noch bloß im Interesse der Concursgläubiger thätig wird, weshalb denn die neueste Darstellung des Concursverfahrens (Endemann, Civilproceßrecht, S. 1148) wohl am richtigsten seine Stellung dahin charakterisirt, daß er „ähnlich wie der Concurscurator, gleichsam als ein unparteiischer Functionär zur Prüfung und Abwehr unbegründeter Prätionen der Concursstheilnehmer“ auftritt. Mit der im Obigen geschilderten Stellung des Contradictors, zufolge welcher derselbe bei Führung der Liquidationsproceße formell an Stelle des Creditars als Proceßpartei handelt, materiell aber von dem Willen des letzteren durchaus unabhängig ist, steht es vollständig im Einklang, wenn ihm auf der einen Seite zur Pflicht gemacht wird begründete Ansprüche ausdrücklich zuzugestehen,

auf der anderen hingegen zur Bestreitung ungerechtfertigter Forderungen alle Rechtsmittel eingeräumt werden, welche dem Creditaren selbst oder dessen Gläubigern zu solchem Behufe zu Gebote stehen, wozu namentlich die *exceptio Pauliana* und die *exceptio non num. pec.* gehören\*)."

„Die vorstehend entwickelten Grundsätze des gemeinen Processes müssen beim Mangel bezüglicher provinzieller Gesetzesbestimmungen nach Lib. II Cap. 4 der Stadtrechte auch auf das örtliche Concursverfahren im Wesentlichen angewendet werden. Denn wenngleich das letztere die ursprüngliche Gestalt, welche der Gantproceß im 16. u. 17. Jahrhundert in Deutschland gewonnen hatte, auch noch heute zum größten Theile bewahrt und das der neueren Zeit angehörige Rechtsinstitut des *Contradictors* nicht in sich aufgenommen hat, so hat der Umstand, dessen Erwägung im gemeinen Prozesse zur Bestellung eines *Contradictors* Veranlassung geworden ist, nämlich die nahe liegende Befürchtung, daß der Creditar, falls ihm die Durchführung der Liquidationen überlassen bleibt, seine Befugnisse leicht zu Collusionen mit nicht berechtigten Liquidanten mißbrauchen könnte, begreiflicher Weise auch bei uns nicht unbeachtet bleiben können.“

„Dem Einflusse dessen ist es zuzuschreiben, daß die heutige Praxis, wiewohl sie den Gemeinschuldner persönlich über die Richtigkeit der im Concurse angemeldeten Forderungen hört, die Führung der Liquidationsprocesse nicht mehr ihm überweist, sondern dieselben zu den Amtsobliegenheiten des *Concurscurators* zählt, welcher mithin in dieser Beziehung die Function des gemeinrechtlichen *Contradictors* versieht, und daß sie die Erklärungen des Creditars über die angemeldeten Forderungen nicht als rechtliche Disposi-

---

\*) Bezugnahme auf l. 15 Cod. de n. n. p. IV, 30. Holzschuber, Theorie u. Casuistik, III § 264 sub 1. Bayer, Concursproceß, § 61 Note 3. Endemann, l. c. S. 1149 sub IV.

tionsacte desselben betrachtet, sondern bloß als unmaßgebliche Instructionen für den Concurscurator, welchem es freisteht ihnen beizupflichten oder von denselben abzusehen und die Beibringung genügender Beweise für die Richtigkeit eines von ihm für unrechtfertig erachteten Anspruchs zu verlangen.“

„Nur als eine sich von selbst ergebende Consequenz eben dieser in dem neueren Gerichtsgebrauche zur Geltung gelangten Ansicht, daß der Gemeinschuldner zur selbstständigen Führung der Liquidationsprocesse nicht befugt ist, erscheint es aber, wenn dem Concurscurator zur Abwehr unbegründeter Prätensionen, wie im gemeinen Prozesse, der Gebrauch der nach Lage der Sache geeigneten Rechtsmittel gewährt wird und ist deshalb in Übereinstimmung mit dem ersten Richter dahin zu erkennen, daß der appellatische Concurscurator zur Anstellung der querela non num. pec. gegenüber der qu. Darlehensforderung allerdings berechtigt gewesen ist. Namentlich kann dawider aus dem Art. 3674 l. c. kein Argument entnommen werden, weil zu demselben die lex 15 Cod. IV, 30 sich ausdrücklich als Belegstelle allegirt findet, welche — wie bereits erwähnt — auch den Gläubigern des Ausstellers einer Urkunde jenes Rechtsmittel zuspricht und der Concurscurator von letzterem eben im Interesse der Gläubiger des Credaren Anwendung macht.“

„Aus dem Vorstehenden ergibt sich gleichfalls die Hinfälligkeit des zweiten von der Appellantin wider die Statthastigkeit der exc. non num. pec. im vorliegenden Falle geltend gemachten Einwandes, daß dieses Rechtsmittel durch die Seitens des Credaren geschehene Anerkennung der in Rede stehenden Obligationsforderung ausgeschlossen worden sei. Zwar ist es richtig, daß die exc. non num. pec. cessirt, sobald der Empfang des Darlehens auch Ausstellung des Schuldscheins vom Schuldner ausdrück-

lich oder stillschweigend anerkannt worden ist. Allein der von dem Creditoren abgegebene Erklärung, daß die qu. Forderung ihre Richtigkeit habe, kann nicht der Charakter einer rechtsgiltigen Anerkennung oder eines gerichtlichen Geständnisses vindicirt werden, denn die wesentliche Voraussetzung für die Existenz der Rechtsgiltigkeit eines solchen Actes bildet die Dispositionsbefugniß des Bekennenden (Art. 2912 l. c.), d. h. hier die Befugniß desselben, den in dem Geständnisse liegenden Verzicht auf ein ihm zuständiges Recht wirksam vorzunehmen. Diese ist aber — wie vorhin bemerkt worden — dem Creditoren hinsichtlich des zur Concurssmasse gehörigen Vermögens entzogen\*). Aus diesem Grunde kann also von einer nach decretirter Concurseröffnung erfolgten Anerkennung oder einem gerichtlichen Geständnisse des Creditoren nicht die Rede sein und es besteht zwischen dem gemeinen und dem hiesigen particularen Concurssproceß nur der Unterschied, daß dort im Liquidationsverfahren abgelegte gerichtliche Geständnisse des Creditoren überhaupt nicht vorkommen können, weil derselbe nicht als Partei an dem Liquidationsproceß Theil nimmt, während das hier formell allerdings mögliche Geständniß des Gemeinschuldners erst rechtsgiltig wird, sofern der Concursscurator es als solches gelten läßt. Zur Bestreitung desselben bedarf es jedoch keineswegs der Führung eines Gegenbeweises, sondern es genügt dazu eine motivirte Äußerung des Concursscurators, welche die Erklärung des Gemeinschuldners ihrer Qualification als eines „gerichtlichen Geständnisses“ entkleidet und zu einem bloßen Beweismittel herabdrückt, dessen Beweiskraft der Richter, je nach den concreten Umständen zu bemessen hat\*\*). Die

\*) Bezugnahme auf ein App.-Erl. des Rigaschen Rathes v. 12. Februar 1864 № 1062.

\*\*\*) Bezugnahme auf Bayer, Concurssproceß § 61. Fuchs, Concurssverfahren, S. 111. Endemann, l. c., S. 1155.

appellantische Behauptung, daß in casu der Concurscurator, sofern er die querela non num. pec. anstellen wollte, den Nachweis der fälschlich erfolgten Anerkennung der streitigen Forderung durch den Cridar habe liefern müssen, kann daher nicht Billigung finden, sondern es kann jene Anerkennung nur als ein außergerichtliches Geständniß, d. h. als Beweismittel für die Richtigkeit des appellantischen Anspruchs, in Frage kommen.“

45) Die querela non num. pec. gegenüber einem noch nicht zwei Jahre alten Schuldschein ist nach provinziellem Recht nicht an die Voraussetzung geknüpft, daß der von ihr Gebrauch machende Schuldner antici-  
pirte, d. h. in der Voraussetzung, das verabredete Darlehen zu erhalten, geschehene Aus-  
stellung des Schuldscheines beweist; vielmehr wird durch die bloße Anstellung der Querel der Gläubiger genöthigt den Beweis der geschehenen Auszahlung des Darlehens zu führen.

(Art. 3672 des Prov.-Rechts Th. 3.)

In dem in der vorigen *N* mitgetheilten Rechtsfalle hatte die Wittve S. das Erkenntniß erster Instanz, welches die Zurückweisung der von ihr angemeldeten Darlehensforderung auf das Mißlingen des — von der Wittve S. freiwillig angetretenen — Beweises der erfolgten Auszahlung des Darlehens gestützt hatte, noch aus dem Grunde angefochten, weil der Concurscurator zur Begründung der exc. non num. pec. gemäß dem Art. 3672 l. c. den Beweis habe liefern müssen, daß die Schuldverschreibung in der Voraussetzung das Darlehen zu erhalten, ausgestellt worden sei. In Betreff dieser Ansicht heißt es in den Motiven des Erkenntnisses zweiter Instanz vom 13. August 1869 *N* 5715:

„Von der gemeinrechtlichen Theorie ist trotz der überaus zahlreichen Controversen, welche sich in Bezug auf das Detail

dieser Materie ausgebildet haben, bis auf die neueste Zeit fast einstimmig angenommen worden, daß einer noch nicht zwei Jahre alten Schulurkunde gegenüber der Aussteller derselben sich einfach durch die Behauptung schützen kann, das in der Urkunde bezeichnete Darlehen in Wirklichkeit nicht empfangen zu haben, indem der Gläubiger durch diese Behauptung, welche *querela non num. pec.* heißt \*), genöthigt wird, die Auszahlung des Darlehens und zwar durch andere Beweismittel, als die angestrittene Schulurkunde, zu beweisen. In dieser Hinsicht findet nämlich nicht bloß unter den Vertretern der gemeinen Meinung, welche in der *exc. non num. pec.* ein Ableugnen des Klagegrundes, verbunden mit einer gegen die Beweisraft des Schuldscheins gerichteten Beweiseinrede, sieht, Übereinstimmung statt, sondern es schließen sich der obigen Auffassung auch diejenigen Schriftsteller an, welche (wie z. B. Cropp, in Heise's und Cropp's jurist. Abhandlungen, I S. 325—45) die *exc. non num. pec.* für eine wahre Einrede halten die der Klage aus der der Urkunde inserirten Stipulationsclausel (*actio ex stipulatu*), bzw. der Klage aus dem nach der Ansicht dieser Schriftsteller einen Formalcontract (*litterarum obligatio*) repräsentirenden Schuldscheine (*condictio certi e chirographo*) opponirt wird, indem jene es als ausdrückliche Besonderheit dieser Einrede hervorheben, daß sie vom Excipienten nicht erwiesen zu werden braucht (Cropp, c. 1. S. 329. a).“

„Die *communis opinio* der gemeinrechtlichen Doctrin, welche vor der Publication des 3. Theiles des *Prov.-Rechts* auch in der localen Praxis zur Geltung gelangt war \*\*), ist indessen neuerdings im Sinne der appellantischen Ausführungen bekämpft worden von Schlesinger,

\*) Bezugnahme auf Windscheid, *Pandecten*, II § 372 Note 3.

\*\*\*) Verweisung auf ein App.-Erf. des Rigaschen Rath's v. 9. Septbr. 1864 *N* 6546.

Zur Lehre von den *Formalcontracten* und der *querela non num. pec.* 1859 S. 180 ff.,

dem im Resultate vollkommen beipflichtet

Wegell, System, § 17 Note 22 ff. und § 22 Note 25 ff., (wiewohl letzterer (§ 17 Note 23) nicht sowohl auf jene, als auf Bähr, „die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“, 1855, Bezug nimmt, welcher letztere eine von der Schlesingerschen durchaus abweichende selbstständige Auffassung der *querela non num. pec.* entwickelt hat.) Schlesinger lehrt: die *exc. non num. pec.* sei im Formularproceße diejenige der *condictio causa data causa non secuta* entsprechende, gegen eine *Stipulationsklage* vorgeschützte *Exception* gewesen, welche sich darauf stütze, daß der Kläger die eingeklagte Summe sich von dem Beklagten unter der Voraussetzung, er werde sie vom Kläger ausgezahlt erhalten, habe versprechen lassen, aber nachher nicht gezahlt erhalten habe. Diese Voraussetzung der *Stipulation* habe der Beklagte, die Zahlung, wenn er sie behaupte, der Kläger zu beweisen (S. 220). Im späteren römischen Rechte sei die *exceptio non numeratae pecuniae* an eine bestimmte Verjährungsfrist geknüpft und dann mit der letzteren auch auf die Anfechtung einfacher schriftlicher Schuldbekennnisse angewendet worden, bei deren Ausstellung das verschriebene Object noch erst hingegeben werden sollen, aber sodann nicht hingegeben worden sei. Hier sei sie aber nicht mit der gemeinen Meinung als eine bloße, ohne Beweis wirkende Behauptung aufzufassen, sondern als eine nach Analogie der bei der *condictio c. d. c. n. s.* geltenden Grundsätze vom *Excipienten* zu beweisende *Beweiseinrede*, deren Wirkung darin bestehe, daß nun der Gläubiger seinerseits die nachträglich erfolgte Auszahlung des Darlehens darzuthun habe. Der Beweis, daß die vorausgesetzte *causa* des Empfangsbekennnisses nicht eingetreten, d. h. die Leistung, in deren Erwartung die

Urkunde ausgestellt wurde, nicht erfolgt sei, sei von einem directen Gegenbeweise wohl zu unterscheiden. Das in der Urkunde enthaltene Geständniß werde durch den Beweis der causa weder widerlegt, noch die ihm an sich zukommende Beweiskraft erschüttert. Es erscheine nur unerlaubt, daß der angebliche Gläubiger sich, ohne daß jene causa objectiv eingetreten sei, zum Beweise der betreffenden Thatsache des Geständnisses bediene (§. 240). Mit dem Ablaufe der von Justinian auf zwei Jahre festgesetzten Verjährungsfrist verliere der Aussteller das Recht die exc. non num. pec. geltend zu machen, d. h. zu behaupten, daß die Urkunde lediglich in Erwartung künftiger Zahlung ausgestellt worden, keineswegs aber das Recht des Gegenbeweises, daß die Zahlung an ihn überhaupt nicht geschehen sei, weil der mit der exc. non num. pec. nicht mehr anfechtbare Schuldschein immerhin nur Beweismittel bleibe, nicht aber zum selbstständigen Schuldgrunde werde.

„Die eben dargestellte Ansicht Schlesinger's von der exc. non num. pec., welche vielfach als in den Quellen nicht begründet und im Resultate verfehlt bezeichnet worden ist\*), auch in der civilistischen Literatur, wie bereits bemerkt, fast gänzlich vereinzelt dasteht, soll nun nach der Meinung der Appellantin von der Codification des Provinzialrechts adoptirt worden sein und man könnte zu dieser Annahme im Hinblick auf den Wortlaut des Art. 3672 l. c. allerdings veranlaßt werden. Der Artikel lautet:

„Stellte Jemand, in der Voraussetzung, das verabreichte Darlehn zu erhalten, schon im voraus ein schriftliches Schuld- und Empfangsbekanntniß aus, so ist er berechtigt, dasselbe anzufechten und die Rückgabe des Schuldscheins zu verlangen: dem Gegner liegt dann der Beweis wirklich geleisteter Zahlung ob.“

\*) Windscheid, Pandecten, II § 372 Note 15. Sintenis, Civilrecht, 3. Aufl. II § 96 Note 28 a. C.

Hieraus ließe sich folgern, daß die anticipirte Ausstellung des Schuldscheines die Vorbedingung und Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Rechtsmittels wegen Nichtempfanges bilde, welche mithin im Streitfalle nach dem allgemeinen processualischen Grundsatz, daß jede Partei die zur Begründung ihres Klage- oder Einredeantrags gehörigen Thatfachen zu bewahrheiten hat, von dem excipirenden Aussteller der Urkunde zu beweisen sei. Allein dieser Folgerung stehen bei näherer Erwägung folgende erhebliche Gründe entgegen.

Zunächst hat der appellantische Concurscurator mit Recht hervorgehoben, daß der Beweis der anticipirten Ausstellung der Urkunde im Grunde mit dem Gegenbeweise, daß das in der Urkunde erwähnte Darlehen nicht ausgezahlt worden sei, zusammenfällt, weil jener doch nichts Anderes zu constatiren bezweckt, als daß der Schuldner bei Ausstellung der Urkunde das Geld nicht empfangen habe, dieser aber der Natur der Sache nach nicht wohl ganz allgemein darauf gerichtet werden kann, daß das Geld überhaupt nicht, sondern nur darauf, daß es in dem in der Urkunde angegebenen Zeitpunkt, bzw. zur Zeit der Ausstellung derselben, nicht vorgestreckt worden sei, — wie denn die überaus gekünstelte und in Wirklichkeit nicht durchzuführende Unterscheidung der vorerwähnten beiden Beweise, zu welcher die Schlesingersche Theorie sich gezwungen sieht, auch sonst von der Kritik als eine Hauptschwäche derselben gekennzeichnet worden ist (vgl. Sinnenis l. c. Anmerk. 28 a. G.). Wird ferner der Beweis der anticipirten Ausstellung erbracht, so ist damit jedenfalls die Unwahrheit des in der Urkunde ausgedrückten Empfangsbekennnisses festgestellt, dasselbe also als widerlegt und aufgehoben zu betrachten und es ist nicht abzusehen, wie (von Schlesinger l. c. S. 240) behauptet werden will, daß durch das Gelingen jenes Beweises die Beweisraft des Empfangsbekennnisses „nicht erschüttert“ werde.

„Die Forderung des Beweises der anticipirten Ausstellung des Schuldscheines bedeutet also in der That dies, daß der von der querela non num. pec. Gebrauch Machende seinerseits den Beweis der nicht geschehenen Numeration zu führen hat und eben dadurch die Abweisung des auf Rückzahlung des behaupteten Darlehens klagenden Gläubigers erzielt, sofern letzterer nicht die geschehene Auszahlung in Erweis zu setzen vermag. Dann würde aber rücksichtlich der exc. non num. pec. gar keine Abweichung von den gewöhnlichen Regeln über die Vertheilung der Beweislast stattfinden und es würde ebensowenig zwischen der Beweisraft des Schuldscheines vor und nach Ablauf der für die querela non num. pec. nach Art. 3677 l. c. geltenden Verjährungsfrist obwalten, indem nach Art. 3678 l. c. auch gegen den bereits 2 Jahre alten Schuldschein noch ein Gegenbeweis zulässig ist. Beides steht aber mit der Ausdrucksweise und dem Sinne des Gesetzes in Widerspruch, da dieses es nicht bloß für nothwendig erachtet hat, specielle Vorschriften über die Vertheilung der Beweislast bei der querela non num. pec. zu geben, sondern auch die Beweisraft des Schuldscheines während der Verjährungszeit und nach Verstreichung derselben in den Art. 3672 u. 3678 l. c. einander als Gegensätze gegenüberstellt. Ueberdies müßte es, wenn man der appellantisches Auslegung des Art. 3672 cit. Raum geben wollte, befremden, daß das Prov.-Recht, während in der gemeinrechtlichen Doctrin die Quittung allgemein und auch von Schlesinger a. a. D. ganz nach denselben Grundsätzen, wie der Schuldschein beurtheilt und behandelt wird und das Prov.-Recht selbst in seinen Bestimmungen über die genannten Urkunden auf ein und dasselbe Gesetz, nämlich die lex 14 Cod. de non num. pec. IV, 30 als Belegstelle sich bezieht, dennoch für beide wesentlich verschiedene Vorschriften formulirt hätte, indem der Art. 3534 l. c. keineswegs die Anfechtung einer Quittung vor

Ablauf von 30 Tagen seit ihrer Ausstellung von dem Beweise der anticipirten Ausstellung derselben abhängig macht, sondern in Uebereinstimmung mit der *communis opinio* der Rechtslehrer ausdrücklich ausspricht, „daß eine Privatquittung überhaupt erst nach Ablauf der 30 Tage Beweiskraft erhält,“ also vorher gar nichts beweist.“

„Außer den vorerwähnten inneren Widersprüchen, denen nicht auszuweichen ist, wenn man die Annahme unterstellt, die Codification habe in dem Art. 3672 die Schlesingersche Theorie der *querela non num. pec.* sanctionirt, fällt als ein Argument gegen eben diese Annahme auch noch der Umstand in's Gewicht, daß, da auf der einen Seite nach dem zur Publication des 3. Th. des Prov.-Rechts emanirten Allerhöchsten Befehle v. 12. Nov. 1864 (Pat. der Livl. Gouv.-Reg. 1865 N 5) dieses Gesetzbuch, wo nicht etwas anderes angegeben ist, kein neues Recht, sondern nur eine Sammlung der bereits bestehenden Rechtsvorschriften enthalten soll, auf der anderen Seite aber die herrschende Ansicht der gemeinrechtlichen Doctrin über die Wirkung der *exc. non num. pec.* nicht bloß bei den hiesigen Stadtgerichten, sondern überhaupt in Livland \*) practische Geltung erlangt hatte, — davon ausgegangen werden muß, der Gesetzgeber werde, wenn er eine neue, von der bisher gegoltenen abweichende Vorschrift für jenes Rechtsmittel habe geben wollen, sich auch einer ganz unzweideutigen und bestimmten Ausdrucksweise hierfür bedient haben. Da hingegen der Wortlaut des Art. 3672 die Annahme, daß der Beweis der anticipirten Ausstellung der Schuldurkunde als Erforderniß für die Anwendung der *exc. non num. pec.* hinstelle, höchstens zuläßt, zu einer derartigen Interpretation aber in keiner Weise

\*) Vgl. Zimmerberg, in v. Bunge's u. Madai's Erörterungen, Bd. IV S. 127—63. Nielsen, Proceßform in Livland, § 421. v. Samson, Institutionen des Civil-Processes, § 580.

nöthigt, so ist dafür zu präsumiren, daß der Gesetzgeber es bei dem geltenden Rechte habe bewenden lassen wollen.“

„Die Berücksichtigung aller dieser Momente führt dann zu dem Resultate, daß der Art. 3672 cit. mit den Worten: „stellte Jemand in der Voraussetzung . . . . ., so ist er berechtigt u. s. w.“ nicht eine rechtliche Vorbedingung für die Statthaftigkeit des Rechtsmittels wegen Nichtempfangs habe schaffen, sondern nur die äußere Veranlassung zum Gebrauche des letzteren habe angeben wollen, die eines besonderen Beweises nicht bedarf, so daß die bloße Behauptung des Ausstellers, das Darlehen nicht empfangen zu haben, den Gläubiger zum Beweise der Numeration zwingt.“

„Demnach kann die Ansicht der Appellantin, daß der appellatistische Concurscurator zur Begründung der von ihm vorgeschügten exc. non num. pec. den Nachweis der anticipirten Ausstellung der qu. Obligation habe liefern müssen und, da er denselben nicht geliefert, mit der genannten Einrede zurückzuweisen sei, nicht als richtig anerkannt werden, sondern ist dem ersten Richter darin beizutreten, daß zur Entkräftung der appellatistischen Exception von der Appellantin der Beweis der Auszahlung der im Concurse angemeldeten Darlehenssumme hergestellt werden muß.“

- 46) Die Einrede des nicht empfangenen Geldes (exc. non num. pec.) gegenüber der Darlehensklage ist ihrer processualischen Natur nach eine negative Litiscontestation, verbunden mit einer Einrede gegen die Beweisraft der Darlehensurkunde.

(Art. 3677 des Prov.-Rechts Th. 3.)

„Die exc. non num. pec. gegenüber der Klage auf Rückzahlung eines Darlehens, über welches ein Schuldschein ausgestellt worden, ist nach der herrschenden Ansicht der gemein-

rechtlichen Doctrin\*), welche auch von diesem Gerichte wiederholt ausgesprochen worden ist\*\*) und durch die Angriffe, welche dieselbe von einzelnen älteren, wie neueren Schriftstellern erfahren hat\*\*\*), nicht als widerlegt gelten kann, keine wahre Einrede im processualischen Sinne; sondern sie enthält nach ihrer materiellen Seite eine Verneinung des durch das Schuldbekentniß nur beurfundeten Klagegrundes der vollen Numeration, nach ihrer formellen Seite aber eine in die Beweisinstanz gehörende Einrede gegen die Beweiskraft der Schuldurkunde, deren Wirkung, sofern sie vom Kläger nicht durch die im Art. 3676 des Prov.-Rechts Th. 3 aufgeführten Replikten widerlegt werden kann, nach Art. 3672 *ibid.* darin besteht, daß die producirte Urkunde nichts beweist, sondern der Kläger die geschehene Auszahlung durch andere Beweismittel darzuthun hat. †) Aus dieser zweifachen processualischen Natur der *exc. n. n. p.* resultiren nun für deren Geltendmachung im localen (d. h. in Riga geltenden) Prozesse folgende Consequenzen. Ist die Urkunde der Klage gleich beigelegt oder doch vor geschehener Erklärung auf die Klage dem Beklagten vorgelegt worden, und dieser schützt nunmehr die *exc. non num. pec. vor.* so ist damit das vorbereitende Verfahren abgeschlossen und der Kläger hat um Nachgabe des Beweises zu bitten. In der Beweisintroduction hat er sodann, falls er die angefochtene Urkunde

\*) Bezugnahme auf *Seuffert*, *Pandecten*, II § 311 Note 3. *Bangerow*, *Pandecten*, I § 167 Anmerk. *Sintenis*, *Civilrecht*, II § 86 Anmerk. 28 u. A.

\*\*) Verweisung auf das App.-Erf. des Rig. Raths v. 9. September 1864 N<sup>o</sup> 6546.

\*\*\*) Bezugnahme auf *Cropp*, in *Heise's und Cropp's jurist. Abhandl.* I, S. 345. *Schlesinger*, zur Lehre von den *Formalcontracten* und der *querela non num. nec.* 1858. S. 180 ff. *Wegell*, *System*, § 17, Note 22 ff., § 22 Note 25 ff.

†) Vgl. *Sintenis*, *Civilrecht* I. c. und *Langenbeck*, *Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, S. 696—98.

dennoch als Beweismittel benutzen will, die ihm zur Elision der exc. non num. pec. dienenden Beweisreplikten anzuführen, auf welche sich dann der Beklagte zu erklären hat und in Folge dessen über dieselben ein Incidentbeweisverfahren sich als nothwendig herausstellen kann. Hier wird auch dadurch Nichts geändert, daß der Beklagte außer der exc. non num. pec. noch andere Exceptionen vorbringt.“ (Aus den Motiven eines App. Erf. des Rigaschen Rathes v. 13. August 1869, № 5716.)

47) Beurtheilung der Entschuldbarkeit des Irrthums und Beweis des Irrthums bei der Rückforderung einer Nichtschuld.

(Art. 3686 und 3700 des Prov.-Rechts Th. 3.)

Der Auctionator B. hatte im Auftrage des Rigaschen Zollamtes eine größere Zahl theils voller, theils nur halbgefüllter Fässer Burgunderwein, die zum Zwecke der Unterscheidung von einander mit Nummern bezeichnet waren, öffentlich versteigert. Auf der Auction hatte der Kaufmann S. unter anderen ein mit der № 100 versehenes, nicht volles Faß meistbietlich erstanden. In der wider letzteren angebrachten Klage behauptete B., auf der dem Beklagten S. ausgeschriebenen Rechnung habe er irrtümlich statt des von demselben gekauften Fasses № 100 ein von einem Anderen erstandenes, die № 105 tragendes, volles Faß aufgeführt und es sei in Folge dessen auch letzteres, statt des Fasses № 100 dem Beklagten ausgeliefert worden. Auf Grund dessen beantragte Kläger den Beklagten anzuhalten, gegen Empfang des ihm zukommenden Fasses sub № 100 das Faß sub № 105 ihm zurückzustellen oder eventuell dessen Versteigerungspreis zu ersetzen.

Aus den Motiven des Erf. der I. Section des Landvogteigerichts vom 20. Mai 1869 № 54, welches den Beklagten dem Klageantrage gemäß verurtheilte, ist hervorzuheben:

„Die angestellte Klage qualificirt sich ihrer rechtlichen Natur nach als Rückforderung des zufolge einer irrthümlich vorausgesetzten Schuldverbindlichkeit geleisteten (condictio indebiti), indem eine solche auch dort Platz greift, wo eine Schuldverbindlichkeit zwar an sich bestand, aber der Schuldner etwas Anderes leistete, als er schuldete. (Art. 3684 des Prov.-Rechts Th. 3.) Zur Begründung der Klage gehört demnach, daß das Faß sub № 105 dem Beklagten wirklich übergeben, daß ihm dieses Faß aber nicht verkauft worden ist und daß Kläger dieses Faß aus entschuldbarem Irrthum dem Beklagten hat ausliefern lassen.“ Es wird dann constatirt, daß Beklagter die Uebergabe des Fasses № 105 an ihn zugestanden habe und daß vom Kläger bewiesen sei, Beklagter habe nicht dieses, sondern das Faß sub № 100 in der Versteigerung meistbietlich erstanden, — und darauf fortgefahren:

„Anlangend den Nachweis dessen, daß die Auslieferung des Fasses sub № 105 an den Beklagten in Folge eines entschuldbaren Irrthums des Klägers geschehen sei, so braucht derselbe der richtigen Ansicht nach noch nicht direct geführt, also namentlich nicht dargethan zu werden, daß der Wille des Klägers wirklich darauf gerichtet gewesen sei eine Schuldverbindlichkeit zu erfüllen; sondern es hatte Kläger nur diejenigen Umstände zu erweisen, welche seinen Irrthum veranlaßt hatten und denselben als einen nach Lage der Sache entschuldbaren erscheinen ließen, wozu solche Umstände geeignet erscheinen, welche nach der Natur der menschlichen Verhältnisse einen Irrthum leicht zu erzeugen vermögen.\*) Da aber Beklagter, daß Kläger in der von ihm ausgeschriebenen Rechnung statt der № 100 die № 105 als dem Beklagten verkauft aufgeführt habe, . . . . zugegeben und Kläger dargethan

---

\*) Bezugnahme auf Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2. Aufl. S. 74. Windscheid, Pandecten, II, § 426 a. G. Seuffert, Pandecten, II § 436 Note 22.

hat, daß in Folge dessen die Auslieferung des Fasses № 105 an den Beklagten erfolgt sei, . . . . so ist damit bestätigt, daß diese Auslieferung nur auf Grund eines Versehens erfolgt ist. Daß dieses Versehen ein unentschuldbares gewesen, läßt sich aber deshalb nicht behaupten, weil dasselbe nur auf einem Schreibfehler des Klägers beruht, der im Drange der Geschäfte um so leichter sich ereignen konnte, als die Zahlen 5 und 0 bei undeutlicher Schreibweise einander überaus ähnlich sehen und daher in der Eile wohl verwechselt werden mochten.“

Das die Verurtheilung bestätigende App.-Erl. des Rigaschen Rathes, an welchen die Sache durch Appellation des Beklagten devolvirt worden war, vom 20. August 1869 № 5906 trat der Entscheidung des Unterrichters bei, indem es dort heißt:

„Der Art. 2958 l. c. verordnet, daß factischer Irrthum dem Handelnden nicht schade, wenn dieser ihn nicht durch Nachlässigkeit selbst verschuldete. Daß das Gesetz aber hierbei nur grobe Nachlässigkeit, d. h. eine solche, welche sich bei einiger Aufmerksamkeit hätte vermeiden lassen, im Auge hat, kann nach den zu dem gedachten Artikel angegebenen Quellenstellen des röm. Rechts nicht zweifelhaft sein (Vgl. l. 6 und l. 9 § 2 D. de jur. et f. ign. XXII, 6 und Sintenis, Civilrecht § 22, Note 43). Wenn nun die Frage nach der Entschuldbarkeit des Irrthums sich sonach nur nach den Umständen des Einzelfalles bemessen läßt, ein bloßer Schreibfehler, welchem zufolge ein Auctionator, dessen Geschäft es mit sich bringt, daß er eine große Anzahl Rechnungen auszuschreiben hat, die meistens aus Zahlen bestehen, in eine Rechnung statt der Zahl 100 die Zahl 105 hineingebracht hat, aber offenbar sehr leicht mit unterlaufen kann, ohne daß dem Auctionator deshalb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last zu legen ist, so muß die hierauf begründete Ausstellung des Beklagten durchaus unbegründet erscheinen.“

- 48) a. Zu den im Pkt. 2 des Art. 3701 des Prov.-Rechts Th. 3 erwähnten „Personen, welchen Rechtsunwissenheit verziehen wird,“ sind Frauenzimmer nicht unbedingt, sondern nur unter den in der l. 25 § 1 u. 4 Dig. de probat. angegebenen Voraussetzungen zu zählen.
- b. ein Schuldschein, in welchem eine „Abrechnung,“ oder eine „rechnungsmäßige Auseinandersetzung“ als Schuldgrund angegeben ist, gilt nicht als cautio indiscreta im Sinne des Art. 3701 Punkt 3 *ibid.*

Gegen die auf den Grund einer von der Beklagten in ehelicher Assistenz am 22. December 1867 zum Besten des Kaufmanns S. „gemäß zwischen ihnen stattgehabter rechnungsmäßiger Auseinandersetzung“ über 10000 Nbl. S. ausgestellten, notariell beglaubigten Obligation von dem Cessionaren des Kaufmanns S. angestellte Klage brachte die Beklagte die *exc. indebiti* und eventuell die Einrede des dunkeln Klagevortrages vor. Erstere stützte sie darauf, daß sie die Obligation auf die Zusage des Beklagten hin, ihr 10000 Nbl. S. vorstrecken und solche zum Theil an sie selbst, zum Theil für sie an dritte Personen auszahlen zu wollen, ausgestellt, Beklagter aber nur 3000 Nbl. auf dieselbe gezahlt habe; die Begründung der zweiten Einrede suchte sie darin, daß der Klagegrund mit dem Ausdruck „rechnungsmäßige Auseinandersetzung“ nicht genügend aufgedeckt worden sei.

Von der II. Section des Landvogteigerichts durch Erkenntniß vom 13. März 1869 N<sup>o</sup> 35 mit der Einrede des dunkeln Klagevortrages zurückgewiesen und zum Beweise der *exc. indebiti* zu Grunde gelegten Thatsachen angehalten, interpretirte die Beklagte die Querel und machte wider die unterrichterliche Beweisaufgabe namentlich geltend, daß ihr, als einer Person weiblichen Geschlechts, gemäß Art. 3701, Pkt. 2 und 3 und Art. 2957 l. e. die Beweislast nicht habe obtrudirt wer-

den dürfen, sondern vielmehr dem Kläger der Beweis aufzugeben gewesen sei, daß der in Frage stehenden Schuldurkunde in der That eine wirkliche Schuldverbindlichkeit ihrerseits zu Grunde liege.

Durch den Querelbescheid vom 8. August 1869 *N* 5588 wurde jedoch die Entscheidung erster Instanz in Allem bestätigt. In den Motiven dieses Querelbescheids kommt über die Auslegung der an die Spitze gestellten Gesetzesstellen Folgendes vor:

„Es dürfte in dem Ausdruck „rechnungsmäßige Auseinandersetzung“ eine Dunkelheit kaum zu finden sein. Es kann darunter jedenfalls nichts Anders verstanden werden, als eine zwischen dem Kaufmann S. und der Beklagten vorgenommene Abrechnung ihrer gegenseitigen Forderungen, bei welcher der dem einen Theile zur Last fallende Schuldbetrag seine von den Betheiligten anerkannte Feststellung gefunden hat. Eigentlich ist es auch nicht die Dunkelheit des Ausdruckes an und für sich, welche die Beklagte anstreitet; sondern sie will ihn nur nicht als einen hinreichend substantiirten Klagegrund anerkennen, weil das der Abrechnung zu Grunde gelegene Schuldverhältniß völlig unerwähnt geblieben ist.“

„In der That ist die Frage, in wie weit eine gepflogene Abrechnung und die darauf gegründete Anerkennung einer Verbindlichkeit als ein zureichendes selbstständiges Fundament einer Klage zu erachten ist, unter den Theoretikern sowohl, als auch in der gemeinrechtlichen Praxis sehr bestritten.“

„Diese Frage ist in neuerer Zeit vielfach erörtert worden und die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe sind nicht selten in ganz entgegengesetztem Sinne ausgefallen, so daß sich dem von der Beklagten zu ihren Gunsten angezogenen Erkenntniß des D.=A.=G. zu Darmstadt andere obergerichtliche Entscheidungen mit völlig abweichender Auffassung gegenüber-

stellen lassen. \*) Indessen scheint man doch darüber ziemlich einig zu sein, daß nur die den concreten Fall begleitenden Umstände die Frage von der Giltigkeit und Klagbarkeit eines Auerkennungsvertrages entscheiden können (Vergl. Sintenis Bd. 2, pag. 261 Anm. 25<sup>b</sup>).“

„Wollte man aber auch zugeben, daß nach gemeinem Rechte diejenige Ansicht die richtige sei, nach welcher die Abrechnung der Betheiligten über bereits bestehende Forderungen und die darauf gegründete Auerkennung einer Schuld ein neues Obligationsverhältniß dergestalt herzustellen, daß die stattgehabte Abrechnung und Auerkennung eine genügende causa debendi darstellte, um eine auf Grund derselben angestellte Klage substantiirt erscheinen zu lassen, nicht im Stande sei, so dürfte doch an der Hand der einheimischen Gesetzgebung und der hiesigen Praxis die entgegengesetzte Anschauung Platz greifen.“

„Nach Art. 2908 des 3. Th. des Prov.=Rechts werden Forderungsrechte begründet vor Allem durch Rechtsgeschäfte. Jegliche Handlungen, welche zum Zweck der Begründung, Aenderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen erlaubter Weise unternommen worden, sind aber nach Art. 2909 l. c. Rechtsgeschäfte.“

Es kann hiernach nicht zweifelhaft sein, daß die „rechnungsmäßige Auseinandersetzung“ zwischen S. und der Beklagten, d. h. die Abrechnung über ihre gegenseitigen Forderungsverhältnisse und die darauf gegründete, von den Betheiligten getroffene Feststellung des Schuldbetrages der Beklagten, als ein Rechtsgeschäft im Sinne des Art. 2909 angesehen werden muß. Die zu den Acten gelangte Schuldburkunde besagt

---

\*) Vergl. die Allegate bei Windscheid, Pandecten 2. Aufl., II § 412<sup>b</sup>, Note 2 gegen Ende und außer diesen noch Seuffert's Archiv, XVII, 135. XXI, 30 und 31. XXII, 200.

ausdrücklich, daß die Beklagte zufolge stattgehabter rechnungsmäßiger Auseinandersetzung 10000 Rubel S. schuldig geworden ist. Diese Auseinandersetzung wird also nicht nur als der Schuldgrund hingestellt, sondern sie ist offenbar auch zur Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses unter Abänderung und Aufhebung der bis dahin unter den Beteiligten stattgehabten Schuldverhältnisse unternommen worden. Dafür zeugt entschieden die von der Beklagten in Assistenz ihres Ehemannes ausgestellte und von ihr als ächt anerkannte Obligation, zu deren Inhalt die Beklagte sich vor dem öffentlichen Notar bekannt hat.“

„Die Auffassung einer dergestalt stattgehabten Abrechnung als eines besonderen die Beteiligten verpflichtenden Rechtsgeschäfts, welches schon an sich und abgesehen von den ursprünglichen Schuldgründen einen hinreichenden Schuld-, beziehungsweise Klagegrund abgiebt, erscheint mithin um so mehr gerechtfertigt, als schon die Sadtrechte (Lib. III, Tit. 5 § 1) jede freiwillige von dem Gegentheile acceptirte Zusage als eine Vereinbarung ansehen, die der Versprechende zu erfüllen schuldig sei.“

„Mit dieser Anschauung kann auch die hiesige Praxis als übereinstimmend gelten.“

„Demgemäß ist die der Klage zu Grunde gelegte rechnungsmäßige Auseinandersetzung als ein ausreichender Schuldgrund zu erachten und ist daher die von der Beklagten vorgeschützte Einrede der nicht hinlänglich substantiirten Klage (*exceptio libelli obscuri*) von dem Unterrichter mit Recht verworfen worden.“

„Die Querulantin beruft sich zur Begründung ihres zweiten (gegen die von dem Unterrichter decretirte Beweisaufgabe gerichteten) Beschwerdepunkts im Wesentlichen auf den Art. 3701, Punkt 2 und 3 des Privatrechts.“

„Das von der Beklagten einredeweise geltend gemachte

Rückforderungsrecht wegen Leistung einer Nichtschuld ist in dem vorliegenden Falle, wo es sich um ein geleistetes Versprechen handelt, gemäß Art. 3696 *ibid.* darauf gerichtet, daß sie von solchem Versprechen befreit, beziehungsweise, daß die von ihr solchenfalls ausgestellte Schuldurkunde für entkräftet erkannt werde. Der angezogene Art. 3701 Punkt 2 u. 3 verordnet: daß ausnahmsweise dem Empfänger (des Versprechens resp. der Schuldurkunde) obliege das Dasein einer Schuld zu beweisen, 2) wenn der Condicent zu den Personen gehört, welchen Rechtsunwissenheit verziehen wird, und 3) wenn ein Schuldschein zurückgefordert wird, in welchem die rechtliche Veranlassung der Verpflichtung nicht angegeben ist.

„Der letzte Fall muß durch das, was bei Erörterung der Einrede der nicht hinreichend substantiirten Klage im Vorgehenden auseinandergesetzt worden, als bereits beseitigt angesehen werden, indem daselbst die „rechnungsmäße Auseinandersetzung,“ welche nach Inhalt der Obligation den Schuldgrund bildet, als eine genügende rechtliche Veranlassung der Verpflichtung anerkannt worden ist. Was dagegen den Umstand anbetrifft, daß die Beklagte als Frau zu denjenigen Personen sich gezählt wissen will, welchen Rechtsunwissenheit verziehen wird, so kann es nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß der Art. 3701 im Allgemeinen auch die Frauen mit einschließt.“

„Es geht das klar und deutlich daraus hervor, daß bei Angabe der zu dem Art. 3701 allegirten Quellenstellen auf die l. 25 § 1 D. de prob. (XXII, 3) und auch auf den Art. 2957 verwiesen worden, welcher davon handelt, inwiefern Personen weiblichen Geschlechts sich auf den Rechtsirrtum berufen dürfen. Da hiernach aber Frauen nicht immer zu den Personen gehören, denen Rechtsirrtum verziehen wird, so ist es augenscheinlich, daß die in dem Art. 3701 statuirte Ausnahme sich

nur in soweit auf sie beziehen kann, als ihnen der Rechtsirrtum nachzusehen ist. Das geschieht aber nach Art. 2957, abgesehen von dem Falle der Unmöglichkeit sich die erforderliche Rechtsbelehrung zu verschaffen, welcher in Gemäßheit des Art. 2956 für jeden Irrenden gilt, nur in den von dem Gesetze ausdrücklich angegebenen Fällen. Daß die Beklagte außer Stande gewesen sich die erforderliche Rechtsbelehrung zu verschaffen, ist von derselben nicht einmal behauptet worden. Es fragt sich demnach nur, ob es ein Gesetz giebt, nach welchem Personen weiblichen Geschlechts sich bei der Rückforderung einer Nichtschuld auf Rechtsirrtum berufen dürfen.“

„Die Beklagte bezieht sich in dieser Hinsicht auf die l. 25 § 1 D. de prob. XXII 3, welche sich auch bei den Art. 2957 und 3701 unter den Quellenstellen allegirt findet. Diese Stelle sowie die ganze lex 25 handelt speciell von dem Beweise bei der *condictio indebiti*. Wenn nun der angezogene § 1 *ibid.* insbesondere auch des Falles gedenkt, in welchem ein Frauenzimmer sich über die Zahlung einer Nichtschuld beschwert, so kann es nicht weiter zweifelhaft sein, daß die *condictio indebiti* auch zu den Fällen gehört, in welchen die Berufung auf einen Rechtsirrtum von Seiten betheiligter Frauen möglich ist. In welchem Maße dies aber zu geschehen hat, darüber entscheidet einzig und allein der Wortlaut des Gesetzes. Derselbe lautet folgendermaßen:

*Si autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier . . . et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens et desidia deditus, tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.*

Die Auslegung der lex 25 *cit.*, welcher die sämtlichen Bestimmungen des Art. 3701 entnommen sind, ist eine sehr bestrittene, was seinen Grund hauptsächlich darin hat, daß die

in ihr enthaltenen Bestimmungen mit den sonst geltenden Grundsätzen über die Beweislast nicht wol vereinbar erscheinen. Bangerow ist daher der Meinung (Lehrbuch der Pandecten, Bd. 3 § 625 Anm. 2), daß die Stelle schwerlich so, wie sie jetzt in den Pandecten steht, aus der Feder des Paulus geflossen sei. Wie dem aber auch sein mag, man wird einstweilen bei dem Wortlaut stehen bleiben müssen, denselben aber, weil es sich um *jura singularia* handelt, strict zu interpretiren haben.“

„Die angezogene Gesetzesstelle schreibt vor, daß, wenn der Condicent zu denjenigen Personen gehört, bei denen Unkunde in den Rechten und Geschäften des bürgerlichen Lebens angenommen wird, wie z. B. Personen weiblichen Geschlechts, diese, falls sie wegen Zahlung einer Nichtschuld Klage erheben, mit dem Beweise der Nichtschuld zu verschonen sind und ausnahmsweise der Empfänger zu beweisen hat, daß er das ihm Bezahlte wirklich zu fordern gehabt habe. Diese Vorschrift bezieht sich also nur auf den Fall, in welchem die indebite geleistete Zahlung bereits erfolgt ist (vergl. Glück, Pand. Bd. 13, pag. 113). Von dem Falle dagegen, in welchem die Zahlung noch nicht geschehen ist, sondern nur behauptet wird, daß eine Handschrift ungeschuldet ausgestellt sei — und dieser Fall bildet den Gegenstand der querulantisken Einrede — handelt erst der § 4 der l. 25 *ibid.* Dieser § 4, welcher die Quelle des *Itt.* 3 des Art. 3701 ist, legt dem Empfänger des Schuldscheins einzig und allein dann den Beweis auf, wenn in demselben kein bestimmter Grund der Klage angegeben ist (*indiscrete loquitur*). Es ist oben aber bereits nachgewiesen worden, daß die in Rede stehende Schuldurkunde einen bestimmten Schuldgrund angebe, mithin nicht als eine *cautio indiscreta* angesehen werden könne.“

„Nach dem Erörterten kann der § 1 der l. 25 *cit.* auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden. Wollte man

aber auch zugeben, daß dieser § nicht bloß auf den Fall wirklich bereits indebite geleisteter Zahlung zu beschränken sei, so müßte dennoch der § 1 unanwendbar erscheinen, weil er auf der Voraussetzung beruht, daß der Condicent dem Gegner gar nichts schulde. Es verordnet nämlich der § 2 der lex 25, daß, falls eine der im § 1 gedachten privilegierten Personen behaupten sollte, nur ein Theil des Gezahlten sei ein indebitum, die in § 1 statuirte Ausnahme in Wegfall kommen und die allgemeine Regel wiederum Platz greifen solle, nach welcher der Condicent den Beweis des indebitum zu übernehmen hat. Die Beklagte hat aber selbst zugestanden, daß S. einen Theil der ihrer Angabe nach von ihm übernommenen Zahlungen, für welche sie die libellirte Schuldsurkunde ausgestellt hat, bereits wirklich geleistet hat.“

„Die Querulantin kann sonach in dem vorliegenden Falle nicht die Wohlthat der Rechtsunwissenheit für sich in Anspruch nehmen.“

**Victor Zwingmann.**

(Fortf. folgt.)

## IV.

### Läßt sich die für das Verfahren vor den friedensrichterlichen Behörden geltende Civilproceßordnung vom 20. November 1864 auf die Ostseeprovinzen anwenden?

Es liegt in der Natur der Sache, daß der Civilproceß eines Landes mit dem Privatrecht desselben im engsten Zusammenhange und in zahlreichen Wechselbeziehungen steht, denn der Civilproceß bezweckt ja eben die Realisirung des Privatrechts und stellt sich im Allgemeinen dar als die rechtliche Ordnung, welche für die Geltendmachung von Privatrechten vor Gericht maßgebend ist. Ebendaher erscheint der Erlaß einer Civilproceßordnung ohne umfassende Kenntniß und beständige Berücksichtigung der in dem Privatrecht enthaltenen Rechtsätze, Begriffsbestimmungen und Terminologien schlechterdings undenkbar. Wir bezweifeln nicht im Geringsten, daß bei Ausarbeitung der Civilproceßordnung des Reichs überall die durch die Natur der Sache gebotene Rücksicht auf das russische Privatrecht genommen sei, aber wir sind auch überzeugt, daß bei Abfassung jener Civilproceßordnung eine gleiche Rücksichtnahme auf das Privatrecht der Ostseeprovinzen überhaupt nicht im Plane lag, daher auch nicht stattgefunden und dies um so weniger, als nach dem Zeugniß Sachkundiger zwischen diesen beiden Privatrechten tief einschneidende Unterschiede obwalten.

Obgleich wir aus diesem Grunde die Unanwendbarkeit der Civilproceßordnung des Reichs auf die Ostseeprovinzen bisher als selbstverständlich angesehen haben, so ist doch in den Nrn. 105, 108 und 116 des in St. Petersburg erscheinenden Gerichtsboten vom Jahre 1870 ein Artikel erschienen, welcher das baltische Project einer Civilproceßordnung behandelt und nach umständlichen Erörterungen zu dem Ergebniß gelangt, daß die Civilproceßordnung des Reichs auf die Ostseeprovinzen nicht allein ohne Schaden für die Rechtspflege ausgedehnt werden könne, sondern auch auf dieselben ausgedehnt werden müsse, um für das ganze Reich auch hinsichtlich des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten völlige Gleichförmigkeit zu erzielen. Schon der Umstand, daß der Verfasser dieses Artikels gleich im Eingange desselben erklärt, daß er als gewissenhafter Diener der Wahrheit dem baltischen Lande ein „privilegium tenebrae“ (!) nicht zugestehen könne, ruft die Befürchtung wach, daß sich in den Rechtskenntnissen des unbekanntem Verfassers kaum weniger dunkle Partien finden möchten, als in dem Latein desselben. Bei näherer Beprüfung des Artikels rechtfertigt sich diese Befürchtung leider in so hohem Maße, daß man sich nicht sowohl zur Kritik, als vielmehr zu dem Wunsch aufgefordert sieht, der Verfasser möge sich vor Allem eines eingehendern Studium's befleißigen. Da sich indeß die Möglichkeit wenigstens theilweise stattgehabter Beeinflussung nicht mit voller Gewißheit verneinen läßt, wenn man den niederdonnernden Ton des Artikels und die große Mühe in Betracht zieht, die der Verfasser sich gegeben, seinen Phrasen den Schein parteiloser Objectivität zu leihen — und da wir ferner aus den Verhandlungen, die in jüngster Zeit über die Reform einiger Rechtsinstitutionen der Ostseeprovinzen geführt worden, zu entnehmen geglaubt haben, daß hinsichtlich einiger in dem fraglichen Artikel aufgestellter Gesichtspunkte entschieden principieller Natur in maßgebenden Kreisen sehr verschiedene An-

schauungen geltend gemacht werden: so wollen wir in dem nachfolgenden Versuch einer Begründung der Unanwendbarkeit des reichsrechtlichen Friedensrichterprocesses auf die Ostseeprovinzen auch auf eine gelegentliche Widerlegung der Behauptungen und Bemerkungen des Verfassers jenes Artikels eingehen, jedoch nur in so weit, als der letztere die Aufgabe berührt, die wir uns gestellt haben.

Die ganze Civilproceßordnung vom 20. Novbr. 1864 für völlig unanwendbar auf die Ostseeprovinzen erachtend, werden wir hier doch vorzugsweise nur auf die Bestimmungen des ersten Buches eingehen, weil dasselbe den für die friedensrichterlichen Behörden erlassenen Civilproceß betrifft und von der Staatsregierung, so viel uns bekannt, vorläufig nicht eine Reform der gesammten Justizpflege der Ostseeprovinzen beabsichtigt, sondern nur der Plan verfolgt wird, auch in den Ostseeprovinzen das Institut der Einzelrichter in's Leben zu rufen.

Bevor wir uns der Lösung unserer Aufgabe unterziehen, glauben wir bemerken zu müssen:

1. daß wir, der russischen Sprache unkundig, die Gerichtsordnungen vom 20. Novbr. 1864 nur aus der in Heidelberg im Jahre 1867 erschienenen Uebersetzung von Constantin Haeckel kennen und uns daher nur an den Wortlaut dieser Uebersetzung zu halten vermögen;
2. daß es uns in der nachfolgenden Erörterung garnicht auf eine Kritik der Gerichtsordnungen, sondern nur auf den Nachweis ankommen wird, daß die Civilproceßordnung, wenn sie auch noch so sehr den Bedürfnissen im Innern des Reichs entspricht und mit dem dort geltenden Privatrecht im Einklange steht, doch mit dem Privatrechte der Ostseeprovinzen und den hier obwaltenden Rechtszuständen überhaupt durchaus nicht vereinbar ist;
3. daß wir der Kürze wegen die Ordnung des Verfahrens der friedensrichterlichen Behörden in bürgerlichen Rechts-

streitigkeiten — Friedensrichter-Proceß, die Ordnung des Verfahrens der allgemeinen Behörden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten — allgemeine Civilproceßordnung, den von dem Herrn Generaladjutanten Albedinski unter Zustimmung der Stände im Jahre 1867 vorgestellten als Manuscript gedruckten Entwurf eines Einzelrichtergesetzes für die Ostseeprovinzen — Albedinskischen Entwurf — und den Verfasser des oben erwähnten Artikels des Gerichtsboten — Herrn N. N. nennen wollen — und

4. daß wir, da Herr N. N. bei seinen Erörterungen das baltische Project einer Civilproceßordnung für die Ostseeprovinzen (im Jahre 1865 als Manuscript gedruckt) vor Augen gehabt, dasselbe aber dem Albedinskischen Entwurf hinsichtlich des Proceßverfahrens zur Quelle gedient hat, bei Allegation von Paragraphen des Albedinskischen Entwurfs denselben die entsprechenden Artikel des baltischen Entwurfs in der Weise hinzufügen werden, daß die Paragraphen des ersteren oben, die Artikel des letzteren dagegen unten zu stehen kommen.

Die Unanwendbarkeit des Friedensrichter-Processes auf die Ostseeprovinzen wurzelt, unserer Ansicht nach, theils

I. in dem, was dieser Proceß bestimmt, also in dem Inhalt, wie in der Fassung der einzelnen Artikel, aus denen er besteht, — theils wieder

II. darin, daß in ihm viele proceßrechtliche Bestimmungen, ja ganze proceßrechtliche Institute mit Stillschweigen übergangen sind, während sie in einer provinciellen Proceßordnung ohne Schaden für die Rechtspflege nicht entbehrt werden können.

Da der Artikel 80 der Civilproceßordnung vorschreibt, daß die Friedensrichter, wenn sie in Betreff der Ordnung des Gerichtsverfahrens auf Schwierigkeiten stoßen, dieselben durch die Bestimmungen der allgemeinen Civilproceßordnung erledigen sollen, so werden wir nicht verfehlen, die Vorschriften

dieser letzteren da in Betracht zu ziehen, wo sie eine Ergänzung des Friedensrichter=Processus zulassen oder zur Erläuterung desselben geeignet erscheinen. Hiernächst

A. mit den Gründen der ersten Kategorie beginnend, können wir nicht unbemerkt lassen, daß das erste Hauptstück nach seiner Ueberschrift nur von den Gerichtsständen zu handeln verheißt, dennoch aber nicht allein von diesen, sondern auch von der Gerichtsbarkeit und Competenzconflicten handelt. Ob dies etwa durch mangelhafte Uebersetzung herbeigeführt worden, vermögen wir nicht zu entscheiden, den Einwand aber, den wir vom Standpunkt des provinziellen Rechts gegen den ersten Artikel dieses Hauptstücks, nämlich den Art. 29 der Civilproceßordnung, zu nehmen genöthigt sind, hat der Uebersetzer sicherlich nicht veranlaßt. Dieser Artikel lautet wörtlich:

Der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter unterliegen:

1. Klagen aus persönlichen Verbindlichkeiten und Verträgen und über bewegliches Vermögen im Werth von nicht mehr als 500 Rbl.;
  2. Schadensstandsklagen, wenn der Betrag derselben 500 Rbl. nicht übersteigt oder zur Zeit der Klageerhebung nicht genau bestimmt werden kann;
  3. Klagen über persönliche Beleidigungen und Kränkungen;
  4. Klagen über Wiederherstellung eines gestörten Besizes, wenn von der Zeit der Störung an nicht mehr als 6 Monate verflossen sind;
  5. Klagen, betreffend Nutzungsrechte an fremdem Grundeigenthum (Reichsgesetzbuch. Band X. Thl. I. Civilg. Art. 442, 445—451), wenn von der Zeit der Verletzung eines solchen Rechts an nicht mehr als ein Jahr verflossen ist.
- Herr N. N. wird verzeihen, wenn wir es wagen, jede dieser 5 Bestimmungen hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf die Ostseeprovinzen zu bestreiten.

ad 1. Nach provinziellem Privatrecht ist jedes Forderungsrecht ein persönliches Recht. Jedem Forderungsrecht steht als Correlat eine selbstverständlich persönliche Verbindlichkeit gegenüber, zu deren Erfüllung eben der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber verbunden ist. (Vergl. Art. 2907 des Privatrechts). Da nun Forderungsrechte (und mit ihnen die an sie geknüpften persönlichen Verbindlichkeiten) nach dem Art. 2908 des Privatrechts entweder

1. durch ein Rechtsgeschäft oder
2. durch die unerlaubte Handlung eines Andern oder
3. durch einen bestimmten Zustand, an den das Gesetz die Entstehung eines Forderungsrechts knüpft (Miteigenthum, Miterbrecht)

begründet werden, Verträge aber wieder nach Art. 2910 des Privatrechts solche Rechtsgeschäfte sind, die zu ihrer Entstehung des übereinstimmenden Willens der von beiden Seiten Betheiligten bedürfen, so leuchtet ein, daß in den Ostseeprovinzen Verträge nur eine der verschiedenen Quellen sind, aus denen persönliche Verbindlichkeiten entspringen und daß mithin die Zuständigkeit des Friedensrichters für Klagen aus Verträgen schon einbegriffen sein würde in der umfassenderen Zuständigkeit desselben für Klagen aus persönlichen Verbindlichkeiten. Indem wir unmöglich annehmen dürfen, daß die Gerichtsordnung das Untergeordnete als Nebengeordnetes hinstellen und mit den Worten „und aus Verträgen“ schon Gesagtes wiederholen wollen, gelangen wir zu der Ueberzeugung, daß mit den Verträgen, von denen hier die Rede ist, etwas dem russischen Privatrecht Eigenthümliches bezeichnet und somit auf einen Rechtsbegriff Bezug genommen werde, der für die Justiz der Ostseeprovinzen bedeutungslos ist. Auch die Worte „Klagen über bewegliches Vermögen“ müssen in den Ostseeprovinzen Zweifel hervorrufen, denn sie lassen, wenn man die Termino-

stimmt, ob mit ihnen nur solche Klagen getroffen werden können, die ein dingliches Recht an einer beweglichen Sache zum Gegenstande haben, oder auch Klagen, die, obwohl Forderungsrechte betreffend, doch auf Erlangung einer unbeweglichen Sache gerichtet sind. Wenn z. B. der Käufer eines Immobils, das einen Werth von weniger als 500 Rbl. hat, auf Grund des geschlossenen Kaufvertrages gegen den Verkäufer auf Uebergabe des Immobils klagt, so wird diese Klage, wie uns von einem genauen Kenner des russischen Rechts mitgetheilt worden, als Klage über unbewegliches Vermögen angesehen und deshalb an das örtliche Bezirksgericht gewiesen werden. Dennoch würde ein provinzieller Friedensrichter sich zur Verhandlung jener Klage zuständig erachten müssen, weil die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Uebergabe des veräußerten Immobils eine persönliche Verbindlichkeit ist und die in Rede stehende Klage trotzdem, daß sie auf Erlangung eines Immobils gerichtet ist, nach Art. 537 des Provinzialrechts nur als Klage über bewegliches Vermögen gelten kann, so daß also bei Anwendung des Punkt 1. des Art. 29 auf die Ostseeprovinzen in vielen Fällen gerade das Gegentheil von dem eintreten würde, was von diesem Gesetz beabsichtigt worden ist.

Schließlich braucht kaum bemerkt zu werden, daß die Summe von 500 Rbl. für die Verhältnisse der Ostseeprovinzen viel zu hoch gegriffen erscheint und man sehr wohl die Frage aufwerfen kann, ob die Worte „von nicht mehr als 500 Rbl.“ sich bloß auf die Klagen über bewegliches Vermögen oder auch auf die Klagen aus persönlichen Verbindlichkeiten und Verträgen beziehen sollen?

ad 2. Nach provinziellem Privatrecht ist jeder Anspruch auf Schadensersatz ein Forderungsrecht und die Verpflichtung zur Leistung des Schadensersatzes eine persönliche Verbindlichkeit. In Betracht, daß hiernach die Schadenstands-Klagen unbedingt zu den schon im ersten Punkt bedachten Klagen aus

persönlichen Verbindlichkeiten gehören, ergibt sich, daß die hier fragliche Kompetenzbestimmung für die Ostseeprovinzen völlig müßig wäre.

ad 3. Hier drängt sich die Frage auf, welcher rechtliche Unterschied zwischen persönlichen Beleidigungen und persönlichen Kränkungen bestehe? Denn daß die Civilproceßordnung diese Ausdrücke nicht als Synonyma auffasse, ergibt sich aus dem Umstande, daß sie vermittelt des Bindewortes „und“ (nicht oder) aneinander gereiht sind. Das provinzielle Privatrecht kennt, wie aus dem Art. 4560 hervorgeht, nur Ehrenkränkungen oder Injurien, woraus folgt, daß der provinzielle Friedensrichter, wenn er die persönlichen Beleidigungen den Ehrenkränkungen gleichstellt, hinsichtlich des Begriffs der persönlichen Kränkungen im Dunkeln bliebe, während ihm, wenn er die Ehrenkränkungen mit den persönlichen Kränkungen identificirt, dunkel bleiben müßte, was er unter persönlichen Beleidigungen zu verstehen habe.

ad 4. Das provinzielle Privatrecht unterscheidet zwischen der bloßen Störung des Besizes und dem Spolium, d. i. der Verdrängung oder Entsetzung aus dem Besiz (Art. 681). Die Störung des Besizes hebt letzteren noch keineswegs auf. Ein Spolium dagegen hebt den Besiz allerdings auf (Art. 684). Diesen Unterscheidungen entsprechend setzt die Klage wegen Störung des Besizes (*interdictum uti possidetis*) zu ihrer Begründung neben der Thatsache der Störung auch noch voraus, daß der Kläger den Besiz nicht verloren habe, — und bezweckt in erster Linie Schutz des Besizes (Art. 686). Die Spolienklage dagegen setzt gerade Aufhebung des Besizes durch Gewaltthat voraus und bezweckt in erster Linie die Wiederherstellung des aufgehobenen Besizes. Wenn nun die hier fragliche Kompetenzbestimmung die Friedensrichter für Klagen wegen Wiederherstellung gestörten Besizes zuständig erklärt, so hat das nach provinziellem Privatrecht offen-

bar keinen Sinn, weil ja ein bloß gestörter Besitz als fortbestehend angesehen wird, mithin unmöglich Gegenstand der Wiederherstellung oder Restitution sein kann. Liest man, an die Möglichkeit einer ungenauen Uebersetzung denkend, anstatt „gestörten Besitzes“ — aufgehobenen Besitzes, so sind damit die Klagen über den gestörten Besitz preisgegeben, trotzdem daß diese Klagen in der Justizpflege der Ostseeprovinzen, und namentlich Curlands, keineswegs eine untergeordnete Rolle spielen. Liest man anstatt „Wiederherstellung des Besitzes“ — Schutz des Besitzes, so ist wieder eine Preisgebung der Spolienklage unvermeidlich, — kurz, selbst bei einer entschieden eigenmächtigen Interpolation des Textes gelangt man immer zu dem Ergebnis, daß der Punkt 4. des Art. 29 der Civilproceßordnung für die Ostseeprovinzen ein todter Buchstabe sein müßte, was den Friedensrichtern derselben, wenn sie das Proceßverfahren einst nach den Vorschriften der Civilproceßordnung leiten müßten, gewiß um so größere Verlegenheiten bereiten würde, als die Civilproceßordnung für den Ausdruck „Wiederherstellung gestörten Besitzes“ eine besondere Vorliebe zu haben scheint, da sie sich desselben in zahlreichen Artikeln bedient.

ad. 5. Die Bezeichnung „Nutzungsrecht an fremdem Grundeigenthum“ trifft für kein Institut des provinziellen Privatrechts zu und ist für den provinziellen Richter unverständlich. Was unter dieser Bezeichnung verstanden sei, läßt sich zwar aus den im Texte angezogenen Artikeln des Reichsgesetzbuches ersehen; allein da sich in dem provinziellen Privatrecht keine Vorschriften finden, die den angezogenen Bestimmungen des Reichsrechts adäquat sind und letzteres in den Ostseeprovinzen keine Geltung hat, so läßt sich auch diesem Punkte eine practische Bedeutung für die Ostseeprovinzen nicht abgewinnen.

Wenn Herr N. N. aufrichtig ist, wird er schwerlich in Abrede stellen, daß der Art. 29 der Civilproceßordnung,

wenn man ihn in den Ostseeprovinzen einbürgern wollte, dem bisher Ausgeführten gemäß sich in Nichts verflüchtigen würde.

Weit entfernt davon, andeuten zu wollen, daß jener Artikel dem Privatrechte des Reichs nicht entspreche oder für das Innere des Reichs in irgend einer Hinsicht unzutreffend sei, ist unsere Ausföhrung vielmehr nur gegen den Gedanken gerichtet gewesen, den fraglichen Artikel auf ein Rechtsgebiet verpflanzen zu wollen, für welches er von Haus aus nicht bestimmt worden und auf welches er offenbar nicht angewandt werden kann.

Unter Uebergehung des Art. 30 der Civilproceßordnung (welcher blos festsetzt, daß Friedensrichter auch die Function eines Schiedsrichters übernehmen können, wenn die streitenden Theile sie zu ihrem Schiedsrichter erwählen) richten wir unsere Aufmerksamkeit auf den Art. 31 der Civilproceßordnung. Derselbe lautet:

Von der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter sind ausgeschlossen:

- „1. Klagen über Eigenthums- oder Besizrecht an Immobilien, wenn dieses Recht durch eine formelle Urkunde bestätigt ist;
- „2. Klagen, welche mit dem Interesse der Kronsverwaltungen verbunden sind, mit Ausnahme der Klagen über Wiederherstellung gestörten Besizes;
- „3. Klagen zwischen Landbewohnern, welche vor ihre eigenen Gerichte gehören, es sei denn, daß beide Parteien sich darüber geeinigt, eine derartige Klage der Entscheidung des Friedensrichters anheimzustellen.

ad 1. Nach provinziellem Privatrecht ist der Besiz kein Recht, sondern ein factischer Zustand oder, wie der Art. 623 des Privatrechts sich ausdrückt: jede einem Rechte entsprechende thatsächliche Herrschaft. Eben daher ist der Ausdruck „Besiz-

recht an Immobilien“ in den Ostseeprovinzen weder üblich noch verständlich. Sollte indeß mit diesem Ausdruck nichts vom Eigenthumsrecht Verschiedenes gemeint sein, so dürfte sich doch jedenfalls der Ausdruck „formelle Urkunde“ nicht mit Stillschweigen übergehen lassen. Im gemeinen Civilproceß, so wie in den einheimischen Rechtsquellen der Ostseeprovinzen werden zwar schriftliche und nicht schriftliche, öffentliche und Privaturkunden, Originale und Copien und unter letzteren einfache und beglaubigte unterschieden, von formellen Urkunden ist aber nirgends die Rede, — und da sich eine Urkunde ganz ohne Form überhaupt nicht denken läßt, so ist mit der Bezeichnung einer Urkunde als einer formellen in den Ostseeprovinzen gar nichts gesagt. Weil nun Klagen über das Eigenthumsrecht an Immobilien der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter nur unter der Voraussetzung entzogen sind, daß das Eigenthumsrecht durch eine formelle Urkunde Bestätigung gefunden, der Begriff dieser Urkunden aber dem Provinzialrecht fremd ist, so genügt diese Sachbewandniß, um den Punkt 1 des Art. 31 für die Ostseeprovinzen vollständig lahm zu legen.

ad 2. Abgesehen davon, daß hier wieder von der nach provinziellem Privatrecht unmöglichen Wiederherstellung gestörten Besitzes die Rede ist, braucht kaum erwähnt zu werden, daß die in diesem Punkte aufgestellte Regel, wenigstens in der vorliegenden Uebersetzung, einen sehr unjuristischen Ausdruck gefunden; denn eines Theils handelt es sich hier nicht um das civilrechtliche Interesse der Kronsverwaltungen, sondern um das Interesse der Krone oder des Fiscus, — und anderen Theils läßt der Satz: „Klagen, welche mit dem Interesse der „Kronsverwaltungen verbunden sind“ — doch eigentlich nur errathen, daß hier Klagen gemeint sind, in denen der Krone die Rolle des Klägers oder des Beklagten zufällt.

ad 3. In den Ostseeprovinzen gilt zur Zeit für alle Gerichte und Stände ohne Ausnahme der Grundsatz, daß der

Kläger an das Forum des Beklagten gebunden sei, so daß auch zum Bauerstande nicht gehörige Personen, wenn sie gegen auf dem Lande wohnende Bauern klagen wollen, ihre Klage (abgesehen natürlich von den Fällen, in denen ein besonderer Gerichtsstand begründet ist) bei demjenigen Gemeindegerrichte anbringen müssen, in dessen Bezirk der Beklagte wohnt. Hier, im Punkt 3 des Art. 31, wird dagegen das Bestehen von Gerichten vorausgesetzt, welche ausschließlich für solche Streitigkeiten zuständig sind, die zwischen Bauern unter einander entstehen. Soll also die hier fragliche Bestimmung auch für die Ostseeprovinzen zutreffen, so müßte erst hinsichtlich der Zuständigkeit der Gemeindegerrichte eine Veränderung vorgenommen werden, welche den oben erwähnten Grundsatz trotzdem durchbricht, daß in der Durchbrechung schwerlich ein Fortschritt zum Besseren erblickt werden kann.

Ehe und bevor wir auf die weiteren Artikel des Friedensrichterprocesses übergehen, mag es uns gestattet sein, auf die die Gerichtsbarkeit der provinziellen Friedensrichter normierenden Bestimmungen des Albedinski'schen Entwurfs einen Blick zu werfen. Sie finden sich in dem § 27 des ersten Buches dieses Entwurfs. Die Punkte 1, 2, 5 und 8 des § 27 des Entwurfs entsprechen den Punkten 1—4 des Art. 29 der Civilproceßordnung, jedoch mit dem Unterschiede, daß sie den Bestimmungen und Terminologien des provinziellen Privatrechts angepaßt sind, sich von irreführenden Wiederholungen frei erhalten und, wie namentlich bei dem Punkt 1 der Fall ist, neben der allgemeinen Regel auch diejenigen von der Regel beherrschten Fälle, die am häufigsten vorkommen, beispielsweise hervorheben. Obgleich die beispielsweise Anführung der gewöhnlichsten Fälle entbehrlich erscheint, so dürfte sie doch insbesondere den mit Fachkenntnissen nicht ausgerüsteten Friedensrichtern erwünscht kommen. Unter den Punkten 3, 4, 6 und 7 des § 27, rücksichtlich welcher sich in der Civilproceß-

ordnung des Reichs keine entsprechende Bestimmung findet, weisen die Punkte 3 und 4 Streitigkeiten über den Mieth- und Pachtbesitz von Immobilien selbst dann dem Friedensrichter zu, wenn der Werth des Streitgegenstandes sich nicht bestimmen läßt oder den Betrag von 300 Rbl. übersteigt. Diese Ausnahme von der allgemeinen Regel dürfte gerechtfertigt erscheinen, wenn man erwägt, daß Rechtsstreitigkeiten, in denen es sich um Räumung oder Einräumung gepachteter, beziehungsweise gemietheter Immobilien handelt, in der Regel eine besonders schleunige Erledigung erheischen, wenn die Betheiligten nicht in die Lage gerathen sollen, mit ihrer Familie, ihrem Gesinde, ihrem Viehbestande und ihren Haus- und Ackergeräthschaften obdachlos zu werden oder sich an der Bewerkstelligung unaufschiebbarer Feldarbeiten gehindert zu sehen. Der Punkt 6 rechtfertigt sich schon aus der von ihm angezogenen Bestimmung des Privatrechts und von dem Punkt 7 wird unten bei der Erörterung über den Arrestproceß ausführlich die Rede sein.

Die Punkte 1 und 2 des § 29 des Albedinskischen Entwurfs correspondiren mit den Punkten 1 und 2 des Art. 31 der Civilproceßordnung, sind jedoch so gefaßt, daß sie den von uns oben gegen dieselben erhobenen Einwendungen Rechnung tragen. Punkt 3 des § 29 widerspricht ebenso wie der mit ihm correspondirende Punkt 3 des Art. 31 dem Grundsatz, daß der Kläger ohne Rücksicht auf seinen Stand dem Forum des Beklagten zu folgen habe.

Demnächst den Text des Friedensrichter-Processes weiter verfolgend, treffen wir auf den Art. 32, welcher festsetzt, daß die Klage bei demjenigen Friedensrichter anzubringen sei, in dessen Districte der Beklagte seinen Wohnsitz oder seinen zeitweiligen Aufenthalt hat. Hiernach scheint die Civilproceßordnung neben dem allgemeinen Gerichtsstande einen mit ihm concurrirenden Gerichtsstand des zeitweiligen Aufenthalts des Beklagten zu statuiren, so daß der Kläger nach seiner Wahl

die Klage entweder am Wohnsitz oder am Aufenthaltsorte des Beklagten erheben kann. Von der im Art. 32 enthaltenen Regel nimmt der Art. 206 der allgemeinen Civilproceßordnung zwar den Fall eines kurzen Aufenthalts auf einer Durchreise aus; allein abgesehen davon, daß diese Ausnahme zu enge gefaßt zu sein scheint, indem man sich an einem Orte kurze Zeit aufhalten kann, ohne gerade auf der Durchreise begriffen zu sein; — abgesehen ferner davon, daß der fraglichen Regel durch den Art. 207 recht eigentlich die Spitze abgebrochen wird und dieser Artikel außerdem von Ueberweisung der Sache an den zuständigen Richter spricht, während doch nur von Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des angerufenen Richters die Rede sein kann, — möchten die Ostseeprovinzen Grund haben, vom Standpunkt ihres Proceßrechts, wie vom Standpunkt der Theorie und der Billigkeit dagegen Einspruch zu erheben, daß der Kläger befugt sein soll, den Beklagten da, wo derselbe sich bloß vorübergehend aufhält, selbst in dem Falle belangen zu können, wenn über des Beklagten Wohnsitz kein Zweifel obwaltet und keiner der besonderen Gerichtsstände gegen ihn begründet ist. Nicht der Beklagte, sondern ausschließlich der Kläger hat ein Interesse an der Einleitung und Durchführung des Proceßes und wie Niemand gezwungen werden kann, sich zum Besten eines Anderen Opfer und Unbequemlichkeiten aufzuerlegen, so kann auch von dem Beklagten nicht gefordert werden, daß er, um dem Kläger die Verfolgung dessen wirklichen oder vermeintlichen Rechts zu erleichtern, sich an einem Orte auf die Klage einlasse, welchen er nur vorübergehend aufgesucht hat, welcher nicht den regelmäßigen Mittelpunkt seines häuslichen und bürgerlichen Verkehrs bildet und ihm die Vertheidigung gegen die Klage aus vielen naheliegenden Gründen erschwert. Hiernach können wir uns der Ansicht des Herrn N. N., daß die §§ 2<sup>6</sup> und 2<sup>7</sup> des Abbedinski'schen Entwurfs durch die Art. 32, 203 — 207 der Civil-

proceßordnung zu ersetzen seien, schon deshalb nicht anschließen, weil letztere der dem allgemeinen Gerichtsstande (gemeinrechtlich) zu Grunde liegenden ratio nicht gebührende Rechnung tragen. Außerdem sind die §§ 6 und 7 des Albedinski'schen Entwurfs viel kürzer und klarer und doch vollständiger als die Art. 32, 203—207 der Civilproceßordnung. Sie haben freilich auf den, den Begriff des bleibenden Wohnsitzes definirenden Art. 204 der Civilproceßordnung keine Rücksicht genommen, sollten aber dafür das Lob des Herrn N. N. ernten, weil die Art. 3066 und 3067 des provinziellen Privatrechts hinsichtlich des Begriffs des Wohnsitzes für die Ostseeprovinzen maßgebende Bestimmungen getroffen haben, welche so ausführlich sind, daß der Albedinski'sche Entwurf sich im § 6 auf die Bemerkung beschränken konnte, daß der gewöhnliche Aufenthaltsort einer Person bis zum Beweise des Gegentheils als Wohnsitz derselben zu präsumiren sei. Außerdem erscheint uns die Definition des Art. 204 der Civilproceßordnung keineswegs mustergültig. Nach derselben soll nämlich der Ort, wo Jemand angefaßt ist oder seine häusliche Einrichtung hat, nur dann als Wohnsitz gelten, wenn die Ansässigkeit oder die häusliche Einrichtung durch die Geschäfte und Gewerbe oder das Vermögen oder den Dienst der betreffenden Person bedingt ist. Gerade hierin liegt aber die Unzulänglichkeit der Begriffsbestimmung, denn es lassen sich viele Fälle denken, in denen über den Wohnsitz einer Person ohngeachtet dessen kein Zweifel bestehen kann, daß die von der Civilproceßordnung aufgeführten Merkmale nicht zutreffen. Eine Wittve, die in einem befreundeten Hause bleibende Aufnahme findet, ein Mann, der von den Renten seines Capitals lebt und sich in einer Stadt niederläßt, um bessere Gelegenheit zur Erziehung seiner Kinder zu haben, eine Person, die in Folge obrigkeitlichen Befehls an einem Orte internirt wird — u. u., haben ihren Wohnsitz offenbar an den bezeichneten Orten, ohne durch ihre Geschäfte

und Gewerbe oder ihr Vermögen oder durch ihren Dienst an jene Orte gebunden zu sein. Wie bei der Frage nach der bona und mala fides, des animus rem sibi habendi u., so kommt man auch bei der Frage: ob eine Person mit ihrem Aufenthalt an einem bestimmten Orte den animus sedem fixam habendi verbinde? bald zu der Ueberzeugung, daß der Reichthum und die Vielgestaltigkeit menschlicher Lebensverhältnisse die Möglichkeit einer erschöpfenden Aufzählung der jenen animus bekundenden Momente ausschließen und daß letzterer daher nur durch freie richterliche Würdigung festgestellt werden könne, was eben von der Civilproceßordnung übersehen sein dürfte. Der allgemeine Gerichtsstand kommt selbstverständlich nicht allein in Betreff einzelner physischer Personen, sondern auch dann in Frage, wenn es sich um Belangung von Streitgenossen, von Handelsgesellschaften, von Vereinen und von juristischen Personen handelt. Wie hat nun die Civilproceßordnung den allgemeinen Gerichtsstand dieser Genossenschaften und fingirten Personen geordnet? Ohngeachtet der großen Bedeutung, welche die juristischen Personen (wie schon aus dem Art. 713 des Privatrechts hervorgeht) für die Ostseeprovinzen haben, wird weder in dem Friedensrichterproceß, noch in der allgemeinen Civilproceßordnung der juristischen Personen, geschweige denn ihres allgemeinen Gerichtsstandes mit einer Sylbe erwähnt. Herr N. N. scheint zwar zu meinen, daß der unter Anderem über den allgemeinen Gerichtsstand der juristischen Personen handelnde § 10 des Albedinskischen Entwurfs sich in dieser Hinsicht durch die Art. 35, 36, 220 und 221 der Civilproceßordnung ersetzen lasse: allein da diese Artikel nur den allgemeinen Gerichtsstand der Compagnien, Vereine und Gesellschaften bestimmen, so wollen wir gern annehmen, daß wir Herrn N. N. mißverstanden haben, denn daß er mit dem Begriff der juristischen Personen so wenig vertraut sein sollte, halten wir für unmöglich. Aber auch die Ausdrücke „Com-

pagnien und Gesellschaften“ rufen mancherlei Bedenken hervor. Wahrscheinlich sollen mit dem Worte „Compagnien“ Handelsgesellschaften (also offene Commandit-, Commandit-Actien und Actiengesellschaften) und mit dem Worte „Gesellschaften“ durch römischrechtlichen Gesellschaftsvertrag (societas) verbundene Personen bezeichnet werden. Ist dieses der Fall, so ist dagegen zu bemerken, daß es vom Standpunkte des provinziellen Privatrechts einer Bestimmung über den allgemeinen Gerichtsstand der Gesellschaften gar nicht bedarf, denn nach Art. 4311 folg. des Privatrechts können Gesellschafter, je nach der Art und Weise, wie sie contrahirt haben, bald einzeln, bald zusammen, im letzteren Falle jedoch immer nur als Streitgenossen, belangt werden und wo letztere ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, ist im § 10. des Albedinskischen Entwurfs bestimmt. Herr N. N. urtheilt, daß dieser § 10. des Albedinskischen Entwurfs mit dem Art. 218 der allgemeinen Civilproceßordnung zusammenfalle. Das Urtheil wäre in einem gewissen Sinne zutreffend, wenn in dem Art. 218 nicht eine unbekannte Größe steckte. Da dieser Artikel nämlich von einer Klage spricht, die gegen mehrere, in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnhafte Personen gerichtet ist, die Civilproceßordnung aber nirgends feststellt, unter welchen Voraussetzungen sich diese mehreren Personen vor einem und demselben Richter einzulassen haben, so ist der Art. 218 der Civilproceßordnung schon dieserhalb für die Ostseeprovinzen unbrauchbar. Hiegegen wird Herr N. N. gewiß einwenden, daß die Voraussetzungen, unter welchen das Vorhandensein einer Streitgenossenschaft anzunehmen sei, als eine rein theoretische Frage betrachtet werden müsse; gleichwohl werden wir weiter unten Gelegenheit finden, Herrn N. N. nachzuweisen, daß er theoretische Sätze von mit der Theorie übereinstimmenden Sätzen des positiven Proceßrechts schlechterdings nicht zu unterscheiden weiß.

Außer den bisher besprochenen Artikeln 35, 36, 218,

220 und 221 der Civilproceßordnung finden sich in derselben (mit Ausnahme des Art. 222, welcher bei Beachtung der Art. 4311 folg. und 4323 des Privatrechts bedeutungslos erscheint) keine den allgemeinen Gerichtsstand betreffende Bestimmungen. Hieraus folgt, daß die Civilproceßordnung es für überflüssig erachtet hat, durch sachgemäße Vorschriften dem Einfluß Ausdruck zu geben, welchen die Ehe, die elterliche Gewalt, die Adoption und die Annahme von Pflegekindern auf den allgemeinen Gerichtsstand ausüben.

Daß Ehefrauen den Gerichtsstand ihrer Ehemänner haben, daß eheliche und diesen gleichgeachtete, namentlich auch Adoptivkinder bis zur Beendigung der elterlichen Gewalt dem Gerichtsstande der Eltern folgen und daß für außereheliche Kinder der Gerichtsstand der Mutter, falls sie aber Pflegeeltern übergeben sind, der Gerichtsstand der letzteren gilt, — sind positive Vorschriften des Proceßrechts, die bei Codificirung des Provinzialrechts nothwendig irgendwo eine Stelle finden müssen und, da sie in den dritten Theil des Provinzialrechts nicht aufgenommen worden sind, in der provinziellen Civilproceßordnung nicht fehlen dürfen. Herr N. N. erklärt alle jene Bestimmungen für überflüssig, bleibt aber die Angabe seiner Gründe schuldig, indem er vielmehr vorzieht, die in dem § 30 des Albedinski'schen Entwurfs enthaltene Bestimmung, daß Frauen den Gerichtsstand ihrer Männer auch nach Auflösung der Ehe behalten, bis sie eine andere Ehe eingehen oder ihren Wohnsitz in einen anderen Gerichtsbezirk verlegen, — gewissermaßen als Absurdität zu bezeichnen, weil diese Bestimmung seiner Ansicht nach nur besage, daß die Wittve, so lange sie den Wohnort ihres Mannes nicht verlasse, eben an demselben bleibe. Hätte Herr N. N. gewußt, daß die ihm so anstößige Bestimmung sich aus der Lex. 22. § 1. Dig. 50. 1 hereschreibt, in den dogmatischen Bearbeitungen des gemeinen Civilprocesses (Vergl. z. B. Bayer's Vorträge über den ge-

meinen Civilproceß Seite 185) regelmäßig als eine Sazung des Proceßrechts aufgeführt wird und sich auch in den für Hannover, Bayern und Sachsen erlassenen Civilproceßordnungen vorfindet, so würde er vielleicht zu einigem Nachdenken angeregt und hoffentlich vor dem Mißgeschick bewahrt worden sein, sich zu einer Bemerkung hinreißen zu lassen, die nur beweist, wie wenig er die Bedeutung und Tragweite positiver Rechtsfazungen zu würdigen weiß. Ein wenig Nachdenken würde ihn auch belehrt haben, wie kurzſichtig die Bemerkung ist, daß eine Bestimmung über den allgemeinen Gerichtsstand der Pflege- und Findelkinder selbstverständlich und daher überflüssig sei; denn eines Theils steht den Pflegeeltern nach Art. 193 folg. des Privatrechts keineswegs die elterliche Gewalt über ihre Pflegekinder zu und anderen Theils braucht der gewöhnliche Aufenthaltsort der letzteren keineswegs mit dem Wohnort der ersteren zusammenzufallen, indem auch Pflegekinder sich als Schüler, Lehrlinge, Handlungsgehilfen 2c. fern von ihren Pflegeeltern aufhalten können, dennoch aber in der Regel (Vergl. die Ausnahme des § 3<sup>o</sup><sub>I</sub> des Albedinski'schen Entwurfs) an dem Wohnort ihrer Pflegeeltern in Anspruch zu nehmen sind.

Zu dem Text des Friedensrichterprocesses zurückkehrend, fassen wir den Art. 34 näher in das Auge, weil er der einzige ist, der als das *forum rei sitae* betreffend gedeutet werden kann. Derselbe lautet:

„Klagen über Wiederherstellung eines gestörten Besißes, über Nutzungsrechte an fremdem Grundeigenthum, über Abweidungen und Ueberschwemmungen und überhaupt wegen Erſatzes für Schäden und Verluste an Immobilien werden an dem Orte angebracht, wo das Immobil belegen ist.“

Die völlige Unanwendbarkeit dieses Artikels auf die Ostseeeprovinzen leuchtet fast von selbst ein. Was zunächst das für die Besißklagen geltende Forum betrifft, so kann dasselbe

ohne Verstoß gegen die Bestimmungen des Privatrechts nur so geordnet werden, wie es in dem § 11 des Albedinski'schen Entwurfs geschehen ist. In Bezug auf die Nutzungsrechte an fremdem Grundeigenthum verweisen wir auf das, was wir oben über dieselben gesagt haben. Klagen über Abweidungen haben, weil es nach provinziellem Rechte Klagen aus dem Delict sind, mit dem Gerichtsstand der belegenen Sache gar nichts zu schaffen und gehören ihrem Begriff nach zu denjenigen Klagen, für welche nach provinziellem Rechte der Gerichtsstand der unerlaubten Handlungen besteht. Letzterer ist im § 16 des Albedinski'schen Entwurfs unter Bezugnahme auf die einschlägigen Vorschriften des Privatrechts sachgemäß geregelt. Klagen wegen Ueberschwemmungen wird in der Regel die Behauptung des Klägers zu Grunde liegen, daß der Beklagte auf seinem Grundstück etwas vorgenommen oder unterlassen habe, was er, sei es in Grundlage der Artikel 1047—1056 des Privatrechts, sei es in Folge eines auf das Grundstück corroborirten Vertrages zu unterlassen, beziehungsweise zu beobachten (Art. 1051) verpflichtet gewesen. Da nun eine derartige Verpflichtung immer auf eine Beschränkung der Eigenthumsrechte des Beklagten (Art. 979 des Privatrechts) hinausläuft, ein sich über diese Verpflichtung entspinrender Rechtsstreit aber offenbar als ein Rechtsstreit über dingliche Rechte an Immobilien anzusehen ist, so ergiebt sich hieraus, daß die in Frage stehende Klage nach provinziellem Recht jedenfalls in den meisten Fällen bei den Collegialgerichten anzubringen sein wird, indem ja Klagen über dingliche Rechte an Immobilien der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter überhaupt entzogen sein sollen. Handelt es sich dagegen in dem Rechtsstreit gar nicht um ein dingliches Recht am Immobil, sondern einfach um eine persönliche Verbindlichkeit des Beklagten, indem z. B. behauptet wird, daß die Ueberschwemmung durch eine culpose oder dolose Handlung des Beklagten entstanden sei, so ist nicht

einzuſehen, weſhalb nach provinzielltem Rechte der Rechtsſtreit bei dem Richter des überſchwemmten Orts verhandelt werden ſoll, denn der Umſtand, daß der durch die Ueberſchwemmung angerichtete Schaden nur am Ueberſchwemmungsorte feſtgeſtellt werden kann, wird reichlich durch den Umſtand aufgewogen, daß die Exiſtenz der dolosen oder culpoſen Handlung, welche die Ueberſchwemmung herbeigeführt, doch nur mit Berücksichtigung der Localverhältniſſe des Orts ermittelt werden kann, wo der Beklagte gehandelt hat. Dazu kommt, daß nach der Theorie doch nur actiones in rem vor das forum rei sitae gehören; die Klage aber, um die es ſich in dem zuletzt gedachten Falle handelt, eine actio in personam iſt. Dieſelben Gründe greifen in Bezug auf Klagen „wegen Erſages von Schäden und Verluſten an Immobilien“ Platz — und glauben wir daher die oben behauptete Unanwendbarkeit des ganzen Artikels 34 des Friedensrichterprocesses ausreichend darge-  
than zu haben.

Ein Gleiches glauben wir auch von den Artikeln 38 und 39 behaupten zu müſſen. Dieſelben verordnen wörtlich: (Art. 38.) „Eine vor den Friedensrichter gehörende Wider-  
klage wird von demſelben Richter verhandelt, bei welchem die Hauptklage angebracht worden.“

(Art. 39.) „Wenn eine mit der Hauptklage unzertrennlich  
verbundene Widerklage, ihrem Werthe nach, der Gerichtsbarkeit der Friedensrichter nicht unterliegt,  
ſo ſtellt der Richter die Verhandlung der Sache  
bei ſich ein und überläßt es den Parteien, dieſelbe bei dem Bezirksgerichte auszutragen.“

Zunächſt können wir nicht unbemerkt laſſen, daß in beiden Artikeln die Widerklage nicht der Klage oder Vorklage, ſondern, offenbar in Folge mangelhafter Ueberſetzung, der Hauptklage entgegengeſetzt iſt. Sodann fragt ſich, was unter der unzertrennlich mit der Vorklage verbundenen Widerklage,

von der im Art. 39 die Rede ist, verstanden sei. Soll damit eine Widerklage gemeint sein, deren Gegenstand mit dem Gegenstande der Vorklage in so engem rechtlichen Zusammenhange steht, daß beide Klagen nur zusammen von einem und demselben Richter verhandelt werden können, so hat der Art. 39 eine Connexität vor Augen, die sowohl der gemeinrechtlichen Doctrin, als auch dem provinziellen Rechte unbekannt ist; denn nach ihnen bewirkt (abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Provocationen, Prinzipalinterventionen und Theilungsprocessen) die materielle Connexität durch selbständige Klage verfolgbarer Ansprüche und Gegenansprüche hinsichtlich der Competenz keine Aenderung, indem der Beklagte gemeinrechtlich, wenn er wider den Kläger eine mit dem Anspruch des letzteren materiell connexe Gegenforderung zu haben glaubt, diese nach seiner Wahl entweder mit einer Widerklage bei dem für die Vorklage zuständigen Richter, oder bei demjenigen Richter geltend machen kann, welcher für jene Forderung in Grundlage der allgemeinen Zuständigkeits-Regeln competent ist. Eben daher liegt in den Ostseeprovinzen kein Grund vor, auch den Kläger in dem im Art. 39 der Civilproceßordnung bezeichneten Falle mit der Durchführung seiner Klage an das Collegialgericht zu verweisen, wie in diesem Artikel gewiß zur großen Belästigung des Klägers geschehen ist. Schrieb die Civilproceßordnung aber der zwischen zwei oder mehr Klagen obwaltenden Connexität einmal die Wirkung zu, daß diese Klagen unter allen Umständen nur zusammen und nur vor einem und demselben Richter zur Verhandlung kommen können, so hätte sie den von ihr aufgeführten Gerichtsständen auch das forum connexitatis hinzufügen müssen, denn es ist ja möglich, daß die Klageberechtigten ihre Klagen ohngeachtet der Connexität derselben bei verschiedenen Gerichten anhängig machen, ohne daß einer unter ihnen seinen Anspruch mittelst Widerklage verfolgt. Obgleich uns hiernach bedünken will, daß der Civil-

proceßordnung der Vorwurf der Lückenhaftigkeit deshalb gemacht werden könne, weil dieselbe über den Gerichtsstand der materiellen Connexität keine irgend ausreichenden Bestimmungen getroffen, so erscheint es uns auf der anderen Seite ganz in der Ordnung, daß der Albedinski'sche Entwurf das forum connexitatis nicht aufgenommen, denn das provinzielle Recht fordert in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte keineswegs die Geltendmachung connexer Ansprüche vor einem und demselben Richter. Aus der Vergleichung des § 14 des Albedinski'schen Entwurfs mit den Artikeln 38 und 226 der Civilproceßordnung ergibt sich übrigens noch ein weiterer Grund für die Unanwendbarkeit dieser Artikel auf die Ostseeprovinzen. Während nämlich die Civilproceßordnung die Widerklage ohne Rücksicht darauf zuläßt, ob die der Vorklage und der Widerklage zu Grunde liegenden Ansprüche mit einander connex sind oder nicht, folgt das provinzielle Recht dem Grundsatz, daß der Kläger sich auf eine gegen ihn angebrachte Widerklage nur in dem Falle einlassen müsse, wenn zwischen seinem Anspruch und dem Gegenanspruch des Beklagten resp. Widerklägers Connexität stattfindet und die Widerklage nach den Regeln der Provocation nicht ausgeschlossen erscheint. Der allegirte § 17 des Albedinski'schen Entwurfs geht nun zwar über die durch diesen Grundsatz gezogene Schranke insofern hinaus, als er die Widerklage auch ohne Rücksicht auf die Connexität des Gegenanspruchs gestattet, wenn aus demselben zugleich eine Einrede gegen die Vorklage begründet wird. Allein diese Abweichung von dem Bestehenden rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß eine Widerklage, die zugleich eine Einrede begründet, zu einer gleichzeitigen Verhandlung ungleichartiger Ansprüche nicht führen kann und somit von dem vornehmlichsten Einwande gegen die gleichzeitige Verhandlung nicht connexer Ansprüche und Gegenansprüche keineswegs getroffen wird. Dazu kommt ein Zweckmäßigkeitsgrund, zu dessen Veranschaulichung wir das

nachfolgende Beispiel wählen. A. belangt den B. aus dem Darlehn auf 50 Rbl., B. seinerseits hat gegen A. einen Miethzins von 80 Rbl. zu fordern. Nach Art. 3545 folg. des Privatrechts kann B. seinen Gegenanspruch nur bis zu dem Verlauf von 50 Rbl. auf dem Wege der Compensationseinrede geltend machen, müßte also, wenn ihm der Weg der Widerklage abgeschnitten wäre, zur Erlangung des Forderungsrestes von 30 Rbl. gegen A. eine besondere Klage bei demjenigen Richter anstellen, vor welchem A. seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Da nun aber der von A. angerufene Richter, indem er über die Compensationseinrede des B. urtheilt, zugleich implicite über einen Theil des Gegenanspruchs des B. entscheidet, so ist es gewiß zweckmäßig, ihm die Entscheidung über den ganzen Gegenanspruch zu überlassen, oder, mit anderen Worten, die Widerklage in diesem Falle ohngeachtet dessen zu gestatten, daß die Forderung aus dem Darlehn mit der Miethforderung keineswegs connex ist.

Die nächstfolgenden Artikel 40—43 der Civilproceßordnung bezeichnen die Gerichte, die im Fall von Kompetenzconflicten zuständig sind. Obgleich sich auch gegen diese Artikel vom Standpunkt des provinziellen Rechts schwer wiegende Einwendungen erheben lassen, so glauben wir doch eine Darlegung derselben uns aus dem Grunde ersparen zu können, weil uns bedünken will, daß einige andere Bestimmungen der Civilproceßordnung die practische Bedeutung jener Artikel auf ein sehr geringes Maß herabdrücken.

Mit dem Art. 43 sind wir zu dem zweiten Hauptstück des Friedensrichterprocesses gelangt, welches über die Bevollmächtigten handelt, während das zweite Capitel des Unbedingten Entwurfs die Ueberschrift von den Parteien trägt. Diese Abweichung des Entwurfs von dem Friedensrichterproceß hat ihren Grund nicht in einer Verschiedenheit der hier und dort befolgten Systeme, sondern darin, daß man für gut befunden,

in den Friedensrichterproceß keine Bestimmungen über die gerichtliche Handlungsfähigkeit, über die Streitgenossenschaft, über die Haupt- und Nebenintervention, über die Streitverkündigung und über die Benennung des Auctors aufzunehmen. Da es in der That ganz undenkbar ist, daß man von der Ansicht ausgegangen, daß die friedensrichterlichen Behörden von den Parteien mit Anträgen verschont werden würden, welche in das Bereich der aufgezählten Rechtsinstitute fallen, so müssen wir an der Hand des Art. 80 des Friedensrichterprocesses annehmen, daß die friedensrichterlichen Behörden die Artikel 653 — 666 der allgemeinen Civilproceßordnung in subsidium zur Anwendung bringen sollen.

Von der gerichtlichen Handlungsfähigkeit und der Streitgenossenschaft ist freilich in den allegirten Artikeln nicht die Rede, doch darüber haben wir nicht hier, sondern in der zweiten Hälfte dieser Arbeit zu sprechen.

Was zunächst die Artikel 653 — 661 betrifft, so handeln sie „von der Hinzuziehung eines Dritten zur Sache.“ Es ist uns nicht gelungen, aus dem Inhalt dieser Artikel zu entnehmen, welches in der Wissenschaft cultivirte Proceßinstitut sie zum Gegenstande haben und namentlich sind wir zweifelhaft, ob wir die Ueberschrift — Hinzuziehung eines Dritten zur Sache — als Adcitation oder als Streitverkündigung (Litisdenuciation) zu deuten haben. Ist die Adcitation gemeint, so ist ein Institut gemeint, welches von der Wissenschaft nur für den Concursproceß zugelassen wird, aus allen anderen Proceßarten aber längst verbannt worden und auch in den Ostseeprovinzen nur für den Concursproceß Geltung hat. Ist dagegen die Streitverkündigung gemeint, wie Herr N. N. deutlich zu verstehen giebt, so ist jedenfalls die im Albedinski'schen Entwurf in kurzen Zügen dargestellte Streitverkündigung etwas ganz anderes, als die Streitverkündigung der Civilproceßordnung. Nach den Artikeln 3215, 3224 und 3226 des Privatrechts steht

die Streitverkündigung, die gegenwärtig in den Ostseeprovinzen Geltung hat, im engsten Zusammenhange mit der Eviction (Entwährung) und findet nur auf den engen Kreis der Rechtsstreitigkeiten Anwendung, in denen eine Partei im Falle ihres Unterliegens von einem Dritten Gewährleistung zu fordern berechtigt ist. Während nun der § 28 des Ubedinski'schen Entwurfs die Gränzen bezeichnet, innerhalb welcher die Streitverkündigung rechtliche Bedeutung hat und den Zweck derselben angiebt, lassen die Artikel 653 und 654 der Civilproceßordnung der Hinzuziehung dritter Personen zum Rechtsstreit einen, wie es scheint, nur durch die Willführ der Parteien oder das Ermessen des Richters beschränkten Spielraum und beobachten über die Voraussetzungen und den Zweck der Hinzuziehung Stillschweigen. Während der § 28 des Entwurfs auch dem Denuncianten die Befugniß einräumt, von seiner Seite derjenigen Person den Streit zu verkündigen, gegen welche er einen Regressanspruch zu haben meint, ist den Artikeln 653—661 der Civilproceßordnung eine derartige Bestimmung fremd. Während der Entwurf die Streitverkündigung solange zuläßt, als es dem Denuncianten nach Lage der Sache noch möglich ist, dem Denuncianten wirksame Beihilfe zu leisten, schreibt die Civilproceßordnung vor, daß die Bitte um Hinzuziehung des Dritten spätestens im ersten Verhandlungstermin verlaublich werden müsse. Während die Civilproceßordnung vorschreibt, daß der Dritte, um dessen Hinzuziehung eine Partei gebeten, durch das Gericht zu einem bestimmten Tage vorzuberscheiden sei, findet nach dem Entwurf eine richterliche Vorladung des Denuncianten überhaupt nicht statt, indem der Richter sich vielmehr darauf beschränken muß, die Anträge des Denuncianten dem Denuncianten zu dessen Rechtswahrnehmung behändigen zu lassen. Während nach der Civilproceßordnung der Richter über den von der Gegenpartei wider die Hinzuziehung des Dritten erhobenen Widerspruch zu entscheiden hat, ist die Ge-

genpartei nach dem Entwurf nicht einmal befugt, gegen die Streitverkündigung Widerspruch zu erheben. Aus dieser Vergleichung wird Herr N. N. vielleicht die Ueberzeugung schöpfen, daß zwischen der Streitverkündigung und der Zuziehung eines Dritten zum Rechtsstreit erhebliche Unterschiede bestehen. Dennoch wird er wahrscheinlich fragen: weshalb die Ostseeprovinzen des Instituts der Streitverkündigung bedürfen? und warum sie nicht mit der in der Civilproceßordnung normirten Zuziehung eines Dritten ausreichen können? Die Antwort drängt sich von selbst auf. Sie ist in den Artikeln 3224 und 3226 des Privatrechts enthalten. Da nämlich diese Artikel den Erwerber einer Sache, sobald gegen ihn die Evictionsklage erhoben ist, zur Aufforderung seines Auctors zur Theilnahme an dem Rechtsstreit, also zur Streitverkündigung, verpflichten und zugleich verordnen, daß der Erwerber, wenn er die rechtzeitige Aufforderung unterläßt, jeden ferneren Anspruch an den Gewährsmann verliert: so leuchtet ein, daß der provinzielle Civilproceß die Form der Streitverkündigung angeben und die proceßrechtlichen Folgen bestimmen muß, welche für die streitenden Theile eintreten, je nachdem der Denunciat der Aufforderung entspricht, oder es ausdrücklich oder stillschweigend ablehnt, an dem Prozesse Theil zu nehmen. Ob aber der provinzielle Proceß die Bestimmungen der Artikel 652—661 der Civilproceßordnung zur Regelung der Streitverkündigung adoptiren könne, hängt natürlich davon ab, ob diese Bestimmungen aus den Artikeln 3224 und 3226 in folgerichtiger Weise diejenigen Consequenzen ziehen, welche in proceßrechtlicher Hinsicht durch dieselben bedingt werden. Daß dieses jedoch nicht der Fall ist, läßt sich an den einzelnen Bestimmungen der Artikel 653—661 unschwer nachweisen.

Die Civilproceßordnung schreibt die richterliche Vorladung des Denunciaten vor und widerstreitet schon dadurch den Anschauungen und Vorschriften des provinziellen Privatrechts. Weil nämlich

der Denunciat nicht gezwungen werden kann, dem Denuncianten Beistand zu leisten und weil der letztere seinen Regressanspruch an den ersteren einbüßt, wenn er es an einer rechtzeitigen Streitverkündigung fehlen läßt, so ist es vom Standpunkt des Privatrechts der Ostseeprovinzen zweck- und sinnlos, den Denunciaten zum Erscheinen zu einem anberaumten Termin durch richterlichen Vorladungsbefehl vorzubeschneiden; denn wozu soll eine Vorladung dienen, welcher Folge zu leisten der Denunciat nicht verbunden ist? Mit der bloßen Benachrichtigung des Denunciaten, daß die Evictionsklage angestellt sei und daß er von dem Denuncianten zur Theilnahme an dem Rechtsstreit aufgefordert werde, wird den Interessen aller Beteiligten offenbar schon volle Genüge geleistet, ohne den Richter den Parteien gegenüber in eine schiefe Stellung zu bringen. Daß der Richter die Aufforderung an den Denunciaten übermittelte, wie der Albedinski'sche Entwurf vorschreibt, macht dieselbe noch nicht zu einer gerichtlichen, Gehorsam erheischenden Vorladung, sondern hat nur den Zweck, die Thatsächlichkeit der Aufforderung außer Zweifel zu setzen. Ebendaher ist es auch durchaus sachgemäß, daß der Albedinski'sche Entwurf in dem Falle, wenn der Denunciat der Aufforderung nicht entspricht, den Erlaß einer Versäumungsverfügung untersagt, während die Civilproceßordnung eine solche zuzulassen scheint.

Ein weiterer Widerspruch der Civilproceßordnung gegen das provinzielle Privatrecht liegt darin, daß dieselbe zwischen dem Kläger und dem Denuncianten einen durch richterliche Entscheidung zu erledigenden Disput über die Statthastigkeit der Streitverkündigung ohngeachtet dessen zuläßt, daß die Streitverkündigung an und für sich in keinem Falle eine Beeinträchtigung der Gegenpartei des Denuncianten involvirt, indem eine solche dieser Gegenpartei doch höchstens erst dann erwachsen kann, wenn der Denunciat, in den Proceß eintretend, sich dem Denuncianten als Nebeninterventient anschließt und bestimmte

Proceßhandlungen vornimmt. Ueberdies würde die von der Civilproceßordnung vorgeschriebene richterliche Entscheidung über die Statthaftigkeit der Streitverkündigung für den Denunciaten völlig wirkungslos sein, weil sie ihm gegenüber als *actum inter alios* erscheint und ein Rechtsverhältniß betrifft, welches nicht zwischen dem Denuncianten und der Gegenpartei desselben, sondern zwischen dem ersteren und dem nicht gehörten Denunciaten besteht. Während die Civilproceßordnung (Art. 658) die Parteien und den Richter instruiert, wie sie die eben erwähnte Rechtsunmöglichkeit in Scene setzen sollen, beugt der Albedinski'sche Entwurf jedem Fehlgriff in der fraglichen Beziehung durch die Bestimmung vor, daß die Gegenpartei nicht befugt sei, gegen die Streitverkündigung Widerspruch zu erheben.

Zu den rechtlichen Folgen, die eintreten sollen, wenn der vorgeladene Dritte nicht erscheint oder die Theilnahme verweigert, zählt die Civilproceßordnung (Art. 659) auch die, daß der Denunciant die Befugniß erlange, das Gericht um Sicherstellung seines Regresses an den geladenen Dritten zu bitten. Auch diese Bestimmung ist mit dem provinziellen Recht völlig unvereinbar, weil aus dem Wegbleiben des Denunciaten oder der ausdrücklichen Weigerung desselben, der Aufforderung zu entsprechen, nicht gefolgert werden darf, daß der Denunciant die Regressansprüche des Denuncianten in irgend einem Maße anerkenne, ein an den Vermögensstücken des Denunciaten anzulegender Arrest aber voraussetzt, daß der Denunciant sein Forderungsrecht gegen den Denunciaten glaubhaft macht und außerdem eine *causa arresti* nachweist. Dabei versteht sich von selbst, daß dem Denuncianten unbenommen bleibt, die Existenz seines Regressanspruchs gegen den Denunciaten und das Vorhandensein einer *causa arresti* anderweitig glaubhaft zu machen und in Folge dessen bei dem Richter eine Arrestverfügung gegen den Denunciaten zu erwirken; allein diese Verfügung ist dann nicht Folge des Wegbleibens oder der

Weigerung des Denunciaten und ist, wenn die gesetzlichen Requirite des Arrestes zutreffen, auch in dem Falle statthast, wenn der Denunciat der an ihn gerichteten Aufforderung entsprochen und dem Denuncianten sich als hilfeleistender Nebeninterveniient angeschlossen hat. So unmöglich oder doch jedenfalls nichts-sagend hiernach die in dem Art. 659 der Civilproceßordnung enthaltene Bestimmung wegen Sicherstellung des Regreßanspruchs des Denuncianten für die Ostseeprovinzen ist, so erklärlich und zutreffend ist es auf der andern Seite, daß der Albedinski'sche Entwurf über die Folgen schweigt, die sich für die etwaigen Regreßansprüche des Denuncianten ergeben, wenn der Denunciat der an ihn ergangenen Aufforderung nicht entspricht; denn diese Folgen ergeben sich aus dem Art. 3226 des Privatrechts von selbst und bestehen darin, daß der hinterher mit der Regreßklage belangte Denunciat sich mit der Einrede nicht zu schützen vermag, daß er, wenn ihm Gelegenheit zur Assistenz gegeben worden wäre, die Beurtheilung des Denuncianten möglicher Weise hätte abwenden können.

Was endlich die Bestimmung des Art. 660 betrifft, daß der Denunciat, wenn er sich zum Eintritt in den Proceß bequemt, an demselben in der Eigenschaft eines Sachbetheiligten Theil nehmen könne, so erscheint namentlich der Ausdruck „in der Eigenschaft eines Sachbetheiligten“ viel zu schwankend und allgemein, weil es mehrere von einander verschiedene Arten der Sachbetheiligung giebt und man nicht weiß, welche gemeint sei.

Der Albedinski'sche Entwurf hat den Fehler der Unbestimmtheit vermieden, indem er die Rechtsstellung des in den Proceß eintretenden Denunciaten fest umgränzt hat durch den Ausspruch, daß das Verhältniß des eintretenden Denunciaten nach den Grundsätzen der Nebenintervention zu beurtheilen sei, zu der wir nunmehr übergehen.

Speciell über die Nebenintervention handelt die Civil-

proceßordnung in dem Art. 663. Derselbe setzt fest, daß „ein „Dritter, dessen Interesse von der Entscheidung der Sache zu „Gunsten einer der Parteien abhängt, in jeder Lage der Sache „seinen Wunsch äußern könne, sich an derselben in Gemein= „schaft mit dem Kläger oder dem Beklagten zu betheiligen.“

Herr N. N. behauptet, dieser Artikel stimme inhaltlich mit dem ersten Absatz des § 10<sup>4</sup> folg. des Albedinski'schen Entwurfs überein. Allein auch hier zeigt sich, daß die Fähigkeit des Unterscheidens Herrn N. N's starke Seite nicht ist; denn während der § 24 des Albedinski'schen Entwurfs dem Dritten, der an dem Ausgange des Rechtsstreits ein directes oder indirectes rechtliches Interesse hat, einfach ein Recht zur Intervention giebt, gesteht der Art. 663 der Civilproceßordnung diesem Dritten nur die Befugniß zu, einen Wunsch wegen Betheiligung an der Sache äußern zu dürfen; während der § 24 ferner die Zulassung des Intervenienten zur Intervention nicht von einem vollständigen Nachweis des Interesse, sondern nur von einer Bescheinigung desselben abhängig macht, scheint der Art. 663 den Intervenienten zur Aeußerung seiner Interventionsgelüste nur zuzulassen, nachdem er sein Interesse vollständig nachgewiesen; während der Albedinski'sche Entwurf endlich scharf betont, daß das Interesse des Intervenienten ein rechtliches sein müsse, schließt die Civilproceßordnung die Unterstellung nicht aus, daß das Interesse, von dem sie spricht, möglicher Weise auf bloßer persönlicher Zuneigung zu einem der streitenden Theile beruhen oder vielleicht in der Besorgniß wurzeln könne, durch den Ausgang des Processes in Hoffnungen getäuscht zu werden, denen zur Zeit eine rechtliche Grundlage mangelt.

Außer in dem Art. 663 handelt die Civilproceßordnung nur noch in den Art. 662 und 664 über die Nebenintervention oder doch über die Intervention im Allgemeinen. Da aber der Art. 662 nur Formelles enthält und sich nur auf das

Verfahren vor den Bezirksgerichten zu beziehen scheint und der Art. 664 wiederum in das Kapitel über das Rechtsmittelverfahren gehört, so macht Herr N. N. mit den der Civilproceßordnung gänzlich fremden Bestimmungen des Albedinski'schen Entwurfs über die Nebenintervention kurze Umstände, erklärt, daß sie als unnützer Ballast über Bord geworfen werden können und bemerkt mit Bezug auf den Schlußsatz des § 17<sub>2</sub> des Entwurfs, daß es sich von selbst verstehe und durch den Art. 389 der allgemeinen Gerichtsorganisation bestätigt werde, daß der Nebenintervenient sich von der Partei, welcher er beigetreten ist, zur Führung des Rechtsstreites bevollmächtigen lassen könne. Die Laienhaftigkeit dieser Bemerkung ergibt sich auf den ersten Blick, den man auf die angeblich selbstverständliche Bestimmung wirft. Wenn nämlich dieselbe besagt, daß „der Nebenintervenient den Rechtsstreit mit Bewilligung der Hauptpartei, der er beigetreten ist, allein übernehmen könne, so daß er zugleich das Interesse der Hauptpartei als deren Bevollmächtigter zu vertreten habe“; so ist damit doch nur festgestellt, daß der Intervenient ohne einer förmlichen Vollmacht zu bedürfen, den ganzen Proceß im eigenen Interesse, wie im Interesse der fraglichen Hauptpartei durchführen könne, für letztere jedoch nur unter deren ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung oder Rathabition, welche ja deshalb noch nicht einem Vollmachtvertrage gleichgestellt werden kann. Was aber die andere von Herrn N. N. als überflüssig bezeichneten Bestimmungen anlangt, so werden wir später in einem anderen Zusammenhange darauf zurückkommen und beschränken uns daher hier nur auf die Bemerkung, daß jene Bestimmungen in dem wegen seiner angeblichen Ähnlichkeit mit der russischen Civilproceßordnung von Herrn N. N. gepriesenen Entwurf einer Civilproceßordnung für den norddeutschen Bund gleichfalls eine Stelle gefunden haben.

Hinsichtlich der Hauptintervention behauptet Herr N. N.,

daß die §§ 104<sup>a</sup> und 105<sup>b</sup> des Albedinski'schen Entwurfs zu den Artikeln 665 und 1092 der Civilproceßordnung nichts Neues brächten. Auch diese Behauptung ist einfach unwahr, denn:

1. soll der Hauptintervenient seine Klage nach dem Entwurf immer gegen beide streitenden Theile anstellen, während er sie nach der Civilproceßordnung auch nur gegen einen der streitenden Theile allein anstellen kann, was jedoch mit der Natur der Sache unvereinbar ist, indem der Hauptintervenient doch nur einen das Recht beider Parteien ganz oder theilweise ausschließenden Anspruch erheben muß, um als Hauptintervenient angesehen werden zu können.
2. fehlen in der Civilproceßordnung alle das Institut regelnden Bestimmungen des Entwurfs, namentlich, daß die Hauptintervention bei dem Richter erster Instanz auch dann anzutragen ist, wenn der Hauptproceß bereits in der Appellationsinstanz obschwebt, daß der Hauptproceß bis zur Entscheidung über die Prinzipalintervention auf Antrag, wie von Amtswegen ausgefetzt werden kann, daß die Vollstreckung der in dem Hauptproceß ergangenen Entscheidung unter den im Entwurf angegebenen Voraussetzungen auszufetzen oder nur gegen Sicherheitsleistung anzuordnen sei u. u.
3. kommt der Art. 1092 der Civilproceßordnung hier gar nicht in Betracht, da er nur die Anwendung der Regel des Art. 665 auf einen concreten Fall enthält, ohne dieser Regel etwas *de lege ferenda* hinzuzufügen.

In Betreff der Streitverklündigung und der Haupt- und Nebenintervention war Herr N. N. so glücklich in der Civilproceßordnung immerhin einige Bestimmungen zu finden, die ihm, ohngeachtet ihrer handgreiflichen Unzulänglichkeit wenigstens einigen Anhalt boten, Rechtsunkundigen gegenüber die dreiste Behauptung aufzustellen, daß jene Rechtsbestimmungen

Alles überflüssig machen, was über die zuletztbezeichneten Rechtsinstitute in dem Albedinski'schen Entwurf gesagt ist. In Ansehung der *nominatio auctoris* befindet er sich aber augenscheinlich in Verlegenheit, denn obschon er zu wiederholten Malen hervorhebt, daß die Civilproceßordnung allen Proceßinstituten eine wahrhaft reliefartige Ausprägung zu geben gewußt, so ist es doch Thatsache, daß die Civilproceßordnung in Bezug auf die *laudatio auctoris* jeden Versuch einer reliefartigen Ausprägung fern gelieben ist. Allein da die Noth kein Gebot kennt und mithin auch über die Gebote der Logik frei verfügen kann, so entschließt sich Herr N. N. kurz und erklärt, daß in dem dritten Punkte des Art. 571 der Civilproceßordnung Hinweise auf die *laudatio auctoris* enthalten seien, die dem practischen Bedürfniß der Ostseeprovinzen vollkommen genügen würden. — Die angerufene Gesetzstelle lautet:

Der Beklagte kann, ohne sich über das Wesen der Sache zu erklären, in nachstehenden Fällen Einreden vorschützen:

1. — — — — —

2. — — — — —

3. wenn die Forderung des Klägers in ihrem ganzen Umfange auf einen anderen Beklagten bezogen werden muß.

Wir wollen an dieser Stelle nicht besonders urgiren, daß die Einrede, von welcher hier gesprochen wird, überhaupt keine Einrede ist. Auch wollen wir darauf kein großes Gewicht legen, daß die Klagen, die nach dem § 121<sup>o</sup> folg. des Albedinski'schen Entwurfs zur Benennung des Autors berechtigen, nie eine Forderung zum Gegenstande haben, mithin von dem Punkt 3 des Art. 571 der Civilproceßordnung überhaupt nicht getroffen werden. Wohl aber müssen wir Herrn N. N. auf den Irrthum aufmerksam machen, den er dadurch begeht, daß er annimmt, daß der mit einer dinglichen Klage als Besizer einer Sache belangte Beklagte dann, wenn er in fremdem Namen besißt, nicht als der rechte Beklagte zu betrachten sei. Nach

provinziellem Rechte ist gerade das Gegentheil der Fall, denn zu Folge des Art. 899 des Privatrechts können die Eigenthumsklage und jede andere in rem actio gegen jeden Inhaber der Sache, auch gegen einen solchen, welcher im fremden Namen definit, gerichtet werden, also z. B. gegen den Depositär, den Commodatar, den Pächter, den Miether u. dgl. Hierzu kommt, daß der Besitzer im fremden Namen in der Regel ein starkes Interesse an der Detention der Sache hat, so daß man nicht einmal vom Standpunkt des russischen Rechts sagen kann, daß die gegen den Besitzer angestellte Vindicationsklage im ganzen Umfange auf denjenigen bezogen werden müsse, in dessen Namen er besitzt. Bei so bewandter Sache ist der Punkt 3 des Art. 571 der Civilproceßordnung nicht allein nicht geeignet, in den Ostseeprovinzen dem practischen Bedürfniß zu genügen, sondern würde auch im Falle seiner Anwendung auf die nominatio auctoris zu einem Widerspruch zwischen den Normen des Privatrechts einerseits und denjenigen des Proceßes andererseits führen, indem ja der Art. 899 den Vindicanten zur Anstellung seiner Klage gegen den Besitzer im fremden Namen anweist, während Art. 571 der Civilproceßordnung dem Richter gebietet, den Vindicanten, weil er jene Vorschriften befolgt hat, mit seiner Klage abzuweisen. Wenn aber Herr N. N. oder sonst Jemand fragen sollte, welches Recht denn die Ostseeprovinzen darauf haben, daß die nominatio auctoris in dem provinziellen Civilproceß eine Stelle finden müsse, so ist eine ausreichende Antwort schon in dem bereits allegirten Artikel 899 des Privatrechts enthalten, welcher mit dem Passus schließt:

„jedoch kann letzterer (nämlich der detentor) sich dadurch,  
 „daß er denjenigen namhaft macht, in dessen Namen er  
 „besitzt, von der Klage befreien.“

Daß es indeß mit der bloßen Namhaftmachung nicht abgethan ist, daß sich an die Namhaftmachung vielmehr ein be-

stimmtes *procedere* knüpfen müsse, welches unter gewissen Voraussetzungen zur Befreiung des Beklagten von der gegen ihn angestellten dinglichen Klage führen kann, leuchtet ebenso sehr von selbst ein, als daß das Privatrecht die Normirung dieses *procedere* der im Allerhöchsten Kamentlichen Befehl vom 1. Juli 1845 den Ostseeprovinzen verheißenen besonderen Proceßordnung vorbehalten hat. Eine Normirung dieses *procedere* ist in den §§  $\frac{31}{120} - \frac{33}{125}$  des Albedinski'schen Entwurfs versucht, wie wenig aber Herr N. N. zu einem richtigen Verständniß der daselbst aufgestellten, durchweg dem gemeinen Proceßrecht entnommenen Gesetze gelangt ist, bekundet er in höchst unergötzlichlicher Weise durch die Bemerkung, daß es „falsch“ sei, gegen den Benannten in dem Falle, wenn er zur Verhandlung nicht erschienen, ein Versäumungsverfahren nicht stattfinden zu lassen, denn wenn der Benannte auf gesetzlichem Wege von der gegen ihn erhobenen Klage benachrichtigt worden, so sei kein Grund vorhanden, gegen ihn ein Ungehorsamsverfahren auszuschließen. Dies lesend, könnte man sich veranlaßt sehen, Herrn N. N. zuzurufen: Paule, du rasest! Doch die Annahme, daß Herr N. N. die §§ des baltischen Projects ungehört, d. h. ungelesen zu verurtheilen pflege, möchte vielleicht noch zutreffender sein. Herr N. N. weiß gewiß, daß die sich bloß auf die Leitung des Proceßes beziehenden richterlichen Decrete in Ladungsdecrete (*citationes*) und Notificationsdecrete, ferner in monitorische und arctatorische eingetheilt werden. Da Herr N. N. selbst von einer auf gesetzlichem Wege erfolgten Benachrichtigung des Benannten spricht, so wird er nicht bestreiten, daß die an den Benannten gerichtete Aufforderung sich nur als Notificationsdecret auffassen lasse, daß der Benannte daher, wenn er der Aufforderung nicht Folge leistet, sich keineswegs des Ungehorsams gegen einen richterlichen Befehl schuldig mache, und folglich einem Ungehorsamsverfahren nicht unterliegen darf. Außerdem wird Herr N. N. sicher-

lich mit uns darin einverstanden sein, daß jedes Ungehorsamsverfahren auf den Endzweck hinarbeitet, den Gegner der ungehorsamen Partei zum Genuß seines Rechts gelangen zu lassen oder aber ihn entweder gegen den Verschlepp des Rechtsstreits zu schützen oder ihn von letzterem ganz zu befreien. Weil nun der Beklagte in dem Falle, wenn der Benannte der an ihn ergangenen Aufforderung nicht entspricht, nach § 32 des Albedinski'schen Entwurfs berechtigt ist, sich von der Klage dadurch zu befreien, daß er dem Kläger den Besitz des Klagegegenstandes überläßt, so leuchtet ein, daß ein Ungehorsamsverfahren gegen den ausgebliebenen Benannten zwecklos wäre. Eben daraus erklärt sich auch, weshalb an den Benannten bloß eine Notification, nicht eine arctatorische Ladung ergeht.

Wenn wir in unseren Erörterungen, wie bisher, dem Texte des Friedensrichterprocesses folgen wollten, so würden wir jetzt auf das von dem Bevollmächtigten handelnde Hauptstück (Art. 44—50) übergehen müssen. Weil uns aber scheint, daß gegen die Anwendbarkeit dieses und der darauf folgenden Hauptstücke auf die Ostseeprovinzen nicht weniger Gründe sprechen, als es rücksichtlich des ersten Hauptstücks der Fall war, — der specielle Nachweis der Unanwendbarkeit fast eines jeden Artikels aber auch dem geduldigsten und nachsichtigsten Leser Unmögliches zumuthen und uns zu einem Zeitaufwande nöthigen würde, über den wir nicht verfügen können, — so wollen wir, ehe und bevor wir zur Darlegung der Gründe der im Eingange bezeichneten zweiten Kategorie schreiten, uns auf eine kurze Beleuchtung nur noch einiger wenigen, besonders wichtigen Bestimmungen der Civilproceßordnung beschränken, dabei hoffend, daß die Unanwendbarkeit dieser mehr oder weniger grundlegenden Bestimmungen einen Schluß auf die Unanwendbarkeit auch der mit Stillschweigen übergangenen Bestimmungen der Civilproceßordnung gestatte.

Wir wählen die Bestimmungen

1. über das Veräumnungs-Urtheil,
2. über die Einreden,
3. über die Beweispflicht,
4. über die Beweisverfügung,
5. über den Beweis durch Eid,
6. über den Beweis durch Urkunden.

Ad 1. Der Artf. 145 der Civilproceßordnung schreibt unter Anderem vor:

„Wenn der Beklagte zur festgesetzten Frist nicht erscheint,  
 „so fällt der Friedensrichter auf das Gesuch des Klägers  
 „ein Veräumnungserkenntniß.“

Was den Inhalt dieses Erkenntnisses anlangt, so sprechen die Artf. 146 und 148 der Civilproceßordnung aus, daß der Friedensrichter dem Kläger die von ihm bewiesenen Forderungen zuzusprechen habe, vorher jedoch „Anordnung treffen  
 „könne über das Verhör derjenigen Zeugen, auf welche Bezug  
 „genommen worden, über die Ortsbesichtigung oder die Ein-  
 „ziehung des Gutsachtens von Sachverständigen, wenn er den  
 „Thatumständen nach es für unumgänglich nothwendig erachtet.“

Den in den Ostseeprovinzen herrschenden Rechtsanschauungen gegenüber läßt sich in der That kaum ein modus procedendi denken, der mehr als der eben angegebene geeignet wäre, dem Kläger die Realisirung seines Rechts zu erschweren, ja unter Umständen unmöglich zu machen, dem Beklagten aber, insbesondere wenn er von der Begründung der Klage überzeugt ist, eine Handhabe zum Verschlepp der Sache, wo nicht gar zur Vereitelung der Ansprüche seines Gegners darzubieten. Vor dem Friedensrichter erscheinend, um die Antwort des Beklagten auf die angebrachte Klage zu vernehmen, weiß der Kläger noch nicht, ob und wie weit der Beklagte die der Klage zu Grunde liegende Geschichtserzählung in Abrede stellen werde, weiß mithin noch nicht, welche unter den verschiedenen, in ih-

rem Zusammenhange das historische Klagefundament bildenden Thatfachen beweislich zu erhärten sein werden. Um also für den Fall des Ausbleibens des Beklagten gerüstet zu sein und den Anforderungen des Artik. 148 der Civilproceßordnung Genüge leisten zu können, muß der Kläger für jeden einzelnen zum historischen Klagefundament gehörigen Thatumstand ein gesetzlich zulässiges Beweismittel in Bereitschaft haben. Unter hundert Fällen wird neun und neunzig Mal die Lage des Klägers günstiger sein, wenn er den Beweis seiner Klage erst anzutreten hat, nachdem der Beklagte genöthigt worden, sich über das historische Klagefundament zu erklären. Denn da die tägliche Erfahrung lehrt, daß sogar ein zum Lügen entschlossener Beklagter, wenn ihm die Möglichkeit eines allgemeinen stillschweigenden Abläugens genommen ist und er sich dem Richter und dem Kläger gegenüber über jede einzelne von dem letzteren behauptete erhebliche Thatfache bestimmt erklären muß, in der Regel einen mehr oder weniger beträchtlichen Theil jener Thatfachen als wahr zuzugeben pflegt, so wird die Beweislast des Klägers sich am Schluß der ersten mündlichen Verhandlung in der Regel nur auf einen Theil des historischen Klagefundaments erstrecken, während sie sich auf das ganze, möglicher Weise aus vielen complicirten Umständen zusammengesetzte Klagefundament erstreckt, wenn von dem Kläger der Beweis seiner Klage auf Grundlage der Artik. 146 und 148 verlangt wird. Um den Kläger in diese schlimme Lage zu versetzen, wird gerade der sich schuldig wissende Beklagte in der ersten Tagfahrt ausbleiben. Angenommen aber, der Kläger könnte für jede zu seinem Klagefundament gehörige Thatfache beim Ausbleiben des Beklagten ein Beweismittel angeben; angenommen ferner die Vernehmung der vom Kläger aufgegebenen, vielleicht an verschiedenen entfernten Orten wohnhaften Zeugen, die Vorlegung der vielleicht aus fernen Orten unter Ueberwindung mancher Schwierigkeiten herbeizuholenden

Urkunden, die Vornahme von Ortsbesichtigungen und die Einziehung von Gutachten würden schließlich zur Erhärtung des Klagefundaments und zur Verurtheilung des Beklagten führen; — immer wäre der Kläger noch nicht am Ziele, weil dem Beklagten ja nach Art. 154 der Civilproceßordnung das Recht des Einspruchs zur Seite steht, ohne daß es dabei irgend auf den Nachweis von Umständen ankommt, die den Beklagten an dem Erscheinen in der ersten Tagfahrt gehindert haben. Macht er von diesem Rechte rechtzeitigen Gebrauch, beseitigt er dadurch das ergangene Versäumungserkenntniß und räumt dann bei der ersten mündlichen Verhandlung der wiederaufgenommenen Sache alle Thatumstände, auf denen die Klage beruht, ein, schüßt jedoch eine peremptorische Einrede, z. B. die Einrede der Verjährung, vor, so ist klar, daß die Beeidigung und Vernehmung der Zeugen, die Herbeischaffung der Urkunden, die Besichtigung an Ort und Stelle und die Einholung des Gutachtens der Sachverständigen völlig unnütz gewesen. Ein Gleiches ist sogar der Fall, wenn der Beklagte, ohne Einreden vorzuschützen, die Wahrheit des Klagefundaments in Abrede stellt. Denn da die Sache durch den erhobenen Einspruch in ihren ursprünglichen Stand zurückversetzt wird, so ist auch die erfolgte Beweisaufnahme nichtig und muß in der Weise wiederholt werden, daß der Beklagte Gelegenheit findet, gegen die Zeugen zu excuziren, dieselben zu interrogiren, die vorgelegten Urkunden anzufechten, an der Besichtigung an Ort und Stelle Theil zu nehmen und bei Ermählung der Sachverständigen nach Art. 123 der Civilproceßordnung mitzuwirken.

Wir haben bisher angenommen, daß der Kläger in der Lage sei, sich auf Beweismittel zu berufen, zu deren Gebrauch die Anwesenheit des Beklagten nicht schlechterdings nöthig ist. Wie aber wenn er sich in dieser Lage nicht befindet? Wie, wenn der Kläger in Ermangelung anderer Beweismittel zur Eidesdelation schreiten oder sich einer der Recognition durch

den Beklagten bedürftenden Privaturfunde bedienen will? In diesen beiden täglich vorkommenden Fällen haben die Art. 146 und 148 der Civilproceßordnung für den Kläger die Bedeutung, daß er einfach seines Anspruchs verlustig geht, wenn es dem Beklagten beliebt, der Ladung des Richters keine Folge zu leisten; denn da der Kläger in Abwesenheit des Beklagten von der Eidesdelation selbstverständlich keinen Gebrauch machen kann und die vom Kläger beigebrachte Privaturfunde, so lange sie nicht von dem Beklagten als ächt recognoscirt ist, in den Augen des Richters, ohngeachtet der freien Beweiswürdigung, der Beweiskraft ermangeln muß, so bleibt dem letzteren natürlich nichts übrig, als den Kläger in beiden Fällen wegen mangelnden Beweises abzuweisen. Und weshalb ergaben sich wenigstens für die Ostseeprovinzen diese einer Justizverweigerung nicht unähnlichen Consequenzen aus den mehrerwähnten Art. 146 und 148? Bloß weil die Civilproceßordnung den im Provinzialrecht wurzelnden und daher auch in den Abbe-dinski'schen Entwurf (§ 367) aufgenommenen Grundsatz, wonach der Richter dem ungehorsam ausbleibenden Beklagten gegenüber die im Klageantrage behaupteten Thatsachen als zugestanden fingiren soll, nicht zur Geltung gebracht. Herr N. N. freilich wird wahrscheinlich auch diesen Grundsatz den vielen überflüssigen Sätzen beizählen, die er in jenem Entwurf entdeckt haben will; gleichwohl hoffen wir, daß er bei ruhiger Ueberlegung einsehen werde, daß das Versäumungserkenntniß und der Einspruch recht eigentlich erst durch jenen Grundsatz festen Boden gewinnen, weshalb derselbe denn auch, so viel uns bekannt, in allen modernen Proceßordnungen deutschen Ursprungs und namentlich auch in dem Entwurf des norddeutschen Bundes gebührende Berücksichtigung gefunden. Daß aber alle Bestimmungen der Civilproceßordnung über das Versäumungsurtheil und den Einspruch für die Ostseeprovinzen schon deshalb jeden Werth verlieren, weil die Civilproceßord-

nung das eben besprochene Princip verläugnet hat, wird jeder, der der Wahrheit die Ehre geben will, ohne Weiteres einräumen, und bemerken wir daher hier nur beiläufig, daß wir auf das Institut des Einspruchs aus dem Grunde jetzt nicht näher eingehen, weil rücksichtlich der Gestaltung desselben für die Ostseeprovinzen unter den Ständen der letztern Verhandlungen im Gange sind, die indeß keineswegs durch die, eine Beachtung nicht verdienenden Ausstellungen des Herrn N. N. veranlaßt worden sind.

Ad 2. Welche Thatfachen zur Begründung eines Rechtsanspruchs oder der dagegen erhobenen Vertheidigungsmittel gehören, kann natürlich nur nach dem Privatrechte beurtheilt werden. Eines der wichtigsten Vertheidigungsmittel ist die Einrede und versteht sich daher von selbst, daß von diesem Vertheidigungsmittel sowohl in dem Privatrecht als in der Civilproceßordnung eines Landes vielfach die Rede sein muß. Daß auch das Privatrecht der Ostseeprovinzen und der Albedinski'sche Proceßentwurf sich dieser Nothwendigkeit nicht zu entziehen vermocht, beweisen schon die Artikel 694, 696, 3213, 3535, 3672, 3125, 3480 und 4517 des Privatrechts und die §§  $\frac{85}{329}$ ,  $\frac{86}{330}$ ,  $\frac{92}{372}$  und  $\frac{134}{474}$  des Proceßentwurfs zur Genüge. Obgleich weder das Privatrecht, noch der Entwurf Bestimmungen über den Begriff der Einreden, deren Eintheilung u. u. enthalten, so stehen sie doch in dieser Hinsicht mit einander vollständig im Einklange, indem beide die gemeinrechtliche Doctrin über die Einreden als in den Ostseeprovinzen herrschend ansehen. Soll nun der reichsrechtliche Friedensrichterproceß auf die Ostseeprovinzen Anwendung finden, so ist es gewiß eine der ersten Bedingungen der Anwendbarkeit desselben, daß auch der Friedensrichterproceß oder die Civilproceßordnung überhaupt hinsichtlich der Einreden gleichfalls die gemeinrechtliche Doctrin adoptirt habe, denn wäre dies nicht der Fall, würden die Bestimmungen, welche die Civilproceßordnung über die Einreden

enthält, von der gemeinrechtlichen Doctrin in wesentlichen Stücken abweichen, so würden sehr vielen und sehr wichtigen privatrechtlichen Bestimmungen diejenigen Voraussetzungen mangeln, von denen sie ausgegangen sind und ohne welche sie zu nichts sagenden oder gar irreleitenden Sätzen herabsinken müßten. Nachdem wir von den betreffenden Bestimmungen der Civilproceßordnung Kenntniß genommen, müssen wir gestehen, zu einem höchst unbefriedigenden Resultate gelangt zu sein.

Bei der augenscheinlichen Unvollständigkeit des Friedensrichterprocesses halten wir uns gleich an die allgemeine Civilproceßordnung. Die zweite Abtheilung des 10. Hauptstücks derselben führt die Ueberschrift: Einreden (отводы) und Erwidierungen (возражения), wobei wir gleich bemerken wollen, daß die uns vorliegende Uebersetzung das Wort возражение bald mit Einwendung, bald mit Erwiderung, bald mit Entgegnung wiedergiebt, so daß es, um Mißverständnissen vorzubeugen, angemessen sein wird, in dem Nachfolgenden an derjenigen Uebersetzung des Wortes возражение festzuhalten, die für die Ueberschrift des fraglichen Abschnitts gewählt worden ist.

Der erste, der angegebenen Ueberschrift untergeordnete Artikel der Civilproceßordnung ist der Artf. 571. Derselbe bestimmt, daß der Beklagte, ohne sich über das Wesen der Sache zu erklären, in 5 Fällen Einreden vorschützen könne. Vier dieser Fälle, nämlich die unter den Ziffern 1, 2, 4 und 5 aufgeführten, begründen Einreden im gemeinrechtlichen Sinne des Wortes, nämlich die Einreden der Rechtsanhängigkeit, der mangelnden Handlungsfähigkeit vor Gericht, der Incompetenz und der Sicherstellung der Proceßkosten. Der fünfte, unter Ziffer 3 aufgeführte Fall ist derselbe, von dem schon oben bei der Benennung des Auctor die Rede war. Er setzt fest, daß der Beklagte die Einlassung auf das Wesen der Sache ablehnen könne, wenn er behauptet, daß die Forderung des Klägers in ihrem ganzen Umfange auf einen andern Beklagten bezogen

werden müsse. Um jetzt nachzuweisen, daß diese Behauptung, wie wir schon oben äußerten, überhaupt keine Einrede begründe, glauben wir davon ausgehen zu müssen, daß es bei einer jeden Klage wesentlich darauf ankomme, ob sie ihrer Geschichtserzählung nach wahr und ihrem Rechtsgrunde nach durch einen geltenden Rechtsatz gerechtfertigt sei. Nur die Frage nach dem Vorhandensein dieser beiden Momente kann der Art. 571 meinen, wenn er von dem Wesen der Sache spricht, denn eben von diesen Momenten hängt die richterliche Anerkennung des Anspruchs des Klägers im Allgemeinen ab. Ebenso bekannt und nicht weniger gewiß ist zugleich, daß zu der Geschichtserzählung auch die Angabe derjenigen Thatsachen oder factischen Verhältnisse gehört, aus welchen hervorgeht, daß der erhobene Anspruch dem Kläger gerade gegen den Beklagten erwachsen sei, denn sonst wäre der Anspruch nicht ein Anspruch gegen den Beklagten, sonst wäre dem correlaten Verhältniß zwischen Recht und Verbindlichkeit nicht Rechnung getragen. Wenn nun der Beklagte behauptet, daß dem Kläger der eingeklagte Anspruch in dem ganzen Umfange desselben gegen einen Dritten zustehe, so spricht der Beklagte damit zweierlei aus, nämlich erstens, daß der Anspruch gegen ihn nicht begründet sei, und zweitens, daß der Anspruch gegen den Dritten allerdings begründet sei. Insoweit die Erklärung eine affirmative ist, gehört sie überhaupt nicht zur Sache, weil der Beklagte den Dritten nicht zu vertreten hat; insoweit sie dagegen negativ lautet, ist sie eine das Wesen der Sache betreffende, weil sie entweder einen Theil der Geschichtserzählung oder den Rechtsgrund der Klage verneint. In jedem Falle erscheint sie also als negative *litis contestatio* und in keinem Falle als Einrede im gemeinrechtlichen Sinne des Wortes, denn eine der Klage in materieller Hinsicht entgegengesetzte Einrede kann nur in einer neuen factischen Behauptung bestehen, welche das Recht des Klägers, selbst wenn das Klagefundament begründet wäre, als unwirksam oder

als aufgehoben oder doch entkräftet darstellt. Hiernach ist man zu der Annahme genöthigt, daß die Civilproceßordnung entweder die negative Litiscontestation zu den Einreden rechne oder mit dem Ausdruck „отводы“ überhaupt etwas Anderes bezeichne, als in der gemeinrechtlichen Doctrin mit dem Ausdruck „Einrede“ bezeichnet wird. Für welche dieser beiden Annahmen man sich entscheiden möge, immer zeigt sich, daß die Civilproceßordnung auch hinsichtlich der Einreden den Voraussetzungen des provinziellen Privatrechts nicht entspreche. Außerdem bleibt unerklärlich, wie der Fall Ziffer 3 des Art. 571 zu einer abgesonderten Verhandlung über eine Vorfrage führen soll. Man setze beispielsweise den Fall: A. habe den B. auf Bezahlung einer Darlehnsforderung von 100 Rbl. belangt und B. habe erwidert, daß nicht er, sondern sein Bruder den Vertrag geschlossen und das Darlehn empfangen. Beweist A., daß er in der That mit B. contrahirt habe, so muß natürlich B., ohne daß es einer weiteren Verhandlung bedarf, zur Heimzahlung der 100 Rbl. verurtheilt werden — und der Proceß ist nicht über eine Vorfrage, sondern über das Wesen der Sache zu Ende, denn nicht daß A. überhaupt von irgend Jemand die eingeklagten 100 Rbl. zu fordern hat, sondern daß ihm diese Forderung gerade gegen den B. zusteht, ist das Wesen des Rechtsstreits. Gelingt dem A. dagegen jener Beweis nicht, so muß A. mit seiner Klage abgewiesen werden — und der Proceß ist wieder seinem Wesen nach zu Ende.

Nachdem die Civilproceßordnung in dem Art. 571 die Fälle proceßhindernder Einreden aufgezählt hat, handelt sie in den Art. 572—577, 585—588 theils von den Einreden (отводы) überhaupt, theils von einzelnen Einreden — und im Art. 589 von den Erwidierungen (возражения).

Artikel 572 lautet:

„Das Recht der Einrede hat nicht nur der Beklagte, sondern auch der Kläger in dem Falle, wenn die den

„Beklagten in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten vertretende Person dazu keine Vollmacht besitzt.“

In Betracht, daß es keinen Sinn hat, dem Kläger eine Einrede gegen den Beklagten wegen des Umstandes einzuräumen, daß er, der Beklagte, von einer nicht oder nicht gehörig bevollmächtigten Person im Proceß vertreten wird, — können wir den Art. 572 nur dahin verstehen, daß der Kläger zwar in der Regel das Recht der Einrede nicht genieße, daß ihm dies Recht jedoch ausnahmsweise in dem Falle zustehen solle, wenn der Vertreter des Beklagten nicht ordnungsmäßig bevollmächtigt ist. Ist aber der Art. 572 wie geschehen zu deuten, so ist auch er unvereinbar mit der gemeinrechtlichen Doctrin, denn nach der letzteren ist das Recht, Einreden zu erheben, ebenso gut ein Recht des Beklagten, wie des Klägers, wie schon daraus ersichtlich, daß alle Replikten wirkliche Einreden des Klägers sind, indem der letztere durch Berufung auf die seiner Replik zu Grunde liegenden Thatfachen die Einrede des Beklagten zu entkräften und seinen auf die Verwerfung der Einreden gerichteten Antrag zu begründen sucht. Die Civilproceßordnung erwähnt zwar in dem Art. 312 auch der Replikten und Duplikten, bedient sich jedoch dieser Ausdrücke nur in dem uneigentlichen Sinne des Wortes, wonach mit den Worten Replik und Duplik nur die zweiten Satzschriften des Klägers, beziehungsweise des Beklagten bezeichnet werden, ohne Rücksicht darauf, ob der Inhalt derselben sich als Einrede darstellt oder nicht. Constatirend, daß auch hierin eine Abweichung von der gemeinrechtlichen Doctrin enthalten ist, fassen wir den Art. 573 der Civilproceßordnung in's Auge, welcher vorschreibt, daß die Einreden durch Beweise oder durch Berufung auf solche unterstützt werden müssen. Daß auch diese Vorschrift, wenn man sie unter den Maßstab der gemeinrechtlichen Doctrin und des provinziellen Privatrechts stellt, von den Ostseeprovinzen abgelehnt werden muß, ergibt sich aus den Art. 3531, 3554,

3672 und 3677 des Privatrechts, weil dem Beklagten, wenn er die Einrede des nicht gezahlten oder des nicht empfangenen Geldes vorschützt, nach den bezogenen Artikeln keineswegs der Beweis obliegt, so daß er in diesen Fällen offenbar keinen Sinn hat, von dem Beklagten die Unterstützung seiner Einrede durch Beweis zu fordern. Wie übrigens die Vorschrift des Art. 573 auf den im Art. 572 angeführten Fall Anwendung finden soll, ist uns gleichfalls nicht einleuchtend, denn da doch nur dem Beklagten die Pflicht auferlegt werden kann, die ordnungsmäßige Bevollmächtigung seines Vertreters nachzuweisen, so wird man zu der Frage veranlaßt: mit welchem Rechte von dem Kläger die Unterstützung seiner Einrede durch Beweis in einem Falle gefordert werde, in welchem ihm die Führung eines Beweises überhaupt nicht obliegt und ihm umsoweniger zugemuthet werden kann, als die Einrede des Klägers in dem Falle des Art. 572 ja bloß auf der Behauptung beruht, daß der Beklagte die Erfüllung einer proceßrechtlichen Vorschrift verabsäumt habe.

Die Art. 574—588 der Civilproceßordnung können mit Stillschweigen übergangen werden, da sie nichts enthalten, was über den Begriff der Einreden des russischen Rechts (отводы) aufklären könnte oder geeignet wäre, die Unvereinbarkeit zu beseitigen, die uns bisher bei Vergleichung der gemeinrechtlichen Doctrin mit den Art. 571 bis 573 der Civilproceßordnung entgegentrat. Der Art. 589 dagegen ist keineswegs so indifferenter Natur. Er schreibt vor, daß ein Beklagter, welcher behauptet, daß das Klagerrecht selbst gar nicht derjenigen Person, welche die Klage erhoben, zustehe, oder daß es vor Erhebung der Klage durch Erfüllung der Verbindlichkeit, durch richterliches Erkenntniß, durch Vergleich oder durch Ablauf der Verjährungsfrist erloschen sei, nicht das Recht habe zu fordern, daß diese Erwidierungen (возражения) vorläufig und abgesondert vor seiner Erklärung über das Wesen der Sache geprüft werden.

Wie uns bedünken will, möchte diese Bestimmung, ihrem Hauptgedanken nach, ziemlich überflüssig sein, weil die Behauptungen, welche den Beklagten von der Einlassung auf das Wesen der Sache befreien, schon in dem Art. 571 erschöpfend aufgeführt sind. Von besonderem Interesse ist dieser Artikel aber deshalb, weil er wenigstens einen Hinweis auf den Begriff der *возражения* enthält, dessen Feststellung aus dem Grunde ganz unerlässlich wird, weil die Art. 81 und 366 der Civilproceßordnung sowohl für das Verfahren vor den Friedensrichtern, als für das Verfahren vor den allgemeinen Gerichten vorschreiben, daß der Beklagte, welcher die Forderungen des Klägers bestreitet, zum Beweise seiner Erwidierungen (*возражения*) verpflichtet sei. Nach der Fassung des Art. 589 muß man vermuthen, daß außer den angeführten Fällen noch andere vorhanden seien, die gleichfalls unter den Begriff der *возражения* fallen. Obgleich diese Vermuthung auch in der Erwägung Unterstützung findet, daß die mögliche Beweispflicht des Beklagten sich doch offenbar nicht auf die wenigen Fälle beschränken kann, deren der Art. 589 erwähnt, so haben wir doch in der Civilproceßordnung nirgends einen festen Anhalt entdecken können zur Feststellung des Begriffs der *возражения*. Daß sie sich von den Einreden unterscheiden, folgt freilich schon aus der Ueberschrift des bezüglichen Abschnitts; worin aber die charakteristischen Unterscheidungsmerkmale bestehen und ob die *возражения* vielleicht gar alle bloß verneinenden Entgegnungen und rechtlichen Gegeneductionen in sich begreifen, — über alles das scheint uns die Civilproceßordnung keinen Aufschluß zu geben. Aber wie dem auch sei, immer ist soviel gewiß, daß die Erwidierungen sich jedenfalls nicht unter den gemeinrechtlichen Begriff der Einreden bringen lassen, denn dies erhellt schon daraus, daß der Art. 589 der Civilproceßordnung auch die Behauptung des Beklagten, daß der eingeklagte Anspruch nicht dem Kläger, sondern einer dritten Person zustehet, als

Erwiderung ansieht, während diese Behauptung sich doch aus den oben in Bezug auf den Art. 571 ausgeführten Gründen gleichfalls als negative Litiscontestatio darstellt.

Wenn nun die Civilproceßordnung, wie wir im Vorhergehenden dargethan zu haben glauben, hinsichtlich der Einreden Eintheilungen und Unterscheidungen Raum gegeben, die dem provinziellen Privatrecht und der gemeinrechtlichen Doctrin fremd sind; wenn der Begriff, den die Civilproceßordnung mit den Worten „Einreden und Erwiderungen“ verbindet, überhaupt fester Gränzen zu ermangeln scheint; wenn ferner das, was die Civilproceßordnung über die Einreden und Erwiderungen aussagt, mit dem Wesen der gemeinrechtlichen Einreden fast durchweg in so schneidendem Widerspruch steht, daß eine Identifizirung der letzteren mit den ersteren absolut unmöglich ist, — daß die Anwendung sehr zahlreicher, auf die Vertheidigung im Proceße direct oder indirect einwirkender Bestimmungen des provinziellen Privatrechts nur möglich ist unter der Voraussetzung, daß die gemeinrechtliche Theorie der Einreden Geltung habe und als Leitstern diene: so ist es, bei der hervorragenden Bedeutung, die den Einreden im Civilproceß gebührt, gewiß keine Uebertreibung, wenn wir behaupten, daß die Anwendung der die Einreden anlangenden Bestimmungen der Civilproceßordnung in den Ostseeprovinzen gewissermaßen durch ein anatomisches und darum unüberwindliches Hinderniß unmöglich gemacht werde.

Ad 3. Die Beweispflicht der Parteien ist von der Civilproceßordnung in dem Art. 366 folgendermaßen normirt:

„Der Kläger muß seine Klage beweisen. Der Beklagte, welcher die Forderungen des Klägers bestreitet, ist seinerseits verpflichtet, seine Erwiderungen zu beweisen.“

Gleich der erste Satz steht mit der in den Ostseeprovinzen herrschenden und von dem provinziellen Privatrecht vorausgesetzten gemeinrechtlichen Doctrin über die Beweislast in Wi-

derspruch. Nach dieser Doctrin sind bekanntlich nur Thatfachen, nicht die anzuwendenden Rechtsätze, Gegenstand des Beweises; Art. 366 der Civilproceßordnung fordert aber von dem Kläger auch den Nachweis des Rechtsgrundes der Klage, denn daß derselbe zur Klage gehöre, geht aus dem Punkt 5 des Art. 257 der Civilproceßordnung hervor.

Nach dem Wortlaut des ersten Satzes des Art. 366 hat der Kläger alle zu dem factischen Fundament seiner Klage gehörigen Thatfachen zu beweisen, — und zwar ohne abwarten zu dürfen, ob und wie weit der Beklagte diese Thatfachen in Abrede stellen werde; denn unterläßt der Kläger es, mit der Erhebung der Klage den Beweis des ganzen factischen Fundaments derselben zu verbinden, so hat er nach den Art. 257 und 264 der Civilproceßordnung die Abweisung seiner Klage in dem Falle zu erwarten, wenn es dem Beklagten beliebt, in dem für die Hauptverhandlung anberaumten Termin ungehorsam auszubleiben.

Durchaus anders und unverkennbar richtiger ist die Beweislast des Klägers von der gemeinrechtlichen Doctrin bestimmt. Nach derselben hat der Kläger nur die für die Begründung seines Klageanspruchs erheblichen, bestreitbaren, d. h. durch keine Rechtsvermuthung unterstützten und von dem Beklagten in Wirklichkeit bestrittenen Thatfachen zu beweisen, denn während bei notorischen und den durch eine praesumptio juris et de jure gedeckten Thatfachen von einer Bestreitbarkeit und somit von einem Beweise überhaupt nicht die Rede sein kann, ist der Kläger natürlich des Nachweises solcher zu seinem Klagefundament gehöriger Thatfachen überhoben, rücksichtlich welcher er sich auf eine nur durch Gegenbeweis zu entkräftende praesumptio juris berufen kann.

Was den zweiten, die Beweislast des Beklagten normirenden Satz des Art. 366 betrifft, so ist er vor Allem ein neuer Beleg für die Unmöglichkeit, mit der Terminologie der Civil-

proceßordnung den Anforderungen zu genügen, die das provinzielle Privatrecht an eine provinzielle Proceßordnung stellen muß. Unter Forderung versteht das provinzielle Privatrecht bekanntlich immer nur eine Obligation, also ein Recht, vermöge dessen eine Person einer anderen Person zu einer Handlung verpflichtet ist, die einen Vermögenswerth hat. (Vergl. Art. 2907 des Privatrechts.) Wenn nun der Art. 366 verordnet, daß der Beklagte, welcher die Forderungen des Klägers bestreitet, seinerseits verpflichtet sei, seine Erwidierungen zu beweisen, so trifft er damit nur solche Klagen, die ein Forderungsrecht zum Gegenstande haben, läßt also die eine Beantwortung nothwendig erheischende Frage offen, worin die Beweispflicht des Beklagten bestehe, falls es sich um eine dingliche Klage handelt, d. h. falls der Kläger ein dingliches Recht (*jus in re*) geltend macht. Sollte das russische Recht die wichtigste aller Rechtseinteilungen, nämlich die Einteilung der Rechte in dingliche und persönliche, nicht kennen oder keine Kunstausdrücke besitzen, um diese folgenschwerste aller Unterscheidungen sprachlich hervortreten zu lassen? Noch mehr Gewicht möchte darauf zu legen sein, daß der Ausdruck „Erwidierungen“ (wie wir bereits oben dargethan zu haben glauben) für die Parteien und Richter der Ostseeprovinzen entweder völlig dunkel bleiben oder von ihnen so gedeutet werden muß, als umfasse er neben einigen Einreden auch bloße Rechtsdeductionen und bloße Verneinungen, also Dinge, die nach gemeinem, wie provinziellem Recht mit der Beweislast des Beklagten nichts zu schaffen haben.

Herr N. N. liebt es sehr vom juristischen Bau zu sprechen, wird aber, wenn er aufrichtig ist, zugestehen müssen, daß die Bestimmungen der Civilproceßordnung über die Beweislast ein zwar begonnenes, aber auf halbem Wege unterbrochenes Bauwerk darstellen; denn wenn die Civilproceßordnung es einmal überhaupt für nöthig erachtet über die Beweislast etwas

zu bestimmen, so durfte sie nicht über die Beweisspflicht schweigen, die dem Kläger hinsichtlich seiner Replik und dem Beklagten hinsichtlich seiner Duplik obliegt. Mit anderen Worten, wenn die Civilproceßordnung es für nöthig fand auszusprechen, daß der Kläger seine Klage zu beweisen habe, so mußte sie auch aussprechen, wem unter den Parteien der Nachweis derjenigen Thatfachen obliege, auf die der Kläger sich beruft, um eine von dem Beklagten vorgeschützte Einrede zu entkräften. Wenn die Civilproceßordnung ferner für nöthig erachtete, die den Beklagten der Klage gegenüber treffende Beweislast zu normiren, so lag eine gleiche Nothwendigkeit auch hinsichtlich derjenigen Thatfachen vor, auf welche der Beklagte sich beruft, um solche vom Kläger behauptete Thatfachen zu entkräften, auf welche der Kläger sich zur Beseitigung einer Einrede des Beklagten berufen hat. Die Art. 81 und 366 der Civilproceßordnung sind die einzigen, in welchen die letztere über die Beweislast handelt, und zwar im Art. 81 für das Verfahren vor den Friedensrichtern und im Art. 366 für das Verfahren vor den Bezirksgerichten. Gleichwohl lassen beide, mit einander übereinstimmende Artikel die Lücke offen, von der wir gesprochen haben, eine Lücke, die im provinziellen Proceß wegen des Instituts der Replik und Duplik nicht unausgefüllt bleiben dürfte und im Albedinski'schen Entwurf ausweislich des §  $\frac{9}{7} \frac{2}{3}$  desselben in der Weise ausgefüllt worden, daß dieser Paragraph die allgemeine Regel zur Beurtheilung der Beweispflicht der Parteien angiebt. Die Artikel 81 und 366 der Civilproceßordnung mit der gemeinrechtlichen Doctrin vergleichend, wird Herr N. N. uns vielleicht darin beistimmen, daß es besser sei, über die Beweispflicht der Parteien gar keine Bestimmungen zu treffen, als die Beweispflicht so zu bestimmen, wie es in der Civilproceßordnung geschehen ist. Da Herr N. N. aber im Allgemeinen die Ansicht ausgesprochen, daß alle in dem Albedinski'schen Entwurf zum Ausdruck gebrachten materiellen

Sätze einfach dem provinziellen Privatrecht entnommen seien, so wird er sicherlich die Meinung vertreten, daß die in dem § 92 des Entwurfs enthaltene allgemeine Regel über die Beweispflicht der Parteien überflüssig sei, weil in den Artikeln 64, 688 — 690, 693, 694, 696, 704 — 706, 862 — 866, 900, 916 — 919, 1841, 2582, 2988, 3293, 3304, 3531 folg., 3672 folg. und 3700 folg. jene allgemeine Regel entbehrlich machende specielle Beweisregeln normirt seien. Es ist jedoch nicht schwer zu zeigen, daß gerade diese besondere Beweisregeln die Aufnahme einer allgemeinen Beweisregel in den Entwurf nothwendig machten.

Der § 92 des Entwurfs setzt fest, daß

1. der Kläger die von dem Beklagten bestrittenen Thatsachen, welche zur Begründung des von ihm behaupteten Rechts im Allgemeinen erfordert werden,
2. der Beklagte dagegen diejenigen von dem Kläger bestrittenen Thatsachen, wodurch im einzelnen Falle die Entstehung jenes Rechts gehindert oder letzteres wieder aufgehoben oder entkräftet werden soll, zu beweisen habe, daß
3. jeder Partei in gleicher Weise der Beweis derjenigen Thatsachen obliege, welche den wesentlichen Grund ihrer ferneren Vertheidigungsmittel ausmachen — und daß
4. die Frage: welche Thatsachen zur Begründung eines Rechts oder eines Vertheidigungsmittels gehören, nach den Bestimmungen des Privatrechts zu beurtheilen sei.

Obgleich diese allgemeinen Beweisregeln der gemeinrechtlichen Doctrin entsprechen, so würde man sich doch einer Illusion hingeben, wenn man der Ansicht wäre, daß sich die Beweispflicht der Parteien an der Hand dieser Regeln in jedem denkbaren Falle ohne Schwierigkeit beurtheilen lasse.

Erwägt man nämlich, daß der § 92 des Entwurfs die Beweispflicht der Parteien nicht beurtheilt wissen will nach allen factischen Bedingungen, die denkbarer Weise vorhanden

sein müssen, um das fragliche Recht oder Vertheidigungsmittel in concreto zu begründen, sondern daß er die Beweispflicht vielmehr nur nach denjenigen factischen Bedingungen bemißt, die erforderlich sind, um das fragliche Recht oder das betreffende Vertheidigungsmittel im Wesentlichen oder Allgemeinen, also seinem Begriffe nach, zu begründen, so ergiebt sich von selbst, daß die allgemeine Beweisregel des § 92 die Existenz einer Gränze voraussetze, gezogen zwischen den factischen Bedingungen, die ein Recht oder ein Vertheidigungsmittel seinem Begriffe nach begründen, — und solchen factischen Bedingungen, die außerdem vorhanden sein müssen, um dem Rechte oder Vertheidigungsmittel in concreto wirksamen Erfolg zu sichern. So gehört z. B. zu der Wirksamkeit eines Kaufvertrages in concreto, daß die Contrahenten über den Gegenstand des Kaufs und über ein pretium certum übereingekommen seien, daß sie mit persönlicher Dispositionsfähigkeit ausgerüstet gewesen, daß dem Geschäft weder Zwang, noch Irrthum, noch Betrug, noch Simulation, noch Scherz zu Grunde gelegen u. u. Daß in diesem Falle die Uebereinstimmung der Parteien über den Kaufgegenstand und die Festsetzung eines pretium certum schon durch den Begriff des Kaufvertrages geforderte Requisite seien und daher von demjenigen, der die Existenz des Kaufgeschäfts behauptet, bewiesen werden müssen, kann bei Beachtung der allgemeinen Beweisregeln nicht zweifelhaft sein. Ebenso wenig möchte sich bei Zugrundelegung derselben bestreiten lassen, daß das Vorhandensein von Zwang, Irrthum u. u. von derjenigen Partei zu beweisen sei, welche die Existenz eines wirksamen Kaufgeschäfts läugnet. Ob aber die persönliche Dispositionsfähigkeit zu den Requisiten eines Kaufgeschäfts dessen Begriffe nach gehöre und ob daher dieses Requisite von dem, der das Vorhandensein der Dispositionsfähigkeit behauptet, oder von dem, der das Vorhandensein derselben in Abrede zieht, zu beweisen sei, darüber können sogar unter Solchen, welche

in Bezug auf die allgemeinen Beweisregeln unter einander einverstanden sind, Meinungsverschiedenheiten obwalten. Wer die Mühe nicht scheut, auch nur die gewöhnlichsten Rechtsverhältnisse näher in's Auge zu fassen, wird sich leicht überzeugen, daß eines Theils bei denselben im einzelnen Falle Thatumstände in Frage kommen können, die von den allgemeinen Beweisregeln nicht oder doch nicht mit derjenigen Sicherheit beherrscht werden, als es im Interesse einer einheitlichen Rechtspflege wünschenswerth erscheint, — und daß anderen Theils die factischen Momente, die zur Begründung der verschiedenen Rechtsverhältnisse deren Begriffe nach gehören, sich unmöglich im Allgemeinen bestimmen lassen, sondern nur aus den privatrechtlichen Vorschriften über die einzelnen Rechtsverhältnisse erkannt werden können. Obgleich nun das provinzielle Privatrecht die die einzelnen Rechtsverhältnisse ihrem Begriffe nach begründenden thatsächlichen Momente nicht überall soweit hervorgehoben hat, daß sich aus ihnen die Gränze, von der wir oben gesprochen, immer mit Sicherheit erkennen ließe, so hat es doch diejenigen in seinen Rechtsquellen enthaltenen Vorschriften, die zur Bestimmung jener Gränzen wenigstens einigen Anhalt darbieten, theils in der Form besonderer Beweisvorschriften, theils als rechtliche Vermuthungen aufgenommen und an die Vorschriften über die einzelnen Rechtsverhältnisse angeknüpft, wie aus den bereits citirten Artikeln 64, 688—690, 693, 694 u. u. und den Artikeln 13, 134, 165, 524, 708, 863, 1092, 2138, 2422, 2542, 2382, 2945, 2585, 2586, 3025, 3399, 3536, 3539, 3422, 3413 und 4295 des Privatrechts hervorgeht.

Wenn Herr N. N. nichtsdestoweniger behauptet, daß diese Artikel des Privatrechts die allgemeine Beweisregel des § 92 des Albedinski'schen Entwurfs entbehrlich machen, so übersteht er eben das Verhältniß wechselseitiger Ergänzung, in welchem dieser Paragraph und jene Artikel zu einander stehen, so läßt

er unbeachtet, daß das Privatrecht nicht Beweisregeln, sondern nur an besondere Rechtsverhältnisse angeknüpfte Beweisvorschriften für einzelne Rechtsfälle enthält — und gerade dadurch den Entwurf einer provinziellen Proceßordnung zur Aufstellung einer allgemeinen Beweisregel nöthigt, indem sonst den nur für einzelne ganz bestimmte Fälle berechneten Beweisvorschriften der Hintergrund einer allgemeinen Beweisregel mangeln würde, auf dem allein sie sich in ihrer Besonderheit abheben können.

So wenig hiernach die allgemeine Beweisregel des § 92 des Albedinski'schen Entwurfs in einer provinziellen Proceßordnung entbehrt werden kann, so wenig können auch die allgemeinen Beweisregeln der Art. 81 und 366 der Civilproceßordnung an die Stelle des § 92 des Entwurfs gesetzt werden, denn, wie oben ausführlich gezeigt wurde, unterscheiden sich die ersteren von dem letzteren in so wesentlichen Stücken, daß sie den engen Zusammenhang, in dem der § 92 des Entwurfs mit den allegirten, zahlreichen Artikeln des Privatrechts steht und sachgemäß stehen muß, durchbrechen und dadurch diese Artikel der Bedeutung berauben würden, auf welche es bei Aufnahme derselben in das Privatrecht abgesehen worden ist.

Ad 4. Es ist bekanntlich viel darüber gestritten worden, ob der Richter nach dem Schluß der Hauptverhandlung eine Beweisverfügung erlassen soll, in welcher er die des Beweises bedürftenden Thatfachen einzeln und genau anzugeben und die Partei, welcher die Beweispflicht obliegt, zu bezeichnen hat.

Ohne das große Gewicht der Gründe zu verkennen, die gegen den Erlaß der Beweisverfügungen in's Feld geführt zu werden pflegen, ohne insbesondere die Bedeutung des Einwandes zu unterschätzen, daß nicht der Richter, sondern das Gesetz den Parteien zu sagen habe, was zu beweisen sei und welcher Partei die Führung des Beweises zur Last falle, glauben wir doch aus Gründen der Möglichkeit an der Ueberzeugung festhalten zu müssen, daß gerade in den, den Friedensrichtern zugewiesenen

Rechtssachen der Erlaß einer Beweisverfügung nicht entbehrt werden könne.

Bei Berücksichtigung der Verhältnisse in den Ostseeprovinzen läßt sich nicht bestreiten, daß daselbst für Prozesse auf dem flachen Lande und in den kleinen Städten der Beistand rechtskundiger Sachwalter ausgeschlossen ist oder doch nur unter Aufwendung von Kosten erlangt werden kann, die in der That zu dem Werth des Streitgegenstandes um so mehr im Mißverhältniß stehen werden, als bei der Mündlichkeit der Verhandlung von der Anwesenheit des bevollmächtigten Sachwalters an dem Orte, wo der Rechtsstreit verhandelt wird, nicht abgesehen werden darf. Wird hiernach die Führung der Rechtsstreitigkeiten vor den Friedensrichtern in der Regel den Parteien selbst oder den rechtsunkundigen Bevollmächtigten derselben zufallen, so kann auch als feststehend angesehen werden, daß die Parteien sich hinsichtlich des *thema probandum* überhaupt, wie über die die eine oder die andere Partei treffende Beweislast regelmäßig im Irrthum befinden werden, denn diese Annahme wird nicht allein durch die Erfahrung, die täglich bei der Führung von Processen durch Rechtsunkundige gemacht werden kann, sondern auch durch den Umstand gerechtfertigt, daß die Thatfachen, die zur Begründung eines Rechts oder eines Vertheidigungsmittels (vom directen Gegenbeweise abgesehen) gehören, nur aus dem Privatrecht erkannt werden können und daß die Beurtheilung der auf die einzelne Partei fallenden Beweislast neben der genauen Kenntniß des Privatrechts auch die Bekanntschaft mit den allgemeinen Beweisregeln und richtige Vorstellungen über den Begriff und das Wesen der Einreden voraussetzt, diese Voraussetzung jedoch bei rechtsunkundigen Laien selbstverständlich nicht zutrifft. Die Acten derjenigen Gerichte in den Ostseeprovinzen, in denen der Erlaß von Beweisverfügungen nicht üblich ist und die wegen der bei ihnen herrschenden Verhandlungsmaxime nicht in der Lage sind, die

Parteien in Betreff der relevanten Thatsachen und der Beweislast auch ohne den förmlichen Erlaß einer Beweisverfügung zu instruiren, sind angefüllt mit den unerquicklichsten Nachweisen darüber, wie häufig es sich ereignet, daß rechtsunkundige Parteien ihre Beweisantretung theils auf völlig irrelevante, theils auf von der Gegenpartei zu erweisende Thatsachen richten, Jahre mit Herbeischaffung völlig unnützer Beweissthümer verbringen, den Nachweis solcher Thatsachen aber, deren Erhärtung ihnen zum Siege verholfen hätte, nicht einmal versuchen. Die rechtsunkundigen Parteien so ihren Irrthümern preiszugeben, scheint uns mit der gegenwärtig überall hervortretenden Tendenz, dem materiellen Recht möglichst adäquate Entscheidungen herbeizuführen, völlig unvereinbar zu sein. Wie übrigens der der Beweisverbindung zugeschriebene Vortheil, nämlich daß die Parteien durch dieselbe genöthigt würden, ihre Behauptungen concret, wie sie dem Leben entsprechen, vorzulegen, ohne sich auf die unmittelbar relevanten Thatsachen zu beschränken, durch das Institut der Beweisverfügung ausgeschlossen werde, will uns nicht recht einleuchten, denn einmal pflegt die rechtsunkundige Partei ihre Behauptungen immer nur concret, unter Verflechtung der irrelevanten mit den unmittelbar wie mittelbar relevanten Thatsachen vorzutragen; sodann ist dem Richter ja unbenommen, in der Beweisaufgabe auch auf die mittelbar relevanten Thatsachen Rücksicht zu nehmen, — und endlich hindert das Institut der Beweisverfügung die Parteien keineswegs in der ersten mündlichen Verhandlung mit der Erörterung der Sache die Beweisantretung zu verbinden, ohne daß sie deshalb des Rechts verlustig gehen, ihre Beweisantretung hinterher auf Grundlage der Beweisverfügung ergänzen zu können.

Die neueren Proceßordnungen Deutschlands haben sich zu der Beweisverfügung sehr verschieden gestellt. Die Hannoversche und Sächsische Proceßordnung haben die Beweisverfügung aufgenommen, die Baiernsche und Oestreichische haben

dieselbe gänzlich fallen lassen und der Entwurf einer Proceßordnung für den Norddeutschen Bund schreibt vor, daß jede Partei ihren Beweis in der Hauptverhandlung anzutreten habe und daß der Richter für den Fall, wenn eine Beweisaufnahme erforderlich erscheine, verpflichtet sei, mittelst motivirten Beweisbescheides die Beweisaufnahme nur derjenigen streitigen Thatsachen anzuordnen, welche er für erheblich erachtet. Was die russische Civilproceßordnung anlangt, so verordnet sie im Art. 368:

„Findet das Gericht nach Vernehmung der Parteien, daß für einige, von ihnen angeführte, zur Entscheidung der Sache wesentliche Umstände keine Beweise vorgestellt worden, so eröffnet es solches den Parteien und bestimmt ihnen eine Frist zur Aufklärung der angeführten Umstände.“

Das Verständniß dieses Artikels hängt offenbar von der Deutung ab, die man dem Ausdruck „zur Aufklärung“ giebt. Soll mit demselben ausgesprochen sein, daß die Parteien in der anberaumten Frist die von ihnen bis zum Schluß der Hauptverhandlung nicht vorgestellten Beweise nachholen, also den Beweis in Bezug auf die vom Richter als relevant bezeichneten Thatsachen antreten können, so würde die Civilproceßordnung in Ansehung der Beweisverfügung mit dem Albedinski'schen Entwurf im Wesentlichen übereinstimmen, da die Eröffnung, die der Richter den Parteien machen soll, doch nur so aufgefaßt werden könnte, daß er jeder Partei die von ihr noch zu beweisenden erheblichen Thatsachen zu bezeichnen habe, mithin gerade so, wie im Art. 93 des Albedinski'schen Entwurfs. Hält man dagegen an dem Wortverstande des Ausdrucks „Aufklärung“ (разъяснение) fest und giebt demgemäß und weil die Civilproceßordnung sich sonst, wenn sie vom Beweise spricht, des Wortes доказательство bedient, der Annahme Raum, daß die Parteien die ihnen in dem Art. 368 gewährte

Frist wohl zur Verdeutlichung ihrer Vorträge und zur Beleuchtung des ganzen Rechts handels oder einzelner Punkte desselben benutzen dürfen, daß sie jedoch nicht befugt seien, in dieser Frist zur Erhärtung der noch der Feststellung bedürftigen Thatsachen geeignete Beweismittel anzugeben oder beizubringen, so vermißt sich offenbar der erforderliche logische Zusammenhang zwischen dem Vorderatz und dem Nachatz des Art. 368, denn bloße Deductionen und Erläuterungen können doch unmöglich den hinsichtlich solcher Thatsachen fehlenden Beweis ersetzen, die für die Entscheidung der Sache von wesentlichem Einfluß sind. Wozu die Parteien vor Erlass des Endurtheils über die Mängel ihrer Beweisführung aufklären, ohne ihnen die Möglichkeit zu gewähren, diesen Mängeln abhelfen zu können?

Welcher der beiden obigen Auffassungen des Art. 368 der Civilproceßordnung man auch den Vorzug geben möge, immer dürfte klar sein, daß dieser Artikel, wenn man den Ausdruck „для разъясненія“ mit „zum Beweise“ übersetzt, zwar im Wesentlichen dem § 93 des Albedinski'schen Entwurfs entspricht, jedoch von demselben durch größere Vollständigkeit und präcisere Fassung übertroffen wird, daß er aber für die Ostseeprovinzen lebensunfähig sei, wenn man „для разъясненія“ mit „zur Aufklärung“ übersetzt.

Ad 5. In Betreff des Eides verordnet der Art. 115 des Friedensrichterprocesses in wörtlicher Uebereinstimmung mit dem Art. 485 des allgemeinen Civilprocesses Folgendes:

„Es ist den Parteien nicht verwehrt, nach gegenseitiger Uebereinkunft den Friedensrichter zu bitten, die Sache auf Grund des von einem von ihnen zu leistenden Eides zu entscheiden; der Friedensrichter ist jedoch weder befugt, die Parteien zur Ableistung eines Eides zu zwingen, noch von sich aus dem Kläger oder dem Beklagten den Eid vorzuschlagen.“

Bei Vergleichung dieser Artikel mit den §§ 139—151

des Albedinski'schen Entwurfs ergibt sich sogleich, daß letzterer hinsichtlich des Instituts des Eides von der Civilproceßordnung völlig abweicht. Während der Albedinski'sche Entwurf in den §§ 149, 150 und 151 von dem Erfüllungseide, von dem Schätzungseide und von dem Offenbarungseide handelt, beobachtet die Civilproceßordnung über diese Eidesarten völliges Stillschweigen. Auch der zugeschobene Eid ist von der Civilproceßordnung nicht recipirt, weil nach den Art. 115 und 485 der Civilproceßordnung die Parteien nur berechtigt sind, auf Entscheidung der Sache durch den Eid einer der Parteien zu conveniren. Verweigert eine Partei ihre Zustimmung, so kann von einem Austrage der Sache durch Eid nicht die Rede sein. Nach dem Albedinski'schen Entwurf dagegen steht jeder Partei das Recht zu (unter gewissen, in dem § 148 angegebenen Voraussetzungen), zur Feststellung einer bestrittenen, für die Entscheidung der Sache erheblichen Thatsache der Gegenpartei den Eid zuzuschieben, welche ihrer Seits durch die Eidesdelation in die Lage kommt, rücksichtlich des zugeschobenen Eides eine Erklärung abgeben zu müssen darüber, ob sie den Eid annehmen oder zurückschieben oder das Gegentheil der auf Eid gestellten Thatsachen durch andere Beweismittel erhärten wolle, denn giebt sie keine dieser Erklärungen ab, so gilt der Eid für verweigert und wird angenommen, daß die Partei die Wahrheit der Thatsache, deren Unwahrheit sie beschwören sollte, zugestanden habe.

Wenn aber so zwischen den Bestimmungen des Albedinski'schen Entwurfs über den Eid und den bezüglichen Bestimmungen der Civilproceßordnung nicht einmal eine äußere Ähnlichkeit besteht, so kann die doppelte Frage aufgeworfen werden, ob die fraglichen Bestimmungen jenes Entwurfs für die Rechtspflege in den Ostseeprovinzen nothwendig seien? — und ob und wie weit sie durch die Satzungen des Privatrechts bedingt oder im Voraus sanctionirt erscheinen? So gewiß

sich für die Bejahung der zuerst aufgeworfenen Frage triftige Gründe unschwer anführen lassen, so wird es für den Zweck, der hier verfolgt wird, doch genügen, sich auf eine kurze Erörterung der zweiten Frage zu beschränken.

Die Artikel 866 und 3532 des Privatrechts heben bezüglich einzelner Rechtsverhältnisse ausdrücklich hervor, daß dieselben durch alle gesetzlichen Beweismittel dargethan werden können. Daß zu diesen auch der zugeschobene Eid gehöre, ergibt sich aus verschiedenen Bestimmungen des Privatrechts, z. B. aus den Art. 398 und 3678, von denen der erstere dem Vormunde die Befugniß zuerkennt, in den Angelegenheiten seines Pupillen im Interesse und Namen desselben Eide zuzuschreiben und zu schwören, während Art. 3678 des Privatrechts wieder ausspricht, daß die Verjährung des Rechtsmittels wegen nicht empfangenen Darlehns den Gegenbeweis nicht ausschliesse, welcher jedoch nicht durch Eidessantrag geführt werden dürfe. Wie hier aus dem Schlusssatz des Art. 3678 bei Anwendung der Paroemie: *exceptio affirmat regulam* hervorgeht, daß der Beweis durch Eidessantrag vom Privatrechte als ordnungsmäßiges Beweismittel angesehen werde, so wäre es nicht schwer noch andere Artikel des Privatrechts in ähnlicher Weise auszunützen. Wenn man sich aber aus dem Allerhöchsten Kamentlichen Befehl vom 1. Juli 1845 die Grundsätze vergegenwärtigt, die bei der Zusammenstellung des Privatrechts zur Richtschnur gedient haben, — und demnächst aus den Acten der Gerichte der Ostseeprovinzen und den specifisch provinziellen Rechtsquellen derselben (z. B. aus den §§ 23—26 und 133 der Kurländischen Stat. de anno 1617, aus dem Punkt 3 des § 13 der Commissorialischen Decisionen vom Jahre 1717, aus den §§ 465—470 und 492 der Kurländischen Bauer-Verordnung, aus § 28, 32 der Richterregeln, aus dem Mittl. Livländischen Ritterrecht c. 127, aus den Rigaschen Statuten II, 18, Art. 1, folg., Art. 14 folg., aus

dem Estländischen Ritter- und Landrecht I, 30, Art. 1 folg. und aus dem Lübischen Recht 1586 I, 7 § 3, V, 7 § 18 und V, 8) entnimmt, daß die gemeinrechtlichen Satzungen über den Eid, den zugeschobenen sowohl als den Schätzung-, Offenbarungs-, Erfüllungs- und Reinigungseid in den Ostseeprovinzen frühzeitig recipirt worden und bis auf den heutigen Tag daselbst zur Anwendung gekommen sind, so wird man, ohne nach weiterer Begründung zu verlangen, nicht daran zweifeln, daß das provinzielle Privatrecht die gemeinrechtlichen Satzungen über den Eid als in den Ostseeprovinzen geltend ansehe und voraussetze. Die Beseitigung dieser Satzungen würde nicht allein einzelnen Bestimmungen des Privatrechts (z. B. den Art. 398, 1631, 3456, 3457, 1841) den Boden unter den Füßen wegziehen, sondern würde auch gegen ein den größten Theil des Obligationenrechts beherrschendes Princip des Privatrechts verstoßen. Da nämlich das Privatrecht in den Art. 2993, 2994 und 3131 anerkennt, daß die Gültigkeit und Klagbarkeit der Rechtsgeschäfte, von einzelnen im Gesetz bestimmten Ausnahmen abgesehen, an keine zu beobachtende äußere Form gebunden seien, sondern einfach von dem in irgend einer Weise geäußerten übereinstimmenden Willen der Contrahenten abhängen, so würde dieses Princip in seinem practischen Einfluß auf das provinzielle Rechtsleben offenbar in nicht geringem Maße abgeschwächt, ja in vielen Fällen dieses Einflusses ganz beraubt werden, wenn man den Eid aus der Zahl der Beweismittel streichen wollte; denn daß das Vorhandensein bloß mündlich geäußerten Consenses in sehr vielen Fällen, wenn überhaupt, so nur durch den Eid erwiesen werden kann, liegt zu sehr in der Natur der Sache, um näherer Begründung zu bedürfen. Die §§ 139 bis 155 des Abbedinskischen Entwurfs beschränken sich einfach darauf, die gemeinrechtlichen Satzungen über den Eid möglichst kurz und gemeinverständlich zusammenzufassen, leisten daher den betreffenden Voraussetzungen des Privatrechts Genüge

und können durch die Bestimmungen der Civilproceßordnung über den Eid nicht ersetzt werden, so lange man das Privatrecht vor Risiken bewahren will, die den ganzen Bau mit Einsturz bedrohen müßten.

Ad 6. Der Friedensrichterproceß handelt in den Art. 105—111 unter der Ueberschrift „schriftliche Beweise“ über den Urkundenbeweis. Was zunächst den Art. 105 betrifft, so lautet er:

„Urkunden aller Art, sowohl in festgesetzter Ordnung  
 „ausgestellte und beglaubigte, als auch Privaturkunden,  
 „desgleichen andere Papiere, werden vom Friedensrichter  
 „bei der Entscheidung der Sache in Erwägung gezogen.“

Bei Vergleichung der Ueberschrift mit den Anfangsworten dieses Artikels zeigt sich sogleich, daß die Civilproceßordnung nur schriftliche Urkunden kennt, was übrigens mit dem weiteren Texte des Artikels, wie mit dem Umstande übereinstimmt, daß die Civilproceßordnung anderer als schriftlicher Urkunden nirgends erwähnt. Schon hiedurch tritt die Civilproceßordnung mit dem provinziellen Recht in Widerspruch, denn letzteres kennt neben den schriftlichen auch nicht schriftliche Urkunden oder Denkmäler, wie Karten, Gränzzeichen, Wappen, Kerbslöcher u.

Bei Berücksichtigung des Art. 438 der Civilproceßordnung scheinen unter den „in festgesetzter Ordnung ausgestellten und beglaubigten Urkunden“ solche Schriftstücke gemeint zu sein, die im Sinne des provinziellen Rechts als öffentliche Urkunden gelten. Da jedoch zu den öffentlichen Urkunden auch die unter öffentlicher Autorität hergestellten Denkmäler gehören, so ist klar, daß auch die Begriffe der öffentlichen Urkunden nach russischem Recht, *кѣрѣпостные акты*, und der öffentlichen Urkunden nach provinziellem Recht sich keineswegs decken.

Völlig unverständlich für die mit den Terminologien des russischen Rechts unbekanntem Bewohner der Ostseeprovinzen ist der Ausdruck „домашние акты.“ Derselbe ist zwar in unserer

Uebersetzung mit dem Worte „Privaturkunden“ wiedergegeben; weil aber der Art. 105 zwischen den домашние акты (oder angeblichen Privaturkunden) und „anderen Papieren“ unterscheidet, während nach provinziellem Recht alle nicht öffentlichen Urkunden unter den Begriff der Privaturkunden fallen, so leuchtet ein, daß der Begriff der домашние акты ein engerer sein müsse, als der Begriff der Privaturkunden, indem ja sonst nichts übrig bliebe, woraus der Begriff der „anderen Papiere“ constituirt werden könnte. Der Begriff der letzteren mag sich vielleicht für Rechtsgebiete, in denen das russische Privatrecht gilt, von selbst ergeben. Nach dem Art. 438 der Civilproceßordnung wenigstens muß man annehmen, daß in den Civilgesetzen die Begriffe der крепостные, явочные und домашние акты angegeben seien und daß man daher alle Urkunden, die sich unter keinen dieser Begriffe bringen lassen, als „andere Papiere“ anzusehen habe. Für die Ostseeprovinzen ist jedoch dieses Auskunftsmittel nicht anwendbar, weil in ihnen die Begriffe der крепостные, явочные und домашние акты weder bekannt, noch in Geltung sind.

Bei der aufgezeigten Verschiedenheit des Begriffs und der Eintheilung der Urkunden nach provinziellem Rechte einer Seits und nach russischem Rechte anderer Seits, und bei der Unbekanntschaft der Bewohner der Ostseeprovinzen mit den Terminologien des russischen Rechts scheint uns die Anwendbarkeit der den Urkundenbeweis betreffenden Rechtsätze der Civilproceßordnung auf diese Provinzen völlig ausgeschlossen zu sein.

Zu einem gleichen Resultat gelangen wir indeß auch, wenn wir von dem Inhalte der übrigen über den Urkundenbeweis handelnden Art. 107 bis 111 Kenntniß nehmen. Wird die Richtigkeit einer Urkunde von dem Producten in Zweifel gezogen, so soll der Richter nach Art. 107 der Civilproceßordnung sich von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Urkunde „durch Vergleichung derselben mit anderen Urkun-

„den, durch Schriftvergleichung, so wie durch Zeugenverhör  
„überzeugen.“

Anderere Beweismittel zur Feststellung der Richtigkeit, insbesondere die Befugniß der beweispflichtigen Partei, von dem Producten die Leistung des Diffessionseides sub poena recogniti fordern zu können, läßt die Civilproceßordnung nicht gelten und kann den Diffessionseid von ihrem Standpunkt nicht gelten lassen, weil sie die Verpflichtung einer Partei, sich auf den Eidesantrag der Gegenpartei einlassen zu müssen, überhaupt nicht anerkannt, sondern den Austrag der Sache durch Eid nur dann zuläßt, wenn beide Theile freiwillig übereingekommen sind, daß einer von denselben die Sache durch Leistung eines Eides entscheiden soll. Daß die Beseitigung der Statthastigkeit des Diffessionseides, man möge letzteren als besondere Eidesart oder, wie in dem Albedinski'schen Entwurf geschehen, als zugeschobenen Eid ansehen, auf den Rechtsverkehr und die Rechtspflege in den Ostseeprovinzen von höchst nachtheiligem Einfluß wäre, kann nicht zweifelhaft sein, wenn man beachtet, daß in den Ostseeprovinzen über einen sehr beträchtlichen Theil der Rechtsgeschäfte bloße Privaturkunden zustandekommen, daß der Eid in den meisten Fällen das einzig mögliche Mittel zur Feststellung der Richtigkeit der Privaturkunden ist und daß gerade in dem Eide das wirksamste Mittel erblickt werden muß, den Producten von böswilligem oder leichtfinnigem Abläugnen der Authenticität der Unterschrift abzuschrecken. Aber selbst wer diese Gründe der Nützlichkeit nicht gelten läßt und die festen Wurzeln, die das Institut der Urkundendiffession in dem Rechtsleben der Ostseeprovinzen geschlagen hat, einem leicht zu durchreißenden Gespinnste gleichachtet, wird nicht zu bestreiten vermögen, daß die eidliche Diffession als ein integrierender Theil der gemeinrechtlichen Eidesinstitutionen erscheint, daß die Geltung dieser letztern, wie oben gezeigt wurde, von dem provinziellen Privatrecht vorausgesetzt werde und daß somit die

Anwendung des die eidliche Diffession ausschließenden Art. 107 der Civilproceßordnung unzulässig sei, weil sie das Privatrecht einer der Voraussetzungen berauben würde, von welcher es ausgegangen.

Wir wenden uns dem Art. 108 der Civilproceßordnung zu. Derselbe verordnet:

„Ein Zweifel über die Richtigkeit einer Urkunde kann nicht  
 „von derjenigen Person erhoben werden, in deren Namen  
 „die Urkunde ausgestellt oder errichtet ist, wenn sie  
 „von jener Person unterschrieben worden ist.“

Wenn wir aufrichtig sein sollen, so müssen wir gestehen, daß uns der Sinn und die Bedeutung dieses Artikels, der gleich anzugebenden Gründe wegen, unverständlich sind. Nach provinziellem Proceßrecht und nach der gemeinrechtlichen Doctrin wird bekanntlich zwischen der Richtigkeit einer Urkunde (d. i., daß sie wirklich von derjenigen Person, welche als Aussteller bezeichnet ist, herrühre) und der Richtigkeit des Inhalts (d. i., daß der Inhalt wahr sei) unterschieden. Recognoscirt der Product die Unterschrift, so ist zwar die Richtigkeit der Urkunde festgestellt und wird kraft bestehender Rechtsvermuthung (*scriptio tenet subscriptentem*) angenommen, daß der Unterzeichner sich auch den Inhalt der Urkunde zu eigen gemacht habe; allein da der Product diese Vermuthung entkräften kann, wenn er die Verfälschung des Inhalts nachweist oder darthut, daß mit einem *Blanquet* Mißbrauch getrieben worden, so bleibt immer ein sehr bemerkenswerther Unterschied zwischen der Richtigkeit einer Urkunde und der Richtigkeit ihres Inhalts bestehen.

Faßt man nun die Richtigkeit, von der im Art. 108 der Civilproceßordnung die Rede ist, in dem eben beschriebenen gemeinrechtlichen Sinne auf, so läuft der Inhalt dieses Artikels auf den selbstverständlichen und darum nichts sagenden Satz hinaus, daß die Richtigkeit ächter Urkunden nicht angestritten werden dürfe, denn da der Art. 108, wie aus dem Schlußsatz

ersichtlich, als gewiß betrachtet, daß die fragliche Urkunde in Wirklichkeit von derjenigen Person unterschrieben sei, in deren Namen dieselbe ausgestellt oder errichtet worden, so setzt er die Richtigkeit der Urkunde bereits als gewiß voraus und stellt sich mithin auf einen Standpunkt, der die Bestreitung der Richtigkeit selbstverständlich unmöglich macht. Nimmt man dagegen an, daß die Civilproceßordnung mit dem Worte Richtigkeit der Urkunde (подлинность акта) einen weiteren Begriff verbinde und mit demselben sowohl die Richtigkeit der Urkunde als die Richtigkeit ihres Inhalts bezeichne, so ordnet der Art. 108 augenscheinlich etwas Rechtswidriges an, denn er verbietet dem Producten die Anfechtung der Richtigkeit des Inhalts trotzdem, daß der Art. 110 der Civilproceßordnung dem Producten den Beweis der Verfälschung des Inhalts offen läßt, also dem Producten die Bestreitung des Inhalts der Urkunde auch in dem Falle gestattet, wenn er eingeräumt hat, daß er die Urkunde unterzeichnet habe.

Auch mit dem Artikel 109 der Civilproceßordnung wissen wir schlechterdings nichts anzufangen, denn während er die Erhebung von Zweifeln gegen die Richtigkeit eines крѣпостный актъ kategorisch verbietet, läßt der Art. 457 der Civilproceßordnung dem Producten ausdrücklich den Beweis der Unrichtigkeit auch der крѣпостные акты offen. Dies geschieht freilich nur im Hinblick auf das Verfahren vor den Bezirksgerichten; allein da die крѣпостные акты, wenn sie ihrer Richtigkeit nach überhaupt anfechtbar sind, doch auch in dem Verfahren vor den Friedensrichtern anfechtbar sein müssen, so wird der provinzielle Friedensrichter dem Art. 109 der Civilproceßordnung vorausichtlich ebenso rathlos gegenüberstehen, wie dem Art. 108. Es ist möglich, daß der Ausdruck подлинность акта ein Kunstausdruck des russischen Privatrechts ist, über dessen Sinn wir uns keine richtige Vorstellung zu bilden vermögen. Sollte dies der Fall sein, so läge darin ein Beweis mehr für

die Richtigkeit der Behauptung, daß auch die Art. 108 und 109 für die Ostseeprovinzen unanwendbar sind.

Da wir einmal des Art. 457 der Civilproceßordnung Erwähnung gethan haben, so wollen wir auf den Inhalt desselben näher eingehen. Er stellt unter Anderem ganz allgemein fest, daß den gerichtlichen, wie den notariellen Urkunden in dem Falle Beweiskraft mangle, wenn das in ihnen beurkundete Rechtsgeschäft seinem Wesen nach gesetzwidrig ist. Nach dem auf gemeinrechtlichen Vorstellungen beruhenden provinziellen Recht hat jedoch die Gesetzwidrigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts mit der Beweiskraft der Urkunde nichts zu schaffen, denn jede Urkunde legt doch nur Zeugniß ab für das Vorhandensein einer Thatsache und besteht letztere in einem rechtswidrigen Geschäft, so bezeugt die Urkunde eben das Vorhandensein dieses Geschäfts, ermangelt also keineswegs der Beweiskraft.

Auch gegen die Anwendbarkeit des Art. 110 der Civilproceßordnung auf die Ostseeprovinzen lassen sich namentlich vom Standpunkt des provinziellen Proceßrechts erhebliche Gründe vorbringen; allein wenn nach dem bisher Besprochenen überhaupt noch von einer Anwendbarkeit der den Urkundenbeweis betreffenden Bestimmungen der Civilproceßordnung auf die Ostseeprovinzen die Rede sein könnte, so würde dieselbe jedenfalls schon dadurch ausgeschlossen erscheinen, daß die Civilproceßordnung über die Beweiskraft der dispositiven Urkunden gegen dritte Personen ganz schweigt, und hinsichtlich der Verpflichtung zur Edition von Urkunden in den Art. 442 folg. Bestimmungen enthält, die mit dem provinziellen Rechte im principiellen Widerspruch stehen. Während nämlich die Art. 442 und 445 vorschreiben, daß jede Partei auf Verlangen ihres Gegners verpflichtet sei, die bei ihr befindlichen Documente, welche zur Unterstützung des streitigen Sachverhältnisses dienen, dem Gericht vorzustellen, und daß „die an der Sache nicht „betheiligten Personen verbunden seien, die bei ihnen befind-

„lichen, die Sache unmittelbar betreffenden Documente auf Verlangen eines der streitenden Theile in der Urschrift oder in Abschriften vorzustellen“, mit Ausnahme der Privatcorrespondenzen und der Handelsbücher in den vom Gesetz bezeichneten Fällen, — lassen in den Ostseeprovinzen bestehende privatrechtliche Grundsätze eine Editionsverpflichtung der Gegenpartei und ebenso eines an dem Rechtsstreit nicht betheiligten Dritten nur in den beiden Fällen gelten:

1. wenn dem Beweisführer das Eigenthum oder Miteigenthum an der Urkunde zusteht und
2. wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine gemeinschaftliche ist, d. h. im Interesse des Beweisführers und des Urkunden-Inhabers errichtet worden, oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse bekundet.

Es wäre uns ein Leichtes, in Betreff der meisten der bisher noch nicht in Betracht gezogenen Artikel der Civilproceßordnung in gleicher Weise darzuthun, daß auch sie für die Ostseeprovinzen unanwendbar erscheinen, sei es, weil sie dem codificirten provinziellen Privatrechte direct widersprechen, sei es, weil sie den Anforderungen nicht Genüge leisten, die dasselbe an den provinziellen Civilproceß stellt und in Anbetracht gewisser Rechtsätze stellen muß, sei es, daß sie sich in Terminologien bewegen, die dem russischen Rechte eigen, den Bewohnern der Ostseeprovinzen aber fremd sind, sei es endlich, daß sie mit dem Geiste der provinziellen Rechtsinstitutionen und insbesondere mit den leitenden Principien derselben völlig unvereinbar sind. Da wir aber die Artikel, die wir oben einer Beleuchtung unterworfen, nicht deshalb gewählt haben, weil ihre Unanwendbarkeit auf die Ostseeprovinzen vorzugsweise in die Augen springt, sondern jene Artikel vielmehr theils ihrer Reihenfolge nach, theils ihrer sachlichen Bedeutung wegen in nähere Betrachtung gezogen haben, dabei aber überall zu dem Ergebniß gelangt sind, daß ihre Anwendung auf die Ostsee-

provinzen die Civilrechtspflege der letzteren in ein Labyrinth von Zweifeln und Unverständlichkeiten banen und sie zugleich dem Conflict einander widersprechender Gesetzesbestimmungen Preis geben würde: so hoffen wir, daß jeder aufrichtige Mann, der zu erkennen vermag, daß die Theile eines organischen oder systematischen Ganzen sich gegenseitig mit innerer Nothwendigkeit bedingen, von dem Sprichwort „ex ungue leonem“ Gebrauch machen und schon aus dem Erörterten die Ueberzeugung gewinnen werde, daß sich die in der Civilproceßordnung vorfindenden Vorschriften überhaupt nicht zur Anwendung auf die Ostseeprovinzen eignen.

### B. Gründe der zweiten Kategorie.

Um darzuthun, daß die Anwendung der Civilproceßordnung auf die Ostseeprovinzen unter Beseitigung des baltischen Project's ohngeachtet des Umstandes möglich, ja nothwendig sei, daß sich in dem baltischen Project eine sehr große Anzahl von Bestimmungen findet, die in der Civilproceßordnung des Reichs gänzlich fehlen, rückt Herr N. N. unter Bezugnahme auf Ihering's Schriften mit der nachfolgenden Argumentation in's Feld.

Von den römischen Juristen werde das Recht und der Proceß zusammen behandelt, was nicht Wunder nehmen könne, da der Zusammenhang des Gerichtsverfahrens mit dem materiellen Recht um so enger und unmittelbarer sei, je weiter man in die Vergangenheit zurückgehe, je weniger entwickelt das Recht selbst sei. Nach Maßgabe der Entwicklung eines Volkes trenne das materielle Recht sich immer mehr und mehr ab und schließe sich in seine eigene Sphäre. Die materiellen Elemente des Processes würden allmählig niedergeschlagen, der Proceß reinige sich und gestalte sich als formelle Seite, bestehend aus bestimmten Formen processualischer Handlungen des Gerichts, der Parteien und anderer Personen, Diese Formen gehörten

nicht zum Privat-, sondern zum öffentlichen Rechte und könnten nicht nur, sondern müßten im Staate gleichförmig sein, ohne jede Verletzung der örtlichen Besonderheiten des Rechts, denn der Staat habe zu seiner unmittelbaren Aufgabe die Herstellung einer gleichmäßigen und einartigen Rechtspflege in allen Dertlichkeiten seines Territoriums. Da nun, fährt Herr N. N. weiter fort, das materielle Recht der baltischen Gouvernements ohngeachtet der in demselben vorfindlichen mittelalterlichen Ueberreste immerhin ein sehr entwickeltes sei, welches sich von selbst vom Proceß abge sondert und sich in ein besonderes System gefügt habe, so sei die volle Möglichkeit vorhanden, auf diese Dertlichkeit die allgemeine Proceßordnung auszudehnen, ohne die Besonderheiten des Rechts selbst zu berühren. Einen Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung lieferten die jetzigen deutschen Staaten, wo schon die Arbeiten zur Abfassung einer allgemeinen Civilproceßordnung begonnen haben, während das gemeinsame materielle Recht, d. i. das gemeine deutsche Privatrecht für die Juristen selbst nur als ein Ideal erscheine, dessen Verwirklichung noch einer fernen Zukunft überlassen bleibe.

Als ein weiteres Beispiel erscheine das baltische Project einer Civilproceßordnung selbst, da alle materiellen in dasselbe aufgenommenen Sätze einfach dem Privatrecht der Ostseeprovinzen entnommen seien, folglich, solange die obligatorische Wirksamkeit dieses Gesetzbuches bestehe, als überflüssig betrachtet werden müßten.

Für die Wahl der Beispiele, auf die sich Herr N. N. berufen, sind wir ihm in der That zu Dank verpflichtet, denn gerade diese Beispiele sind besonders geeignet, um aus ihnen die Unanwendbarkeit der Civilproceßordnung auf die Ostseeprovinzen zu deduciren und zugleich aufzuzeigen, daß Herr N. N's Unkenntniß auf dem Gebiete des Rechts nur von seiner Unkenntniß auf dem Gebiete der Geschichte übertroffen werde.

Wenn Herr N. N. sich auf die wissenschaftlichen Vorträge besinnt, die angehört zu haben er so oft versichert, so werden vielleicht folgende rechtsgeschichtliche Thatsachen in sein Gedächtniß zurückkehren, nämlich:

1. daß bis gegen das Jahr 1790 durch ganz Deutschland neben dem besonderen Rechte der einzelnen deutschen Länder und Districte das gemeine Recht (hervorgegangen aus allgemeinen deutschen Gewohnheiten, den Bestimmungen der Reichsgesetze, dem Römischen und Canonischen Rechte und dem Longobardischen Lehnrechte) als Hülfrecht galt und kraft landesherrlicher Bestimmung in allen denjenigen Beziehungen, in welchen jene besonderen Rechte keine Vorschriften enthielten, angewandt wurde, mithin kein in der Luft schwebendes Ideal, sondern positives, practisches Hülfrecht war;
2. daß das gemeine Recht später zwar nicht im Allgemeinen, wohl aber in einzelnen Staaten Deutschlands, z. B. in Preußen durch Einführung des Allgemeinen Landrechts, in den österreichischen Erbländern durch Einführung des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in Baden, dem Großherzogthum Berg und den Ländern auf dem linken Rheinufer durch Einführung des Code Napoleon u. u. die Eigenschaft eines Hülfrechts einbüßte;
3. daß es sich aber dennoch auch für diejenigen Theile Deutschlands, in denen es jetzt nicht mehr als Hülfrecht gilt, insofern große Bedeutung bewahrt hat, als alle jene Codificationen, den Code Napoleon nicht ausgenommen, zum größten Theil aus dem gemeinen Rechte geschöpft sind und ohne eingehende Kenntniß desselben gar nicht verstanden werden können.

Würde sich Herr N. N. nun bequemen, mit diesen rechtsgeschichtlichen Thatsachen sein oben referirtes Argument zusammenzuhalten, nach welchem für das Innere des Reichs und die

Ostseeprovinzen eine gemeinschaftliche Civilproceßordnung trotz der großen Verschiedenheit der beiderseitigen Privatrechte möglich sein müsse, weil die Erfahrung gelehrt habe, daß die Verschiedenheit der Privatrechte der einzelnen zum Norddeutschen Bunde gehörigen Staaten der Abfassung einer für alle diese Staaten gemeinsamen Civilproceßordnung nicht im Wege gestanden; so würde er die gänzliche Unhaltbarkeit dieses Arguments sicherlich nicht verkennen, denn es ist eben nicht wahr, daß zwischen jenen Landrechten und bürgerlichen Gesetzbüchern der einzelnen deutschen Staaten eine das Mark der Sache berührende Verschiedenheit besteht. Die Abfassung des Entwurfs einer für den ganzen Norddeutschen Bund bestimmten Civilproceßordnung wurde vielmehr nur dadurch möglich, daß die Privatrechte der einzelnen Bundesstaaten ohne Ausnahme auf der gemeinsamen Basis des gemeinen Rechts ruhen und daß unter ihnen namentlich hinsichtlich der leitenden Rechtsgrundsätze und der Begriffsbestimmungen und Terminologien eine unbestreitbare Gemeinschaft besteht. Aus demselben Grunde läßt sich aus dem Proceßentwurf für den Norddeutschen Bund folgern, daß für die drei Ostseeprovinzen eine und dieselbe Proceßordnung möglich sei, da das gemeine Recht, wie für die einzelnen Staaten Deutschland's, so auch für jede der drei Ostseeprovinzen die gemeinsame Grundlage bildet. Und wenn Herr N. N. auf die Verhältnisse der Wirklichkeit nur einige Rücksicht nimmt, so wird er zugestehen, daß es viel näher liegt, aus dem Vorhandensein des für den Norddeutschen Bund bestimmten Entwurfs umgekehrt zu folgern, daß eine dem Innern des russischen Reichs und den Ostseeprovinzen gemeinsame Proceßordnung unmöglich sei, weil die bezüglichen Privatrechte der beiden Rechtsgebiete weder in den leitenden Rechtsgrundsätzen, noch in den Begriffsbestimmungen und Terminologien mit einander übereinstimmen.

Aber auch noch in einer anderen Hinsicht scheint Herr

N. N. in Betreff des Proceßentwurfs für den Norddeutschen Bund einer irrthümlichen Auffassung Raum zu geben. Verstehen wir ihn recht, so nimmt er an, daß jener Entwurf, unter Ausschcheidung aller materiellen Elemente des Proceßes, sich auf eine systematische Darstellung der processualischen Handlungen des Gerichts, der Parteien und dritter Personen beschränkt und dadurch das Ideal verwirklicht habe, welches Herrn N. N. bezüglich der Abfassung von Proceßordnungen vorschwebt. Wäre diese Annahme eine richtige, so hätte der fragliche Entwurf einen Weg eingeschlagen, der völlig verschieden ist von dem Wege, dem die modernen Proceßordnungen Oesterreichs, Bayerns, Sachsens, Hannovers und Badens, sowie der im Jahre 1866 vollendete Entwurf der deutschen Bundescommission zu Hannover gefolgt sind. Dieser letztere Entwurf, so wie die eben genannten Proceßordnungen sind weit entfernt davon gewesen, das, was in dem gemeinen Civilproceß durch die Arbeit von Jahrhunderten aufgebaut worden ist, als antiquirt bei Seite zu schieben und durchweg einen Neubau auszuführen; sie haben vielmehr an den Grundfäßen des gemeinen Civilprocesses über das Verfahren, oder mit anderen Worten an denjenigen Satzungen des gemeinen Proceßrechts, die von der Form des Verfahrens unabhängig sind und bei jeder Form des Verfahrens ihre Bedeutung behalten, im Ganzen festgehalten und eine durchgreifende Umgestaltung vornehmlich nur mit denjenigen Vorschriften des gemeinen Civilprocesses vorgenommen, welche den äußern Gang des Proceßes und die Formen der processualischen Handlungen des Richters, der Parteien und dritter Personen zum Gegenstande haben. Derselben Maxime ist der Proceßentwurf für den Norddeutschen Bund gefolgt, denn auch er hat diejenigen Satzungen des gemeinen Civilprocesses, welche selbst bei Veränderung der vergänglichen Form des Proceßes für die Rechtspflege von hervorragender Bedeutung sind, aufgenommen und als materielles

Proceßrecht zur Geltung gebracht, wie schon daraus erhellt, daß wenigstens  $\frac{3}{4}$  der Paragraphen des fraglichen Entwurfs ganz oder zum Theil und sehr oft wörtlich aus dem Entwurf der deutschen Commission zu Hannover geschöpft sind, also aus demselben Entwurf, welcher dem Baltischen Project im Allgemeinen zur Grundlage gedient hat und mit demselben in vielen Artikeln wörtlich übereinstimmt.

Was aber das Verhältniß des Baltischen Project's und des aus demselben auszugsweise entlehnten Albedinski'schen Entwurfs zu dem gemeinen Civilproceß betrifft, so bedauern wir in dieser Beziehung namentlich außerhalb der Ostseeprovinzen so unklare und oft so sachwidrige Anschauungen begegnet zu sein, daß wir die nachfolgende Darlegung dieses Verhältnisses, selbst wenn provinzielle Juristen darin nur Selbstverständliches finden sollten, keineswegs für überflüssig erachten können.

In dem Allerhöchsten Namentlichen Befehl vom 1. Juli 1845, erlassen bei Veröffentlichung der beiden ersten Theile des Provinzialrechts, ist den Ostseeprovinzen die nachstehende Kaiserliche Zusicherung zu Theil geworden:

„Nach dem von Uns bestätigten Plane zerfällt die Sammlung der provinziellen Rechtsbestimmungen der Ostseegouvernements Liv- Est- und Curland in 5 Haupttheile: im ersten sind die besonderen Verfassungen einiger Obergkeiten und Behörden der Gouvernementsverwaltung, im zweiten die Ständerechte, im dritten die Civilgesetze, im vierten die Regeln des Civilprocesses, im fünften die Regeln des Criminalprocesses enthalten.“

Als Gegenstand der Codification bezeichnet derselbe Befehl alle Rechtsbestimmungen, „welche im Ostseegebiete in Grundlage der von Unseren Vorfahren demselben verliehenen und von Uns bestätigten Rechte gelten.“

Endlich stellt der Befehl fest, daß durch die vorgeschrie-

bene Codification „die Kraft und Geltung der im Ostsee-  
 „gebiete bestehenden Gesetze nicht abgeändert, letztere vielmehr  
 „nur in ein gleichförmiges Ganze und in ein System gebracht  
 „werden sollen und daß in Beziehung auf die übrigen Theile  
 „der Provinzialgesetze, d. h. auf die Civilgesetze, den Civil-  
 „und Criminalproceß, bis zur Veröffentlichung der folgenden  
 „Theile des Provinzialrechts die Verwaltungs- und Gerichts-  
 „behörden, so wie Privatpersonen, — fortfahrend, sich nach  
 „den geltenden Rechtsbestimmungen zu richten, — in der  
 „Geschäftsverhandlung wie bisher auf die einzelnen Ver-  
 „ordnungen, Befehle und anderen Rechtsbestimmungen sich  
 „zu berufen haben.“

Daß dieser Befehl noch gegenwärtig für die noch  
 nicht erschienenen Theile des Provinzialrechts d. i. für  
 den Civil- und Criminalproceß maßgebend ist, ergiebt sich  
 nicht allein aus dem Umstande, daß der nach den oben an-  
 gegebenen Codificationsregeln ausgearbeitete dritte Theil des  
 Provinzialrechts (Privatrecht) erst im Jahre 1864 emanirt  
 wurde, sondern folgt auch daraus, daß der fragliche Befehl  
 durch keine neuere ebenbürtige, oder richtiger, überhaupt durch  
 gar keine Vorschrift außer Kraft gesetzt oder auch nur modi-  
 ficirt worden ist. Eben daher mußte die ständische Commission,  
 die im September des Jahres 1864 obrigkeitlich mit der Aus-  
 arbeitung auch des Entwurfs einer Civilproceßordnung für die  
 Ostseeprovinzen beauftragt wurde, sich auf den Standpunkt des  
 mehrerwähnten Befehls stellen und die in ihm aufgestellten  
 Codificationsregeln zur Richtschnur nehmen. Dieserhalb und  
 weil der gemeine deutsche Civilproceß für die Ostseeprovinzen  
 frühzeitig als Hülfrecht recipirt worden (Vergl. Capitulation  
 der livländischen Ritterschaft vom 4. Juli 1710 § 10, Land-  
 gerichtsordnung vom 1. Febr. 1632 § 29, Ritter- und Land-  
 recht I. 15, 6; 32, 1. V. 48, 2, Privilegium Sigismund  
 August's vom 28. Novbr. 1561 Art. 4 und überhaupt Bunge's

Rechtsgeschichte § 66, 67, 96, 98) kann nicht zweifelhaft sein, daß die Baltische Justizcommission, genau genommen, verpflichtet war, sich bei Ausarbeitung des Proceßentwurfs so, wie es bei Codification des Privatrechts geschehen war, auf eine systematische Verschmelzung der aus einheimischen Rechtsquellen stammenden Proceßgesetze mit denjenigen Satzungen des gemeinen Civilprocesses zu beschränken, die bisher als Ergänzung der ersteren in den Ostseeprovinzen in Kraft und Geltung waren und es noch sind. Um aber die Schranken einer bloßen Codification einzuhalten, hätte die Baltische Justizcommission ignoriren müssen, daß auch das Proceßrecht etwas werdendes, etwas sich in der Zeit Veränderndes und Entwickelndes ist, daß seit dem Jahre 1845 in vielen Staaten Europa's neue, von den früheren in sehr wesentlichen Stücken abweichende Proceßordnungen entstanden waren und sich, wie das anerkanntermaßen ganz besonders mit der Hannoverschen Proceßordnung der Fall gewesen, bewährt hatten, daß ferner auch in Rußland das Fundamentalreglement vom 29. September 1862 emanirt worden war und daß dasselbe, obschon ihm für die Ostseeprovinzen nie verbindende Kraft beigelegt worden ist, doch nicht den mindesten Zweifel darüber übrig ließ, daß die Staatsregierung gewissen in den modernen Proceßordnungen zum Ausdruck gebrachten Principien des Verfahrens huldige und einem für die Ostseeprovinzen ausgearbeiteten Entwurf die obrigkeitliche Sanction mit Recht versagen werde, wenn er jene Principien verleugne. Bei der Unmöglichkeit, diese Sachbewandnisse unberücksichtigt zu lassen, mußte die Baltische Justizcommission sich die Frage vorlegen, in wie weit sie bei Entwerfung einer Civilproceßordnung für die Ostseeprovinzen das Bestehende zu codificiren und in wie weit sie dasselbe zu reformiren habe? Aus den modernen Proceßordnungen Deutschland's, wie auch aus dem Fundamentalreglement und der russischen Civilproceßordnung erken-

nend, daß die Fortschritte, die sich auf dem Gebiete des Civilprocesses in neuerer Zeit Bahn gebrochen, vornehmlich in den Grundsätzen der Oeffentlichkeit, der Mündlichkeit, der möglichsten Abkürzung der Fristen, dem Fragerechte des Richters, der freien Beweiswürdigung, der Beseitigung von Zwischen-Appellationen und der Auffassung der Appellationsinstanz als *judicium novum* wurzelten, gelangte die Baltische Justizcommission bald zu der Ueberzeugung, daß sie von dem ihr in dem Allerhöchsten Befehle vom 1. Juli 1845 vorgezeichneten codificatorischen Standpunkt nur in soweit abweichen dürfe, als erforderlich sei, um den eben angedeuteten Principien gerecht zu werden. Eine Reform auch derjenigen Satzungen des provinziellen Proceßrechts, welche der Durchführung der oben aufgezählten leitenden Grundsätze nicht im Wege stehen, konnte nicht allein dem Allerhöchsten Befehl vom 1. Juli 1845 gegenüber nicht gerechtfertigt werden, sondern schien auch sachlich völlig unmotivirt, da jene vorzugsweise aus materiellem Proceßrecht bestehenden, meist dem gemeinen Civilproceß angehörigen Satzungen von der Wissenschaft vielfach geprüft und geläutert worden sind, sich in der Rechtspflege der Staaten Deutschland's wie auch der Ostseeprovinzen bewährt haben und daher in den modernen Proceßordnungen Deutschlands, wie in dem Proceßentwurf für den Norddeutschen Bund gebührende Berücksichtigung gefunden haben.

Hiermit sind wir zu einem Punkte gelangt, der recht eigentlich als der Schwerpunkt der principiellen Verschiedenheit angesehen werden kann, die das Baltische Project und mit demselben den Albedinski'schen Entwurf von der reichsrechtlichen Civilproceßordnung in einer Weise trennt, daß eine Vereinigung, eine Zusammenschmelzung beider schlechthin unmöglich ist, wie gleich durch Aufzeigung und Beleuchtung eines Theils des Stoff's, aus dem die Scheidewand gefügt ist, näher begründet werden soll.

Das Baltische Project enthält unter Anderem mehr oder weniger eingehende Bestimmungen:

1. über die gerichtliche Handlungsfähigkeit,
2. über den Gerichtsstand der geführten Verwaltung,
3. über den Gerichtsstand der Gewerbsniederlassung,
4. über den Gerichtsstand der Haupt- und Nebensache,
5. über den Gerichtsstand wegen unerlaubter Handlungen,
6. über den Gerichtsstand der Vereinbarung,
7. über den Gerichtsstand des Arrestes,
8. über das Verhältniß der verschiedenen Gerichtsstände zu einander,
9. über die gegenseitige Rechtshülfe der Gerichte,
10. über die Streitgenossenschaft,
11. über die Benennung des Auctors,
12. über die Beweisantretung,
13. über den Beweis zum ewigen Gedächtniß,
14. über den Beweis durch Eid,
15. über den Executivproceß,
16. über den Wechselproceß,
17. über die Aufforderung zur Klage und Geltendmachung von Rechten wider einen bestimmten Gegner (*provocatio ex lege diffamari et si contendat*),
18. über die Aufforderung zur Klage und Geltendmachung von Rechten wider einen unbestimmten Gegner (*Edictalproceß*),
19. über den Besitzproceß,
20. über den Handelsproceß und
21. über die Anschließung (*Adhaesion*).

Die Civilproceßordnung kennt diese Institute entweder garnicht oder enthält doch nur rücksichtlich einiger unter ihnen für die Rechtsverhältnisse in den Ostseeprovinzen völlig ungenügende Bestimmungen.

Herr N. N. seinerseits behauptet zwar :

der Gerichtsstand der Verwaltung werde durch den Art. 209 der Civilproceßordnung gedeckt ;

der Gerichtsstand der Gewerbsniederlassung falle nach den in der Civilproceßordnung enthaltenen Bestimmungen über den Gerichtsstand des Wohnorts mit demselben zusammen ;

der Gerichtsstand wegen unerlaubter Handlungen sei selbstverständlich und daher überflüssig — und

der Gerichtsstand des Arrestes sei in dem Art. 1092 der Civilproceßordnung vorgesehen.

Alein da der Art. 209 der Civilproceßordnung nur über das *forum contractus* handelt und daher in diesem Zusammenhange nur beweist, daß Herr N. N. zwischen dem Gerichtsstande der Verwaltung und dem mit demselben in *praxi* allerdings oft zusammenfallenden Gerichtsstande des Erfüllungsorts nicht zu unterscheiden weiß ; da ferner der Einwand des Herrn N. N. gegen den Gerichtsstand der Gewerbsniederlassung aus dem Grunde unverständlich ist, weil bei diesem Gerichtsstande ja gerade vorausgesetzt wird, daß der Eigenthümer der Gewerbsniederlassung seinen Wohnsitz am Orte dieser letzteren nicht habe ; da auch das *forum commissi delicti* mit keinem anderen Gerichtsstande zusammenfällt, indem es auf der Erwägung beruht, daß der Beweis einer unerlaubten Handlung am Orte der Vollziehung derselben am leichtesten geführt werden könne und daß es außerdem unbillig wäre, den Geschädigten zu nöthigen, den Beklagten an dessen oft entfernten Wohnsitz in Anspruch zu nehmen, — und da Herr N. N. endlich bei der Berufung auf den Art. 1092 dem Grundsatz : kommst Du nicht willig, so brauch ich Gewalt — gefolgt zu sein scheint, indem dieser Artikel nur von einem ganz speciellen Fall spricht und dieser specielle Fall wieder mit dem *forum arresti* schlechterdings nichts zu thun hat : so bleibt

es dabei, daß die Civilproceßordnung die oben unter den Nummern 1—21 aufgeführten Institute, deren Darstellung in dem Baltischen Project volle 163 Artikel füllt, gänzlich oder doch so gut wie gänzlich unberücksichtigt gelassen hat. Dazu kommt, daß sich außerdem in dem Baltischen Project und dem Abdinskischen Entwurf eine große Zahl einzelner proceßrechtlicher Bestimmungen findet, die in der Civilproceßordnung fehlen. Von einem Theil dieser Bestimmungen ist schon bei den Erörterungen über die Gerichtsstände, die Intervention, Streitverkündigung, die Einreden, den Beweis u. die Rede gewesen. Eine erschöpfende Aufzählung des Restes dieser Bestimmungen würde ein sehr langes Register füllen und beschränken wir uns daher hier auf die Anführung, daß die wichtigeren unter ihnen über folgende Gegenstände handeln:

- a. über die Statthastigkeit allgemeiner Zugeständnisse und die Unstatthastigkeit allgemeinen Ableugnens;
- b. über Erklärungen mit Nichtwissen;
- c. über die regelmäßigen Folgen der Unterlassung einer Proceßhandlung in der dazu anberaumten Tagfahrt oder innerhalb der dazu bestimmten Frist;
- d. über die proceßrechtlichen Folgen der Klageinsinuation und Litiscontestation;
- e. über den Zeitpunkt, bis zu welchem den Parteien gestattet ist, Einreden, Replik und Duplik vorzuschützen;
- f. über den Zeitpunkt, bis zu welchem den Parteien gestattet ist, Beweismittel beizubringen;
- g. über die Voraussetzungen, unter welchen angebotene Beweismittel gemeinschaftlich werden;
- h. über die Verbindung der Eideszuschreibung mit anderen Beweismitteln;
- i. über die Befugniß zur Zurückziehung eines angebotenen Beweismittels;

- k. über das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses oder des Eides;
- l. über das außergerichtliche Geständniß;
- m. über die Anlegung eines Arrestes auch vor Einleitung des Rechtsstreits über den gefährdeten Anspruch;
- n. über die Statthaftigkeit der Oppugnation des Arrestes und das dabei zu beobachtende Verfahren;
- o. über die Befugniß der Parteien in der Berufungsinstanz neue Thatsachen und Beweismittel vorzubringen;
- p. über die Frage, ob in der Berufungsinstanz die Verhandlung zur Hauptsache auf Grund einer vorgeschützten proceßhindernden Einrede abgelehnt werden könne;
- q. über die Folgen, die es für die Verhandlung in der Berufungsinstanz hat, wenn ein in der ersten Instanz auferlegter Eid geleistet, erlassen oder verweigert worden, — oder wenn eine Partei sich in der ersten Instanz über Zuschiebung oder Zurückhiebung eines Eides erklärt hat;
- r. über den Einfluß, den die Vorbringung neuer Thatsachen und Vertheidigungsmittel in der Berufungsinstanz auf den Kostenpunct ausübt;
- s. über die *reformatio in pejus*;
- t. über die Folgen des Ausbleibens des Appellanten, beziehungsweise des Appellaten in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung des Berufungsgerichts.

Die durch ihre Zahl wie durch ihre processualische Bedeutung so wichtigen Rechtsfälle, welche die oben unter den Ziffern 1—21 und den Buchstaben a—t aufgezählten Rechtsinstitute, beziehungsweise angedeuteten Fragen zum Gegenstande haben und viele andere, der Kürze wegen mit Stillschweigen übergangene Bestimmungen des Baltischen Projectes wurzeln zum allergrößten Theil entweder in den einheimischen proceßrechtlichen Quellen der Ostseeprovinzen oder in dem in subsidium geltenden gemeinen Civilproceß, was sich durch Zu-

fammenstellung eines Quellenregisters ohne Schwierigkeit ebenso veranschaulichen ließe, wie solches durch das dem provinziellen Privatrecht angehängte Quellenregister geschehen ist. Da nun diese Rechtsätze die Durchführung jener allgemeinen, die modernen Proceßordnungen charakterisirenden Principien der Oeffentlichkeit, Mündlichkeit u. u. weder ausschließen, noch beeinträchtigen, wie das diese Principien unverkürzt zur Geltung bringende Baltische Project beweist, so mußten eben jene in der Civilproceßordnung fehlenden Rechtsätze schon in Folge der Vorschriften des Allerhöchsten Befehls vom 1. Juli 1845 in das Baltische Project aufgenommen werden. Außer diesem allerdings für sich ausreichenden, jedoch immerhin formellen Grunde, war die Aufnahme der fraglichen Rechtsätze auch aus Gründen geboten, welche sich aus der Natur der Sache und aus den besonderen Rechtszuständen der Ostseeprovinzen herschrieben. Ehe und bevor wir aber zur Darlegung dieser Gründe schreiten, scheint es uns nöthig, erst einen Einwand zu widerlegen, den nicht allein Herr N. N. gegen das Baltische Project erhoben, sondern der uns auch in einigen Kreisen Petersburg's begegnet ist. Es wird nämlich in durchaus zuversichtlichem Tone behauptet, daß auf diejenigen Bestimmungen des Baltischen Project's, die sich in der Civilproceßordnung nicht vorfinden, überhaupt nichts ankomme, weil sie

1. theils selbstverständlicher Natur seien und daher ohne Nachtheil für die Rechtspflege aus dem Entwurf gestrichen werden könnten;
2. theils rein theoretischer Natur seien und als solche wohl in ein Lehrbuch, nicht aber in eine Proceßordnung gehörten;
3. theils endlich bereits in dem provinziellen Privatrechte Berücksichtigung gefunden hätten und daher in der Proceßordnung entbehrlich seien.

Ad 1. Die Widerlegung des ersten dieser Gründe ist nicht leicht, weil die Frage nach der Selbstverständlichkeit je nach der Fassungsgebe und den Kenntnissen des Lesers oder Zuhörers sehr verschieden beantwortet werden kann. Was für einen Erwachsenen selbstverständlich ist, ist es deshalb nicht für einen Knaben, und was einem Manne von Fach durchaus selbstverständlich erscheint, darüber macht sich der Laie oft überraschend verkehrte Vorstellungen. Es ist indeß gewiß, daß zu den angeblich selbstverständlichen Bestimmungen des Project's unmöglich diejenigen Bestimmungen desselben gezählt werden können, die in der Wissenschaft controvers sind oder auf einem in den Ostseeprovinzen geltenden positiven Proceßgesetze beruhen. Da nun alle anderen in der Civilproceßordnung nicht vorfindlichen Bestimmungen des Baltischen Project's den modernen Proceßordnungen oder Proceßentwürfen Deutschlands entnommen sind, so ist offenbar, daß der Vorwurf wegen Aufnahme selbstverständlicher Bestimmungen an die Adresse der Deutschen Proceßordnungen und besonders des Entwurfs der Bundescommission zu Hannover gerichtet ist, indem dieser Entwurf, wie bereits bemerkt, dem Baltischen Project vorzugsweise zur Grundlage gedient hat.

Selbst wenn Herr N. N. und dessen Meinungsgenossen von dem Standpunkt, den sie einnehmen, in Betreff der von ihnen behaupteten Selbstverständlichkeit vieler Bestimmungen des Baltischen Project's Recht hätten, so müßten wir ihnen doch einen Irrthum zum Vorwurf machen, nämlich den Irrthum, daß sie aus übertriebener Bescheidenheit anderen Leuten so viel Einsicht zutrauen, als sie selbst besitzen, — und daß sie in Folge dieses Irrthums zu der Annahme gelangt sind, daß das, was den Juristen im Innern des Reichs selbstverständlich erscheint, auch für die Deutschen Juristen und die von einem „privilegium tenebrae“ überschatteten Juristen der Ostseeprovinzen selbstverständlich sein müsse. Daß letzteres jedoch

nicht der Fall sei, beweist das Baltische Project, beweisen die deutschen Proceßordnungen, und da jede Proceßordnung auf die Anschauungen der Bewohner des Landes, für welche sie gelten soll, Rücksicht nehmen muß, so folgt daraus weiter, daß die angeblich selbstverständlichen Bestimmungen des Baltischen Projectes aus demselben nicht entfernt werden dürfen, weil sie dem Fassungsvermögen der Landesbewohner angepaßt sind. —

Ohne auf eine erschöpfende Bezeichnung der Artikel des Baltischen Entwurfs einzugehen, die er für selbstverständlich ansieht, hat Herr N. N. unsere Neugier doch durch einige Proben befriedigt. Vor Allem gehört dahin die schon oben erwähnte Behauptung des Herrn N. N., daß es völlig überflüssig sei, in einer Proceßordnung die Existenz des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlungen zu constatiren, denn dies Forum verstehe sich ganz von selbst. In der That eine Art der Selbstverständlichkeit, für die uns jedes Verständniß abgeht, da wir ohngeachtet der Autorität des Herrn N. N. uns zu der Ansicht bekennen müssen, daß das *forum commissi delicti* zu den besonderen Gerichtsständen gehöre und daß ein besonderer Gerichtsstand nur Geltung habe, wenn er durch ein bestimmtes, ausdrücklich lautendes Proceßgesetz vorgeschrieben wird, wie eben in dem §  $\frac{16}{49 \text{ und } 50}$  des Albedinski'schen Entwurfs geschehen ist. Nicht weniger unhaltbar ist der Vorwurf der Selbstverständlichkeit, den Herr N. N. den Artikeln 200 und 204 des Baltischen Projectes gemacht hat. Nachdem Art. 200 des Projectes festgestellt hat, daß das Gericht die Höhe der zu leistenden Sicherheit, wenn dieselbe unter den Parteien streitig ist, zu bestimmen habe, spricht er im nächsten Alinea aus, daß ein besonderes Verfahren zur Ermittlung des sicher zu stellenden Betrages nicht stattfinde. Darauf bestimmt der Art. 203 des Projectes, daß die Sicherheitsleistung durch gerichtliche Deposition einer baaren Summe, durch Hinterlegung eines Kastenpfandes, durch Bestellung einer Hypothek und durch Stellung

von Bürgen erfolgen könne. Mit Bezug hierauf besagt endlich Art. 204 des Project's, daß, wenn die Parteien sich nicht sofort darüber verständigen, in welcher Weise die zu leistende Sicherheit zu bestellen sei, hierüber weitere Verhandlung stattzufinden habe. Nachdem Herr N. N. diese Artikel geprüft hat, erklärt er, daß der Art. 204, weil er schon in dem Art. 200 enthalten sei, als überflüssig betrachtet werden müsse und daß beide Artikel, „genau genommen“, selbstverständlich seien, denn wenn keine „Zahlennorm“ festgestellt werde, so verstehe sich das Recht des Gerichts von selbst, den Umfang der Sicherheit festzustellen. Man traut seinen Augen kaum, wenn man diese Bemerkungen liest, denn eine Congruenz der Art. 200 und 204 des Project's wird schon dadurch ausgeschlossen, daß nach dem ersteren in einem bestimmten Falle ein besonderes Verfahren nicht stattfinden soll, während es nach dem Art. 204 in einem anderen Falle gerade stattfinden soll. Sollte der es „genau nehmende“ Herr N. N. sich hiebei mit der Entschuldigung trösten, daß er eben nur das kleine nichts sagende Wörtchen „nicht“ übersehen habe, so fehlt es nicht an einem zweiten Beleg dafür, daß Herr N. N.'s Genauigkeit der Ungenauigkeit zum Verwechseln ähnlich ist, denn während Herr N. N. annimmt, daß der Art. 204, wie es in dem Art. 200 aliena 2 des Project's der Fall ist, über die Ermittlung des sicher zu stellenden Forderungsbetrages handle, ergiebt sich die Unrichtigkeit dieser Annahme aus dem Art. 204 selbst, welcher nicht von dem Betrage der sicher zu stellenden Forderung, sondern darüber handelt, in welcher Weise die zu leistende Sicherheit zu bestellen sei, also ob durch Hinterlegung einer baaren Summe, oder Bestellung einer Hypothek oder in einer der anderen Formen, deren der Art. 203 gedenkt. Was hienach von der Selbstverständlichkeit der beiden fraglichen Artikel zu halten sei, braucht um so weniger ausgesprochen zu werden, als im Obigen dargethan worden, daß Herr N. N. zu dem

Vorwurf der Selbstverständlichkeit nur gelangt ist, weil er sich hinsichtlich des Inhalts dieser Artikel in einem vielleicht durch die russische Uebersetzung, jedenfalls aber nicht durch den deutschen Text verschuldeten Irrthum befunden hat.

Diese Proben dessen, was Herr N. N. selbstverständlich nennt, werden genügen, und wenden wir uns daher

ad 2 dem Einwande zu, daß die Baltischen Entwürfe zur Aufnahme vieler bloß theoretischer Sätze geschritten seien.

Bevor wir zur Widerlegung dieses Einwandes schreiten, wollen wir erst festzustellen versuchen, was Herr N. N. meint, wenn er von theoretischen Sätzen spricht. Da er sich über den Begriff eines solchen Satzes nirgends ausgesprochen, so bleibt uns nichts übrig, als nur an denjenigen Bestimmungen des Albedinski'schen Entwurfs zu halten, die von Herrn N. N. als theoretische Sätze bezeichnet worden sind. Dahin gehören vor Allem die Bestimmungen des §  $\frac{18}{55-58}$  des Albedinski'schen Entwurfs. Ueber diese Bestimmungen läßt sich Herr N. N. folgendermaßen vernehmen. Dieselben stellen sich als theoretische Sätze über das forum prorogatum dar. So viel ihm, Herrn N. N., bekannt, werde die das forum prorogatum betreffende Theorie auch in den russischen Universitätskursen über den Proceß entwickelt. Die ganze Abhandlung von Bayer oder Renaud über diesen Gegenstand in den Entwurf einer Proceßordnung hineinzuschreiben, sei aber völlig unnöthig. Um zu veranschaulichen, wie treffend diese Bemerkung Herrn N. N's ist, wollen wir derselben die vorzüglich in Betracht kommenden Sätze des § 18 des Albedinski'schen Entwurfs wörtlich gegenüberstellen:

- a. Ein an sich unzuständiger Richter wird, ohne daß es der Zustimmung desselben bedarf, durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien (Prorogation) zuständig.
- b. Als stillschweigende Vereinbarung ist es anzusehen, wenn

der Beklagte sich durch Antwort oder Einrede auf die Verhandlung einläßt, ohne einen Widerspruch gegen die Zuständigkeit des durch Anbringung der Klage gewählten Richters zu verlautbaren.

c. Die Prorogation ist unzulässig:

1. wenn die Streitsache ausschließlich vor ein bestimmtes Gericht gewiesen ist oder dem Werthe des Streitgegenstandes nach die Zuständigkeit des Richters überschreitet.

2. wenn dieselbe der Gattung nach der Gerichtsbarkeit des Richters entzogen ist, an welchen sie gerichtet werden soll.

d. Die durch Prorogation begründete Zuständigkeit eines Gerichts kann in jeder Lage der Sache wieder aufgehoben werden, wenn beide Parteien übereinstimmend darauf antragen.

Da allen diesen Sätzen ganz bestimmte Proceßgesetze, nämlich:

dem Satz Lit. a. — lex 2. Dig. de jud. V, 1. und lex 15. Dig. de jurisdictione II, 1.

dem Satz Lit. b. — c. 29 Cod. de pactis II, 3 und c. 4. Cod. de in jus vocat.

dem Satz Lit. c. — c. 5. X. 2. 1. u. c. 6 und 7 X. 2. 2.

dem Satz Lit. d. — lex 18. Dig. de jurid. II, 1.

zum Grunde liegen, so kann man möglicher Weise der Ansicht sein, daß auch diese aus dem römischen und canonischen Recht stammenden Sätze zu antiquiren seien; wie Jemand aber anders als auf dem Wege bedauerlicher Begriffsverwirrung zu der Behauptung gelangen kann, daß eben jene Sätze theoretische Sätze seien, ist uns völlig unverständlich, indem dieselben als Bestimmungen des gemeinen Proceßrechts zum Hülfrecht der Ostseeprovinzen und eben daher zum positiven, gegenwärtig in Kraft und Geltung befindlichen Recht der letzteren gehören.

Eine gleiche Bewandniß findet hinsichtlich des Art. 69 des Baltischen Project's statt, welcher bestimmt, daß ein Richter wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt werden könne und daß in diesem Falle die Ablehnung aus allen Gründen statthabe, welche geeignet sind, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen. Auch diese Bestimmung soll nach Ansicht des Herrn N. N. eine bloß theoretische sein und deshalb aus dem Entwurf einer Proceßordnung verbannt werden. Aber auch hier ist es gewiß, daß die fragliche Bestimmung dem positiven Proceßrecht der Ostseeprovinzen angehört, denn sie beruht nicht allein auf gemeinrechtlichen Rechtsquellen (Frag. 9 princ. Dig. 40, 12, c. 36 X 2. 28, c. 18 X 2. 1.), sondern auch auf Rechtsquellen, die in den Ostseeprovinzen selbst entstanden sind. Conf. Privileg. Sigism. Aug. v. 1561 Art. 18, Instructorium des curl. Proc. I, 5 § 3.

Die eben beleuchtete Ansicht Herrn N. N's über den § 18 und den Art. 69 der Baltischen Entwürfe, so wie die Art und Weise, wie sich Herr N. N. über die §§  $\frac{51}{210} - \frac{76}{260}$  des Albedinski'schen Entwurfs ausgesprochen, hat uns, wenn auch mit Widersträuben, die Ueberzeugung aufgenöthigt, daß Herr N. N. und dessen Meinungsgenossen der sehr gewagten Annahme Raum gegeben, als sei Alles, was sie in Bayer's oder Renaud's Lehrbüchern über den gemeinen Civilproceß vorgefunden haben, nichts als Theorie, und zwar nichts als graue Theorie, die neben der reichsrechtlichen Civilproceßordnung immerhin ein kümmerliches Dasein fristen möge, zur Bereicherung der Bestimmungen derselben aber keinen Beitrag liefern dürfe.

Einer solchen Anschauung gegenüber sehen wir uns in die unbehagliche Lage versetzt, auf Dinge hinweisen zu müssen, die mit gutem Grunde das Prädicat der Selbstverständlichkeit in Anspruch nehmen können. Da es sich aber bei der Auseinandersetzung zwischen uns und Herrn N. N. überhaupt fast

nur um Selbstverständliches oder doch jedenfalls um eine verschiedene Auffassung dessen, das selbstverständlich sei, handelt, so erlauben wir uns daran zu erinnern, daß sich in Lehrbüchern über den gemeinen Civilproceß zwischen dem in Erörterung gezogenen positiven Rechtsstoff und der theoretischen Behandlung und Gestaltung desselben unterscheiden lasse. Der positive Rechtsstoff besteht in der Summe derjenigen proceßrechtlichen Sätze, die, theils dem römischen und canonischen Rechte angehörend, theils auf deutschen Reichsgesetzen beruhend, theils in gehörig beglaubigtem Gewohnheitsrechte wurzelnd, in ihrer Zusammenfassung den gemeinen deutschen Civilproceß bilden. In jenen Lehrbüchern ist es dagegen Sache der Theorie, die Existenz dieser proceßrechtlichen Sätze aus ihren Quellen nachzuweisen, dieselben unter Benützung ihrer Entstehungsgeschichte, so wie unter Anwendung grammatischer und logischer Interpretation ihrem wahren Sinne nach zu erläutern, die Wechselbeziehungen, die unter ihnen bestehen, aufzuzeigen, sie unter allgemeine Begriffe zu bringen und sie dergestalt zu gruppiren und mit einander zu verknüpfen, daß sie ein abgeschlossenes, in sich gegliedertes System darstellen.

Wie nun! Haben das Baltische Project und der Albedinski'sche Entwurf sich etwa auf historische Nachweisungen, oder auf Definitionen, oder auf dogmatische Erläuterungen, oder auf vergleichende Gegenüberstellungen, oder auf belehrende Analysen eingelassen? Ganz gewiß nicht, denn eine unparteiische Prüfung dieser Entwürfe beweist mit Evidenz, daß dieselben im engen Anschlusse an die deutschen Proceßordnungen und Proceßentwürfe kein Bedenken getragen haben, ihrem Texte unter Anderem einen großen Theil der zum positiven Rechtsstoff des gemeinen Civilprocesses gehörigen Sätze in unmittelbar practischer Form und ohne irgend welchen dogmatischen Zubehör einzuverleiben. Ueber den Werth der einverleibten Rechtsätze kann möglicher Weise gestritten werden, die Be-

hauptung aber, daß diese Rechtsätze, weil sie den Lehrbüchern über den gemeinen Civilproceß zum Gegenstande wissenschaftlicher Erörterung dienen und in denselben erwähnt werden, als theoretische Sätze anzusehen seien, bekundet nicht allein ein ganz unglaubliches Maß von Oberflächlichkeit, sondern erscheint auch in ihrer völligen Nichtigkeit und Unwahrheit, wenn man beachtet, daß die Lehrbücher selbst die fraglichen Rechtsätze durch Allegation mit Gesetzeskraft ausgerüsteter positiver Vorschriften begründen und daß die allegirten Gesetzesvorschriften wieder in den Ostseeprovinzen als Hülfrecht recipirt und von der gesetzgebenden Gewalt als rechtsgültige Normen unter den Staatschutz gestellt worden sind, wie aus der Capitulation der Livländischen Ritterschaft vom 4. Juli 1710 § 10, aus der Landgerichtsordnung vom 1. Febr. 1632 § 29, dem Ritter- und Landrecht I, 15, 6; 32, 1.; V. 48, 2 und dem Privilegium Sigismund August's vom 28. November 1561 Art. 4 hervorgeht und durch die Praxis in den Provinzen, wie durch die Urtheilssprüche des Dirigirenden Senats und des Reichsraths und durch eine Reihe Kaiserlicher Declarationen bestätigt wird.

Ad 3. Als Beleg dafür, daß das Baltische Project Bestimmungen des Privatrechts aufgenommen, beruft Herr N. N. sich auf Art. 132 des Projects (§ 34 Punkt 11 des Albedinskischen Entwurfs) und auf die Bestimmungen desselben über den Vollmachtenvertrag, also wahrscheinlich auf die Art. 135 bis 145. — Art. 132 des Projects lautet:

Als Proceßbevollmächtigter darf Niemand zugelassen werden, dem die persönliche Fähigkeit vor Gericht zu handeln fehlt. Frauen sind nur zuzulassen, wenn sie zu den im Art. 152 bezeichneten Personen gehören und einen Beirath zur Seite haben.

Nach Ansicht Herrn N. N's soll diese Vorschrift schon in den Art. 8 und 9 des Privatrechts enthalten sein. Weil indef

in den letzteren in der hier fraglichen Hinsicht nur gesagt ist, daß der Ehemann berechtigt sei, als vermutheter Anwalt und ehelicher Beirath die Gerechtsame der Ehefrau gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten und gegen die Frau begangene Verbrechen und Vergehen gerichtlich zu verfolgen, und daß die Ehefrau ihrer Seits berechtigt sei, in ihren Rechtsangelegenheiten den Schutz und Beistand des Ehemannes zu verlangen; so kann, wie jeder gleich erkennen wird, von einer Inhaltsgleichheit des Art. 132 des Projectes und der Art. 8 und 9 des Privatrechts nicht die Rede sein, indem die letzteren von der Befugniß des Ehemanns zur Vertretung der Frau sprechen, der erstere aber von einem ganz anderen Gegenstande, nämlich davon handelt, daß den Frauen die Uebernahme von Proceßvollmachten verboten sei und daß sie nur für gewisse Personen kraft vermutheter Vollmacht und dann auch nur unter Hinzuziehung eines männlichen Beiraths vor Gericht handeln könnten.

Ebenso unrichtig ist, was Herr N. N. in Bezug auf die Bevollmächtigung zur Führung von Proceßsagen sagt. Dieselbe ist allerdings eine bloße Species des Mandats. Allein dieser Species sind nicht wenige rechtliche Momente eigen, die bei dem Mandat oder allgemeinen Vollmachtenvertrage nicht in Betracht kommen, weshalb denn auch das Privatrecht, nachdem es in dem Art. 4363 den Begriff und die Erfordernisse des Vollmachtenvertrages angegeben, in der diesem Artikel hinzugefügten Anmerkung ausspricht, daß die Bestimmungen über die Bevollmächtigung von Rechtsbeiständen zur Führung eines Rechtsstreits, desgleichen über die Bevollmächtigung von Schiedsrichtern, in die Civilproceßordnung gehören. Der Vorwurf, den Herr N. N. gegen das Baltische Project in Anlaß der Art. 135—145 erhebt, wird aber nicht allein durch die eben erwähnte Anmerkung, sondern auch dadurch völlig aus dem Felde geschlagen, daß die Bestimmungen jener Artikel sich in dem codificirten provinziellen Privatrecht nirgends finden,

dennoch aber so nothwendig zur Sache gehören, daß sie auch in die Proceßordnungen anderer Staaten und, wenn auch unter durch die örtlichen Rechtszustände bedingten Abweichungen, auch in die Civilproceßordnung des Reichs aufgenommen worden sind. Ueberhaupt ist das ganze Verede des Herrn N. N. darüber, daß sich in dem Baltischen Project Wiederholungen der Bestimmungen des Privatrechts finden sollen, durchaus gehaltlos, denn eine unbefangene Bepriüfung der Sache führt zu dem Ergebnis, daß das Baltische Project, wie z. B. in den Artikeln 93 und 373 (§ 20 und 92 des Albedinski'schen Entwurfs) nur in wenigen Fällen auf das Privatrecht hingewiesen, nicht um Bestimmungen des letzteren zu wiederholen, sondern um gegen das Privatrecht Fühlung zu nehmen und den engen Zusammenhang lebendig zu erhalten, in dem der Proceß zu dem Privatrechte steht.

Nachdem wir so die eben erörterten drei Einwendungen zurückgewiesen, nachdem wir ferner oben dargethan, daß die Baltische Justizcommission zur Erfüllung des Allerhöchsten Befehls vom 1. Juli 1845 verpflichtet gewesen, alle diejenigen Bestimmungen, welche die oben unter den Ziffern 1—21 und den Buchstaben a—t bezeichneten Proceßmaterien zum Gegenstande haben, in das Baltische Project einer Proceßordnung für die Ostseeprovinzen ohngeachtet dessen aufzunehmen, daß die reichsrechtliche Civilproceßordnung auf diese Bestimmungen keine Rücksicht genommen, erübrigt uns noch der vorbehaltene Nachweis dessen, daß die Aufnahme eben jener Bestimmungen auch durch ihren Zusammenhang mit dem gesammten provinziellen Rechte und durch die Natur der Sache gerechtfertigt werde.

Selbst wenn es einst gelingen sollte, eine Proceßordnung zu Stande zu bringen, in welcher nur die formelle Seite des Proceßes geregelt wird, also eine Proceßordnung, in welcher nur solche Rechtsätze zum Ausdruck gelangen, die die Form

und die Ordnung der Handlungen des Richters, der Parteien und dritter im Proceſſe auftretender Personen vorschreiben, so würde eine derartige Proceßordnung doch immer voraussetzen, daß das von der Form des Verfahrens unabhängige, sogenannte materielle Proceßrecht irgendwo anders, sei es in dem Codex der bürgerlichen Gesetze, sei es in der Gerichtsverfassung oder in sonst irgend einem Rechtskörper bestimmt sei und im Proceßverfahren für den Richter wie für die Parteien und dritte Personen Geltung habe, denn ohne das materielle Proceßrecht würden die in vorgeschriebener Form und Ordnung vollzogenen Proceßhandlungen völlig bedeutungslos sein. Wer die Richtigkeit dieser Behauptung bezweifelt, den fragen wir, wie die Führung und Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten möglich sein soll, wenn es gänzlich fehlt an Vorschriften über die Gerichtsbarkeit, über die Gerichtsstände, über die Behinderung und Ablehnung der Personen des Gerichts, über die gegenseitige Rechtshülfe der Gerichte, über Uebertragung richterlicher Handlungen, über die gerichtliche Handlungsfähigkeit der Parteien, über die Bedingungen und Voraussetzungen, unter welchen dritte Personen an einem anhängigen Rechtsstreit Theil nehmen können, über die Legitimation zum Proceſſe, über die Verbindlichkeit zur Bestreitung und Tragung der Proceßkosten, über die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, über das Armenrecht, über die Berechnung der Fristen, über die gesetzlichen Fristen, über die Gründe, welche die Unterbrechung, beziehungsweise die Wiederaufnahme des Verfahrens begründen, über die Klagehäufung und Klageänderung, über die Grundsätze, welche der Richter bei der Fällung des Urtheilsspruchs zur Richtschnur zu nehmen hat, über die Beweispflicht, über die Beweismittel in Ansehung ihrer Zulässigkeit und ihrer Beweiskraft, über die Voraussetzungen, unter denen die Erhebung von Rechtsmitteln statthaft ist, über die Ursachen, die den Verlust der Rechtsmittel zur Folge haben, &c. &c. und

vor Allem über die proceßrechtlichen Folgen, die mit den positiven Handlungen und Unterlassungen der Parteien verknüpft sind, — denn daß alle diese Rechtsmaterien mit der formellen Seite des Processes nichts zu schaffen haben, leuchtet von selbst ein. Sind aber so zur Schlichtung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten das materielle Proceßrecht darstellende, d. i. die oben angedeuteten Rechtsmaterien betreffende Bestimmungen schlechterdings nothwendig, so mußte die Baltische Justizcommission sich vor Allem die Frage vorlegen, ob das materielle Proceßrecht etwa in den bereits emanirten Theilen des Provinzialrechts irgend ausreichende Berücksichtigung gefunden habe? Die Antwort konnte nur verneinend ausfallen, denn während dem Ständerecht (Theil II des Provinzialrechts) das materielle Proceßrecht völlig fern liegt, während die im ersten Theil des Provinzialrechts codificirte Behördenverfassung in proceßrechtlicher Hinsicht nur Bestimmungen über die Gerichtsbarkeit enthält, diese aber mit der Einführung friedensrichterlicher Institutionen völlig unvereinbar sind, — weist das Privatrecht (Theil III des Provinzialrechts) überall, wo es mit Satzungen des Proceßrechts in Berührung kommt, auf die zu emanirende provinzielle Proceßordnung hin, z. B. in den Anmerkungen zu den Artikeln 268, 365, 419, 690, 1412, 1444, 1491, 1503, 1584, 1588, 1612, 2447, 2452, 2562, 3064, 3558, 3617, 3949, 4363, 4593.

Bei so bewandter Sachlage blieb der Baltischen Justizcommission nichts übrig, als entweder über das materielle Proceßrecht im Baltischen Project zu schweigen und in diesem Falle den Rechtsuchenden und den Richtern zu überlassen, auch in Zukunft diejenigen Satzungen des materiellen Proceßrechts in Anwendung zu bringen, welche in den Ostseeprovinzen bisher auf Grund einheimischer Proceßgesetze oder des in subsidium geltenden gemeinen Rechts zur Richtschnur dienten und noch gegenwärtig zur Richtschnur dienen, — oder aber diese

Satzungen des materiellen Proceßrechts in das Baltische Pro-  
ject in so weit, als mit der Durchführung der leitenden Grund-  
sätze der modernen Proceßordnungen verträglich erschien, auf-  
zunehmen und sie mit diesen Grundsätzen zu einem harmonisch  
gegliederten Ganzen zu verschmelzen. Daß die Baltische Jus-  
tizcommission den zuerst bezeichneten Weg nicht einschlagen  
durfte, versteht sich fast von selbst. Denn einmal handelte es  
sich ja gerade um eine Codification, in welcher das gesammte,  
in den Ostseeprovinzen zu beobachtende Proceßrecht ebenso in  
einem Proceßcodex zusammengefaßt werden sollte, wie das in  
Bezug auf die privatrechtlichen Normen in dem dritten Theile  
des Provinzialrechts geschehen ist; sodann mußte nothwendig  
festgesetzt werden, in wie weit die Durchführung der leitenden  
Grundsätze der modernen Proceßordnungen das bisherige ma-  
terielle Proceßrecht der Ostseeprovinzen außer Kraft setze; und  
endlich walteten gerade rücksichtlich dieses materiellen Proceß-  
rechts so überaus zahlreiche Controversen wie in der Wissen-  
schaft so in der Praxis ob, daß es im Interesse der Einheit-  
lichkeit der Rechtspflege schlechterdings nothwendig erschien, in  
dem entworfenen Codex wenigstens diejenigen Controversen,  
die Verwirrung zu stiften besonders geeignet sind, durch For-  
mulirung positiver Bestimmungen zu beseitigen.

Wenn Herr N. N. auch hiernach zuzugeben genöthigt ist,  
daß die Baltische Justizcommission in die Nothwendigkeit ver-  
setzt war, in ihren Entwurf einer Proceßordnung für die Ost-  
seeprovinzen auch Satzungen des materiellen Proceßrechts auf-  
zunehmen, so wird er doch vielleicht fragen, weshalb diese  
Satzungen aus den provinziellen Proceßgesetzen und dem ge-  
meinen Civilproceß, nicht aber aus der Civilproceßordnung  
des Reichs geschöpft worden sind. — Um hierauf eine Antwort  
zu ertheilen, brauchen wir nur darauf zurückzuweisen, was in  
diesem Aufsatze dargelegt und entwickelt worden ist. Denn  
wenn wir oben gezeigt haben, daß die proceßrechtlichen Be-

stimmungen des reichsrechtlichen Civilprocesses durchweg oder doch nahezu durchweg mit dem gesammten Rechtswesen und insbesondere mit dem codificirten Privatrecht der Ostseeprovinzen völlig unvereinbar sind, daß außerdem in der Civilproceßordnung des Reichs jene lange, oben unter den Ziffern 1—21 angeedeutete Reihe mit dem Rechtsleben der Ostseeprovinzen eng verbundener, daselbst fest eingebürgerter und vom Privatrecht als bestehend und geltend vorausgesetzter Proceßinstitute gar keine Berücksichtigung gefunden und daß die Civilproceßordnung des Reichs endlich keine Bestimmungen enthält über sehr viele, oben unter den Buchstaben a—t nur zum Theil bezeichnete Fragen des Proceßrechts, die durch positive Bestimmungen der einheimischen Proceßgesetze der Ostseeprovinzen und durch positive Bestimmungen des gemeinen Civilprocesses geregelt sind und durch positive Bestimmungen geregelt sein müssen, um das Proceßrecht zu einer das subjective Meinen und Glauben beherrschenden objectiven Macht zu erheben: so liegt eben in diesen Momenten vorzugsweise der Grund, weshalb das Baltische Project in so durchgreifender Weise von der Civilproceßordnung des Reichs abweicht und weshalb letztere schlechterdings unanwendbar ist auf die Ostseeprovinzen.

Hätte die Baltische Justizcommission den von ihr betretenen Weg nicht eingeschlagen, sondern hätte sie den von Herrn N. N. empfohlenen Weg gewählt, so hätte sie den provinziellen Civilproceß nicht reformirt, sondern denselben vielmehr in einen Complex todter, für die Rechtspflege bedeutungsloser Formen verwandelt, hätte die Continuität des rechtsgeschichtlichen Fadens zerstört, der sich durch alle Rechtsinstitutionen der Ostseeprovinzen hindurchzieht und dieselben mit einander in organischer Weise verbindet, und wäre in Widerspruch getreten mit dem Kaiserlichen Willen, der in dem Allerhöchsten Befehl vom 1. Juli 1845 unzweideutigen Ausdruck gefunden.

Schließlich haben wir Herrn N. N. gegenüber noch das

Geständniß abzulegen, daß uns der oft erwähnte Aufsatz keineswegs in einer vollständigen schriftlichen Uebersetzung vorgelegen, sondern daß wir denselben nur nach der mündlichen Uebersetzung kennen, die wir einem der russischen Sprachkundigen Freunde verdanken.

Die kurzen Notizen, die wir uns bei dieser mündlichen Uebersetzung machten und die allein daher von uns berücksichtigt werden konnten, erschöpfen keineswegs die ganze Summe der Ausstellungen, mit denen Herr N. N. gegen das Baltische Project in die Schranken getreten. Hieraus folgt, daß Herr N. N. fehl greifen würde, wenn er anzunehmen geneigt wäre, daß wir die Stichhaltigkeit der von uns in dem Obigen nicht berücksichtigten Ausstellungen einräumen.

## V.

### Vorschläge zur Reform des in Liv-, Est- und Curland geltenden Civilprocesses.

---

Wenn ich im gegenwärtigen Augenblicke die Reform einzelner Theile des in den Ostseeprovinzen geltenden Civilprocesses in Vorschlag bringe, so liegt der Einwand nahe, daß der Zeitpunkt dafür schlecht gewählt sei. Ist nicht die Erkenntniß allgemein durchgedrungen, daß ein den Anforderungen der Gegenwart entsprechender Civilproceß nur auf der Grundlage der Mündlichkeit möglich ist und ist nicht die Einführung desselben in den Ostseeprovinzen nur noch eine Frage der Zeit? Ich erkenne die Vorzüge des mündlichen Processes unbedingt an, bezweifle auch nicht, daß er, wie überall, so auch hier den schriftlichen Proceß verdrängen werde, — aber wann und wie wird es geschehen? Kann nicht bis dahin, wo es den Provinzen gelingt, eine dem gesammten Rechtszustande und der in denselben vertretenen Rechtbildung entsprechende Proceßordnung zu erlangen, noch längere Zeit vergehen? Inzwischen werden die Provinzen auf den bestehenden schriftlichen Proceß angewiesen bleiben, dessen Schwerefülligkeit in einer Zeit, wo der täglich wachsende Rechtsverkehr auf schnelle Erledigung der Rechtsstreitigkeiten hindrängt, nur zu schmerzlich empfunden wird. Es erscheint mir daher als eine dringende Pflicht gerade im gegenwärtigen Augenblicke auf eine Verbesserung des gel-

tenden Proceßes hinzuwirken, damit das Land in die Lage versetzt werde, mit Ruhe die Einführung des mündlichen Proceßes in einer seinen Bedürfnissen entsprechenden Form abzuwarten zu können. Meiner Ueberzeugung nach bedarf es aber nur einzelner gewichtiger Verbesserungen des bestehenden Proceßes, damit er noch für längere Zeit den Anforderungen des Landes zu genügen im Stande sei. Natürlich kann der angedeutete Zweck nur erreicht werden, wenn die nothwendigen Reformen rasch und, wo erforderlich, auch mit Hilfe der Gesetzgebung durchgeführt werden. Ich habe mich daher bei den nachfolgenden, nach den verschiedenen Rechtsmaterien zusammengestellten Reformvorschlägen nicht bloß auf solche beschränkt, bei denen es sich um Verbesserung einer mißbräuchlichen Praxis handelt, sondern auch solche bezeichnet, die eine Abänderung durch die Gesetzgebung erheischen.

### I. Die Fristen.

Sehr kurze Fristen geben keineswegs die Gewähr für eine schnelle Beendigung der Proceße, da sie unvermeidlich Fristerstreckungen zur Folge haben. Zu lange Fristen, d. h. Fristen von einer solchen Dauer, wie sie von der Natur der vorzunehmenden Handlung nicht gefordert wird, sind aber im Interesse der Beschleunigung der Proceße unbedingt zu vermeiden. Im Allgemeinen lassen sich die in den verschiedenen Rechtsgebieten der Ostseeprovinzen üblichen Fristen als sachentsprechend bezeichnen. Die Dauer derselben beträgt im ordentlichen Verfahren in der Regel 8, 10 und 14 Tage für den Schriftenwechsel und 14 Tage, 3 und 4 Wochen für die Beweisantretung. Die letzteren sind stets sofort peremptorisch, während die ersteren, im Falle sie nicht beobachtet worden, zweimal wiederholt werden müssen. Nur die in Curland nach Landrecht übliche Frist von 4 Wochen für den Schriftenwechsel muß als eine unverhältnißmäßig lange bezeichnet werden,

zumal sie mit den zweimaligen Wiederholungen auf drei Monate ausgedehnt werden kann. Sie ließe sich ohne Nachtheil auf die Dauer der in den Städten Curlands geltenden Fristen von 14 Tagen herabsetzen. Eine solche Verkürzung wäre um so unbedenklicher, als die curländischen Statuten (§§ 17 und 27) die Beobachtung der Frist von 4 Wochen nur für die Anberaumung des Citationstermines, so wie des Termines für die Beweisantretung ausdrücklich fordern. Ueberall aber pflegen diese beiden Fristen durch längere Dauer vor den übrigen Fristen für die Verhandlung des Rechtsstreites ausgezeichnet zu werden.

Was den Grundsatz der Wiederholung der für den Schriftenwechsel anberaumten Fristen betrifft, so wird derselbe zwar von den neuern Proceßordnungen, die nur sofort peremptorische Fristen zulassen, allgemein aufgegeben. In den Ostseeprovinzen jedoch kann in denjenigen Rechtsgebieten, in denen jede Frist mit einer Verhandlung der Parteien abschließt, von einer Abänderung des Verfahrens in dieser Richtung unbedenklich abgesehen werden, weil die wiederholte Frist sofort den Parteien zur Kenntniß gebracht und einer übermäßigen Verzögerung der Proceße dadurch, daß die Fristen sich unmittelbar an einander schließen, vorgebeugt wird. Anders verhält es sich jedoch in Livland nach Landrecht, wo das Verfahren in Gegenwart der Parteien beseitigt ist. Dasselbst setzt die Wiederholung einer Frist in der Regel einen schriftlich einzubringenden Antrag der Gegenpartei und eine schriftlich auszufertigende Verfügung des Richters voraus, welche der säumigen Partei insinuirt werden muß. Bei einem so complicirten Verfahren ist es erklärlich, daß der Zeitverlust bis zur Exportirung der richterlichen Verfügung wegen Erneuerung der Frist meist ein unverhältnißmäßig größerer ist, als der durch die Frist selbst bedingte. Diesem unnützen Aufwand an Zeit und Kosten läßt sich, — da die Vorschrift, daß die Gerichte schon von amtswegen über den Ablauf der Fristen wachen sollen, erfahrungsmäßig nicht durch-

föhrbar ist, — in wirksamer Weise nur dadurch abhelfen, daß statt der bisher nach der hofgerichtlichen Praxis üblichen Frist von dreimal zehn Tagen sofort peremptorische Fristen von dreißig Tagen, wo nicht kürzere vorgeschrieben sind, anberaumt werden. Eine derartige Zusammenlegung der Fristen ist nach gemeinem Rechte ausdrücklich gestattet <sup>1)</sup> und nach livländischem Rechte wenigstens für einen Fall speciell vorgeschrieben <sup>2)</sup>.

Aus der Zahl der für besondere Fälle festgestellten Fristen muß noch die für Curland bestehende Frist von einem Jahre für die Introduction der Appellation <sup>3)</sup> hervorgehoben werden, die einer Justizverweigerung nicht unähnlich steht. Eine Introductionsfrist von 6 Wochen für die Appellationen von den städtischen Untergerichten an den Rath, wie sie in Mitau bereits besteht, und von 3 Monaten für die Appellationen von den Räthen und den Oberhauptmannsgerichten an das Oberhofgericht würde in allen Fällen vollkommen genügen.

## II. Die processhindernden Einreden.

Vor Ausbildung der Eventualmaxime im gemeinen Prozesse waren die processhindernden Einreden, d. h. solche Einreden, durch deren Vorschützen der Beklagte sich von der Verpflichtung zur Einlassung befreite, von großer Bedeutung. Zu denselben gehörten alle dilatorischen <sup>4)</sup> und gewisse peremptorische <sup>5)</sup> Einreden, hinsichtlich deren jedoch in der Theorie keine Einigung der Meinungen zu erzielen war. Indessen

1) l. 72 D. de jud. 5, 1, l. 53 § 1 D. de re jud. 42, 1 und l. 8 C. quom. et quando 7, 43.

2) Königl. schwed. Verordnung vom 19. April 1692: Derwegen wollen Wir hiermit verordnet und gesetzt haben, daß der Richter in allen Gerichten sowohl auf dem Lande als in Städten sofort auf die erste Vorladung . . . die Hauptsache zur gerichtlichen Erörterung vornehmen soll.

3) Instructorium des curl. Processes. P. I tit I § 45.

4) c. 62 X. de app. 2, 28.

5) c. 1 in VI de L. C. 2, 3.

gewann die Ansicht die meiste Verbreitung, nach welcher alle peremptorischen Einreden unter der Voraussetzung proceßhindernde Wirkung haben sollten, daß sie sofort liquid vorgeschützt oder ohne Vorzug bewiesen werden könnten. Diese Regel bietet den unverkennbaren Vortheil, daß auf solche Weise durch ein kurzes Präliminarverfahren weitläufige Proceße von vorne herein abgeschnitten werden können. Sie ist in die Praxis Estlands und in die Statuten Riga's <sup>6)</sup> übergegangen. In Curland sind die höchst unzweckmäßigen, dem polnischen Proceße entlehnten Grundsätze des Instructoriums <sup>7)</sup> über die Verhandlung der Einreden in neuerer Zeit dadurch glücklich beseitigt worden, daß die Eventualmaxime des gemeinen Rechtes durch die Praxis in den curländischen Proceß Eingang gefunden hat. Nur das livländische Landrecht huldigt noch immer hinsichtlich der proceßhindernden Einreden durchaus verwerflichen Grundsätzen. Nach der Praxis <sup>8)</sup> ist es nämlich gestattet alle peremptorischen Einreden ohne Rücksicht auf ihre Liquidität vor der Einlassung vorzuschützen und dadurch eine abgesonderte Verhandlung derselben, einschließlich eines besonderen Beweisverfahrens, herbeizuführen. Diese Praxis, nach welcher statt eines Proceßes zwei nach einander durchgeführt werden müssen, widerspricht aber einmal der Natur der Sache, weil peremptorische Einreden in den meisten Fällen gar nicht verhandelt werden können, ohne daß die Klagehatsachen, die den Gegenstand der Einlassung bilden, berührt werden, sodann veranlaßt sie den Beklagten zur Einleitung eines kostspieligen und zeitraubenden Beweisverfahrens, ohne daß es feststeht, daß der Kläger die behaupteten Klagehatsachen zu beweisen im Stande

6) Stat. Rig. Lib. II c. 17 § 1.

7) Instructorium P. I tit 1 § 19—29 und tit. 5 § 4 und 7, vgl. mit Nigborff: Regni Poloniae terrarumque Prussiae regalis processus judiciarii compendium, Gedani, 1654, Pars I sectio II cap. 1 § 4.

8) Ueber den Ursprung dieser Praxis vgl. Zeitschrift Band I S. 12 fg.

sein werde <sup>9)</sup> und endlich führt sie zu einer unendlichen Verschleppung der Proceffe. Um diesem letztern Uebelstande abzuhelpfen, kommt es nicht selten vor, daß die Landgerichte Livlands zum Schlusse des Exceptionalverfahrens, falls der Kläger das in demselben anberaumte Beweisverfahren dazu benützt hat, die Klagethatsachen zu beweisen, sofort in der Hauptsache selbst erkennen, obgleich eine Einlassung von Seiten des Beklagten nicht vorliegt. So verwerflich dieses Auskunftsmittel ist, da durch dasselbe stets eine Nullität begründet wird, so liefert es doch den Beweis dafür, wie sehr die Nothwendigkeit erkannt wird, dem durch die zweckwidrige Behandlung der peremptorischen Einreden begünstigten Verschlepp der Proceffe abzuhelpfen. Es ist daher dringend zu wünschen, daß im Anschlusse an die in Riga und Estland geltenden Grundsätze auch in Livland nach Landrecht die Bestimmung Eingang fände, daß alle vor der Einlassung vorgeschützten peremptorischen Einreden, sobald sie nicht sofort liquide sind oder ohne Vorzug bewiesen werden können, jedesmal vom Richter in das Hauptverfahren verwiesen werden müssen.

### III. Die Einlassung.

Nach canonischer Lehre war die *litiscontestatio* ein formeller Act, durch welchen der Beklagte, nach Beseitigung der etwa vorgeschützten proceßhindernden Einwände, dem Richter constatirte, ob in der Sache selbst noch gestritten werden solle oder nicht. Zu diesem Behufe genügte eine generelle Erklärung, durch welche der Beklagte den Anspruch des Klägers negirte <sup>10)</sup>. Was im Einzelnen von den der Klage zu Grunde

9) Daher sagt schon die Glosse zu c. 29 X. de test. 2, 20, v. *publicatae*: *Illud autem stultum reputo, quod aliquis probet peremptoriam exceptionem, antequam sciat, si adversarius probavit intentionem suam.*

10) c. un. X. de L. C. 2, 5 und c. 54 § 3 X. de elect. 1, 6.

gelegten Thatfachen geleugnet oder zugestanden werden sollte, konnte natürlich aus einem so allgemein gehaltenen Widerspruche gegen das Klagerrecht nicht entnommen werden. Um zu einer speciellen Erklärung behufs Feststellung des Streitigen und Unstreitigen zu gelangen, mußte der Kläger nach stattgehabter Litiscontestation den factischen Stoff seiner Klage in einzelne Sätze (Positionen) zerlegen, die der Beklagte unter dem Zwange der Annahme einer confessio für den Fall der Unterlassung zu beantworten hatte <sup>11)</sup>. Diese Grundsätze gingen in den reichsgerichtlichen Proceß mit der Modification über, daß die Zerlegung des thatsächlichen Stoffes schon in das Klagelibell verlegt wurde, der sonach articulirt abzufassen war.

Eine andere Gestaltung nahm die Sache in den Particularrechten des nördlichen Deutschlands, insbesondere in dem sächsischen Rechte an, welches vorzugsweise auf die Theorie der damaligen Zeit von Einfluß war. Dasselbst hatte sich wesentlich auf der Grundlage der Clementine Saepe ein durchaus vereinfachter Proceß ausgebildet, in welchem namentlich der formelle Litiscontestationsact, der bereits von der angeführten Clementine zu den entbehrlichen Solennitäten gezählt wurde, ganz wegfiel und um so mehr wegfallen konnte, als die Absicht des Beklagten das Klagerrecht des Klägers bestreiten zu wollen, schon aus der Erklärung des Ersteren über die Klagehatsachen hervorgeht. Die für den canonischen und den Reichsproceß nothwendige Formulirung von Positionen konnte leicht dadurch umgangen werden, daß der Beklagte angewiesen wurde die ihm mitgetheilte Klage sofort speciell in Beziehung auf ihren thatsächlichen Stoff zu beantworten. Natürlich war eine solche Vorschrift nur dann von Werth, wenn für die Erfüllung derselben von Seiten des Beklagten ein Zwang vorlag und dieser war dadurch zu erreichen, daß alle vom Beklagten in der Ein-

11) c. 2 in VI de conf. 2, 9, Durant. II, 1 de posit. § 9.

lassung übergangenen Thatsachen, ebenso wie die nicht beantworteten Positionen, als zugestanden angesehen wurden. In der That hat das sächsische Recht<sup>12)</sup> die bezeichneten Grundsätze über die Einlassung zur Anerkennung gebracht. Das Hauptgewicht in Beziehung auf die Erklärung des Beklagten fällt demnach in den Umstand, daß dem Richter eine möglichst eingehende Kenntniß von dem Streitgegenstande verschafft werden soll. Es erhellet übrigens, daß dies nichts der ersten Erklärung Eigenthümliches ist, daß vielmehr dieselbe Forderung an jede Erklärung im ferneren Verlaufe des Processus gestellt werden muß.

Wenn man sich das Verhältniß unserer einheimischen Rechtsquellen über den Proceß zu denen im nördlichen Deutschland geltenden Particularrechten und der Theorie zu Anfang des 17. Jh. vergegenwärtigt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß in den ersteren die zuletzt vorgetragene Grundsätze über die Einlassung Aufnahme fanden oder wenigstens stillschweigend als geltend vorausgesetzt wurden. Dafür lassen sich sehr bestimmte Hinweise anführen. Zunächst ist hervorzuheben, daß die Ausdrücke unserer Quellen: „der Beklagte solle mit ja oder nein auf die Klage antworten“<sup>13)</sup>, „ihm sei das directe responde aufzuerlegen“<sup>14)</sup>, unzweifelhaft darauf hindeuten, daß unter der Einlassung nicht der formelle Litiscontestationssact des canonischen Rechtes, sondern die specielle Er-

12) Chursächsische Constitutionen vom 21. April 1572 P. I c. X: Damit der General und ungewissen Litiscontestation halben die sachen nicht verlengert, auch allerhand gefahr so darunter gesucht, verhütet werde: So ordnen und constituiren wir, das in den Rechtfertigungen der beklagte uff alle und jede punct und stück und derselbigen narration und conelusion ansdrücklich klerlich in specie und in sonderheit antworten und den Krieg also durch specification besestigen, und da solches vom beklagten vorbliebe, das wider ihnen, als einen contumacem, so den Krieg gang nicht oder je nicht volkömlich contestiret, erkant und gesprochen werden sol.

13) Stat. Rig. Lib. II c. 14 § 1.

14) Instructorium P. I tit. 1 § 9 und 30.

Klärung des sächsischen Rechtes über die der Klage zu Grunde liegenden Thatfachen verstanden werden muß. Sodann geht aus den einheimischen Quellen hervor, daß die Folge des ungehorsamen Ausbleibens des Beklagten stets die poena confessi war <sup>15)</sup>. Es kann aber nicht angenommen werden, daß für das gänzliche Unterlassen der Einlassung und für eine unvollständige, entgegengesetzte Grundsätze, für letztere etwa die Annahme einer negativen Litiscontestation hinsichtlich der übergangenen Thatfachen, zur Anwendung gekommen wären.

Die angeführten, höchst zweckmäßigen Grundsätze über die Einlassung erhielten in Folge einer Entwicklung, die im gemeinen Rechte auf Grund des jüngsten Reichsabschiedes vor sich ging, auch in den Ostseeprovinzen mehrfache Abänderungen, die zu einer entschiedenen Verschlechterung des Processus beigetragen haben. Der jüngste Reichsabschied nahm nämlich den Grundsatz des sächsischen Rechtes hinsichtlich der speciellen Einlassung auf, wick jedoch insofern vom sächsischen Rechte ab, als er festsetzte, daß der Ungehorsam des Beklagten eine Fiction des Geständnisses der Klagethatsachen nicht zur Folge habe, sondern den Kläger zu deren Beweise verbinde. In Folge dessen entwickelte sich in der gemeinen Theorie die Lehre von der Fiction einer negativen Litiscontestation für den Fall des Ungehorsams. Der Zwang zur Erlangung einer speciellen Erklärung fiel damit völlig weg, da die Annahme einer Negation der mit Stillschweigen übergangenen Thatfachen für den Beklagten jedenfalls vortheilhaft war. Nur ganz ausbleiben durfte er mit der Erklärung nicht, wenn er Einreden vorzuschützen hatte, weil diese nach der Eventualmaxime mit der Einlassung zu verbinden sind. Wenn gleich der Grundsatz der Fiction einer negativen Litiscontestation, der von den neuern Proceßordnungen allgemein verworfen wird, in den Particularrechten Deutsch-

15) Vgl. den folgenden Abschnitt.

lands vielfach keine Aufnahme fand, so hat er doch in den Ostseeprovinzen, wo der jüngste Reichsabschied keine unmittelbare Geltung hatte, einen ganz unberechtigten Einfluß gewonnen. Zwar hat er in Estland und Riga, abgesehen von einigen Schwankungen in der Praxis, niemals festen Fuß fassen können, dagegen ist er im livländischen Landrecht, so wie im curländischen Land- und Stadtrecht, mit Ausnahme des Falles, wo in Curland ein Contumacialverfahren eingeleitet worden, zur unbedingten Herrschaft gelangt. Der Beklagte, dessen Sache etwa so schlecht steht, daß er der Klage nichts entgegenzustellen vermag, kann es nunmehr dem Gesetze überlassen, statt seiner zu leugnen und ruhig den Schwierigkeiten zusehen, mit denen der Kläger zu kämpfen hat, um alle Klagethatsachen in genügender Weise zu beweisen. In Livland, wo die Eventualmaxime nicht gilt, verliert der ungehorsame Beklagte nicht einmal die Möglichkeit seine Einreden vorzuschützen.

War mit dem Wegfall der Annahme einer *poena confessi* gegenüber dem ungehorsamen Beklagten jeder Zwang zur Erlangung einer speciellen Einlassung geschwunden, so lag es nahe, zumal eine entgegenstehende ausdrückliche Vorschrift in den provinciellen Quellen nicht vorhanden war, die generelle Litiscontestation, die im canonischen Rechte ihr Vorbild hatte, zuzulassen. Man übersah dabei freilich, daß das canonische Recht in den Positionen ein Mittel besaß, die Uebelstände der generellen Litiscontestation wieder zu beseitigen, daß aber im provinziellen Rechte, dem dieses Mittel fehlt, dem Richter jede Möglichkeit entzogen ist, einen richtigen Einblick in den Streitgegenstand, der von ihm beurtheilt werden soll, zu gewinnen. Ueberdies läßt sich nicht verkennen, daß es den Parteien bei einer generellen Erklärung viel leichter fällt von der Wahrheit abzuweichen, als bei der Beantwortung der einzelnen Behauptungen der Fall ist.

Die gerügten Mängel dürften die Ueberzeugung feststellen, daß es unerläßlich ist die älteren Grundsätze über die Ein-

Iassung, soweit solches bisher noch nicht geschehen, wieder herzustellen. Nach denselben muß die Einlassung in einer speciellen Beantwortung der Klagethatsachen bestehen und trifft den ungehorsamen Beklagten in Betreff der nicht speciell geleugneten oder der mit Stillschweigen übergangenen Thatsachen, ebenso wie im Falle der gänzlichen Unterlassung der Erklärung, die poena confessi.

#### IV. Das Contumacialverfahren.

Für den Fall, daß der Beklagte vorschriftsmäßig zum Prozesse geladen worden, demohnerachtet aber ungehorsam ausbleibt, stimmen die Rechtsquellen sämtlicher Rechtsgebiete darin überein, daß der Beklagte als geständig anzusehen sei und er demnach, vorausgesetzt, daß die vorgebrachten Klage-  
thatsachen zur Begründung der klägerischen Anträge hinreichen, zu verurtheilen sei <sup>16)</sup>. Das behufs Feststellung der contumacia vorgeschriebene Verfahren ist in den einzelnen Rechtsgebieten sehr verschieden ausgebildet, leidet aber nach den Bestimmungen der Quellen an einer so großen Weitschweifigkeit, daß es als ein Glück zu betrachten ist, daß die Praxis dasselbe in den meisten Rechtsgebieten um vieles vereinfacht, namentlich die für diesen Fall ganz ungeeigneten Vermögensstrafen, beseitigt hat. Nur in Curland hat sich das, nachweislich aus dem polnischen Rechte stammende Contumacialverfahren <sup>17)</sup> unver-

16) Ueber die Quellen des livl. Landrechts vgl. Zeitschrift Bd. I S. 29 Anm. 84. Seitdem das in diesen Quellen vorausgesetzte Verfahren in Gegenwart der Parteien weggefallen ist, hat das ungehorsame Ausbleiben des Beklagten mit der Erklärung nur in dem Falle die poena confessi zur Folge, wenn ihm die Erklärung sub poena confessi et convicti aufgegeben war, vgl. Zeitschrift Bd. I S. 320 fg. Hinsichtlich der übrigen Rechtsgebiete vgl. Stat. Rig. Lib. II c. 9 § 4—7, Estl. Ritter- und Landrecht B. I tit. 10 § 2, Oberlandgerichts-Constitution vom 7. Juli 1691 § 7 und 8, Obergerichtsordnung für Reval vom Jahre 1757 § 18, Stat. Curl. § 20, Instructorium P. I tit. 1 § 11—18 und tit. 5 § 6.

17) Nigborff l. c. cap. 2 § 8, Stat. Curl. § 20, Instructorium P. I tit. 1 § 11—18, tit. 5 § 6.

ändert in seiner ganzen Weitschweifigkeit bis auf den heutigen Tag erhalten, so daß es erklärlich ist, daß sich der Kläger nur in seltenen Fällen dazu entschließt dasselbe zu beantragen. Der vorzüglichste Uebelstand besteht darin, daß das beim zweiten Ausbleiben des Beklagten in *amissionem causae* ergangene Urtheil, um in Wirksamkeit zu treten, nochmals, nach Landrecht nach Ablauf von 6 Monaten, bestätigt werden muß, weil der *contumax* das Recht hat innerhalb dieser Frist seinen Gegner *ad reponendum decretum citiren* zu lassen und das *Contumacialurtheil* zu beseitigen. Dieses *Beneficium* des Beklagten müßte jedenfalls aufgehoben werden, wenn das *Contumacialverfahren* für den Kläger einen Werth haben soll.

### V. Der Schriftenwechsel.

Die einheimischen Rechtsquellen setzen die Zahl der zu wechselnden Schriften auf vier fest: die Klage, Erklärung, Replik und Duplik<sup>18)</sup>. In Livland gestattet die Praxis für den Fall, daß der Beklagte Einreden vorschügt, nach dem Grundsatz *reus excipiendo fit actor* eine Schrift mehr, um dem ursprünglichen Kläger das letzte Wort zu gestatten. Die nach der *Exceptionsschrift* gewechselten Schriftsätze heißen in Livland: *elisio*, *salvatio* und *ulterior elisio*. Während in Curland die vier Schriften, ebenso wie nach gemeinem Rechte, vor dem Beweisverfahren gewechselt werden, ist in Liv- und Estland das Beweisverfahren mitten in den Schriftenwechsel hineingeschoben worden. In Folge dessen haben die beiden letzten Schriften: die Replik und Duplik, beziehungsweise die *salvatio* und *ulterior elisio*, ihre ursprüngliche Bedeutung, zur Feststellung des Streitgegenstandes zu dienen, völlig eingebüßt und sind

18) Proceßstadga vom 4. Juli 1695 § 4, Stat. Rig. Lib. II c. 12 § 2 und c. 13 § 1, Estl. Ritter- und Landrecht Buch II tit. 20 art. 3, Obergerichtsordnung für Reval v. J. 1757 § 11, Instructorium P. I tit. 1 § 30 und 32.

zu Deduktionschriften aus dem geführten Beweise herabgesetzt, in denen neue thatfächliche Behauptungen nicht mehr vorgebracht werden können. Für die Feststellung des status causae et controversiae dienen demnach in Estland nur die Klage und Erklärung, in Livland außerdem noch, falls Exceptionen vorgeschützt sind, die Elisionschrift. Diese Zahl von Schriften reicht aber in den meisten Fällen nicht aus, um dem Richter und den Parteien eine klare Einsicht in den Streitgegenstand und den anzutretenden Beweis zu gewähren. Verbindet z. B. der Beklagte in Estland die Einlassung mit peremptorischen Einreden, so bleibt er völlig im Unklaren darüber, ob und wie weit etwa der Kläger die Einreden zuzugestehen geneigt ist und letzterem ist die Möglichkeit entzogen neue Einreden (Repliken) vorzuschügen. In Livland ist freilich diesen Uebelständen durch die Elisionschrift abgeholfen, aber es bleibt die etwa in der Elisionschrift vorgebrachte neue Einrede (Replik) vom Gegner unbeantwortet. Die Folge davon ist, daß alle Behauptungen, über die der Gegner nicht die Möglichkeit gehabt hat sich zu erklären, von demjenigen, der sie aufgestellt hat, in jedem Falle bewiesen werden müssen, ja daß sogar gegen alle Proceßtheorie im Beweisverfahren der Beweis von neuen Einreden (Repliken, Dupliken) zugelassen werden muß, die im vorbereitenden Verfahren gar nicht haben zur Sprache gebracht werden können. Die Uebelstände dieser Einrichtung, wie sie namentlich in Estland in aller Schärfe hervortreten, liegen auf der Hand. Weder der Richter noch die Parteien können sich ein sicheres Urtheil über den Beweissatz oder die Beweislast bilden und während einerseits über neue Behauptungen, die erst im Beweisstadium hervortreten, die Möglichkeit der Antretung eines Gegenbeweises geradezu abgeschnitten ist, müssen andererseits ganz unnütze Beweise hinsichtlich solcher Thatfachen angetreten werden, die der Gegner, wenn er über dieselben gehört worden wäre, niemals angetritten hätte.

Charakteristisch für den estländischen Proceß ist daher ein unendlich weitschweifiges Beweisverfahren selbst in den unbedeutendsten Sachen. Bringt man den Zeit- und Kostenaufwand in Anschlag, der stets mit der Beweiserhebung verbunden ist, so wird man anzuerkennen nicht umhin können, daß eine sachgemäße Fortsetzung des Schriftenwechsels vor dem Beweise bedeutend zu einer zweckmäßigen und raschen Erledigung der Prozesse beitragen würde. Es ist daher als ein entschiedener Fortschritt anzuerkennen, wenn man in Riga seit neuerer Zeit von dem hergebrachten Schema für das vorbereitende Verfahren absteht und daselbst, falls erforderlich, noch weitere Schriftsätze vor dem Beweise gestattet. — Eine allen Anforderungen genügende Regel hinsichtlich des Schriftenwechsels stellt das gemeine Recht in consequenter Durchführung des Grundsatzes vom wechselseitigen Gehör in dem Sinne auf, daß über jede relevante neue thatsächliche Behauptung der einen Partei die Gegenpartei gehört werden müsse. Ist auf Grund dieser Regel einerseits eine allzu große Ausdehnung des vorbereitenden Verfahrens nicht zu befürchten, weil in den aller seltensten Fällen nach der Replik noch eine Vertheidigung durch neue Einreden möglich ist, so gewährt sie andererseits den Vortheil, daß das erste Verfahren schon früher abgeschlossen werden kann, z. B. in dem Falle, wenn der Beklagte sich auf eine negative oder gemischte Litiscontestation beschränkt. Gelangt dieser Grundsatz des gemeinen Rechtes in den Ostseeprovinzen zur allgemeinen Geltung, so wären die dem Beweise nachfolgenden Schriften nicht mehr als Replik und Duplik, sondern als das, was sie thatsächlich sind, als Deduktionschriften zu bezeichnen.

Einer besonderen Berücksichtigung bedarf noch das in Liv- und Estland vor stattgehabter Einlassung zulässige Zwischenverfahren zur Erledigung der dilatorischen und liquiden peremptorischen Einreden. Ueber diese wird jedesmal der Kläger *elidendo* gehört. Ein weiterer Schriftenwechsel aber ist in

den meisten Fällen durchaus überflüssig, denn sind es dilatorische Einreden, so ergiebt sich der Grund oder Ungrund derselben meistens schon aus den Akten, sind es dagegen peremptorische Einreden, so sollen sie bei den ersten Sakschriften liquide gestellt werden <sup>19)</sup>. Ergiebt sich aber aus diesen Schriften, daß die Einreden in Ermangelung des paraten Beweises oder zufolge der Vorschützung von Replikten eine ausführlichere Untersuchung („altiore indagine“) erfordern, so sind sie in das Hauptverfahren zu verweisen <sup>20)</sup>. Zweckmäßig untersagt daher das livländische Landrecht in Beziehung auf die dilatorischen Einreden ein weiteres Verfahren nach der Esthon <sup>21)</sup>, wogegen der in Estland übliche Wechsel eines Memorials und Gegenmemorials nur dazu beiträgt den Proceß nutzlos um Monate zu verlängern.

## VI. Das Beweisverfahren und die Beweismittel.

Dem canonisch-mittelalterlichen Proceß war der Grundsatz der Trennung der Beweise von den Behauptungen, d. h. der Grundsatz, daß die Beweismittel erst nach Beendigung des Schriftenwechsels zur Feststellung des Streitgegenstandes in einem besonderen Stadium des Processes und auf einmal vorgelegt werden sollen, durchaus fremd. Den Parteien war es vielmehr gestattet bei Gelegenheit ihrer einzelnen Vorträge die erforderlichen Beweismittel beizubringen. Bei dem Urkundenbeweise geschah dies regelmäßig, wogegen der Zeugenbeweis, welcher mit mancherlei Umständen verknüpft ist, erst angetreten werden sollte, wenn die gegentheiligen Behauptungen geleugnet waren <sup>22)</sup>. Zu diesem Behufe wurde dem Beweisführer vom

19) Vgl. den Abschnitt II.

20) Stat. Rig. Lib. II c. 17 § 2.

21) Vgl. Zeitschrift Bd. I S. 313 Anm. 129.

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

Richter jedesmal eine besondere Frist anberaunt. — Allmählig fand jedoch in den deutschen Gerichten nach dem Vorbilde des sächsischen Particularrechtes die Sitte durch die Praxis Eingang, die Behauptungen von dem Beweise derselben zu trennen und die Antretung der letzteren in eine Frist zu verweisen, die nach altem Herkommen das Besondere hat, daß ihre Versäumung ipso jure den Verlust des Beweises nach sich zieht. Den äußeren Abschluß erhält seitdem das erste Verfahren durch ein Urtheil, das sog. Beweisinterlocut, welches zugleich über den Beweisfuß und die Beweislast Bestimmung trifft.

Die provincialrechtlichen Quellen schließen sich im Wesentlichen den dargestellten Grundsätzen des mittelalterlich canonischen Processes an<sup>23)</sup>. Dadurch aber, daß die Praxis die in den Quellen ursprünglich nur für den Zeugenbeweis eingeführte, nach stattgehabter Litiscontestation anzuberaumende Beweisfrist auch für alle anderen Beweismittel gelten läßt und deren Ausschluß im Falle der Versäumniß dieser Frist fordert, — hat der Grundsatz der Trennung der Behauptungen und Beweise im Wesentlichen in den Ostseeprovinzen Eingang gefunden. Dabei aber haben sich mehrfache mit diesem Grundsatz unvereinbare Einrichtungen des älteren Rechtes erhalten, die unbedingt beseitigt werden müssen. Als die vorzüglichsten Mängel des Beweisverfahrens im gegenwärtigen Prozesse heben wir folgende hervor:

- 1) Durch die im vorigen Abschnitte bereits gerügte ungenügende Ausbildung des ersten oder vorbereitenden Verfahrens nach estländischem Land- und Stadtrecht, so wie nach livländischem Landrecht, ist es den Parteien, insbesondere aber dem Richter unmöglich, am Schlusse desselben

23) Ueber das livl. Landrecht vgl. Zeitschrift Bd. I S. 303 fg. und 335 fg., Oberlandgerichts-Constitution vom 7. Juli 1691 § 6, Stat. Rig. Lib. II c. 19 § 1 und c. 20 § 1, Instruitorium P. I tit. 1 § 30 fg.

sich ein richtiges Urtheil über den Streitgegenstand und im Zusammenhange hiermit über die jeden Theil treffende Beweislast zu bilden. Es wiederholt sich daher in diesen Rechtsgebieten leider nur zu häufig die Thatsache, daß von den Parteien, deren Gutdünken die Beweisantretung vollständig überlassen bleibt, die Beweislast ganz falsch beurtheilt wird oder daß von ihnen mit vielem Kosten- und Zeitverlust ganz irrelevante Beweise erbracht werden, die der Richter abzuschneiden nicht in der Lage ist. Es braucht nicht ausgeführt zu werden, wie oft gerechtfertigte Ansprüche auf diese Weise verloren gehen. Die Beseitigung dieser Uebelstände kann nur durch eine zweckmäßigere Anordnung des ersten Verfahrens erreicht werden. In Curland und Riga, wo dieses der Fall ist, hat, namentlich in den Städten, auch das gemeinrechtliche Beweisinterlocut Eingang gefunden. Obgleich dasselbe die letzte Consequenz des Grundsatzes der Trennung der Beweise von den Behauptungen ist, so wollen wir bei den mancherlei demselben entgegenstehenden Bedenken die Einführung desselben in den übrigen Rechtsgebieten, vorausgesetzt, daß daselbst unserem Vorschlage gemäß eine zweckmäßigere Anordnung des ersten Verfahrens durchgeführt wird, nicht unbedingt befürworten. Es dürfte vielmehr genügen das Beweisinterlocut für diejenigen Fälle, in denen für dasselbe besondere Zweckmäßigkeitsgründe sprechen, zuzulassen, nämlich für den Fall, daß die Parteien über den Beweisatz oder die Beweislast im Zweifel sind oder unter ihnen darüber Streit entsteht, so wie für den Fall, daß die Parteien nicht durch Rechtsbeistände vertreten sind. Unter diesen Voraussetzungen hat sich das Beweisinterlocut in Riga als sehr praktisch bewährt, woselbst noch der, auch in der Hannoverschen Proceßordnung anerkannte Grundsatz Eingang gefunden hat, daß der Richter in der Appella-

tionsinstanz an das Beweisinterlocut des Unterrichters nicht gebunden ist.

- 2) Die Beweisfrist ist überall eine sofort peremptorische, deren Dauer durch Herkommen oder Gesetz festgestellt ist. Dabei wird jedoch eine Erstreckung derselben, wenn zeitig vor ihrem Ablauf aus besonderen Gründen darum gebeten wird, gestattet, ja in einzelnen Rechtsgebieten ist es sogar zulässig in besonderen Fällen die Beweisfrist gleich anfangs auf eine längere, als die regelmäßige Dauer, festzustellen<sup>24)</sup>. Durch diese Einrichtung wird nicht nur den besonderen Umständen, welche die Antretung des Beweises in der vorgeschriebenen Frist unmöglich machen können, vollkommen Rechnung getragen, sondern es wird auch, da dergleichen Erstreckungen nur *causa cognita* erfolgen können, einer willkürlichen Protrahirung der Proceffe vorgebeugt. Neben diesen, dem Bedürfnisse vollkommen genügenden Erstreckungen der Beweisfrist, ist es jedoch — wenn wir zunächst von der eigenthümlichen Ausbildung des Beweisverfahrens in Estland absehen — durch Beibehaltung der dem canonischen Rechte entlehnten Grundsätze über den Additionalbeweis<sup>25)</sup> in die Willkür der Parteien gestellt, durch den bloßen Vorbehalt des Additionalbeweises, beziehungsweise des Superadditionalbeweises eine mehrfach wiederholte Auberäumung von Beweisfristen herbeizuführen<sup>26)</sup>. Im Proceß des canonischen Rechtes, wo Beweisantretungen im Laufe des ganzen Verfahrens stattfinden konnten, hatte die Zulassung von Additionalbeweisen bis zur Eröffnung der Scrutininien

24) Stat. Rig. Lib. II c. 20 § 12 und 13, Stat. Curl. § 27.

25) C. 15, 49 X. de test. 2, 20 und c. 2 in VI cod. 2, 10.

26) Landgerichtsordnung v. J. 1632 § 20, Justizpunkte v. 22. September 1671 § 8, Stat. Rig. Lib. II c. 20 § 9, Instruktorium P. I tit. 1 § 39 und 40.

über die Zeugenaussagen<sup>27)</sup> nichts Bedenkliches und wenn die provincialrechtlichen Quellen diesen Grundsatz wiederholen, so ist daraus nur ersichtlich, daß ihnen der Grundsatz der Verweisung der Beweise in ein besonderes Stadium fremd geblieben ist. Nachdem jedoch die Praxis diesen Grundsatz adoptirt hat, hätte sie, ebenso wie im gemeinen Rechte geschehen, die ganze Lehre vom Additionalbeweise ausscheiden müssen, da für die Beibehaltung desselben kein reelles Bedürfnis vorliegt und dasselbe nur dazu führt das Beweisstadium zu verfehlertätigen. Die Dringlichkeit einer Reform in dieser Beziehung ergibt sich aus der Erwägung, daß in denjenigen Rechtsgebieten, wo der Beweis und Gegenbeweis successive angetreten wird, gegenwärtig, wenn die Parteien sich beiderseits den Additional- und Superadditionalbeweis vorbehalten, die Anberaumung einer sechsfachen Beweisfrist nothwendig werden kann. — Was insbesondere das Beweisverfahren in Ostland betrifft, so hat sich daselbst die Sitte ausgebildet, daß der Beweis faktisch erst in dem für den Additionalbeweis anberaumten Termine, dem sog. Beweis- und Gegenbeweis-Schließungstermine angetreten wird, wogegen die Parteien in dem 14 Tage nach Uebergabe der Erklärung eintretenden Beweisstermine nur einen fingirten Beweis einzubringen pflegen. Es versteht sich von selbst, daß diese gesetzliche Frist von 14 Tagen, wenn das in Vorschlag gebrachte vorbereitende Verfahren mit Repliken, Dupliken u. Eingang findet, wegfallen muß und daß in diesem Falle die Beweisfrist, wie gegenwärtig die Frist für die Beweisschließung, nach stattgehabter Vereinbarung unter den Parteien, durch richterliches Decret oder das Beweisinterlocut peremptorisch festgesetzt werden müßte.

---

27) c. 2 Clem. de test. 2, 8.

- 3) Die einheimischen Rechtsquellen empfehlen vielfach zur Beschleunigung der Prozesse das zeitige Beibringen der Urkunden und verordnen namentlich die Quellen des liv- und estländischen Landrechts<sup>28)</sup> in diesem Sinne, daß ultra replicam keine Documente zugelassen werden sollen. Diese Zeitbestimmung erklärt sich aus dem Umstande, daß es damals noch keine für alle Beweismittel gültige peremptorische Beweisfrist gab. Wenn aber gegenwärtig, nach Einführung einer solchen, die Praxis in den genannten Rechtsgebieten im Anschlusse an den Wortlaut der Quellen das Beibringen der Urkunden nach abgelaufener Beweisfrist bei oder gar nach der Replik gestattet, wodurch ein besonderes Verfahren behufs Anerkennung derselben nothwendig werden kann, so beweist dieser Umstand, daß die Praxis den Sinn und Zweck jener Verordnungen völlig außer Acht gelassen hat. Ein Anticipiren des Urkundenbeweises, wie jederzeit gestattet ist, ist häufig sehr zweckmäßig, ein Nachbringen desselben aber nach Ablauf der peremptorischen Beweisfrist kann durch nichts gerechtfertigt werden.
- 4) In Curland besteht die Eigenthümlichkeit, daß die Zeugenaussagen nach geschlossenem Beweisverfahren den Parteien nicht mitgetheilt werden dürfen<sup>29)</sup> wodurch ihnen die Möglichkeit der Ueberreichung von Deduktionschriften im Falle eines Zeugenbeweises abgeschnitten wird. Obwohl der Werth solcher Deduktionschriften problematisch ist, so liegt doch kein Grund vor den Parteien ausnahmsweise beim Zeugenbeweise durch Vorenthaltung der Scrutinien die Möglichkeit für die Ueberreichung derselben abzuschneiden.

28) Hofgerichts-Constitution vom 24. März 1666 § 1 und Oberlandgerichts-Constitution vom 7. Juli 1691 § 4.

29) Stat. Curl. § 29.

In Beziehung auf die Beweismittel ist vor Allem hervorzuheben, daß nach livländischem Landrecht die Praxis in Folge einer unrichtigen Interpretation der Richterregeln die Eidesdelation untersagt<sup>30)</sup>. Es kann jedoch nicht zugestanden werden, daß dadurch unnützen oder falschen Eiden vorgebeugt werde, wie von den Vertretern dieser Praxis behauptet wird. Der erste Grund trifft nicht, weil der deserirte Eid ein subsidiäres Beweismittel ist, von dem nur in Ermangelung anderer Beweismittel Gebrauch zu machen gestattet ist und eine Umgehung dieses Grundsatzes um so weniger zu befürchten steht, als der Beweisführer jedes andere Beweismittel der Eidesdelation vorziehen wird. Der letzte Grund aber beweist offenbar zu viel, weil nach demselben überhaupt alle Eide im Prozesse beseitigt werden müßten. Dagegen ist nicht zu verkennen, daß der Grundsatz des livländischen Landrechts, welches die Eidesdelation ausschließt, schwer auf dem Rechtsleben lastet. Denn bei dem häufigen Vorkommen solcher Fälle, in denen den Parteien alle anderen Beweismittel fehlen, muß die Nichtzulassung der Eidesdelation geradezu als Justizverweigerung erscheinen, zumal das Civilrecht keineswegs den Grundsatz angenommen hat, daß Rechtsgeschäfte, die nicht etwa durch Zeugen oder Urkunden bewiesen werden können, klaglos sein sollen.

## VII. Die Rechtsmittel.

Die Rechtsmittel sind in den einzelnen Rechtsgebieten der Ostseeprovinzen so verschiedenartig ausgebildet, daß dieselben vielfach Gelegenheit zu Vergleichen und Verbesserungen darbieten könnten. Wir wollen uns jedoch nur auf einen Gegenstand beschränken, der unseres Bedünkens am dringendsten der Reform bedarf. Er betrifft die Rechtsmittel gegen Zwischenbescheide. Es ist dies ein altes Kreuz der

30) Vgl. Zeitschrift Bd. I S. 330 fg.

Proceßtheorie, der es bis in die neueste Zeit nicht gelungen war in dieser Beziehung den Anforderungen an ein schnelles und zugleich gründliches Verfahren zu genügen. Ueberall, wo die Grundsätze des gemeinen Rechtes Eingang gefunden haben, werden gegen alle Decisvdecrete oder wenigstens gegen solche, die in vim definitivae ergehen<sup>31)</sup>, devolutive Rechtsmittel zugelassen, die den Fortgang des Processes jedesmal auf längere Zeit unterbrechen. Um diesem Uebelstande einigermaßen abzuhelpfen wurde in Liv- und Estland zur Zeit der schwedischen Herrschaft das Rechtsmittel der Querel gegen Zwischenbescheide durch die Gesetzgebung eingeführt, welches, im Vergleiche zu der nur noch gegen Endurtheile zulässigen Appellation, ein in mehrfacher Beziehung vereinfachtes Rechtsmittel ist. Aber die Erfahrung hat gelehrt, daß gerade die Querel, namentlich in der Ausbildung, die sie in Livland erhalten hat, wegen ihrer geringeren Kostspieligkeit ganz vorzugsweise zur Protrahirung der Prozesse gemißbraucht wird. Erst den neuesten Proceßordnungen in Deutschland ist es gelungen die mit den Rechtsmitteln gegen Zwischenbescheide verbundenen Uebelstände durch ein ebenso zweckmäßiges als einfaches Mittel zu beseitigen. Demselben ist das Verdienst, welches sich die neueren Proceßordnungen um die größere Beschleunigung der Prozesse erworben haben, nicht zum geringsten Theile zuzuschreiben. Es ist dies das Institut der vorbehaltenen Berufungen. Da dasselbe keineswegs die Mündlichkeit der Verhandlung zur Voraussetzung hat, sondern auch im schriftlichen Proceß anwendbar erscheint, so können wir nicht umhin dessen Einführung in den Proceß der Ostseeprovinzen auf's Angelegentlichste zu empfehlen. Das Wesen der vorbehaltenen Berufung besteht darin, daß die Beschwerde gegen den Zwischenbescheid zwar sofort in der gesetzlichen Frist angemeldet, nicht aber selbständig, sondern nur in

31) Instruktorium P. I tit. 1 § 43 und tit. 2 § 46.

Verbindung mit dem gegen das Endurtheil eingewandten Rechtsmittel oder mit der nächsten, sofortiger Berufung unterworfenen richterlichen Verfügung, ausgeführt werden darf. Weil es aber Fälle giebt, wo der bloße Vorbehalt der Berufung der Partei einen nachträglich nicht zu verbessernden Nachtheil bringen kann, so wird eine sofortige Berufung ausnahmsweise in einzelnen Fällen zugelassen und zwar in der Regel:

- 1) gegen Urtheile, durch welche vor stattgehabter Einlassung des Beklagten auf die Hauptsache eine proceßhindernde Einrede desselben verworfen wird und
- 2) gegen Urtheile, durch welche auf Leistung eines Schiedseides oder eines Ergänzungs-, beziehungsweise eines Reineigungseides erkannt wird.

Bei der bisher bestehenden Einrichtung war der vorzüglichste Anreiz zu Appellationen gegen Zwischenbescheide, wenn man von der absichtlichen Proceßverzögerung ganz absteht, dadurch gegeben, daß vor Beendigung des Processes sich in den meisten Fällen nicht voraus bestimmen läßt, in wie weit ein Zwischenbescheid für die Hauptsache selbst von Nachtheil sein kann. Die Parteien machen daher von dem Rechtsmittel häufig nur Gebrauch, um kein Mittel zu verabsäumen, das ihnen möglicherweise Vortheil bringen könnte. Sind die Parteien dagegen in der Lage erst nach Emanirung des Endurtheils die Berufung auszuführen, so unterbleibt sie in allen den Fällen, wo der befürchtete Nachtheil nicht eingetreten ist.

Freilich muß bei Einführung der vorbehaltenen Berufung darauf Bedacht genommen werden, daß die Appellation gegen Endurtheile, die sich in Folge derselben vermehren dürften, den Parteien nicht durch allzu große Kostspieligkeit erschwert werde. Eine solche wird aber nach provinziellem Rechte in der That dadurch herbeigeführt, daß nach einem übereinstimmenden Gebrauche in allen Rechtsgebieten die Akten der Unterinstanz auf Stempelpapier mundirt der Oberinstanz überreicht werden

müssen. Da jedoch für die Erhebung der Stempelsteuer im Proceß ausschließlich das russische Recht maßgebend ist, dasselbe aber ausdrücklich die Beibringung der Originalakten in der Oberinstanz gestattet<sup>32)</sup>, so könnte die Forderung der Beibringung von Aktenabschriften in der Appellationsinstanz unbedenklich fallen gelassen werden.

### VIII. Die Execution.

Während die städtischen Gerichte ihre Urtheile selbst zur Execution bringen oder mit derselben die Polizei beauftragen, haben die Gerichte des Landes eine solche Befugniß nicht. Die Urtheile der letztgenannten Gerichte, so wie überhaupt alle nach Landrecht zu verhandelnden executorischen Urkunden können vielmehr nur zur Execution gelangen, wenn zuvor ein Mandat der Gouvernements-Regierung exportirt ist. Dieser Grundsatz, von dem eine Ausnahme nur in geringfügigen Sachen zugelassen wird, stammt aus dem § 97 der Gouvernements-Verordnung vom 7. November 1775 und hat sich, trotz der Aufhebung der durch dieselbe eingeführten Statthalter-schaftsverfassung, bis auf den heutigen Tag erhalten. Da die Exportirung eines solchen Mandates jedoch mit bedeutendem Zeit- und Kostenaufwande verbunden ist, übrigens aber für die Beibehaltung dieser auch schon vom neueren russischen Rechte beseitigten Einrichtung kaum ein triftiger Grund angeführt werden kann, so wäre die Aufhebung derselben dringend zu wünschen.

32) Svod der Reichsgesetze Bd. X Abth. II Art. 510.

## VI.

### Das „dingliche“ Miethrecht der modernen Provincialgesetzgebung.

---

Der Pacht- oder Miethvertrag im engern Sinn des Wortes, die *locatio conductio rerum*, vermochte seiner Natur nach kein andres Recht des Miethers oder Pächters zu erzeugen als ein obligatorisches. Der Vermiether hatte ihm die zugesagte Wohnung, das zugesagte Grundstück bezw. das Interesse zu leisten. Von einem dinglichen Recht des Miethers an der vermieteten Sache konnte schon um deswillen nicht die Rede sein, weil ein solches bekanntlich nicht in *faciendo* zu bestehen vermag, ferner auch weil durch die Existenz des Nießbrauchs und der *habitatio* für das Bedürfniß nach dieser Seite hin gesorgt war. Dritten Eigenthümern der vermieteten Sache wich daher das Recht des Miethers selbstverständlich <sup>1)</sup>.

Unglücklicherweise wurde die letztgenannte Consequenz der obligatorischen Natur des Pachtvertrages durch die Rechtsparömie: „Kauf bricht Mieth“ ausgedrückt. Diese Fassung trat in Gegensatz zu dem Rechtsbewußtsein, insbesondere der germanischen Völker. Es erschien unbillig, die spätere Disposition zu Gunsten der früheren desselben Contrahenten bevorzugen zu wollen. Wäre der Rechtsatz von vorn herein so

---

1) Vgl. l. 25 § 1 l. 32 Dig. loc. cond. (19, 2) l. 59 § 1 Dig. de usufr. (7, 1).

ausgedrückt worden, wie seine Natur es verlangte, nämlich: „Eigenthum bricht Miethe“, so hätte man an demselben wohl ebensowenig Auffallendes gefunden, wie an der allgemein anerkannten Bestimmung, daß der neue Erwerber von Sachen sich nicht um die persönlichen Verbindlichkeiten seines Rechtsvorgängers zu kümmern habe<sup>2)</sup>.

Wie dem auch sei, die Reaction gegen jene angebliche Bevorzugung des Kaufvertrags vor der Miethe hat in dem germanischen Rechtsbewußtsein mannigfache Wurzel geschlagen. Nicht bloß, daß man in die römische Theorie selbst eine *exceptio doli* des Miethers gegen den neuen Eigenthümer wenigstens für den Fall hineininterpretiren wollte, wenn der letztere sich dem Verkäufer gegenüber zur Aufrechterhaltung des Miethevertrages verbindlich gemacht hatte<sup>3)</sup> — mehrere deutsche Particularrechte sind bis zu einer Aufhebung des Satzes: „Kauf bricht Miethe“ fortgeschritten. Es gehören dahin das Lüneburger Stadtrecht<sup>4)</sup> und zum Theil die heutigen Rechte von Preussen<sup>5)</sup> und Hamburg<sup>6)</sup>.

Wie aus dem Wortlaut der angezogenen Statuten hervorgeht, beabsichtigen dieselben durchaus nicht den Charakter des von dem Miether erworbenen Rechts als eines persönlichen

2) Weil eben die Obligation an der Person hing.

3) Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen I, S. 54, Urtheil des Oberapp.-Ger. zu Rostock vom 15. April 1850, Windscheid Pand. II § 330 Anmfg. 12.

4) Vgl. Lüneburger Stadtrecht II, 15.

5) Preuss. Landrecht Thl. I, Tit. XIX § 5: „Kann aber der Besiznehmer überführt werden, daß ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des andern zur Zeit der Besizergreifung schon bekannt gewesen sei: so kann er sich seines durch die Uebergabe entstandenen dinglichen Rechts gegen denselben nicht bedienen“ (also offenbar eine Ausdehnung der *exceptio doli*).

6) Hamb. Statut II, 9, 13: „Wenn einer sein Haus auf ein oder mehr Jahre verhäuret hat, und mittlerweile dasselbige verpfändet, verkauft oder sonst alieniret, so soll solcher Contract allezeit dem Häurer an seinem habenden Rechte und noch restirender Zeit unverfänglich sein.“

aufzuheben. Die einzelnen Bestimmungen des römischen Rechts, welche die obligatorische Natur desselben kennzeichnen, bleiben sämmtlich in Kraft, so die Verpflichtung des Vermiethers, die Reparaturen und Abgaben zu tragen, die Schadensersatzpflicht desselben bei Störungen der Detention 7) u. s. w. Es sollte nur die Verfolgbarkeit des Miethrechts gegen dritte Erwerber gewährleistet werden, somit aus der an bestimmte Personen geknüpften Obligation eine Zustandsobligation entstehen, deren Leistungspflicht in ähnlicher Weise an das Eigenthum eines Grundstücks geknüpft werden, wie dies bei den Reallasten, dem Näherrecht und den Verpflichtungen der Miteigenthümer eines Grundstücks der Fall ist 8). Das Hauptkriterium der Dinglichkeit eines Rechtsanspruchs, die unmittelbare Herrschaft über die Sache ohne die erforderliche Intervention dritter Leistender fehlte auch hier. Es lag eine Art von vertragsmäßiger Reallast 9) vor, nicht eine Servitut.

Allein auch diese Ausdehnung der Befugnisse des Miethinhabers mußte den Creditwerth, die Steuerkraft der Grundstücke bedeutend mindern. Bei der mangelnden Oeffentlichkeit der Miethverträge war kein Käufer davor sicher, daß nicht nach der Eigenthumsübergabe langdauernde Miethverträge den Werth des Neuerworbenen schmälerten. Die Regreßklage gegen den dolosen Verkäufer gab nicht immer Ersatz. Wie früher der Kaufvertrag vor der Mieth, so erschien jetzt diese vor dem Kaufvertrag ungerecht privilegirt, indem dieser Publicität zur Erreichung seiner vollen Wirkung voraussetzte, die Mieth aber dessen nicht bedurfte. Es erübrigte zur Herstellung der völligen Creditsicherheit noch die Eintragung des Miethvertrages in die öffentlichen Gerichtsbücher.

7) Windscheid Band II § 400.

8) Prov.-R. Art. 937, 939 u. A.

9) Prov.-R. Art. 1310.

Diesen Schritt machten die Gesetzbücher von Oestreich <sup>10)</sup> und Sachsen <sup>11)</sup>. Auch sie lassen den alten Miethvertrag fortbestehen und gewähren nur facultativ die Wirkung desselben gegen dritte Erwerber für den Fall der Corroboration des Miethvertrags, ein Erweis, daß dessen eigentliche Natur, wie sie in der Beeinflussung des Willens einer andern Person zu suchen ist, nicht alterirt werden soll.

Diesen Gesetzen schließt sich dann die moderne baltische Provincialgesetzgebung <sup>12)</sup> an, wenn sie in Art. 4045 sagt:

„Wenn der Pacht- oder Miethvertrag in die öffentlichen Gerichts- oder Hypothekbücher eingetragen wird, so erhält der Pächter oder Miether dadurch ein dingliches, auch gegen dritte Personen wirksames Recht.“

Als Quelle citirt diese Bestimmung nur den Art. 3016, welcher bloß von der Wirkung der Corroboration im Allgemeinen redet und seinerseits „Gewohnheitsrecht“ sowie einige mißverständene <sup>13)</sup> Stellen aus den gemeinrechtlichen Rechtsquellen als Belege citirt.

In der That vermag sich das neue „dingliche“ Recht des Art. 4045 in keiner Weise auf das ältere einheimische Recht zu stützen. Das esthländische Ritter- und Landrecht <sup>14)</sup> wie das lübische Recht <sup>15)</sup>, das livländische Landrecht <sup>16)</sup> wie die curländischen Statuten registriren nicht die geringste Ab-

10) Oesterr. Gesetzbuch § 1095: Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß.

11) Sächs. Civilgesetzbuch § 1224.

12) Provincialrecht der Ostseegouvernements Thl. III.

13) Sowohl die l. 29 Dig. de obl. et act. (44, 7) als die beiden citirten Stellen des canonischen Rechts sprechen von der Anerkennung durch Richter und Gesetz, nicht von einer Verstärkung der Wirkung des Vertrages.

14) Vgl. Esthl. R. u. L. R. B. IV, Tit. 16.

15) Lüb. R. v. 1586 B. III Tit. 8.

16) Not. u. pag. 169 Landlagh und Not. a pag. 172 L. L.

weichung von den römischrechtlichen Grundsätzen über locatio conductio nach dieser Richtung hin und das rigische Stadtrecht <sup>17)</sup> wiederholt sogar ausdrücklich die Grundsätze über das Aufhören der Miethe dem dritten Erwerber gegenüber, wenn es sagt:

„Kauf geht vor Miethe: Wo aber der Eigenthümer dem Heurling das Haus auf gewisse Zeit vermietet und verkauft, ehe die Zeit umb ist; so muß zwar der Einwohner dem Käufer weichen, aber der Verkäufer ist Ihme allen Schaden zu erstatten schuldig“ . . .

Die Abweichung des Art. 4045 kann daher bloß auf die moderne Legislation zurückgeführt werden.

Es liegt nahe, aus jener verstärkten Wirkung der Corroboration und der Ausdehnung des Gebiets derselben, welche sich in unserer modernen Codification an den verschiedensten Orten fühlbar macht, auch diesen Satz abzuleiten. Während die Corroboration, aus der Auflassung entsprungen, in älterer Zeit nur da erforderlich schien, wo für den Credit wesentlichere Operationen mit Immobilien insbesondere Eigenthumsübertragungen und Pfandrechtsbestellungen <sup>18)</sup> vor sich gingen, strebt das neue Gesetzbuch nicht nur darauf hin, alle dinglichen Rechte an Immobilien erst mit der Eintragung in die Gerichtsbücher entstehen zu lassen <sup>19)</sup>, sondern es bekleidet sogar mehrere rein persönliche Verträge mit einer Wirkung auch dritten Personen gegenüber, sobald die Corroboration derselben erfolgt. Dahin gehört der Ehevertrag laut Art. 38, die Reallast laut Art. 1310, das Vorkaufsrecht laut Art. 3959 u. a. m. Durch diese Eintragung wird das neue Rechtsverhältniß selbstverständlich an sich noch kein dingliches, wie sich aus dem Beispiel des Ehevertrages deutlich erkennen läßt, wo es ja an dem

17) B. III Tit. 12 Art. 2. Vgl. auch v. Bunge, Liv- und Esthl. Privatrecht § 214 am Ende.

18) v. Bunge Liv- und Esthl. Priv.-R. § 119 Not. a und b.

19) Provgsbuch Art. 1262, 1310, 1503 u. a. m.

„Ding“ als Object des dinglichen Rechts ebenso fehlen würde, wie an einem concreten dinglichen Recht überhaupt. Nur da würde durch die Corroboration aus einem obligatorischen wirklich ein Sachenrecht werden, wo die Eigenschaft der Verfolgbarkeit gegen Dritte das einzige Requirat gewesen war, welches zur Dinglichkeit des Rechts gefehlt hatte, wo somit die Herrschaft über die Sache bereits in der Tendenz des Rechtes lag (wie bei dinglichen Rechtsgeschäften vor der Eintragung derselben), wenn auch nur zeitweilig, nur kraft Willenserklärung des bisherigen dominus <sup>20)</sup>).

Der Miethvertrag war aber an sich wohl qualificirt, ein dingliches Recht zu verschaffen, wenn er die absolute Wirkung dieser Rechte erhielt. Er war von vorn herein auf die Verschaffung des Gebrauchs einer Sache gerichtet, Fruchtgenuß und Nugnießung <sup>21)</sup> fielen dem Miether zu und bloß darin war die obligatorische Wirkung seines Rechts erkennbar, daß es einerseits ausschließlich aus dem Willen des Vermiethers entsprang und mit demselben endigte, so wie daß andererseits dritte Personen keine originäre Verpflichtung hatten, die Rechte des Miethers zu achten, daß er keine Interdicte anstellen konnte, keinen Besitz erwarb <sup>22)</sup>. Beiden Mängeln wird durch die Corroboration des Miethcontracts abgeholfen. Nicht bloß, wie das österreichische Gesetzbuch <sup>23)</sup> sich ausdrückt, gegen den nachfol-

20) v. Ziebart, die Realexecution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Mieth, 1866, versucht, von der angegebenen Ausdehnung des Corroborationengebietes ausgehend, für die moderne Legislation einen neuen Begriff von dinglichen Rechten zu gewinnen, je nach ihrer Wirkung auf Dritte. Derselbe müßte die römischen Zustandsobligationen ebenso wie die germanischen Reallasten seiner neuen Classification unterwerfen, wofür der Nachweis der legislatorischen Aenderungen der Neuzeit doch nicht genügend erbracht scheint.

21) Vgl. Prov. R.- Art. 4053.

22) Vgl. Provgsbuch Art. 4053 a. G. „Der Miether wird jedoch bloßer Inhaber, nicht Besitzer“.

23) Vgl. Oest. Gesetzbuch Art. 1095 und 1121.

genden Besitzer, sondern überhaupt gegen dritte Personen, also auch gegen den Besitzstörenden, läßt Art. 4045 das neue Recht wirken und abweichend von der Fassung der verwandten Particularrechte wird dasselbe sogar besonders als ein dingliches bezeichnet. Die Bezugnahme auf Art. 3016, bez. w. Art. 3004, in welchen ausdrücklich die Corroboration als Erzeugerin aller dinglichen Rechte an Immobilien aufgeführt wird, läßt keinen Zweifel über die Tendenz des Art. 4045. Derselbe will ein wahres dingliches Recht constituiren.

Welches dingliche Recht liegt nun aber hier vor? Die bekannten *jura in re aliena*, wie sie die römische und germanische Rechtsbildung geschaffen hat, erschöpfen den Begriff des Sachenrechts schon um deswillen nicht, weil sie bloß verschiedene Grade der Ausübung sonst nur dem Eigenthümer zuständiger Befugnisse involviren, innerhalb welcher somit neue Zwischenstufen, neue Gradationen jederzeit durch das Bedürfniß erzeugt werden können. So bildet das Grundzinsrecht, das Lehnrecht, der Erbpfandbesitz unsres Provinzialrechts immer wieder eine neue Proportion der Rechte des Eigenthümers zu denen des dinglich Berechtigten. Es vermag somit sehr wohl in dem dinglichen Miethrecht eine eigne Rechtsgattung geschaffen zu werden.

Von den vorhandenen Arten der Sachenrechte ist es bloß die Servitut und aus den äußerlich ähnlichen Gebieten des Obligationenrechts nur die Reallast, welche mit der neuen Rechtsschöpfung in Vergleichung gezogen zu werden braucht. Denn Pfandrecht, Emphyteuse, Grundzinsrecht, Erbpfandbesitz bieten theils durch die Ausdehnung ihrer Befugnisse, theils durch die Eigenthümlichkeiten ihrer Anwendung soviel charakteristische Unterschiede von dem Miethrecht, daß von einer Relation zwischen denselben nicht wohl die Rede sein kann. Nur die Servitut und die Reallast bilden so allgemeine Kategorien, daß neue Elaborate der Legislation innerhalb derselben Raum zu finden vermögen.

Von der Reallast kann nun hier, abgesehen von der specifischen geschichtlichen Entstehungsart des Instituts, nicht die Rede sein, weil sich der Character der sich jährlich wiederholenden Leistung, sowie der Tendenz ewiger<sup>24)</sup> Dauer in dem Miethrecht nicht findet. Aus den Servituten, so ähnlich einzelne Arten derselben, wie der Nießbrauch und das Wohnungsrecht<sup>25)</sup>, dem Miethrecht werden, unterscheiden sich aber beide genannten Gattungen durch die Ausdehnung der Verpflichtungen des Servitutberechtigten<sup>26)</sup>, durch die Unentgeltlichkeit und das Wohnungsrecht noch insbesondere durch seine Unverjährbarkeit prägnant von dem Miethrecht. Ueberhaupt dürfte dieses letztere auch unter die allgemeine Definition der Dienstbarkeiten in Art. 1089 um deswillen nicht passen, weil die Servitut stets den einseitigen Vortheil des Berechtigten voraussetzt, die Miethhe aber ein zweiseitiges Rechtsgeschäft bleibt, welches dem Miether bestimmte Verpflichtungen, wie Miethzinszahlung<sup>27)</sup> u. s. w. aufladet und an diese Bedingungen die Weiterexistenz des Rechts knüpft<sup>28)</sup>. Es bleibt uns daher nur übrig, in dem Miethrecht ein neues, servitutähnliches, mit der Resolutivbedingung der jährlichen Miethzinszahlung an den Grundstückseigenthümer verknüpftes Recht an dem Grundstücke, gerichtet auf Benützung des Grundstücks oder des darauf befindlichen Hauses, der Wohnung u. s. w. zu bestimmten, in dem Vertrage fixirten Zwecken, zu sehen. Die Grundsätze des gewöhnlichen

24) Vgl. Provgshbuch Art. 1297: Reallast ist die auf einem Grundstück ruhende dauernde Verpflichtung zur ewig wiederkehrenden Entrichtung bestimmter Leistungen in Geld, Naturalien oder Diensten.

25) Provgshbuch Art. 1247 ff.

26) Provgshbuch Art. 1241, 1242, 1249 u. v. a.

27) Provgshbuch Art. 4069.

28) Auch dadurch daß die Servitut an dem Grundstück, bei dem Wiedererstehen des zerstörten Hauses auflebend, das Miethrecht im engeren Sinn aber nur an dem Hause selbst, mit dessen Existenz es lebt und stirbt, besteht, ist der Unterschied gewahrt.

Miethvertrages selbst sind selbstverständlich, da ja dieser letztere in seiner vom Provinzialrecht gegebenen Form den Gegenstand des Art. 4045 bildet, so consequent wie möglich auf das Recht dieses Artikels anzuwenden.

Hält man aber auch die Grundsätze des Pacht- und Miethvertrages selbst soweit wie denkbar fest, so entstehen doch in der Praxis mehrfache Schwierigkeiten, deren Hebung hier versucht werden soll. Es sind insbesondere nachstehende Fragen, welche Zweifel zu erregen geeignet scheinen.

- 1) Das dingliche Miethrecht vermag sich nicht wie der persönliche Miethvertrag auf Rechte zu beziehen, sowenig wie auf bewegliche Sachen<sup>29)</sup>, weil zu der Entstehung des ersteren die Eintragung in die Hypotheknbücher erforderlich ist, diese letzteren aber Immobilien voraussetzen. Aus demselben Grunde muß der Vermiether, abweichend von der Bestimmung des Art. 4029, stets Eigenthümer des Immobilis sein, da nur ein solcher dasselbe zu belasten berechtigt ist.
- 2) Die Weiterübertragung des dinglichen Miethrechts ist, da dasselbe nicht, gleich einer Servitut, an den persönlichen Vortheil des Berechtigten gebunden erscheint, unter denselben Bedingungen zulässig, wie die Cession der Mieth überhaupt, oder wie die bloße Aftervermuthung, d. h. die Cession der Ausübung, also in Liv- und Esthland unter Genehmigung des dominus, in Curland auch ohne solche<sup>30)</sup>.
- 3) Von den Endigungsgründen der Mieth und Pacht sind die Kündigung (für den Fall mangelnder Zeitbestimmung), der Ablauf der etwa ausdrücklich festgesetzten Miethzeit<sup>31)</sup>,

---

29) Während der gewöhnliche Miethvertrag beide umfassen kann (Provgßbuch Art. 4026).

30) Provgßbuch Art. 4029.

31) Provgßbuch Art. 4104.

der Untergang der Sache <sup>32)</sup>, die Consolidation <sup>33)</sup>, die Klage wegen Säumigkeit in der Miethzinszahlung <sup>34)</sup>, das eigne Bedürfniß <sup>35)</sup>, die Reparaturbedürftigkeit <sup>36)</sup>, die Klage wegen Säumigkeit in der Einräumung und im Repariren <sup>37)</sup> u. s. w. auch für das neue Miethrecht Endigungsgründe geblieben, d. h. sie berechtigen zu der Klage auf Deletion des Ingrossats und im Executionsstadium zu der Exmission des etwa widerspenstigen Inassen.

- 4) In hohem Grade fraglich erscheint aber insbesondere eine Frage, welche auf die neue Schöpfung zugleich am meisten die Augen der Practiker zu ziehen geeignet erscheint, die Stellung des neuen Miethrechts zu den andern dinglichen Rechten an derselben Sache, insbesondere zu den früher bestellten Pfandrechten. Zu den Servitutten stellt sich das Verhältniß einfach. Da dieselben mit Ausnahme des Nießbrauchs <sup>38)</sup> die bestimmte Richtung der Ausübung des Eigenthums, welche ihnen gewährt ist, nicht auszufüllen pflegen, sondern auch die Einräumung des gleichen Rechts an dritte Personen, insoweit keine Collision eintritt, gestatten <sup>39)</sup>, so kann das Miethrecht, auch später bestellt, mit ihnen vereint existiren. Nur das Wohnungsrecht und der Ususfruct machen eine Ausnahme, ersteres wegen seiner inhaltlichen Gleichheit mit der Mieth, letzterer, weil er seiner Natur nach den unumschränkten, eigenthumsähnlichen Gebrauch der Sache

---

32) Art. 410.

33) Art. 416.

34) Art. 4116.

35) Art. 4117.

36) Art. 4122.

37) Art. 4121.

38) Art. 1199 und 1208 und 1242.

39) Provgsbuch Art. 1110.

involvirt. Ein diesen beiden Rechten gegenüber constituirtes dingliches Miethrecht an derselben Sache würde somit garnicht zur Existenz gelangen.

Die ausgedehnteren Rechte an fremder Sache, Erbpfandbesitz, Pfandbesitz, Erbpacht, Grundzinsrecht können um desswillen mit einer später entstehenden Miethre nicht in Collision gerathen, weil der dominus rei zu einer dinglichen Belastung in den genannten Fällen garnicht berechtigt erscheint <sup>40)</sup>. Das bereits früher entstandene Miethrecht aber kann natürlich durch eine spätere Verfügung des Eigenthümers ebenso wenig tangirt werden, wie durch eine Veräußerung desselben.

Es erübrigt noch das Pfandrecht <sup>41)</sup>. Es leuchtet auf den ersten Blick ein, welche practische Tragweite, bei der Häufigkeit der Hypotheken und der Unumgänglichkeit derselben für den Realcredit die Frage besitzt, ob der ältere Pfandgläubiger sich die Constituirung und Wirkung dinglicher Miethrechte an dem ihm verpfändeten Hause oder Grundstücke gefallen lassen muß, welche den Nutzungswerth des letzteren, wenn auch nicht für den Eigenthümer zu schmälern, so doch jedenfalls zu mobilisiren und dadurch der Controle des Pfandrechts zu entziehen geeignet erscheinen. Man vergegenwärtige sich nur den Fall, wo ein Pfandschuldner den ganzen Miethraum des von ihm verpfändeten Grundstücks auf eine Reihe von Jahren in der genannten dinglichen Weise vermietet und sich den Zins gleichfalls auf eine längere Frist praenumeriren läßt. Sowohl der zeitweilige Nutzungswerth als insbesondere der Verkaufswerth des Grundstücks für den Fall der ordnungsmäßigen gewöhnlichen Subhastation leidet in einer für die Interessen

40) Art. 947 v. G., 1517, 1561, 4133.

41) Hier ist nur von der Hypothek selbst die Rede, da der Pfandbesitz an Immobilien nach dem einheimischen Privatrecht dem Eigenthümer gar nicht die Möglichkeit einer späteren dinglichen Belastung gewährt. Vgl. oben Not. 40.

des Pfandgläubigers höchst empfindlichen Weise. Es liegt hier dieselbe Collision vor, wie sie nur, in materiell weit geringeren Werthen, für den Fall der Collision des Pfandrechts mit später constituirten Servituten auftritt.

Auf den ersten Blick erscheint diejenige Lösung der Frage am natürlichsten, wornach das spätere Recht einfach dem früheren zu weichen hat, in Collision mit diesem garnicht zur Entstehung zu gelangen vermag. Qui prior tempore potior jure <sup>42)</sup>. Der Art. 3016 des Provincialgesetzbuchs sagt daher am Schluß:

„Ebenso wenig werden durch die Corroboration früher in die öffentlichen Bücher eingetragene Rechte dritter Personen irgend beeinträchtigt <sup>43)</sup> . . . .“

Hiernach wäre die Corroboration des Miethvertrags eine dem Pfandgläubiger gegenüber völlig wesenlose gewesen. Trotz derselben erlischt der Miethvertrag einfach auf den Protest des vorhergehenden Pfandgläubigers hin.

Allein durch eine derartige Anschauung, die auch in mehrere Entscheidungen der deutschen Gerichte <sup>44)</sup> übergegangen ist und unter unseren Practikern gleichfalls viel vertreten ist, würde das Recht des Eigenthümers in wesentlicher Weise geschädigt. Es ist nie behauptet worden, daß die Freiheit des dominus eines verpfändeten Grundstücks, Servituten u. s. w. an demselben zu constituiren, durch die Verpfändung aufgehoben wird. Und doch gelangte man zu einer derartigen Consequenz. Kann der Eigenthümer eines Ritterguts keine Feldwegservitut mehr einräumen, weil auf seinem Grundstück eine Hy-

42) C. 4 Cod. qui pot. in pign. (VIII, 18).

43) Hierher gehört auch Art. 1439, welcher übrigens ausdrücklich nicht die Nichtigkeit der neuen Belastung, sondern nur die relative Unwirksamkeit derselben dem ältern Pfandgläubiger gegenüber constatirt, wie sie erst bei dem Ausbot zur Erscheinung treten kann. Vgl. weiter unten S. 254 ff.

44) Seuff. Archiv Bd. VI, 16.

pothek ruht? Darf er seinem Nachbarn nicht mehr gestatten, sein Vieh durch eine zu dem Gut gehörige Strecke zur Tränke zu treiben, weil er eine geringe Pfandschuld auf dasselbe gelegt?

Die Gegner antworten, bei solchen, den Werth der Hypothek nicht wesentlich vermindernenden Belastungen würde ja offenbar das Recht des Pfandgläubigers nicht tangirt. Hier kommen wir aber gerade auf die Verwechslung, welche ihrer Anschauung zu Grunde liegt, die Verwechslung einer bloßen Interessencollision mit einer Rechtscollision. Das Recht des Pfandgläubigers, in sich die Befugnisse des Verkaufs, der Retention, der dinglichen Klage, gerichtet auf den Verkauf der Sache <sup>45)</sup>, schließend, wird durch das Recht eines Andern, in dem Grundstück zu wohnen, an sich nicht verletzt. Logisch ist sehr wohl Pfandrecht und Miethrecht an derselben Sache vereint ausübbar. Denn ein Recht auf einen bestimmten Verkaufswerth der verpfändeten Sache besitzt der Pfandgläubiger gar nicht, was schon daraus hervorgeht, daß er die Deteriorationen und casuellen Verschlechterungen des Pfandobjects zu ertragen hat <sup>46)</sup>. Bloß der Verkaufswerth der Sache kann aber durch die dingliche Belastung derselben geschmälert werden. Das Interesse des Pfandgläubigers ist somit wesentlich bei derartigen Minderungen dieses Werths, sei es durch Deterioration, sei es durch Belastung theilhaftig. Sein Recht aber ist unangefochten. Es lassen sich ja sogar Fälle denken, in welchen selbst die Interessencollision factisch nicht stattfindet; Manches verwüstete Gut, manches unbewohnbare Haus, kann grade durch einen dinglichen Mieth- oder Pachtvertrag in den Stand gesetzt werden, eine bedeutendere Revenue zu sichern und da-

45) Arndts Pandecten § 375 ff.

46) Probirbuch Art. 1478 ff. In Livland verliert für den Fall casuellen Untergangs der Faustpfandgläubiger nicht bloß sein Pfand, sondern sogar seine Forderung. Art. 1481.

durch auch den Anforderungen des Pfandgläubigers gerecht zu werden <sup>47)</sup>).

Eine rechtliche Unmöglichkeit, dingliche Miethrechte an bereits verpfändeten Grundstücken zu constituiren, ist somit nicht nachweisbar. Man muß daher dem Eigenthümer diese Befugniß schon um deswillen zugestehen, weil eine Beschränkung desselben nicht ohne besonderen Erweis derselben angenommen werden darf. Die Forderung einer besonderen Zustimmung der früheren Hypothekarien zur Erzeugung des neuen dinglichen Rechts ist allerdings durch Specialgesetz <sup>48)</sup> für Servituten eingeführt worden, in keiner Weise aber für andere dingliche Rechte zu erweisen, so wünschenswerth eine Ausdehnung auf legislativem Wege auch auf diese erscheint.

Man hat sich auf andrem Wege zu helfen versucht. Das dingliche Miethrecht soll demnach, unbeschadet der Unkenntniß der früheren Pfandgläubiger, entstehen und trotz Verkaufs des vermiethteten Grundstücks an dritte Personen ruhig weiter existiren. Aber die öffentliche Versteigerung soll dasselbe wenigstens in sofern zur Erlöschung bringen, als es mit den Rechten der vorstehenden Pfandgläubiger collidirt. Auch hier herrscht dieselbe Verwechslung zwischen Recht und Interesse. Mit dem Recht der Hypothekarien collidirt das Miethrecht schon um deswillen nicht, weil jenes ja durch den Verkauf an der subhastirten Sache erlischt und sich in ein Pfandrecht an dem Kaufpreise verwandelt <sup>49)</sup>, das Miethrecht aber, wenn

---

47) Aus diesem Grunde ist daher auch der Art. 1439 des Prov.-Rechts, welcher die Werthberminderung des verpfändeten Grundstücks bespricht, nicht auf das Miethrecht anzuwenden, da bei der Gegenseitigkeit dieses Vertrages erst im Ausbottetermin zu constatiren ist, ob der Werth der Sache durch die Vermietzung gesunken ist oder nicht.

48) Provgßbuch Art. 1260.

49) Etwas Andres ist es natürlich, wenn auf legislativem Wege die Vernichtung der Dinglichkeit durch die gerichtliche Versteigerung decretirt wird. Vgl. Oesterr. Gesetzbuch § 1121.

überhaupt, nur an der Sache weiter existiren kann. Ein Miethrecht an den hyperochis ist undenkbar. Wie ließe sich ferner der Fall construiren, wenn das Miethrecht nur theilweise die Interessen der Pfandgläubiger bei der Subhastation schädigt? Wenn das durch die Existenz des Miethrechts verminderte Angebot nur einen Rubel weniger beträgt, als die Summe der vorstehenden Hypotheken? Erlischt in diesem Fall das ganze Miethrecht, das ja seinem Wesen nach untheilbar <sup>51)</sup> ist, oder nicht?

Die Erlöschung des Miethrechts durch die Subhastation ist um so weniger haltbar, als sich nicht der geringste Gesetzespunkt auffinden läßt, durch welchen dieselbe gestügt werden kann. Ja eine solche würde die Bildung eines derartigen Rechts, wie sie der Art. 4045 grade jedem neuen Erwerber gegenüber aufrechterhält, in der Praxis fast ganz illusorisch machen. Der Verkauf der Sache (ohne Unterscheidung des vor Gericht oder nicht vor Gericht vor sich gehenden), ist ja grade das Hauptkennzeichen des dinglichen Miethvertrags gegenüber dem rein persönlichen <sup>52)</sup>.

Soll denn aber wirklich, um der ausgeführten Anzutraglichkeit zu entgehen, die weit größere statuiert und dem dominus rei gestattet werden, durch die beliebige Werthverminderung der verpfändeten Sache die früheren Pfandrechte illusorisch zu machen? Mit Nichten. Die Construction des Satzes erscheint dem Unterzeichneten nur als eine andere.

Jede dingliche Belastung der Sache enthält bekanntlich eine Art von Veräußerung <sup>53)</sup>. Es muß daher eine Belastung

50) Provgsbuch Art. 1434.

51) Wie regelmäßig alle dinglichen Recht-Servituten (Provgsbuch Art. 1098.)

52) Für Reallasten ist das Weiterbestehen derselben nach der Subhastation sogar ausdrücklich ausgesprochen in Art. 3967.

53) Dies ist in den römischen Quellen häufig ausgesprochen, z. B. bei dem Veräußerungsverbot der res litigiosa. Vgl. Dig. de litig. (44, 6), Arndts Pand. § 57.

der verpfändeten Sache ebenso gestattet werden, wie eine theilweise Veräußerung des Eigenthums derselben, aber ebenso wie bei dieser nur *cum onere suo*. Die längere oder kürzere Zeit dauernde Alienation eines Theils der im Eigenthum liegenden Befugnisse, wie die Alienation des Eigenthums an einem Realtheil der Sache, sie nehmen naturgemäß die Lasten mit sich, die sie im Ganzen mitgetragen. Mit einem Wort, das Pfandrecht haftet an dem neuen Recht<sup>54)</sup>. Dem Pfandgläubiger war die im Eigenthum befindliche Sache, ganz so wie zur Zeit der Constituirung der Hypothek die Befugnisse des Pfandschuldners an ihr standen, verpfändet worden. Er kann gegen eine Theilung dieser Befugnisse so wenig einwenden, wie gegen eine Veräußerung der Sache, aber sein Pfandrecht lastet auf dem Theil weiter, wie es auf dem Ganzen gelastet. Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn er seine Zustimmung zu der Veräußerung, bezw. Belastung ausdrücklich gegeben hatte, da in diesem Fall nach Art. 1425, c des Provgesetzbuchs ein stillschweigender Verzicht des Creditors auf seine Hypothek gesehen wird.

Kommt nun das dem Pfandgläubiger verpfändete Grundstück zum öffentlichen Ausbot, so theilt das Miethrecht dessen Schicksal. Es genießt nur in sofern einen Vorzug, als kraft des Rechts der *excussio realis*<sup>55)</sup> der Inhaber des Miethrechts verlangen kann, daß der Versteigerer seine Befriedigung zuerst aus dem Object suche, welches der Disposition des eigentlichen Schuldners unterworfen ist. Eventuell erstreckt sich aber der Ausbot auch auf das Miethrecht, das seinem Werthe nach, wie jedes andre Recht, vom Bieter geschätzt und dessen

54) In der Art, wie der Art. 1362 auch für das Nießbrauchs- und Wohnungsrecht Verpfändungen zuläßt (das Verkaufrecht involvirend).

55) Vgl. Provgsbuch 1445. Hier trifft übrigens das Recht der *excussio realis* und *personalis* zusammen.

hyperocha dem Miether überantwortet werden müssen<sup>56)</sup>. Practisch unterscheidet sich daher diese Construction von der Theorie jener, welche durch die Subhastation das Miethrecht erloschen sehen wollen, nur dadurch, daß hier der Miether durch Auszahlung des bei dem Ausbot nicht erreichten Schuldresiduums sich wie jeder Pfandschuldner<sup>57)</sup> von der Versteigerung seines Rechts befreien kann, sowie durch die genaue Trennung der beiden Meistbotsummen, deren zweite hier nicht als Aequivalent für das Grundstück, sondern für das dem Miether zustehende Recht an demselben erscheint.

Einen Anklang an die hier versuchte Lösung der Differenz zwischen Pfandgläubigern und anderen dinglich Berechtigten enthält auch schon das in Seuffert's Archiv VI, Nr. 16 mitgetheilte Urtheil am Schluß, wenn auch die vorhergehende Motivirung sich mehr der ersten hier mitgetheilten Anschauung anzuschließen scheint<sup>58)</sup>.

Erst durch die Erhaltung des Miethrechts nach Art. 4045 auch gegenüber dem Pfandrecht hat die Dinglichkeit desselben seine Probe bestanden. So wenig es nun auch im Interesse der modernen Gesetzgebung und des Hypothekencredits liegen kann, durch die Einführung neuer jura in re aliena den Grundstückswerth herabzusetzen, so hat doch dem directen Ausdruck des Art. 4045 keine andre Consequenz entnommen werden können als die hier gezogene.

56) Zur besseren Constatirung der beiden Ausbotpreise wäre eine Trennung in den Ausbotbedingungen, sowie im Ausbot selbst wünschenswerth.

57) Probgßbuch Art. 1451.

58) In dem bei Seuff. XIV N<sup>o</sup> 214 mitgetheilten Fall wird sogar ausdrücklich, ganz der hier vertretenen Anschauung entsprechend, verlangt, daß der versteigernde Pfandgläubiger sich entscheide, ob er das später constituirte dingliche Recht mitübertragen, also als Separatrecht erlöschen lassen will, widrigenfalls dasselbe von dem neuen Erwerber übernommen werden muß.

## VII.

### Existirt nach heutigem provinciellen Recht noch eine Injurienklage auf Abbitte?

Eine Criminalinjurienklage auf Abbitte existirt unzweifelhaft nicht mehr, da dieselbe, im Strafgesetzbuch von 1857 noch erwähnt, in das Strafgesetzbuch von 1866 nicht übergegangen ist. Demnach fällt die gestellte Frage mit der anderen zusammen, ob es nach provinciellen Recht ein Civilinjurienklage auf Abbitte giebt.

Diese letztere Frage wird von Praktikern bisweilen bejaht, und zwar im Hinblick auf den Art. 4560 des Prov. Cod. Bd. III, welcher lautet:

„Für Ehrenkränkungen — Injurien — kann der Beleidigte, — abgesehen von den strafrechtlichen Folgen — nur eine Genugthuung durch Widerspruch oder Abbitte verlangen, eine Geldentschädigung — deren Betrag dem richterlichen Ermessen anheimgestellt ist — blos dann, wenn durch die Injurie ihm ein wirklicher Schaden gewirkt, oder ein Gewinn entzogen worden.“

Es wird nämlich behauptet, daß in diesen Worten des Gesetzes die Abbitte und der Widerruf offenbar anerkannt würden und weiter argumentirt, daß das bezogene anerkennende Gesetz eben Civilgesetz sei, die Klage auf Abbitte daher auch nur als Civilklage gemeint sein könne.

Der Grund, weshalb die Befenner dieser Ansicht besonderes Gewicht auf die Tragweite derselben legen, liegt darin, daß sie den Mangel einer Civilinjurienklage nach Abschaffung der *actio aestimatoria* lebhaft empfinden, indem nur eine solche, nicht aber die Criminalklage ihnen die Möglichkeit gewährt — mit Hilfe der Eidesdelation — Klagen wegen Injurien, die unter vier Augen stattfanden, mit einiger Aussicht auf Erfolg zu erheben.

In dem Folgenden soll die Unhaltbarkeit dieser Ansicht dargethan werden.

Die Quellen des älteren curländischen Rechts bieten keinerlei Anhaltspunkte zur Beurtheilung der vorliegenden Frage, namentlich gilt das von der lakonischen Kürze des § 218 der Stat. Curl.

Es mußte demnach auf die subsidiären Bestimmungen des gemeinen Rechts recurrirt werden. Jedoch läßt auch dieses die Frage bekanntlich unentschieden. Wenigstens ist dieselbe stets controvers geblieben, indem ein Theil der Lehrer des gemeinen Rechts, in der Abbitte eine Privatgenugthuung sehend, die auf dieselbe gerichtete Klage der *actio aestimatoria* an die Seite stellte, ein anderer von einer wahren Criminalstrafe, ein dritter endlich von sogenannten gemischten Strafen spricht.

Der letztere Begriff ist um so unfruchtbarer als derselbe keinen Anhaltspunkt dafür bietet, ob diese „gemischten“ Strafen criminaliter oder auf dem Wege des Civilprocesses zu verhängen seien.

Dagegen scheint das piltensche Recht schon in älterer Zeit die Klage auf Abbitte als Criminalklage behandelt zu haben. Es heißt nämlich in den Piltenschen Statuten Th. V tit. 16 § 4 (dieselbe Stelle, welche offenbar als Quelle zum Art. 4560 des Prov. Cod. Bd. III allegirt werden sollte, da der in Wirklichkeit allegirte Th. II tit. 16 §§ 1—4 von „Straßen-

Freiheit“, also einem gar nicht hierhergehörigen Gegenstande handelt) folgendermaßen:

„Und wofern er sie (d. h. die Injurienklage) allein auf ein gewiß Geld, ohn Widerruf setzen, und darauf Erkenntniß erfolget, davon ist kein Appellation zulässig.“

Wenn es nun in dem „Brief der Königlichen Commission die Piltenschen Landesgesetze betreffend“, gegeben in Hasenpöth den 9ten Mai 1517 im § 13 heißt:

„in causis criminalibus honoremque tangentibus libera cuique sit ad S. R. M. appellatio“

so dürfte der Schluß nicht all zu gewagt erscheinen, daß, da bei der bloßen *actio aestimatoria* die Appellation für unstatthaft, dieselbe aber für zulässig erklärt wird sobald die *aestimatoria* mit der Klage auf Widerruf *cumulirt* wurde, diese letztere Klage für eine Criminalklage galt.

Was aber für den Widerruf, mußte in noch höherem Grade für die Abbitte gelten.

So weit die Zeit vor der Codifikation.

Der Band I des Prov. Cod. Art. 1462 spricht allerdings von einer Civilinjurienklage. Dies kann jedoch nicht releviren da 1845 unzweifelhaft die *actio injuriarum aestimatoria* noch statthaft war.

Aus dem Vorstehenden dürfte sich ergeben, daß man historisch keine Veranlassung hat anzunehmen, daß der Art. 4560 des Prov. Cod. Bd. III eine Civilinjurienklage auf Abbitte kenne. Greift diese Annahme trotzdem Platz, so muß man den ausreichenden Grund in diesem Artikel selbst zu finden glauben.

Um nun aber vor allen Dingen festzustellen in welchem Geiste an die Interpretation des Art. qu. wird gegangen werden müssen, scheint es dienlich das Nachstehende in Erwägung zu ziehen.

Gäbe es eine Civilinjurienklage, so könnte man sich dieselbe nur als obligatio ex delicto denken, aus welcher für den Injuriirten ein Forderungsrecht gegen den Injurianten originirt.

Bei der actio injuriarum aestimatoria bestand dieses Forderungsrecht in einem Geldanspruch, dessen Befriedigung für den condemnirten Injurianten den Charakter der Privatstrafe hatte. Wäre die Abbitte eine Privatstrafe in diesem Sinne, so wäre sie eben zu leisten, weil der Injuriirte durch die Begehung der Injurie ein Forderungsrecht auf Leistung derselben erworben hätte. Da nun aber der Art. 2907 des Prov. Cod. Bd. III als Forderungsrechte nur Rechte auf solche Handlungen anerkennt, die einen Vermögenswerth haben, die Abbitte aber einen Vermögenswerth nicht hat, und selbst mittelbar nicht zu haben braucht, so müßte man, wäre in dem Art. 4560 des Prov. Cod. Bd. III die Anerkennung einer Civilinjurienklage auf Abbitte u. s. w. zu sehen, eine Antinomie annehmen — was unzweifelhaft nur im äußersten Fall geschehen dürfte.

Gestatten die Worte des Art. 4560 eine Interpretation, durch welche die Annahme einer Antinomie vermieden wird?

Unserer Ansicht nach muß diese Frage bejaht werden. Der allegirte Art. 4560 ist nämlich offenbar im Hinblick auf die Art. 2086 und 62 des Strafgesetzbuchs von 1857, welches zur Zeit der Abfassung des Prov. Cod. in Kraft war, redigirt worden. Der Art. 2086 setzt im ersten Absatz fest, daß der Injuriant einer Arreststrafe auf eine Zeit von 7 Tagen bis zu drei Monaten unterliege und fährt sodann in einem neuen Absatz fort:

„und überdieß ist er verpflichtet in Grundlage der im Art. 62 festgesetzten Vorschriften demselben Abbitte zu thun, falls aber der Beleidigte es wünscht, demselben

auch das in den Civilgesetzen festgesetzte Sühngeld für die Kränkung zu bezahlen.“

Art. 62 des Strafgesetzbuchs aber setzt fest, daß auf gleiche Weise wie die Kirchenbuße und die Vermögensconfiscation, mit einigen Correctionsstrafen verbunden werde unter anderem auch die Festsetzung einer an den Beleidigten zu leistenden Abbitte.

Liegt es nun nicht nahe genug anzunehmen, daß die Verfasser des Prov. Cod. Bd. III in dem Art. 4560 der Abbitte blos deshalb erwähnen, weil sie betonen wollten, daß wenn sie auch die Klage auf ein Sühngeld, deren das Strafgesetzbuch erwähnt, aufhoben, damit dennoch unalterirt bleiben sollte was das Strafgesetzbuch, allerdings in einem Athem mit dem Sühngelde, über die Abbitte verordnet? Solchenfalls könnte man sagen, daß Art. 4560 der Abbitte wohl erwähnt, jedoch dabei derselben ihren criminellen Charakter nicht haben nehmen wollen.

Auch darf hiergegen nicht eingewandt werden, daß es im Art. 4560 heißt „abgesehen von den strafrechtlichen Folgen“ kann eine Genugthuung durch Abbitte verlangt werden, woraus hervorgehen sollte, daß die Abbitte eben nicht unter die strafrechtlichen Folgen gerechnet werde. Wie nämlich gezeigt worden ist, scheidet der Art. 2086 des Strafgesetzbuchs schon in seiner Fassung die rein strafrechtlichen Folgen einerseits von Abbitte und Sühngeld andererseits, und bezeichnet der Art. 62 die Abbitte nicht als eine Criminal- oder Correctionsstrafe — die beiden einzigen Kategorien von eigentlichen Strafen, welche auch das Strafgesetzbuch von 1857 (Art. 18) kennt — wie denn auch bei der Aufzählung der Criminal- und Correctionsstrafen, Art. 19 und 34 ibidem, die Abbitte nicht erwähnt wird; sondern Art. 62 nennt die Festsetzung derselben als eine der mit der Verhängung einer Correctionsstrafe bisweilen verbundenen Folgen.

Ist dem aber so, so erscheint es durchaus nicht gezwungen den Art. 4560 dahin zu interpretiren, daß derselbe präciser lauten sollte: „abgesehen von den rein strafrechtlichen Folgen“, welschenfalls alle Schwierigkeiten augenscheinlich wegfallen.

Sieht man sich den Art. 4560 von diesem Gesichtspunkte aus an, so folgt aus demselben nicht sowohl, daß eine Civilklage auf Abbitte geschaffen werden sollte, sondern vielmehr nur daß die Abbitte, wie sie in Grundlage des Strafgesetzbuchs bisher bestanden hatte, auch weiter bestehen bleiben solle — nämlich als eine wirkliche, wenn auch nicht zu den regelmäßigen Criminalstrafen gehörige, Strafe.

Nachdem nun das Strafgesetzbuch von 1866, hierin dem Beispiel der meisten modernen Strafgesetzgebungen folgend, die, wie schon öfter und überzeugend von Anderen nachgewiesen worden, unzuweckmäßige und ungerechte Strafe auf Abbitte aufgehoben hatte, ist die Criminalklage auf Abbitte natürlich auch weggefallen. Somit kann heutzutage in den Ostseeprovinzen Rußland's auf keine Weise auf Abbitte geklagt werden.

Hätte nun wirklich, was jedoch nicht zugegeben werden kann, in Grund des Prov. Codex Bd. III Art. 4560 jemals eine Civilklage auf Abbitte bestanden, so wäre sie doch durch das Strafgesetzbuch von 1866 als das spätere Gesetz aufgehoben worden; denn hätte eine solche Civilklage existirt, so wäre sie auf Privatstrafe gegangen: — was als öffentliche Strafe aufgehoben worden ist, kann aber als Privatstrafe nicht bestehen bleiben, weil dadurch des Gesetzgebers Wille, welche die Abbitte als solche verworfen hatte, gleichviel auf welchem Wege der Injuriant zur Ableistung derselben adstringirt werde, umgangen worden wäre.

So gelangt man denn zu dem Resultat, daß in unseren Provinzen nur Criminalinjurienklagen dem Injuriirten zu

Gebote stehen, selbstverständlich wenn nicht ein Schadensersatzanspruch concurrirt. Daß dieses Resultat das allein wünschenswerthe ist, braucht, nachdem das Verwerfliche der Privatstrafe so oft dargethan worden, nicht erst begründet zu werden.

Oberhofgerichtsadvocat J. Schiemann.

## VIII.

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

(Schluß.)

---

49) Haftung des Miethers eines zur Lagerung von Waaren bestimmten Speichers für den angeblich durch übermäßige Belastung herbeigeführten Einsturz desselben.

(Art. 4048 u. 4049 des Prov.-Rechts Th. 3.)

Kläger hatten dem Beklagten einen über einem Keller befindlichen Speicherraum vermietet, welchen Beklagter mit Vorwissen der Kläger zur Lagerung von Eisen benutzte. Als der die Diele des Speicherraums tragende Gewölbebogen zusammenbrach und durch das Einstürzen der Diele mit dem darauf lagernden Eisen mehrere in dem unter dem Speicherraum belegenen Keller aufbewahrte Fässer Wein zertrümmert wurden, forderten Kläger vom Beklagten den Ersatz des ihnen dadurch verursachten Schadens, indem sie behaupteten, der Einsturz sei durch Ueberlastung des Lagerraumes von dem Beklagten verschuldet worden. Dieser hätte nämlich auf einem Flächenraume von einem Quadratsaden circa 100 S.-Pfd. Eisenstangen gestapelt, welche Last nach dem Gutachten Sachverständiger, auf einen so kleinen Raume vertheilt, kein Gewölbe zu tragen im Stande sei.

Das Vogteigericht erkannte hierauf am 18. März 1869 sub N<sup>o</sup> 27 wie folgt:

„Bei der Ermittlung, ob die angestellte Klage genügend substantiirt sei, ist davon auszugehen, daß die Gesetze überall, wo sie von dem Einsturze von Gebäuden (ruina) reden, die dadurch geursachten Vermögensnachtheile zur Kategorie des zufälligen Schadens rechnen.

cf. l. 1 § 4 Dig. de oblig. et action. 44,7 zu Art. 3438 und Art. 3746 des Prov.-Rechts Th. 3. l. 5 § 4 Dig. commodati 13,6 zu Art. 3745 a. a. D.

Da nun aber nach Art. 4048 a. a. D. die Contrahenten des Miethvertrages für den rein zufälligen Schaden einander nicht zu haften haben, so bedarf es zur Begründung des Anspruchs der Kläger auf Ersatz des ihnen durch den Einsturz des vom Beklagten in Mieth genommenen Speichers entstandenen Vermögensverlustes der Anführung, resp. des Nachweises gewisser dem Beklagten zur Last fallender thatsächlicher Momente, aus welchen der Causalzusammenhang zwischen der Art und Weise der Benutzung des in Rede stehenden Miethobjectes Seitens des Beklagten und dem beschädigenden Ereignisse nothwendig hervorgeht.“

„Es würde nun der Beklagte allerdings dann schon ersatzpflichtig erscheinen, wenn klägerischerseits behauptet und nöthigenfalls constatirt wäre, daß ihm die Kläger die Belastung des fraglichen Speichers nur bis auf ein bestimmtes, der Tragfähigkeit der Speicherdiele entsprechendes Gewicht gestattet und er dieses Maß überschritten hätte, oder daß ihm überhaupt untersagt worden Eisen in demselben zu stapeln, denn in solchen Fällen erklären die Gesetze den Miether für ersatzpflichtig, nicht schon weil er das schädigende Ereigniß hätte voraussehen können, sondern allein aus dem Grunde, weil er durch die vertragswidrige Benutzung des Miethobjectes den Eintritt des schädlichen Zufalls überhaupt möglich gemacht habe.“

cf. Art. 4083 a. a. D. und dessen Quellen: l. 30 § 2, l. 11 § 1 und 4, l. 12. Dig. locati 19, 2, sowie Art. 4085 a. a. D.

„Daß nun einschränkende Bedingungen in der oben angegebenen Weise an den zwischen den Parteien geschlossenen Miethvertrag geknüpft gewesen, ist von den Klägern nicht behauptet worden; es ist vielmehr . . . wahrscheinlich gemacht worden, daß mit Vorwissen und Genehmigung der Kläger der von ihnen in Mieth vergebene Speicher zu dem fraglichen Zwecke benutzt worden ist. Erscheint mithin die Annahme gerechtfertigt, daß der Beklagte zur Stapelung von Eisenwaaren in dem qu. Speicher überhaupt befugt gewesen ist, so kann es sich hier lediglich noch um die Erörterung der Frage handeln, ob der Einsturz dieses Speichers in Folge einer dem Beklagten zur Last fallenden Ueberlastung desselben eingetreten sei.“

„Kläger stellen die Behauptung auf, daß der Speichereinsturz in Folge dessen Plag gegriffen, daß Beklagter auf einen Flächenraum von etwa einem Quadratfaden circa 100 S.-Pfd. Eisenstangen gestapelt habe, welche Last, auf einen so kleinen Flächenraum vertheilt, kein Gewölbe zu tragen im Stande sei. Will man nun, der Intention der Kläger entsprechend, annehmen, daß dieser angebliche Erfahrungssatz dem Beklagten oder dessen Stellvertreter im Miethbesitze in ihrer Eigenschaft als Eisenhändler nicht unbekannt sein durfte und daß ein Zuwiderhandeln wider denselben, sei es aus Unwissenheit oder Leichtsinne, unter den Begriff der dem Beklagten zuzurechnenden culpa falle (cf. Art. 3294 und 3296 a. a. D.), so lag es doch jedenfalls, nachdem beklagterseits wider die Aasserten der Kläger Widerspruch erhoben worden, den Klägern ob, die Richtigkeit jenes angeblichen Erfahrungssatzes, sowie die Uebertretung desselben im concreten Falle in Erweis zu setzen. Dieser Beweis ist aber weder in seinen einzelnen Momenten, noch auch in der angegebenen Richtung als erbracht anzusehen“ . . . (Dies wird sodann näher ausgeführt.)

„Wenn daher der Nachweis, daß die Ursache des libellirten Schadens eine vom Beklagten zu vertretende culpa

gewesen, nicht erbracht ist und somit dahingestellt bleiben muß, ob nicht die Kläger selbst, als Hauswirth und Vermiether des eingestürzten Speichers, sei es durch sorgsamere Prüfung der Tragfähigkeit der von dem Einsturze betroffenen Balkenlagen und Mauergewölbe, sei es durch rechtzeitige Limitirung des von dem Eisenhändler in den fraglichen Speicher einzunehmenden Eisenquantums, die Gefahr des Einsturzes hätten beseitigen können, so haben Kläger mit ihrer Klage zurückgewiesen werden müssen.“

Auf klägerische Appellation wurde diese Entscheidung durch Appellationsurtheil vom 2. Juli 1869 № 4719 bei dem Bemerkten bestätigt, daß den unterrichterlichen Entscheidungsgründen nur in allen Stücken beigetreten werden könne.

50) Der Anspruch des Pächters auf Erlaß des Pachtzinses wird, sofern die übrigen Voraussetzungen desselben vorliegen, nicht dadurch ausgeschlossen, daß der denselben begründende Unfall durch die Schuld eines Dritten hervorgerufen worden ist.

(Art. 4075 und 4076 des Prov.=Rechts Th. 3.)

Wir entnehmen den Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses der I. Section des Landvogteigerichts vom 19. Juni 1869 № 108:

„Ein Erlaß des Pachtzinses soll nach Art. 4075 l. c. dann eintreten, wenn die gepachtete Sache wegen eines Ereignisses, welches vom Pächter weder veranlaßt noch verschuldet war, nicht genutzt werden konnte; insbesondere, wenn bei einer Landpachtung der Pächter durch außerordentliche Ereignisse einen bedeutenden Verlust an den Früchten erlitten hat. Unter den hier in Betracht kommenden Ereignissen führt die allegirte Gesetzesstelle die Ueberschwemmung ausdrücklich an; daß aber der Anspruch des Klägers auf einen Pachtnachlaß deshalb cessire, weil die stattgehabte Ueberschwemmung durch einen Damm-

oder Brückenbau Seitens des Cassa-Collegiums entstanden war, ist nicht richtig. Der Art. 4075 cit. stellt in Uebereinstimmung mit den gemeinrechtlichen Quellen für die Remission des Pachtgeldes die Voraussetzung hin, daß der Pächter an der Perception der Früchte durch ein von ihm nicht verschuldetes, außerordentliches Ereigniß verhindert worden ist, welche Voraussetzung — wie im Art. 4076 noch speciell hervorgehoben wird — dort fehlt, wo der Pächter den Verlust der Früchte durch Anwendung gehöriger Sorgfalt abwenden konnte oder wo dieser Verlust von der natürlichen schlechten Beschaffenheit der gepachteten Sache herrührt oder endlich in, nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge, gewöhnlichen Zufällen seinen Grund hat. Der Pächter kann hiernach z. B. keine Ansprüche wider den Verpächter erheben, wenn eine Ueberschwemmung durch die von ihm unterlassene Reparatur von Schleusen oder Dämmen veranlaßt worden oder wenn das Pachtgrundstück in Folge seiner Lage alljährlich wiederkehrenden Ueberschwemmungen ausgesetzt ist, falls nicht etwa der Verpächter diesen Umstand arglistig verschwiegen hat. Falls aber ein vom Pächter nicht verschuldetes, außerordentliches Ereigniß vorliegt, so kommt darauf, ob dasselbe den Wirkungen der Naturkräfte oder etwa dritten Personen zuzuschreiben ist, weiter nichts an, sondern es hat der Verpächter den entsprechenden Erlass des Pachtzinses zu gewähren und es steht ihm nur zu wegen des durch den Ausfall am Pachtzinse erlittenen Schadens den Dritten auf Ersatz zu verlangen, sofern diesem ein schuldvolles Verhalten beigemessen werden kann. Es folgt dieser Grundsatz daraus, daß der Art. 4075 cit. schlechtweg von „Ueberschwemmung“ und „Feuer“ spricht, ohne irgend wie einen Unterschied hinsichtlich der Fälle zu statuiren, wo die Ueberschwemmung fahrlässiger Weise von dritten Personen herbeigeführt oder das

Feuer von dritten Personen angelegt worden ist, und daß ebenso im Art. 4076 cit., welcher die näheren Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Art. 4075 angiebt, eine derartige Ausnahme nicht erwähnt, sondern nur verlangt wird, „daß der Schaden unabwendbar“ sei. Hierbei ist auf l. 15 § 2 Dig. locati XIX, 2 Bezug genommen, welche den allgemeinen Satz ausspricht: *omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere* \*).

51) Zur Auslegung des zweiten Absages des Art. 4116 des Prov.-Rechts Th. 3.

In den Motiven eines Querelbescheides des Rigaschen Rathes vom 3. October 1866 № 9645 kommt hierüber vor:

„Der Art. 4116 l. c. giebt dem Vermiether das Recht, einseitig die Aufhebung des Contracts zu verlangen, wenn der Miethzins nicht in dem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Termin erlegt wird. Derselbe Artikel sagt weiter, daß die Verschümniß gutgemacht werden könne, wenn die Zahlung angeboten werde, ehe auf die Lösung des Verhältnisses geklagt worden sei . . . . Wenn nun das Gesetz bestimmt, daß die Verschümniß durch Anerbieten der Nachzahlung wieder gutgemacht werden könne, so kann unter einem solchen mit dieser Rechtswirksamkeit ausgestatteten Anerbieten nicht ein bloßes Versprechen, zahlen zu wollen und zu werden, verstanden werden, sondern vielmehr ein Bringen und ein Anerbieten der zu zahlenden Summe selbst, da nur hierdurch die wirklich beabsichtigte Erfüllung des Contracts und die *purgatio morae* dargelegt wird (vgl. Art. 3313 l. c.). Daß Queralantin dies gethan habe und daß die Empfangnahme der offerirten Summe verweigert worden sei, ist von ihr nicht behauptet worden; ein bloßes Sagen, sie wolle bezahlen, kann

\*) Vgl. Seuffert, Pandecten § 330, Holzschuher, Theorie und Casuistik, 3. Aufl. III, S. 875.

aber zur Aufhebung des durch die im Termine unterbliebene Zahlung begründeten Rechts nicht hinreichend erscheinen.“

52) Inwiefern kann der Miether die Räumungsklage des Vermiethers wegen unterbliebener Miethzahlung durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages oder der Compensation abwehren?

(Art. 3213, 3552 und 4116 des Prov.-Rechts Th. 3.)

Nachdem früher schon in Entscheidungen der Untergerichte, sowie auch der Appellations-Instanz (vgl. namentlich das App.-Erl. des Rigaschen Raths vom 23. November 1866 № 11292) wiederholt ausgesprochen worden war, daß der Miether sich der von dem Vermiether wegen unterlassener Entrichtung des Miethzinses im Termin auf Grund des Art. 4116 des Prov.-Rechts Th. 3 angestellten Klage auf Auflösung des Miethvertrages und Räumung des Miethlocales gegenüber auf Gegenforderungen an den Vermiether, welche ihm aus einem anderen Rechtsverhältnisse zustehen, nur dann mit Erfolg berufen könne, wenn in Betreff derselben alle für die Compensation gefeßlich geforderten Voraussetzungen und namentlich die der Liquidität vorlägen, während illiquide Gegenansprüche ad separatum zu verweisen seien, ist neuerdings auch mehrfach die Frage Gegenstand der Beurtheilung der städtischen Gerichte gewesen, wie es sich mit den Gegenforderungen ex eadem causa verhalte und ob namentlich der Räumungsklage die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenstehe, wenn diese z. B. darauf gestügt wird, daß die vermietete Sache mit Mängeln behaftet oder dem Miether nicht alles dasjenige übergeben worden sei, was er nach dem Vertrage habe erhalten müssen.

So machte in einem Falle der Beklagte, welcher von der Klägerin ein Budenlocal nebst mehreren dazu gehörigen Räumlichkeiten vom 20. October 1868 ab gemiethet, die am 20. April

1869 zu pränumerirende Miethquote aber nicht entrichtet hatte, wider die von der Klägerin unter Berufung auf den Art. 4116 des Prov.-Rechts Th. 3 angestellte Räumungsklage einrede=weise geltend: die ihm vermietheten Localitäten seien ihm am 20. October 1868 dem Vertrage zuwider in durchaus mangelhaftem und den zu erwartenden Gebrauch unmöglich machendem Zustande überwiesen worden, wodurch er genöthigt gewesen sei, sie für eigene Rechnung in Stand setzen zu lassen. Außerdem habe er wegen der schlechten Beschaffenheit des Backofens 3 Wochen lang kein Brod backen können und durch die Feuchtigkeit des Budenlocals einen namhaften Verlust an seinen Borräthen erlitten. Da ihm auf solche Weise ein Schaden von mindestens 75 Rbl. erwachsen sei, so halte er sich unter Hinweisung auf die Art. 3213. 4053. 4054. 4058 und 4059 l. c. für berechtigt, die von ihm am 20. April 1869 zu entrichten gewesene Miethquote so lange zurückzuhalten, bis Klägerin ihre Verpflichtungen ihm gegenüber erfüllt und den geursachten Schaden ersetzt haben werde.

Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte hierauf, nachdem Klägerin die behauptete Mangelhaftigkeit der vermietheten Localitäten in Abrede gestellt hatte, am 5. August 1869 sub № 137 wie folgt:

„Nach dem vom Beklagten allegirten Art. 3213 l. c. hat der aus einem zweiseitigen Vertrage Klagende entweder gehörige Erfüllung des Vertrages anzubieten oder zu beweisen, daß er seinerseits den Vertrag erfüllt habe, widrigenfalls ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegensteht. Vermittelt dieser Einrede vermag namentlich auch der Miether die ihm obliegende Leistung so lange zu verweigern, bis der Vermiether die Uebergabe des Pachtobjectes bewirkt hat. Ist diese aber erfolgt und es wird von dem Miether nur eine gewisse Fehlerhaftigkeit der vermietheten Sache behauptet, so kann, wenn die Verweigerung der Annahme der letzteren unterlassen

und auch die gesetzlich statthafte Auflösung des Vertragsverhältnisses (Art. 4122 l. c.) nicht in Anspruch genommen wurde, — der Miether seinerseits nur eine Entschädigungsforderung geltend machen oder eine Herabsetzung seiner Gegenleistung verlangen (Art. 4059 u. 4060 l. c.), nicht aber unter dem Vorwande der Retention alle Gegenleistung verweigern, weil er durch den fortgesetzten Besitz und Genuß des Miethobjectes sich auf Kosten des Vermiethers unbillig bereichern würde und die in dem Art. 3213 l. c. gewährte Befugniß eines Contrahenten, bei einem zweiseitigen Vertrage bis zu seiner Befriedigung seine Leistung noch zurückzuhalten, wo es sich um eine Geldzahlung handelt, als ein wahres Retentionsrecht gar nicht betrachten läßt.“

„Da nun Beklagter den Empfang der vermiethteten Localitäten zugestanden und nur die fehlerhafte Beschaffenheit derselben behauptet hat, so kann er sich auf den Art. 3213 l. c. zu seiner Vertheidigung nicht berufen, sondern lediglich Schadenersatz auf Grund des Art. 4059 l. c. beanspruchen. Die fragliche Entschädigungsforderung kann nun nach Art. 3547 l. c. freilich auch im Wege der Compensation gegen die klägerische Miethforderung geltend gemacht werden, vorausgesetzt, daß die im Art. 3546 l. c. angegebenen allgemeinen Erfordernisse für die Zulässigkeit der Compensation vorliegen. Da aber nach Art. 3546 u. 3552 l. c. die Aufrechnung von Gegenforderungen des Schuldners wider den Willen des Gläubigers nur geschehen darf, sofern dieselben liquid, d. h. so beschaffen sind, daß ihre Feststellung keine unbillige Verzögerung für den klagenden Gläubiger mit sich führt, da ferner die Miethforderung der Klägerin auf einem guaranteeirten Documente beruht, in dessen § 2 ausdrücklich die Entrichtung baarer Zahlung des Miethzinses stipulirt ist, und da klägerischerseits die Existenz der vom Beklagten behaupteten Mängel vollständig in Abrede gestellt worden ist, so kann Beklagter nicht für berechtigt er-

achtet werden, die vertragsmäßige baare Miethzahlung unter Vorschüfung ihm zustehender gänzlich illiquider Gegenansprüche zu verweigern, sondern war es seine Sache, diese Gegenansprüche, nachdem er seine contractliche Leistung bewerkstelligt hatte, im Wege Rechts auszuführen. Mit der Unterlassung der Miethzahlung im Fälligkeitstermin hat sich daher Beklagter einer Verschümnis schuldig gemacht, welche die Klägerin nach Art. 4116 l. c. . . . zum einseitigen Rücktritte von dem Miethvertrage berechtigt und ist deshalb Beklagter, unter Verweisung seiner angeblichen Entschüdnungsansprüche ad separatum, zu verurtheilen gewesen, binnen 14 Tagen bei Vermeidung Hilfe Rechts die gemietheten Localitäten zu räumen und die rückständige Mieth bis zum Räumungstage nebst den erweislichen Proceßkosten der Klägerin zu bezahlen.“

Vorstehendes Erkenntnis wurde auf beklagliche Appellation in dem App.=Erl. des Rigaschen Raths vom 19. Novbr. 1869 № 8255 unter Verweisung auf die Entscheidungsgründe der Unterinstanz lediglich bestätigt.

Vollkommen übereinstimmend mit der in Obigem dargelegten Auffassung wurde übrigens von der I. Section des Landvogteigerichts auch in Fällen erkannt, wo der Klage keine guarentigierte Urkunde zu Grunde lag, sondern der Beklagte den Abschluß des Miethvertrages selbst zugestand, und zwar in einem Erkenntnis vom 12. August 1869 und in einem Erkenntnis vom 20. November 1869 № 222, von denen erstes durch Appellationsurtheil vom 26. November 1869 № 8418 oberrichterlich unter Billigung der obigen Motivirung bestätigt wurde, letzteres aber in Rechtskraft überging.

Desgleichen hat das Vogteigericht wiederholt z. B. in Erkenntnissen vom 11. Januar 1868 № 3, vom 11. November 1868 № 95, sich dahin ausgesprochen, daß die von dem Vermiether auf Grund des Art. 4116 cit. angestellte

Räumungsklage durch illiquide Gegenforderungen des Miethers nicht elidirt werden kann, gleichviel ob dieselben aus dem Miethvertrage selbst oder aus anderen Rechtsverhältnissen entspringen, sondern daß solche Gegenansprüche von dem Miether besonders auszuführen sind.

Abweichend von dieser in den vorhin angeführten Präjudicaten ausgesprochenen Ansicht wurde jedoch in der Appellationsinstanz folgender Fall beurtheilt.

Der wegen des für 2 Termine rückständigen Pachtzinses auf Räumung und Pachtzahlung belangte Pächter eines ländlichen Grundstückes hatte eingewandt, Kläger habe unter dem Vorwande die betreffenden Räumlichkeiten besichtigen zu wollen, sich von ihm sämtliche Schlüssel zu den Wohn- und Wirthschaftsgebäuden ausliefern lassen, dieselben aber nicht wiederum zurückgegeben, sondern diese Gebäude einem Andern verpachtet, so daß Beklagtem nur drei Zimmer, ein Theil eines Pferdestalles und ein Theil eines Kuhstalles zur Benutzung verblieben seien. Beklagter könne sich also zur Bezahlung der ganzen Pachtsumme nicht für verpflichtet erachten.

Die II. Section des Landvogteigerichts hielt in dem Erkenntnisse vom 16. Januar 1869 *N<sup>o</sup> 7* diese Thatfachen, da sie den Beklagten gemäß Art. 4054 des Prov.-Rechts Th. 3 zwar zu einer Schadenersatzforderung berechtigten, diese aber ihrer Existenz, wie ihrem Betrage nach vollkommen illiquid sei, nicht für geeignet, den Anspruch des Klägers auf Zahlung der fälligen Pachtquoten und Aufhebung des Vertrages zu zerstören und verwies den Beklagten, welchen es im Uebrigen auf Grund des Art. 4116 cit. zur Räumung des Pachtobjectes verurtheilte, dieserhalb zur besonderen Ausführung. Auf beklagliche Appellation wurde aber dieses Erkenntniß oberrichterlich am 30. April 1869 sub *N<sup>o</sup> 3147* aufgehoben

und dem Kläger der Beweis dessen, „daß er dem Beklagten die nach Maßgabe des Vertrages ihm zu überlassenden Räumlichkeiten auch wirklich eingeräumt habe“, dem Beklagten aber der Beweis des angeblich erlittenen Schadens aufgegeben. Die Entscheidungsgründe lauten, so weit sie hier von Interesse sind, wie folgt:

„Die Berechtigung des Verpächters zur Forderung des vollen Betrages des verabredeten Pachtzinses ist nur dann begründet, wenn er die ihm obliegende Verpflichtung (Art. 4053 und 4058 l. c.) zur Einräumung der verpachteten Sache mit allem Zubehör seinerseits erfüllt hat. Die Forderung auf den Pachtzins wird daher, ganz oder zum Theil, aufgehoben, wenn von Seiten des Verpächters dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Der Art. 4075 l. c. sagt ausdrücklich: die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Pachtzinses fällt ganz oder zum Theil hinweg, wenn die Sache wegen eines Ereignisses, welches von dem Pächter weder veranlaßt, noch verschuldet war, nicht genutzt werden konnte, und rechnet zu solchen Ereignissen namentlich den Fall, wo die Nutzung der Sache in ihren wesentlichen Theilen geschmälert wird.“

„Das Maß, bis zu welchem bei der Art gestörter Pachtung die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Pachtzinses in Wegfall kommt, richtet sich selbstverständlich nach dem Umfange des Interesse, welches der Pächter an der Vollständigkeit der dem anderen Theile obliegenden Gebrauchseinräumung hatte. Denn der Verpächter ist dem Pächter zum Schadensersatz verpflichtet, insoweit der Pächter an dem Genusse der verpflichteten Sache durch des Verpächters Schuld gestört wird (Art. 4054 l. c.). Mit Rücksicht hierauf kann bei unvollständiger Erfüllung eines Pachtcontractes Seitens des Verpächters, resp. bei Nichteinräumung eines Theiles der verpachteten Sache, eine Verbindlichkeit des Pächters zur Entrichtung des Pachtzinses auch nur bis zu dem Maße statuiert werden, als nicht

der Betrag des contractlich stipulirten Pachtzinses durch den Schaden aufgewogen wird, welcher in Folge der Unvollständigkeit der Contracterfüllung für den Pächter erwachsen ist. Vollständig befreit von der Verbindlichkeit zur Pachtzinsentrichtung kann dagegen der Pächter nur dann erscheinen, wenn daraus, daß der Pächter den Pachtcontract nicht gehörig erfüllt hat, für den Pächter ein, die Pachtzinsforderung des Verpächters aufwiegender Schaden erwachsen ist.“

„Diesen, der Pachtzinsforderung des Verpächters im Falle unvollständiger Einräumung des Pachtobjects gegenüberstehenden Schadenstandsanspruch kann der Pächter, da durch denselben das Maß der dem Verpächter zustehenden Pachtzinsforderung modificirt wird, durch die Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrages zur Geltung bringen. Wendet nämlich der Pächter gegen die Klage ein, daß auf Seiten des Verpächters eine unvollständige Contractserfüllung vorliege, so kann diese Einrede für den Pächter doch nur dann den Effect vollständiger oder theilweiser Befreiung von der Verbindlichkeit zur Pachtzinszahlung haben, wenn der Umfang des aus der Unvollständigkeit der Contracterfüllung erwachsenden Schadens angegeben und nachgewiesen wird. — Den Pächter, wenn ihm das Pachtobject nicht seinem ganzen Umfange nach eingeräumt worden ist, unter Verweisung seiner Schadensersatzforderung zur separaten Klage, für schuldig zu erachten, den vollen Betrag des stipulirten Pachtzinses zu bezahlen, — entspricht nicht der Bestimmung des Art. 4075 l. c., wonach in solchem Falle die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Pachtzinses, ganz oder zum Theil, wegfällt. Wird nun aber der Umfang, bis zu welchem in einem solchen Falle die fragliche Verbindlichkeit in Wegfall kommt, durch das Interesse des Pächters an der unterbliebenen Leistung des Verpächters, d. h. durch den Schaden desselben, bestimmt, so kann der Schadenstandsanspruch, welchen der durch unvollständige Contract-

erfüllung Seitens des Verpächters beschädigte Pächter gegen die Pachtzinsforderung des Ersteren vorschützt, um so weniger zur separaten Action verwiesen werden, als dieselbe ein zur Substantiirung der Einrede des nicht vollständig erfüllten Contractes gehöriges Moment ist und daher in demselben Prozesse erledigt werden muß, in welchem diese Einrede gebraucht worden ist."

„In dem vorliegenden Falle enthält die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede der unvollständigen Contractserfüllung zunächst die Erklärung, daß Kläger, der Verpächter, den größten Theil der Wirthschaftsgebäude des mit allem Zubehör verpachteten Höfchens S. dem Pächter vorenthalten habe. Da durch diese Erklärung ein Theil des Klagegrundes in Abrede gestellt wird, so muß dem Kläger aufgegeben werden zu beweisen (Art. 3213 l. c.), daß er seinerseits Alles erfüllt habe, wozu er contractlich verbunden war. Gelingt dem Kläger dieser Beweis, so ist durch denselben die Einrede des Beklagten vernichtet und die hierauf gegründete Weigerung zur Bezahlung der stipulirten Pachtquote hat allen Grund verloren. Gelingt dieser Beweis dagegen dem Kläger nicht, so folgt daraus nach Art. 4075 l. c., daß Kläger den vollen Betrag des stipulirten Pachtzinses zu fordern nicht berechtigt ist. Ebensovienig hat aber auch Beklagter, welcher sich einen Theil der ihm zugesagten Leistungen hat bieten lassen, nun das Recht, die ihm dafür obliegende Gegenleistung vollständig zu versagen. Es tritt daher die Nothwendigkeit der Feststellung des aus der Unvollständigkeit der klägerischen Leistung für Beklagten erwachsenen Schadens und der Aufrechnung des bezüglichen Schadensbetrages gegen den Betrag des stipulirten Pachtzinses ein und ist daher mit Rücksicht auf dasjenige, was der Beklagte nächst der Erklärung, daß ihm Kläger einen Theil der verpachteten Räumlichkeiten vorenthalten habe, zur Substantiirung seiner Einrede vorgebracht hat, das weitere Verfahren

zu regeln. Dieses Verfahren besteht in der Hinweisung auf den Schaden, welchen Beklagter dadurch erlitten hat, daß ihm verpachtete Räumlichkeiten nicht zur Nutzung überlassen worden sind, daß er in Folge dessen namentlich nicht die für den landwirthschaftlichen Betrieb erforderliche Anzahl von Vieh zu halten und das gepachtete Höfchen in der gehörigen Weise zu verwerthen im Stande gewesen sei . . . . Daher ist dem Beklagten für den Fall, daß Kläger nicht nachzuweisen im Stande sein sollte, die ihm laut Pachtcontract obliegenden Leistungen vollständig erfüllt zu haben, aufzugeben, seine Schadensansprüche vorbehaltenenmaßen auszuführen und den Umfang derselben zu beweisen.“

„Indem D. judex a quo die Schadensersatzforderung des Beklagten nicht für geeignet hält, dem Anspruche des Klägers auf Zahlung der fälligen Pachtquote entgegengesetzt zu werden, hat derselbe sich hierzu durch die Erwägung bestimmen lassen, daß die qu. Schadensstandsforderung illiquid dastehe. Es ist jedoch von dem Unterrichter übersehen worden, daß die Pachtzinsforderung, wegen deren Nichtentrichtung er den Beklagten zur Räumung verurtheilt hat, nicht minder illiquid ist. Denn indem Beklagter in Abrede stellt, daß Kläger seinerseits dasjenige geleistet habe, wofür derselbe den Pachtzins fordert, nöthigt er denselben zu dem Nachweise des Gegentheils, und so lange ein solcher Beweis von dem Kläger nicht geführt worden ist, kann Kläger den vollen Betrag des stipulirten Pachtzinses nicht fordern, mithin auch wegen Nichterlegung des vollen Pachtzinses die Aufhebung des Pachtverhältnisses nicht beanspruchen . . . . Es ist daher unter Abänderung des unterrichterlichen Erkenntnisses beiden Theilen der Beweis, dem Beklagten insbesondere der Beweis des von ihm behaupteten Schadens, aufzugeben und von dem Ergebnisse der Beweisführung die Rechtfertigkeit des Klageanspruches abhängig zu machen gewesen.“

53) Der Verpächter darf einseitig die Aufhebung des Vertrages auf Grund des Art. 4118 des Prov.-Rechts Th. 3 verlangen, wenn der Pächter die vertragsmäßig von ihm zu besorgende Versicherung der verpachteten Gebäude gegen Feuersgefahr unterläßt.

Der obige Rechtsatz wurde übereinstimmend in dem Erk. der I. Section des Landvogteigerichts vom 10. Septbr. 1868 № 199 und dem dasselbe bestätigenden App.-Erk. des Rigaschen Rathes vom 21. März 1869 № 2140 ausgesprochen. Die einschlägigen Motive des letzteren entwickeln denselben folgendermaßen:

„Appellant hat gegen die Entscheidung des ersten Richters eingewendet, daß der Art. 4118 nur von dem Falle spricht, daß durch ordnungs- oder contractwidrigen Gebrauch der Pachtgegenstand „verdorben werde“, daß aber die unterlassene Versicherung von Gebäuden jedenfalls nicht als ordnungs- oder contractwidriger Gebrauch bezeichnet, noch weniger durch jene Unterlassung die Gebäude „verdorben“ werden können. Nach gewöhnlichem Sprachgebrauche dürfte man nun das Unterlassen einer Vorsichtsmaßregel beim Gebrauch eines Gegenstandes allerdings kaum mit dem Ausdruck „verderben“ bezeichnen: man denkt bei diesen Worten zunächst an eine positive Handlung, durch welche das bezügliche Object in eine schlechtere Beschaffenheit gegen früher versetzt wird.“

„Um aber entscheiden zu können, ob bei der Anwendung des vorliegenden Gesetzes der stricte Wortlaut desselben den Ausschlag zu geben hat oder ob nicht ein Hinausgehen über die erste Bedeutung des Ausdrucks geboten ist, wird es nöthig sein, auf den Ursprung und den Zweck der Bestimmung näher einzugehen. Als Quelle des Art. 4118 l. c. ist unter anderen aufgeführt die l. 3. Cod. IV, 65 und heißt es hier, daß der Verpächter eines Grundstücks vor Ablauf der Pachtzeit den Contract lösen darf, wenn der Pächter schlecht mit dem Pachtobjecte umge-

gangen ist (si male in re locata versatus est). Im fr. 25 § 3 Dig. XIX, 2 heißt es ferner, daß der Pächter stets in Gemäßheit der Pachtvereinbarung handeln solle und unter Anderem für die Erhaltung der Gutsgebäude sorgen müsse (ut vilas incorruptas habeat), und endlich in fr. 11 § 2 eod., daß der Pächter dafür zu sorgen hat, daß er in keiner Beziehung das Recht der Sache (jus rei), noch die Sache selbst (corpus rei) deteriorire oder deterioriren lasse.“

„Wenn schon die in diesen Stellen gebrauchten Ausdrücke (male in re versari, deterius facere), welche viel allgemeinerer Natur sind, als das deutsche „verderben“, — darauf hinweisen, daß die im Art. 4118 l. c. gebrauchte Wendung nicht in der engsten Bedeutung aufzufassen sei, so erhellt das noch deutlicher, wenn man den Zweck des Gesetzes in's Auge faßt. Der Zweck des Art. 4118 ist aber zweifellos der, den Verpächter vor Schaden zu schützen. Da der Verpächter, als Eigenthümer, ein Interesse an dem Bestande der Sache hat und daran, daß dieselbe einmal möglichst unverfehrt in seinen Besitz zurück gelange, so wird ihm gewissermaßen eine Controle über die Art und Weise eingeräumt, wie der Pächter mit der Sache umgeht. Selbstverständlich darf er aber von diesem Recht der Controle, resp. der Einsprache, nur dann Gebrauch machen, wenn ihm selbst aus dem Verhalten des Pächters ein Schade droht. Erstreckt sich z. B. ein etwaniger Mißbrauch der letzteren nur auf die Früchte und Nutzungen der Sache, so wird das Interesse des Eigenthümers nicht tangirt und ein einseitiger Rücktritt desselben vom Contracte wäre unmotivirt. Ebensowenig würde eine Lösung des Contracts geboten erscheinen, wenn die Deterioration zwar die Sache selbst trifft, aber unerheblich oder leicht zu heben ist. Hier wäre der Verpächter genügend durch das Mittel der Schadenstandsklage geschützt, da der Pächter omnem diligentiam zu prästiren und jeden culposen Schaden zu ersetzen hat. Ist aber das Ver-

halten des Pächters ein derartiges, daß dem Pachtobjecte eine nachhaltige, beträchtliche Schädigung erwächst, oder wird dasselbe durch Schuld des Pächters in einen Zustand versetzt, wo ihm Verfall oder Untergang droht, dann kann es dem Eigenthümer nicht zugemuthet werden, bis zum Ablauf der Pachtzeit zu warten, um dann eine, möglicherweise effectlose Schadensstandsklage anzustellen, sondern muß demselben zur Wahrung seines Interesses gestattet sein, das Vertragsverhältniß zu lösen.“

„Ob aber das schädigende Verhalten des Pächters in einer Handlung desselben oder in einer bloßen Unterlassung besteht, das kann keinen Unterschied bewirken. Es ist im Effect jedenfalls dasselbe, ob der Pächter die ihm übergebenen Grundstücke, Häuser u. durch positives Eingreifen deteriorirt oder die zu ihrem Bestande nothwendigen Maßnahmen — Cultur, Remonte — verabsäumt und kann hierbei einzig in Betracht kommen, ob das Verhalten des Pächters, durch welches der Eigenthümer gefährdet wird, jenem zur Schuld anzurechnen ist oder nicht.“

„Um diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall anzuwenden, so ist nicht zu bezweifeln, daß der Pächter durch das Unterlassen der ihm contractlich obliegenden Versicherung der Gebäude sich eines nicht geringen Grades von Nachlässigkeit schuldig gemacht hat. Durch die Versicherung werden allerdings die Gebäude nicht dem Untergange entrückt; es ist aber für den Fall des Unterganges der Ersatz derselben gesichert. Aus diesem Grunde ist auch ein Haus, wenn es versichert ist, entschieden von größerem Werthe, als wenn es nicht versichert ist, — was sich daraus ableiten läßt, daß im ersteren Falle mehr Kosten auf dasselbe verwendet sind, als im letzteren Falle, daß es im ersteren Falle mithin ein größeres Capital repräsentirt.“

„So treffen denn für den vorliegenden Fall die dem Art. 4118 zu Grunde liegenden Bedingungen zu: Appellant hat durch das Unterlassen der Versicherung mit Hintansetzung der

contractlichen Abmachung das Pachtobject in einen Zustand versetzt, durch welchen das Interesse des Verpächters wesentlich gefährdet worden ist: das Pachtobject ist wenn auch nicht direct „verdorben“, so jedenfalls in seinem Werthe im Vergleich zum ordnungsmäßigen Zustande herabgesetzt worden und das muß dem Sinne des Gesetzes nach genügen, um einen einseitigen Rücktritt des Verpächters vom Vertrage zu rechtfertigen.“

Victor Bwingmann.

---