

DER

EINFLUSS DER CIVILPROCESSGESETZE

AUF DAS

MATERIELLE RECHT

UND DIE

IN VORWIEGEND MATERIELLRECHTLICHEN GESETZEN ENTHALTENEN
PROCESSUALEN BESTIMMUNGEN.

Von

DR. EMANUEL TILSCH.

ZWEITE, UMGEARBEITETE UND VERMEHRTE AUFLAGE.



ODKAZ
PROF. ALB. BRÁFA
UNIVERSITE MASARYKOVĚ.

WIEN 1901.

MANZ'SCHE K. U. K. HOF-VERLAGS- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG,

1. KOHLMARKT 20.

Trotz vermehrten Umfangs wird vorliegende Schrift den im Titel bezeichneten Stoff nicht erschöpfen, und die Fülle der Fragen bringt es mit sich, dass nicht alle gleichmäßig eingehend behandelt wurden. Möge man daher die flacher behandelten Partien mit gründlicheren compensieren und so bei unbenommener strenger Kritik der Sache selbst dem Verfasser subjectiv Nachsicht gewähren.

Kgl. Weinberge, im April 1901.

Emanuel Tilsch.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis	V

Einleitung.

Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt.

§ 1. Begriff des bürgerlichen Rechtes	1
§ 2. Unkenntnis des Rechtes	3
§ 3. Wirksamkeit der Gesetze	4
§ 4. Gebundenheit der Inländer im Auslande an inländisches Recht	4
§ 5. Einfluss der neuen Rechtsnorm auf das alte Recht	5

(A. Einfluss auf das alte Recht im objectiven Sinne. *a*) Vorfrage: Entscheidet der Zeitpunkt des Entstehens oder der Wirksamkeit über das Alter des Gesetzes? 1. Verhältnis der Civilprocessgesetze zum Gesetze betreffend Ratengeschäfte, 2. Verhältnis der Executionsordnung zum Gesetze betreffend Nothwege, 3. Verhältnis der Executionsordnung zum Gesetze betreffend Meliorationsdarlehen, 4. Verhältnis der Civilprocessordnung zur Executionsordnung, 5. Verhältnis der Civilprocessordnung zum Gerichtsorganisationsgesetze. — *b*) Einfluss der Civilprocessgesetze auf vorwiegend materielle Gesetze, S. 13. Einfluss auf materielle Rechtsnormen, Einfluss auf verstreute processuale Bestimmungen. — B. Einfluss auf erworbene subjective Rechte. S. 19.)

§ 8. Authentische Interpretation	26
§ 9. Dauer des Gesetzes	27
§ 10. Gewohnheiten	27

	Seite
§ 11. Statuten	28
§ 12. Richterliche Aussprüche	29
[a) Präjudicate, b) Subjective Rechtskraft.]	
§ 13. Privilegien	32

Erster Theil.

Von dem Personenrechte.

I. Hauptstück. Von den Rechten, welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen.

§ 19. Verfolgung der Rechte	33
§ 21. Handlungsfähigkeit und Processfähigkeit	36
§ 22. Rechte des Ungeborenen	38
§ 23. Beweis der Todtgeburt	38
§ 24. Beweis des Todes	38
§ 26. a) Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit	39
b) Juristische Personen	41
§ 34. Handlungs- und Processfähigkeit des Ausländers	42

II. Hauptstück. Von dem Eherechte.

§ 91. Vertretung der Ehefrau durch den Ehemann und umgekehrt	43
Unterhaltspflicht des Ehemannes	43
§ 92. Eheliche Gemeinschaft	44
§§ 94—100. Erklärung der Ungültigkeit der Ehe:	
§ 94. Art der Einleitung	46
§ 97. Art der Verhandlung	46
[a) Zuständigkeit, b) Vertheidiger des Ehebandes, c) Form des Verfahrens.]	
§ 99. Beweis des Ebehindernisses überhaupt	49
§ 100. Beweis des Unvermögens	49
§ 107. Scheidung ohne Einverständnis	50
[a) Versöhnungsversuche, b) Form des Verfahrens, c) Abgesonderter Wohnort.]	
§ 112. Trennung der Ehe durch den Tod	51
§ 115. Trennung ohne Einverständnis	51
§ 135. Trennung einer Judenehe	51

III. Hauptstück. Von den Rechten zwischen Eltern und Kindern.

§ 146. Gerichtsstand der ehelichen Kinder	51
§ 150. Haftung der Einküpfte für den Unterhalt des Kindes	52

	Seite
§ 151. Vertretung des Kindes	52
§ 156. Protest des Mannes gegen die Ehelichkeit des Kindes	52
§ 157. Beweis der Rechtmäßigkeit der Geburt	53
§ 158. Bestreitung der Ehelichkeit eines innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes geborenen Kindes	53
[a) Form, b) Beweis.]	
§ 160. Legitimation durch Hebung des Ebehindernisses und schuldlose Unwissenheit	54
§ 161. Legitimation durch nachfolgende Ehe	56
§ 162. Legitimation durch Begünstigung des Landesfürsten	56
§ 163. Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Processwege	57
[a) Beweis der Vaterschaft, b) Gegenbeweis, c) Feststellung der Vaterschaft nach dem Tode.]	
§ 164. Freiwillige Anerkennung der Vaterschaft	60
§ 165. Rechtsverhältnisse des unehelichen Kindes	61
§ 181. Annahme an Kindesstatt	61

IV. Hauptstück. Von den Vormundschaften und Curatelen.

§ 200. Gerichtsstand der Verwaltung	62
§ 225. Gerichtsstand der Verwaltung	62
§ 233. Nothwendigkeit obervormundschaftlicher Genehmigung	62
§ 236. Verschaffung von Urkunden über Forderungen	63
§ 243. Vertretung der Minderjährigen	63
§ 270. Fälle der Curatel	64
§ 275. Vertretung Taubstummer	66
§ 280. Competenz in Curatelssachen	66
§ 282. Competenz in Curatelssachen	66
Rechte und Pflichten des Curators	66

Zweiter Theil.

Von dem Sachenrechte.

Von Sachen und ihrer rechtlichen Eintheilung.

§ 288. Gemeindegut, Gemeindevermögen	67
§ 292. Körperliche und unkörperliche Sachen	68
§ 293. Bewegliche und unbewegliche Sachen	69
[a) Schiffe, b) Kuxe, c) Kauf- und Besitzrechte, d) Hypothekarforderungen.]	
§ 294. Zugehör	70
§ 301. Vertretbare und dem Verderben unterliegende Sachen	71
§ 304. Gerichtliche Schätzung	71
§ 305. Preis	72

Erste Abtheilung des Sachenrechtes.

Von den dinglichen Rechten.

I. Hauptstück. Von dem Besitze.

	Seite
§ 309. Inhaber, Besitzer	72
§ 323. Aufforderungsklage gegen den Besitzer	74
§ 324. Beweislast bei der negativen Feststellungsklage gegen den Besitzer	75
§ 330. Rechte des redlichen Besitzers in Rücksicht der Nutzungen	77
§ 331. Rechte des redlichen Besitzers in Rücksicht des Aufwandes	78
§ 339. Besitzstörungsverfahren	78
[a) Possessorium summarissimum und ordinarium, b) Frist zur Besitzstörungsklage, c) Entschädigungsansprüche.]	
§ 340. Bauverbotsklage	82
[a) Aufforderung seitens des Bauführers, b) Bauverbotsklage seitens des Gefährdeten.]	
§ 341. Einstweiliges Bauverbot	83
§ 343. Cautio damni infecti	84
§ 347. Verfügungen während des Besitzstreites	84
§ 348. Besitzfeststellungsklage	85

II. Hauptstück. Von dem Eigenthumsrechte.

§ 355. Veräußerungsverbote	86
[a) Veräußerungsverbote bezüglich körperlicher Sachen als einstweilige Verfügungen, b) Res litigiosa, c) Veräußerungsverbote in Betreff unkörperlicher Sachen.]	
§ 361. Miteigenthum	88
§ 366. Eigenthumsklage	88
[a) Feststellungsklage, b) Executions-Widerspruchsklage.]	
§ 367. Eigenthumserwerb trotz Mangels des Rechtes des Tradenten	89
[a) Executiver Verkauf, b) Übergabe im Executionswege, c) Verbotswidrige Veräußerung.]	
§ 368. Beweis der mala fides	92
§ 369. Passivlegitimation bei der Eigenthumsklage	93
§ 374. Vorzug des Besitzes	94
§ 375. Namhaftmachung des Vormannes	94
[a) Wesen und Form, b) Subjective Rechtskraft des Urtheils, c) Verantwortlichkeit des Nominanten.]	
§ 376. Ablegnung des Besitzes	99
§ 377. Vorgegebener Besitz	99
§ 378. Aufgebener Besitz	99

V. Hauptstück. Von der Erwerbung des Eigenthums durch Übergabe.

1. Bei beweglichen Sachen.

	Seite
§ 426. Körperliche Übergabe	100
§ 427. Übergabe durch Zeichen	102
§ 429. Übersendung	103

2. Bei unbeweglichen Sachen.

§ 431. Einverleibung	103
§ 432. Bücherlicher Vormann	103
§ 434. Form der Urkunden	105
§ 435. Intabulationsclausel	106
§ 436. Eigenthumserwerb durch Zuschlag	107
§ 439. Vormerkung	109
[a) Frist zur Rechtfertigung, b) Vormerkung als Execution zur Sicherstellung, c) Wiederholte Vormerkung.]	
§ 443. Übernahme der Lasten	110

VI. Hauptstück. Von dem Pfandrechte.

§ 447. Pfandrecht und verwandte Rechte	110
[a) Pfandrecht, b) Befriedigungsrecht, c) Vorzugsrechte und Vorrechte.]	
§ 448. Gegenstand des Pfandrechtes	115
§ 449. Titel des Pfandrechtes	115
[a) Beim gesetzlichen, b) richterlichen, c) Conventionalpfandrechte.]	
§ 450. Entstehungsgründe des Pfandrechtes	117
[a) Gesetzliches, b) gerichtliches, c) Conventionalpfandrecht.]	
§ 451. Regelmäßige Erwerbsarten	120
(1. Mobilien: a) Executives Pfandrecht, b) Conventional-Pfandrecht. — 2. Immobilien: a) Executives Pfandrecht, b) Conventionalpfandrecht.)	
§ 452. Symbolische Übergabe von Mobilien	123
§ 453. Bücherliche Vormerkung des Pfandrechtes	124
§ 454. Afterpfandrecht und Pfandrecht an Hypothekarforderungen	124
§ 455. Verständigung des Eigenthümers	129
§ 456. Pfandrechtserwerb trotz Mangels des Rechtes des Autors	130
[a) Erwerb executiven Pfandrechtes, b) Erwerb conventionalen Pfandrechtes im Executionswege, c) Verbotswidrige Verpfändung.]	
§ 457. Objectiver Umfang des Pfandrechtes	131
[a) Zuwachs, b) Zugehör, c) Früchte.]	
§ 458. Unzulänglichkeit des Pfandes	133
[a) Deteriorierung durch den Pfandschuldner, b) Sonstige Unzulänglichkeit.]	

	Seite
§ 461. Realisierung des Pfandrechtes	135
[a) Nach Vorschrift der Gerichtsordnung, b) Außerhalb gerichtlicher Execution.]	
§ 462. Jus offerendi	140
[a) Bei Mobilien, b) Bei Immobilien.]	
§ 463. Ausschließung vom Mitbieten	141
§ 464. A. Umfang des Pfandrechtes bezüglich der Forderung	143
[a) Zinsen, b) Kosten, c) Conventionalstrafe, d) Hyperocha.]	
B. Widerspruch mangels Deckung der Vorhypothek	
§ 465. Verweisung der Gläubiger auf das Pfand	147
§ 466. Pfandklage und Schuldklage	151
[a) Cumulierung, b) Wirksamkeit des Urtheils in subjectiver Hinsicht.]	
§§ 467—469. Erlöschung des Pfandrechtes:	
§ 467. 1. Entgehen der Sache (und Übergang des Pfandrechtes auf eine andere Sache)	154
[a) Mit Untergang, b) Ohne Untergang der Sache.]	
2. Verzicht des Gläubigers	156
§ 468. 3. Zeitablauf	158
§ 469. 4. Tilgung der Schuld (und Übergang des Pfandrechtes auf eine andere Forderung)	160
[a) Legitimation zur Löschungsklage, b) Ersatzanspruch der nachstehenden Gläubiger bei Simultanhypotheken.]	
§ 470. a) Rangordnung im Concourse	163
b) Vorrangseinräumung	163
§ 471. Von dem Retentionsrechte	165
VII. Hauptstück. Von Dienstbarkeiten.	
§ 520. Cautio usufructuaria	166
§ 524. Executiver Verkauf der belasteten Sache	167
[a) Immobilien, b) Mobilien.]	
§ 530. Reallasten	170
VIII. Hauptstück. Von dem Erbrechte.	
§ 547. Übergang der Rechte und Pflichten	171
IX. Hauptstück. Von der Erklärung des letzten Willens.	
§ 567. Beweis der Besonnenheit	173
§ 569. Letztwillige Erklärungen Minderjähriger	173
§ 577. Formvorschriften und Beweisvorschriften	174
§ 579. Allographes Testament	175

	Seite
§ 580. Testament der Illiteraten	175
§ 585. Schriftliche Aufzeichnung eines mündlichen Testamentes	177
§ 586. Mündliches Testament	177
X. Hauptstück. Von Nacherben und Fideicommissen.	
§ 613. Rechte der Gläubiger	181
§ 642. Fideicommissgläubiger	182
XII. Hauptstück. Von Aufhebung des letzten Willens.	
§ 722. Vernichtetes oder verlorenes Testament	182
XV. Hauptstück. Von Besitznehmung der Erbschaft.	
§ 811. Verlassenschafts-Curator	185
§ 813. Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger	188
§ 822. Sicherungsmittel der Gläubiger des Erben	189
§ 823. Erbschaftsklage	191
XVI. Hauptstück. Von der Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte.	
§ 829. Execution auf ideelle Antheile	191
§ 830. Theilungsklage	192
§ 833. Zwangsverwaltung eines Antheiles	192
§ 834. Maßregeln von besonderer Wichtigkeit	193
§ 841. Aufhebung der Gemeinschaft	195
[a) Durch den Theilhaber, b) Durch den Gläubiger eines Theilhabers.]	
§ 843. Feilbietung behufs Theilung	196
§ 850. Grenzerneuerungsverfahren	197
§ 851. Grenzstreitigkeiten	197
§ 853. Beiziehung von Sachverständigen	198
§ 854. Vermuthete Gemeinschaft	198
Zweite Abtheilung des Sachenrechtes.	
<i>Von den persönlichen Sachenrechten.</i>	
XVII. Hauptstück. Von Verträgen überhaupt.	
§ 860. Obligationen ex lege	199
§ 862. Vertragsabschluss	201
[a) Offerte — Gebundensein an dieselbe, b) Annahme — Perfection des Vertrages.]	
§ 863. Concludente Handlungen	202
§ 865. Negotium claudicans	202

	Seite
§ 869. Surrogierung der Einwilligung	205
§ 871. Irrthum	205
§ 878. Unerlaubtheit	205
§ 879. Einzelne unerlaubte Verträge	206
§ 883. A. Form	206
B. Beweiskraft	212
[a) Formelle Beweiskraft der Privaturkunden, b) Beweiskraft der Handelsbücher.]	
§ 884. Schriftlicher Vertrag	215
§ 885. Punctionen	215
§ 886. Vertragsfertigung seitens Illiteraten	215
§ 887. Mündliche Nebenverabredungen	217
§ 891. Correalität	218
§ 897. Bedingungen	223
§ 904. Zeit der Erfüllung	224
§ 906. Alternativ-Obligation	224
[a) Mit Wahlrecht des Schuldners -- Alternative Ermächtigung, b) Mit Wahlrecht des Gläubigers.]	
§ 919. Einseitiger Rücktritt vom Verträge	230
§ 926. Gewährleistung wegen Viehmängel -- Vermuthung	231
§ 927. Beweis (ohne Vermuthung) und Gegenbeweis	232
§ 929. Ausschluss der Gewährleistung	233
§ 931. Vertretungsleistung	233
§ 936. Verabredung eines künftigen Vertrages	234
XIX. Hauptstück. Von dem Verwahrungsvertrage.	
§ 966. Beweis des Schadens bei Verletzung des Verschlusses	236
§ 968. Sequestration	237
XXI. Hauptstück. Von dem Darlehensvertrage.	
§ 1001. Form des Schuldscheines	238
XXII. Hauptstück. Von der Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung.	
§ 1002. Bevollmächtigungsvertrag	240
§ 1005. Vollmachtsurkunde	242
§ 1008. Special-Vollmacht	244
§ 1010. Substituierung	245
§ 1011. Mehrere Bevollmächtigte	246
§ 1017. Verhältnis des Dritten	248
[a) Zum Machtgeber, b) Zum Machthaber.]	
§ 1018. Person des Bevollmächtigten	250
§ 1020. Widerruf	251

	Seite
§ 1021. Kündigung	251
§ 1022. Tod des Machtgebers	252
§ 1023. Endigung einer juristischen Person	253
§ 1024. Concurs des Machtgebers	253
§ 1025. Inwiefern die Verbindlichkeit fortdaure	255
§ 1026. Fortdauer der Vertretungsbefugnis	255
§ 1034. Gerichtliche und gesetzliche Bevollmächtigung	255
§ 1035. Geschäftsführung ohne Auftrag	257
§ 1042. Verwendung zum Nutzen eines anderen	258
XXIII. Hauptstück. Von dem Tauschvertrage.	
§ 1052. Einrede des nichterfüllten Vertrages	258
XXIV. Hauptstück. Von dem Kaufvertrage.	
§ 1070. Wiederkaufsrecht	261
§ 1076. Vorkaufsrecht	262
§ 1085. Verkauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers	262
§ 1089. Executiver gerichtlicher Verkauf	263
XXV. Hauptstück. Von Bestandverträgen.	
§ 1093. Mietung der eigenen Sache	264
§ 1096. Besichtigung durch Mietlustige	264
§ 1098. Afterbestand	265
§ 1101. Gesetzliches Pfandreht des Bestandgebers	266
[a) Perclusionsrecht, b) Pfandweise Beschreibung, c) Verwahrung und Verwaltung, d) Geltendmachung des Vorrechtes.]	
§ 1103. Zins in Früchten	271
§ 1108. Constatierung des Unglücksfalles behufs Zinserlass	272
§ 1109. Räumung	272
[a) Räumungsfrist, b) Räumungsauftrag, c) Execution.]	
§ 1114. Stillschweigende Erneuerung	276
§ 1116. Aufkündigung	278
[a) Kündigungsfrist, b) Form der Aufkündigung, c) Rücknahme der Aufkündigung.]	
§ 1121. Einfluss der executiven Veräußerung	279
XXVII. Hauptstück. Von dem Vertrage über eine Gemeinschaft der Güter.	
§ 1178. Form der Errichtung	280
§ 1203. Verpflichtungen der Gesellschaft und der Gesellschafter	280
§ 1212. Auflösung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger	281

XXVIII. Hauptstück. Von den Ehepacten.	
§ 1226. Bestätigung über den Empfang des Heiratsgutes	Seite 282
XXX. Hauptstück. Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung.	
§ 1294. Verschulden	286
[a) Widerrechtliche Handlungen — Grade des Verschuldens, b) Schuldverletzung, c) Beweis der Höhe des Schadens.]	
§ 1325. Geldrente wegen Körperverletzung	289
§ 1334. Verzug	290
§ 1336. Conventionalstrafe	290
§ 1338. Strafrechtliches	290
[a) Wuchergesetz, b) Strafbestimmungen.]	
§ 1341. Verschulden eines Richters	292

Dritter Theil.

Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte.

I. Hauptstück. Von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten.

§ 1354. Bürgschaft und Beneficium competentiae	293
§ 1371. Pfandvertrag und Lex commissoria	293
§ 1374. Art der Sicherstellung	294

II. Hauptstück. Von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten.

§ 1376. Novation	294
§ 1380. Vergleich	296
§ 1391. Schiedsvertrag	297
§ 1392. Verfügungen über Forderungen	298
[a) Cession, b) Constituierung eines Pfandrechtes.]	
§ 1393. Veräußerungsverbote in Betreff Forderungen	299
[a) Gesetzliche, b) Richterliche.]	
§ 1394. Rechte des Cessionars	301
§ 1397. Gewährleistung bei Forderungen	301
§ 1401. Schuldübernahme	302

III. Hauptstück. Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten.

§ 1417. Zeit der Erfüllung	304
[a) Mahnung, b) Kündigung, c) Änderungen der vertragsmäßigen Fälligkeit, d) Verzug, e) Partitionsfrist.]	
§ 1424. Person des Empfängers	307
§ 1425. Gerichtliche Hinterlegung	308

	Seite
§ 1426. Quittung	308
§ 1438. Compensation	309
[a) Erfordernis der Richtigkeit, b) Execution in compensable Gegenforderungen.]	
§ 1439. Compensation im Concourse	314
§ 1440. Uncompensierbare Forderungen	314
§ 1444. Entsagung	314
§ 1445. Vereinigung	315
§ 1450. Einsetzung in den vorigen Stand	316
IV. Hauptstück. Von der Verjährung und Ersitzung.	
§ 1491. Kurze (Präclusiv-)Fristen	316
§ 1497. Unterbrechung der Verjährung	317
§ 1501. Berücksichtigung der Verjährung von auntswegen	319
Alphabetisches Sachregister	321
Chronologisches Register der citierten Gesetze und Verordnungen	337

EINLEITUNG.

Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt.

§ I. Begriff des bürgerlichen Rechtes.

Unter den in den Civilprocessgesetzen bezogenen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes sind nicht nur die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, sondern auch jene des Handelsrechtes und der Wechselordnung und die in anderen Gesetzen enthaltenen Normen des Privatrechtes zu verstehen (Art. XXX E. G. z. C. P. O., Art. XXI E. G. z. E. O.).¹⁾ Dies soll offenbar bloß bedeuten, dass unter dem bürgerlichen Rechte nicht nur das allgemeine, sondern auch das nur für besondere Classen von Personen und Rechtsverhältnissen geltende, besondere Privatrecht²⁾ zu verstehen ist; nicht aber auch, dass andere nicht privatrechtliche Vorschriften, welche zufällig im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, in vorwiegend handelsrechtlichen Gesetzen³⁾ und in der Wechselordnung enthalten sind, zum bürgerlichen Rechte zu rechnen wären.⁴⁾ Nur diese

¹⁾ Im Einführungsgesetze der Jurisdictionsnorm ist eine analoge Bestimmung nicht enthalten, trotzdem gilt diese Interpretationsregel auch bezüglich der Jurisdictionsnorm. So auch Schauer ad Art. XXX E. G. z. C. P. O., N. 1.

²⁾ Unger, I, S. 5.

³⁾ Die citierten Artikel der Einführungsgesetze stellen neben zwei Gesetze (das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und die Wechselordnung) das Handelsrecht, was sich eventuell durch die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes im Handelsrechte rechtfertigen lässt.

⁴⁾ So insbesondere nicht processrechtliche Normen. Petschek (J. V. J. S. 1898, S. 146) bemerkt mit Recht gegen die von Neumann (Comm. z. C. P. O.

Lösung ergibt ein logisch befriedigendes Resultat, da nicht die Stelle, an welcher ein Rechtssatz ausgesprochen wurde, sondern sein Inhalt über seinen Charakter entscheidet. Der Nachdruck ist demnach nicht auf die Aufzählung der Gesetze, sondern auf die Worte „Normen des Privatrechtes“ zu legen.

Richtig und in Übereinstimmung mit den bezogenen Bestimmungen der Einführungsgesetze wird der Ausdruck „bürgerliches Recht“ gebraucht, z. B.⁵⁾ in Art. XVIII E. G. z. J. N. (ein nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes gemachter Erlag), Art. XXXI E. G. z. C. P. O. (die nach dem bürgerlichen Rechte obliegende Verpflichtung, Vertretungsleistung zu begehren), Art. XLII, al. 1 E. G. z. C. P. O. (Verpflichtung zur Angabe eines Vermögens oder Schulden nach bürgerlichem Rechte), § 21, al. 1 C. P. O. (Streitverkündung behufs Begründung civilrechtlicher Wirkungen), § 24, al. 2 C. P. O. (Anspruch des Autors gegen Nominanten nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen), § 33, al. 2 (Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen . . . ist . . . nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen), § 304, al. 1, Z. 2 C. P. O. (Verpflichtung zur Ausfolgung oder Vorlage der Urkunde nach bürgerlichem Rechte), § 333, al. 1 E. O. (Theilung nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes), § 348, al. 2 (nach Vorschrift des bürgerlichen Rechtes zum Zwecke der Übertragung erforderliche urkundliche Erklärungen).

Unrichtig werden dagegen als Vorschriften des bürgerlichen Rechtes angeführt z. B.: in § 112 J. N.: Bestimmungen darüber, welche Gerichte zur Bestellung eines Curators berufen sind; in Art. VII, Z. 1 E. G. z. C. P. O.: Vorschriften, durch welche bestimmte Urkunden als öffentlich erklärt oder den inländischen öffentlichen Urkunden gleichgestellt werden; in Art. VII, Z. 3 E. G. z. C. P. O.: Vorschriften, durch welche für das Datum einer Urkunde ein von der Erklärung des Aus-

S. 1221) geäußerte Ansicht, das Ratengesetz vom 27. April 1896, R. G. Bl. Nr. 70 sei als materiellrechtliches Gesetz mit seinen processualen Ausnahmsbestimmungen aufrecht geblieben, das materiellrechtlich oder processrechtlich nicht ein Gesetz als solches ist, sondern nur die einzelne Bestimmung. Vgl. Fürstl, I, S. 982 ad Art. XXX E. G. z. C. P. O.: „materielles“ Civilrecht gemeint.

⁵⁾ Schauer, ad Art. XXX E. G. z. C. P. O., N. 1, 2, ad Art. XXI E. G. z. E. O., N. 1; Neumann, Comm. z. C. P. O., S. 65.

stellers verschiedener Beweis verlangt wird.⁶⁾ In allen diesen Fällen werden nämlich keineswegs „Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich“ (§ 1 a. b. G. B.), d. i. als unter Privatpersonen⁷⁾ bestimmt, sondern die Vorschriften regeln das Verhalten von Gerichten, respective Richtern in ihrer Eigenschaft als Richter und sind somit öffentlich-rechtlicher Natur.⁸⁾ Die Eigenschaft einer Urkunde als öffentliche ist keine materiell-rechtliche Eigenschaft, sondern äußert ihre Wirkung nur im Hinblick auf den Richter, insofern dieser gebunden ist, der öffentlichen Urkunde mehr Glauben beizumessen (§§ 292, 293 C. P. O.). Das wirkliche Datum (Ort und Zeit) einer Erklärung kann wohl von materiellrechtlicher Bedeutung sein; keinesfalls aber das geschriebene Datum einer Urkunde, welches (von Formvorschriften abgesehen) nur als ein Mittel des dem Richter zu liefernden Beweises in Betracht kommen kann. Dass schließlich Kompetenzvorschriften (§ 112 J. N.) nicht zum Privatrechte gehören, dürfte nicht bezweifelt werden.

§ 2. Unkenntnis des Rechtes.

Aus § 271 C. P. O., gemäß welchem Gewohnheitsrechte des Beweises nur insofern bedürfen, als sie dem Gerichte unbekannt sind, geht hervor, dass der Richter nicht verpflichtet

⁶⁾ Über die Bedeutung des Art. VII, Z. 2 E. G. z. C. P. O. wird bei § 883 a. b. G. B. die Rede sein; Art. VII, Z. 4 betrifft processrechtliche Vorschriften mit materiellrechtlicher Beimischung (ad exhibendum), ebenso Art. VII, Z. 5, wo übrigens die daselbst angezogenen Vorschriften nicht als Vorschriften des bürgerlichen Rechtes bezeichnet sind.

⁷⁾ In der Definition des § 1 a. b. G. B. fällt das Schwergewicht auf die Worte: „unter sich“. Im Privatrechte handelt es sich um Beziehungen der Privatpersonen als solcher gegen Privatpersonen als solche. Die Interessen der Einzelperson werden um der Interessen einer anderen Einzelperson willen beschränkt. Finden wir jedoch entweder auf Seite des Berechtigten oder auf Seite des Verpflichteten zwar eine Einzelperson, jedoch nicht als solche, sondern als Organ der Öffentlichkeit (der Gesamtheit als solchen), so haben wir es mit öffentlichem Rechte zu thun. Vgl. auch Pražák, Rak. pr. úst. 1900, I, S. 3.

⁸⁾ Man vgl. die ad Art. VII, Z. 1 E. G. z. C. P. O. bei Neumann (Comm. S. 22, N. 1 u. 2), Schauer (ad VII, N. 1, resp. ad § 293, N. 1), Demelius (G. H. 1897, S. 289) citierten Vorschriften und entscheide selbst, ob dieselben als „Normen des Privatrechtes“ (Art. XXX E. G. z. C. P. O.) bezeichnet werden können.

ist, Gewohnheitsrecht zu kennen. Die Regel: *jura novit curia*⁹⁾ gilt demnach vom Gewohnheitsrechte nicht.

Ist jedoch nicht einmal der Richter verpflichtet, Gewohnheitsrecht zu kennen, so kann umsoweniger eine allgemeine Pflicht der Kenntnis des Gewohnheitsrechtes, respective eine Fiction der allgemeinen Kenntnis desselben bestehen.¹⁰⁾ Dem steht der bloß vom Gesetzesrechte handelnde § 2 a. b. G. B. nicht entgegen.¹¹⁾

Die Unkenntnis des Gewohnheitsrechtes ist mithin an sich nicht unentschuldigbar, sie kann es jedoch sein, wenn sie auf Mangel an Diligenz (§ 1297 a. b. G. B.) zurückgeführt werden kann.¹²⁾ Insbesondere wird in der Unkenntnis von Gewohnheitsrecht, welches das Gewerbe des Ignoranten betrifft, in den meisten Fällen ein Verschulden zu erblicken sein (§ 1299 a. b. G. B.).¹³⁾

Was vom Gewohnheitsrechte gilt, gilt auch vom ausländischen Rechte.¹⁴⁾

§ 3. Wirksamkeit der Gesetze.

Siehe bei § 5 A. a.

§ 4. Gebundenheit der Inländer im Auslande an inländisches Recht.

a) Österreichische Staatsangehörige, welche sich in ständiger amtlicher Stellung als Beamte oder Diener des österreichischen

⁹⁾ Vgl. § 49, al. 2, § 78, al. 2 C. P. O. (§ 12 a. G. O.).

¹⁰⁾ Entsch. d. deutsch. R. G. XVIII, Nr. 54 (gilt die Regel *ignorantia juris nocet* auch von gewohnheitsrechtlichen Normen?), insb. S. 264.

¹¹⁾ § 12 der Einl. z. preuß. L. R., welchem § 11 W. G. G. B., I. Th. (§ 2 a. b. G. B.) nachgebildet war, lautet: „Es ist aber auch ein jeder Einwohner des Staates sich um die Gesetze, welche ihn oder sein Gewerbe und seine Handlungen betreffen, genau zu erkundigen gehalten; und es kann sich niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publicierten Gesetzes entschuldigen“ und ist mithin ebenfalls auf Gesetzesrecht beschränkt.

¹²⁾ R. G. XVIII, Nr. 54. Vgl. Randa, Právník, 1898, S. 167.

¹³⁾ Insofern gilt demnach die im a. b. G. B. weggelassene (Oferer, I, S. 16) Begründung des § 12 preuß. L. R., auch in Betreff des Gewohnheitsrechtes.

¹⁴⁾ Über Privilegien und Statuten (§ 271 C. P. O.) siehe ad § 13 u. 11 a. b. G. B. Altes noch in gewissen Fällen zur Anwendung kommendes inländisches Recht muss der Richter kennen (271 C. P. O. a. contr.). Vgl. Affolter, Das intertemporale Privatrecht, 1901, S. 8.

Staates oder der österreichisch-ungarischen Monarchie im Auslande aufhalten, haben ihren allgemeinen Gerichtsstand im Inlande (§ 69 J. N.); ebenso österreichische Militärpersonen, welche sich im Auslande befinden (§ 68, al. 3 J. N.).

b) Die Bewilligung der Execution auf Grund eines ausländischen Executionstitels ist zu versagen, wenn der Executionstitel den Personenstand eines österreichischen Staatsangehörigen betrifft und gegen letzteren vollzogen werden soll (§ 81, Z. 3 E. O.).¹⁵⁾ Diese Bestimmung unterscheidet nicht, ob der betreffende Inländer im Inlande oder im Auslande sich aufhält, sie gilt auch für Inländer, welche sich im Auslande aufhalten.

§ 5. Einfluss der neuen Rechtsnorm auf das alte Recht.

A. Einfluss auf das alte Recht im objectiven Sinne.

a) *Vorfrage: Entschidet der Zeitpunkt des Entstehens oder der Wirksamkeit über das Alter des Gesetzes?*

Wenn ein Gesetz zwar früher publiciert¹⁶⁾, jedoch später in Wirksamkeit tritt als ein anderes, welches in der Zwischenzeit (der *vacatio legis* des ersten) sowohl publiciert wurde als auch in Wirksamkeit trat, so entsteht die Frage, welches von den beiden Gesetzen als das ältere anzusehen ist oder richtiger: welches dem anderen derogiert. Die Frage kann nicht in abstracto für alle Fälle beantwortet werden, sondern die Beantwortung ist im concreten Falle aus den Bestimmungen der beiden Gesetze selbst und insbesondere aus den denselben zugrunde liegenden Tendenzen des Gesetzgebers zu entnehmen.¹⁷⁾

¹⁵⁾ Schey, a. b. G. B. ad §§ 4, 47 (Bem. 6), 75.

¹⁶⁾ Nur der Zeitpunkt der Publication, nicht derjenige der Sanctionierung (Amschl, G. Z. 1898, S. 235) kann für die Formulierung der allgemein gedachten Frage, ob Entstehen oder Wirksamwerden entscheidend ist, in Betracht kommen; denn das Gesetz als Willenserklärung muss erklärt werden. Die Sanction ist noch keine Erklärung nach außen. (Vgl. dagegen Walker, Not. Z. 1898, S. 146: Der Wille ist in dem Momente perfect, als die Sanction erfolgt. Damit ist das Gesetz erlassen.)

¹⁷⁾ Für die Beurtheilung der Absicht des Gesetzgebers im concreten Falle kann allerdings auch der Zeitpunkt der Sanction sowie andere Zeitpunkte, insbesondere auch der Zeitpunkt der Gesetzesvorlage, der Berathungen u. s. w. in Betracht kommen.

Im Zweifel wird die Derogierung durch das später publicierte, obzwar früher in Wirksamkeit getretene Gesetz anzunehmen sein¹⁸⁾; das früher publicierte tritt eben später bloß mit der mittlerweile vollzogenen Modification in Wirksamkeit.

Anlässlich der Einführung der Civilprocessgesetze ergeben sich die folgenden hierher gehörenden Fälle:

1. Verhältnis der Civilprocessgesetze zum Gesetze vom 27. April 1896, R. G. Bl. Nr. 70, betreffend Ratengeschäfte. Dieses Gesetz wurde am 16. Mai 1896 publiciert und trat mit dem Tage seiner Kundmachung, demnach vor Wirksamwerden der bereits publicierten Jurisdictionsnorm und Civilprocessordnung, in Wirksamkeit (§ 12 Rat. G.). Das Gesetz bezweckt den Schutz des Käufers bei Ratengeschäften, insbesondere auch in processualer Beziehung (§§ 6—8). Wie aus den citierten Paragraphen zu ersehen ist („Gerichtsstand des Vertrages“, „freiwillige Unterwerfung“, „Summarverfahren“), ist das Gesetz mit Rücksicht auf das zur Zeit der Publicierung geltende Processrecht abgefasst. Trotzdem bildet dieser Umstand kein Argument dafür, dass die zum Schutze des Käufers getroffenen processualen Bestimmungen nach Eintritt der Wirksamkeit der Civilprocessgesetze überhaupt nicht mehr zur Anwendung gelangen können.¹⁹⁾ Entscheidend ist die zugrunde liegende Absicht des Gesetzgebers, unentscheidend dagegen, dass diese Absicht in einer Form geäußert wurde, welche dem noch geltenden Processrechte entsprach; das letztere ist dadurch erklärlich, dass es dem Gesetzgeber daran gelegen war, den intendierten Schutz sogleich und nicht erst nach dem Inkrafttreten der Civilprocessgesetze zu gewähren. Jedenfalls lag es jedoch der Absicht des Gesetzgebers zur Zeit der Publicierung des Ratengesetzes fern, den Schutz mit dem Inkrafttreten der Civilprocessgesetze zu entziehen. Richtig ist nur, dass die in Rede stehenden Bestimmungen durch das Wirksamwerden der Civilprocessgesetze theilweise bedeutungslos geworden sind.

¹⁸⁾ Krainz-Pfaff, I, § 19 bei N. 3. Vgl. Walker, Not. Z. 1898, S. 145; Amschl, G. Z. 1898, S. 235. (Dagegen Hofer, Not. Z. 1898, S. 103, 176; Petschek, J. V. J. S. 1898, S. 144, welche den Zeitpunkt der Wirksamkeit entscheiden lassen; auch Bloch, G. Z. 1899, S. 111 steht auf letzterem Standpunkte.)

¹⁹⁾ So Hofer, Not. Z. 1898, S. 103, 104.

weil sie dem neuen Verfahren gegenüber nichts Besonderes enthalten.²⁰⁾

Im einzelnen ist zu bemerken:

In § 6, al. 1 wird bestimmt, dass, wenn der Käufer im Geltungsgebiete des Gesetzes seinen Wohnsitz hat, für Klagen gegen ihn aus dem Ratengeschäfte der Gerichtsstand des Vertrages nicht statthat und eine freiwillige Unterwerfung des Käufers unter einen anderen Gerichtsstand (als des Wohnsitzes) unverbindlich ist. Diese Bestimmungen bildeten von der Publicierung des Ratengesetzes bis zum Inkrafttreten der J. N. Ausnahmen von § 43 und § 47 der Civiljurisdictionsnorm vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 251 und nach dem Inkrafttreten der Jurisdictionsnorm bilden sie Ausnahmen von § 88²¹⁾ und von § 104, al. 1 J. N.

Nach § 6, al. 2 ist die Unzuständigkeit (eines anderen Gerichtes als desjenigen des Wohnsitzes) von amtswegen und zwar bis zur Vornahme der executiven Veräußerung zu berücksichtigen. Anlangend den Process liegt hier eine Ausnahme von § 43, al. 1 und § 104, al. 2 J. N., resp. § 240, al. 1 C. P. O. (früher von § 48, al. 1 Civ. J. N.; § 40 a. G. O., Hofd. v. 27. Juli 1792, J. G. S. Nr. 36, lit. a) vor; § 45 J. N. bleibt unberührt.²²⁾ Anlangend das Executionsverfahren ist die Bestimmung dem ersten Anscheine nach übereinstimmend mit § 41, al. 3, § 44, al. 1 J. N. und mit § 51 E. O.; in Wirklichkeit jedoch handelt es sich nicht um Beurtheilung und Berücksichtigung der Incompetenz des zur Bewilligung oder zum

²⁰⁾ Sie sind jedoch deshalb nicht aufgehoben (weil sie spätere Normen sind), sondern bestehen (vorläufig unnützerweise) fort; würde jedoch neuerlich das Processrecht ganz oder zum Theile neugestaltet werden, so würde dann die Frage auftauchen, ob sie aufgehoben werden oder bestehen bleiben (z. B. freie Beweiswürdigung).

²¹⁾ Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes hat in der gegenwärtigen Processgesetzgebung die Stelle des Gerichtsstandes des Vertrages eingenommen (Walker, Not. Z. 1898, S. 146; a. A. Hofer daselbst, S. 103); praktisch von Bedeutung ist übrigens bloß die Derogierung des § 88, al. 1 J. N., wohingegen für Ratengeschäfte unter Personen, welche ein Handelsgewerbe betreiben (§ 88, al. 2 J. N.) mit Rücksicht auf § 10 des Ratengesetzes und Art. 274 und 273, al. 1 Handelsgesetzbuch das Ratengesetz in den seltensten Fällen wird Anwendung finden können.

²²⁾ Das Ratengesetz perhorresciert nämlich nur die Prorogierung eines sonst „örtlich“ nicht zuständigen Gerichtes.

Vollzuge der Execution zuständigen Gerichtes, sondern um Beurtheilung und Berücksichtigung der Incompetenz des Erkenntnisgerichtes durch das zur Bewilligung oder zum Vollzuge der Execution zuständige Gericht. Auch diese Bestimmung wird durch Inkrafttreten der Civilprocessgesetze nicht berührt²³⁾; ebensowenig

§ 6, al. 3, welcher die Giltigkeit der stillschweigenden Prorogation (§ 104, al. 3 J. N.) von einer vorhergegangenen richterlichen Belehrung abhängig macht. Die Nichtigkeit der Verhandlung vor dem unzuständigen Gerichte ist demnach nur relativ, sie kann geheilt werden, doch nur unter der Cautel richterlicher Belehrung. Die Heilung kann auch im Executionsverfahren erfolgen, eine Ausnahme von § 51 E. O. liegt hierin nicht.²⁴⁾

Der Bestimmung des § 7, al. 1 gemäß welchem in Rechtsstreitigkeiten aus Ratengeschäften stets das Summarverfahren stattfindet, liegt die Absicht zugrunde, ein möglichst freies Verfahren für solche Streitigkeiten zu bestimmen und insbesondere in Betreff der „Neuerungen“ (nova) mindere Strenge walten zu lassen (§ 25, al. 2 des Hofd. vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906 a sontr. §§ 47, 53 a. G. O.) Das neue Verfahren ist nun ein vom Formalismus noch freieres als es das Summarverfahren war und bezüglich neuer Umstände gilt nun § 179 C. P. O. Die Bestimmung des § 7, al. 1 ist demnach bedeutungslos geworden, und dies umsomehr, als die Gerichte nach dem Inkrafttreten der Civiprocessordnung ein Verfahren nach dem Summarpatente überhaupt nicht mehr einleiten können.²⁵⁾

²³⁾ Auch durch die später publicierte Executionsordnung geschah keine Änderung, weil es sich eben gar nicht um die Zuständigkeit des Executionsgerichtes handelt und übrigens die Materie der Prüfung der Zuständigkeit (auch für das Executionsverfahren) ex professo in der Jurisdictionsnorm behandelt wird (Marginalrubrik zu § 41 fg. J. N.).

²⁴⁾ Die freiwillige Unterwerfung des Käufers unter einen anderen Gerichtsstand (als den des Wohnsitzes) kann nach vorheriger richterlicher Belehrung gewiss auch im Executionsverfahren erfolgen, allein es handelt sich da bloß um Sanierung der Nichtigkeit des Erkenntnisverfahrens, nicht um die Wahl eines Gerichtsstandes, welcher nach den Bestimmungen der Executionsordnung unzuständig wäre.

²⁵⁾ Art. II E. G. z. C. P. O. gilt hier allerdings nicht; allein auch ohne denselben kommt man zu dem obigen Resultate und entgeht auch dem Wider-

Gemäß § 7, al. 2 finden die Vorschriften über Sicherheitsleistung für Gerichtskosten keine Anwendung; es ist dies ein weiterer Fall zu den in § 57, al. 2, Z. 1—4 C. P. O. aufgezählten Fällen der Befreiung von der actorischen Caution.²⁶⁾

Die Bestimmung des § 8, al. 1 ist durch das Inkrafttreten des § 272 C. P. O. nur theilweise gegenstandslos geworden. Laut § 272 C. P. O. hat zwar das Gericht nach freier Überzeugung zu beurtheilen, ob eine thatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht, es wird jedoch ausdrücklich die Beschränkung hinzugefügt: sofern in diesem Gesetze (C. P. O.) nicht etwas anderes bestimmt ist. Diese Beschränkung ist nun bezüglich der Rechtsstreitigkeiten aus Ratengeschäften durch § 8, al. 1 derogiert; insbesondere gilt daher für Raten-geschäfte nicht die Bestimmung des § 294 C. P. O., dass eine von dem Aussteller unterschriebene oder mit legalisiertem Handzeichen versehene Privaturkunde „vollen“ Beweis dafür begründet, dass die in derselben enthaltene Erklärung von dem Aussteller herrührt.²⁷⁾

Über § 8, al. 2 sieh bei § 887 a. b. G. B.

2. Verhältnis der Executionsordnung zum Gesetze vom 7. Juli 1896, R. G. Bl. Nr. 140, betreffend die Einräumung von Nothwegen. Dieses Gesetz wurde am 4. August 1896 publiciert und trat mit dem Tage seiner Kundmachung, mithin vor dem Inkrafttreten der Executionsordnung in Wirksamkeit (§ 28 d. G.); Berührungspunkte mit dem in der Executionsordnung behandelten Rechtsstoff ergeben sich in §§ 20 und 21.

sprache, den Hofer (Not. Z. 1898, S. 177) mit Recht darin erblickt, wenn man bezüglich § 6 des Ratengesetzes die Jurisdictionsnorm als das frühere Gesetz ansieht, § 7, al. 1 dagegen durch Art. II E. G. z. C. P. O. für abgeändert erachtet.

²⁶⁾ Walker, Not. Z. 1898, S. 146, 152 (§ 7, al. 2 bildet ein Äquivalent für die Ausschließung des forum contractus und des forum prorogatum).

²⁷⁾ Gerade diese Folge ist praktisch wichtig, denn es soll eben durch die bloße Unterschrift noch nicht voll bewiesen sein, dass auch der ganze Context des Ratenbriefes von dem Unterfertigten herrührt, d. i. dass er die Reproduction eines dem Aussteller eigenen (oder von ihm wenigstens recipierten) psychischen Inhalts enthält. Ich kann daher Walker (Not. Z. 1898, S. 152) nicht völlig beistimmen, wenn er § 8, al. 1 durch § 272 C. P. O. überhaupt für gegenstandslos geworden erklärt. Gegenstandslos ist er nur, soweit auch sonst im Civilprocess freie Beweiswürdigung gilt. Auch die Beweiskraft öffentlicher Urkunden ist übrigens durch § 8, al. 1 aufgehoben.

Gemäß § 20 sind Nothwegdienstbarkeiten im Falle der Zwangsveräußerung des dienstbaren Gutes als eine Last dieses Gutes aufrechtzuerhalten und an den neuen Ersterer ohne Anrechnung auf den Kaufpreis zu überweisen. Diese Bestimmung bildet eine Ausnahme von § 150 E. O., da es bezüglich der Nothwegdienstbarkeit gleichgiltig ist, ob dieselbe dem Befriedigungsrechte oder dem Pfandrechte des betreibenden Gläubigers vorgeht oder nicht, was sonst für die Aufrechterhaltung von Bedeutung wäre.

Während § 20 die Belastung des dienenden Grundstückes betrifft, bezieht sich § 21 auf die anlässlich der Errichtung des Nothweges etwa erfolgte Belastung der herrschenden Liegenschaft mit einem Entschädigungsanspruche; diesem pfandrechtlich sichergestellten Entschädigungsbetrage gebürt nach § 21 der Vorrang²⁸⁾ vor allen anderen auf dem Pfandobjecte haftenden Forderungen nach den landesfürstlichen Steuern und sonstigen Abgaben. Dieser Anspruch geht wohl auch den in § 216, al. 1, Z. 3 E. O. genannten Lohnforderungen vor.

3. Verhältnis der Executionsordnung zum Gesetze vom 6. Juli 1896, R. G. Bl. Nr. 144 über Meliorationsdarlehen. Dieses Gesetz wurde am 12. August 1896 publiciert und trat mit dem fünfundvierzigsten Tage nach seiner Kundmachung in Wirksamkeit, mithin vor dem Inkrafttreten der früher als dieses Gesetz publicierten Executionsordnung. Der Einfluss dieses Gesetzes auf die Executionsordnung ist ein dem Einflusse des vorigen Gesetzes ähnlicher. Es handelt sich wieder um die Übernahme durch den Ersterer und um den Vorrang.

Die Bestimmung des § 5, al. 2, dergemäß die durch die Gewährung des Meliorationsdarlehens begründeten Rechte und Pflichten von rechtswegen auf den neuen Erwerber übergehen, bildet eine Ausnahme von § 150 E. O., ebenso die Anordnung desselben § 5, al. 2, dass zuwiderlaufende Bestimmungen der Versteigerungsbedingungen unwirksam sind.²⁹⁾

Im Falle der Zwangsversteigerung genießt die Meliorationsrentenforderung in dem in § 6, al. 1 u. 2, § 8, al. 2 u. 3 bezeich-

²⁸⁾ Der Nothwegdienstbarkeit selbst gebürt kein Vorrang, ihr Bestand ist durch § 20 gesichert.

²⁹⁾ Mit Rücksicht auf den der Meliorationsrente zustehenden Vorrang und § 150 E. O. ist die erstere Bestimmung von geringerer Wichtigkeit als die zweite.

neten Umfange den in § 1 bestimmten Vorrang und kommt wohl wie der Entschädigungsanspruch für den Nothweg zwischen Z. 2 und Z. 3 des § 216 E. O. zur Zahlung.³⁰⁾ Der den Vorrang nicht genießende Theil der Rentenforderung hat die Rangordnung der bürgerlichen Eintragung (§ 8, al. 4).³¹⁾

Die Rentenforderung ist bloß in ihr Pfandobject exequierbar (§ 5, al. 1). Diese Bestimmung ist nicht sowohl eine Ausnahme von § 14 E. O.³²⁾, denn § 14 E. O. bestimmt nicht und kann nicht bestimmen, dass auf Grund eines jeden Executionstitels die gleichzeitige Anwendung mehrerer Executionsmittel gestattet ist, sondern es wohnt ihm die selbstverständliche Bedingung inne, dass die Anwendung mehrerer Executionsmittel und insbesondere die Heranziehung mehrerer Executionsobjecte nach der Beschaffenheit des exequierten Rechtes möglich ist.³³⁾ Auch ist die Bestimmung des § 5, al. 1 nicht als Ergänzung zu § 465 a. b. G. B.³⁴⁾ zu bezeichnen, denn § 465 a. b. G. B. hat bloß Bestimmungen (der Processgesetze) vor Augen, gemäß welchen der Gläubiger andere Vermögensstücke des Schuldners erst bei Unzulänglichkeit des Pfandes in Execution ziehen darf³⁵⁾, während nach § 5, al. 1 die Execution in andere Objecte (aus materiellrechtlichen Gründen) überhaupt ausgeschlossen ist. Vielmehr ist die Bestimmung des § 5, al. 1 als Ausnahme von § 464,

³⁰⁾ Trifft der Entschädigungsanspruch für einen Nothweg mit der Meliorationsrente zusammen, so concurrieren sie in derselben Rangordnung, doch muss die letztere nicht auch ersterer, den Beiträgen zu Wassergenossenschaften (§ 23 des Ges. v. 30. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 93) und den Darlehen zu Commassationszwecken (§ 44, al. 2 des Ges. vom 7. Juni 1883, R. G. Bl. Nr. 92), weichen (§ 1 Ges. üb. Mel. R.). Dass für die Rangordnung der Nothwegentschädigung und der Meliorationsrente untereinander entscheidend sein sollte, wann die Gesetze, auf denen der Vorrang eines jeden beruht, entstanden oder in Wirksamkeit getreten sind (wie im Comm. z. E. O. ad § 216 G. H. 1900, S. 419 angenommen wird), leuchtet mir nicht ein.

³¹⁾ Dies gilt gewiss auch im Falle des § 6, al. 2, wo nur von Beschränkung des Vorzugsrechts, nicht auch des Pfandrechtes die Rede ist.

³²⁾ Schauer, E. O., Anhang III, N. 1 ad § 5.

³³⁾ So kann auf Grund eines Urtheils über eine Hypothekarklage auch nur die Execution in ein bestimmtes Object geführt werden, ebenso auf Grund eines Urtheils auf Übergabe einer res in specie (und man kann hierin doch keine Ausnahmen von § 14 E. O. erblicken).

³⁴⁾ Schey, a. b. G. B. ad § 465.

³⁵⁾ Ofner, II, S. 379 nach § 177, S. 532, § 452 u. § 456.

Satz 1 a. b. G. B. anzusehen; denn obzwar eine Darlehensforderung gegen den Grundeigenthümer besteht³⁶⁾, kann doch die Nachzahlung des bei der Pfandrealisierung sich etwa ergebenden Ausfalls nicht erzwungen werden.³⁷⁾

Die in § 7 vorgesehene Zwangsverwaltung ist dies nicht im Sinne der Executionsordnung, sondern im Sinne des Patentgesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208³⁸⁾; competent ist das Gericht der bürgerlichen Einlage (§ 9, al. 1), nicht das zur Executionsbewilligung zuständige Gericht.

4. Verhältnis der Civilprocessordnung zur Executionsordnung. Die Civilprocessordnung wurde am 9. August 1895, die Executionsordnung am 6. Juni 1896 publiciert, beide traten am 1. Jänner 1898 in Wirksamkeit. Die Executionsordnung ist als das spätere Gesetz anzusehen.³⁹⁾

Die hierher gehörige Frage über das Verhältnis der Bestimmungen der Executionsordnung über einstweilige Verfügungen (§§ 378 flg.) zu den Bestimmungen der Civilprocessordnungen über einstweilige Verfügungen im Verfahren über Besitzstörungsklagen (§§ 456, 458 C. P. O.) wird bei §§ 341, 347 a. b. G. B.; die Frage über den Einfluss der Executionsordnung auf die Bestimmungen der Civilprocessordnung über die Execution in Bestandsachen (§§ 568, 573 C. P. O.) bei §§ 1098, 1109 a. b. G. B. behandelt.

5. Verhältnis der Civilprocessordnung zum Gerichtsorganisationsgesetz vom 27. November 1896, R. G. Bl. Nr. 217. Das letztere trat zwar gleichzeitig mit der ersteren in Kraft (§ 98), wurde jedoch später (am 5. December 1896) publiciert.

³⁶⁾ Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 268, N. 2a.

³⁷⁾ Die Stellung des Darlehensgläubigers in betreff der Execution ist hier eine ähnliche wie die des Gläubigers im Falle des § 1483 a. b. G. B. nach Verjährung der Forderung oder wie die Stellung eines Gläubigers, der freiwillig auf seine Forderung, soweit sie aus dem Pfande nicht realisiert werden kann, verzichtet hat. Vgl. Heyrovský, G. Z. 1875, Nr. 95—97; Tilsch, Zástava, S. 20, 21.

³⁸⁾ Schauer, E. O., Anhang III, N. 1 ad § 7. Vgl. auch § 3, al. 3, Satz 1 des Ges. über Melior.-Darl.

³⁹⁾ Dass das später publicierte Gesetz bei gleichzeitig in Kraft tretenden Gesetzen als das spätere anzusehen ist, bestreitet auch Petschek (J. V. J. S. 1898, S. 145) nicht, obzwar er bei nicht gleichzeitig in Kraft tretenden Gesetzen (unter Berufung auf Krasnopolski und Walker) den Zeitpunkt der Wirksamkeit entscheiden lässt.

Es ist das spätere Gesetz und § 37, Z. 6, gemäß welchem die Entscheidung über die Processkosten, falls die Klage vor oder bei der ersten Tagsatzung zurückgenommen wird, keiner Beschlussfassung des Senates bedarf, derogiert der Bestimmung des § 237, al. 3 C. P. O., Satz 2.

b) Einfluss der Civilprocessgesetze auf vorwiegend materiellrechtliche Gesetze.

Um den Einfluss eines neuen Gesetzes auf ein altes in Kürze zu kennzeichnen, bedient man sich gewöhnlich des Satzes: *Lex posterior derogat priori*. Allein dieser Satz besagt nur Selbstverständliches und auch dieses in mangelhafter Weise. Die Charakterisierung (Kennzeichnung) der betreffenden zwei Gesetze als posterior und prior ist nämlich höchst ungenügend; denn es leuchtet ohneweiters ein, dass nicht jedes neue Gesetz jedes alte aufhebt oder abändert. Deshalb wird jene Regel gewöhnlich durch die Aufstellung des weiteren Erfordernisses ergänzt, dass das neue Gesetz denselben Gegenstand wie das alte haben, betreffen, behandeln, regeln müsse (vgl. auch Art. I, al. 2 der Einf.-Gesetze z. J. N., C. P. O., E. O.).

Die reine Aufhebung einer Rechtsnorm oder die Ersetzung derselben durch eine andere ist jedoch nur die grösste Art des Einflusses eines neuen Gesetzes auf ein altes, derselbe kann feinere Gestaltungen annehmen. Gewiss muss auch da irgend eine Beziehung zwischen beiden Gesetzen bestehen, doch braucht es eben diejenige nicht zu sein, dass beide Gesetze denselben Gegenstand regeln.

Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch⁴⁰⁾ hat schon seiner Bestimmung und seinem Titel nach, vornehmlich materielles Civilrecht, die Civilprocessgesetze dagegen haben Processrecht zum Gegenstande. Der hauptsächlichste Gegenstand beider ist daher nicht nur kein gleicher, sondern die beiden Gegenstände gehören sogar den zwei verschiedenen Hauptgebieten, nämlich des privaten und des öffentlichen Rechtes an, indem das mate-

⁴⁰⁾ Was hier vom allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch gesagt wird, gilt der Hauptsache nach auch von den übrigen Gesetzen mit vorwiegend oder zum großen Theile materiellrechtlichem Inhalte, so vom Handelsgesetzbuch, der Wechselordnung, dem Anfechtungsgesetze u. s. w.

rielle Civilrecht zum ersteren, das Civilprocessrecht hingegen zum letzteren zu zählen ist.⁴¹⁾

Und doch gibt es auch einen Einfluss, welcher durch Normen des Processrechtes auf Normen des Civilrechtes ausgeübt wird. Um denselben zu erkennen, müssen wir die Civilrechtsnorm, welche in ihrem Ganzen, dem Inhalte und Charakter nach, uns von der Processrechtsnorm völlig verschieden erscheint, zerlegen und dann in ihren Theilen die Beziehungen suchen.

Jede wahre Privatrechtsnorm knüpft an gewisse Erfordernisse gewisse Folgen, Rechtsfolgen; sie ist ein hypothetisches Urtheil. Wenn ein bestimmter Thatbestand vorliegt, tritt diese oder jene Rechtsfolge ein. Jede Privatrechtsnorm können wir demnach zerlegen in die Bestimmung eines gewissen Thatbestandes und in die Bestimmung gewisser von demselben abhängiger Rechtsfolgen, d. i. in den Vor- und den Nachsatz des hypothetischen Urtheils. Nach dieser Zerlegung zeigen sich die gesuchten Beziehungen.

Unter den die Entstehung privatrechtlicher Folgen bedingenden Thatbeständen finden wir nämlich auch Gegenstände, welche vom Processrechte näher bestimmt werden. Zu diesen Thatbeständen gehören auch processuale Geschehnisse, so hat z. B. die executive pfandweise Beschreibung, die Überweisung einer Forderung, die Anstellung der Klage, das Urtheil privatrechtliche Folgen.⁴²⁾ Werden daher diese dem Processrechte angehörenden Thatbestandselemente civilrechtlicher Folgen durch ein neues Processgesetz modificiert, werden neue derartige Thatbestandselemente eingeführt oder ältere aufgehoben, so ergibt sich dadurch auch ein Einfluss im Gebiete des Civilrechtes.

Allein nicht nur unter den Thatbeständen civilrechtlicher Rechtssätze, auch unter den civilrechtlichen Folgen — in dem Nachsatze des hypothetischen Urtheils — finden wir solche, welche vom Processrechte näher bestimmt werden; so beruft sich das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Betreff der Realisirung des Pfandrechtes ausdrücklich auf die Gerichtsordnung und die mit dem Bestande eines Pfandrechtes ver-

⁴¹⁾ Vgl. oben N. 7.

⁴²⁾ Vgl. insbesondere Ehrenzweig in Ght. Zt. XXV, S. 281 flg. (Der Einfluss des Rechtsstreites auf das streitige Recht.)

knüpften Rechtsfolgen richten sich demnach zum großen Theile nach den Processgesetzen.

Wie bereits angedeutet wurde, enthalten Gesetzbücher beinahe nie die in ihrem Titel angegebene Materie rein; so wurden auch in das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch zahlreiche processuale Vorschriften aufgenommen, es finden sich daselbst z. B. Bestimmungen über das Verfahren in Ehestreitigkeiten, in Besitzstreitigkeiten, ferner verschiedene Beweisvorschriften. Andererseits sind in den Civilprocessgesetzen materiellrechtliche Vorschriften enthalten, wie z. B. die Bestimmungen über die Unzulässigkeit freiwilliger Verpfändungen und Cessionen gewisser Forderungen, über Kündigungsfristen.

Schließlich kann es vorkommen, dass Aussprüche der Civilprocessgesetze für die Auslegung von privatrechtlichen Sätzen insofern von Bedeutung sein können, als aus ersteren erhellt, dass der Gesetzgeber eine vielleicht sonst bestrittene Ansicht über einen privatrechtlichen Satz seinem Spruche zugrunde legte.⁴³⁾ So dürfte aus § 3 C. P. O. zu ersehen sein, dass grundsätzlich das Recht der Heimat und nicht das Recht des Wohnsitzes des Ausländers als maßgebend für dessen persönliche Fähigkeit (§ 34 a. b. G. B.) vorausgesetzt wird.

Hienach lassen sich die Fälle des hier in Betracht kommenden Einflusses der Civilprocessgesetze nachstehenderweise eintheilen:

I. Fälle des Einflusses auf materielle Rechtsnormen.

1. Fälle, in welchen civilrechtliche Vorschriften in den Civilprocessgesetzen enthalten sind,
2. Fälle, in welchen der Thatbestand, aus welchem civilrechtliche Folgen entspringen, ganz oder zum Theil durch processuale Geschehnisse gebildet wird,
3. Fälle, in welchen civilrechtliche Folgen durch die Processgesetze näher bestimmt werden,

⁴³⁾ Vgl. Ehrenzweig in Ght. Zt. XXV, S. 281: Alte materiellrechtliche Controversen wurden erledigt: bald direct . . . bald indirect, wenn der Gesetzgeber veranlasst war, eine bestimmte Entscheidung zwar nicht zu geben, aber doch vorauszusetzen. Am häufigsten nehmen wir wahr, dass das neue Processrecht für die Lösung privatrechtlicher Controversen einzelne neue Argumente liefert oder beseitigt

4. Fälle, in welchen Aussprüche der Civilprocessordnung nur zur Auslegung materiellrechtlicher Vorschriften herangezogen werden.

II. Fälle des Einflusses auf processuale Vorschriften, welche (aus diversen Rücksichten) in sonst vorwiegend materiellrechtlichen Gesetzen enthalten sind.

Die Macht, welche den Civilprocessgesetzen in diesen fünf Gruppen zuzuschreiben ist, ist verschieden. Am stärksten ist dieselbe in der Gruppe II, weil diese ganz im Gebiete der Processgesetzgebung liegt und Fälle enthält, welche von den Civilprocessgesetzen ex professo behandelt werden. Es folgen: die Gruppe I 3, in welcher von der materiellrechtlichen Rechtsnorm geradezu (z. B. § 461 a. b. G. B.), und die Gruppe II 2, in welcher durch Nennung eines dem processualen Gebiete angehörigen Thatbestandselementes (z. B. § 1497 a. b. G. B.) auf die Civilprocessgesetze verwiesen wird. Diese Fälle enthalten nur mehr eine Beimischung processualer Elemente, und es muss bei Beurtheilung des Einflusses der neuen Civilprocessgesetze auch darauf Bedacht genommen werden, dass frühere Gesetze bei Verweisungen auf Civilprocessgesetze doch vorzugsweise bloß die alte Gerichtsordnung vor Augen haben konnten. In der Gruppe I 1 ist der Einfluss der Civilprocessgesetze auf das materielle Recht, wenn der Fall klarge stellt ist, zwar ein directer, doch sind die in diese Gruppe einzustellenden Fälle womöglich zu beschränken, denn es muss angenommen werden, dass ein Civilprocessgesetz eben bloß den Civilprocess zu regeln bestimmt ist und demselben daher in zweifelhaften Fällen eher ein geringerer als ein größerer Einfluss auf rein privatrechtliche Sätze zukommt.⁴⁴⁾ Die geringste Bedeutung äußern die Civilprocessgesetze in der Gruppe I 4. Außer dem ad I 1 angegebenen Grunde kommt noch die Unsicherheit hinzu, welche mit derartigen Rückschlüssen stets nothwendig verbunden ist.

Die Gruppe II (Einfluss auf verstreute processuale Bestimmungen) bedarf noch einiger Erörterung. Während die in den Civilprocessgesetzen verstreuten materiellrechtlichen

⁴⁴⁾ Vgl. Mandry, Civ.-rechtl. Inhalt der Reichsges. 1898, S. 307, N. 1: „Die Reichs-Civilprocessordnung beseitigt principiell nur processrechtliche, nicht auch civilrechtliche Normen.“

Bestimmungen gegenüber den Normen der das materielle Recht ex professo regelnden Gesetzbücher und Gesetze als Specialbestimmungen erscheinen werden und ihnen deshalb die Derogationskraft (im allgemeinen) nicht wird abgesprochen werden können, werden sich die in den Civilprocessgesetzen enthaltenen processualen Bestimmungen gegenüber den in vorwiegend materiellrechtlichen Gesetzen verstreuten processualen Bestimmungen (zumeist) als die allgemeineren darstellen.

Die verstreuten processualen Bestimmungen sind nämlich in der Regel nichts anderes als Ausnahmen von den allgemeinen Bestimmungen der alten Gerichtsordnungen und ihrer Nebengesetze. Nun geht die herrschende Meinung dahin, dass durch Aufstellung einer neuen Regel (Civilprocessgesetze) die Ausnahmen von der alten Regel (Gerichtsordnungen) im Zweifel nicht mit aufgehoben werden.⁴⁵⁾ Auf dem Standpunkte dieser herrschenden Lehre stehe ich nicht, vielmehr gebe ich der Ansicht den Vorzug, dass mit der Aufstellung einer neuen Regel im Zweifel auch die Ausnahmen von der alten Regel aufgehoben werden. Die Ausnahmen bilden mit ihrer Regel ein Ganzes, aber auch nur mit „ihrer“ Regel. Es kann zuvörderst im allgemeinen gar nicht angenommen werden, dass die mit Rücksicht auf eine alte Regel statuierten Ausnahmen auch Ausnahmen von einer anderen Regel werden bilden können. Man frage sich, ob von vornherein anzunehmen ist, dass Bestimmungen, welche im System des französischen Rechtes als Ausnahmsbestimmungen sich darstellen, auch dem System des englischen Rechtes gegenüber als Ausnahmen angewendet werden könnten. Die Wahrscheinlichkeit dürfte wohl dagegen sein. Was aber von räumlich nebeneinander geltenden Rechtssystemen gilt, muss auch von zeitlich nacheinander folgenden gelten.⁴⁶⁾ Insbesondere in unserem Falle, wo zwei

⁴⁵⁾ Thibaut, Civ. Abh., VII, S. 109; Unger, I, S. 105; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, I, § 19 bei und in N. 5; Petschek, J. V. J. S. 1898, S. 147; Walker, Not. Z. 1898, S. 152 und der von diesem N. 14 cit. Windscheid (Pand., I, § 31). Im bürgerlichen Gesetzbuch für Sachsen vom 2. Jänner 1863 wurde diese Ansicht zur gesetzlichen erhoben (§ 5).

⁴⁶⁾ Vgl. die Parallele zwischen der zeitlichen und räumlichen Herrschaft der (Process-) Gesetze bei Wach, Handbuch, I, § 17 (1885, S. 206): „Da Raum und Zeit nur verschiedene Erscheinungsformen des Seins sind, so stellen sich hier wie dort dieselben Grundfragen ein.“ Vgl. auch Affolter (Das intertem-

Civilprocesssysteme einander gegenüberstehen, welche auf verschiedenen Grundsätzen beruhen, müsste die Regel, dass alte processuale Ausnahmsbestimmungen, nämlich Bestimmungen, welche sich dem alten System gegenüber als Ausnahmen darstellen, aufrecht bleiben, zu den grössten logischen und praktischen Schwierigkeiten führen. Sofern man das Recht im objectiven Sinne überhaupt als ein logisch zusammenhängendes einheitliches Gebäude ansieht, muss man der Ansicht den Vorzug geben, dass durch eine neue Regel (mit etwaigen neuen Ausnahmen) die alte Regel sammt ihren etwaigen mit ihr (und nur mit ihr) ein Ganzes bildenden Ausnahmen fällt, falls nicht specielle Gründe für die Aufrechterhaltung gewisser Ausnahmsbestimmungen sprechen.

Die processualen Ausnahmsbestimmungen, welche in vorwiegend materiellrechtlichen Gesetzen enthalten sind, beziehen sich zumeist entweder auf ein abweichend von der allgemeinen Regel anzuwendendes Verfahren⁴⁷⁾ oder auf den Beweis, im letzteren Falle den allgemeinen Vorschriften gegenüber entweder gewisse Erfordernisse aufstellend⁴⁸⁾ oder den Beweis freier gestaltend.⁴⁹⁾ Was die auf die besonderen Verfahrensarten sich beziehenden Vorschriften betrifft, so wurden dieselben durch Art. II des E. G. z. C. P. O. aufgehoben; es gilt in den durch jene Vorschriften getroffenen Fällen nichts Besonderes mehr. Dasselbe würde gelten, auch wenn Art. II dies nicht ausgesprochen hätte. Die alten Ausnahmevorschriften sind durch die neue Regel beseitigt worden.

Auch von den speciellen Beweisvorschriften gilt dasselbe. Die Aufhebung der gewisse Erfordernisse des Beweises ein-

porale Privatrecht, 1901), welcher nach Muster des inter„nationalen“ Privatrechts ein inter„temporales“ construiert. Vgl. ferner § 713 a. b. G. B. (dazu jedoch Pfaff-Hoffmann, Comm., II, S. 268).

⁴⁷⁾ Z. B. § 107 a. b. G. B. (Ehescheidung), § 3 des Ges. vom 5. März 1869, R. G. Bl. Nr. 27 (Eisenbahnhaftpflicht), § 8 des Ges. vom 7. Juni 1883, R. G. Bl. Nr. 92 (Commassation), § 47 des Ges. vom 16. April 1884, R. G. Bl. Nr. 36 (Anfechtung).

⁴⁸⁾ Z. B. §§ 99, 100, 157, 158, 722, 1226 a. b. G. B.; § 49 Conc. O.; § 1, al. 3, Ges. vom 16. März 1884, R. G. Bl. Nr. 35 (Compensation im Concurse); § 48, al. 2 des Ges. vom 16. März 1884, R. G. Bl. Nr. 36 (Anfechtung).

⁴⁹⁾ Z. B. Art. 27, al. 2 Handelsges.; § 48, al. 1 des Ges. vom 16. März 1884, R. G. Bl. Nr. 36 (Anfechtung).

führenden Bestimmungen ergibt sich aus § 272, al. 1 C. P. O., demgemäß das Gericht, sofern in der Civilprocessordnung (und offenbar auch im Einführungsgesetze) nicht etwas anderes bestimmt ist, . . . nach freier Überzeugung zu beurtheilen hat, ob eine thatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht. Es gelten daher nur diejenigen Beweiserschwerungen, welche ausdrücklich aufrecht erhalten (z. B. Art. VI, Z. 1 E. G. z. C. P. O.) oder neu eingeführt (z. B. § 294 C. P. O.) wurden. Auch die den Beweis freier gestaltenden Bestimmungen sind jedoch aufgehoben, und zwar nicht nur soweit sie durch die Bestimmung des § 272, al. 1 C. P. O. ohnedies entbehrlich geworden sind, sondern auch soweit sie über dieselbe hinausreichen. Wo früher unbeschränkte freie Beweiswürdigung galt, gilt dieselbe jetzt nur „soweit in der Civilprocessordnung nicht etwas anderes bestimmt ist“. Auch hier beseitigt die neue Regel alte Ausnahmen.⁵⁰⁾

B. Einfluss auf erworbene subjective Rechte.

Die Frage der Einwirkung der Civilprocessgesetze auf die formelle Fortführung eines bereits anhängigen Verfahrens mag hier unerörtert bleiben⁵¹⁾ und nur die Frage des Einflusses auf erworbene materielle Rechte (im subjectiven Sinne) besprochen werden.

Processgesetze regeln die Art und Weise, wie ein materielles Rechtsverhältnis autoritativer Weise klargestellt und zwangsweise durchgeführt werden soll. Gleichgiltig ist es, ob das materielle Rechtsverhältnis vor oder nach Inkrafttreten neuer Processgesetze entstanden ist. Processgesetze regeln auch die Art der Klarstellung und Durchführung bereits

⁵⁰⁾ Im Anfechtungsprocesse gelten nun trotz § 48, al. 1 Anf. Ges. (welcher eben aufgehoben ist), die neuen Beweisvorschriften der C. P. O., insbesondere auch §§ 292—294; dafür ist aber auch § 48, al. 2 Anf. Ges. aufgehoben. (Ein Argument dafür liefert auch Art. II E. G. z. C. P. O.)

⁵¹⁾ Siehe insbesondere Pick in G. Z. 1898, S. 42 flg. (auch J. Bl. 1898, S. 54), welcher in den Übergangsbestimmungen der Civilprocessgesetze nicht das Princip des Schutzes wohlervorbener Rechte, sondern den „Grundsatz der formellen Anpassung“ findet (vgl. Art. XXXVI E. G. z. E. O.: „den Vorschriften der E. O. anzupassen“). Vgl. auch Mater. II, S. 279 (Pollak über Pick in Ght. Zt., XXV, S. 754). Ott, I, § 6, S. 11.

früher begründeter materieller Rechtsverhältnisse.⁵²⁾ Ihr materieller Inhalt wird dadurch nicht berührt; denn selbst dann, wenn der Anspruch auf gerichtlichen Schutz als Ausfluss des materiellen subjectiven Rechtes angesehen wird, geht doch dieser Anspruch gewiss nur dahin, dem materiellen Rechte nach Maßgabe der jeweilig geltenden formalen Vorschriften zur Geltung zu verhelfen.⁵³⁾ Allerdings können durch ein neues Processgesetz eingeführte Erschwerungen oder Erleichterungen der Rechtsverfolgung von großer praktischer Wichtigkeit sein, ein Einfluss auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses selbst liegt hierin nicht.

Deshalb liegt eine Verletzung wohlervorbener Rechte auch darin nicht, dass früher begründete (gemeine) Pfandrechte nur nach den Bestimmungen der Executionsordnung realisiert werden können. Der Pfandgläubiger erwirbt nämlich nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (§ 461) nur das Recht auf gerichtliche Realisierung nach Maßgabe der Gerichtsordnung, d. i. der jeweiligen Gerichtsordnung; sein Recht ist ein Blankettrecht, der Inhalt desselben ist der Anspruch auf Gestattung der gerichtlichen Realisierung, die Details der letzteren werden vom jeweiligen Processrechte bestimmt.⁵⁴⁾

Auch früher erworbene Pfandrechte sind demnach in Betreff der Pfandrealisierung allen Beschränkungen unterworfen, welche das neue Executionsgesetz statuiert, genießen aber auch alle Vorzüge des neuen Executionsverfahrens. Auch

⁵²⁾ Wach, Handbuch, I, § 18 (1885, S. 211): „Das (Process-) Gesetz beherrscht die in seine Zeit fallenden Prozesse und Processvorgänge, unangesehen ob ihr oder der Vorzeit das materielle, den Streitgegenstand bildende Rechtsverhältnis angehört. Darüber ist kein Streit.“ Vgl. Pfaff-Hofmann, Excuse, I, § 286 flg. und die daselbst angeführten Ansichten Mengers. Sieh auch Art. XXXI, al. 2 E. G. z. E. O.

⁵³⁾ Für diejenigen, die das Klagerecht unabhängig vom subjectiven Privatrecht construieren, ist die Begründung allerdings noch leichter. Vgl. Wach, l. c.: „Der Grund liegt in der Verschiedenheit des privatrechtlichen materiellen Anspruches und des publicistischen Rechtsschutzanspruches. Dieser ist in jenem nicht enthalten, er kann als Anspruch gegen den Staat nur gedacht werden gerichtet auf Gewährung der Rechtsschutzhandlung nach Maßgabe der jeweilig bestehenden Schutzordnung.“ Dasselbe, was Wach von seinem „Rechtsschutzanspruch“ behauptet, gilt auch von Degenkolbs publicistischem Klagerecht.

⁵⁴⁾ Welches Processgesetz zur Anwendung kommen soll, bestimmen die processualen Übergangsbestimmungen. Art. XXXII—XXXV E. G. z. E. O.

für alte Pfandrechte gelten somit die Bestimmungen über die Nichtberücksichtigung geringerer als der in §§ 151, 277 E. O. bestimmten Gebote⁵⁵⁾, über den Widerspruch mangels Deckung einer Vorhypothek (§ 184, Z. 8 E. O.⁵⁶⁾, über die Umwandlung der Zwangsversteigerung in Zwangsverwaltung (§ 201 E. O.), über den Vorrang der in § 216, Z. 3 E. O. bezeichneten Lohnforderungen u. s. w.

Verpfändbarkeit ist mit Pfändbarkeit nicht identisch, es gibt Gegenstände, welche zwar verpfändbar, jedoch nicht pfändbar sind.⁵⁷⁾ Nicht pfändbare, jedoch verpfändbare Gegenstände sind, wenn verpfändet, im Falle der Execution wie pfändbare zu behandeln. Umsoweniger können demnach neue (bloße) Executionsexemptionen bereits „ver“pfändete Gegenstände vor der Execution retten. Aber auch neue Bestimmungen, dass derartige Gegenstände nun auch von der freiwilligen Verpfändung ausgeschlossen sein sollen, können auf bereits verpfändete Gegenstände gemäß des hier (als bei einer reinmateriellrechtlichen Norm) eingreifenden § 5 a. b. G. B. nicht in Anwendung kommen. Dagegen werden Executionsexemptionen auch auf die Fortsetzung einer bloßen, nicht auf Grund eines Vertragspfandes eingeleiteten Execution anzuwenden sein, wenn auch die Pfändung vor dem Inkrafttreten der Executionsordnung stattfand, jedoch selbstverständlich nur dann, wenn nach den processualen Übergangsbestimmungen die Execution nach der neuen Executionsordnung fortzuführen ist.

Das giltig begründete vertragsmäßige (und auch sonstige nicht executive) Pfandrecht gibt das Recht, den Pfandgegenstand nach dem jeweilig geltenden Executionsverfahren, jedoch ungeachtet der zur Zeit der Begründung bestandenen oder später neu entstehenden Executionsexemptionen in Execution zu ziehen; das bloß executive Pfandrecht (ohne Vertragspfandrecht) dagegen ist nur als Beginn der Execution anzusehen,

⁵⁵⁾ Dagegen entschied laut Pick (G. Z. 1898, S. 44) das amerikanische Unions-Obergericht, dass ein Gesetz über Mindestgebot nur für zukünftige Verträge Geltung haben kann.

⁵⁶⁾ Vgl. hierüber ad § 464 a. b. G. B.

⁵⁷⁾ Stubenrauch ad § 448 a. b. G. B., Schey ad § 448 a. b. G. B. (Manz'sche Ausgabe). Man nehme den einfachen Fall der Verpfändung eines Eheringes, welcher nicht gepfändet werden könnte.

welche nach dem jeweiligen (laut der processualen Übergangsbestimmungen zur Anwendung kommenden) Executionsverfahren inclusive der Exemptionsbestimmungen fortgesetzt werden kann.⁵⁸⁾

Die Anwendung dieser Grundsätze ergibt Nachstehendes: Die Execution auf ein verpfändetes Ausgedinge kann ohne Rücksicht auf § 530 E. O. begonnen oder fortgesetzt werden, keineswegs aber die Execution auf ein bloß gepfändetes.⁵⁹⁾ Die Execution auf Bezüge der im öffentlichen Dienste stehenden Personen und ihrer Hinterbliebenen (Ges. v. 21. April 1882, R. G. Bl. Nr. 123), auf Bezüge aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnisse (Ges. v. 29. April 1873, R. G. Bl. Nr. 68), sowie auf Bezüge der im Privatdienst dauernd Angestellten und ihrer Hinterbliebenen, auf Pensionen, Provisionen, Unterhalts- und Erziehungsgelder, welche von Anstalten, Vereinen oder Gesellschaften an ihre Mitglieder und deren Hinterbliebene verliehen werden (Ges. v. 26. Mai 1888, R. G. Bl. Nr. 75) wegen Leistung des aus dem Gesetze gebührenden Unterhaltes kann ungeachtet der Bestimmung der Art. IX, Z. 8 u. 10 E. G. z. E. O. bis zur ganzen Höhe des Jahresbezuges geführt (begonnen oder fortgesetzt) werden, wenn für die aus dem Gesetze gebührende Unterhaltsforderung vor dem Inkrafttreten der Executionsordnung ein vertragsmäßiges Pfandrecht begründet worden war; wird jedoch bloß eine früher begonnene bloße Execution fortgesetzt, so kommt, falls nach den processualen Übergangsbestimmungen das neue Executionsverfahren zur Anwendung kommt, die Executionsexemption der Hälfte des Jahresbezuges zur Geltung.⁶⁰⁾

Die Bestimmung des Art. LI E. G. z. C. P. O., gemäß welcher auch gegen Endurtheile, welche vor dem Inkrafttreten der Civilprocessordnung erflossen sind, die erst in der Civilprocessordnung geregelte Nichtigkeitsklage (§ 529 C. P. O.) statthat, beruht offenbar auf der Anschauung, dass dem

⁵⁸⁾ Dies ein weiterer Unterschied zwischen vertragsmäßigem und executivem Pfandrechte (vgl. Demelius, Pf. R. an bew. S., 1897, S. 31 flg.), ohne dass dem letzteren doch die Pfandrechtsqualität gänzlich abgesprochen werden könnte.

⁵⁹⁾ Die Verpfändung eines Ausgedinges ist auch jetzt nicht unzulässig (ebenso die Vorrangerräumung vor einem Ausgedinge).

⁶⁰⁾ Vgl. Pick, l. c. S. 50 (dann Mandry, § 21, IV, S. 254).

Urtheil nur declarative Bedeutung zukommt, dass durch das Urtheil nur das zugrunde liegende Rechtsverhältnis klargestellt, nicht aber ein neues Rechtsverhältnis geschaffen wird.⁶¹⁾ Hauptsächlich wohl aus diesem Grunde erschien dem Gesetzgeber ein bloß auf ein nichtiges Urtheil begründete Recht nicht als ein wohlervorbenes. Die Nichtigkeit ist übrigens nach den früheren Processgesetzen zu beurtheilen⁶²⁾, es wird nur ein Mittel gewährt, diese Nichtigkeit nach beendetem Erkenntnisverfahren geltend zu machen.⁶³⁾

Die bisher behandelten Bestimmungen der Civilprocessgesetze sind demnach (zum wenigsten was materielle Rechte anbelangt) nicht als dem § 5 a. b. G. B. und den bisher herrschenden Ansichten über Nichtrückwirkung der Gesetze zuwiderlaufend aufzufassen. Ebenso wenig sind dies die Bestimmungen des § 172, al. 2 E. O. und des Art. XXXVII E. G. z. E. O. In beiden Fällen handelt es sich um eine Erschwerung der Geltendmachung, nicht um kraft des neuen Gesetzes allein erfolgenden Rechtsverlust. Eine Abweichung von den früher herrschenden Grundsätzen über die Rückwirkung von Gesetzen ist in den beiden Bestimmungen nicht enthalten. Im ersten Falle wird das Vorzugsrecht der öffentlichen Abgaben an die rechtzeitige Anmeldung, demnach nur an eine im Willen des Gläubigers gelegene Bedingung geknüpft.⁶⁴⁾ Im zweiten Falle

⁶¹⁾ In den seltenen Fällen constitutiver Wirkung von Urtheilen (welche jedoch in diesen Fällen eigentlich nur „in die Processform eingekleidete Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ sind — Stein, G. Z. 1897, S. 68), kann durch die Nichtigkeitsklage allerdings auch das durch das Urtheil erst geschaffene Rechtsverhältnis umgestoßen werden.

⁶²⁾ So der Nichtigkeitsgrund des § 529, Z. 1, nach § 52 Ges. Instr. vom 3. Mai 1853, R. G. Bl. Nr. 81, derjenige des § 529, Z. 2 nach Hfd. v. 4. Juni 1789, J. G. S. Nr. 1015, lit. f.

⁶³⁾ Die Nichtigkeitsklage war übrigens auch früher nicht unbekannt. Vgl. Ullmann, C. P. R. 1887, § 122 i. f., S. 447. Über die Restitutionsklage gegen frühere Urtheile vgl. auch Entsch. d. deutsch. R. G., IX, Nr. 105.

⁶⁴⁾ Krainz-Pfaff, I, § 19, N. 15: Zweifelhaft ob § 1335 zurückwirke? Bejaht in der Plenarentsch. Sammlg. Nr. 389. Man kann sie durch die Erwägung rechtfertigen, dass es eigentlich keine Rückwirkung ist, wenn ein neues Gesetz den Fortgenuss eines bereits bestehenden Rechtes an eine Potestativbedingung (eine solche enthält § 1335) knüpft, dadurch wird das fragliche Recht nicht zerstört, sondern dem Berechtigten nur eine neue Verpflichtung auferlegt und die Nichterfüllung derselben mit Sistierung des Fortgenusses bedroht.

wird die Jahresfrist des § 256, al. 2 E. O., an welche die Geltendmachung des executiven Mobilar-Pfandrechtes beschränkt ist, auch auf ältere executive Pfandrechte bezogen. Ein unmittelbarer Verlust des Rechtes wird auch hier nicht ausgesprochen, sondern dem Gläubiger die Möglichkeit belassen, sein Recht auszuüben. Allerdings wird er zeitlich beschränkt, er muss sich mehr beeilen, als er es früher nöthig gehabt hätte, aber eine solche Beschränkung älterer Rechte war auch früher bekannt. Ich verweise auf das Kundmachungspatent zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Abs. VI. Neuere kürzere Verjährungsfristen werden daselbst auch auf bereits erworbene Rechte für anwendbar erklärt, nur hat die neue kürzere Verjährungsfrist erst vom Tage der Wirksamkeit des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches an zu laufen. Die letztere zu Gunsten des Berechtigten beigefügte Bestimmung enthält nun bezüglich der Frist des § 256, al. 2 E. O. auch Art. XXXVII E. G. z. E. O. ⁶⁵⁾

Der Satz, dass Processgesetze (soweit sie eben wirklich „processrechtliche“ Bestimmungen enthalten) sogleich eingreifen, selbst wenn das materielle Rechtsverhältnis, um das es sich im Prozesse handelt, früher entstanden ist, gilt auch bezüglich des Beweises der für das Rechtsverhältnis relevanten That-sachen. ⁶⁶⁾ Hier soll deshalb noch die Frage behandelt werden, welchen Einfluss der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 272, al. 1 C. P. O.) auf die Beweiskraft der bereits existierenden Beweismittel hat. ⁶⁷⁾ Selbst unter der Herrschaft des alten Process-

⁶⁵⁾ Auch infolge einer durch ein neues Gesetz eingeführten kürzeren Verjährungsfrist muss sich der Gläubiger mehr beeilen, als er dies früher hätte thun müssen, ebenso jetzt bei der Präclusivfrist des § 256, al. 2 E. O. Über das sofortige Eingreifen neuer kürzerer Verjährungsfristen vgl. auch Entsch. d. deutsch. R. G. XII, Nr. 1 (insbes. S. 7) Nr. XXIV, Nr. 53 (S. 271).

⁶⁶⁾ Unger, I, § 21, III D. (S. 139): Die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Beweismittel (neuer Obligationen) richten sich nach den Gesetzen zur Zeit der Beweisführung. Vgl. Pfaff-Hofmann, Excuse, I, S. 289, N. 19a (Menger, S. 201) u. S. 173, N. 27; dagegen jedoch auch Pfaff-Hofmann, Excuse, I, S. 171 flg. und Hofer, Not. Z. 1897, S. 69.

⁶⁷⁾ Die von Pfaff-Hofmann an letztgenanntem Orte (S. 172) angeführten Ausnahmen vom sofortigen Eingreifen der Beweisvorschriften (Zulassung einer einzigen Art von Beweisführung, Abhängigmachung des Urkundenbeweises von einer gewissen Form, Erhöhung der Beweiskraft einer Urkunde) kommen bei Besprechung des Einflusses der Civilprocessordnung nicht in Betracht, weil es sich da gerade um das Gegentheil handelt (Zulassung jeglicher Art von Beweis-

rechtes entstandene Beweismittel behalten nicht die ihnen nach dem alten Rechte etwa zukommende Beweiskraft, ebensowenig als unter der Herrschaft eines fremden Rechtes entstandene Beweismittel ihre Beweiskraft dem inländischen Richter gegenüber bethätigen können. Für die Beurtheilung der Beweiskraft eines Beweismittels kommt lediglich der Zeitpunkt in Betracht, in welchem der Richter die Beweiskraft auf sich einwirken lassen soll; ja es kann behauptet werden, dass dem Beweismittel früher überhaupt eine Beweiskraft nicht zukommt. Gegen wen sollte sie vorher wirken? ⁶⁸⁾ Dies gilt insbesondere auch von Urkunden. Ebensowenig als die fortdauernde Existenz zweier classischer Zeugen, deren Aussage im alten Process vollen Beweis bewirkt hätte, dem Beweisführer im neuen Process denselben Effect garantiert, ebensowenig thut dies die fortdauernde Existenz einer nach früherem Rechte beweiskräftigen Urkunde. Die Beweiskraft ist eben weder in dem einen noch in dem anderen Falle zur Existenz gelangt (oder zum wenigsten nicht wirksam geworden). Ja selbst eine noch nach altem Prozesse vorgenommene Abhörung zweier oder noch so vieler classischer Zeugen zum ewigen Gedächtnisse wird dem Richter im neuen Prozesse keinen Überzeugungszwang auflegen, umsoweniger demnach eine Urkunde, bezüglich welcher keine ähnliche gerichtliche Procedur nach früherem Rechte vorgenommen wurde.

Dass derjenige, welcher sich unter der Herrschaft des alten Rechtes eine Urkunde ausstellen ließ, welche in einem eventuellen Prozesse nach diesem Rechte beweiskräftig gewesen wäre (und auch derjenige der eine rechtlich relevante Handlung mit Fleiß vor zwei sogenannten classischen Zeugen vornahm), in seiner Erwartung, die eventuelle Beweis„kraft“ werde ewig währen, ein wenig enttäuscht wird ⁶⁹⁾, ist richtig;

Möglichkeit des Urkundenbeweises ohne Beobachtung einer gewissen Form, Herabminderung der Beweis„kraft“ der Urkunden).

⁶⁸⁾ Die Beweis„kraft“ ist gegen den Richter gerichtet, ihn zwingt sie zum Fürwahrhalten (zu Gunsten des Probatan, zu Ungunsten des Probatan).

⁶⁹⁾ Die Enttäuschung ist in der That gering, denn dem früher in einer gewissen Hinsicht beweiskräftigen Beweismittel wird durch Einführung der freien Beweiswürdigung noch keineswegs die Beweistauglichkeit entzogen, und ein Beweismittel, welchem das frühere Processrecht Beweis„kraft“ beigelegt, wird gewiss

ebenso richtig jedoch, dass hiedurch kein erworbenes Recht verloren geht, und zwar weder ein materielles (wie selbstverständlich) noch ein processuales, denn der processuale Anspruch auf Fürwahrhalten seitens des Richters erwächst nicht bereits mit der Ausstellung einer Urkunde oder der Beiziehung von Zeugen, sondern erst mit der Durchführung der Beweise im Prozesse.⁷⁰⁾

§ 8. Authentische Interpretation.

Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären. Als authentische Erklärungen in diesem Sinne können aber weder die Motive der Regierungsvorlage oder die Materialien überhaupt⁷¹⁾, noch die späteren Erklärungen des Justizministeriums (insbesondere die Verordnung vom 3. December 1897, Z. 25.801, J. M. V. Bl. Nr. 44, betreffend „Beantwortung der Fragen, welche dem Justizministerium über Bestimmungen der neuen Processgesetze vorgelegt wurden“) angesehen werden.

Eher könnte authentische Interpretation früherer Gesetze durch die Civilprocessgesetze in den oben ad § 5 A b bei und in Note 43 erwähnten Fällen (I 4) angenommen werden, doch wird zumeist die nöthige Absicht, die Streitfrage ex professo zu entscheiden, fehlen.⁷²⁾

schon vermöge seiner Beschaffenheit auch bei freier Beweiswürdigung eine hervorragende Überzeugungsmacht besitzen, welche eventuell noch durch den Umstand verstärkt wird, dass das Beweismittel von den Parteien bewusstermaßen als vollbeweiswirkendes angenommen wurde (*preuve préconstituée* — Schuster, G. Z. 1895, S. 3).

⁷⁰⁾ Wenn jemand von seinem Schuldner unter der Herrschaft des früheren Processrechtes ein außergerichtliches Geständnis vor zwei Zeugen entgegennahm, so hat er hiedurch noch kein (Beweis-) Recht erworben, obzwar er, wenn der Beweis nach früherem Rechte durchgeführt worden wäre, den Effect der vollen Beweiskraft für sich gehabt hätte (§§ 110, 137 a. G. O.), während gegenwärtig gewiss auch in diesem Falle §§ 266, al. 3, 272, al. 1 C. P. O. gelten. Ein innerer Unterschied zwischen diesem Falle (eines mündlichen außergerichtlichen Geständnisses) und der Ausstellung einer Beweisurkunde (eines schriftlichen außergerichtlichen Geständnisses) ist nicht vorhanden.

⁷¹⁾ Vgl. Beck, Fünf Capitel, § 8: „schwankende Vorstellungen der Gesetzesberater“. Jedoch selbst wenn die Motive klargelegt werden können, liefern sie keine jedenfalls verbindliche Interpretation, ebensowenig als die Entscheidungsgründe eines Urtheils in Rechtskraft erwachsen.

⁷²⁾ Vgl. auch Unger, I, S. 98 bei N. 9.

§ 9. Dauer des Gesetzes.

Sieh ad § 5 A b.

§ 10. Gewohnheiten.

Die Civilprocessgesetze haben die Geltung des Gewohnheitsrechtes nicht erweitert, insbesondere betrifft § 271 C. P. O. nur dasjenige Gewohnheitsrecht, welche nach anderweitig geltenden Grundsätzen zu berücksichtigen ist.⁷³⁾ Die Civilprocessordnung selbst beruft sich auf Ortsgewohnheiten in den §§ 560, Z. 2 und 573, al. 2, laut welcher für die Fristen zur Aufkündigung eines Bestandvertrages bezüglich der in § 560 princ. C. P. O. genannten Sachen und für die Fristen zur Räumung dieser Bestandgegenstände mangels eines besonderen Einkommens oder besonderer Vorschriften Ortsgewohnheiten maßgebend sind. Die Postlocierung solcher Ortsgewohnheiten nach den besonderen Vorschriften, welche im bloßen Verordnungswege erfolgen (Art. XI, Z. 1 E. G. z. C. P. O.), lässt es umso zweifelhafter erscheinen, ob hier Gewohnheitsrecht im technischen Sinne anzunehmen ist.⁷⁴⁾ Gewiss liegt ein solches nicht vor in den Fällen der §§ 117 C. P. O.; 25, al. 3; 71, Z. 3; 95, 171, 342 E. O.⁷⁵⁾ Auch § 364 C. P. O. bezieht sich (schon dem Wortlaute nach) bloß auf „geschäftliche Gebräuche“, da bezüglich des „Gewohnheitsrechtes“ schon im § 271 C. P. O. vorgesorgt ist.

Der Charakter des Gewohnheitsrechtes als Rechtsquelle rechtfertigt es vollkommen, dass dasselbe bezüglich der Feststellung im Prozesse mit zu beweisenden Thatsachen nicht gleich behandelt wird. Das Gesetz spricht richtig von „Ermittlung“ des Gewohnheitsrechtes (§ 271, al. 2 C. P. O.) und nicht vom Beweise desselben. Das Gericht kann zwar den

⁷³⁾ Ott, I, § 3, S. 7; Mater, I, S. 299: „etwa zu berücksichtigende Gewohnheitsrechte“. Vgl. auch die Fassung des § 364 (in Fällen, in welchen das Bestehen von geschäftlichen Gebräuchen in Frage kommt).

⁷⁴⁾ In § 2, lit. b der k. Verord. v. 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213, war die „besondere Ortsgewohnheit“ vor den „darüber erlassenen Vorschriften“ (anscheinend jedoch als mit denselben concurrierend) genannt. Die gegenwärtige Fassung ist in dieser Hinsicht jedenfalls klarer.

⁷⁵⁾ Ott, I, l. c.

Parteienbeweis benutzen, kann jedoch auch alle nöthig scheinenden Erhebungen von amtswegen einleiten.⁷⁶⁾ Insbesondere macht das Geständnis der Parteien, welches bezüglich thatsächlicher Angaben den Beweis entbehrlich macht (§ 266. al. 1 C. P. O.), die auf eine überzeugende Weise durchzuführende Feststellung des Gewohnheitsrechtes nicht entbehrlich.⁷⁷⁾

Über Unkenntnis des Gewohnheitsrechtes sieh ad § 2.

§ II. Statuten.

Unter den „Rechtsnormen“ (§ 271, al. 2 C. P. O.), bei deren Ermittlung das Gericht auf die von den Parteien angebotenen Beweise nicht beschränkt ist, sind auch Statuten genannt (§ 271, al. 1 C. P. O.).

Die Bestimmung des § 271 ist der deutschen Reichscivilprocessordnung entnommen (§ 265 R. C. P. O., § 293 neue Fassung). Dasselbst werden unter Statuten (selbstgewillkürte) objective Privatrechtsnormen gewisser kleinerer Gebiete⁷⁸⁾ verstanden. Was in Österreich darunter verstanden werden soll, ist nicht klar. Statuta legalia soll es nicht geben und Statuta conventionalia sind nicht gemeint, da sie keine objectiven

⁷⁶⁾ Doch will die Civilprocessordnung es keineswegs der Willkür des Richters anheimgestellt haben, ob er sich auf eine Prüfung des von den Parteien ihm vorgetragenen Materiales beschränken wolle (Entsch. d. deutsch. R. G., XXI, N. 30, S. 177). Es ist Pflicht des Richters, sich eventuell von amtswegen Klarheit zu verschaffen.

⁷⁷⁾ Vgl. Schuster, C. P. O., § 49, II 5, N. 4: „Es handelt sich mehr um amtliche Feststellung als um Parteienbeweis. Die im § 183, al. 2 C. P. O. enthaltenen Einschränkungen . . . keine Anwendung, auch sonst Geständnis und Versäumnis nicht, sowie Parteienvernehmung geringe Rolle.“

⁷⁸⁾ Statuta legalia. Vgl. Unger, I, § 4, S. 32; Pfaff-Hofmann, Comm.-I, S. 253; Roth, Deutsch. Priv. R. 1880, I, § 8 flg. (unter den einzeln aufgezählten Rechtsquellen). Die in N. 76 bezogene Entscheidung betraf z. B. das Lüneburger Statutarrecht v. J. 1778 und befasste sich nicht etwa mit den inneren Verhältnissen einer Gemeinschaft (Statuten in dem jetzt bei uns üblichen Sinne), sondern mit der Frage des auf einem gewissen Territorium bei Lüneburg geltenden Systems der ehelichen Gütergemeinschaft. Vgl. auch Pfaff-Hofmann, Exc., I, § 393, ad § 11 a. b. G. B.: tirolisches Landesstatut, Statut von Trient (sog. Cles'sche Statuten), Statut von Pergine u. s. w. Im Gebiete von Ragusa scheinen solche „Statuten“ in betreff des Colonats noch factisch berücksichtigt zu werden (Salvi, Gazz. d. Trib. 1900, S. 3; Stubenrauch ad § 1103 a. b. G. B.).

Rechtsnormen sind.⁷⁹⁾ Gesellschaftsstatuten unterliegen gewiss dem gewöhnlichen Parteienbeweis⁸⁰⁾, jedoch auch Statuten öffentlicher Corporationen sind keine nach außen verbindlichen „Rechtsnormen“, sondern fallen ebenfalls unter den Begriff der Statuta conventionalia.⁸¹⁾

Die Landesgesetzgebung kann nicht als Statut angesehen werden, der Richter muss die publicierten Gesetze auch anderer Länder kennen.⁸²⁾

Sofern Conventionalstatuten in Gesetzesform publiciert sind⁸³⁾, kann § 271 schon aus diesem Grunde nicht Anwendung finden, der Richter muss diese Statuten wie andere Gesetze kennen.

§ 12. Richterliche Aussprüche.

a) Präjudicate.

Eine Ausdehnung der Kraft richterlicher Aussprüche auf andere Fälle in dem Sinne, dass bei gleichem Thatbestande eine gleiche Entscheidung gefällt werden müsste, ist in den Civilprocessgesetzen nicht enthalten.

Insbesondere ist dieselbe nicht gegeben durch die Zulassung von Feststellungsklagen (§ 228 C. P. O.) und der Zwischenanträge auf Feststellung (§ 236 C. P. O.), obzwar ein Erkenntnis, welches auf der Feststellung eines Rechtsverhältnisses beruht und diese bezweckt, die Rechtskraft nicht bloß für den in jenem Rechtsstreite aus der Existenz oder Nicht-

⁷⁹⁾ Unger, I, l. c. Die Ermittlung nach § 271 gilt eben nur von „Rechtsnormen“ (§ 271, al. 2).

⁸⁰⁾ Ott, II, § 66, S. 14.

⁸¹⁾ Gehören demnach zur thatsächlichen Grundlage, nicht zur rechtlichen, ebenso wie Bestimmungen in einem Verträge. And. Ansicht Ott l. c., allerdings ist nicht zu bestreiten, dass diese Ansicht die einzige ist, welche der Bestimmung des § 271, insofern er „Statuten“ betrifft, einen guten Sinn gibt und hiedurch der Interpretationsregel des § 914 in fine a. b. G. B. gerecht wird.

⁸²⁾ Die Gesetze anderer Kronländer sind kein in einem anderen Staatsgebiet geltendes Recht (§ 271, al. 1 a. contr.).

⁸³⁾ Z. B. Statuten der österr.-ung. Bank (Gesetz vom 21. Mai 1887, R. G. Bl. Nr. 51, resp. kais. Verord. v. 30. Dec. 1897, R. G. Bl. Nr. 308). Statuten, sofern sie im Reichsgesetzblatt oder den Landesgesetzblättern publiciert wurden, müssen wohl, selbst wenn dies nicht in Gesetzesform erfolgte, als notorisch angesehen werden (§ 269 C. P. O.).

existenz des Rechtsverhältnisses hergeleiteten concreten Anspruch bewirkt, sondern auch für alle künftigen Rechtsfälle, bei welchen dasselbe Rechtsverhältnis wieder in Frage kommt.⁸⁴⁾ Es handelt sich im Vorliegenden nicht um einen anderen Fall in dem Sinne, dass ein anderer (obzwar ähnlicher, analoger, gleicher) Thatbestand vorläge, sondern es liegt „derselbe“ Thatbestand zugrunde. Es liegt demnach zwar ein Präjudicium, aber nicht ein Präjudicat (im Sinne einer auch auf andere Thatbestände anwendbaren Rechtsnorm) vor.

b) Subjective Rechtskraft.

Auch die Frage, inwieweit die Rechtskraft einer Entscheidung dritten Personen gegenüber wirke, wollten die Civilprocessgesetze nicht im allgemeinen neu regeln.⁸⁵⁾ Es wird nur in einigen Bestimmungen derselben auf diese Frage Bezug genommen.

In § 20 C. P. O. wird vorausgesetzt, dass das Urtheil entweder „kraft der Beschaffenheit des streitigen Rechtes oder kraft gesetzlicher Vorschrift“ auch gegenüber einem Dritten⁸⁶⁾ rechtlich wirksam sein könne. Eine nähere Erklärung über die zur Hervorbringung dieser Wirkung erforderliche „Beschaffenheit des streitigen Rechtes“ ist weder in § 20 noch in § 14 C. P. O. (in welchem ein ähnlicher Ausdruck gebraucht wird) enthalten.⁸⁷⁾ Was die Worte „kraft gesetzlicher Vorschrift“ anbelangt, so ist aus denselben zu ersehen, dass etwaige gesetzliche Bestimmungen über die Wirksamkeit eines Urtheils gegen Dritte aufrechterhalten bleiben sollen. Insbesondere verblieb demnach in Geltung: Art. 50 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. October 1890, R. G. Bl. Nr. 186 ex 1892.⁸⁸⁾

⁸⁴⁾ Entsch. d. deutsch. R. G., VI, N. 129.

⁸⁵⁾ Nosek in G. Z. 1899, S. 227 (Die Rechtswirkungen des Urtheils gegen dritte Personen).

⁸⁶⁾ Vgl. Marginalrubrik vor § 17 (Betheiligung „Dritter“ am Rechtsstreite).

⁸⁷⁾ Sieh hieher gezählte Fälle bei Ott, II, S. 281; Nosek l. c.; Stein, G. Z. 1897, S. 78; Schuster, C. P. R., § 58, N. 2; Kirschbaum, G. H. 1900 S. 267 (Nebenintervention der Legatare im Testaments-Ungiltigkeitsprocesse).

⁸⁸⁾ Nosek l. c., S. 241; Mathias, G. Z. 1899, S. 235 (mit anderer Begründung) und Redactionsanmerkung hiezu S. 239.

Die Civilprocessgesetze selbst enthalten eine derartige neue „gesetzliche Vorschrift“, kraft welcher sich die Rechtskraft eines Urtheils auf dritte Personen erstreckt, bloß in § 232, al. 2 E. O. und den sich auf diese Bestimmung beziehenden §§ 128, al. 4, 286, al. 1 E. O. In § 232, al. 2 E. O. wird bestimmt, dass das Urtheil, welches in dem Processe über einen bei der behufs Vertheilung des Meistbotes für ein Immobile angeordneten Tagsatzung erhobenen Widerspruch erfließt, für und gegen sämtliche betheiligte Gläubiger und Berechtigte, sowie für und gegen den Verpflichteten wirksam ist.⁸⁹⁾ In § 128, al. 4 E. O. wird diese Bestimmung auch auf die Vertheilung der Ertragsüberschüsse einer Zwangsverwaltung und in § 286, al. 1 E. O. auf die Mobilar-Meistbotsvertheilung ausgedehnt.

Dagegen erblicke ich keine subjective Ausdehnung der Rechtskraft in der Bestimmung des § 310, al. 2 E. O. Der betreibende Gläubiger, dem die Forderung seines Schuldners zur Einziehung überwiesen wurde, hat nämlich die Stellung eines Executionsmassaverwalters (Curator bonorum), er vertritt nicht nur sich selbst, sondern alle an der Executionsmasse Betheiligten (arg. § 310, al. 3 u. 4 E. O.).

Auch den Fall des § 309, al. 2 E. O. rechne ich nicht hieher, da er nichts Besonderes zu Gunsten des Urtheils enthält, indem jede beweiskräftige Urkunde denselben Dienst leistet.⁹⁰⁾

Über § 23, al. 1 C. P. O. (nominatio auctoris) sieh ad § 375 a. b. G. B.

⁸⁹⁾ Dasselbe gilt auch vom Vertheilungsbeschlusse (§ 229 E. O.) [Czoernig, Vorles., S. 103]. Der Vertheilungsbeschluss ist für und gegen alle Betheiligten wirksam. Über die Wirksamkeit desselben im Falle des § 222, al. 3, 4 E. O. den an einer anderen Executionsmasse, resp. einem anderen Pfandobjecte Betheiligten gegenüber sieh ad 469 a. b. G. B.

⁹⁰⁾ Der Gläubiger, welcher eine nur gegen Gegenleistung zu erfüllende Forderung des Verpflichteten sich hat zur Einziehung überweisen lassen, kann die Herausgabe der zur Gegenleistung erforderlichen Sachen im Wege der Execution gegen den Verpflichteten erwirken, wenn die Verpflichtung der Gegenleistung durch ein wider den Drittschuldner erlangtes oder wider den Verpflichteten ergangenes Urtheil festgestellt ist „oder“ durch beweiskräftige Urkunden dem Richter dargethan werden kann. Allerdings macht es keinen Unterschied, zu wessen Gunsten das Urtheil ergieng (Schauer, N. 2 ad § 309), allein es handelt sich eben nicht um einen Executionstitel, sondern nur um die Darthung (den Beweis).

Die Bestimmung des § 568 C. P. O. (Wirksamkeit der gegen den Bestandnehmer erwirkten Aufkündigungen, Aufträge etc. gegen den Afterbestandnehmer) enthält dem früheren Rechte gegenüber keine Neuerung (§ 21 k. Verord. v. 16. Nov. 1859, R. G. Bl. Nr. 213⁹¹); ebenso die Bestimmung des § 11 E. O. (Execution auf Grund eines gegen eine Handelsgesellschaft lautenden Executionstitels in das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters oder auf Grund eines gegen einen Gesellschafter in Angelegenheiten der Gesellschaft erwirkten Titels in das Vermögen der Gesellschaft.⁹²)

Eine subjective Ausdehnung der Rechtskraft ist nicht gegeben durch die Bestimmung des § 9 E. O., indem es sich hier um Übergang derselben Rechte (vgl. § 1394 a. b. G. B.) und derselben Pflichten handelt, welcher besonders dargethan werden muss.⁹³)

Nicht hieher gehören auch die Bestimmungen der §§ 499, 511 C. P. O., laut welcher das Untergericht in den daselbst angeführten Fällen an die rechtliche Beurtheilung der Obergerichte gebunden ist⁹⁴), denn es handelt sich weder um einen anderen Fall (sondern um die Entscheidung in derselben Sache), noch um die Wirkung der Entscheidung gegen andere (Privat-) Personen als die Parteien.

§ 13. Privilegien.

Ähnlich wie in Betreff der „Statuten“ in § 271 C. P. O. kann auch in Betreff der daselbst genannten „Privilegien“ nicht in wünschenswerter Weise klargestellt werden, was unter diesem Ausdruck verstanden werden soll und für welche Privilegien demnach die bezüglich des Wohnheitsrechtes bei §§ 2 und 10 a. b. G. B. entwickelten Consequenzen (Nichtbestehen der Fiction der Kenntnis, amtswegige Ermittlung) gelten.

⁹¹) Canstein, Comp. 1885, S. 489; sieh auch ad § 1098 a. b. G. B.

⁹²) Vgl. Canstein, S. 99 bei N. 55, S. 550, N. 10 und die daselbst cit. Entscheidungen. Sieh auch ad § 1203 a. b. G. B.

⁹³) Erfolgte die Succession während des Processes, ohne dass der Successor als Hauptpartei eingetreten wäre (§ 234 C. P. O.), so gilt ebenfalls § 9 E. O. Vgl. Mandry, S. 281, § 23, II, 2.

⁹⁴) Sieh hierüber insb. Joklik im Právník, 1897, S. 377.

Wahre Privilegien (im objectiven Sinne als Rechtsnormen) sind Ausnahmsgesetze, müssen daher wie Gesetze zustande kommen und publiciert werden.⁹⁵) Der Richter muss sie kennen, eine Ermittlung derselben unter eventueller Mitwirkung der Parteien entfällt.

Privilegien im Sinne des kais. Pat. v. 15. August 1852, R. G. Bl. Nr. 184⁹⁶) sind keine objectiven „Rechtsnormen“ (§ 271, al. 2 C. P. O.).⁹⁷)

ERSTER THEIL.

Von dem Personenrechte.

ERSTES HAUPTSTÜCK.

Von den Rechten, welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen.

§ 19. Verfolgung der Rechte.

Das objective Recht knüpft an gewisse thatsächliche Erfordernisse gewisse rechtliche Folgen. Darüber, ob im concreten Falle solche Folgen eintreten, können Zweifel entstehen, insbesondere wegen Unmöglichkeit, bei Erlassung eines Gesetzes alle einzelnen möglichen Fälle vorauszusehen, und selbst, wenn dies geschehen könnte, wegen Unzulänglichkeit der Sprache alle einzeln möglichen Fälle in einer alle Zweifel ausschließenden Weise zusammenzufassen, sowie hauptsächlich auch wegen der logischen Fähigkeiten der an dem Rechts-

⁹⁵) Vgl. Pfaff-Hofmann, Comm., I, S. 305, 311; Krainz-Pfaff, §§ 10, 143. Familienverträge: Schey ad § 627 a. b. G. B.; Privilegien der Creditanstalten in Betreff Executionsführung: Schauer ad Art. IV E. G. z. E. O.

⁹⁶) Vgl. jetzt Patentgesetz vom 11. Jänner 1897, R. G. Bl. Nr. 30, insbesondere § 121.

⁹⁷) Diese Privilegien (resp. Patentrechte) sind (subjective) absolute Rechte und enthalten im Grunde genommen kein anderes „Privilegium“, als welches mit dem Bestande eines jeden absoluten Rechtes verbunden ist, nämlich die „ausschließliche“ Herrschaft (Benutzungs-, Verwertungsbefugnis) über ein Rechtsobject. Die Stellung des Eigenthümers, des Usufructuars zur Sache ist eine in demselben Sinne „privilegierte“. Diese „Privilegien“ werden ebenso wie andere Privatrechte auf Grund allgemeiner für jedermann geltender Grundsätze erworben.

verhältnisse Beteiligten trübenden Eigennutzes.⁹⁸⁾ Diese Zweifel zu beheben sind die Gerichte bestimmt. Auf Grund der ihnen bekannten Rechtsnormen und der ihnen vorgeführten Thatbestände sprechen sie in objectiver Weise den die Parteien in concreto interessierenden Schluss aus. Ihre Aussprüche im einzelnen Falle gelten als unfehlbar (*res judicata*).⁹⁹⁾ Die Gerichte in dieser ihrer eigentlichen Function (der Er„kennt“nisfunction) sind nicht Organe der Staatsgewalt, Organe des staatlichen Willens, sondern Organe des Intellects des Staat benannten Gemeinwesens.¹⁰⁰⁾

Das Recht, das Gericht behufs Klarstellung eines Rechtsverhältnisses anzurufen (das Klagerecht), steht jedem zu, welchen das objective Recht in privatrechtlichen Beziehungen zu stehen für befähigt anerkennt, demnach jedem Rechtssubjecte (jeder Partei). Dass in dem Rechtsverhältnis, um deren Klarstellung es sich handelt, der Kläger als Berechtigter erscheint, ist ebensowenig erforderlich, als dass ihm im bejahenden Falle das subjective Recht in Wirklichkeit zusteht. Auch der aus einem (angenommenen) Rechtsverhältnisse „Verpflichtete“, sowie derjenige, der ein Recht bloß behauptet (vgl. § 37 E. O. „behauptet“), kann mittels Klage ein Urtheil erwirken.¹⁰¹⁾ Die Existenz der negativen Feststellungsklage weist darauf hin, dass das „Klagerecht“ nicht als Ausfluss des materiellen subjectiven Rechtes, sondern als eine jedem Rechtssubject ohne Rücksicht darauf, ob es thatsächlich in privatrechtlichen Beziehungen steht, und ohne Rücksicht darauf, ob ihm in etwa

⁹⁸⁾ Der naive Mensch sieht überhaupt nur die für ihn sprechenden Gründe, der raffiniertere benützt seinen Intellect zumeist, um die für ihn sprechenden Gründe aufzufinden und in Relief zu bringen. Vgl. auch § 20 J. N.

⁹⁹⁾ Jede allgemeine Regel kann im concreten Falle eine Härte involvieren; diese Härte wird jedoch gegenüber der infolge Nichtbefolgung der Regel zu befürchtenden Unordnung und Unsicherheit vom Standpunkte der Gemeinschaft aus zumeist als das kleinere Übel angesehen. In unserem Falle beseitigen einzelne Härten die §§ 529 flg. C. P. O.

¹⁰⁰⁾ Deshalb erklärt Art. 6 des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867, R. G. Bl. Nr. 144 die Richter in Ausübung ihres richterlichen Amtes für selbständig und unabhängig (nämlich von der Staatsgewalt), wie ja auch das Ideal des objectiven Erkennens (reiner Spiegel zu sein) frei von Tendenzen, Willens- elementen, gedacht wird. Vgl. auch Art. 14 desselben Gesetzes.

¹⁰¹⁾ Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang, S. 14, 37.

vorhandenen Beziehungen die Rolle des Berechtigten zukommt, zustehende Befugnis aufzufassen ist.¹⁰²⁾

Aus § 19 a. b. G. B. im Zusammenhang mit §§ 226, 228 C. P. O. ist zu ersehen, dass zugleich mit der Behauptung einer Rechtsbeziehung auch ein Interesse an ihrer Feststellung durch das Gericht, und zwar ein actuelles Interesse zu behaupten ist, oder zum wenigsten, dass das actuelle Interesse aus den meritalen Klagsbehauptungen selbst erhelle. Das letztere ist der Fall, wenn die Behauptung des Klägers auf ein ihm zustehendes actuelles (unbedingtes, fälliges) Recht geht, welche Behauptung schon die Behauptung eines actualen Interesses in sich schließt, während in den Fällen der Behauptung eines noch nicht actualen (bedingten, nicht fälligen) Rechtes auf Seite des Klägers oder der Behauptung der Nichtexistenz eines Rechtes auf Seite des Beklagten das actuala Interesse noch separat behauptet werden muss.

Allen Fällen der Klagen ist gemeinsam: ein Interesse auf Seite des Klägers, und zwar ein actuala Interesse an dem gerichtlichen Spruche.¹⁰³⁾

¹⁰²⁾ Nicht umsonst ist § 19 a. b. G. B. in dem Abschnitte über „Personenrechte aus dem Charakter der Persönlichkeit“ (Marg. Rubrik vor § 16) enthalten. Vgl. Degenkolb, l. c. S. 34: „Das Recht auf Recht an sich im Sinne des aus der Persönlichkeit selbst zu abstrahierenden Rechtes auf Achtung des Rechtsbewusstseins ist kein Privatrecht: es ist — ein Grundrecht über alle andern. Um dieses Grundrecht handelt es sich, wenn die Partei Gerichtsfolge gegen die Partei begehrt. Es tritt umso deutlicher und umso zwingender hervor, je mehr der Partei die Selbsthilfe verwehrt wird.“ Über Wachs (vom materiellen Anspruch verschiedenen) publicistischen Rechtsschutzanspruch s. Wach, Handbuch, I, S. 19, 211. Eine Übersicht der verschiedenen Theorien über das „Klagerecht“ in Bülow's Vortrag (J. Bl. 1900, S. 153; Bülow selbst nennt die Möglichkeit zu klagen: eine Ausstrahlung unserer allgemeinen Rechtsbestimmungsmacht, G. H. 1900, S. 172). Vgl. Skedl, S. 11 bei N. 19, Trutter, S. 261. Die ältere Jurisprudenz, ganz auf dem Standpunkte des Hervorgehens des Klagsanspruches aus dem materiellen Rechte stehend, musste, um auch dem (angeblich) Verpflichteten die Initiative zu verschaffen, ein besonderes Vorverfahren (den Aufforderungsprocess) ersinnen, um die vom (angeblichen) Verpflichteten in Gang gebrachte Rechtssache in die gewöhnliche Processform (Berechtigter gegen Verpflichteten) umzukehren. Sieh meinen Artikel über das Verhältnis der negativen Feststellungsklage zur Aufforderungsklage, J. B. 1899, S. 329 flg., insb. S. 344—5. Vgl. Ott in G. Z. 1899, S. 171.

¹⁰³⁾ L'intérêt est la mesure des actions. Ott, l. c. S. 177; vgl. Ott, G. Z. 1899, S. 33, II, al. 2. Über das „rechtliche“ Interesse vgl. ferner Klein, Vorles.

Obzwar bisher nur von Klagen, welche declarative Urtheile zur Folge haben, gehandelt wurde, gelten doch dieselben Erfordernisse auch für Klagen, durch welche ein constitutives Urtheil¹⁰⁴⁾ provociert wird; nur die Function des Richters ist hiebei eine andere, er ist ein Organ des staatlichen Willens, und es ändert daran nichts, dass der Wille eventuell ein determinierter ist, d. i. dass gewollt werden muss, wenn gewisse Voraussetzungen nachgewiesen werden.

Im Executionsverfahren ist das actuale Interesse stets durch den ein vollstreckbares und daher actuales Recht feststellenden Executionstitel gegeben. Die Function des Richters ist hier zumeist determinierte Willensfunction.

§ 21. Handlungsfähigkeit und Processfähigkeit.

Die Processfähigkeit entspricht nicht der Handlungsfähigkeit überhaupt, sondern nur der Fähigkeit, sich durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden selbständig zu verpflichten.¹⁰⁵⁾

Processfähigkeit ist demnach in weniger Fällen gegeben als Handlungsfähigkeit.

Die Fähigkeit, Delicte und andere Rechtshandlungen mit civilrechtlichen Folgen zu setzen, genügt zur Processfähigkeit nicht, ebenso nicht die Testierfähigkeit; es muss die Fähigkeit zu Rechtsgeschäften unter Lebenden¹⁰⁶⁾ vorhanden sein. Allein auch diese kann in gewissen Fällen vorliegen, ohne dass auch Processfähigkeit vorläge. Der Minderjährige, der dem Kindesalter entwachsen ist, und der Verschwender können giltig „ein bloß zu ihrem Vortheile gemachtes Versprechen annehmen“ (§ 865 a. b. G. B.), mithin giltig (für sie) lucrative Verträge

S. 195; Tilsch, l. c.; Fürstl, I, S. 357; Schuster, § 26, II, N. 3, dann die bei Sydow und Busch ad § 256 R. C. P. O. (N. F.) citierten Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes.

¹⁰⁴⁾ Schrutka, Ght. Zt. XVI, S. 616 („rechtsgestaltende Urtheile“), Stein, G. Z. 1897, S. 68 (§ 115 a. b. G. B., Art. 125 H. G. etc.).

¹⁰⁵⁾ Vgl. meinen Artikel im Právník, 1898, S. 565 über das Verhältnis zwischen der Fähigkeit der Personen nach bürgerlichem Rechte und der Fähigkeit der Parteien nach den neuen Processgesetzen; Horten, G. H. 1900, S. 561.

¹⁰⁶⁾ Dies will wohl auch Horten, l. c. sub β sagen, wenn er sagt, dass nur die Fähigkeit zur Verpflichtung durch „Verträge“ Processfähigkeit bewirken kann. Vgl. Trutter, S. 322.

schließen; processfähig sind sie jedoch auch bezüglich dieser Geschäfte nicht. Die Processfähigkeit richtet sich nur nach der „Verpflichtungs“fähigkeit.¹⁰⁷⁾ Es wäre demnach nicht richtig zu sagen, dass man insoweit processfähig ist, als man handlungsfähig oder selbst nur geschäftsfähig ist.

Nachdruck ist auch auf das Wort „selbständig“ zu legen. Nur die Beschränkung, selbständig Verpflichtungen einzugehen, ist für die Processfähigkeit von Bedeutung. Kann jemand eine Verpflichtung auch unselbständig nicht eingehen, so ist dies für die Frage seiner Processfähigkeit irrelevant. So kann der wechselunfähige Officier den gegen ihn angestregten Wechselprocess selbständig führen¹⁰⁸⁾, ebenso der eheschließungsunfähige katholische Geistliche den Eheungiltigkeitsprocess. Auch Ordensgeistliche sind nicht als processunfähig anzusehen¹⁰⁹⁾, wohl sind sie jedoch rücksichtlich des Vermögens, welches sie vor Ablegung der feierlichen Gelübde besaßen, parteiunfähig.¹¹⁰⁾

Cridatare sind ebenfalls nicht processunfähig, sondern rücksichtlich des zur Concursmassa gehörigen Vermögens parteiunfähig.

Weder Ordensgeistliche noch Cridatare stehen unter Curatel, sie brauchen demnach auch im Processe keinen Curator.

Sieh auch ad §§ 243 u. 865 a. b. G. B.

¹⁰⁷⁾ Vgl. Horten, l. c. sub α.

¹⁰⁸⁾ So auch Wachtel, G. H. 1897, S. 3 und Kasanda im Právník, 1898, S. 146. (And. Ans. Eisler in J. Bl. 1899, S. 170, welcher Officiere „ohne Zweifel“ für unfähig erklärt, als Geklagte in Wechselsachen vor Gericht zu verhandeln; vgl. auch Skedl, S. 146, N. 15).

¹⁰⁹⁾ Die Ungiltigkeit eines von ihm abgeschlossenen Erwerbsgeschäftes kann der Profess selbst geltend machen, und sogar seine Klage aus einem solchen Geschäfte wird nicht wegen Processunfähigkeit, sondern wegen Ungiltigkeit des Geschäftes abzuweisen sein. Auch ein Montenegriner ist bezüglich des von ihm factisch besessenen Immobile nicht processunfähig. Vgl. auch den in den J. Bl. 1898, S. 332 mitgetheilten Process gegen einen Professoren, er wurde zwar in allen drei Instanzen von der begehrten Alimentationsleistung losgezählt, jedoch auf Grund des § 167, Satz 2 a. b. G. B.; Partei- oder Processunfähigkeit kam anscheinend gar nicht zur Sprache. Vgl. jedoch Skedl, S. 139, N. 7, Kasanda, l. c. S. 147.

¹¹⁰⁾ Vgl. unten ad § 26 a.

§ 22. Rechte des Ungeborenen.

Rechte des Ungeborenen können auch über Feststellungsklage (§ 228 C. P. O.) oder Feststellungsantrag (§ 236 C. P. O.) festgestellt werden; doch scheint mir eine Feststellung der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters vor der Geburt des Kindes nicht zulässig, da die Alimentationspflicht nothwendig erst durch die physisch-selbständige Existenz begründet wird und vorher nicht einmal von einem bedingten oder betagten Rechte gesprochen werden kann¹¹¹⁾, die auf die Bewohnung gerichtete Feststellung sich überdies als bloße That-sachenfeststellung, bezüglich welcher eine Klage nicht gewährt wird, darstellt.

§ 23. Beweis der Todtgeburt.

Wird die Geburt eines Kindes bewiesen, so ist hiemit gleichzeitig die Lebendgeburt erwiesen. Dieser Satz bleibt erhalten, mag man denselben Vermuthung oder Interimswahrheit¹¹²⁾ nennen, denn § 270 C. P. O. bezieht sich gewiss auch auf letztere. Der Beweis der Todtgeburt kann auf beliebige Weise erbracht werden; die Ansicht, dass derselbe nur durch Sachverständige geliefert werden kann¹¹³⁾, war selbst unter der Herrschaft der alten Processgesetze nicht begründet, umsoweniger ist dies gegenwärtig der Fall (§ 272 C. P. O.).

§ 24. Beweis des Todes.

Das Gesetz vom 16. Februar 1883, R. G. Bl. Nr. 20, betreffend das Verfahren zum Zwecke der Todeserklärung und der Beweisführung des Todes bleibt unberührt, da das daselbst normierte Verfahren ein außerstreitiges ist (§ 2 des Ges.). Sieh Art. VIII E. G. z. J. N. Im Prozesse ist der Tod einer Person wie eine andere Thatsache zu beweisen (§ 272 C. P. O.); § 25 a. b. G. B. ist erhalten (§ 270 C. P. O.).

¹¹¹⁾ Vgl. Entsch. vom 11. December 1900, Z. 4882; Právník, 1900, S. 552. (A. A. Pappenheim in J. Bl. 1899, S. 178.)

¹¹²⁾ Unger, II, S. 599.

¹¹³⁾ Entsch. vom 18. October 1877, Z. 5520, Slg. 6584 (Schey ad § 23 a. b. G. B.).

§ 26. a) Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit.

Die Rechtsfähigkeit (Persönlichkeit) verhält sich zur Parteifähigkeit wie die Ausdrücke zweier verschiedenen Sprachen für dieselbe Sache. Der Rechtsfähigkeit in der Sprache der Civilisten entspricht die Parteifähigkeit in der Sprache der Processualisten. Der Civilist sagt: Person, der Processualist: Partei.¹¹⁴⁾

Wie bei den Ausdrücken zweier Sprachen beinahe immer Nuancen bestehen, so ist es auch hier der Fall. Die Ausdrücke decken sich nicht vollkommen.

1. Das Processrecht gesteht die Parteifähigkeit auch Personenvereinigungen, welche nicht zu den Corporationen¹¹⁵⁾, und Vermögensmassen, welche nicht zu den Zweckvermögen gerechnet werden können, zu.

z) Zu den Personenvereinigungen, welchen die Parteifähigkeit, jedoch nicht die juristische Persönlichkeit zukommt, gehören die Handelsgesellschaften¹¹⁶⁾, und zwar die offenen, Commandit- und Actiengesellschaften, allerdings auch die Actiengesellschaften, welche Handelsgeschäfte nicht betreiben, dann die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (§§ 75, 51, Z. 1 J. N., § 373, al. 3 C. P. O.), die Gewerkschaften (§§ 71, 53, Z. 10 J. N.).

Bei den genannten Personenvereinigungen ist zum wenigsten der Schein einer juristischen Person vorhanden, allein es existieren auch solche parteifähige Gebilde, bei welchen nicht einmal dies zutrifft. Es sind dies die sogenannten Gesamtheiten, nämlich: die Gesamtheit der Besitzer von Pfand-

¹¹⁴⁾ Vgl. meinen in N. 105 citierten Artikel.

¹¹⁵⁾ Ott, Syst., I, S. 155. Vgl. Eckstein, Intervention, § 92; Neumann-Ettenreich, G. Z. 1897, S. 89; Ullmann, Grundriss, S. 30; Skedl, S. 121.

¹¹⁶⁾ Randa (Obch. pr., S. 186) erblickt den Unterschied zwischen Handelsgesellschaften und juristischen Personen darin, dass das Subject des Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter sind, während bei der juristischen Person diese selbst das Subject des Vermögens ist. — Es waren Zweckmäßigkeitsgründe, welche dazu führten, gewissen Personenvereinigungen, selbst wenn sie nicht zu den juristischen Personen gehören, Parteiqualität zuzusprechen. Mit einem Ausdrücke wird eine Menge Subjecte umfasst, und diese müssen weder als Kläger die innere Vertheilung darlegen (§§ 888, 889 a. b. G. B.), noch braucht ein gegen sie auftretender Kläger diese Vertheilung zu erheben.

briefen oder von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Theilschuldverschreibungen (Art. IV, Z. 4 E. G. z. C. P. O.), die Gesamtheit der Commanditisten (Art. 194, 195 H. G.), der Actionäre (Art. 226 H. G.), der Genossenschaftsmitglieder (§ 25 des Ges. v. 9. April 1873, R. G. Bl. Nr. 70).

§) Während in den bisher besprochenen Fällen die Differenz zwischen der Rechtsfähigkeit (Persönlichkeit, Rechtssubject-Qualität) und der Parteifähigkeit mehr formeller Natur ist, weil die genannten Vereinigungen und Gesamtheiten nichts anderes sind, als Zusammenfassungen mehrerer Rechtssubjecte unter einem Namen und jene zusammen eine einzige „Partei“ bildenden Rechtssubjecte doch eben Subjecte des streitigen Rechtes sind, ist in den Fällen, in welchen Vermögensmassen die Parteirolle spielen, die Differenz zwischen der Rechtsfähigkeit (Rechtssubject-Qualität) und der Parteifähigkeit von weit größerer Bedeutung.

Vermögensmassen, welche keine juristischen Personen sind, treten dann als Processparteien auf, wenn das Rechtssubject, dessen Vermögen sie sind, aus rechtlichen Gründen der Dispositionsbefugnis in Betreff dieses Vermögens ermangelt.

Der Ordensgeistliche, der feierliche Gelübde abgelegt hat, bleibt Subject des Vermögens, welches er vor der Ablegung der Gelübde besaß, er verliert nur die Befugnis der Disposition über dieses Vermögen; dasselbe wird von einem Curator verwaltet (§ 182 des k. Pat. vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208). Dieser Curator ist ein Curator bonorum. Im Falle des Processes ist keineswegs der Ordensgeistliche Processpartei, sondern die vom Curator vertretene Vermögensmasse. Rechtssubject ist demnach der Ordensgeistliche, Processpartei jedoch die von diesem Rechtssubjecte losgelöste Vermögensmasse. Das Rechtssubject selbst ist vollständig bei Seite geschoben, es hat auf den Process keinen Einfluss.

Analog verhält es sich mit dem Vermögen des Deserteurs (Hofdecret vom 21. Februar 1842, Z. 399 J. G. S., § 208, lit. a Mil. St. G.).

Zu den Vermögensmassen, welche Processpartei sein können, gehört auch die Concurssmasse. Der Cridatar bleibt Subject des die Concurssmasse bildenden Vermögens, es wird nur der freien Verfügung desselben entzogen (§ 1, al. 1 C. O.).

Rechtssubject ist der Cridatar, Partei ist die Concurssmasse, welche von der Gesamtheit¹¹⁷⁾ der Concurssgläubiger, resp. von deren Organe, dem Concurssmassaverwalter, vertreten wird. Das Rechtssubject selbst hat auf den Process keinen Einfluss.

2. Aus den zuletzt angeführten Fällen geht schon hervor, dass es nicht nur Parteien gibt, welche keine Personen (Rechtssubjecte) im civilrechtlichen Sinne sind, sondern auch Rechtssubjecte, welche in gewissen Processen, obzwar es sich um „ihr“ Vermögen handelt, parteiunfähig sind. Es sind dies die Ordensgeistlichen, Deserteure, Cridatare; dieselben sind in Processen, welche das ihrer Disposition entzogene Vermögen betreffen, parteiunfähig. Partei ist die „Vermögensmasse“.

b) Juristische Personen.

In den Civilprocessgesetzen werden die obengenannten Personenvereinigungen und Vermögensmassen „Rechtssubjecte“ genannt (§ 75 J. N., § 373, al. 3 C. P. O.). Da in Betreff einiger derselben, insbesondere der Actiengesellschaft, der Genossenschaften, der Concurssmasse, die Streitfrage besteht, ob dieselben den juristischen Personen beigezählt werden können, fragt es sich, ob für die bejahende Ansicht ein Argument aus der erwähnten Nomenclatur hergeleitet werden könnte. Mit nichten; denn, abgesehen davon, dass zuviel bewiesen werden würde, ist den Processgesetzen grundsätzlich eher ein geringerer als ein bedeutenderer Einfluss in Fragen des materiellen Rechtes zuzugestehen. Die von dem Processgesetze gebrauchten Ausdrücke sind demnach vor allem im processualen Sinne aufzufassen, unter den Rechtssubjecten in den genannten Stellen sind daher Processrechtssubjecte, d. i. Parteien zu verstehen. Richtig kommt die Bezeichnung Partei in § 373, al. 2 vor.¹¹⁸⁾

¹¹⁷⁾ Die Gesamtheit der Gläubiger hat hier eine andere Stellung als die sub α genannten Gesamtheiten. Während diese aus Personen bestehen, welche Subjecte des streitigen Rechtes sind, ist die Gesamtheit der Concurssgläubiger nicht ein Inbegriff der Subjecte der Concurssmasse, sondern Subject der letzteren bleibt der Cridatar, und der Gesamtheit der Gläubiger kommt nur die Verwahrung und Verwaltung derselben zu (§ 1, al. 2 C. O.).

¹¹⁸⁾ Zu bemerken ist, dass der ursprüngliche Wortlaut des jetzigen § 75, al. 1 J. N. (§ 78 R. Vorl.), in welchem die genannten Gesellschaftsgebilde in noch engerem Zusammenhange mit dem Ausdrucke: Rechtssubject standen, in den

§ 34. Handlungs- und Processfähigkeit des Ausländers.

a) Zu anderen bestehenden Argumenten, welche dafür sprechen, dass die Handlungsfähigkeit des Ausländers nach dem Rechte seines Heimatlandes, nicht nach demjenigen des Wohnsitzes zu beurtheilen ist¹¹⁹⁾, tritt nun auch das Argument aus § 3 C. P. O., in welchem offenbar vorausgesetzt wird, dass, wenn nichts Besonderes bestimmt worden wäre, die Processfähigkeit stets nach dem Rechte des Landes des Ausländers, d. i. nach dem Rechte seines Heimatlandes sich richten würde.

b) Aus § 3 C. P. O. kann nicht gefolgert werden, dass die Processfähigkeit manchmal ohne Fähigkeit sich selbständig durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten bestehen könnte. Die letztere richtet sich ausnahmslos laut § 34 a. b. G. B. nach dem Rechte des Heimatlandes und die erstere ausnahmslos laut § 1 C. P. O. nach der letzteren; § 3 C. P. O. normiert keine Ausnahme von § 1 C. P. O. Ein Ausländer, der nach dem Rechte seines Landes erst mit 25 Jahren die Eigenberechtigung erlangt, ist nicht etwa nach vollendetem 24. Jahre in Österreich ohneweiters processfähig, sondern er ist in Österreich nur soweit processfähig, als er nach dem Rechte seines Heimatlandes sich selbständig durch Rechtsgeschäfte verpflichten kann. Nur die Frage, ob er nach dem Rechte seines Heimatlandes auch processfähig ist, bleibt gemäß § 3 außer Betracht, nicht aber die Frage, ob er nach diesem Rechte sich selbständig verpflichten kann. Es wird demnach ein minderjähriger Ausländer, welcher in gewissen Fällen nach dem Rechte seines Heimatlandes sich selbständig verpflichten kann (z. B. wie nach § 151 a. b. G. B.), hierlands in einem einen solchen Fall betreffenden Process processfähig sein, selbst wenn er nach eigenem Rechte in einem solchen Fall nicht processfähig wäre.¹²⁰⁾

jetzigen Wortlaut eben deshalb abgeändert wurde, um den Gedanken nicht zu begünstigen, dass es sich bei allen genannten Gebilden um juristische Personen handelt. Vgl. auch Trutter, S. 321.

¹¹⁹⁾ Z. B. § 4 a. b. G. B.; Hkzld. v. 22. December 1814, J. G. S. Nr. 1118, Art. 84 W. O. Vgl. Walker: Streitfragen aus dem intern. Civ. Pr. R. 1897 und darüber „h“ in G. H. 1897, S. 379.

¹²⁰⁾ Die Ansicht, welche § 3 C. P. O. so interpretiert, als wenn daselbst „zukäme“ anstatt „zukommt“ stünde (Demelius in G. H. 1897, S. 350; Neumann, Comm., S. 120, Schuster, S. 6, N. 8, S. 83; Trutter, S. 322, Skedl,

ZWEITES HAUPTSTÜCK.

Von dem Eherechte.

§ 91. Vertretung der Ehefrau durch den Ehemann und umgekehrt.

In der gesetzlichen Vertretung der Ehefrau durch den Ehemann (§§ 91, 1034, 1238, 1239 a. b. G. B.) geschah keine Änderung.¹²¹⁾ Das Gericht kann jedoch gemäß § 183, Z. 1 C. P. O. auch die Ehegattin selbst vorladen.¹²²⁾

In Bagatellsachen kann die Ehegattin mit Vollmacht ihres Gatten für denselben im Prozesse auftreten (§ 449 C. P. O.), obzwar sonst nur Processbevollmächtigte männlichen Geschlechtes zugelassen werden (§ 29, al. 1 C. P. O.).¹²³⁾

Unterhaltungspflicht des Ehemannes.

Die Bestimmung eines einstweilen vom Ehemanne seiner Gattin (und seinen Kindern) zu leistenden Unterhaltes wird

S. 154, 155 bei und in N. 44), widerspricht nicht nur dem Wortlaut, sondern führt auch zu unannehmbaren Consequenzen, da daran festgehalten werden muss, dass die Fähigkeit, selbständig gültige Verpflichtungen einzugehen, das Höchstmaß darstellt, bis zu welchem die Processfähigkeit reichen kann und § 34 für die erstere zweifellos erhalten blieb. Des Näheren sich meinen Artikel über die Processfähigkeit des Ausländers in G. Z. 1899, S. 180.

¹²¹⁾ Vgl. die bei Schey ad § 1238 (N. 2), § 91 (N. 7) angeführten Entscheidungen. In G. H. 1898, S. 110 wird die Vertretungsbefugnis des Ehemannes bei der ersten Tagsatzung negiert und derselbe bloß eventuell im Sinne des § 38 C. P. O. als Vertreter zugelassen. Dies scheint mir mit Rücksicht auf die obencitirten unberührt gebliebenen Paragraphen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches nicht begründet. Der urkundliche Nachweis der Vertretungsbefugnis (§ 4 C. P. O.) kann durch den Tauschein geliefert werden. Eine Vollmacht wäre nur dann zu verlangen, wenn überhaupt eine Specialvollmacht erforderlich ist (z. B. beim Vergleich). Ähnlich wie Gerichtshalle jedoch auch Mandry, § 54, N. 24: „Für Civilprocesse fragt sich: Ob das sogenannte Mandatum praesumptum, d. h. der Satz, dass der Ehemann ohne Vollmacht der Ehefrau solche im Prozesse vertreten kann, beseitigt ist? Richtig wird sein: die Befugnis, als Bevollmächtigter der Frau aufzutreten, auch wenn solche keine Vollmacht ertheilt hat, übrigens nur bis sie ihren entgegengesetzten Willen erklärt, besteht der Ehefrau gegenüber fort, d. h. ein solches Auftreten kann nicht als unbefugt angesehen werden: das Gericht aber hat sich nur nach § 85 R. C. P. O. (= 38 österr. C. P. O.) zu richten. Sieh auch Skedl, S. 157, 153, N. 36.

¹²²⁾ Ott, § 34, Z. 1 i. f.

¹²³⁾ Früher § 9 des Ges. v. 27. April 1873, R. G. Bl. Nr. 66 (Bagatellverfahren).

in § 382, Z. 8 E. O. unter den einstweiligen Verfügungen genannt, welche das Gericht auf Antrag sowohl vor Einleitung eines Rechtsstreites als während desselben und während des Executionsverfahrens treffen kann. Auch früher gieng die Praxis der Gerichte dahin, im Falle der Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes bei anhängigem Scheidungs- (und Trennungs-) Prozesse der Frau provisorisch Alimente zuzusprechen.¹²⁴⁾ Die Zulässigkeit der Bestimmung der Alimente ergibt sich da implicite aus § 107 in fine a. b. G. B., sowie aus § 108, resp. 117 in fine a. b. G. B. Hieran sollte durch § 382, Z. 8 E. O. nichts geändert werden, denn die Executionsordnung hat die Tendenz, die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen nicht einzuengen, sondern zu erweitern (Arg. Art. XXVII E. G. z. E. O.). Es kann demnach aus der Einreihung der Bestimmung provisorischer Alimente in § 382 E. O. nicht gefolgert werden, dass diese Bestimmung fürderhin nur unter den Bedingungen des § 381 E. O. erfolgen dürfe¹²⁵⁾, sondern nur, dass sie außer den bisher zugelassenen Fällen auch in den Fällen des § 381 E. O. bewilligt werden kann.¹²⁶⁾

§ 92. Eheliche Gemeinschaft.

a) Gerichtsstand. Die Ehefrau theilt wie den Wohnsitz so auch den auf diesen gegründeten allgemeinen Gerichtsstand mit dem Ehemanne, und zwar selbst dann, wenn sie noch unter väterlicher Gewalt steht (§ 70, al. 1 J. N.), hierin liegt eine Änderung dem früheren Rechte gegenüber.¹²⁷⁾

¹²⁴⁾ Entsch. bei Schey ad § 107 a. b. G. B., N. 4—6.

¹²⁵⁾ Wie dies in der „Mittheilung“ in G. H. 1899, S. 322 geschieht. Vgl. Neumann, E. O., S. 477.

¹²⁶⁾ Diese Einreihung geschah laut Mater. II, S. 64 „der Vollständigkeit halber“ und wird selbst als „Erwähnung“ bezeichnet; auf den (wenig passenden) § 381 E. O. wurde hiebei nicht gehörige Rücksicht genommen.

¹²⁷⁾ Sieh Entsch. v. 13. März 1879, Z. 641, Slg. 7373 (J. Bl. 1879, Nr. 16): „Die Beklagte ist verhehlicht und minderjährig. Nach § 20 J. N. v. 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 252 bleibt sie selbst nach der Enthebung ihres Vaters von der väterlichen Gewalt unter dem Gerichtsstande ihres Vaters, bis sie die freie Verwaltung ihres Vermögens erlangt hat. Der von ihr angerufene Gerichtsstand des § 19 J. N. kann daher erst mit ihrer Volljährigkeit eintreten.“ Vgl. Stubenrauch, Zusatz ad I im Bande II.

b) Rechtsweg? Darüber, ob die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft im ordentlichen Rechtswege oder im officiosen Verfahren erwirkt werden solle, besteht in Theorie¹²⁸⁾ und Praxis¹²⁹⁾ Streit. Von ersterer wird vorwiegend der Rechtsweg, von letzterer das officiose Verfahren für zustehend erachtet. Die Begründung der letzteren Ansicht geht hauptsächlich dahin, dass es sich „mit Rücksicht auf das verflochtene Interesse der öffentlichen Ordnung und Sitte“¹³⁰⁾ „nicht um einen rein privatrechtlichen Gegenstand handelt“.¹³¹⁾ Für die Ansicht, dass die Herstellung der Gemeinschaft im Rechtswege zu erwirken ist, bietet nun § 50, Z. 3 J. N. ein Argument, in dem daselbst auch die nicht rein vermögensrechtlichen Streitigkeiten aus dem gegenseitigen Verhältnisse der Ehegatten als zum streitigen Verfahren gehörig behandelt werden, dafern sie nicht nach den gesetzlichen Vorschriften im nichtstreitigen Verfahren zu erledigen sind. Eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, dergemäß die besagte Sache zum außerstreitigen Verfahren gehörte, existiert nun in der That nicht.¹³²⁾

c) Provisorium. Die Anordnung der Herstellung der Hausgemeinschaft¹³³⁾ kann auch als einstweilige Verfügung getroffen werden (§ 382, Z. 8 E. O.). Es ist dies ein Gegenstück zur einstweiligen Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes (§ 107 a. b. G. B., § 382, Z. 8 E. O.).

¹²⁸⁾ Vgl. Anders, Fam. R., S. 70 oben; Unger, I, S. 510; Ott I, S. 94. Stubenrauch ad § 92 a. b. G. B.

¹²⁹⁾ Entscheidungen bei Schey ad § 92 a. b. G. B., N. 5.

¹³⁰⁾ Entsch. Slg. 11.669.

¹³¹⁾ Entsch. Slg. 10.638.

¹³²⁾ Sieh jetzt die Entsch. v. 14. Juni 1899, Z. 8969 (Prävnik, 1899, S. 675), in welcher eben mit Berufung auf § 50, Z. 3 und § 76 J. N. und auf den Umstand, dass weder das Patent vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, noch ein anderes Gesetz das Verlangen der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft dem außerstreitigen Verfahren zuweist, der Rechtsweg für zustehend anerkannt wurde. Dagegen wurde in dem ebenfalls nach den Civilprocessgesetzen verhandelten Falle Nr. 208 Slg. (Neue Folge) und dessen Fortsetzung Nr. 340 (ebenda), das außerstreitige Verfahren als gehörig angesehen.

¹³³⁾ § 382, Z. 8 E. O. sagt zu eng: „Aufnahme“ in die Hausgemeinschaft, denn das Provisorium kann wohl auch über Antrag des Mannes bewilligt werden.

Erklärung der Ungiltigkeit der Ehe.

§ 94. Art der Einleitung.

An der Möglichkeit, resp. Pflicht der amtswegigen Einleitung des Verfahrens behufs Ungiltigkeitserklärung einer Ehe wegen öffentlichrechtlicher Hindernisse wurde durch die Civilprocessordnung nichts geändert, denn die „amtswegige Einleitung“ eines Verfahrens ist kein Gegenstand, welcher in der Civilprocessordnung geregelt ist. (Art. I, al. 2 E. O. z. C. P. O.).

§ 97. Art der Verhandlung.

a) Zuständigkeit. Die Verhandlung über die Ungiltigkeit einer Ehe steht dem Gerichtshofe erster Instanz zu, in dessen Sprengel die Ehegatten ihren letzten gemeinsamen Wohnsitz hatten (§ 50, Z. 2, § 76 J. N.; sieh auch § 100 J. N.).

b) Vertheidiger des Ehebandes. An der Aufstellung eines Vertheidigers des Ehebandes wurde durch die Civilprocessordnung nichts geändert¹³⁴⁾, und zwar ebensowenig, als an den übrigen Bestimmungen über die Vertretung verschiedener Interessen durch Aufstellung von besonderen Vertretern (z. B. eines Fideicommissurators).

c) Form des Verfahrens. Das Verfahren behufs Ungiltigkeitserklärung wegen eines öffentlichrechtlichen Hindernisses ist als ein außerstreitiges anzusehen¹³⁵⁾, die Parteien sind selbst nur Inquisitionsobjecte, das Verfahren kann ohne Kläger eingeleitet werden (vgl. ad § 94) und wird eventuell ohne Kläger fortgesetzt. Die Civilprocessordnung regelt nur des Verfahren in Streitsachen, deshalb kann das besondere Verfahren behufs Ungiltigkeitserklärung einer Ehe wegen eines öffentlichrechtlichen Hindernisses (Hofdecret vom 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595, soweit es diesen Fall betrifft) als aufrechterhalten gelten.

¹³⁴⁾ Bezüglich der Kosten des Vertheidigers des Ehebandes verharret der Oberste Gerichtshof in Entsch. v. 14. Juli 1898, Nr. 9592, Slg. N. F. 258, J. M. V. Bl. 1898, Nr. 1474, dabei, dass die Bestimmungen über Processkosten (§§ 10, 40, 41 C. P. O.) auf diese Kosten keine Anwendung finden. Frühere Entscheidungen bei Schey ad § 97, N. 2.

¹³⁵⁾ Vgl. Ch(orinsky), in J. Bl. 1895, S. 98 (Eheprocess in Osterreich), Canstein, C. P. R., S. 521; Menger, Syst., I., S. 81.

Dagegen ist das Verfahren behufs Ungiltigkeitserklärung einer Ehe wegen eines privatrechtlichen Ehehindernisses, welches nur über die Klage der berechtigten Partei eingeleitet werden kann, ein Verfahren in einer Privatrechtsstreitigkeit.¹³⁶⁾ Laut § 50, Z. 2 J. N. gehört die Verhandlung vor die Gerichtshöfe erster Instanz, und das streitige Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz ist ein Gegenstand, welcher in der Civilprocessordnung geregelt ist. Da nun für das in Rede stehende streitige Verfahren mit Ausnahme der besonderen Bestimmungen der §§ 27, al. 2 u. 57, al. 2, Z. 3 C. P. O., dann des Art. VI, Z. 1 E. G. z. C. P. O. Abweichungen vom allgemeinen Verfahren nicht statuiert sind (vgl. VI. Theil der Civilprocessordnung) und die früher bestandenen besonderen Verfahrensarten in Streitsachen laut des durch Art. III authentisch interpretierten Art. I, al. 2 E. G. z. C. P. O. durch das allgemeine Verfahren der Civilprocessordnung ersetzt sind, hat bezüglich der Streitigkeiten in Betreff Ungiltigkeit einer Ehe wegen eines Privathindernisses nunmehr das allgemeine Verfahren einzutreten. Das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe ist durch den Ausschluss des Parteigeständnisses, die Forderung des positiven Beweises des Ehehindernisses (§ 99 a. b. G. B., Art. VI, Z. 1 E. G. z. C. P. O.) und durch die Aufstellung eines neben die Partei tretenden Vertheidigers des Ehebandes, welcher das der Ehe nachtheilige Verhalten der Partei paralisieren kann, gewahrt.¹³⁷⁾ Die Ansicht, dass das besondere Verfahren in Ehe Streitigkeiten gemäß Art. I, al. 2 E. G. z. C. P. O. aufrecht bleibe¹³⁸⁾, vermag ich nicht zu

¹³⁶⁾ Chorinsky, l. c. S. 97.

¹³⁷⁾ Es ist ein ähnlicher Zustand geschaffen, wie er auf Grund der Hofdecrete vom 11. November 1785, J. G. S. Nr. 480 (Ausschluss des Geständnisses), vom 12. August 1788, J. G. S. Nr. 871 (Einführung des Ehebandes-Vertheidigers) bis zum Jahre 1791 bestand. Sieh meine Studie zur Geschichte des österr. Eheverfahrens im Prävnik, 1900, S. 262 ss. — Durch die Forderung des vollständigen Beweises (§ 99 a. b. G. B.) ist die Möglichkeit eines Versäumnisurtheils ausgeschlossen, selbst wenn man dasselbe nicht auf ein stillschweigendes Geständnis zurückführt.

¹³⁸⁾ Neumann, Comm. S. 2; Fürstl, III, S. 267; Ott, I, S. 5; Ullmann, Grundriss, S. 2; Trutter S. 637; Demelius, G. H. 1897, S. 278; Skedl, I, S. 3, 5; Beck, Fünf Cap., S. 12; Materialien I, S. 805, II, S. 236; vgl. dagegen meinen Aufsatz in den Jur. Bl. 1899, S. 133 (Bedenken gegen Fortbestand des Ehe-

theilen; denn der Gegenstand der Civilprocessordnung ist das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten überhaupt (sich Überschrift), wie aus Art. II E. G. hervorgeht, darum will die Civilprocessordnung ein einheitliches Verfahren an Stelle verschiedener Verfahrensarten setzen; in Art. III E. G. sind gerade mit Berufung auf Art. I, al. 2 E. G., und zwar nur beispielsweise besondere Verfahrensarten aufgezählt, welche „zufolge“ der allgemeinen Bestimmung des Art. I, al. 2 aufgehoben sind¹³⁹⁾, während in Art. XXVIII das Mahnverfahren keineswegs mit Berufung auf Art. I, al. 2 E. G., sondern selbstständig für aufrecht verbleibend erklärt wird; diese letztere Bestimmung (Art. XXVIII) muss mit Rücksicht auf Art. III als Ausnahme von Art. I, al. 2 angesehen werden. Selbst dann, wenn man der (von mir nicht getheilten) Ansicht ist, dass alte Specialbestimmungen durch neue allgemeine Bestimmungen im Zweifel nicht derogiert werden¹⁴⁰⁾, kann diese Ansicht im vorliegenden Falle sowohl wegen der obenangeführten Gründe als auch deswegen nicht für zutreffend erachtet werden, weil die Civilprocessordnung in der That auch besondere Bestimmungen für das Verfahren in Ehesachen enthält (§ 27, al. 2, § 57, al. 2, Z. 3 C. P. O., Art. VI, Z. 1 E. G. z. C. P. O.).¹⁴¹⁾

verfahrens) und das Referat über Trutters C. P. R. in G. H. 1896, Nr. 45 (hierüber Trutter, S. 637, N. 1).

¹³⁹⁾ Auch der Aufforderungsprocess wird aus dem Grunde für aufgehoben angesehen, weil ihn die Civilprocessordnung „nicht kennt“. Sieh das Nähere in meinem Aufsätze in den Jur. Bl. 1899, S. 329 (Verhältnis der Aufforderungsklage zur negativen Feststellungsklage).

¹⁴⁰⁾ Sieh oben ad § 5 A b.

¹⁴¹⁾ Ungegründet sind die meisten Bestimmungen der Justizministerialverordnung vom 9. December 1897, R. G. Bl. Nr. 283, so insbesondere § 9, al. 1, sofern er bestimmt, dass keine erste Tagsatzung stattzufinden habe; § 9, al. 2, in welchem bestimmt wird, dass stets ein vorbereitendes Verfahren angeordnet werden soll (der citierte § 245, Z. 2 wird hier zumeist gar nicht zutreffen, weil die Ehehindernisse auf einfachen Thatsachen beruhen); § 10, al. 1, Satz 1 ist mit Rücksicht auf die §§ 180 flg. C. P. O. (insbes. § 180, al. 3, § 182, al. 1) unnöthig; der Schutz der Ehe in § 10, al. 1, Satz 2 ist Sache des Vertheidigers des Ehebandes (vgl. den publicierten Text des § 97 a. b. G. B.: „um“ die wahre etc.); für § 10, al. 1, Satz 3 und al. 2 genügt der erhaltene § 99 a. b. G. B. etc. Von einem anderen Standpunkt wird die Ministerialverordnung angefochten von Beck, l c. Vgl. Ullmann, Grundriss, S. 173; Pereles, C. Bl. XVI, S. 355 flg.

§ 99. Beweis des Ehehindernisses überhaupt.

Laut Art. VI, Z. 1 E. G. z. C. P. O. bleibt die Vorschrift des § 99 a. b. G. B. unberührt. Dem Geständnisse kommt daher diesfalls nicht die im § 266 C. P. O. ihm zugeschriebene Bedeutung zu, d. h. das Geständnis befreit nicht vom Beweise, resp. das Ehehindernis bedarf trotz Geständnisses eines Beweises.

Laut desselben Artikels kann das Ehehindernis nicht durch Vernehmung der Parteien¹⁴²⁾ bewiesen werden. Durch diese Bestimmung wird der Vernehmung der Parteien nicht eine ihr ja überhaupt nicht zukommende Beweis„kraft“ benommen. Andererseits wird derselben auch nicht bloß die Beweis„tauglichkeit“ entzogen, sondern es soll dem Beweise durch Parteien-einvernahme überhaupt nicht stattgegeben werden (vgl. die Ausdrucksweise des § 99 in fine). Der Unterschied zwischen Beweiskraft und Beweistauglichkeit in dem von mir gebrauchten Sinne beruht darauf, dass durch die Beweiskraft eines Beweismittels der Richter gezwungen, durch die Beweistauglichkeit eines solchen jedoch nur in den Stand gesetzt wird, dasselbe gelten zu lassen; andererseits bei Abhandensein der Beweiskraft dem Richter noch nicht die Möglichkeit benommen ist, dasselbe zu berücksichtigen, wohl aber bei Abhandensein der Beweistauglichkeit (vgl. ad § 883 a. b. G. B.).

§ 100. Beweis des Unvermögens.

Die Bestimmung des § 100 a. b. G. B. enthält eine Beweisregel, gemäß welcher dem Richter verboten ist, seine Überzeugung von der Impotenz auf andere Beweismittel als auf Sachverständige zu gründen und ist daher durch § 272, al. 1 C. P. O. aufgehoben. Nach letzterer Bestimmung hat der Richter, sofern in der Civilprocessordnung nicht etwas anderes bestimmt ist, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der

¹⁴²⁾ Die (der Partei nachtheilige) eigene Erklärung bei der Einvernahme ist selbstverständlich vom Geständnisse zu unterscheiden. Erstere thut die Partei als Auskunftsperson, letzteres als Partei; bei der ersteren kommt es auf die Glaubwürdigkeit und ratio scientiae an, beim letzteren gilt: sit pro ratione voluntas. (Vgl. meine Bemerkungen zum gerichtl. Gest. im böhm. Juristenkalender pro 1901.)

gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung (frei von Beweisregeln) zu beurtheilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.¹⁴³⁾ Allerdings bleibt jedoch die Bestimmung des § 99 a. b. G. B. auch bezüglich der Impotenz aufrecht (Art. VI, Z. 1 E. G. z. C. P. O.).

§ 107. Scheidung ohne Einverständnis.

a) Versöhnungsversuche. Die Vornahme der Versöhnungsversuche bleibt aufrecht, weil dieselbe ein nothwendiges materiellrechtliches Erfordernis der Scheidung ist und überdies dem Bereiche der außerstreitigen Gerichtsbarkeit angehört. Für den Fall, dass der Scheidungskläger bei einer Versöhnungstagfahrt nicht erscheinen sollte, wird in dem mit Verordnung des Justizministeriums vom 7. October 1897, Z. 22.891 angeführten Formulare Nr. 43 angedroht, dass dies als Rückziehung der Klage angesehen werden würde.¹⁴⁴⁾

b) Form des Verfahrens. Während das Verfahren bei einverständlicher Scheidung zur Gerichtsbarkeit außer Streit-sachen gehört (§ 114 J. N.), ist das Verfahren bei nicht-einverständlicher Scheidung ein Streitverfahren (§§ 50, Z. 2; 76; 100 J. N.). Aus den oben ad § 97 c angeführten Gründen gilt auch hier die Civilprocessordnung.

c) Abgesonderter Wohnort. Die Bewilligung eines abgesonderten (anständigen) Wohnortes kann außer den bisher zugelassenen Fällen als einstweilige Verfügung unter den Bedingungen des § 381 E. O. stattfinden. Im Falle des § 107 in fine ist die Bewilligung an diese Bedingungen nicht gebunden (Argum. Art. XXVII E. G. z. E. O.).¹⁴⁵⁾

¹⁴³⁾ Hält man das Hofdecret vom 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595 für aufrecht, so kann man allenfalls, allerdings auf gekünstelte Weise, § 100 a. b. G. B. als eine „die Aufrechterhaltung der Ehe bezweckende Anordnung“ (§ 13 H. D.) als erhalten ansehen. Vgl. Till, Prawomalž. 1901, S. 45.

¹⁴⁴⁾ Die Reichscivilprocessordnung enthielt in § 572, al. 2 die Bestimmung: „Erscheint der Kläger in dem Sühnetermine nicht . . ., so verliert die Ladung ihre Wirksamkeit.“ Die neue Fassung enthält in § 610 die Sanction: „. . . so muss der Kläger die Anberaumung eines neuen Sühnetermines beantragen und den Beklagten zu dem Termine laden.“

¹⁴⁵⁾ Sieh oben bei § 91 (Unterhalt). Vgl. Till, l. c. S. 144.

§ 112. Trennung der Ehe durch den Tod.

Das Verfahren bei der Todeserklärung, mit welcher der Anspruch verbunden werden soll, dass die Ehe als aufgelöst zu betrachten ist, ist ein außerstreitiges (Ges. vom 16. Februar 1883, R. G. Bl. Nr. 20, insb. § 9) und bleibt unberührt.

§ 115. Trennung ohne Einverständnis.

Bezüglich des Verfahrens gilt dasselbe, was bei § 97 bezüglich des Verfahrens bei Ungiltigkeit einer Ehe wegen eines Privathindernisses gesagt wurde; die §§ 27, al. 2 und 57, al. 2, Z. 3 C. P. O. und Art. VI, Z. 1 E. G. z. C. P. O. (resp. § 99 a. b. G. B.) gelten auch hier, letztere bezüglich des Trennungsgrundes.

§ 135. Trennung einer Judenehe.

Die nicht-einverständliche Trennung einer Judenehe ist „gleich einer anderen Streitsache“ zu behandeln, das heißt, es gilt nicht das etwa bestehende besondere Verfahren in Ehesachen, allein dies hindert nicht die Anwendbarkeit der §§ 27, al. 2 und 57, al. 2, Z. 5 C. P. O., zumal es sich da um ein späteres Gesetz handelt; wohl aber gilt § 99 a. b. G. B., resp. VI, Z. 1 E. G. z. C. P. O. nicht, da ersterer durch letzteren doch nur insoweit aufrechterhalten wurde, als er früher galt; auch ein Vertheidiger des Ehebandes wird nicht aufgestellt (sieh ad § 97 b).

DRITTES HAUPTSTÜCK.

Von den Rechten zwischen Eltern und Kindern.

§ 146. Gerichtsstand der ehelichen Kinder.

Die ehelich geborenen, legitimierten oder adoptierten Kinder theilen den allgemeinen Gerichtsstand des Vaters bis zur Erlangung der freien Vermögensverwaltung (§ 71 J. N.). Dieser Gerichtsstand gilt auch dann, wenn der Process Sachen betrifft, über die der Minderjährige nach § 151 a. b. G. B. frei verfügen und der Minderjährige sich selbst vertreten kann.¹⁴⁶⁾

¹⁴⁶⁾ Vgl. Entsch., Sgl. N. F. 250 (Entscheidungsgründe der II. Instanz).

§ 150. Haftung der Einkünfte für den Unterhalt des Kindes.

Nähere Bestimmungen darüber, auf welche Weise dem Kinde aus dessen Vermögen, bei Zwangsverwaltung der dem Vater an diesem Vermögen eingeräumten Fruchtnießung der standesgemäße Unterhalt zu sichern ist, enthält § 339 E. O. Hienach gehören die Leistungen für den standesmäßigen Unterhalt des Kindes zu den vom Verwalter unmittelbar aus dem Verwaltungsertragnisse zu berichtigenden Auslagen. Der für den Unterhalt des Kindes aufzuwendende Betrag ist auf Einschreiten des Verwalters vom Vormundschaftsgerichte im voraus festzusetzen.¹⁴⁷⁾

§ 151. Vertretung des Kindes.

Sieh ad § 243 a. b. G. B.

§ 156. Protest des Mannes gegen die Ehelichkeit des Kindes.

Durch die Civilprocessordnung wurde an der Form des in § 156 erwähnten Widerspruches des Ehemannes gegen die Ehelichkeit eines vor sechs Monaten nach eingegangener Ehe geborenen Kindes nichts geändert. Eine negative Feststellungsklage ist in diesem Falle nicht erforderlich¹⁴⁸⁾, es genügt eine einfache gerichtliche Eingabe. Die letztere hat nicht den Charakter einer Aufforderung und überhaupt nicht eines Actes der streitigen Gerichtsbarkeit, da das bürgerliche Gesetzbuch ein weiteres Verfahren und insbesondere eine gerichtliche Entscheidung zur Begründung der Vermuthung des § 156 (der Unehelichkeit) nicht voraussetzt.¹⁴⁹⁾

¹⁴⁷⁾ § 150 a. b. G. B. (resp. § 339 E. O.) ist analog auf den Fall anzuwenden, wenn der Mutter ein „Bewirtschaftungsrecht („eine durch das Familienrecht der Kinder beschränkte Nutznießung“) an dem Vermögen der Kinder zusteht. Entsch. v. 2. März 1898, N. 3068, Sgl. N. F. 50, J. M. V. Bl. 1898, Nr. 1466.

¹⁴⁸⁾ In der Entscheidung vom 15. Februar 1899, Nr. 1457, Prävnik, 1399, S. 272 wird eine Klage auch bezüglich eines innerhalb der ersten sechs Monate geborenen Kindes, jedoch nur für den Fall verlangt, dass dem Ehemanne die Schwangerschaft vor der Verehelichung bekannt war.

¹⁴⁹⁾ Vgl. außer der in der vorhergehenden Note citierten Entscheidung die bei Schey ad § 156, N. 2 genannten Entscheidungen, dann Stubenrauch ad §§ 155—157, S. 270, Pfaff-Krainz-Ehrenzweig, § 450, N. 21, Anders, Fam. R., 1887, S. 181.

§ 157. Beweis der Rechtmäßigkeit der Geburt.

Die Beweisregel des § 157 a. b. G. B., gemäß welcher dem Richter verboten ist, seine Überzeugung von dem „außerordentlichen Falle“ der Rechtmäßigkeit einer früheren oder späteren Geburt auf andere Beweismittel als auf Sachverständige zu gründen, wurde im Art. VI, Z. 1 E. G. z. C. P. O. (offenbar mit Rücksicht auf die sonst geltende freie Beweiswürdigung: § 272, al. 1 C. P. O.) ausdrücklich aufrechterhalten.¹⁵⁰⁾

§ 158. Bestreitung der Ehelichkeit eines innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes geborenen Kindes.

a) Form. Zur Bestreitung der Ehelichkeit eines innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes geborenen Kindes ist eine Klage erforderlich (a contr. des Falles § 156). Es ist dies eine negative Feststellungsklage.

b) Beweis. Der Beweis der Negative (der Unmöglichkeit der Zeugung) fällt dem Kläger zur Last, da für den Beklagten die Vermuthung des § 138 a. b. G. B. streitet und er deshalb des Beweises enthoben ist (§ 270 C. P. O.). Man braucht daher in diesem Falle keine Ausnahme von der Vertheilung der Beweislast bei der negativen Feststellungsklage (affirmanti incumbit probatio — non actori sicut tali¹⁵¹⁾) anzunehmen.

Die im zweiten Satze des § 158 a. b. G. B. enthaltene Beweisregel, gemäß welcher dem Richter verboten ist, seine Überzeugung von der Unmöglichkeit der Zeugung auf die Thatsache eines von der Mutter begangenen Ehebruches oder auf die Behauptung der Mutter¹⁵²⁾, dass ihr Kind unehelich

¹⁵⁰⁾ Die Aufrechterhaltung könnte auch nachstehender Weise begründet werden: Der Beweis des § 157 ist ein Gegenbeweis gegen die entweder durch die frühere Geburt und Protest oder durch die spätere Geburt begründete „Vermuthung der Unehelichkeit“. Dieser Gegenbeweis ist gemäß § 270 C. P. O. nur soweit zulässig, als ihn das Gesetz zulässt. Nun lässt das Gesetz denselben nur durch Sachverständige zu.

¹⁵¹⁾ Vgl. Ott, Syst., II, S. 25, G. Z. 1899, S. 42 (IV in fine); weiter unten ad § 324 a. b. G. B.

¹⁵²⁾ Irreführend ist es, die Behauptung der Mutter „Geständnis“ zu nennen, sie ist nicht Partei; aus demselben Grunde ist sie nicht nach § 371 flg. C. P. O. einzuzuernehmen, wohl aber liegt kein Hindernis vor, sie, sofern sie

sei, allein zu gründen, ist gemäß Art. VI, Z. 1 E. G. z. C. P. O. erhalten.¹⁵³⁾

§ 160. Legitimation durch Hebung des Ehehindernisses und schuldlose Unwissenheit.

Die Feststellung der nachträglichen Behebung oder der schuldlosen Unwissenheit des Ehehindernisses behufs Legitimation des in der Ehe geborenen Kindes erfolgt im Verfahren außer Streitsachen (Art. XVI, al. 2 E. G. z. J. N.). Diese Bestimmung kann offenbar nur dann Anwendung finden, wenn die betreffende Ehe bereits für ungiltig erklärt wurde, denn bis dahin streitet die Vermuthung für die Giltigkeit der Ehe (§ 99 a. b. G. B.), und die Ehelichkeit der Kinder kann bis dahin aus dem Grunde der Ungiltigkeit der Ehe nicht bestritten werden; auch sind die Kinder in den Taufmatriken als ehelich eingetragen. Hienach ist es aber weiter klar, dass diese Bestimmung (Art. XVI, al. 2) bezüglich des Falles der nachträglichen Behebung des Ehehindernisses keinen rechten Sinn ergibt¹⁵⁴⁾, denn in diesem Falle kommt es eben gar nicht zu einer Ungiltigkeitserklärung der Ehe, und die bisher als ehelich angesehenen Kinder bleiben es auch weiterhin. Wohl zu beachten ist auch, dass es sich in diesem Falle nicht um Feststellung der Vaterschaft, sondern um Feststellung der nachträglichen Behebung des Ehehindernisses handelt, was doch eigentlich Sache eines Ehegiltigkeitsprocesses ist.

dazu bereit ist (§ 321, Z. 1 C. P. O.), als Zeugin abzufragen; nur darf die Entscheidung sich nicht auf diese Zeugenschaft allein stützen. Sieh Entsch. vom 10. Juli 1900, Z. 9571, Not. Z. 1900, S. 277: Freie Beweiswürdigung ist hier nur soweit eingeschränkt, als der Richter den Beweis nicht als erbracht ansehen darf, wenn keine weiteren Beweise da sind. Vgl. Schwalb in G. Z. 1900, S. 268 (Zur Auslegung des § 158 a. b. G. B.) und Entsch., Sgl. N. F. 439.

¹⁵³⁾ Auch hier gilt das in N. 150 Gesagte. — Zu bemerken ist noch, dass der vom Gerichte im Falle des § 158 a. b. G. B. bestellte „Vertheidiger der ehelichen Geburt“ nicht eine dem Vertheidiger des Ehebandes analoge Stellung hat, sondern Curator einer handlungsunfähigen Partei ist (er wird nicht bestellt, wenn das Kind großjährig ist); infolge dessen hat er auch Anspruch auf Kostenersatz gemäß §§ 8, 10, 41 C. P. O. (sieh Entsch. des O. L. G. Wien v. 25. Mai 1899, G. Z. 1900, S. 224).

¹⁵⁴⁾ So auch Stupecký im Právník, 1897 (Über die Legitimation unehelicher Kinder), S. 422, N. 32.

Für den zweiten Fall, nämlich die Constatierung der schuldlosen Unwissenheit wenigstens eines Elternteiles, ist die Möglichkeit allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Bestimmung des Art. XVI, al. 2 zur Anwendung gelangen kann¹⁵⁵⁾, selbstverständlich jedoch nur, wenn die Ehe bereits für ungiltig erklärt worden ist.

Die Motive (Mat., II, S. 223) beschränken die Anwendbarkeit der in Rede stehenden Bestimmung auf den Fall, wenn der Vater bereits verstorben ist, wie im Falle der Feststellung der Vaterschaft behufs Legitimation durch nachfolgende Ehe (Art. XVI, al. 1); doch das Gesetz macht in Art. XVI, al. 2 diesen Unterschied nicht (wohl jedoch in § 113, al. 2 J. N.), und es ist auch gar nicht einzusehen¹⁵⁶⁾, wieso der Tod des Vaters in diesen Fällen überhaupt relevant sein sollte, zum wenigsten, wieso derselbe relevanter sein sollte als derjenige der Mutter, da es sich doch hier nicht um Feststellung der Vaterschaft, sondern um Feststellung ganz anderer Thatsachen handelt, welche jeden der beiden Eltern betreffen können.¹⁵⁷⁾

¹⁵⁵⁾ Die Anwendbarkeit ist jedoch auch für diesen Fall problematisch, wenn man von der Anschauung der (unter der Herrschaft der Civilprocessgesetze ergangenen) Entscheidung vom 14. September 1898, Z. 12.551 (J. Bl. 1898, S. 526), Sgl. N. F. 310 ausgeht. Hienach sollen die Kinder aus einer für ungiltig erklärten Ehe so lange für ehelich gelten, bis ihre Unehelichkeit im Processwege festgestellt wird.

¹⁵⁶⁾ Vgl. Stupecký, l. c. S. 223.

¹⁵⁷⁾ Offenbar liegt, sowohl in Betreff der Einreihung des ersten Falles (Hebung des Ehehindernisses) überhaupt, als auch in Betreff der (intendierten) Beschränkung der Anwendbarkeit auf die Zeit nach dem Tode des Vaters, ein Versehen der Redaction vor. Stupecký l. c. ist bezüglich der Beschränkung der Anwendbarkeit auf die Zeit nach dem Tode des Vaters derselben Ansicht, was die Feststellung der Hebung des Ehehindernisses anbelangt, meint er jedoch, dass die Antragsteller an die Fälle dachten, in welchen das Hindernis factisch aufgehört hat, ohne dass die Ehe convalidiert worden wäre. (Ähnlich auch Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 452, N. 2.) Mir scheint es dagegen wahrscheinlicher, dass die Gedanken der Antragsteller in beiden Punkten gleichwertig waren. Eine authentische Interpretation des § 160 a. b. G. B. in dem Sinne, dass die sogenannte Legitimation nach § 160 auch bei Kindern aus einer ungiltigen und nicht convalidierten Ehe platzgreift, wenn nur das Ehehindernis factisch aufgehört hat, kann in Art. XVI, al. 2 E. G. z. J. N. jedenfalls nicht erblickt werden, so Stupecký l. c. Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 452, N. 1 und 2.

§ 161. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

Die Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde behufs Legitimation durch nachfolgende Ehe erfolgt nach dem Tode des angeblichen Vaters im Verfahren außer Streit-sachen (Art. XVI, al. 1 E. G. z. J. N., dazu Mater., I, S. 617).

Bei Lebzeiten des angeblichen Vaters erfolgt die Feststellung der Vaterschaft demnach nach wie vor entweder im Processwege gemäß § 163 a. b. G. B. oder durch Einwilligung des von der Mutter angegebenen Vaters zur Einschreibung des väterlichen Namens in die Matrikel gemäß § 164 a. b. G. B. Es bleibt daher einem Weißen bei Lebzeiten nach wie vor unbenommen, einen Vollblutneger als sein Kind anzuerkennen¹⁵⁸⁾ und denselben dann eventuell zu legitimieren (§§ 161, 162 a. b. G. B.).

Die besonders bei Verheiratung einer Frauensperson, welche uneheliche Kinder hat, übliche Fälschung des Personenstandes durch Legitimierung fremder Kinder per subsequens matrimonium bleibt mithin trotz Art. XVI, al. 1 E. G. z. J. N. bestehen; bekanntlich gereicht diese Fälschung hauptsächlich den Heimatsgemeinden¹⁵⁹⁾ des gutmüthigen Bräutigams¹⁶⁰⁾ zum Schaden.

§ 162. Legitimation durch Begünstigung des Landesfürsten.

Was diese Legitimationsart anbelangt, geschah eine Änderung bloß in der Competenz des Gerichtes, bei welchem das

¹⁵⁸⁾ Die Cautelen, dass niemand sich für einen unehelichen Vater eigenmächtig erklären könne, bestehen bloß darin, dass im Falle des § 163 a. b. G. B. das Kind die Initiative ergreifen muss und im Falle des § 164 a. b. G. B. die Bezeichnung des Vaters auf Angaben der Mutter beruhen soll, niemand kann sich hienach, ohne vom Kinde selbst (resp. seiner gesetzlichen Vertretung) oder zum wenigsten von der Mutter bezeichnet zu sein, als Vater aufzotroyieren. Dagegen verstößt die Entscheidung des Verw. Ger. H. vom 19. Juni 1895, Z. 3110; Budwiński Nr. 8752 (gegen dieselbe Riehl in G. Z. 1897, S. 287).

¹⁵⁹⁾ Die Legitimation zur Klage auf Feststellung der Ungiltigkeit einer solchen „Legitimation“ wird der Heimatsgemeinde abgesprochen in Entscheidung vom 11. Oct. 1898, Nr. 12.063, Sgl. N. F. 331, J. M. V. Bl. 1899, Nr. 38.

¹⁶⁰⁾ Will er später die Legitimation durch Beweis der Unmöglichkeit seiner Vaterschaft bestreiten, so kommt er in Gefahr, strafgerichtlich verfolgt zu werden. Vgl. Entsch. vom 23. März 1898, Nr. 3645, Not. Z. 1898, Nr. 39, Sgl. N. F. 73.

Gesuch, im Falle eine gerichtliche „Bewilligung“ nicht erfordert wird, anzubringen ist (§ 113, al. 1, Fall 2 J. N. derogiert der Bestimmung der §§ 264, 259, Pat. v. 9. Aug. 1854, R. G. Bl. Nr. 208).

Für Fälle, in welchen die Bewilligung des vormundschaftlichen Gerichtes erforderlich ist, geschah eine Änderung überhaupt nicht; denn dass die sonst der Bestimmung des § 88, al. 2 der alten Jurisdictionsnorm entsprechende Bestimmung des § 109, al. 2 der neuen Jurisdictionsnorm auch noch den (in der alten Jurisdictionsnorm nicht genannten) Fall der Bewilligung zum Ansuchen um Legitimation aufzählt, lässt auf eine Änderung gegenüber dem früheren Rechte nicht schließen¹⁶¹⁾, sondern erklärt sich einfach dadurch, dass die Bestimmung des § 264, resp. 258 Pat. (dergemäß das Gesuch, wenn das Vormundschaftsgericht ein Bezirksgericht ist, dem Gerichtshof zur Entscheidung vorzulegen ist) ganz zweckmäßigerweise in § 109, al. 2 J. N. eingereiht wurde.

§ 163. Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Processwege.

a) Beweis der Vaterschaft. Die Vermuthung, dass derjenige, von welchem nach den Regeln der Processordnung erwiesen wurde, dass er der Mutter innerhalb der kritischen Zeit beigewohnt hat, für den Vater zu halten sei, ist erhalten (§ 270 C. P. O.). An die Stelle der „Gerichtsordnung“ tritt die Civilprocessordnung (Art. II E. G. z. C. P. O.).

In § 163 wird außer den in der Gerichtsordnung vorgeschriebenen Beweisarten noch besonders das außergerichtliche Geständnis, pur et simple genannt, hiedurch sollte ausgesprochen werden, dass ein außergerichtliches Geständnis in diesem Falle noch nicht deshalb beweisuntauglich sei (für Null zu achten sei), weil es der Qualification des § 110 a. G. O. nicht ent-

¹⁶¹⁾ Aus dieser Einreihung schließt Novotný im Právník, 1899, S. 247, dass die Macht des Gerichtes gegenwärtig erweitert sei, indem dasselbe die Weiterleitung an das Justizministerium durch Verweigerung der Bewilligung vereiteln kann. Allein dies traf auch früher zu, und die Entsch. v. 13. Februar 1883, Nr. 1524, Slg. 9302, G. H. 1883, S. 206 bezieht sich offenbar auf einen Fall, in welchem die Bewilligung des Vormundschaftsgerichtes nicht erforderlich war (oder bereits erteilt wurde). Vgl. Stupecký, I. c. S. 492, 493.

spricht.¹⁶²⁾ Da gegenwärtig überhaupt kein außergerichtliches Geständnis, um Anspruch auf Berücksichtigung zu haben, der Qualification des § 110 a. G. O. bedarf (§ 266, al. 3, § 272, al. 1 C. P. O.), so entfällt die Nothwendigkeit der besonderen Hervorhebung desselben anderen „gerichtsordnungsmäßigen Beweisarten“ gegenüber.¹⁶³⁾

Eine rechtserzeugende Thatsache kann das außergerichtliche Geständnis im § 163 nicht genannt werden¹⁶⁴⁾, denn rechtserzeugend ist nur die Beiwohnung, und das Geständnis enthält bloß eine psychische Reproduction jener Thatsache, welche zu Beweiszwecken verwendet wird.¹⁶⁵⁾ Ebensowenig enthielt § 163 eine Beweisregel des Inhaltes, dass die Beiwohnung durch das außergerichtliche Geständnis ohneweiters erwiesen sei¹⁶⁶⁾, in § 163 handelte es sich nicht darum, die bestehenden Beweisregeln noch um eine zu vermehren, sondern im Gegentheil darum, den Richter in Bezug auf den Beweis freier zu stellen. Dem nicht nach § 110 a. G. O. qualifizierten außergerichtlichen Geständnisse wurde nicht eine (Überzeugung aufzwingende) Beweis„kraft“, sondern bloß eine (Überzeugung ermöglichende) Beweis„tauglichkeit“ zugesprochen und da diese Beweistauglichkeit gegenwärtig jedem außergerichtlichen Ge-

¹⁶²⁾ Vgl. Anders, Fam. R., S. 217, N. 27 und die Entstehungsgeschichte.

¹⁶³⁾ Und es entfällt demnach auch die Controverse, ob das in § 163 a. b. G. B. separat erwähnte außergerichtliche Geständnis nicht dennoch der Qualification des § 110 a. G. O. bedürfe (Stubenrauch, IV. Aufl., ad § 163, 3). Vgl. Anders, Grundr. d. Fam. R., S. 57; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 454, N. 3.

¹⁶⁴⁾ Stubenrauch, 1899, II, S. 53, N. 3 (ad § 883): „Dort, wo sich nach den Bestimmungen des Civilrechtes an ein außergerichtliches Geständnis unmittelbar materielle Rechtsfolgen knüpfen, wie z. B. bei dem Geständnisse der Beiwohnung nach § 163, da wird nach wie vor das Geständnis als rechtserzeugende Thatsache respectiert werden müssen.“ Ähnlich Schuster, § 49, N. 2: „Gar nicht berührt wird durch die Civilprocessordnung die materiellrechtliche Wirkung des außergerichtlichen Geständnisses des unehelichen Beischlafs nach § 163 a. b. G. B.“ Dagegen mit Recht Krasnopolski in G. Z. 1897, S. 46, und Schrutka in Ght. Zt., XXIV, S. 723.

¹⁶⁵⁾ Stubenrauch selbst sagt auf S. 286, dass sich das Geständnis nur auf die Frage bezieht, ob der erfolgte Beischlaf als erwiesen anzusehen sei. Nimmt das Gericht an, dass der Beischlaf nicht erfolgte, gilt auch die Präsump-tion nicht.

¹⁶⁶⁾ Wie Wehli, G. H. 1897, S. 80, J. Bl. 1897, S. 91 meint. Ähnlich auch Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 454, S. 459.

ständnisse zukommt, ist die besondere Hervorhebung desselben in § 163, wie gesagt, gegenstandslos geworden.

Der Richter hat nach freier Würdigung zu beurtheilen, sowohl ob die angeführten Thatumstände, welche ein außergerichtliches Geständnis enthalten sollen, für wahr zu halten seien (§ 272, al. 1 C. P. O.), als auch ob diese Thatumstände ein außergerichtliches Geständnis wirklich begründen (arg. § 272, al. 3 C. P. O., „Erwägungen“), als auch ob dieses außergerichtliche Geständnis für sich allein zur Begründung der richterlichen Überzeugung genüge und mithin die Nothwendigkeit eines anderweitigen Beweises entfalle (§ 266, al. 3 C. P. O.).

b) Gegenbeweis. Der Beischlaf innerhalb der kritischen Zeit constituirt bloß eine Vermuthung für die Vaterschaft (die Zeugung). Die Vermuthung kann durch den Beweis des Gegentheils entkräftet werden. Dieser Beweis, welcher in § 270 C. P. O. auch mit dem Worte Gegenbeweis¹⁶⁷⁾ bezeichnet wird, ist zulässig, da ihn das Gesetz nicht ausdrücklich ausschließt.¹⁶⁸⁾ Das Thema desselben bildet die Unmöglichkeit der Zeugung (trotz Beischlafs). Derselbe kann insbesondere auf die Reife, resp. Unreife des Kindes basiert werden¹⁶⁹⁾ und unterliegt der freien richterlichen Würdigung (§ 272, al. 1 und 3 C. P. O.).¹⁷⁰⁾

c) Feststellung der Vaterschaft nach dem Tode. Während bei Lebzeiten des Vaters, selbst wenn derselbe verschollen wäre und ein Curator für denselben errichtet werden müsste, die uneheliche Vaterschaft, falls nicht bereits eine Anerkennung nach § 164 a. b. G. B. vorliegt, nur im Processwege festgestellt werden kann, ist nach dem Tode des Vaters (resp. nach der Todeserklärung) zu unterscheiden:

α) Handelt es sich um Feststellung der Vaterschaft behufs Legitimation durch nachfolgende Ehe, so kommt das Ver-

¹⁶⁷⁾ Vgl. Wehli, J. Bl. 1896, S. 470 und die daselbst in N. 34 Citirten.

¹⁶⁸⁾ Schrutka, l. c. S. 724 gegen Schuster (S. 302, Anm. 3 i. f.).

¹⁶⁹⁾ Entsch. vom 14. Februar 1900, Z. 1773, G. Z. 1900, S. 125, Právník, 1900, S. 356 (Beweis aus der Reife, dass die Mutter zur Zeit des Beischlafs mit dem Geklagten bereits schwanger war).

¹⁷⁰⁾ Infolgedessen wird derselbe im allgemeinen jetzt leichter geführt werden können. Anders, Grundr. d. F. R., S. 57. Der Gegenbeweis kann auch durch Vernehmung der Parteien geführt werden (§ 270 C. P. O.). Vgl. Entsch., Sgl. N. F. 304.

fahren außer Streitsachen zur Anwendung, was bereits oben ad § 161 erörtert wurde.

9) In allen übrigen Fällen, also insbesondere wenn die Feststellung der Vaterschaft behufs Leistung der Alimente und Versorgung verlangt wird, erfolgt dieselbe nach wie vor im Wege des Processes gegen die Erben des angeblichen Vaters (§§ 163, 171 a. b. G. B.).

Die Feststellungen gemäß α und β könnten allerdings divergieren, was Anlass zu absonderlichen Conflicten gäbe; mit Rücksicht darauf muss angenommen werden, dass, wenn die Vaterschaft bereits auf eine Art festgestellt wurde, die Feststellung in der anderen Art ausgeschlossen ist; gewiss gilt dies, wenn die Feststellung nach α die frühere war.

§ 164. Freiwillige Anerkennung der Vaterschaft.

Die Vorschriften, unter welchen Bedingungen der väterliche Name in die Matrikel eingetragen werden kann und soll, bleiben vollkommen unberührt. Die Eintragung, wenn sie eben in der vorgeschriebenen Weise erfolgt, bildet vollen Beweis (§ 292, al. 1 C. P. O.); daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass eine Eintragung, welche ohne Beobachtung aller vorgeschriebenen Cautelen erfolgte, für den Beweis ohne Bedeutung sei¹⁷¹⁾, sie ist, wenn im Process auf dieselbe hingewiesen wird, nach freier Beweiswürdigung zu beurtheilen. Andererseits steht auch der Gegenbeweis gegen die selbst vollkommen vorschriftsmäßig erfolgte Eintragung des Namens (Beurkundung der Vaterschaft) offen (§ 292, al. 2 C. P. O.).¹⁷²⁾

Was hier von der Eintragung des väterlichen Namens gesagt wurde, gilt auch von der Eintragung des mütterlichen Namens.

¹⁷¹⁾ Dies scheint Anders, Grundr. d. Fam. R., S. 56 anzunehmen: „Das Taufbuch beweist die Anerkennung nur dann, wenn etc.“

¹⁷²⁾ Sieh die in N. 160 citierte Entsch., Sgl. N. F. 331. — Was § 292, al. 2 C. P. O. betrifft, so erinnert derselbe, nebenbei gesagt, an die bekannte Anekdote von dem Engländer, welcher, eine Divergenz zwischen Bädeler und Wirklichkeit entdeckend, ausrief: „Diese Gegend ist falsch“; es kann nämlich stets nur die Beurkundung unrichtig sein, nicht die Thatsache. Richtig stilisiert ist § 380, al. 2 R. C. P. O. (§ 415, al. 2 Neue Fassung).

§ 165. Rechtsverhältnisse des unehelichen Kindes.

Uneheliche Kinder (mit Ausnahme der in einem Findel- oder Waisenhaus untergebrachten) unterstehen dem allgemeinen Gerichtsstande der Mutter, mögen sie vom Vater anerkannt sein oder nicht (§ 72 J. N.).¹⁷³⁾

Streitigkeiten über die Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde (und über die dem unehelichen Vater dem Kinde gegenüber gesetzlich obliegenden Verpflichtungen) gehören laut § 49, Z. 2 J. N. vor das Bezirksgericht; sie sind daher aus den laut § 50, Z. 3 J. N. vor die Gerichtshöfe gehörenden, aus dem Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern entspringenden (familienrechtlichen) Streitigkeiten eximiert, was damit übereinstimmt, dass das Verhältnis des unehelichen Vaters zu dem Kinde sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch wesentlich auf obligatorische Verpflichtungen des ersteren reduciert (§ 171 a. b. G. B., „gleich einer anderen Schuld“).¹⁷⁴⁾

§ 181. Annahme an Kindesstatt.

Eine Änderung geschah bloß in den Kompetenzbestimmungen. Die in § 181 a. b. G. B. erforderte (daselbst der Landesstelle zugewiesene) Bestätigung der Adoption kommt den Gerichten zu. Die neuen Kompetenzbestimmungen (§§ 113, al. 1, 109, al. 2 J. N.) in Betreff dieser Bestätigung sind kürz die nachstehenden¹⁷⁵⁾:

Wenn zur Adoption eine vormundschafts- oder curatelsbehördliche Einwilligung erfordert wird, also bei einem nicht eigenberechtigten und nicht unter väterlicher Gewalt stehenden Wahlkinde, ist das zur Einwilligung competente Gericht auch zur Bestätigung competent; ist dasselbe ein Bezirksgericht, so ist der Beschluss, durch welchen das Adoptionsgesuch definitiv erledigt wird, dem vorgesetzten Gerichtshofe zur Entscheidung vorzulegen.¹⁷⁶⁾

¹⁷³⁾ Parallele zu § 146 a. b. G. B., resp. § 71 J. N.

¹⁷⁴⁾ Vgl. Anders, Fam. R., S. 223.

¹⁷⁵⁾ Vgl. Fragenbeantwortung ad § 113, C. . . . n in G. Z. 1899, S. 206; Beer in G. Z. 1899, S. 310; Lahr in G. Z. 1901, S. 19.

¹⁷⁶⁾ § 258 Pat. v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208; § 113, al. 1, § 109, al. 2 J. N. Vgl. früher § 83, al. 2 J. N. vom J. 1852, der Unterschied besteht darin,

Wenn zur Adoption eine vormundschafts- oder curatelsbehördliche Einwilligung nicht erfordert wird, also bei einem eigenberechtigten oder zwar nicht eigenberechtigten, aber unter väterlicher Gewalt stehenden Wahlkinde, ist das Bezirksgericht des Wohnsitzes des Adoptanten zuständig¹⁷⁷⁾; der Beschluss ist auch in diesem Falle dem vorgesetzten Gerichtshofe zur Entscheidung vorzulegen.¹⁷⁸⁾

VIERTES HAUPTSTÜCK.

Von den Vormundschaften und Curatelen.

§ 200. Gerichtsstand der Verwaltung.

Die Vorschrift des § 200 a. b. G. B. (in fine, mit Bezug auf § 34 J. N. v. J. 1852), soweit es sich um den Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten aus einer gerichtlich angeordneten Verwaltung handelt, verliert ihre Wirksamkeit (Art. II, Z. 1 E. G. z. J. N.).

§ 225. Gerichtsstand der Verwaltung.

Dagegen bleibt die Vorschrift des § 225 a. b. G. B. aufrecht, und zwar sowohl hinsichtlich der Inventur und Schätzung der in einem anderen Lande gelegenen Liegenschaft (§ 117 J. N.), als auch hinsichtlich der Bestellung eines Curators durch die Realbehörde (§ 112, al. 1 J. N.); ebenso bleibt unberührt die mit letzterer Bestimmung zusammenhängende Vorschrift des § 240 a. b. G. B. über den Ort der Rechnungslegung.

§ 233. Nothwendigkeit obervormundschaftsbehördlicher Genehmigung.

Vormünder und Curatoren können in den Processen ihrer Mündel und Pflegebefohlenen die Beweisführung durch Ver-

dass die Entscheidungen des Gerichtshofes früher: „definitive Erledigungen der Adoptionsgesuche“ genannt wurden (§ 83, al. 2 alt. J. N.), während sie jetzt: „Entscheidungen über die Beschlüsse der Bezirksgerichte, durch welche Adoptionsgesuche definitiv erledigt werden“ heißen.

¹⁷⁷⁾ § 113, al. 1 J. N.; hiedurch ist § 259 Pat. derogiert.

¹⁷⁸⁾ Dies bestreitet Lahr, l. c., doch § 109, al. 2 J. N. unterscheidet nicht.

nehmung der Parteien beantragen, ohne hiezu der Einwilligung des vormundschaftlichen oder Curatelsgerichts zu bedürfen (Art. XLI E. G. z. C. P. O.). Diese Einwilligung ist jedoch allerdings erforderlich zur Vereinbarung eines Schiedseids gemäß § 205 C. P. O.¹⁷⁹⁾, sowie zum Abschlusse eines Schiedsvertrages (§ 577, al. 1 C. P. O.)¹⁸⁰⁾; in beiden Fällen wird die Befugnis, Vergleiche abzuschließen, erfordert.

§ 236. Verschaffung von Urkunden über Forderungen.

Die Verschaffung einer Urkunde (eines Urtheiles) über eine Schuldforderung des Mündels, zu deren Beweise keine Urkunde vorhanden ist, geschieht im Wege der Feststellungsklage nach § 228 C. P. O.¹⁸¹⁾ Das Interesse, welches zu dieser Klage erfordert wird, ist eben durch die Bestimmung des § 236, Satz 1 a. b. G. B. gegeben, da es dem Vormunde zur Pflicht gemacht wird, sich in einem solchen Falle eine Urkunde zu verschaffen.

Außerdem hat der Vormund auch die Pflicht und das Recht zur Klage nach § 317 C. P. O. (auf Erneuerung einer schadhafte gewordenen Urkunde).¹⁸²⁾

§ 243. Vertretung des Minderjährigen.

Während früher zwischen der selbständigen Verpflichtungsfähigkeit durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden und der Processfähigkeit Minderjähriger die Divergenz bestand, dass ein Minderjähriger selbst in solchen Rechtsstreitigkeiten, welche dasjenige zum Gegenstande haben, worüber er zufolge der §§ 151, 246 und 247 a. b. G. B. frei verfügen darf, der gesetzlichen Vertretung bedurfte (§ 64 a. G. O., § 243 a. b. G. B.¹⁸³⁾,

¹⁷⁹⁾ Demelius, G. H. 1897, S. 326.

¹⁸⁰⁾ Ott, I, § 34, S. 158.

¹⁸¹⁾ An Stelle der §§ 176, 177 a. G. O. tritt § 228 C. P. O.; Stubenrauch, S. 347, N. 1; Ott, l. c.

¹⁸²⁾ Früher galten §§ 131, 132 a. G. O.

¹⁸³⁾ Ausnahmen bestanden nur bezüglich des Bagatellverfahrens (Ges. v. 27. April 1873, R. G. Bl. Nr. 66, § 10) und des Verfahrens vor Gewerbegerichten (Ges. v. 14. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 63, § 34).

ist diese Divergenz jetzt beseitigt.¹⁸⁴⁾ Der Minderjährige bedarf laut § 2 C. P. O. in diesen Processen nicht der Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters.¹⁸⁵⁾

§ 270. Fälle der Curatel.

In den Civilprocessgesetzen kommen folgende Fälle der Curatel vor:

a) für Processunfähige: §§ 8, 9 C. P. O.

b) für Unbekannte: bei Beweisaufnahme zur Sicherung von Beweisen gemäß § 386, al. 3 C. P. O.;

c) für Personen, deren Aufenthalt unbekannt ist: wenn diese Personen infolge einer an sie zu bewirkenden Zustellung eine Processhandlung vorzunehmen hätten, gemäß §§ 116—118 C. P. O.¹⁸⁶⁾;

d) für Personen, an welche eine Zustellung voraussichtlich nicht rechtzeitig bewirkt werden kann oder vergeblich versucht wurde: bei Ladung zur Tagfahrt behufs Feststellung der Versteigerungsbedingungen gemäß § 162, al. 2 und § 3 E. O.; bei Zustellung des Versteigerungsedictes gemäß § 174 E. O.¹⁸⁷⁾; vgl. auch § 172 Gesch. O.;

e) für Personen, welche außerhalb des Geltungsgebietes der Civilprocessordnung sich befinden: wenn sich Zustellungsanstände ergeben, gemäß § 121, al. 2 C. P. O.; hieher gehört auch der Fall des § 119, al. 2, 3 C. P. O., da bezüglich der Exterritorialen die Fiction besteht, dass sie sich außerhalb des Geltungsgebietes der hiesigen Gesetze befinden (vgl. umgekehrt § 120 C. P. O.);

¹⁸⁴⁾ Die Möglichkeit, nach § 248 a. b. G. B. verantwortlich zu werden, zieht Processfähigkeit in der betreffenden Sache nicht nach sich. Neumann, Comm., S. 117.

¹⁸⁵⁾ Darüber, ob der Rechtsstreit einen Gegenstand betrifft, worüber der Minderjährige frei verfügen kann, können allerdings Zweifel entstehen. Vgl. Entsch. vom 7. Juli 1898, Nr. 8000, Sgl. N. F. 250, J. Bl. 1898, Nr. 40; vom 30. März 1898, Nr. 4135, Sgl. N. F. 86, J. Bl. 1898, Nr. 47; vom 5. Februar 1890, Nr. 568, Sgl. 13.140, Mat. Reg. Nr. 243; ferner Schuster in G. Z. 1899, S. 219 (Verpflichtung Minderjähriger aus eigenmächtig abgeschlossenen Verträgen).

¹⁸⁶⁾ Hiezu Entsch. v. 7. März 1898, Z. 3550, Právník 1899, S. 328.

¹⁸⁷⁾ Namentlich für die in letzter Stunde eingetragenen Hypothekare, Czoernig, Vorles., S. 148; Schauer, N. 4 ad § 170, Z. 4 E. O.

f) für Besitzer von Pfandbriefen und von auf Inhaber lautenden oder indossablen Theilschuldverschreibungen (Ges. vom 24. April 1874, R. G. Bl. Nr. 48, 49) laut Art. IV, al. 4 E. G. z. C. P. O., und Art. XXIV E. G. z. E. O.¹⁸⁸⁾;

g) für eine Verlassenschaft laut §§ 155, 164 C. P. O. (sich ad § 811 a. b. G. B.);

h) behufs Einklagung einer executiv gepfändeten oder Einziehung einer bereits executiv zur Einziehung überwiesenen Forderung (§§ 297, al. 3, 310, al. 4, 314, 315 E. O.).¹⁸⁹⁾ Hiebei ergibt sich die Frage, für wen dieser Curator bestellt wird, ob etwa für den Executen oder für den exequierenden Gläubiger. Wohl für keinen von beiden in dem Sinne einer Vertretung desselben (cura personarum im weiteren Sinne); denn es liegt da cura bonorum vor. Obzwar der Execut theoretisch Subject der Forderung verbleibt, ist dieselbe doch von seiner Person in der Weise abgelöst, wie die Concursmassa von der Person des Cridatars. Die Forderung wird als Executionsmassa vom Curator zu Gunsten der Executionsinteressenten verwaltet. Wird die Forderung einem Gläubiger selbst zur Einziehung überwiesen, so hat auch dieser die Stellung eines Executionsmassaverwalters (§ 310, al. 3, § 322, al. 2 in fine E. O.).

Eine cura bonorum liegt auch dann vor, wenn „Vermögensmassen“ (§ 75 J. N.) als Processparteien auftreten. Eine Vermögensmassa ist dann vorhanden, wenn dem bekannten Rechtssubjecte, welches Subject (Eigenthümer) der Vermögensmassa ist, die Disposition mit derselben entzogen ist, wie dies beim Cridatar, beim Ordensgeistlichen, beim Deserteur zutrifft. Dann fungiert die Vermögensmassa als Processpartei und wird durch einen curator bonorum vertreten. Keineswegs liegt jedoch eine „Vermögensmassa“ als Processpartei (Processrechtssubject) vor, wenn der Eigenthümer irgend einer Vermögensmassa unbekannt ist, dann wird der Process durch einen curator personae (Vertreter des Unbekannten, nicht der „Massa“) geführt. Vgl. ad § 26 und § 1034 a. b. G. B.

¹⁸⁸⁾ Vgl. Neumann, E. O., S. 234 (ad § 171 E. O.).

¹⁸⁹⁾ Fürstl, II, S. 631.

§ 275. Vertretung Taubstummer.

Unberührt bleiben die ersten zwei die Curatel betreffenden Sätze; an Stelle des dritten Satzes tritt nun für das Civilprocess- und Executionsverfahren (§ 78 E. O.) die allgemeine Vorschrift des § 185 C. P. O.¹⁹⁰⁾

§ 280. Kompetenz in Curatelssachen.

Die Kompetenzvorschriften in Curatelssachen sind in §§ 109 bis 112 J. N. enthalten. Außerdem sind auch die für einzelne Fälle der Curatel erlassenen besonderen Vorschriften erhalten (§ 112 J. N.).¹⁹¹⁾

§ 282. Kompetenz in Curatelssachen.

Aufgehoben ist jedoch die Vorschrift des § 282 a. b. G. B., soweit es sich (durch Verweisung auf die Vorschriften über Vormundschaft und demnach auch auf § 200) um den Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten aus einer gerichtlich angeordneten Verwaltung handelt (Art. II, Z. 1 E. G. z. C. P. O.).

Rechte und Pflichten des Curators.

Dem für eine processunfähige Partei bestellten Curator wird es in § 8, al. 2 C. P. O. zur Pflicht gemacht, für die Partei bis zum Eintreten des gesetzlichen Vertreters am gerichtlichen Verfahren theilzunehmen und, wenn nöthig, die Bestellung des gesetzlichen Vertreters durch geeignete Anträge zu veranlassen. Die Pflichten eines anderen nach Vorschriften der Civilprocessgesetze bestellten Curators richten sich nach Anlass und Zweck der Curatel und nach den für den speciellen Curatelsfall geltenden Regeln.¹⁹²⁾

Sind besondere Vorschriften nicht gegeben, und ergeben sich aus Anlass und Zweck der Curatel keine Abweichungen, so sind die Rechte und Verbindlichkeiten des

¹⁹⁰⁾ Vgl. Schuster, § 17, V, N. 11; Demelius, G. H. 1897, S. 350; Horten, G. H. 1900, S. 562.

¹⁹¹⁾ Z. B. § 225 a. b. G. B., eine Bestimmung des „bürgerlichen Rechtes“ ist dies jedoch nicht; vgl. ad § 1 a. b. G. B.

¹⁹²⁾ Fragenbeantwortung ad § 9 C. P. O.

Curators laut § 282 a. b. G. B. aus den den Vormündern ertheilten Vorschriften zu beurtheilen. Aus der Civilprocessordnung ergibt sich ein Unterschied zwischen Vormundschaft und Curatel bezüglich der Befugnis zur Zeugnisverweigerung. Vormünder und Mündel dürfen die Zeugenaussage unter den in § 321, al. 1, 2 C. P. O. angeführten Voraussetzungen verweigern, Curatoren und Curanden jedoch nicht.¹⁹³⁾ Dagegen sind beide Verhältnisse in § 20, Z. 3 J. N. (Ablehnung von Richtern) gleichgestellt.

ZWEITER THEIL.**Von dem Sachenrechte.****Von Sachen und ihrer rechtlichen Eintheilung.****§ 288. Gemeindegut, Gemeindevermögen.**

Gegen eine Gemeinde (oder gegen eine durch Ausspruch einer Verwaltungsbehörde als öffentlich und gemeinnützig erklärte Anstalt) kann die Execution zum Zwecke der Hereinbringung von Geldforderungen, falls es sich nicht um die Verwirklichung eines vertragsmäßigen Pfandrechtes handelt, nur in Ansehung solcher Vermögensbestandtheile bewilligt werden, welche ohne Beeinträchtigung der durch die Gemeinde oder jene Anstalt zu wahren öffentlichen Interessen zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden können (§ 15 E. O.). Der Ausschluss der Verwirklichung eines vertragsmäßigen Pfandrechtes rechtfertigt sich dadurch, dass der Verpfändungsact immer eine specielle Sache betreffen muss und die Auswahl des Objectes hiebei von der Gemeinde selbst vorgenommen¹⁾ und von der Aufsichtsbehörde genehmigt wird. Auf ähnlichen Gründen beruht wohl auch die Beschränkung des § 15 auf Execution wegen Geldforderungen.

¹⁹³⁾ § 282 a. b. G. B. entscheidet hier nicht; Ott, II, S. 158.

¹⁾ Ich kann demnach nicht der von H. Fux (Über die Behandlung von Steuern im Concurs und Executionsverfahren, 1900) S. 46 vertretenen Meinung zustimmen, dass § 15 E. O. auch bei Realisierung des gesetzlichen Pfandrechtes für Steuern nicht zur Anwendung komme, „da das gesetzliche Pfandrecht der Steuern im allgemeinen gleich einem vertragsmäßigen behandelt wird“.

Im Zusammenhange mit § 15 E. O. stehen noch § 39, Z. 4 E. O. (Einstellung der Execution) und § 172, Z. 3 E. O. (Zustellung des Versteigerungsedictes).²⁾

§ 292. Körperliche und unkörperliche Sachen.

Wertpapiere werden in der Executionsordnung im allgemeinen als körperliche Sachen angesehen³⁾ und als solche behandelt. Wird auf dieselben Execution wegen Geldforderungen geführt, so erfolgt die Realisierung durch zwangsweisen Verkauf (§ 268, al. 1, 6 E. O.); wird Execution auf deren Herausgabe geführt, so erfolgt die Realisierung durch zwangsweise Tradition (§ 346 E. O.).

Ausnahmsweise werden bei der Execution wegen Geldforderungen solche Wertpapiere, welche auch im außerexecutionellen Verkehre durch Einziehung des durch sie repräsentierten Geldwertes (nicht durch Verkauf) realisiert zu werden pflegen, als da sind: Checks, kaufmännische Anweisungen, Verpflichtungsscheine und Einlagebücher von Banken, Spar- und Vorschusscassen, sowie sämtliche indossablen Papiere, insbesondere Wechsel⁴⁾, wie Forderungen (nämlich durch Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt) in Execution gezogen (§ 296 E. O.).⁵⁾ Die Wertpapierqualität kommt jedoch beim Act der Begründung des executiven Pfandrechtes zur

²⁾ Bloß öffentliche und gemeinnützige Anstalten betrifft § 172, Z. 4 E. O., dem öffentlichen Verkehre dienende Anstalten § 28 E. O. (vgl. XI, E. G. z. E. O.)

³⁾ Über die Gleichstellung von Wertpapieren und körperlichen Sachen vgl. Randa im Právník 1899, S. 1 flg.; Randa, Eigenthum, § 12, N. 6, § 13, N. 49 a; Herrmann, Rektapap., § 1; Hasenöhrle, VI, § 58; Tilsch, Zástava, § 23.

⁴⁾ Inhaber und Namenspapiere werden demnach in der Regel nach § 268 E. O., Ordrepapiere jedoch stets nach § 296 E. O. in Execution zu ziehen sein. Bezüglich indossabler Actien (Art. 223, 182 H. G. B.) erscheint die Bestimmung, dass sämtliche indossablen Papiere nach § 296 E. O. in Execution zu ziehen sind, nicht zweckmäßig, § 268 E. O. passt da besser. — Zu bemerken ist, dass ein Wechsel durch Bianco giro nicht zum Inhaberpapier wird, demnach auch da § 296 und nicht § 268 gilt. So auch Czoernig, Vorles., S. 259.

⁵⁾ Über den Unterschied zwischen Wertpapieren, welche wie körperliche Sachen, und solchen, welche wie Forderungen in Execution gezogen werden, siehe: Pisko in Ght. Zt., XXVI, S. 361 (Execution auf Wertpapiere), Randa in G. Z. 1899, S. 165 (Beiträge zur Lehre vom Pfandrechte), Žalud Ex. ř. ad § 296.

Geltung, indem derselbe in der Ansichnahme durch das Vollstreckungsorgan (§ 296 E. O.), nicht in der Verständigung des Drittschuldners (wie bei § 294 E. O.) besteht.

§ 293. Bewegliche und unbewegliche Sachen.

a) Schiffe, Flöße, Schiffmühlen, auf Schiffen errichtete Bauwerke sind zwar als bewegliche Sachen anzusehen, doch werden dieselben in den Processgesetzen in mancher Hinsicht mit den unbeweglichen Sachen gleich behandelt, und zwar:

Schiffmühlen⁶⁾ und auf Schiffen errichtete andere Bauwerke⁷⁾ gemäß § 560 flg. C. P. O. in Bezug auf die Bestandskündigungs- und Räumungsfristen und das Bestandsverfahren, ferner gemäß § 18, Z. 2 E. O. in Bezug auf die Zuständigkeit des Executionsgerichtes⁸⁾;

Schiffe und Flöße gemäß § 252, al. 2 E. O. in Bezug auf die Unzulässigkeit der abgesonderten Execution auf das Zugehör derselben;

Schiffe gemäß § 349, al. 1 E. O. in Bezug auf executive Räumung und Überlassung.

b) Auch die Civilprocessgesetze halten daran fest, dass Kuxe (§ 1277 a. b. G. B., § 140 allg. Berggesetz) als bewegliche Sachen anzusehen sind (Art. XXV E. G. z. E. O.), Antheile an einem Bergwerke (§ 136, al. 1 a. Bergges.) gelten jedoch als unbewegliche Sachen und die Bestimmungen über die Execution (wegen Geldforderungen) auf dieselben (§§ 240 E. O.) sind in den Titel: Execution auf das unbewegliche Vermögen (§§ 87 flg. E. O.) eingereiht.

c) Über Kauf- und Besitzrechte enthält die Executionsordnung keine Bestimmungen, die Execution (wegen Geld-

⁶⁾ In Betreff Windmühlen besteht keine Bestimmung, obzwar deren Qualität streitig sein kann. Vgl. E. 25. November 1896, Nr. 13.577, Not. Z. 1897, S. 6.

⁷⁾ Wie verhält es sich mit der Zulässigkeit der Zwangsverwaltung von Bauwerken auf Schiffen, wenn keine gewerbliche Unternehmung damit verbunden ist (§ 341 E. O.), Zwangsverwaltung ist wohl auch da möglich (§ 280, al. 1 E. O.).

⁸⁾ Das in der Fragenbeantwortung ad § 83 J. N. veröffentlichte Gutachten des Obersten Gerichtshofes erklärt, dass auch der Gerichtsstand des § 83 J. N. nur für unbewegliche und die denselben in § 560, al. 1 C. P. O. gleichgestellten beweglichen Sachen gelten soll. (Vgl. früher die in das Mat. Reg. Nr. 409 eingetragene Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 21. October 1891, Z. 12.550, in welcher es sich um einen Luftballon handelt). Vgl. § 300 a. b. G. B.

forderungen) auf dieselben wird nach den Bestimmungen über die Execution auf bewegliches Vermögen (§ 298 a. b. G. B.), und zwar gemäß §§ 325 flg. E. O. zu führen sein⁹⁾, wobei insbesondere auf § 328, al. 2 zu achten kommt. Durch letztere Bestimmung wird der Effect erreicht, als ob das in Execution gezogene Recht das Immobile selbst wäre.¹⁰⁾ Vgl. ad § 432 a. b. G. B.

d) Hypothekarforderungen sind bewegliche Sachen (§ 299 a. b. G. B., § 320 E. O.). Vgl. ad § 454 a. b. G. B.

§ 294. Zugehör.

a) Darüber, was zum Zugehör zu zählen ist, enthält die Executionsordnung keine Bestimmung. Die Instruction für die Vollstreckungsorgane (Verordnung des Justizministeriums vom 12. Juli 1897, J. M. V. Bl. Nr. 26) enthält in Abschn. II A, Tit. 3, P. 13 außer der Citierung der §§ 294, 296 und 297 a. b. G. B. noch besondere Erklärungen darüber, was als Zugehör von Liegenschaften zu gelten hat, an deren Spitze der Satz steht: „Eine Sache ist nicht Zubehör, wenn sie im Verkehre nicht als Zubehör angesehen wird.“¹¹⁾

b) Dem früheren Rechte entsprechend¹²⁾ bestimmt die Executionsordnung in § 252, al. 1, dass das auf einer Liegenschaft befindliche Zubehör derselben nur mit dieser selbst in Execution gezogen werden darf.¹³⁾ Dasselbe gilt vom Bergwerkszugehör, vom Zugehör von Schiffen und Flößen (§ 252, al. 2 E. O.) und

⁹⁾ Entsch. v. 5. October 1898, Z. 13.473, G. Z. 1898, S. 375, Sgl. N. F. 325.

¹⁰⁾ Über Executionsführung auf „Superädificate“ siehe Rosenfeld, G. H. 1898, S. 14, welcher §§ 330—340 E. O. für anwendbar hält und insbesondere der Zwangsverpachtung an den Verpflichteten ein Wort redet (vgl. jedoch § 180 E. O.); Über Pfandrechterswerb an Superädificaten Némethy, J. Bl. 1899, S. 1.

¹¹⁾ P. 14 ebendort beschränkt sich rücksichtlich des Bergwerkzugehörs auf die Citierung der §§ 117, 118, 86 und 121 a. Bergges.

¹²⁾ Hfd. v. 7. April 1826, J. G. S. Nr. 2178.

¹³⁾ Ein Unterschied, ob der Fundus instructus dem Eigenthümer oder einem anderen (Pächter) gehört, wird nicht gemacht, doch dürfte die Mobilarexecution im letzteren Falle nicht ausgeschlossen sein. Vgl. Entsch. vom 31. März 1886, Z. 3793, Právník 1886, S. 383 (hiezú § 294 i. f.: Eigenthümer). Vgl. ferner Entsch. des mähr.-schles. Oberlandesgerichtes vom 23. August 1887, Z. 7214, Právník 1888, S. 644, dagegen jedoch auch Entsch. vom 6. April 1892, Z. 3601, Právník 1893, S. 677. Zu bemerken ist auch, dass der Fundus instructus allerdings separates Pfandobject sein kann, ja sogar gesetzlich separates Pfandobject ist (§ 1101 a. b. G. B.).

von dem zur Instandhaltung und zum Betriebe der Dampfschiffahrt, Flussüberfuhr, Telegraphen-, Telephonunternehmungen und öffentlichen Lagerhäuser gehörigen, im Besitze der Unternehmung befindlichen Materiale (Art. XI E. G. z. E. O.).¹⁴⁾ Man beachte bei letzterem Falle den Zusatz: „im Besitze der Unternehmung befindlich“, im Gegensatze zu den erstgenannten Fällen. Der Ausdruck Besitz dürfte übrigens mit Rücksicht auf die ratio legis (Verkehrsstörungen hintanzuhalten) nicht im technischen Sinne (als Eigenbesitz) zu nehmen sein, und es unterliegt gewiss auch bloß ausgeliehenes oder gemietetes Materiale nicht der abgesonderten Execution.

c) Sieh ad § 457 a. b. G. B.

§ 301. Vertretbare und dem Verderben unterliegende Sachen.

Wie das bürgerliche Gesetzbuch nur den Ausdruck „verbrauchbar“ (§§ 301, 510, 983) und nie „vertretbar“ gebraucht, kommen in den Civilprocessgesetzen umgekehrt nur Bestimmungen über „vertretbare“ (§ 548 C. P. O., § 346, al. 2 E. O.) und nicht über „verbrauchbare“ Sachen vor. Dagegen kennt die Executionsordnung eine weitere relevante Eigenschaft der Sachen, nämlich ob dieselben leicht dem Verderben unterliegen¹⁵⁾ oder (zum wenigsten) bei Aufschub beträchtlich an Wert verlieren würden¹⁶⁾ (§§ 266, al. 1, 273, al. 1, 280, al. 1 E. O.).

§ 304. Gerichtliche Schätzung.

Die gesetzlichen Vorschriften über die executive Schätzung sind bezüglich unbeweglicher Sachen in den §§ 140—144, bezüglich beweglicher in § 275 E. O. enthalten. Über die Schätzung von Liegenschaften wurde eine besondere Verordnung der Minister der Justiz, des Innern und des Ackerbaues vom 25. Juli 1897 („Realschätzungsordnung“) erlassen.¹⁷⁾

¹⁴⁾ Man vergleiche hiezú auch § 364, al. 1 E. O., wo gewissermaßen Personen als Zugehör eines größeren Ganzen angesehen und nicht abgesondert zu Executionszwecken in Haft gehalten werden dürfen; ferner ist § 28 E. O. zu vergleichen.

¹⁵⁾ Vgl. Art. 343, al. 2 H. G. B.

¹⁶⁾ Vgl. Czoernig, Vorles., S. 240 (besser wäre statt „würden“ — „könnten“, um Wertpapiere zu decken; Motive zur E. O., § 216).

¹⁷⁾ Sturm, Die executive Schätzung, G. Z. 1898, S. 291; derselbe, G. Z. 1899, S. 12; Kosch, Die executive Realschätzung, Not. Zt. 1898, S. 139;

§ 305. Preis.

Die Executionsordnung kennt bei Wertpapieren den „Börsenpreis“ (§ 268, al. 1, § 319, Z. 5), bei Forderungen den „Nennwert“ (§ 318, al. 1), bei Gold- und Silbersachen den „Metallwert“ (§ 275, al. 1, § 277, al. 2), bei körperlichen Mobilien überhaupt, eventuell den „Börsen- oder Marktpreis“ (§ 268, al. 2, 3, 4).

Was Immobilien anbelangt, kennt die Executionsordnung eine Wertermittlung auf Grund der „Jahressteuerleistung“ (§ 141), die Realschätzordnung unterscheidet den „Verkaufs- (Verkehrs-, Handels-, Markt-) Wert“ (§ 15) und den durch „Capitalisierung des jährlichen Reinertrages“, bei Gebäuden des Zinsertrages (§ 16, al. 3) ermittelten Wert, bei letzteren auch den „Grund- und Bauwert“; § 17 erwähnt den „gangbaren Verkaufspreis“. Vgl. § 306 a. b. G. B.

Erste Abtheilung des Sachenrechtes.

Von den dinglichen Rechten.

ERSTES HAUPTSTÜCK.

Von dem Besitze.

§ 309. Inhaber. Besitzer.

a) Ähnlich wie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und andere ältere Gesetze unterscheiden auch die neuen Civil-

Semerad, Právník 1898, S. 746; Kirschbaum, Die Bedeutung der Schätzung nach der Executionsordnung, G. H. 1899, S. 25 (objective Wertermittlung, geringstes Gebot, Deckungsprincip, Überbot, Übernahme); Neumann, E. O., S. 239; Pick, Die Immobiliarschätzung im Rahmen des Executionsmittelsystems, Ght. Zt., XXIII, S. 229 (geschichtlich, S. 340 Entwurf der Ex. O.), darüber Prettenhofer in G. Z. 1896, S. 199; Entsch. v. 1. März 1899, Z. 2036, Právník 1899, S. 636 betreffend Schätzung von Mühlen; Fragenbeantwortung ad §§ 140, 142, 151 E. O.; Stritzl, Welche gesetzliche Bestimmungen gelten für Schätzungen im außerstreitigen Verfahren? G. Z. 1900, S. 200, derselbe entscheidet sich für die Vorschriften über Sachverständigenbeweis gemäß § 272 Pat. und § 201 a. G. O., indem er unter „Processordnung“ in § 272 Pat. nicht auch die Executionsordnung verstehen will; meines Erachtens ist unter Processordnung auch die Executionsordnung zu verstehen (vgl. ad § 461 a. b. G. B.), § 33 der Realschätzungsordnung kann hier nicht ausschlaggebend sein.

processgesetze leider nicht ganz genau die Ausdrücke: Besitz und Inhabung (Gewahrsam, Detention).

Auf einen Fall, in welchem der Ausdruck „Besitz“ nicht im technischen Sinne des § 309 a. b. G. B., sondern im Sinne von Inhabung gebraucht wird, wurde schon oben bei § 294 hingewiesen (Art. XI E. G. z. E. O.).

Ein weiterer Fall findet sich in § 258, al. 1, Satz 1 E. O.¹⁸⁾ Wie nämlich aus § 262 E. O. (vgl. 347 E. O.) hervorgeht, braucht der bloße Detentor die Pfändung von Sachen des Verpflichteten nicht zuzulassen; es ist demnach unter dem Ausdrucke „Besitz“ in § 258 in princ. nur die Detention (Gewahrsame) zu verstehen, ohne dass ein Eigenthumswille nöthig wäre. Im Gegentheil, der bloße Besitzer, welcher nicht zugleich Detentor ist, kann die Pfändung nicht hindern. Die Sache verhält sich nämlich so: Der bloße Inhaber braucht die Pfändung nicht zuzulassen, nach der Pfändung hat er gegen den Gläubiger nicht die Excindierungsklage. Der bloße Besitzer dagegen kann die Pfändung nicht hindern, nach der Pfändung steht ihm jedoch eventuell die Excindierungsklage gegen den Gläubiger (§ 37 E. O., § 372 a. b. G. B.) zu.¹⁹⁾

Schließlich ist auch in § 22, al. 1 C. P. O.²⁰⁾ der Ausdruck „Besitzer“ nicht strenge zu nehmen. Der Eigenthumskläger z. B. braucht seinen Gegner nicht „als Besitzer“, sondern bloß „als Inhaber“ zu klagen (§ 366 a. b. G. B.) und diesem „als Inhaber“ Geklagten steht gewiss die Namhaftmachung des Vormannes zu. Vgl. ad §§ 366 u. 375 a. b. G. B.

b) Zu beachten ist, dass zur Execution auf Mobilien die Gewahrsame des Verpflichteten genügt (§ 253 E. O.), zur Exe-

¹⁸⁾ Vgl. § 710, al. 1 (§ 805, al. 1 N. F.) R. C. P. O.

¹⁹⁾ Nicht klar Fürstl, II, S. 530, ad § 258 E. O.: „Unter Besitz ist nicht lediglich die körperliche Detention gemeint, auch der juristische Besitz berechtigt zur Klage nach § 37“ und weiter: „Der Pfandgläubiger kann im Wege der Excindierungsklage der Pfändung widersprechen (§ 37). Hat dagegen der dritte Pfandgläubiger weder Gewahrsam noch juristischen Besitz, so kommt die Vorschrift des § 258 zur Anwendung.“ In Wirklichkeit hat der Detentor und auch der Pfandgläubiger nie die Klage nach § 37 E. O. Sie kann wohl dem Deponenten, Commodanten (vgl. Neumann, E. O., S. 409) als Besitzer, nicht aber dem Depositar, dem Commodatar zugestanden werden.

²⁰⁾ Vgl. § 73, al. 1 (§ 76 N. F.) R. C. P. O.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 241, S. 697.

uction auf nicht eingetragene Liegenschaften dagegen der Besitz im technischen Sinne erfordert wird (§§ 91, al. 2, 133, al. 1, Z. 1 u. al. 3 E. O.).

e) Zum Begriff der Gewahrsame enthält die Instruction für Vollstreckungsorgane (Abschn. II, P. 22 ad § 253 E. O.) casuistisches Material.²¹⁾

§ 323. Aufforderungsklage gegen den Besitzer.

Der Besitzer konnte mit der Aufforderungsklage nicht belangt werden.²²⁾ Die Aufforderungsklage ist als processuales Gebilde durch Nichtaufnahme in die Civilprocessordnung aufgehoben.²³⁾ Hiedurch ist auch die eingangs erwähnte Wirkung des Besitzes beseitigt.

Der durch die Aufforderungsklage angestrebte Erfolg: die Beseitigung eines den Kläger bedrohenden Rechtes des Gegners wird jetzt im Wege der negativen Feststellungsklage erreicht; allein deshalb kann sich der mit der letzteren Klage geklagte Besitzer dennoch nicht auf § 323 a. b. G. B. in dem Sinne berufen, dass nun die an die Stelle der Aufforderungsklage getretene negative Feststellungsklage gegen ihn unzulässig wäre. Trotzdem nämlich mit der negativen Feststellungsklage derselbe Erfolg erreicht wird, ist doch die Zulässigkeit derselben anders geregelt als die Zulässigkeit der Aufforderungsklage. Wenn das „rechtliche Interesse“ an der alsbaldigen Feststellung nachgewiesen wird, ist gemäß § 228 C. P. O. alles gethan, was die Zulässigkeit der Klage begründet, und es ist gleichgiltig, ob der Geklagte Besitzer ist oder nicht.²⁴⁾

²¹⁾ Die Detention kann auch zwei Personen (Eheleuten), jedem in solidum zukommen. Vgl. die in den Jur. Bl. 1899, S. 41 angeführte Entscheidung des Prager Landesgerichtes; in diesem Rechtsfall wurden dieselben Sachen einmal gegen den Mann und hierauf von einem anderen Gläubiger gegen die Frau gepfändet. Das L. G. bewilligte den Beitritt zum Verkaufsverfahren (§ 267, al. 2 E. O.), obzwar es sich um eine Execution gegen eine andere Person handelte.

²²⁾ Randa, Besitz, § 6.

²³⁾ Vgl. meinen Aufsatz in den Jur. Bl. 1899, Nr. 28, 29.

²⁴⁾ Die C. P. O. unterscheidet eben weiter nicht (obzwar sie diesen Gegenstand regelt). Ebenso wie die negative Feststellungsklage ist auch die Aufforderung im Sinne des § 170, Z. 5 E. O. selbst gegen den Besitzer wirksam. Vgl. Czoernig, Vorles., S. 142.

Da nun die Bestimmung des § 323 keine wahre Vermuthung enthält und die Bedeutung derselben in der Statuierung der Unzulässigkeit der Aufforderungsklage aufgeht²⁵⁾, hat dieselbe ihre eigentliche Bedeutung verloren. Inwiefern die in derselben zutage tretende Tendenz zur Unterstützung einer Ansicht über die Vertheilung der Beweislast bei der gegen den Besitzer gerichteten negativen Feststellungsklage verwertet werden kann, davon wird bei § 324 a. b. G. B. Erwähnung gethan.

§ 324. Beweislast bei der negativen Feststellungsklage gegen den Besitzer.

Die ersten zwei Sätze des § 324 enthalten bloß eine nähere Ausführung des § 323. Es gilt von ihnen das oben Gesagte. Dagegen behält der letzte Satz: „Im Zweifel gebürt dem Besitzer der Vorzug“ seine ungeschmälerte Bedeutung.²⁶⁾

Gerade in dem Falle, dass der Besitzer anstatt mit der Aufforderungsklage mit der negativen Feststellungsklage belangt wird, ist dieser Satz für den Besitzer von großer Wichtigkeit und bietet ihm nun einen ähnlichen Schutz wie früher die Bestimmung des § 323 a. b. G. B.

Die Frage der Beweislast bei der negativen Feststellungsklage ist bestritten. Je nachdem man von dem Grundsatz: „Asserenti (non neganti) incumbit probatio“ oder von dem Grundsatz: „Actori incumbit probatio“ ausgeht, kommt man zu verschiedenen Resultaten. Der Actor ist hier in der Hauptsache Negans und nur was das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung anbelangt, obliegt ihm nach beiden Grundsätzen die Beweislast. Was jedoch das Meritum anbelangt, so lastet das Präjudiz der Beweislosigkeit²⁷⁾ nach dem ersten Grundsatz auf dem Geklagten, nach dem zweiten auf dem Kläger.

²⁵⁾ Randa, l. c.

²⁶⁾ Denn die C. P. O. hat an den Regulierungen der Beweislast nichts geändert (arg. § 270 C. P. O.). Vgl. Wehli, Jur. Bl. 1896, S. 469.

²⁷⁾ Wehli, l. c. S. 459: Gefahr des Nichtfestgestelltseins, das Präjudiz, das auf das non liquet gestellt ist, „objective“ Beweislast (vgl. Friedländer, G. Z. 1897, S. 8).

Was speciell die Stellung des mit der negativen Feststellungsklage belangten Besitzers anbelangt, so ist für denselben der oben als erhalten bezeichnete Satz: „Im Zweifel gebürt dem Besitzer der Vorzug“ dann belanglos, wenn dem Kläger der Beweis des Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses obliegen sollte²⁸⁾, denn er wäre da schon durch seine Beklagtenrolle geschützt, und brauchte sich gar nicht auf seinen Besitz zu berufen.

Allein meiner Ansicht nach ist für die Vertheilung der Beweislast nicht die äußerliche Processstellung, sondern der innerliche Gehalt der Parteibehauptung maßgebend, und wenn schon durch die Behauptung des rechtlichen Interesses (deren Darthung zweifellos dem Kläger zukommt) der „Einlassungszwang“ begründet wird, ist es nicht einzusehen, warum dann nicht ebenfalls die Beweislast nach demselben Gegenstande sich richten sollte wie sonst, nämlich nach dem Inhalte der Behauptung.²⁹⁾ Der Geklagte wird daher sachfällig werden, wenn der Kläger sein rechtliches Interesse an der alsbaldigen negativen Feststellung beweist und die Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses schlankweg behauptet, in letzterer Beziehung jedoch weder die eine noch die andere Partei etwas beweist. Der Beklagte ist hienach³⁰⁾, wenn er nicht verurtheilt werden will, genöthigt, den positiven Beweis seines Rechtes zu erbringen, und die negative Feststellungsklage stellt sich daher als provocatio ad probandum dar. Hier greift nun der Schlusssatz des § 324 a. b. G. B. zu Gunsten des besitzenden Geklagten ein. Der geklagte Besitzer kann sich auf diesen

²⁸⁾ Demelius, G. H. 1897, S. 326, und 1898, S. 274.

²⁹⁾ Ott, Syst., II, S. 25 und Feststellungsklage, G. Z. 1899, S. 42: „Bei negativen Feststellungsklagen wird überall gar keine Änderung der Beweispflicht betreffend das Rechtsverhältnis . . . eintreten. Daher obliegt die Beweislast dem Beklagten, insofern der Kläger die Entstehung des vom Geklagten behaupteten Rechtsverhältnisses . . . geradezu in Abrede stellt; umgekehrt obliegt sie dem Kläger, falls er deren Nichtbestand aus Umständen ableiten will, welche das Entstehen des . . . Rechtsverhältnisses . . . oder deren Aufhebung herbeiführten.“ Diese Ansicht wird von Wendt (Archiv f. civ. Praxis 1886, LXX, S. 1) als die „zur Zeit fast ausnahmslos vertheidigte Meinung, zu der sich sowohl Theorie als Praxis bekennt,“ bezeichnet, übrigens aber von ihm bekämpft. Vgl. Neumann, Com., S. 539.

³⁰⁾ Immer vom „besitzenden“ Geklagten abgesehen, von welchem weiter unten.

Satz berufen, und auf Grund seines Besitzes die Absolvierung von der negativen Feststellungsklage in dem Falle erlangen, wenn keine Partei in merito bewiesen hat. Der den Besitzer mit der negativen Feststellungsklage belangende Kläger ist demnach genöthigt, selbst den Beweis zu führen und zwar entweder „sein vermeintliches stärkeres Recht“ oder die Nichtexistenz des gegnerischen Rechtes darzuthun; erst hierauf ist dann der geklagte Besitzer gezwungen, seinerseits den Gegenbeweis zu führen.

Dieses Resultat stimmt mit der Intention der §§ 323, 324 a. b. G. B. vollkommen überein. Der Besitzer konnte zur Angabe des Titels, zur Anstellung der Klage nicht aufgefordert werden; er bleibt auch jetzt durch den Schlusssatz des § 324 a. b. G. B. jedenfalls gegen die in der negativen Feststellungsklage gelegene provocatio ad probandum geschützt.

§ 330. Rechte des redlichen Besitzers in Rücksicht der Nutzungen.

Laut § 157 E. O. hat der Ersteher, wenn der Zuschlag rechtskräftig aufgehoben wird, oder wenn er infolge der Bewilligung der Wiederversteigerung oder der gerichtlichen Annahme des Überbotes seine Wirksamkeit verliert, die bezogenen Früchte und Einkünfte zurückzuerstatten. Diese Bestimmung wurde deshalb getroffen, „weil sonst die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über den redlichen, beziehungsweise unredlichen Besitz (§§ 329 bis 336) hätten zur Anwendung gebracht werden müssen, obwohl sie für den vorliegenden Fall, insoweit sie den redlichen Besitz betreffen, keineswegs befriedigen.“³¹⁾ Ob dies wirklich der Fall gewesen wäre, mag unerörtert bleiben³²⁾, da die klare Bestimmung

³¹⁾ Mater., II, S. 42. Bum, J. Bl. 1898, S. 483 bedauert, dass nicht einfach auf §§ 330 flg. hingewiesen wurde und nennt den Ersteher, dessen Zuschlag nachträglich aufgehoben ist, den Mustertypus des redlichen Besitzers.

³²⁾ Die drei Fälle des § 157 E. O. sind verschieden: a) „rechtskräftige Aufhebung des Zuschlages“ ist Eintritt einer durch den Instanzenzug gegebenen Resolutivbedingung, resp. Eintritt der Suspensivbedingung seiner Unwirksamkeit (vgl. ad § 436 a. b. G. B.); b) „Bewilligung der Wiederversteigerung“ ist Rückgängigmachung des Vertrages wegen Nichterfüllung (vgl. ad § 919 a. b. G. B.); c) „Annahme des Überbotes“ (in Mater., II, S. 42 nicht genannt) ist Annahme eines besseren Käufers (vgl. ad 1085 a. b. G. B.).

des § 157 E. O. für die erwähnten Fälle die Rückerstattung der bezogenen Früchte und Einkünfte ausnahmslos normiert.³³⁾ Was vernachlässigte Früchte anbelangt, so kann der Ersteher als solcher nicht für die Vernachlässigung verantwortlich gemacht werden³⁴⁾, wohl jedoch als „einstweiliger Verwalter“, wenn er als solcher bestellt worden war (§ 159 E. O.).

§ 331. Rechte des redlichen Besitzers in Rücksicht des Aufwandes.

Im Falle der Zuschlag rechtskräftig ausgehoben oder ein Überbot angenommen wird, kann der Ersteher die etwa von ihm seit dem Zuschlage entrichteten Steuern und öffentlichen Abgaben und die auf Erzielung der Früchte und Einkünfte verwendeten Kosten (sowie die Zinsen der gerichtlich erlegten Meistbotsraten vom jeweiligen Erlagstage an) in Abrechnung bringen.³⁵⁾ Im Falle der allerdings nur wegen seiner Saumsal erfolgenden (§ 154 E. O.) Wiederversteigerung darf er dies nicht.³⁶⁾

§ 339. Besitzstörungsverfahren.

a) Possessorium summarissimum und ordinarium. Der gegen Besitzstörungen gewährte Schutz ist im bürgerlichen Gesetzbuche an keine besondere Frist gebunden und in der allgemeinen Gerichtsordnung war ein besonderes Verfahren für Besitzstreitigkeiten nicht vorgesehen. Mit kaiserl. Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12 wurde ein besonderes summarisches Verfahren in Besitzstörungsstreitig-

³³⁾ Vgl. Strobach in G. H. 1898, S. 237.

³⁴⁾ Dem Ersteher kann nicht die Rechtsstellung des unredlichen Besitzers (§ 335 a. b. G. B.) zugemuthet werden; auch § 338 kann hier nicht analog zur Anwendung kommen, obzwar der Ersteher weiß, dass er eventuell wird weichen müssen, denn näher liegt die Analogie des § 1085 a. b. G. B. (wo trotz des Wissens von der Labilität die in Rede stehende Haftung nicht platzgreift).

³⁵⁾ Vgl. Bum, I. c. In Betreff Zinsen der versicherten Capitalien vgl. ad § 1401 a. b. G. B.

³⁶⁾ Auch dann nicht, wenn ihn kein subjectives Verschulden trifft. So auch Fragenbeantwortung ad § 157. Dies ist hart (Bum, I. c. nennt es kaum glaublich und sucht die Bestimmung des § 157 in dieser Hinsicht abzuschwächen).

keiten eingeführt und gleichzeitig eine dreißigtägige Frist zum Ansuchen der richterlichen Hilfe bestimmt. Welche Folgen der Ablauf dieser Frist haben sollte, darüber waren die Meinungen in der Theorie getheilt. Die herrschende Meinung³⁷⁾ erachtete die Besitzstörungsklage nach Ablauf der dreißigtägigen Frist überhaupt für ausgeschlossen und gewährte den Besitzschutz nur im summarischen Verfahren vom Jahre 1849. Eine Minderheit³⁸⁾ war jedoch der Meinung, nach Ablauf der genannten Frist sei bloß die Möglichkeit benommen, den Besitzschutz im besonderen summarischen Verfahren anzusprechen; die Anbringung der Besitzstörungsklage im ordentlichen Verfahren sei jedoch nicht ausgeschlossen. Die Praxis hielt sich an die erstgenannte herrschende, von Randa historisch begründete Meinung³⁹⁾ und die Controverse hatte eigentlich bloß theoretisches Interesse.

Diese Controverse ist auch durch die neue Civilprocessordnung nicht beseitigt. In den §§ 454 flg. C. P. O. werden nämlich bloß für diejenigen „Klagen wegen Störungen des Besitzstandes“ besondere Bestimmungen gegeben, „in welchen das Klagebegehren nur auf den Schutz und die Wiederherstellung des letzten Besitzstandes gerichtet ist“. Es fragt sich nun, welche Bestimmungen für „Klagen wegen Störungen des Besitzstandes“ gelten, in welchen eben das Klagebegehren nicht so beschränkt ist. Die Unzulässigkeit derselben ist nirgends ausgesprochen, da § 457 C. P. O. eben nur für diejenigen Besitzstörungsklagen gilt, in welchen das Petit nach § 454 beschränkt ist. Wenn man die Sache, ohne sich von der historischen Entwicklung und der Praxis beeinflussen zu lassen, ansieht, so kommt man nach dem Wortlaute des Gesetzes zu dem Resultate, dass Besitzstörungsklagen, in welchen das Klagebegehren nicht bloß auf den Schutz und die Wiederherstellung des letzten Besitzstandes gerichtet ist, im ordentlichen Verfahren zu ver-

³⁷⁾ Randa, G. Z. 1877, Nr. 14, Besitz, § 7 d. VI; Canstein, Ght. Zt., VI, S. 120, C. P., II, S. 651; vgl. Unger, II, S. 366, N. 2; Stubenrauch ad § 339, S. 440; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 187.

³⁸⁾ Heyssler, Ght. Zt., VII, S. 46; Menger, G. Z. 1876, Nr. 99, C. P., S. 68; Burckhard, III, S. 87.

³⁹⁾ Die ältere Praxis war allerdings schwankend. Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 186, N. 13.

handeln sind.⁴⁰⁾ Eine derartige nicht bloß auf den Schutz und die Wiederherstellung des letzten Besitzstandes gerichtete Besitzstörungsklage ist jedoch an die Frist des § 454 C. P. O. nicht gebunden und, wir gelangen demnach nach dem Wortlaute der Civilprocessordnung zu einer nicht an die dreißigtägige Frist gebundenen „ordentlichen“ Besitzstörungsklage.⁴¹⁾ Dies wird noch bestärkt durch den Wortlaut der Kompetenzvorschriften. Laut § 49, Z. 4 J. N. unterliegen „Streitigkeiten wegen Besitzstörung bloß dann racione causae den Bezirksgerichten, „wenn das Klagebegehren nur auf den Schutz und die Wiederherstellung des letzten thatsächlichen Besitzstandes gerichtet ist“. Hienach soll es offenbar noch andere „Streitigkeiten wegen Besitzstörung geben, in welchen das Klagebegehren nicht derart beschränkt ist, und dieselben unterliegen dann (in Betreff Immobilien) zwar gemäß § 81, al. 1 J. N. („Besitzstörungsklagen“) örtlich dem Gerichte, in dessen Sprengel das unbewegliche Gut gelegen ist, sachlich jedoch dem aus dem allgemeinen Gesichtspunkte der Bewertung zuständigen Gerichte.⁴²⁾

Nun bezweifle ich jedoch nicht, dass die Praxis wie bisher, trotz des minder zweckmäßig gewählten Wortlautes der neuen Bestimmungen, den Besitzschutz nur in summarissimo zulassen wird, und da die Anbringung der Klage in summarissimo auf die dreißigtägige Frist beschränkt ist (§ 454 C. P. O.,

⁴⁰⁾ Neumann, Comm., S. 854 will überhaupt (offenbar durch den Wortlaut geleitet) das in §§ 454 ff. normierte Verfahren nur „facultativ“ gelten lassen: „Der Gestörte kann auf dasselbe verzichten und das gewöhnliche Verfahren verlangen.“ Ebenso Demelius, G. H. 1899, S. 229: „Wohl aber ist der Kläger berechtigt, ausdrücklich die Einleitung des ordentlichen bezirksgerichtlichen Verfahrens zu begehren, wenn auch die Voraussetzungen des § 454, al. 1 vorhanden sind.“ — Man beachte auch die Diction des § 454: „in welchen . . . gerichtet ist“, nicht: „in welchen . . . zu richten ist“. Allerdings ist über Zuthun Randa's (s. Právník 1896, S. 325) bezüglich der Frist eine andere als die ursprüngliche Diction gewählt worden, allein auch diese Diction reicht noch nicht hin, das Argumentum a contrario zu Gunsten einer „ordentlichen Besitzstörungsklage“ zu beseitigen.

⁴¹⁾ Das ist eben die Ansicht der in N. 38 genannten. Vgl. Neumann, Comm., S. 854; Demelius, G. H. 1899, S. 229. (S. jedoch Demelius, Gr. d. Sach. R., S. 12.)

⁴²⁾ Hienach würde dann auch eine Cumulierung des Possessorium mit dem Petitorium zulässig sein (§ 227 C. P. O.).

„anhängig zu machen sind“), so wird hiedurch der Besitzschutz selbst auf diese Frist eingeschränkt. Als sogenannte „ordentliche Besitzklage“ wird nach wie vor nicht eine ordentliche Besitzstörungsklage, sondern die (petitorische) Klage aus dem vermeintlichen Eigenthume (§ 372 a. b. G. B.) gelten. Im Wortlaute des Gesetzes hat diese Ansicht allerdings jetzt einen noch schwächeren Rückhalt als in der früheren kaiserl. Verordnung vom Jahre 1849, ein schwacher Anhaltspunkt kann bloß in § 459, Satz 2 gefunden werden, in welchem für die Zeit nach Ablauf der Frist nur das Petitorium ausdrücklich vorbehalten wird, der starke beruht in der historischen Entwicklung.

b) Frist zur Besitzstörungsklage. Auch die rechtliche Qualität der zur Besitzstörungsklage bestimmten Frist war bestritten. Randa sah diese Frist als Verjährungsfrist an, sonst wurde dieselbe meistens als Präclusivfrist angesehen und auch die Praxis folgte in diesem Falle ausnahmsweise nicht Randa's Ansicht.⁴³⁾ Obzwar die Controverse nicht ganz zweifellos beseitigt ist⁴⁴⁾, so lässt sich doch jetzt sicherer auf eine Präclusivfrist schließen. Die fragliche Frist ist nämlich im Art. LII des E. G. z. C. P. O. unter Präclusivfristen genannt und auch die Diction „welche innerhalb dreißig Tagen anhängig zu machen sind“ weist eher auf eine Präclusivfrist hin.⁴⁵⁾

Die Frist ist übrigens keine Processfrist, sondern eine dem materiellen Rechte angehörige Präclusivfrist, es finden demnach die Bestimmungen der §§ 123 bis 129, insbesondere § 126, al. 2 C. P. O., welche bloß Processfristen betreffen, hier keine Anwendung.⁴⁶⁾ Dagegen gilt auch bezüglich dieser Frist

⁴³⁾ Nur bezüglich der laut § 1497 a. b. G. B. erforderlichen „gehörigen Fortsetzung“ des Processes wurden dieselben Grundsätze wie bei Verjährungsfristen angewandt. S. Ehrenzweig, Ght. Zt., XXV, S. 305, N. 67.

⁴⁴⁾ So sagt Ehrenzweig, l. c., dass die Civilprocessordnung sich der Ansicht Randa's angeschlossen zu haben scheint, da die Fassung des § 454 C. P. O. seinem Vorschlage entspricht (Besitz, IV. Aufl., S. 358). S. jedoch Randa selbst im Právník, 1896, S. 325 (Präclusivfrist). Vgl. dagegen Schuster, § 64, N. 5 (mat. rechtl. Verjährungsfrist).

⁴⁵⁾ Vgl. Fragenbeantwortung ad § 454 C. P. O.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 186; Demelius, Gr. d. Sach. R., S. 10 und G. H. 1899, S. 229; vgl. Neumann, Comm., S. 856.

⁴⁶⁾ Demelius, G. H. 1899, S. 229 (dagegen Demelius in Gr. d. Sach. R., S. 10; Schuster, l. c.; Ullmann, Grundr., S. 137).

die Bestimmung des § 232, al. 1, Satz 2 („zur Überreichung einer Frist, sowie zur Unterbrechung des Ablaufes einer Frist genügt, wenn nichts anderes vorgeschrieben ist, die Überreichung der Klage bei Gericht“), weil diese Bestimmung auch für materiellrechtliche Fristen (z. B. die Verjährungsfrist) Geltung hat; infolge dessen gilt hier auch § 89 Ger. Org. Ges.⁴⁷⁾

c) Entschädigungsansprüche. Entschädigungsansprüche können laut §§ 454, 457, 459 C. P. O. in summarissimo nicht geltend gemacht werden.

Da das Summarissimum überkommenerweise die einzige Verfahrensart für Besitzstörungsklagen ist, so können dieselben nun im Besitzstörungsverfahren überhaupt nicht geltend gemacht werden, und zwar im Gegensatz zum früheren Rechte (kaiserl. Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, § 5, al. 2) selbst dann nicht, wenn sie freiwillig würden anerkannt werden.⁴⁸⁾

§ 340. Bauverbotsklage.

a) Aufforderung seitens des Bauführers. Der Bauführer kann anstatt der Aufforderungsklage die negative Feststellungsklage gegen den bei der Baucommission Einwendungen erhebenden Anrainer einbringen, wenn die Voraussetzungen für dieselbe vorliegen (rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung), was offenbar beinahe immer zutreffen wird.⁴⁹⁾

b) Bauverbotsklage seitens des Gefährdeten. Das Verlangen des Verbotes einer Bauführung im Sinne des § 340 wird im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche als ein Specialfall der Besitzstörungsklage gedacht.⁵⁰⁾ Das „Verbot einer

⁴⁷⁾ Entsch. v. 27. Juni 1899, praes. 306, Jud.-Buch Nr. 143, J. Bl. 1899, S. 636; vgl. G. H. 1900, S. 212. (A. A. Ehrenzweig, Ght. Zt., XXV, S. 292.)

⁴⁸⁾ A. A. Demelius, G. H. 1899, S. 229, welcher meint, dass Entschädigungsansprüche auch im Besitzstörungsverfahren durch Anerkennung und Vergleich außer Streit gestellt werden können, weil bloß „Erörterungen“ ausgeschlossen sind.

⁴⁹⁾ Vgl. Randa im Právník, 1896, S. 323, Tilsch daselbst 1897, S. 895 und Debatte hiezu 1898, S. 170; Eiselt daselbst 1899, S. 308; Junghanns, G. H. 1898, S. 505. — Was die Beweislast anbelangt, gelten die bei § 324 angeführten Grundsätze.

⁵⁰⁾ Randa, Besitz, § 7 b; Juster, G. H. 1900, S. 477 (vgl. dagegen Demelius, Gr. d. Sach. R., S. 12).

solchen Neuerung“ im § 340 ist die „Untersagung des Eingriffs“ im § 339. Dieses Verbot wird in Form eines „Endbeschlusses“ (§ 459 C. P. O.), demnach nach geschlossenem Prozesse erlassen, es ist keine provisorische Verfügung (im Sinne der §§ 378 ff. E. O.), sondern eine definitive Erledigung der Rechtssache⁵¹⁾, in welcher das Klagebegehren eben auf Erlassung dieses Verbots gerichtet ist.

Das Recht, dieses (possessorisch-definitive) Verbot zu verlangen, hat der gefährdete Anrainer dann nicht, wenn er zur Baucommission gehörig und rechtzeitig geladen wurde, jedoch bei derselben nicht erschienen ist oder gegen die begehrte Baubewilligung keine Einwendungen erhoben hat (Art. XXXVII E. G. z. C. P. O.).⁵²⁾ Dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass der gefährdete Anrainer trotz Versäumung der Einwendungen eine „einstweilige Verfügung“ im Sinne der §§ 378 ff. E. O. erwirke, wenn die Bedingungen derselben gegeben sind.

§ 341. Einstweiliges Bauverbot.

Auf Grund des in der Klage gestellten Begehrens, im Sinne der §§ 340 bis 342 a. b. G. B. ein Verbot zu erlassen, hat der Richter sogleich bei Erledigung der Klage „ohne Einvernehmung des Gegners“ das Erforderliche zu verfügen (§ 456 C. P. O.). Diese Bestimmung bezieht sich auf § 341; das daselbst erwähnte „Nichtgestatten der Fortsetzung des Baues“ ist eben die Verfügung, welche sogleich bei Erledigung der Klage ohne Einvernehmung des Gegners zu treffen ist. Ihrem Wesen nach ist dies eine „einstweilige Verfügung“ im Sinne der §§ 378 ff. E. O.⁵³⁾ Der Unterschied zwischen diesem einstweiligen Bauverbot und den allgemeinen in der E. O. normierten einstweiligen Verfügungen besteht darin, dass für das einstweilige Bauverbot im Sinne des § 341 a. b. G. B. (resp. § 456 C. P. O.) eine Klage die Voraussetzung bildet, keineswegs aber die Bescheinigung einer Gefahr, während bei den einstweiligen

⁵¹⁾ Soweit die Erledigung eines Besitzstörungsstreites überhaupt definitiv genannt werden kann (§ 459 C. P. O.).

⁵²⁾ Demelius, G. H. 1897, S. 345.

⁵³⁾ Juster: Das einstweilige Bauverbot, G. H. 1900, S. 475 ff.; Neumann, E. O., S. 476.

Verfügungen der E. O. umgekehrt eine Klage nicht erfordert wird (§ 378 E. O.), wohl aber Bescheinigung der Gefahr (§ 389 E. O.).⁵⁴⁾

Es fragt sich nun, ob nicht etwa die Bestimmung des § 341 a. b. G. B. (resp. § 456 der C. P. O., welche ebenfalls ein früheres Gesetz ist) in Betreff der daselbst normierten „einstweiligen Verfügung“ durch die Executionsordnung aufgehoben wurde, da einstweilige Verfügungen ein Gegenstand sind, welcher in der Executionsordnung geregelt ist (Art. I, al. 2 E. G. z. E. O.). Die Frage ist zu verneinen, da die Executionsordnung, wie bereits erwähnt⁵⁵⁾, nicht die Tendenz hat, die Fälle einstweiliger Verfügungen zu beschränken, sondern zu erweitern (arg. Art. XXVII E. G. z. E. O.).⁵⁶⁾

§ 343. Cautio damni infecti.

Auch hier könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die Bestimmung nicht durch die Executionsordnung, und zwar durch das Capitel von den einstweiligen Verfügungen, aufgehoben ist, doch ist sie ebenfalls zu verneinen, zumal hier kein processualer, sondern ein materiellrechtlicher⁵⁷⁾ Sicherstellungsanspruch vorliegt, welcher vom Gegner nach § 1373 a. b. G. B. zu befriedigen ist.

§ 347. Verfügungen während des Besitzstreites.

a) Dieser Paragraph betrifft einstweilige Verfügungen während des Besitzstreites. Einstweilige Verfügungen während des Besitzstreites werden auch in § 458 C. P. O. normiert.

Nun wird in dem letztgenannten Paragraphen § 347 a. b. G. B. nicht citiert (wie dies in § 10 der kaiserl. Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12 der Fall war), sondern nur auf die im „Gesetze über das Executions- und Sicherungsver-

⁵⁴⁾ Juster, l. c. S. 501.

⁵⁵⁾ Oben ad § 91, betr. provisor. Unterhalt.

⁵⁶⁾ Juster, l. c. S. 476. Zweifel können entstehen bezüglich der Form, sich hierüber Juster, l. c. S. 477.

⁵⁷⁾ Über diesen Unterschied vgl. Juster, l. c., S. 476. (Der processuale Sicherstellungsanspruch geht gegen das Gericht, der materiellrechtliche gegen den Gegner.)

fahren“ zugelassenen einstweiligen Vorkehrungen hingewiesen. Die letzteren sind jedoch, was die Sicherung anderer Ansprüche als Geldforderungen anbelangt, in der E. O. nicht taxativ aufgezählt (§ 382), so dass gewiss auch eine Verfügung im Sinne des § 347 a. b. G. B. getroffen werden kann. Was die Voraussetzungen der Zulässigkeit anbelangt, so normieren dieselben allerdings § 347 a. b. G. B., § 458 C. P. O. und § 381 E. O. jeder verschieden⁵⁸⁾; als leitender Gesichtspunkt wird jedoch festzuhalten sein, dass im concreten Falle diejenige Norm zur Anwendung kommen kann, welche die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung günstigste ist (arg. Art. XXVII E. G. z. E. O.).

b) Insoferne in § 347 a. b. G. B. der Gedanke zum Ausdruck kommt, dass der unechte Besitzer gegen denjenigen, von welchem er den Besitz unechterweise erworben hatte, nicht geschützt werden soll (exceptio vitiosae possessionis ab adversario), bleibt § 347 a. b. G. B. als materiellrechtliche Bestimmung jedenfalls unbeeinflusst. Die Zulässigkeit der erwähnten Einrede wird außerdem durch § 457 C. P. O. bestätigt, da (a contrario) Erörterungen über die Unechtheit des Besitzes nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind.

§ 348. Besitzfeststellungsklage.

Es entsteht die Frage, ob die in diesem Paragraphen anerkannte Besitzfeststellungsklage (Besitzpräjudicialklage⁵⁹⁾ aufrecht erhalten bleibt, da die Civilprozessordnung Feststellungsklagen ihren Voraussetzungen und ihrem zulässigen Inhalte nach regelt (§ 228), von einer Klage auf Feststellung des Besitzes jedoch keine Erwähnung thut. Wenn man mit der herrschenden Lehre den Besitz nicht als „Recht“ ansieht, so wäre streng logisch eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines „Besitz“verhältnisses oder „Besitzes“ nach § 228 C. P. O. nicht zulässig. Allein die Ab-

⁵⁸⁾ Eine Entwirrung würde einen besonderen Aufsatz erheischen. Wahrscheinlich wurde bei Normierung des § 458 C. P. O. nicht an § 347 a. b. G. B. und bei Normierung des § 381 E. O. weder an § 347 a. b. G. B., noch an § 458 C. P. O. gedacht.

⁵⁹⁾ Randa, Besitz, § 7b. C.

sicht des Gesetzgebers war kaum, die Zulässigkeit von Feststellungsklagen zu beschränken, sondern wohl zu erweitern, so dass früher zulässige Feststellungsklagen auch weiterhin als zulässig angesehen werden können.⁶⁰⁾

ZWEITES HAUPTSTÜCK.

Von dem Eigenthumsrechte.

§ 355. Veräußerungsverbote.

a) Veräußerungsverbote bezüglich körperlicher Sachen als einstweilige Verfügungen. Durch die Executionsordnung wurden richterliche Veräußerungsverbote mit dinglicher Wirkung als einstweilige Verfügungen eingeführt.

Nur das an den Gegner der gefährdeten Partei ergangene Verbot kann dingliche Wirkung haben, das sogenannte Drittverbot (§ 379, al. 3, Z. 3; § 382, Z. 7; § 385 E. O.) dagegen hat stets bloß obligatorische Folgen.

Das Verbot, bewegliche Sachen zu veräußern oder zu verpfänden, hat die Wirkung, dass eine verbotswidrige Veräußerung oder Verpfändung ungiltig⁶¹⁾ ist, dafern nicht dem Erwerber guter Glaube, d. i. unverschuldete Unkenntnis von dem Veräußerungsverbote zustatten kommt. Zu diesem einfachen Resultate führt die „sinngemäße Anwendung“ der im § 379, al. 3, Z. 2 E. O. citierten §§ 367, 456 a. b. G. B., Art. 306, 307 H. G.⁶²⁾ Das Verbot, bewegliche Sachen zu veräußern oder zu verpfänden, ist zwar bloß unter den zur Sicherung von Geldforderungen bestimmten einstweiligen Verfügungen angeführt; allein es ist auch zur Sicherung anderer Ansprüche zulässig, und zwar selbst dann, wenn man es in § 382, Z. 4 und 5 nicht für inbegriffen hielte, deshalb, weil die einstweiligen Verfügungen zur Sicherung anderer Ansprüche als Geldforderungen nicht taxative angeführt sind (§ 382 E. O. in princ.:

⁶⁰⁾ Schuster, § 26, N. 5; Demelius, S. R., S. 9.

⁶¹⁾ Czoernig, Vorles., S. 305. Jedermann kann sich auf die Ungiltigkeit berufen, selbst der Veräußerer kann den Gegenstand vindicieren. Eine Ersichtlichmachung des Verbots ist nicht vorgesehen. (A. A. Bum, J. Bl. 1898, S. 603, welcher § 259, al. 1, Satz 2 E. O. analog anwenden will.)

⁶²⁾ Sieh unten ad § 367 a. b. G. B., lit. c.

„insbesondere“). In diesem Falle ist jedoch die dingliche Wirkung desselben fraglich und aus dem weiter unten angegebenen Grunde eher zu verneinen.⁶³⁾

Das Verbot, unbewegliche Sachen zu veräußern oder zu belasten (§ 382, Z. 6), ist von amtswegen in dem öffentlichen Buche anzumerken (§ 384, al. 2). Hiedurch erlangt es zwar nicht die Wirkung, dass jede (freiwillige) Veräußerung oder Belastung ungiltig und die Eintragung derselben unzulässig wäre, sondern neue Verfügungen des Eigenthümers werden nach wie vor eingetragen, sind jedoch in ihrer Giltigkeit dadurch bedingt, dass der Anspruch, zu dessen Sicherung das Verbot erlassen wurde, rechtskräftig abgewiesen (§ 384, al. 3) oder, wie wohl zu ergänzen ist, das Verbot als „einstweilige“ Verfügung auf andere Weise aufgehoben wird (§§ 391, 399 E. O.).⁶⁴⁾ Dieses Veräußerungsverbot kann bloß zur Sicherung anderer Ansprüche als Geldforderungen erlassen werden (§ 379, al. 4) und noch dazu nur zur Sicherung solcher Ansprüche, welche sich auf die betreffende Liegenschaft beziehen (§ 382, Z. 6).

Die Veräußerungsverbote bezüglich beweglicher und unbeweglicher Sachen äußern ihre angegebenen Wirkungen bloß gegenüber freiwilligen Verfügungen des Gegners, denn nur diese können „ihm verboten“ werden (§ 384, al. 3 „freiwillige“ Verfügung; § 379, al. 3, Z. 2 „verbotswidrige“ Veräußerung oder „Verpfändung“). Die Execution auf die vom Verbote getroffene Sache seitens anderer Gläubiger des Gegners wird daher durch das (selbst dingliche Wirkungen äuffernde) Verbot nicht gehindert.

Das sogenannte Drittverbot, d. i. das an denjenigen gerichtete Verbot, gegen welchen dem Gegner der gefährdeten Partei ein Anspruch zusteht (§ 379, al. 3, Z. 3; § 382, Z. 7), hat, wie bereits erwähnt, bloß obligatorische Wirkung.⁶⁵⁾ Die ver-

⁶³⁾ Verneint wird die dingliche Wirkung von Czoernig, Vorles., S. 308 (wegen Mangel von Publicität — § 379, Z. 2 ist Ausnahme); von Neumann, E. O., S. 458 wird jedoch analoge Anwendung von § 379, Z. 2 zugelassen.

⁶⁴⁾ Vgl. auch § 72 G. b. G. und dazu Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 201, N. 5.

⁶⁵⁾ Das Drittverbot strebt die Erhaltung des Status quo bloß durch die Schadenersatzpflicht des Drittschuldners oder des dritten Inhabers der Sache an. Czoernig, Vorles., S. 306.

botswidrige Veräußerung seitens des Dritten ist nicht ungiltig, sondern macht denselben nur gemäß § 385 E. O. verantwortlich.

Da die einstweiligen Verfügungen zur Sicherung anderer Ansprüche als Geldforderungen nur demonstrativ angeführt sind, entsteht die Frage, ob zum Schutze solcher Ansprüche nicht auch Drittverbote mit dinglicher Wirkung erlassen werden könnten. Die Frage ist zu verneinen, da weder ein Privatmann noch der Richter vom Gesetze nicht anerkannte dingliche Wirkungen statuieren kann. Zu dinglichen Wirkungen ist, weil sie gegen die Gesamtheit gerichtet sind, auch die (allerdings fingierte) Zustimmung der Gesamtheit, ein Gesetz erforderlich. Zum wenigsten ist der Grundsatz: „Nullum jus in re sine lege“ ein Postulat jeder rationalen Gesetzgebung.⁶⁶⁾ Hienach kann, da das Gesetz Drittverbote mit dinglicher Wirkung nicht kennt, ein Drittverbot dieser Qualität auch vom Richter nicht erlassen werden.

b) *Res litigiosa*. Das dem römischen Rechte angehörige gesetzliche Veräußerungsverbot der *res litigiosa* bleibt dem österreichischen Rechte nach wie vor unbekannt (§ 234 C. P. O.).⁶⁷⁾ Über eventuelle obligatorische Wirkungen der Veräußerung einer in Streit verfangenen Sache vgl. ad § 378 a. b. G. B.

c) Über Veräußerungsverbote in Betreff unkörperlicher Sachen sieh ad § 1393 a. b. G. B.

§ 361. Miteigenthum.

Sieh ad § 829 a. b. G. B.

§ 366. Eigenthumsklage.

a) *Feststellungsklage*. Außer der eigentlichen condemnatorischen Eigenthumsklage hat der Eigenthümer selbstverständlich auch die Feststellungsklage nach § 228 C. P. O., wenn deren Voraussetzungen zutreffen. Die Passivlegitimation ist hier von Inhabung oder Besitz unabhängig und der Detentor

⁶⁶⁾ Vgl. meine Monographie über das Faustpfand (*Zástava ručni* 1897), S. 42, Text u. N. 15, 16, dann S. 44, N. 26. Ein anderer verwandter Gedanke ist (ad 1371 a. b. G. B.): „Jura in re sint ut sunt, aut non sint.“

⁶⁷⁾ Vgl. § 236 R. C. P. O. (§ 265 N. F.), dazu Mandry-Geib, *Civ. r. Inh. d. R. Ges.*, S. 279, § 23.

sowie der Besitzer selbst kann diese Klage erheben. Mit Rücksicht darauf trifft nun das Wort „dem Geklagten“ im Nachsatze des § 374 a. b. G. B. nicht immer zu, denn es gebürt, wenn der Besitzer mit der Klage auftritt, dem Kläger „kraft des Besitzes“ und nicht dem Geklagten der Vorzug. Vgl. ad § 324 a. b. G. B.

b) *Executions-Widerspruchsklage*. Der Eigenthümer⁶⁸⁾ einer gegen eine andere Person gepfändeten Sache kann mittels Klage Widerspruch gegen die Execution erheben und die Einstellung der letzteren erwirken (§ 37 E. O.).⁶⁹⁾ Diese Klage, welche jedenfalls gegen den betreibenden Gläubiger zu richten ist, kann mit der eigentlichen Eigenthumsklage oder mit einer bloßen Feststellungsklage gegen den Executen verbunden werden (§ 37, al. 2 E. O.).

Die Widerspruchsklage kann Mobilien und Immobilien betreffen (vgl. § 170, Z. 5 E. O.).

§ 367. Eigenthumserwerb trotz Mangels des Rechtes des Tradenten.

a) *Executiver Verkauf*. Die Bestimmung des § 367 a. b. G. B. über den Eigenthumserwerb an (beweglichen) Sachen, die in einer öffentlichen Versteigerung zur Veräußerung gebracht werden, gilt auch in Ansehung des gemäß § 268 E. O. durch einen Handelsmäkler, durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten oder durch das Vollstreckungsorgan aus freier Hand vorgenommenen Verkaufes (§ 269 E. O.). In diesen Fällen wird von den „redlichen“ Besitzern das Eigenthum erworben (§ 367 a. b. G. B.). Guter Glaube des Erwerbers ist daher auch hier erforderlich (weil § 367 a. b. G. B. bezogen ist).

Wird die in Execution gezogene bewegliche Sache im Sinne des § 271 E. O. aus freier Hand übernommen, so gilt

⁶⁸⁾ Auch der Besitzer hat diese Klage, der Deponent, Commodant jedoch nur als Eigenthümer oder als Besitzer, denn das Verhältnis des Klägers zur Sache muss ein dingliches sein (arg. § 37 „an“).

⁶⁹⁾ Ott, *Syst.*, I, S. 384 u. G. Z. 1897, S. 331; Neumann, *E. O.*, S. 407; Czoernig, *Vorles.*, S. 33; Kirschbaum, *G. H.* 1896, S. 30; Stein, *G. Z.* 1897, S. 68; Skedl, S. 247, N. 4; Schrutka, *Ght. Zt.*, XIII, S. 298; Mandry-Geib, S. 327, § 27, N. 49.

§ 269 E. O. nicht, denn die Ausnahmsbestimmung des § 367 a. b. G. B. (resp. 269 E. O.) ist nicht analog anzuwenden.⁷⁰⁾

Was Immobilien anbelangt, so ist auf die Bestimmung des § 170, Z. 5 E. O. zu verweisen. Juristisch ist jedoch diese Bestimmung von derjenigen des § 367 a. b. G. B. in Betreff Versteigerung beweglicher Sachen wesentlich verschieden; § 367 a. b. G. B. betrifft den Schutz des gutgläubigen Erwerbs, im Falle der Versäumung der Anmeldung des Eigenthumsanspruches zu dem versteigerten Immobile (§ 170, Z. 5 E. O.) ist jedoch für den Fall des Zuschlags das frühere Eigenthumsrecht präcludiert, ohne Rücksicht darauf, ob der Ersteher von demselben wusste oder nicht.⁷¹⁾ In der That ist dies ein Fall der Verschweigung.⁷²⁾

Wird die in Execution gezogene Liegenschaft im Sinne des § 200, Z. 1 E. O. aus freier Hand übernommen, so gilt § 170, Z. 5 E. O. nicht.

b) Übergabe im Executionswege. Die Bestimmungen des § 367 a. b. G. B. über den Eigenthumserwerb an Sachen, welche jemand in gutem Glauben „von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne oder von jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst anvertraut hatte“⁷³⁾, gelten auch dann, wenn die Übergabe dieser Sachen bei Fort-

⁷⁰⁾ A. A. Fischböck, J. Bl. 1898, S. 386, welcher meint, der Verkauf nach § 271 E. O. sei ebensogut ein executiver Verkauf mit allen seinen Consequenzen wie der freihändige Verkauf und lasse sich auch unter § 280 E. O. subsumieren.

⁷¹⁾ Czoernig, Vorles., S. 141; Schauer ad § 170 E. O., N. 8. (Randa, Vlastnictvi, § 20, S. 104, N. 12 a, spricht nur vom redlichen Ersteher.) Vgl. die Frist im Grundbuchsanlegungsverfahren (§ 6 des Gesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 96, und dazu Entsch. v. 9. September 1898, Nr. 10.587, Tlg. N. F. 305, Jur. Bl. 1898, Nr. 44), daselbst wird die Präclusivwirkung vom guten Glauben des Erwerbers abhängig gemacht. Es wäre dem bisherigen Rechte entsprechender gewesen, die Präclusion auch im Falle des § 170, Z. 5. E. O. bei bösem Glauben nicht eintreten zu lassen.

⁷²⁾ Czoernig, l. c. S. 142. — Über § 170, Z. 5 siehe noch Bujak, G. Z. 1900, S. 193 (Die rechtliche Stellung des außerbücherlich berechtigten Dritten bei der Zwangsversteigerung bücherlicher Liegenschaften); Neumann, E. O., S. 226, G. H. 1900, S. 283; Fürstl, II, S. 366; H. v. S., Not. Z. 1898, S. 201.

⁷³⁾ Sowie überhaupt alle Bestimmungen über den bona-fide-Erwerb beweglicher Sachen (§ 824 in fine a. b. G. B.; § 306 H. G.).

dauer des guten Glaubens im Executionswege gemäß § 346 E. O. erfolgt.⁷⁴⁾

Die executive Übergabe ist der Übergabe durch den Tradenten selbst gleichwertig (arg. § 348, al. 2, Satz 2; § 283, al. 3 E. O.). Die in der freiwilligen Tradition liegende Willenserklärung des Tradenten gilt bei Vorhandensein eines rechtskräftigen Executionstitels als abgegeben (§ 367 E. O.). Es liegt demnach rechtlich das körperliche und das geistige Element der Eigenthumstradition vor. Selbstverständlich muss der Erwerber auch im Momente der Empfangnahme guten Glaubens sein.

Zu beachten ist, dass es sich hier nicht um den Erwerb eines executiven Rechtes handelt, sondern um die Realisierung eines freiwillig eingegangenen Verkehrsgeschäftes, somit die Argumente hier nicht zutreffen, welche gegen den einseitigen Erwerb durch den Exequenten von einem Nichteigenthümer angeführt zu werden pflegen.⁷⁵⁾

c) Verbotswidrige Veräußerung. Die im § 379, al. 3, Z. 2 E. O. erwähnte sinngemäße Anwendung des § 367 a. b. G. B. führt zu nachstehendem Ergebnisse:

Der Verbotswerber ist gegen die Missachtung des Verbotes seitens des Arrestaten in dem Maße geschützt, wie der wahre Eigenthümer gegen die Missachtung seines Eigenthumsrechtes seitens desjenigen, dem er die Sache anvertraut hat. Es kommt einzig und allein auf die bona fides des Erwerbers an, und zwar hier bezüglich des Eigenthumsrechtes, dort bezüglich des Verbotes. Das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der übrigen in § 367 und ähnlichen Bestimmungen genannten Umstände (befugter Gewerbsmann, Kaufmann im Handelsbetriebe etc.) sind in Hinsicht auf das Veräußerungsverbot vollkommen irrelevant.⁷⁶⁾

⁷⁴⁾ Vgl. Neumann, E. O., S. 375. And. Ans. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 206 bei N. 35 b; für zweifelhaft hält den Fall Randa, Vlastn., § 29, S. 150 bei N. 2 a.

⁷⁵⁾ (§ 456 a. b. G. B.) Reinhold, G. H. 1898, S. 331. Vgl. Pfersche, G. Z. 1895, S. 77; Bežek, Not. Z. 1898, S. 201.

⁷⁶⁾ Die Citirung der Art. 306, 307 H. G. beruht in der That auf einem Irrthum, auf einer nicht gehörigen Auseinandersetzung der für den Eigenthumsübergang trotz Verbots (im Gegensatz zum Eigenthumsübergang trotz Mangels des Eigenthumsrechtes) erforderlichen Umstände. (Sieh weiter im Texte.) Hier kommt lediglich die Analogie mit dem dritten Falle des § 367 (resp. § 456)

Ist der Arrestat Eigenthümer (was die Regel ist), so ist es zur Eigenthumsübertragung nicht nöthig, dass die in Rede stehenden Umstände zutreffen, die sinngemäße Anwendung kann demnach bloß dahin gehen, dass der Erwerber rücksichtlich des Nichtvorhandenseins des Verbotes in bona fide ist.

Ist der Arrestat nicht Eigenthümer, so kommt wegen des Nichteigenthums (nicht wegen des Verbots) zu unterscheiden, ob die erwähnten Umstände zutreffen oder nicht.

Treffen sie nicht zu, so erwirbt der vermeintliche Erwerber kein Eigenthumsrecht, ganz ohne Rücksicht darauf, ob ein Veräußerungsverbot besteht oder nicht.

Treffen sie zu, so gilt dasselbe, als ob der Arrestat Eigenthümer wäre, und rücksichtlich des Verbotes kann es wiederum lediglich auf die bona fides des Erwerbers ankommen.

Mit voller Beruhigung ersetze ich demnach die Worte resp. Wörter: „dafern nicht der Erwerber infolge sinngemäßer Anwendung der §§ 367 und 456 a. b. G. B. oder durch die Vorschriften der Artikel 306 und 307 des Handelsgesetzbuches geschützt ist“ durch die Worte: „dafern dem Erwerber nicht unverschuldete Unkenntnis vom Verbote zustatten kommt“.

§ 368. Beweis der mala fides.

Dieser Paragraph⁷⁷⁾ enthält keine Beweisregel, er enthält einerseits eine erhaltene Beweislastvertheilungs-Vorschrift, andererseits eine materiellrechtliche Satzung, durch welche genauer bestimmt wird, wann rechtlich böser und nicht guter Glaube vorliegt. Es wird nämlich guter Glaube auch dann ausgeschlossen, wenn der Erwerber aus den Verhältnissen gegründeten Verdacht hätte schöpfen „können“, d. i. wie aus § 1297 a. b. G. B. zu ergänzen ist, wenn er bei Anwendung „eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann“, hätte Verdacht schöpfen können.

a. b. G. B. zur Anwendung. Die Sache ist dem Eigenthümer anvertraut. Wird mit dem Veräußerungsverbot (§ 379, Z. 2) die Verwahrung verbunden (§ 379, Z. 1), tritt der Schutz des bona-fide-Erwerbs nicht ein.

⁷⁷⁾ Über denselben vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 206, N. 24 und den daselbst citierten Artikel Scheys in der Festschrift zu Ungers 70. Geburtstag.

Da diese Bestimmung dazu dient, das materiellrechtliche Erfordernis der bona fides näher zu begrenzen, bleibt dieselbe von processualen Vorschriften unberührt.

Nur wenn die Aufzählung der Umstände, aus welchen auf die Möglichkeit eines gegründeten Verdachtes geschlossen werden kann, eine taxative wäre, so wäre sie durch § 272, al. 1 (vgl. al. 3 „Erwägungen“) C. P. O. beseitigt. In der That überlässt es jedoch bereits § 368 a. b. G. B. der freien Würdigung des Richters (arg.: oder anderen Verhältnissen), zu beurtheilen, ob die thatsächliche Angabe der mala fides für wahr zu halten sei oder nicht.

§ 369. Passivlegitimation bei der Eigenthumsklage.

In Betreff der condemnatorischen Eigenthumsklage (rei vindicatio) wird in § 366 a. b. G. B. der Inhaber, in § 369 a. b. G. B. jedoch derjenige für passiv legitimiert erklärt, der die Sache in seiner Macht hat. Beide Ausdrucksweisen werden gewöhnlich für gleichbedeutend angesehen, meines Erachtens mit Unrecht.⁷⁸⁾ Mit dem in § 369 gebrauchten Ausdruck „Macht“ werden Inhabung und Besitz umfasst, so dass sowohl der Inhaber als auch der Besitzer passiv legitimiert sind.

Bei der Codificierung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches schwankte man, ob der Inhaber oder ob der Besitzer als passiv legitimiert angesehen werden solle. Im § 366 kam die erstere⁷⁹⁾, in § 375 die letztere Ansicht zur Geltung.⁸⁰⁾ Nach geltendem Rechte sind in der That beide legitimiert. Dass der Inhaber es ist, geht aus § 366 a. b. G. B. klar hervor.⁸¹⁾ Allein auch der nicht detinierende Besitzer ist passiv legitimiert, er hat die Sache, wenn auch nicht unmittelbar, „in

⁷⁸⁾ Auch die Redactoren des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs scheinen — vielleicht nicht klar bewusst — einen Unterschied zwischen den Ausdrücken „in der Gewahrhabe“ und „in seiner Macht“ gemacht zu haben (Ofner, Prot., I S. 249, § 89 in fine).

⁷⁹⁾ § 89, II. Theil w. g. G. B.; Ofner, Prot., I, S. 247.

⁸⁰⁾ Ofner, Prot., II, S. 296. Insbesondere seitens des innerösterreichischen Appellationsgerichtes wurde wiederholt die Legitimation des Besitzers a contrario des bloßen Inhabers behauptet (Ofner, Prot. I, S. 247, § 86, S. 254, § 98). Vgl. hiezu Ehrenzweig in Ght. Zt. 1898, S. 315 und Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 241, N. 14 a.

⁸¹⁾ Randa, Vlastn., § 39, 3, S. 221, l. 9. D. 6, 1.

seiner Macht“ (§ 369 a. b. G. B.) und gegen ihn kann auch die Execution geführt werden (§ 347, al. 1 und 2 E. O.). Dass der Besitzer bei der Eigenthumsklage (und bei jeder dinglichen Klage) ebenfalls nebst dem Detentor passiv legitimiert ist, darauf weist das Institut der Benennung des Auctors hin. Wäre der Besitzer nicht passiv legitimiert, so wäre es doch widersinnig, den Kläger im Wege der *nominatio auctoris* an eine gar nicht legitimierte Person zu verweisen, ja ihn gemäß § 23, al. 1, Satz 1 C. P. O. eventuell zu zwingen, den Process gegen den passiv nicht legitimierten fortzuführen und den passiv legitimierten Detentor gemäß § 23, al. 2, Satz 1 C. P. O. frei zu lassen. Die Bestimmungen des § 23 C. P. O. und des § 347 E. O. führen ganz deutlich darauf hin, dass auch der nicht detinierende Besitzer zur Eigenthumsklage passiv legitimiert ist und demnach auch direct belangt werden kann. Andererseits ist nicht nur er legitimiert, sondern auch der Detentor ist es, doch steht diesem die Wohlthat der Auctorsbenennung zu. Sieh unten ad § 375 a. b. G. B.

Weder Besitz noch Inhabung, sondern bloß Anmaßung des Eigenthumsrechtes ist zur Passivlegitimation des mit der condemnatorischen Eigenthumsklage Belangten erforderlich im Falle der Hauptintervention (§ 16 C. P. O.), wenn nämlich der Hauptinterveniens neben dem ursprünglich geklagten Detentor oder Besitzer auch den nicht detinierenden und nicht besitzenden Kläger belangt.⁸²⁾ Wohl zu bemerken ist, dass hier eben auch die condemnatorische (auf Erlangung eines Executionstitels gerichtete) Eigenthumsklage (*rei vindicatio*) möglich ist, nicht bloß die Feststellungsklage, bei welcher ja die Passivlegitimation ohnedies weder von Inhabung noch von Besitz abhängt.

§ 374. Vorzug des Besitzes.

Sieh ad § 366 a.

§ 375. Namhaftmachung des Vormannes.

a) Wesen und Form. Inwieweit und auf welche Weise sich der geklagte Detentor (*alieno nomine possidens*) gegen

⁸²⁾ Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 241, N. 13 a. (Vgl. dagegen Mandry-Geib, S. 374, N. 11.)

die Eigenthumsklage und andere dingliche Klagen durch Namhaftmachung des Vormannes (Benennung des Auctors) „schützen“ kann (§ 375 a. b. G. B.), ist jetzt in den §§ 22—24 und 241 C. P. O. bestimmt. Der Schutz greift hienach nur dann platz, wenn es zu einer Übernahme des Processes durch den Auctor kommt (§ 23, al. 2, Satz 1; § 241 C. P. O.).

Um diese Übernahme zu bewirken, hat der geklagte Detentor nicht nur den Auctor dem Kläger namhaft zu machen (§ 375 a. b. G. B.; § 22, al. 2, Satz 2 C. P. O.), sondern auch den Auctor selbst zu einer Erklärung über sein Verhältnis zum Streitgegenstande aufzufordern (§ 22, al. 1 und al. 2, Satz 1 C. P. O.). Hiemit hat er aber auch genug gethan⁸³⁾, eines Nachweises über das Vertretungsverhältnis bedarf es nicht; infolgedessen entfallen die Schlussworte des § 375 a. b. G. B. („und sich darüber ausweist“).⁸⁴⁾ Die Bestimmung des § 375 a. b. G. B. hätte daher gegenwärtig etwa zu lauten: „Wer eine Sache in fremdem Namen besitzt, kann sich gegen die Eigenthumsklage dadurch schützen, dass er seinen Vormann namhaft macht und der letztere nach den Bestimmungen der Civilprocessordnung den Process übernimmt.“

Dass § 375 a. b. G. B. unverändert neben den Bestimmungen der Civilprocessordnung aufrecht verbleiben sollte und es demnach zweierlei *Nominatio auctoris*, eine materiellrechtliche und eine processrechtliche, gäbe⁸⁵⁾, ist nicht anzunehmen. Die sogenannte materiellrechtliche *Nominatio auctoris* könnte nur aus dem Gesichtspunkte des Mangels der Passivlegitimation

⁸³⁾ Im weiteren Verlaufe bedarf es nur noch seiner Zustimmung zur Übernahme des Processes durch den Auctor (§ 23, al. 1, Satz 1 C. P. O.), vgl. Skedl, S. 262.

⁸⁴⁾ Ott, System, I, S. 192; Randa, Vlastn., § 39, N. 8a; Tilsch, Právník 1897, S. 895, dazu Debatte 1898, S. 290; Skedl, S. 259, N. 11. — Infolge Entfallens des Nachweises, resp. infolge Ersetzung desselben durch Anerkennung des vom Geklagten behaupteten Verhältnisses von Seite des Auctors (§ 23, al. 1, Satz 1 C. P. O.) ist eine Collusion zwischen dem Geklagten und einem angeblichen Auctor (welcher eventuell zu der Sache in gar keinem Verhältnisse steht) ermöglicht. Auf den letzteren fände allerdings die Bestimmung des § 377 a. b. G. B. Anwendung.

⁸⁵⁾ So Ehrenzweig in Ght. Zt., XXV, S. 315, N. 94; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 241, N. 14 a. Demelius, Sach. R., S. 37 führt als Grund gegen die Annahme der obenerwähnten materiellrechtlichen *Nominatio auctoris*

angenommen werden, und zwar derart, dass der geklagte Detentor durch den Beweis, dass er für einen anderen Namhaftzumachenden detiniere, die Abweisung der Klage wegen Mangels der Passivlegitimation erlangen könnte, ohne den Vormann überhaupt (außer etwa als Zeugen) in den Process gezogen zu haben. Allein es ist eben nicht richtig, dass der Detentor bei der Eigenthumsklage nicht passiv legitimiert ist. Der Vindicationsanspruch geht als absoluter gegen jedermann, welcher demselben im Wege steht, demnach ganz vornehmlich gegen den Detentor. Wenn er zur Klage nicht passiv legitimiert wäre, so wäre er ja auch zur Execution nicht passiv legitimiert, was doch nicht angenommen werden kann. Es muss mithin die Existenz einer auf einem Mangel der Passivlegitimation beruhenden (sogenannten materiellrechtlichen) Nominatio auctoris negiert werden. Die Benennung des Auctors ist nie Bestreitung der Passivlegitimation, sondern durch Zulassung derselben wird bloß dem passiv (zu Klage und Execution) legitimierten Detentor die Möglichkeit geboten, sich von einem ihn „wirtschaftlich“ nicht betreffenden Prozesse unter Umständen zu befreien.

b) Subjective Rechtskraft des Urtheils. Das gegen den Detentor erflossene Urtheil hat keine Rechtskraft gegen den Auctor. Der letztere kann sein Eigenthumsrecht auch gegenüber demjenigen geltend machen, auf dessen Eigenthumsklage der Detentor submittiert hatte. Dies gilt, gleichgiltig ob der Auctor benachrichtigt wurde oder nicht, ja selbst ob er als Interveniens beitrat oder nicht. Was die Intervention anbelangt, so kann § 20 C. P. O. nichts an dem Angeführten ändern, denn dieser Paragraph kommt eben nur dann zur Anwendung, wenn bereits feststeht, dass das Urtheil gegen den Interveniens Rechtskraft haben wird.⁸⁶⁾ Das Urtheil hat

(im Sinne Ehrenzweigs) an, dass die Civilprocessordnung keine Form für diese „processhindernde Einrede“ kennt und dass sich somit Beklagter in die Verhandlung einlassen müsste. Der Grund scheint mir nicht zutreffend, er beweist nämlich nur, dass der dem Geklagten gewährte Schutz (wegen Illegitimation) nur nicht privilegiert wäre, nicht dass er überhaupt nicht statt hat. Sieh auch Skedl, C. P. R., S. 256.

⁸⁶⁾ § 20 C. P. O. normiert bloß, dass demjenigen, gegen welchen das Urtheil wirken wird, die Stellung eines Streitgenossen auch dann zukommt, wenn er

hienach nur dann Rechtskraft gegen den Auctor, wenn dieser den Process (gemäß § 23 oder auch gemäß § 19, al. 2 C. P. O.) übernommen hat.

Dem in diesem Falle gegen den Auctor ergangenen Urtheil ist jedoch Rechtskraft nicht nur gegen den letzteren, sondern auch gegen den ursprünglich Beklagten zuzusprechen.⁸⁷⁾ Laut § 23, al. 1, Satz 2 C. P. O. ist die Zustimmung des Klägers zur Übernahme des Processes durch den Auctor nur insoweit erforderlich, als der Kläger Ansprüche geltend macht, welche durch das zwischen dem Auctor und dem Beklagten bestehende Vertretungsverhältnis nicht berührt werden. Zu diesen Ansprüchen kann der Anspruch auf Herausgabe (gegen den Detentor) nicht gerechnet werden, denn sonst würde in jedem Falle die Zustimmung des Klägers erforderlich sein, was doch in § 23, al. 1, Satz 2 (a contr. § 19, al. 2) C. P. O. ausgeschlossen werden soll. Der Grund nun, warum hier, wenn es sich bloß um den Anspruch auf Herausgabe handelt, die Zustimmung des Klägers nicht erforderlich ist, kann nur darin erblickt werden, dass das Urtheil vom Gesetzgeber als rechtswirksam gegenüber dem Detentor angesehen wird.⁸⁸⁾ Der Detentor hat durch seine jedenfalls erforderliche Zustimmung zur Übernahme des Processes durch den Auctor sich auch gewissermaßen schon im vorhinein „zur Herausgabe bereit“ (vgl. § 262 E. O.) erklärt.⁸⁹⁾ Der Auctor trat an seine Stelle⁹⁰⁾, der Sachverhalt wird durch das Urtheil, eine öffentliche Urkunde dargethan (§§ 9, 417 E. O.).⁹¹⁾

auch gar nicht vom Gegner in den Process einbezogen worden war, sondern selbst sich aufdrängte. Eine Erweiterung der subjectiven Rechtskraft des Urtheils ist durch § 20 C. P. O. nicht herbeigeführt worden. (A. A. Kirschbaum: Nebenintervention der Legatare, G. H. 1900, S. 379.)

⁸⁷⁾ Ott, System, § 42, S. 192; Ullmann, Grundriss, S. 36; Randa, Vlastn., § 39, N. 10; Neumann, Comm., S. 176; Demelius, G. H. 1897, S. 409; sieh dagegen Skedl, C. P. R., S. 268.

⁸⁸⁾ § 73, al. 4, Satz 2 (§ 76 N. F.) R. C. P. O. bestimmt: „Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar.“ Leider wurde diese ausdrückliche Bestimmung in die österr. C. P. O. nicht aufgenommen, obzwar die §§ 22—24 C. P. O. dem citierten Paragraph der R. C. P. O. nachgebildet sind.

⁸⁹⁾ Vgl. Neumann, l. c.

⁹⁰⁾ Darauf legt Demelius l. c. Gewicht.

⁹¹⁾ Vgl. Ott, l. c.; Skedl, C. P. R., S. 268.

c) Verantwortlichkeit des Nominanten. In § 24, al. 2 C. P. O. wird bestimmt, dass es nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilen kommt, inwiefern dem benachrichtigten Auctor, welcher den Process nicht übernommen hatte, ein Anspruch auf Schadenersatz erwachse, wenn der Beklagte den Kläger befriedigt. Abgesehen von dem (selbstverständlichen) Falle, dass sich der Detentor gegenüber dem Auctor verpflichtet hätte, die Sache in eventuellen dinglichen Processen selbst zu vertheidigen⁹²⁾, lässt sich wohl kaum ein Fall denken, dass ein solcher in § 24, al. 2 erwähnter Schadenersatzanspruch entstehen könnte. Denn der Umstand, dass der Auctor trotz Aufforderung sich am Prozesse nicht betheilig hat, kann doch wohl bloß auf sein eigenes Verschulden zurückgeführt werden und begründet gegen die Klage des Auctors eine offenbare exceptio doli. Und selbst wenn man das negative Verhalten des Auctors nicht als sein Verschulden gelten ließe und es als indifferent ansähe, müsste man ihn die Folgen dieser in seiner Person gelegenen Unterlassung tragen lassen.⁹³⁾

⁹²⁾ Vgl. Neumann, Comm., S. 178.

⁹³⁾ In den Motiven zur C. P. O. (S. 198, 199, Mater., I, S. 205) wird zur Begründung des § 24 angeführt, dass „die Auctorsbenennung die formelle Legitimation des Beklagten zur Submittierung und Anspruchsbefriedigung nicht zerstören soll, ungeachtet der Auctorsbenennung soll der Beklagte formell legitimiert sein, den Process hiedurch zum Abschluss zu bringen.“ (Vgl. Neumann, Comm., S. 178; Fürstl, I, S. 47; Schuster, § 22, III, 1; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 241, N. 14a.) Der eigentliche Sinn dieser Worte ist mir nicht klar, und es ist mir nicht einmal klar, ob diese Unklarheit auf subjective oder objective Elemente zurückzuführen ist. Einige Bedenken (weil diese Stelle der Motive so oft citiert wird): Zerstört die Auctorsbenennung die sonst vorhandene Legitimation des Beklagten und ist daher dieser einseitige Act des Geklagten an sich dazu genügend, um eben diesen Geklagten ohne weiters zu absolvieren? Ist der Beklagte nur legitimiert, den Process hiedurch, d. i. nur durch Submission und Anspruchsbefriedigung zum Abschluss zu bringen, nicht auch den Process weiter zu führen? Ist zur Submission überhaupt erforderlich, dass der Submittierende in Wirklichkeit zu der Sache in irgend einer Beziehung stehe? Kann bei der Anspruchsbefriedigung, wenn der Geklagte (derjenige, von welchem angesprochen wird) dem Kläger (demjenigen, welcher anspricht) die verlangte Sache factisch übergibt, jemand zur Befriedigung des in dieser concreten Klage (ob mit Recht oder Unrecht) geltend gemachten Anspruches überhaupt legitimierter sein? Muss dem Geklagten diese Legitimation erst besonders verliehen werden? u. s. w. Manche dieser Fragen gelten auch dem Gesetze gegenüber. Vgl. Skedl, S. 271; Trutter, S. 126.

§ 376. Ablehnung des Besitzes.

Laut § 178 C. P. O. hat jede Partei alle thatsächlichen Umstände „der Wahrheit gemäß“ anzugeben. Diese Vorschrift, welche sonst „keinen unmittelbaren Rechtsnachtheil für die zuwiderhandelnde Partei nach sich zieht“ (Mater. I, S. 259), findet für den Fall der Ablehnung des Besitzes ihre Sanction in § 376 a. b. G. B. Außerdem kann dem überwiesenen Leugnenden noch eine Muthwillensstrafe gemäß § 408 C. P. O. auferlegt werden. Zu bemerken ist, dass laut § 408 C. P. O. nur die unterliegende Partei gestraft werden kann, während § 409 a. G. O. ausdrücklich von beiden Parteien sprach.⁹⁴⁾

§ 377. Vorgegebener Besitz.

Diese Bestimmung betrifft eigentlich einen Fall der allgemeinen Schadenersatzpflicht, doch kann man dieselbe wegen des processualen Thatbestandes auch zugleich als Sanction auf die Nichtbefolgung der Vorschrift des § 178 C. P. O., alle thatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäß anzugeben, gelten lassen.⁹⁵⁾ Auch § 408 C. P. O. kann hier Anwendung finden.

Der Schadenersatz kann in Verfolgung desselben Processes beansprucht werden; eine Klagsänderung liegt hierin nicht (§ 235, al. 4 C. P. O.).⁹⁶⁾

§ 378. Aufgegebener Besitz.

Die Veräußerung einer in Streit verfangenen Sache ist nicht ungiltig (oben ad § 355b) und bewirkt auch nicht nachträglichen Mangel der Passivlegitimation (§ 234 C. P. O.), obzwar sonst die Berücksichtigung von Thatsachen, welche der

⁹⁴⁾ Über § 409 a. G. O. und die Lüge im Prozesse überhaupt s. Klein: Die schuldhafte Parteilhandlung, 1885, darüber Neumann, Comm., S. 453, N. 2. — Im Gegensatze zu § 409 a. G. O. bestimmen sowohl § 376 a. b. G. B. als auch § 408 C. P. O. Privatstrafen. — Zu § 376 a. b. G. B.: Ehrenzweig in Ght. Zt., XXV, S. 286, N. 16: „Der Kläger kann auf Feststellung des Eigenthumsrechtes verzichten und Endurtheil auf Restitution erwirken, oder zunächst Theilurtheil auf Restitution und dann über den (Eigenthums-) Feststellungsanspruch Endurtheil erlangen.“ Mir scheinen zu einem Theilurtheile nicht die gesetzlichen Erfordernisse vorzuliegen (§ 391 C. P. O.). Vgl. auch Skedl, S. 14, N. 25 und § 313 C. P. O.

⁹⁵⁾ Vgl. jedoch Ehrenzweig, l. c. S. 291, N. 31.

⁹⁶⁾ Randa, Vlastn., § 39, 3, S. 224.

Klagsanhebung nachfolgen, nicht ausgeschlossen ist (arg. § 406, Satz 1 C. P. O.). Der Kläger kann jedoch, wenn der Beklagte veräußert, statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes das Interesse, und zwar nach dem außerordentlichen Werte (§ 378 a. b. G. B.) fordern.⁹⁷⁾ Diese Änderung wird nicht als Klagsänderung im technischen Sinne angesehen (§ 235, al. 4 in fine C. P. O.) und die Einwilligung des Gegners ist nicht erforderlich.

FÜNFTES HAUPTSTÜCK.

Von Erwerbung des Eigenthums durch Übergabe.

1. Bei beweglichen Sachen.

§ 426. Körperliche Übergabe.

Die Executionsordnung behandelt die Übergabe an den Exequenten und die Übergabe an den Ersteher (oder den Erwerber aus freier Hand). Die erstere erfolgt auf Grund eines zwischen dem Übernehmer (Exequenten) und dem Executen selbst, die letztere auf Grund eines zwischen dem Übernehmer (Ersteher) und der Executionsmassaverwaltung, welche rücksichtlich der Disposition über die Sache den Executen in den Hintergrund schob, begründeten obligatorischen Verhältnisses. In beiden Fällen erwirbt der Übernehmer das Eigenthum erst durch Übergabe der Sache an ihn.

Was den Fall der Übergabe an den Ersteher anbelangt, so gilt bei Mobilien der Satz nicht, dass das Eigenthum bereits durch den Zuschlag erworben werde (§ 237, al. 1 in princ., § 156, al. 2; dagegen § 278 E. O.).⁹⁸⁾

Anlangend den Fall der Übergabe an den Exequenten (§ 346 E. O.) tritt der Eigenthumsübergang ebenfalls erst durch die Übergabe an den Exequenten ein, nicht bereits durch die Wegnahme der Sache seitens des Executionsorgans. Allerdings wird jedoch die Gefahr bereits durch die Wegnahme vom Executen abgewälzt. Die Wegnahme gilt nämlich in dem

⁹⁷⁾ Die Möglichkeit der Vollstreckung gegen den Rechtsnachfolger beseitigt aber unter Umständen die Existenz eines Schadens. Mandry, Civ. r. Inh., S. 282, § 23, II. — Zu § 378 a. b. G. B. vgl. Ehrenzweig, l. c. S. 312, N. 86.

⁹⁸⁾ Randa, Vlastn., § 27, S. 140; Neumann, E. O., S. 116.

Sinne als Erfüllung (vgl. § 261, al. 1, Satz 2 E. O.), dass der Schuldner weiter zu nichts verpflichtet ist⁹⁹⁾, demnach in dem Sinne wie der (gerechtfertigte) Erlag zu Gericht als Erfüllung gilt. Der Erlag zu Gericht gemäß § 1425 a. b. G. B., die Übergabe an das Executionsorgan gemäß § 25 E. O., die Wegnahme seitens des letzteren gemäß § 346 E. O. (und § 261 E. O.) haben sämmtlich die Liberierung des Verpflichteten zur Folge, gelten als Erfüllung, wälzen die Gefahr auf den Gläubiger. Allein über den Eigenthumserwerb des letzteren ist hiedurch noch nicht entschieden. Ebenso wie im Falle des gerichtlichen Erlages das Eigenthum erst durch Übergabe an den Gläubiger übergeht¹⁰⁰⁾, ebenso geht es auch in den Fällen der Übergabe an, resp. Wegnahme durch das Executionsorgan erst durch Übergabe an den Gläubiger über.

In der Zwischenzeit zwischen executiver Wegnahme und executiver Übergabe findet eine cura bonorum statt. Die Sache bleibt während dieser Zeit theoretisch Eigenthum (resp. publicianisches Eigenthum) des Executen, allein dieselbe ist von seiner Person in der Weise abgelöst, wie die Concurssmassa von der Person des Cridatars. Sie bildet eine Executionsmassa, welche vom Vollstreckungsorgan, resp. von dem beauftragenden Gerichte zu Gunsten des Gläubigers verwaltet und diesem ausgefolgt wird. Vgl. auch ad § 1424 a. b. G. B.

Was Übergabe von Wertpapieren¹⁰¹⁾ anbelangt, so kommen bei Wertpapieren, welche wie körperliche Sachen (§ 268, al. 1 und 6 E. O.) in Execution gezogen werden, dieselben Fälle der Übergabe vor, welche oben behandelt wurden, nämlich die Übergabe an den dritten Erwerber im Falle einer Execution wegen einer Geldforderung und die Übergabe an den Exequenten selbst im Falle der Execution eines Anspruches auf Herausgabe. Die Übergabe wird in beiden Fällen von der Executionsmassaverwaltung, resp. ihrem Organ effectuirt. Bei Inhaber-

⁹⁹⁾ Argum. (außer § 261, al. 1, Satz 2) auch § 25, al. 2 E. O., gemäß welchem die Executionsorgane berechtigt sind, die zu erzwingenden Leistungen in Empfang zu nehmen und woselbst ausdrücklich des Falles gedacht wird, dass durch die Leistung an das Executionsorgan die Verbindlichkeit seitens des Verpflichteten erfüllt wird. Vgl. Neumann, E. O., S. 375; Fürstl, II, S. 673.

¹⁰⁰⁾ Czyhlarz, Ght. Zt., VI, S. 684.

¹⁰¹⁾ Vgl. Pisko (Execution auf Wertpapiere), Ght. Zt., XXVI, S. 361.

papieren hat letzteres auch die Umschreibung zu erwirken und alle zum Zwecke der Übergabe erforderlichen urkundlichen Erklärungen an Stelle des Verpflichteten abzugeben (§ 268, al. 6, § 348, al. 2, Satz 2 E. O.).¹⁰²⁾

Bei Wertpapieren, welche wie Forderungen in Execution gezogen werden (§ 296, al. 1 E. O.), daher insbesondere bei allen indossablen Papieren, kommt außer den genannten zwei Fällen¹⁰³⁾ noch die Übergabe an den Gläubiger, durch welche die Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt erfolgt (§ 305)¹⁰⁴⁾, in Betracht. Die nöthigen Formalitäten werden ebenfalls von dem Executionsgerichte, resp. dem beauftragten Vollstreckungsorgane (d. i. von der Executionsmassverwaltung) vorgenommen.¹⁰⁵⁾

§ 427. Übergabe durch Zeichen.

Soll die symbolische Übergabe der Sache durch Übergabe der „Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird“, erfolgen, so hat das Vollstreckungsorgan auf diesen Urkunden anzumerken, dass die Übergabe behufs Vollstreckung des bestimmt zu bezeichnenden Anspruches erfolgt sei (§ 348, al. 2, Satz 1 E. O.). Die Unterlassung dieser Anmerkung hätte wohl nicht die Ungiltigkeit der Eigenthumsübertragung, sondern bloß Verantwortlichkeit des Executionsorgans zur Folge. Nach bürgerlichem Rechte ist eine solche Anmerkung nicht erforderlich, und es ist nicht anzunehmen, dass ein Processgesetz hieran etwas zu ändern beabsichtigte.¹⁰⁶⁾

¹⁰²⁾ Hiezu Instr. f. d. Vollzugsorg., II, B. 1, P. 56, al. 1; Czoernig, Vorles., S. 243, § 392, al. 4 G. O.

¹⁰³⁾ Auch die Übergabe an einen dritten Erwerber kann bei indossablen Papieren statthaben, wenn nämlich § 317 E. O. zur Anwendung kommt. Vgl. Instr. f. d. Vollzugsorg., II, B. 1, P. 56, al. 2, 3.

¹⁰⁴⁾ Die Indossierung behufs Überweisung zur Einziehung hat nur die Bedeutung eines Procura-Indossamentes (Art. 17 W. O.).

¹⁰⁵⁾ Instr., II, B. 2, Titel, P. 86.

¹⁰⁶⁾ Auch aus den Worten „sonst noch“ (§ 348, al. 2, Satz 2 E. O.) kann nichts gefolgert werden. Sie bedeuten nämlich nicht: „außerdem“, sondern: „in sonstigen Fällen“.

§ 429. Übersendung.

Die Bestimmung des § 46, al. 2 E. O. hat keine Bedeutung für die Frage des Eigenthumsübergangs, noch für die Frage der Liberierung des Schuldners, sondern lediglich für die Frage, ob das Executionsorgan ohne vorgängige richterliche Weisung mit der Vollziehung der Executionshandlung innehalten dürfe. Dies darf es nämlich, wenn der Verpflichtete mittels Postaufgabebescheines sich ausweist, dass (nach Erlassung des Executionsauftrags) die bestimmte Summe Geldes zur Auszahlung an den Gläubiger bei der Post eingezahlt wurde; § 46, al. 2 E. O. scheint jedoch nicht zu gelten, wenn es sich um andere Sachen als Geld handelt.¹⁰⁷⁾

2. Bei unbeweglichen Sachen.

§ 431. Einverleibung.

Von den zwei bei der Übergabe von Mobilien besprochenen Fällen der Übergabe im Executionsverfahren entfällt hier der Fall der Übergabe an den Ersteher, weil der Ersteher von Immobilien dieselben schon durch Zuschlag erwirbt (sich hierüber ad § 436 a. b. G. B.) und die Einverleibung in diesem Falle kein Modus acquirendi ist, sondern nur declarative Bedeutung hat.

Im Falle der Einverleibung des Eigenthumsrechtes auf Grund eines zu Gunsten des Exequenten lautenden Executions-titels (§ 350 E. O.) ist diese Einverleibung mit der freiwillig gewährten Einverleibung ebenso gleichwertig, wie die executive Übergabe beweglicher Sachen nach § 346 E. O. mit der freiwilligen Übergabe. Das Vertrauen auf das öffentliche Buch wird geschützt, sofern es bei Begründung des Titulus vorlag und bis zur Einverleibung fort dauerte. Sieh oben ad § 367 b und unten ad § 456 b.

§ 432. Bücherlicher Vormann.

Die Frage, ob der Vormann bücherlich einverleibt sein muss, und die (hievon zu unterscheidende) Frage, ob der Nach-

¹⁰⁷⁾ Zweifelhaft ist die Anwendbarkeit selbst bei Geld, wenn dasselbe nicht „eingezahlt“, sondern mittels (geschlossenen) Geldbriefes übersendet wurde. In letzterem Falle beweist der Aufgabsschein in der That nicht, dass das Geld im Briefe wirklich enthalten war.

mann unter Umständen legitimiert ist, die Eintragung des Vormannes zu erwirken, werden von der Executionsordnung in den §§ 350 und 328 berührt.

Nach dem Grundbuchsgesetze ist dann, wenn es sich um die „Übertragung“ des Eigenthums oder eines anderen bürgerlichen Rechtes handelt, die Einverleibung des Vormannes nicht nöthig, sondern es genügt die Nachweisung desselben (§ 22 Gb. G.). Handelt es sich jedoch um die „Einräumung“ eines neuen Rechtes, so ist die Einverleibung des Vormannes zwar nöthig, aber der Erwerber des neuen Rechtes ist legitimiert, dieselbe zu erwirken (§ 78 Gb. G.).¹⁰⁸⁾

In § 350 E. O. werden diese Grundsätze auch auf die zwangsweise Durchführung der „Übertragung“ eingetragener und der „Einräumung“ einzutragender Rechte angewendet, es entspricht hiebei § 350, al. 2 dem § 22 Gb. G. und § 350, al. 3 dem § 78 Gb. G.¹⁰⁹⁾ Von dem von mir eingenommenen Standpunkte der Gleichwertigkeit der executiven Surrogatübergabe mit der freiwilligen Übergabe verstehen sich die Bestimmungen des § 350, al. 2 und 3 E. O. von selbst. Zu beachten ist wiederum, dass es sich in § 350 nur entweder um die bürgerliche Durchführung eines außerbürgerlich bereits bestehenden speciellen Rechtes oder um die Realisierung eines Titels, welcher auf ein in jeder Hinsicht (auch rücksichtlich der Liegenschaft) specialisiertes Recht gerichtet ist, und dass es sich hier nicht um eine Execution wegen Geldforderungen handelt.¹¹⁰⁾

Das letztere ist der Fall in § 328 E. O.¹¹¹⁾ und hier liegt eine Abweichung vom bisherigen (Grundbuchs-) Rechte in doppelter Hinsicht vor. Der Gläubiger, welcher wegen einer Geldforderung Execution auf einen Anspruch des Verpflichteten

¹⁰⁸⁾ Vgl. Randa, Vlastn., § 32, S. 165; § 34, S. 194, N. 8 a.

¹⁰⁹⁾ So auch Pospíšil (Einige Bemerkungen über den Einfluss der Executionsordnung auf das Grundbuchsrecht), Právník 1900, S. 610.

¹¹⁰⁾ Es sind streng auseinanderzuhalten: Executionstitel auf Einräumung eines Pfandrechtes und Executionstitel auf Zahlung einer Geldforderung. Auf Grund des letzteren kann zwar auch Pfandrecht erwirkt werden, allein dieses Pfandrecht ist ein executives, das auf Grund des ersteren erwirkte nicht; § 350, al. 3 bezieht sich nun ebensowenig wie § 78 Gb. G. auf „executives“ Pfandrecht.

¹¹¹⁾ § 328 gibt zu unendlichen Fragen Anlass; es ist schwer verständlich, wie in der gegenwärtigen Redaction des Alinea 2 desselben eine „Klarstellung des Sinnes“ gefunden werden konnte (Gem. Ber., S. 3; Mater., II, S. 631, 828).

führt, der auf Leistung einer unbeweglichen Sache gerichtet ist, kann, sobald die Sache dem vom Gerichte zu bestellenden Verwalter (§ 328, al. 1 E. O.) übergeben worden ist, auf diese Sache selbst Execution durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung¹¹²⁾ führen, ohne dass es bei der Zwangsversteigerung¹¹³⁾ einer bürgerlichen Eintragung des Verpflichteten bedarf. Hierin liegt eine weitere Ausnahme von § 21 Gb. G.¹¹⁴⁾ Der Gläubiger, welcher die Zwangsverwaltung¹¹⁵⁾ erwirkt hat, sowie auch der Verwalter, kann um die bürgerliche Eintragung des Eigenthumsrechtes des Verpflichteten ansuchen.¹¹⁶⁾ Hierin liegt eine Ausdehnung des § 78 Gb. G.

§ 434. Form der Urkunden.

Die Bestimmungen über die Erfordernisse der Urkunden zur bürgerlichen Eintragung wurden durch die Civilprocessordnung nicht berührt. Die Civilprocessordnung normiert bloß Erfordernisse der Urkunden in Rücksicht auf deren Beweistauglichkeit und Beweiskraft im streitigen Verfahren. Die Erfordernisse zur bürgerlichen Eintragung sind von den Beweiserfordernissen des streitigen Verfahrens vollkommen unabhängig. Insbesondere wird durch das Erfordernis der Legali-

¹¹²⁾ Ob auch durch zwangsweise Pfandrechtsbegründung? Wohl ja, denn da das zulässige Versteigerungs-(Befriedigungs-)recht nach Einstellung der Execution in executives Pfandrecht verwandelt werden kann (§ 208 E. O.) und die Einstellung dem Gläubiger stets freisteht (§ 39, Z. 6 E. O.), kann wohl auch gleich das executive Pfandrecht bewilligt werden.

¹¹³⁾ Ob auch bei der Zwangsverwaltung? Die Fragenbeantwortung (ad § 328 E. O.) bejaht die Frage, es ist auch in der That ein Grund, warum bei der Zwangsverwaltung die Eintragung erforderlich sein sollte, wenn sie bei der Zwangsversteigerung nicht erforderlich ist, nicht einzusehen. Auch bei der zwangsweisen Pfandrechtsbegründung wird mit Rücksicht auf den in N. 112 angeführten Grund die Einverleibung des Vormannes nicht gefordert werden können.

¹¹⁴⁾ Pospíšil, Právník 1900, S. 610. — Der Nachweis des Rechtes des Vormannes (wie in § 22 Gb. G.) wird in § 328 E. O. nicht verlangt. Die Liegenschaft kann ja dem Verwalter auch freiwillig übergeben werden, und für die Frage der Zulässigkeit der Execution auf dieselbe ist nur diese Übergabe entscheidend. (Vgl. jedoch Neumann, E. O., S. 171, 383; Némethy: Die Execution gegen den außerbürgerlichen Besitzer in Jur. Bl. 1896, S. 265 fig.)

¹¹⁵⁾ Wohl auch bei den anderen Executionsarten.

¹¹⁶⁾ Welchen Vortheil hat der Gläubiger hievon?

sierung, welche den Privaturkunden der Illiteraten nach § 294 C. P. O. erst die volle Beweiskraft verleiht (deren Mangel jedoch selbst für das streitige Verfahren noch nicht die Beweistauglichkeit benimmt), nichts geändert:

an der Tauglichkeit solcher Urkunden zur Pränotation¹¹⁷⁾, wenn sie nur in der zu ihrer Giltigkeit vorgeschriebenen Form ausgefertigt sind (§ 26, al. 1 Gb. G., § 886 a. b. G. B.);

an den Erfordernissen der Privaturkunden zur Einverleibung in geringfügigen Grundbuchssachen (Gesetz vom 5. Juni 1890, R. G. Bl. Nr. 109).¹¹⁸⁾

Nach dem Gesagten sind wohl zu unterscheiden:

1. Erfordernisse der Giltigkeit,
2. Erfordernisse zur bücherlichen Eintragung,
3. Beweiserfordernisse, und zwar:

- a) Erfordernisse der Beweistauglichkeit,
- b) Erfordernisse der Beweiskraft.

Die zweiten enthalten die ersten, wenn es sich um Einverleibungen oder Vormerkungen handelt (§ 26, al. 1 Gb. G.), von den dritten sind sie jedoch vollkommen unabhängig.

Hienach bezieht sich auch Art. VII, Z. 3 E. G. z. C. P. O. keineswegs auf § 56, al. 3 Gb. G.¹¹⁹⁾, sondern die letztere Bestimmung bleibt ohnedies unberührt.

§ 435. Intabulationsclausel.

Die Bewilligung zur Einverleibung wird bereits durch den Executionstitel ersetzt¹²⁰⁾ (arg. § 367 E. O.), es war daher die Bestimmung des § 350, al. 5 E. O., dass die Intabulationsclausel durch die Executionsbewilligung ersetzt wird, nicht nöthig.¹²¹⁾

Wird eine bücherliche Forderung dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen, so kann der Gläubiger mit Genehmigung

¹¹⁷⁾ A. A. Baš, Not. Z. 1899, S. 22.

¹¹⁸⁾ Vgl. Ott, II, S. 127—129.

¹¹⁹⁾ Wie Schuster, § 51, N. 10; Demelius, G. H. 1897, S. 290; Schauer ad Art. VII, Z. 3 anführen.

¹²⁰⁾ Pospíšil, Právník 1900, S. 614; Neumann, E. O., S. 381; Strobach, G. Z. 1899, S. 191.

¹²¹⁾ Vgl. jedoch Pospíšil, l. c.

des Gerichtes (d. i.: zusammen die Executionsmassverwaltung) die Löschungserklärung abgeben (§ 322, al. 2 E. O.).¹²²⁾

§ 436. Eigenthumserwerb durch Zuschlag.

Das Eigenthum an Liegenschaften¹²³⁾ geht im Falle der Zwangsversteigerung mit Ertheilung des Zuschlages auf den Ersteher über. Die nachträgliche Einverleibung constatirt bloß den früheren Eigenthumserwerb (§ 237 in princ. E. O.). Die Zwangsversteigerung ist im Grundbuche anzumerken (§ 183, al. 3 E. O., Art. XXVI E. G. z. E. O., § 72 Gb. G.). Alles dies entspricht dem bisherigen Rechte.¹²⁴⁾

Neu ist jedoch die Anmerkung der Versagung des Zuschlages (§ 186, al. 3 E. O.). Diese Anmerkung hat in Rücksicht auf eventuelle weitere Eintragungen gegen den früheren Eigenthümer dieselbe Folge (§ 72 Gb. G.), wie die Anmerkung des Zuschlages. Mag diese oder jene Anmerkung erfolgt sein, so findet, im Falle der Zuschlag rechtskräftig ertheilt ist, auf Ansuchen die Löschung aller nach der Anmerkung gegen den früheren Eigenthümer erwirkten Eintragungen statt.

Was die Rechtsstellung desjenigen, dem der Zuschlag versagt wurde im Gegensatze zu demjenigen, dem der Zuschlag ertheilt wurde, vor der letztinstanzlichen Entscheidung anbelangt, so findet zwischen diesen beiden Rechtsstellungen ein solches Verhältnis statt, wie zwischen den Rechtsstellungen von zwei Personen, deren eine mit einem Minderjährigen ein negotium claudicans geschlossen und deren andere ihren Mitcontrahenten zum Contractschluss gezwungen hatte. Man ist zwar gewohnt, die Fälle des § 865 a. b. G. B. (Satz 2 und 3) und des § 870 flg. a. b. G. B. gleichmäßig als Fälle der „relativen Ungiltigkeit“ zu bezeichnen, doch ist der Unterschied zwischen

¹²²⁾ Pospíšil, l. c. S. 613.

¹²³⁾ Bei Mobilien nicht, sieh oben N. 98.

¹²⁴⁾ Randa, Eigenth., § 15. Vlastn., § 34, S. 199. Vgl. Mater., II, S. 659. — Für das frühere Recht leugnen den Übergang des Eigenthums durch Zuschlag und erkennen demnach in § 237 in princ. E. O. eine Neuerung: E. Adler, Publicitätsprincip, S. 49 (S. 53: „der erste und einzige Fall, in welchem ein Gesetz expressis verbis den Eigenthumserwerb ohne Eintragung sich vollziehen lässt); Czoernig, Vorles., S. 140 (Zuschlag bisher bloß Titel); Rotschedl, G. H. 1898, S. 122.

diesen Fällen ein ganz bedeutender. Das negotium claudicans bleibt ungiltig, wenn kein weiteres Ereignis (keine weitere Willenserklärung) eintritt, das aus Furcht oder Irrthum geschlossene Geschäft bleibt giltig, wenn kein weiteres Ereignis (keine weitere Willenserklärung) eintritt. Im ersten Falle kann, wenn der Sachverhalt angegeben ist, kein Versäumungsurtheil gegen den bedingt Verpflichteten erfließen, wohl jedoch im zweiten Falle. Daher ist das negotium claudicans (von Seiten des Unfähigen) an sich ungiltig, kann jedoch durch nachträgliche Erklärung ex tunc giltig werden; dagegen ist das aus Furcht geschlossene Geschäft (von Seiten des Bedrohten) an sich giltig, kann jedoch durch nachträgliche Erklärung ex tunc ungiltig gemacht werden. Ich würde demnach nur für den zweiten Fall den Ausdruck: „(bloß) relativ ungiltig“, für den ersten Fall dagegen den Ausdruck: „(bloß) relativ giltig“ vorschlagen.¹²⁵⁾ Ein analoger Unterschied besteht nun zwischen den Wirkungen der Ertheilung des Zuschlages und der Versagung desselben. Im Falle der Ertheilung des Zuschlages ist die Eigenthumserwerbung an sich wirksam, kann jedoch nachträglich ex tunc unwirksam werden (analog § 870 a. b. G. B.); im Falle der Versagung des Zuschlages ist die Eigenthumserwerbung an sich unwirksam, kann jedoch nachträglich ex tunc wirksam werden (analog § 865 a. b. G. B.). Wenn man sowohl die Suspensiv- als die Resolutivbedingung rückwirken¹²⁶⁾ läßt, liegt im ersten Falle eine Resolutivbedingung, im zweiten eine Suspensivbedingung vor.¹²⁷⁾

Auch durch Zuschlag an den Überbieter wird Eigenthum erworben (arg. § 199 E. O.)¹²⁸⁾, dagegen erfolgt kein Zuschlag¹²⁹⁾

¹²⁵⁾ Vgl. die verschiedenen Constructionen: Unger, Syst., II, § 91, S. 149 fig. und Ght. Zt., XV, S. 685; Burekhard, Syst., II, § 101, S. 437 fig.; Hasenöhrl, I, § 55, S. 693; Schey, Oblig. Verh., I, 1, § 19, Zus. 2; Siegel, Verspr. als Verpflichtungsgrund § 9 und dazu Unger, Ght. Zt., I, S. 366. — Der von mir in Zástava, S. 17, N. 8 im obigen Sinne aufgestellte Unterschied wird von Skřípský (Zpr. právn. jedn. mor., 1900, S. 118) acceptiert.

¹²⁶⁾ Vgl. ad § 897 a. b. G. B.

¹²⁷⁾ Vgl. Wehli (Beweislast), J. Bl. 1896, S. 485 („es wäre denn, dass“ und „nur dann, wenn“), dann den Unterschied zwischen genereller und specieller Bestimmung im Rechte überhaupt (vgl. Tilsch, Zástava, S. 1 und 2).

¹²⁸⁾ Randa, Vlastn., § 32, S. 163.

¹²⁹⁾ Auch die Citierung des § 237 in § 200, Z. 1 ändert daran nichts.

im Falle der Übernahme gemäß § 200, Z. 1 E. O. und das Eigenthum wird in diesem Falle nach allgemeinen Grundsätzen erst durch die Einverleibung erworben.¹³⁰⁾

§ 439. Vormerkung.

a) Frist zur Rechtfertigung. Das Gesuch um Verlängerung der Frist ist laut § 43, al. 2 Gb. G. „nach der Civilprocessordnung zu behandeln“. Laut Art. II E. G. z. C. P. O. gelten nun die Vorschriften der Civilprocessordnung über die Verlängerung von Fristen (§§ 128, 141); dies hat im Unterschied zum früheren Rechte (Ges. v. 16. Mai 1874, R. G. Bl. Nr. 69, § 8) zur Folge, dass eine Verlängerung durch Übereinkommen der Parteien unzulässig ist und dass „sehr erhebliche Gründe“ zur Verlängerung vorliegen und auf Verlangen glaubhaft gemacht werden müssen.¹³¹⁾

b) Vormerkung als Execution zur Sicherstellung. Die Vorschriften des allgemeinen Grundbuchgesetzes über die Sicherung von Rechten und Ansprüchen durch grundbücherliche Vormerkung bleiben unberührt (Art. XIII, Z. 5 E. G. z. E. O.). Von Wichtigkeit ist dies insbesondere deshalb, weil die Executionsordnung selbst nur eine Execution zur Sicherstellung „wegen Geldforderungen“ kennt (§ 370 fig.). Wegen Eigenthumsansprüchen kann demnach trotz § 370 E. O. die Execution zur Sicherstellung nach § 38, lit. a Gb. G. stattfinden; eines Gefahrnachweises bedarf es da nicht.

c) Wiederholte Vormerkung. Laut § 48, al. 2 Gb. G. stand dem Eigenthümer frei, im Falle eine gegen ihn erwirkte Vormerkung wegen Versäumung der Frist zur Rechtfertigungsklage gelöscht worden war, den Weg des Aufforderungsprocesses zu betreten und im Falle eines günstigen Erkenntnisses durch Anmerkung desselben im Grundbuch einer wiederholten Bewilligung der Vormerkung vorzubeugen. Anstatt der Aufforderungsklage steht jetzt dem Eigenthümer in einem solchen Falle die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens

¹³⁰⁾ And. Ans. Randa, l. c. S. 164. — Über den Tag des Zuschlags vgl. ad § 862 a. b. G. B.

¹³¹⁾ Sieh Kreiml, Not. Z. 1898, S. 294; V. Fryc in Právník, 1898, S. 533.

des vorgemerkt gewesenen Rechtes zu¹³²⁾; das günstige Erkenntnis kann im Grundbuche angemerkt werden (Art. XXXIX E. G. z. C. P. O.). Eines besonderen Nachweises des rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung bedarf es hier nicht, es genügt das Factum, dass das verneinte Recht vorgemerkt und die Vormerkung wegen Ablauf der Rechtfertigungsfrist gelöscht worden war.

§ 443. Übernahme der Lasten.

Es kommen in Betracht (vgl. Schey ad § 443):

a) rücksichtlich des außerexecutionellen Erwerbers die Fortsetzbarkeit der bereits begonnenen Realexecution gegen denselben (§§ 88, al. 3; 89, al. 2; 98, al. 2; 135 E. O.),

b) rücksichtlich des executiven Erstehers oder Erwerbers die eventuelle Übernahme der Lasten durch denselben (§§ 150, 152, 223, 225, 226, 243 E. O., Art. XIV, Z. 1 E. G. z. E. O.).

In ersterer Hinsicht vgl. ad § 450 b (und auch ad § 811) a. b. G. B., in letzterer ad §§ 524, 530, 1401 a. b. G. B.

SECHSTES HAUPTSTÜCK.

Von dem Pfandrechte.

§ 447. Pfandrecht und verwandte Rechte.

a) Pfandrecht. Die Executionsordnung ist für den unter dem Namen Pfandrecht zusammengefassten civilrechtlichen Stoff hauptsächlich in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Sie regelt einerseits eine der Entstehungsweisen des Pfandrechtes, nämlich die zwangsweise gerichtliche Begründung desselben, andererseits die regelmäßige Realisierung jedweden Pfandrechtes, mag es wie immer entstanden sein. Außer diesen Bestimmungen der Executionsordnung, auf welche im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche ausdrücklich Bezug genommen wird (§ 450,

¹³²⁾ Demelius, G. H. 1897, S. 326 ist der Ansicht, dass der Feststellungskläger den Nichtbestand beweisen muss, und dass er daher, um dieser probatio diabolica zu entgehen, wohl lieber die nochmalige Vormerkung sich gefallen lassen und darauf rechnen wird, dass Vormerkungswerber im Rechtfertigungsprocesse sachfällig werde. Diese Ansicht theile ich nicht (sieh oben ad § 324 a. b. G. B.).

Satz 2, § 461, Satz 2) kommen noch andere Bestimmungen in Betracht, aus welchen Rückschlüsse auf zugrunde liegende civilrechtliche Ansichten des Gesetzgebers gezogen werden können. Es wurde die Behauptung aufgestellt, dass den Civilprocessgesetzen die Construction der Hypothek als Realobligation¹³³⁾ zugrunde liege.¹³⁴⁾ Selbst wenn dem so wäre, bestünde noch keine gegründete Veranlassung, wegen der Civilprocessgesetze allein, welche civilrechtliche Materien nicht ex professo behandeln, von der herrschenden Construction des Pfandrechtes als eines accessorischen und dinglichen (absoluten) nicht auf ein faciendum gerichteten Rechtes abzugehen und sich der Construction desselben als Realobligation zuzuneigen. Mir scheint jedoch selbst eine bloße Unterstützung der letzteren Ansicht durch die Civilprocessgesetze nicht gegeben zu sein. Die Beantwortung der Frage, ob gegen den sogenannten Hypothekarschuldner ein Zahlungsauftrag im Mandatsverfahren (§ 548 C. P. O.) erlassen werden kann, bleibt meiner Ansicht nach ebenso bestritten wie früher, da die neuen Bestimmungen mit den alten übereinstimmen (J. M. V. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130). Die Praxis wird diese Frage offenbar ebenso vorwiegend bejahen, wie dies vorher der Fall war. Nur das kann allerdings zugestanden werden, dass jetzt der Zulassung des Mandatsverfahrens nicht der in der kaiserl. Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, § 1 vorkommende Ausdruck: „persönliche Verbindlichkeit“¹³⁵⁾ hinderlich sein wird. Dass der sogenannte Hypothekarschuldner die Forderung zwar zahlen, aber nicht einlösen könne, scheint mir aus § 200 E. O. nicht hervorzugehen.¹³⁶⁾ Ebenso wenig finde ich in der Executionsordnung eine zu Rückschlüssen berechtigende Bestimmung darüber, dass wegen der Gefährdung der Hypothek

¹³³⁾ Etwa im Sinne Sohms, Ght. Zt., V, S. 32.

¹³⁴⁾ So Ehrenzweig in Ght. Zt., XXV, S. 281, N. 2.

¹³⁵⁾ Der Ausdruck „persönliche Verbindlichkeit“ scheint in den Motiven zu § 548 (Mater., I, S. 376, Motive, S. 320) missverstanden worden zu sein; als „personenrechtliche Verbindlichkeit“ konnte derselbe wohl überhaupt nicht aufgefasst werden, sondern nur im Sinne einer Verbindlichkeit aus einem „persönlichen Sachenrechte“ (a. b. G. B., II. Th., 2. Abth.).

¹³⁶⁾ Ehrenzweig, l. c.: „Die Forderung des betr. Gläubigers kann er zahlen, aber nicht einlösen (§ 200 E. O.).“ Der cit. § 200 E. O. bestimmt überhaupt nicht, wem das Einlösungsrecht zusteht (vgl. ad § 462 a. b. G. B.).

nicht Verwaltung nach § 382, Z. 2 E. O. erwirkt werden kann.¹³⁷⁾ In § 91 J. N. scheint übrigens deutlich die herrschende romanistische Denkweise durch.¹³⁸⁾

b) Befriedigungsrecht. Neben dem Pfandrechte kennt die Executionsordnung noch ein anderes „dingliches Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache die Befriedigung zu erlangen“ (§ 447 a. b. G. B.), nämlich das sogenannte Befriedigungsrecht.

„Bisher war die Pfandrechtsbegründung die unerlässliche Vorstufe für jede Immobilarexecution Der Natur des Pfandrechtes wurde mit dieser Verbindung gewiss Gewalt angethan, denn seine Aufgabe ist die der Creditsicherung, während es hier lediglich dem Rückforderungszwecke . . . zu dienen hat . . . Es hat mit anderen Worten den Charakter einer conservierenden Maßregel verloren, ist zu einer reinen Realisierungsveranstaltung geworden.“¹³⁹⁾ Aus den angeführten theoretischen und anderen praktischen Gründen¹⁴⁰⁾ wurde durch die Executionsordnung die Immobilarexecution ohne Pfandrechtsbegründung ermöglicht. Um dem Gläubiger jedoch die Priorität und die dingliche Wirkung zu sichern, wird ihm von Anfang bis Ende der Execution das oberwähnte Befriedigungsrecht gewährt. Auch dieses Recht ist ein dingliches¹⁴¹⁾, gegen jedermann wirksames Recht auf Befriedigung aus der in Execution gezogenen Sache, unterscheidet sich jedoch vom Pfandrechte sowohl in Hinsicht der Entstehung und Beendigung als auch rücksichtlich des Inhaltes:

1. Zur Erwerbung des Pfandrechtes an verbücherten Immobilien ist (abgesehen von gesetzlichen Pfandrechten) die

¹³⁷⁾ Sieh ad § 458 a. b. G. B.

¹³⁸⁾ Was auch Ehrenzweig l. c. hervorhebt.

¹³⁹⁾ Mater., I, S. 465 (Vorbemerkungen zur E. O.). Über den conservierenden Charakter des Pfandrechtes vgl. auch Burekhard, Syst., II, S. 475; Tilsch, Právník 1894, S. 181.

¹⁴⁰⁾ Kostenersparung. (Czoernig, Vorles., S. 111 sagt, das Befriedigungsrecht schein dazu eronnen, um dem Gläubiger die Eintragungsgebühr zu ersparen.)

¹⁴¹⁾ Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 267, S. 763; Žalud in den Mittheil. des mährischen Juristenvereines (Zprávy 1899, S. 97) und in Gellers Centrallblatt, XVII, S. 593; Fürstl, Comm., II, S. 224, 281; Worel, Rozpočet, S. 29, N. 44.

Einverleibung, resp. Vormerkung ein nothwendiges Requisit. Das Befriedigungsrecht hingegen ist mit der Executionsbewilligung dem Gläubiger zugleich gegeben. Die bücherliche Anmerkung desselben, welche von amtswegen zu erfolgen hat (§§ 98, 134 E. O.), hat nicht den Charakter einer Erwerbsart (modus acquirendi), sie ist wie andere Anmerkungen eine „bloße Anmerkung“ (Gb. G. § 8, Z. 3), welche allerdings die Publicität zur Folge hat und den guten Glauben späterer Erwerber ausschließt. Eine Anmerkung der Abweisung des Executionsantrages ist nicht vorgesehen. (Vgl. unten N. 145.)

2. Wie das Befriedigungsrecht mit der Execution entsteht, so endet es auch mit derselben (§§ 130, 207 E. O.)¹⁴²⁾, während das Pfandrechte die Executionseinstellung selbstverständlich überdauern kann.

3. Das Pfandrechte gewährt dem Gläubiger die Möglichkeit, die Befriedigung sowohl im Wege der Zwangsversteigerung als auch im Wege der Zwangsverwaltung zu erlangen. Das Befriedigungsrecht bezieht sich bloß auf die eine oder die andere Executionsart.¹⁴³⁾ Hienach muss man zwei Arten des Befriedigungsrechtes unterscheiden: das Recht auf Befriedigung mittels Zwangsverwaltung und das Recht auf Befriedigung mittels Zwangsversteigerung. Das erstere bezieht sich auf die Nutzungen, das zweite auf die Substanz selbst. Contra rationem juris¹⁴⁴⁾ aequitatis causa kommt jedoch auch der bloß sequestrierende Gläubiger, wenn er vor der Einleitung des Versteigerungsverfahrens die Zwangsverwaltung erwirkte, bei Vertheilung des für die Substanz erzielten Meistbotes zum Zuge (§ 218, al. 3 E. O.). Was das Versteigerungsrecht anbelangt, so kann in der Rangordnung desselben über ein längstens¹⁴⁵⁾ binnen vierzehn Tagen nach rechtskräftiger

¹⁴²⁾ Deswegen braucht dem Befriedigungsrechte jedoch nicht der Charakter eines Privatrechtes abgesprochen zu werden. (A. A. Comm. ad § 135 E. O. in G. H., 1900, S. 168; vgl. dagegen Czoernig, Vorles., S. 111.)

¹⁴³⁾ Laut k. Verordn. vom 26. December 1897, R. G. Bl. Nr. 305, § 9 ist in Betreff des Befriedigungsrechtes nur die halbe Eintragungsgebühr zu entrichten.

¹⁴⁴⁾ Vgl. H. v. S. in N. Z. 1898, S. 207.

¹⁴⁵⁾ Der Gläubiger kann auch wohl vor Einstellung des Versteigerungsverfahrens um die Einverleibung „in feria“ ansuchen. Die Abweisung dieses Gesuches wird im Grundbuche anzumerken sein (§ 99, al. 1 Gb. G.); dagegen ist die Abweisung des ursprünglichen Executionsgesuches nach dem Grundbuchsgesetze,

Einstellung des Versteigerungsverfahrens anzubringendes Gesuch des Gläubigers das executive Pfandrecht einverleibt werden (§ 208 E. O.).

c) Vorzugsrechte und Vorrechte. Außer „Pfandrechten“ und „Befriedigungsrechten“ kennt die Executionsordnung auch „Vorzugsrechte“ (§ 258 E. G., § 216, Z. 2 E. O., Art. III E. G. z. E. O.) und „Vorrechte“ (Art. XIV, Z. 2 E. G. z. E. O., § 172, al. 2 E. O.). Es handelt sich jedoch hiebei, trotz der Wendungen: Pfandrecht „oder“ Vorrecht, Pfand- „oder“ Vorzugsrecht¹⁴⁶⁾, nicht um besondere, vom Pfandrecht verschiedene Rechte, sondern nur um besonders qualifizierte Pfandrechte, nämlich um Pfandrechte, welchen vor anderen Pfandrechten der Vorrang gebührt.

Ein eigenthümliches dingliches Recht, welches Vorzugsrecht genannt werden mag¹⁴⁷⁾, ist mit gewissen Lohnforderungen verbunden. Es besteht für die aus dem letzten Halbjahre vor dem Tage des Zuschlags rückständigen Beträge an Lohn der land- oder forstwirtschaftlichen Dienstboten und Tagelöhner (§ 216, Z. 2 E. O.)¹⁴⁸⁾, es gibt kein Recht zu einer Pfandklage und kann nur bei Gelegenheit einer anderweitig geführten Execution zur Geltung kommen. Trotzdem haftet es an der Sache ohne Rücksicht auf einen in dem besagten Halbjahre erfolgten Eigenthumswechsel. Auch bei einer Zwangsverwaltung genießen gewisse Lohnforderungen einen Vorzug und sind unmittelbar aus den Verwaltungserträgen zu berichtigen (§ 120, Z. 3 E. O.)¹⁴⁹⁾

welches nur die Anmerkung der Abweisung eines Einverleibungs- oder Vormerkungsgesuches kennt, nicht anzumerken, was dem Gläubiger von großem Nachtheile sein kann. (Vgl. Bozděch in Právník 1899, S. 612. Die Anmerkung der Abweisung hält dagegen für zulässig — wegen 208 E. O. — Preßner, G. Z. 1899, S. 311.)

¹⁴⁶⁾ Art. XIV, Z. 2: „ein gesetzliches Pfandrecht oder ein Vorrecht“, § 258: „Pfand- oder Vorzugsrecht“. Die letztere Ausdrucksweise ist der R. C. P. O. § 710 (= § 805 N. F.) entnommen, und in letzterer wohl mit Rücksicht auf den im französischen Rechte und die ihm nachgebildeten deutschen Landesrechte bestehenden Unterschied zwischen *gage*, *hypothèque* und *privilege* gebraucht worden.

¹⁴⁷⁾ Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 279, S. 806.

¹⁴⁸⁾ Sieh auch § 246, Z. 1 E. O.

¹⁴⁹⁾ In § 121, al. 1 E. O. werden die Lohnbeträge ausdrücklich als zur Erhaltung und Bewirtschaftung der Liegenschaft nothwendige Auslagen bezeichnet,

§ 448. Gegenstand des Pfandrechtes.

Die der Execution entzogenen körperlichen beweglichen Sachen sind in den §§ 250, 251, die ganz oder theilweise unpfändbaren Rechte in den §§ 290, 291, 330 E. O. genannt. Die sonst aufrecht erhaltenen Executionsbeschränkungen sind in den Art. VI—X E. G. z. E. O. bezogen.

Während die im § 251¹⁵⁰⁾ genannten körperlichen Sachen nur der Pfändung, jedoch nicht der Verpfändung entzogen sind¹⁵¹⁾, ist in Betreff der in §§ 290, 291 E. O. genannten unkörperlichen Sachen auch die freiwillige Verpfändung ausgeschlossen (§ 293 E. O.)¹⁵²⁾ Sieh ad § 1393 a. b. G. B.

§ 449. Titel des Pfandrechtes.

a) Beim gesetzlichen Pfandrechte gibt es keinen Titel.

b) Beim richterlichen Pfandrechte ist der einzig mögliche Titel: der richterliche Executionsbefehl, die Bewilligung der Execution durch den Richter, welcher hier als Organ der vollziehenden Staatsgewalt, demnach nicht als Richter (Organ des Intellects), sondern, *sit venia verbo*, als Nachrichten fungiert. Zur Auslösung dieses richterlichen Executionsbefehles ist wiederum ein sogenannter Executionstitel (§§ 1, 79, 370—373 E. O.), und zwar ein Executionstitel, welcher auf Leistung einer Geldforderung geht¹⁵³⁾, erforderlich. Sowohl der richter-

woraus sich ergibt, dass dieselben als Betriebsauslagen angesehen werden. Dasselbe geht auch aus § 159, Z. 4 E. O. hervor.

¹⁵⁰⁾ Von den in § 250 E. O. genannten Gegenständen sind Kreuzpartikel und Reliquien unpfändbar und unverpfändbar (weil sie nicht entgeltlich veräußert werden können), Gegenstände, welche zur Ausübung des Gottesdienstes einer anerkannten Kirche oder Religionsgenossenschaft verwendet werden, sind unpfändbar, jedoch wohl verpfändbar.

¹⁵¹⁾ Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters erstreckt sich jedoch (obzwar es in mancher Hinsicht, z. B. rücksichtlich der anvertrauten Sachen, dem vertragsmäßigen gleichsteht) nicht auf die in § 251 (und auch § 250) genannten Sachen. Sonst würde die Exemption zum großen Theile illusorisch sein. Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 269, N. 3.

¹⁵²⁾ Bezüglich des Ausgedinges (§ 330) ist eine ähnliche Bestimmung (wie § 293) nicht gegeben. Vgl. oben ad § 5 a. b. G. B., N. 59.

¹⁵³⁾ Ein Executionstitel, welcher die Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandrechtes constatiert, gehört nicht hieher ad b), sondern ad c. Auf ihn folgt nicht „executives“ (richterliches) Pfandrecht, sondern Conventionalpfandrecht. Vgl. weiter unten.

liche Executionsbefehl als auch die Executionstitel als solche unterscheiden sich wesentlich von den sonstigen Titeln des Pfandrechtes (und zwar auch von den anderen richterlichen Titeln), sie ertheilen nämlich keinen privatrechtlichen Anspruch auf Einräumung des Pfandrechtes und können infolge dessen auch durch private Einräumung des Pfandrechtes nicht befriedigt werden.

Anlangend Executionstitel (auf Leistung von Geldforderungen) sind Titel der Befriedigungsexecution und Titel der Sicherungsexecution¹⁵⁴⁾ zu unterscheiden. Die ersteren haben executives Pfandrecht im engeren Sinne, die letzteren executives Pfandrecht zur Sicherstellung als Folge. Sieh ad § 450b.

c) Beim Conventionalpfandrechte unterscheidet man vertragmäßigen, letztwilligen, richterlichen und gesetzlichen Titel; je nachdem der Wille, der den Besteller zur Bestellung drängt, sein eigener oder der Wille eines andern, im letzteren Falle des Testators, des Richters, oder direct des Gesetzgebers ist.

Einen Titel zum Conventionalpfandrecht enthält die Bestimmung des § 407 C. P. O. Dieser Titel ist trotz der im ersten Satze des § 407 gebrauchten Ausdrucksweise „kann das Gericht“ als ein gesetzlicher und nicht als ein richterlicher zu qualificieren, denn der Anspruch auf Sicherstellung ruht unmittelbar auf dem Willen des Gesetzgebers, und der Wille des Richters bildet kein Thatbestandselement dieses Anspruches. Der Ausspruch des Richters über die Sicherungsverbindlichkeit ist declarativer, nicht dispositiver Natur, er ist ein Er„kenntnis, kein Befehl.“¹⁵⁵⁾ Das „kann“ bezieht sich daher bloß auf die Wissens-(Intellectual-)thätigkeit des Richters, nicht auf seine Willensthätigkeit, es bedeutet bloß, dass er nach eigenem „Ermessen“ die Nothwendigkeit der Sicherheits-

¹⁵⁴⁾ Vgl. Neumann, E. O., S. 440; Fragenbeantwortung ad § 370 E. O., betr. Vergleiche und Notariatsacte (dazu Bum, J. Bl. 1898, S. 601, u. Bertolini, G. H., 1898, S. 182); Fürstl, II, S. 705, betr. Wechselzahlungsaufträge, auch Entsch. O. L. G. Wien vom 6. März 1900, R. III 50, dazu Aigner in G. H. 1900, S. 247; Flieder, Právník 1900, S. 673 (Mahnbefehl), Sgl. N. F. 317.

¹⁵⁵⁾ Der Ausspruch des Richters ist hier erst ein Executionstitel, auf Grund desselben kann dann der Verwirklichungsbefehl erwirkt werden, die Verwirklichung hat jedoch Conventionalpfandrecht und nicht executives Pfandrecht zur Folge.

leistung zu würdigen hat, keineswegs, dass er nach eigenem „Belieben“ verfügen könne, was er wolle.¹⁵⁶⁾

Im Gegensatz zu § 407 C. P. O. liegt in § 355, al. 2 E. O. in Wahrheit ein richterlicher Titel vor. Der Befehl des Richters, welcher hier die öffentliche Macht (nicht die öffentliche Vernunft) repräsentiert, ist nothwendiges Thatbestandselement der Entstehung des Sicherstellungsanspruches; vor demselben hat der Sicherstellungswerber keinen Anspruch gegen den Gegner, wie dies im Falle des § 407 C. P. O. der Fall ist.

Wenn ein Conventional-Pfandrechtstitel nicht freiwillig erfüllt wird, und der Berechtigte im Wege des Processes einen Executionstitel über den Bestand des Pfandrechtstitels sich zu verschaffen gezwungen ist, so ist das im weiteren Verlaufe auf Grund des Executionstitels erzwungene Pfandrecht (z. B. nach § 346 E. O.) ein Conventionalpfandrecht und kein executives Pfandrecht. Vgl. auch ad §§ 367, 426, 456 a. b. G. B.

§ 450. Entstehungsgründe des Pfandrechtes.

Während es sich im § 449 a. b. G. B. um den (gesetzlich, richterlich, vertragmäßig) erworbenen Anspruch auf ein Pfandrecht handelt, handelt es sich im § 450 a. b. G. B. um die (gesetzliche, richterliche, vertragmäßige) Erwerbung des Pfandrechtes selbst.

a) Das gesetzliche Pfandrecht hat (mit Ausnahme des gesetzlichen Pfandrechtes des Bestandgebers) keinen besonderen Entstehungsgrund, es entsteht mit Forderung und Gegenstand.

Das Einführungsgesetz zur Executionsordnung bestimmt in Art. III, al. 1: „Die bestehenden gesetzlichen Vorschriften über die Vorzugsrechte der Steuern und anderen Leistungen zu öffentlichen Zwecken, dann von anderen, den Steuern rücksichtlich der Einbringung gleichgestellten Schuldigkeiten bleiben in Wirksamkeit¹⁵⁷⁾“ und in Art. XIV, Z. 2: „Die be-

¹⁵⁶⁾ Anlangend die Erfüllung sieh auch ad § 1374 a. b. G. B.

¹⁵⁷⁾ Vgl. Czoernig, Vorles., S. 205, 209, 254; Hugo Fux, Steuern und Gebühren im Concourse und Executionsverfahren (Wien 1900); Worel, Rozpočet, S. 20 flg.; Rohn (Versicherungsbeiträge der Unfall- und Krankencassen), G. Z. 1898, S. 399.

stehenden Vorschriften, durch welche den Leistungen für kirchliche und Schulzwecke ein gesetzliches Pfandrecht oder ein Vorrecht eingeräumt ist, bleiben unberührt.“

In beiden Fällen handelt es sich um gesetzliches Pfandrecht, welchem zum Theil der Vorrang vor anderen Pfandrechten zukommt (§§ 216, Z. 2, 217, Z. 1 E. O.). Der Vorrang, nicht das Pfandrecht selbst, ist jedoch gegenwärtig laut § 172, al. 2 E. O. davon abhängig, dass die öffentlichen Organe, welche zur Vorschreibung und Eintreibung der öffentlichen Abgaben berufen sind, die rückständigen Beträge spätestens im Versteigerungstermine vor Beginn der Versteigerung anmelden. Die Bestimmung des § 172, al. 2 E. O. dürfte auch bezüglich der im Art. XIV, Z. 2 erwähnten Leistungen für kirchliche und Schulzwecke gelten.

Bei der Zwangsverwaltung kommen die länger als drei Jahre rückständigen öffentlichen Abgaben ebenfalls erst in späterer Rangordnung zum Zuge (§ 125, al. 2 E. O.).

b) Inwiefern das Gericht ein Pfandrecht „einräumen“ könne, bestimmt die — Executionsordnung. Die einzelnen Arten der Entstehung des executiven Pfandrechtes werden bei den nachfolgenden Paragraphen besprochen werden.

Auch das executive Pfandrecht wird im Gesetze als wahres Pfandrecht angesehen (§§ 87, 256, al. 1 E. O.), es ist auch in der That ein wahres, an der Sache haftendes, gegen jedermann wirksames Privatrecht. Selbst wenn es nur dem Befriedigungszwecke zu dienen bestimmt wäre, könnte ihm der Pfandrechtscharakter nicht abgesprochen werden¹⁵⁸⁾, allein die zwangsweise Pfandrechtsbegründung an Immobilien (§§ 87 ss.

¹⁵⁸⁾ Demelius, Pfandrecht an beweglichen Sachen, 1897, § 4, S. 31 flg. spricht dem Pfändungspfandrechte den Charakter eines wirklichen Pfandrechtes ab, und zwar (S. 48) hauptsächlich aus dem Grunde, weil es Befriedigungsdeckung, nicht Sicherungsdeckung schafft. Die anderen Unterschiede werden von Demelius als „mehr äußerlich“ bezeichnet (dies gilt insbesondere von der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der actiones pignoratiae dir. und contr., denn dieselben haben mit dem „dinglichen“ Pfandrechte nichts zu thun, sondern betreffen ein mit dem Conventionalpfand eventuell verknüpftes obligatorisches Verhältnis, welches selbst bei dem Conventionalpfand nicht stets vorliegen muss — § 452 a. b. G. B.). Vgl. auch Czoernig, Vorles., S. 256: „In jeder Bitte um Verwertung liegt die Bitte: dem betreibenden Gläubiger die Forderung zum Zwecke der Verwertung zu erhalten.“

E. O.) dient gewiss vorwiegend und das executive Sicherungspfandrecht (§ 374 E. O.) sogar ausschließlich dem Sicherungszwecke. Allerdings hat das executive Pfandrecht in manchem abweichende Wirkungen als das Conventionalpfandrecht, allein das Charakteristikum eines jeden Pfandrechtes: die durch dasselbe bewirkte Stigmatisierung einer Sache als Befriedigungsobject für eine bestimmte Forderung, kommt auch dem executiven Pfandrechte zu.

Der Hauptunterschied zwischen dem executiven und dem conventionalen Pfandrechte besteht darin, dass bei ersterem der Gläubiger gegen jeden neuen Inhaber, resp. Besitzer, Eigenthümer der Pfandsache (sofern derselbe nicht nach den Grundsätzen des bona fide-Erwerbs geschützt ist) unmittelbar Execution führen kann, während bei dem letzteren zwar die Sache ebenfalls verhaftet bleibt (sofern nicht wieder bona fides-Schutz eintritt), der Gläubiger jedoch genöthigt ist, gegen jede neu eintretende Person (abgesehen von dem Falle der Klagsanmerkung, durch welche die Exequibilität des Pfandrechtes gewissermassen vorgemerkt wird) einen neuen Executionstitel zu erwirken, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung vollstreckbar ist oder nicht. Es kann daher weder als richtig noch als zweckmäßig angesehen werden, wenn die Executionsordnung an Stelle des Ausdruckes executives (oder vollstreckbares) Pfandrecht den Ausdruck: „Pfandrecht für eine vollstreckbare Forderung“ setzt (§§ 87, 88, al. 3, 208, al. 1, 256, al. 1). Das Charakteristische beim executiven Pfandrecht besteht darin, dass das Pfandrecht und nicht, dass die Forderung vollstreckbar ist. Wenn man für eine durch einen executionsfähigen Notariatsact begründete oder urtheilsmäßig zuerkannte Forderung freiwillig ein Pfandrecht begründet, so ist dieses Pfandrecht allerdings ein „Pfandrecht für eine vollstreckbare Forderung“, allein es ist kein executives Pfandrecht¹⁵⁹⁾ und hat auch nicht die Wirkungen eines solchen. Das charakterisierende Adjectiv soll daher, wenn es sich um ein gegen

¹⁵⁹⁾ Das executive Pfandrecht kann auf andere Weise als durch gerichtliche Einräumung nicht erworben werden (vgl. Entsch. vom 7. December 1898, Z. 14.305, G. H. 1899, S. 167, Sgl. N. F. 401), ebensowenig als dasselbe auf einem anderen Titel als dem richterlichen Executionsbefehle beruhen kann (vgl. oben ad § 449 b).

jedermann ohne neuen Executionstitel vollstreckbares Pfandrecht handelt, zum Pfandrecht und nicht zur Forderung gestellt werden.¹⁶⁰⁾

c) Die einzelnen Begründungsweisen des Conventionalpfandrechtes werden bei den folgenden Paragraphen berührt.

§ 451. Regelmäßige Erwerbsarten.

I. Mobilien.

a) *Executives Pfandrecht.* Die Begründung des executiven Pfandrechtes an beweglichen körperlichen Sachen (Pfändung) erfolgt im allgemeinen durch Verzeichnung und Beschreibung derselben in einem Pfändungsprotokolle (§ 253, al. 1 E. O.) oder durch Anmerkung auf einem bereits vorhandenen Pfändungsprotokolle (§ 257, al. 1 E. O.). Die Pfändung hat einerseits Ähnlichkeit mit der Pfandrechtsbegründung an Immobilien, andererseits ist jedoch auch dem Charakter des Mobilarpfandrechtes Rechnung getragen. In ersterer Hinsicht ist hervorzuheben, dass das Pfandrecht durch amtliche Eintragung erworben wird, dass die Pfändung nur für eine ziffermäßig bestimmte Geldsumme stattfinden kann (§ 253, al. 2 E. O.) und dass das Pfändungsregister eine gewisse Publicität genießt (§§ 254, 255 E. O.).¹⁶¹⁾ In letzterer Hinsicht kommt die Bestimmung des § 259, al. 1 E. O. in Betracht. Auf

¹⁶⁰⁾ Richtig wurde in Entsch. v. 11. Mai 1898, Z. 6449, Not. Z. 1898, S. 185, Slg. N. F. 174 erkannt, dass das auf Grund eines vollstreckbaren Notariatsactes (jedoch nicht im Executionswege) einverleibte Pfandrecht deshalb allein noch nicht gegen jeden Nachfolger unmittelbar vollstreckt werden könne. Es ist eben bloß ein „Pfandrecht für eine vollstreckbare Forderung“, aber noch kein vollstreckbares Pfandrecht (welches nur über Executionsantrag begründet werden kann). Richtig ist deshalb die Diction in § 320, al. 2, Satz 2: „zum Zwecke der Execution vom Gerichte bewilligt“. (Vgl. jedoch auch Entsch. v. 12. Juli 1899, Z. 10017, J. M. V. Bl. 1900, Nr. 16.)

¹⁶¹⁾ Im Pfändungsregister sind auch verschiedene weitere die Execution betreffende Vorkommnisse anzumerken, so: die Einleitung der Verwahrung unter Angabe des Verwahrers (§ 259, al. 7), die Bewilligung des Verkaufes (§ 264, al. 4), der Vollzug des Verkaufes (§ 279, al. 3), die Einstellung des Verkaufsverfahrens (§ 282, al. 3). Czoernig, Vorles., S. 234; Fürstl, II, S. 521. Im Pfändungsregister sollen auch administrative Pfandrechte ersichtlich gemacht werden (§ 254, al. 3 E. O., dazu Fin. Min. Erl. v. 23. December 1897, Z. 58.418, Just. Min. Verordn. v. 30. December 1897, Z. 30.327, J. M. V. Bl. Nr. 50).

Antrag des Gläubigers sind die Pfandstücke in Verwahrung¹⁶²⁾ zu nehmen (Parallele zu § 451 a. b. G. B.); mangels eines solchen Antrages ist die geschehene Pfändung in einer für jedermann leicht erkennbaren Weise ersichtlich zu machen (Parallele zu § 452 a. b. G. B.). Doch gehören weder die Verwahrung noch die letzterwähnte Ersichtlichmachung zu dem Thatbestande der Pfändung.

Wertpapiere, welche wie körperliche Sachen in Execution gezogen werden (§ 268 E. O.), unterliegen denselben Grundsätzen; Wertpapiere dagegen, welche wie Forderungen in Execution gezogen werden, insbesondere alle indossablen Papiere (§ 296 E. O.) werden dadurch gepfändet, dass das Vollstreckungsorgan diese Papiere unter Aufnahme eines Pfändungsprotokolles an sich nimmt¹⁶³⁾ und bei Gericht erlegt (§ 296, al. 1) oder die Anmerkung auf dem schon bestehenden Pfändungsprotokolle vollzieht (§ 296, al. 2, § 257 E. O.).¹⁶⁴⁾

Die bisher behandelten körperlichen Sachen und Wertpapiere können nur dann gepfändet werden, wenn sie sich in der Gewahrsame des Verpflichteten oder einer zu deren Herausgabe bereiten dritten Person befinden (§ 262 E. O.).¹⁶⁵⁾ Befinden sie sich in der Gewahrsame einer anderen Person, so kann nur der Anspruch des Verpflichteten auf Herausgabe gepfändet werden (§ 325 E. O.). Dies gilt nun mangels einer anderen Bestimmung auch für gerichtliche Depositen.¹⁶⁶⁾ Das

¹⁶²⁾ Die Verwahrung stellt sich als Folge des Pfandrechtes, nicht als dessen Bedingung dar (vgl. Neumann, E. O., S. 439), dient jedoch offenbar dem Sicherungszwecke. Sie ist auch bei der Execution zur Sicherstellung zulässig (Fragenbeantwortung ad § 374 E. O.). Die Pfandstücke können dem Gläubiger selbst in Verwahrung gegeben werden (§ 259, al. 3 E. O. — anders § 343 a. G. O.), kann derselbe doch auch in anderen Fällen Executionsmassaverwalter sein (z. B. bei Überweisung zur Einziehung; sieh ad § 276, 1034 a. b. G. B.).

¹⁶³⁾ Dieses Ansichnehmen ist hier das Wesentliche (arg. § 300, al. 1 E. O.); Neumann, E. O., S. 119.

¹⁶⁴⁾ Über die Executionsführung auf öffentliche, auf bestimmte Namen lautende oder durch Vinculierung für einen bestimmten Zweck gewidmete Obligationen besteht die Min. Verordn. vom 24. October 1897, R. G. Bl. Nr. 249. (Vgl. Fürstl, II, S. 537.)

¹⁶⁵⁾ § 262 E. O. gilt gewiss auch für die in § 296 genannten Papiere.

¹⁶⁶⁾ Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 274, S. 783; Fragenbeantwortung ad 325 E. O.; Fürstl, II, S. 537, 644; Rotschedl (Execution auf Gelddepositen), G. H. 1899, S. 476.

Pfandrecht ruht dann nicht eigentlich auf den Sachen, sondern auf dem Anspruch.

Betreffend Pfändung von Forderungen siehe ad §§ 454 und 1392 a. b. G. B.

Die Pfändung anderer Vermögensrechte erfolgt gemäß § 331 E. O. durch das gerichtliche Verbot an den Berechtigten, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten. Wenn das Recht bürgerlich einverleibt ist, dürfte zum Pfandrechts-erwerbe die Einverleibung erforderlich sein (§ 331 in princ., § 320 analog E. O.).

b) Conventionalpfandrecht. Die freiwillige Übergabe des versprochenen oder sonst gebührenden Faustpfandes kann durch die executive Übergabe gemäß § 346 E. O. surrogiert werden. Der Gläubiger erwirbt das Pfandrecht mit der Übergabe der Sache an ihn (vgl. oben ad § 426 a. b. G. B.); das so erworbene Pfandrecht ist ein Conventionalpfandrecht, kein executives Pfandrecht (vgl. ad §§ 367 u. 456 a. b. G. B.).

Die Bestellung einer auf Grund der Bestimmungen der Civilprocessordnung und der Executionsordnung (vgl. § 78 E. O.) zu leistenden Sicherheit erfolgt vornehmlich durch gerichtlichen Erlag von Wertpapieren (§ 56 C. P. O.). Das Pfandrecht wird in diesem Falle mit dem gerichtlichen Erlage begründet (§ 56, al. 3 C. P. O., vgl. § 149, al. 3 E. O.); auch dieses Pfandrecht ist ein Conventionalpfandrecht.¹⁶⁷⁾

2. Immobilien.

a) Executives Pfandrecht. Das executive Pfandrecht an Liegenschaften und bürgerlichen Rechten wird wie das vertragsmäßige durch Einverleibung erworben (§§ 88, 320; vgl. § 331 E. O.). Die Abweichungen der „zwangsweisen“ Pfandrechtsbegründung beziehen sich bloß auf die Competenz und die Recursfrist (§ 88, al. 2 E. O.).

Das executive Pfandrecht an nicht verbücherten Liegenschaften wird wie bei Mobilien durch pfandweise Beschreibung

¹⁶⁷⁾ „Conventio“ pignoris heißt der dingliche Pfandvertrag, die Übergabe zu Pfand und ist zu unterscheiden einerseits vom Verpfändungsvertrage (einem der möglichen Titel der Pfandübergabe, und andererseits dem Pfandverwahrungsvertrage (contractus pignoratius). Beide letzteren Verträge sind obligatorisch. Alle drei können übrigens in einem Acte geschlossen werden. (Das nähere in meinem Faustpfandrechte.)

erworben (§ 90, al. 1 E. O.), dieselbe kann nur für eine ziffermäßig bestimmte Geldsumme stattfinden (§ 90, al. 3 E. O.), der Publicität wird durch Anschlag und ortsübliche Verlautbarung gedient (§ 95 E. O.), doch gehören weder Anschlag noch Verlautbarung zum Thatbestande des Pfandrechts-erwerbes.

b) Conventionalpfandrecht. Lautet ein Executionstitel auf Pfandrechts-eräumung (§ 367 E. O.), so ist das auf Grund dieses Executionstitels in via executionis (§ 350 E. O.) einverleibte Pfandrecht kein executives, sondern ein conventionales Pfandrecht.¹⁶⁸⁾ Es gelten daher die Grundsätze vom Vertrauen auf die öffentlichen Bücher. Vgl. ad § 456 a. b. G. B.

Die bisherige Praxis (Jud. B. Nr. 104) verlangte zur vertragsmäßigen Erwerbung des Pfandrechts an unverbücherten Immobilien pfandweise Beschreibung. Offenbar wird die Praxis dabei verharren; eine gesetzliche Bestätigung dieser Praxis ist jetzt in § 17, al. 2 des Gesetzes vom 7. Juli 1896, R. G. Bl. Nr. 140, betreffend die Einräumung von Nothwegen enthalten. Die Form richtet sich nach der Form des Executionsverfahrens, es findet demnach auch Anschlag und ortsübliche Verlautbarung statt, ohne dass dies aber zum Thatbestande des Pfandrechts-erwerbes gehörte.¹⁶⁹⁾

§ 452. Symbolische Übergabe von Mobilien.

Die freiwillige „symbolische Übergabe“ der als Pfand versprochenen Sachen, welche eine körperliche Übergabe nicht

¹⁶⁸⁾ Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auch der Ausdruck: zwangsweise begründetes Pfandrecht (Marginalrubrik ad § 87 E. O.: „Zwangsweise Pfandrechtsbegründung“), ebensowenig wie der Ausdruck: „Pfandrecht für eine vollstreckbare Forderung“ den alten Ausdruck: executives (oder vollstreckbares) Pfandrecht ersetzen kann. Verspricht jemand für eine durch einen gerichtlichen Vergleich anerkannte Forderung später eine Hypothek, lässt sie jedoch freiwillig nicht einverleiben, so hat der Gläubiger, welcher die Einverleibung nach §§ 367, 350 E. O. erwirkt, ein zwangsweise begründetes Pfandrecht für eine vollstreckbare Forderung, aber trotzdem kein executives Pfandrecht. Gegen den Nachfolger kann er nicht unmittelbar Execution führen, sondern müsste erst gegen ihn einen Executionstitel erwerben, durch welchen die Vollstreckbarkeit (Exequibilität) des Pfandrechts ausgesprochen werden würde.

¹⁶⁹⁾ Über Pfandrechte an „Superädificaten“ vgl. Némethy in J. Bl. 1899, S. 1, u. Rosenfeld in G. H. 1898, S. 14.

zulassen, kann durch die executive „symbolische Übergabe“ surrogiert werden (§ 348 E. O.¹⁷⁰).

Die Ersichtlichmachung der Begründung des executiven Pfandrechtes in einer für jedermann leicht erkenntlichen Weise im Falle des § 259, al. 1, Satz 2 E. O. beruht zwar ebenso wie § 452 a. b. G. B. auf dem Gedanken der thunlichsten Publicität, ist jedoch, wie bereits erwähnt, zur Perfection der Pfandrechterswerbung nicht nöthig. Sie greift auch bei solchen Sachen platz, welche körperliche Übergabe zulassen.

Derjenige, welcher ein Pfandrecht durch symbolische Übergabe im Sinne des § 452 a. b. G. B. erworben hat, kann der Pfändung der Sachen beim Verpfänder nicht widersprechen (weder nach § 37, noch nach § 262 E. O.); er kann jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung schon vor Fälligkeit der Forderung auch gegen den Exequenten mittels Klage geltend machen (§ 258 al. 1 E. O.). Diese Klage hindert die Weiterführung der Execution nicht (§ 258 al. 2 E. O.).

§ 453. Bücherliche Vormerkung des Pfandrechtes.

Zur Sicherung von Geldforderungen kann die bücherliche Vormerkung des Pfandrechtes auf Liegenschaften oder daran haftenden Rechten bewilligt werden (§ 374, al. 1 E. O.). Zu bemerken ist, dass bei Mobilien zum selben Zwecke unbedingtes Pfandrecht (mangels eines Analogons der Vormerkung) bewilligt werden kann.¹⁷¹

Sieh auch ad § 438 a. b. G. B.

§ 454. Afterpfandrecht und Pfandrecht an Hypothekarforderungen.

Ein Pfandrecht am Pfandrechte ist nicht gut denkbar, da das Pfandrecht keinen selbständigen Wert hat.¹⁷² Unter Afterpfandrecht kann man bloß entweder Pfandrecht an der Sache¹⁷³ in dem Umfange, in welchem aus derselben auf Grund

¹⁷⁰) Nicht § 253 oder § 259 E. O.

¹⁷¹) Bežek, Not. Zt. 1900, S. 9 (Über die Pfandrechtsvormerkung auf Liegenschaften als Execution zur Sicherstellung).

¹⁷²) Vgl. Brinz, II, 2, § 838, N. 8.

¹⁷³) Vgl. c. 1 C. si pignus pignori 8. 24.

des ersten Pfandrechtes Bezahlung erlangt werden kann¹⁷⁴), oder Pfandrecht an der Forderung, insoweit die Bezahlung derselben auf Grund des ersten Pfandrechtes aus der Sache zu erlangen ist, verstanden werden. Insoweit im zweiten Falle die Forderung auch sonst verpfändet ist, liegt ein gewöhnliches Forderungspfandrecht vor.

Bei Mobilien sind beide Arten des Afterpfandes möglich, und es ist Sache der Auslegung, welche Art im concreten Falle vorliegt. Bei Immobilien ist das Afterpfandrecht bloß als Forderungspfandrecht (und nicht als Pfandrecht an der Sache selbst) aufzufassen, denn laut § 21 Gb. G. sind Eintragungen nur wider denjenigen zulässig, welcher als „Eigentümer des Rechtes“, in Ansehung dessen die Eintragung erfolgen soll, im Grundbuche erscheint. Es kann daher wider den Hypothekargläubiger nicht die Eintragung des Pfandrechtes an der Sache selbst bewilligt werden, sondern bloß die Eintragung eines Pfandrechtes an der „Hypothekarforderung“, d. i. an der Forderung, insoweit sie auf Grund des ihr zukommenden Pfandrechtes realisiert werden kann (denn nur insoweit ist die Forderung Gegenstand des Grundbuches). Der Immobililar-Afterpfandgläubiger kann demnach die Execution nicht unmittelbar auf die Sache führen.¹⁷⁵

Meinen Standpunkt zur Afterpfandlehre habe ich hiemit kurz angedeutet¹⁷⁶), es ist nun zu untersuchen, wie die Executionsordnung das Afterpfandrecht behandelt.

Was die Immobililar-Afterpfändung anbelangt, so ist zu derselben die Einverleibung des Pfandrechtes, d. i. des executiven Afterpfandrechtes erforderlich (§ 320 E. O.). Dieses Afterpfandrecht ist wie jedes Immobililar-Afterpfandrecht Forderungspfandrecht und nicht Sachpfandrecht. Es ergreift die Forderung jedenfalls insoweit sie auf Grund des ihr ob der Sache zukommenden Pfandrechtes realisiert werden kann, nämlich jedenfalls so weit, als die Forderung überhaupt Gegenstand des Grundbuches ist (vgl. oben). Was die Forderung sonst,

¹⁷⁴) Vgl. Horn, Rechte als Obj. des Pf. R. S. 77, 79.

¹⁷⁵) So auch Karnert (Zur Lehre von der Forderungspfändung und dem gerichtlichen Afterpfandrechte), G. Z. 1900, S. 96.

¹⁷⁶) Vgl. Tilsch, Zástava, S. 57 flg.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 389 und die daselbst citierten.

nämlich als Personalschuld ohne Rücksicht auf das Pfand anbelangt, so dürfte zu unterscheiden sein. Ist der sogenannte Hypothekarschuldner zugleich Personalschuldner, so ist die ganze Forderung sowohl als Hypothekar- als auch als Personalforderung für gepfändet anzusehen, und zwar als Hypothekarforderung durch die Einverleibung und als Personalforderung durch die Zustellung des Verbotes (§ 294, al. 3, Satz 1 E. O.) an den „Drittschuldner“ (§ 320, al. 4 E. O.) in diesem Falle an den „Hypothekarschuldner“, welcher zugleich Personalschuldner ist. Ist der Personalschuldner eine vom Hypothekarschuldner verschiedene Person und vom betreibenden Gläubiger auch die Zustellung an den Personalschuldner beantragt, so erfolgt dieselbe an den Hypothekarschuldner und an den Personalschuldner und die Forderung erscheint ebenfalls in ihrem ganzen Umfange gepfändet. Wird dagegen die Zustellung an den vom Hypothekarschuldner verschiedenen Personalschuldner vom Gläubiger gar nicht beantragt (z. B. von einem etwaigen Personalschuldner im Executionsantrage gar keine Erwähnung gethan), so erfolgt bloß die Einverleibung des Afterpfandrechtes und die Zustellung des Verbots an den „Hypothekarschuldner“, und die Forderung erscheint nur in dem Umfange gepfändet, als sie aus dem Pfandobjecte realisiert werden kann; in diesem Falle liegt dann bloß Afterpfandrecht im Sinne beschränkten Forderungspfandrechtes vor. Der Personalschuldner kann die Forderung rechtmäßig bezahlen, doch bleibt die Forderung, insoweit es zur Erhaltung des hypothekarischen Pfandrechtes nothwendig ist, demnach gegenüber dem Hypothekarschuldner, aufrecht.

Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass die Hypothekarforderung ohne Rücksicht auf die Personalforderung gepfändet werden kann¹⁷⁷⁾, muss man andererseits auch die

¹⁷⁷⁾ Man kann sich entweder auf den Standpunkt stellen, dass Personalforderung und Hypothekarforderung (unter diesen Ausdrücken verstehe ich hier dieselbe Forderung, insoweit sie aus dem Pfand oder insoweit sie sonst realisiert werden kann) nur zusammen gepfändet werden können, oder dass die Pfändung einer jeden separat möglich ist. Das erstere erscheint zwar natürlicher, führt jedoch mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 320 E. O. zu nicht leicht annehmbaren Consequenzen. Da in § 320 E. O. zur Pfändung einer hypothekarisch sichergestellten Forderung die Einverleibung „erforderlich“ ist, würde auch zu dieser

Pfändung der Personalforderung ohne Rücksicht auf die hypothekarische Sicherstellung zulassen. Wenn demnach in dem Pfändungsgesuche von einer bestehenden hypothekarischen Sicherstellung der zu pfändenden Forderung keine Erwähnung geschieht, so wird dieselbe nach § 294 E. O. gepfändet, ohne dass diese Pfändung aus dem Grunde ungiltig wäre, weil in § 320 E. O. zur Pfändung einer bücherlich sichergestellten Forderung die Einverleibung des Pfandrechtes für „erforderlich“ erklärt wird. Vielmehr wird aus letzterem nur zu folgern sein, dass die außerbücherliche Pfändung sich nicht auf die hypothekarische Sicherstellung erstreckt, mithin kein Afterpfandrecht bewirkt. Wird jedoch dem Gläubiger im weiteren Verlaufe der Execution die Forderung (zur Einziehung oder an Zahlungsstatt) überwiesen, so dürfte ihm trotzdem die Stellung eines außerbücherlichen Cessionars nicht abzusprechen sein und sein Recht sodann die hypothekarische Sicherstellung mitumfassen, allerdings unbeschadet der aus dem Umstande des Nichteingetragenseins und dem Schutze des gutgläubigen Erwerbes zu seinen Ungunsten etwa sich ergebenden Folgen.

Ob dem Befriedigungsrechte gibt es kein Afterpfandrecht, und es gibt auch kein (im Grundbuche einzutragendes) Afterbefriedigungsrecht.¹⁷⁸⁾

Einheitspfändung die Einverleibung erforderlich und mithin die Pfändung einer irgendwo hypothekarisch sichergestellten Forderung nach § 294 E. O. überhaupt unwirksam sein, und doch entzieht sich, wie Karnert, l. c. S. 95 zutreffend bemerkt, der Umstand, ob eine zu pfändende Forderung bücherlich sichergestellt ist, der Controle des Richters meistens, derjenigen des betreibenden Gläubigers oft. Die nothwendige Consequenz (welche ich selbst in G. Z. 1899, S. 335 aufstellte und welche sich streng auf den Wortlaut des § 320 E. O. stützte), dass eine irgendwo hypothekarisch sichergestellte Forderung überhaupt nicht anders gepfändet werden kann als durch Einverleibung, „selbst wenn sie auf einem unbedeutenden, nicht dem Personalschuldner gehörigen Grundstücke in allerletzter Rangordnung sichergestellt wäre, auf die Realisierbarkeit aus der Hypothek gar nicht gedacht werden könnte, der Personalschuldner dagegen vollkommen solvent wäre“ — ist eben wenig einladend. (Vgl. darüber Karnert, l. c.) Mit Rücksicht darauf erscheint die Zulässigkeit der abgesonderten Pfändung der personalen und der hypothekarischen Seite der Forderung, trotzdem sie zu Complicationen führen kann, als das kleinere Übel. Inwiefern ich mit Karnert jetzt übereinstimme, ist aus dem Texte zu ersehen.

¹⁷⁸⁾ Vgl. Fragenbeantwortung zu § 320 E. O.; Fürstl, II, S. 639.

Was die Mobilarafterpfändung anbelangt, so ist dieselbe nur als Pfändung der Personalforderung möglich.¹⁷⁹⁾ Wenn für die Forderung ein Mobilarpfand besteht, so ergreift das executive Pfandrecht ob der Forderung auch die Pfandsache selbst (arg. § 298, § 319, Z. 1 E. O.) und insofern erwirbt der betreibende Gläubiger mit der Pfändung der Forderung auch ein Afterpfandrecht. Dieses Afterpfandrecht erwirbt der Gläubiger sogleich mit dem Pfandrechte an der Forderung, nicht erst mit der Verwahrung des Pfandes¹⁸⁰⁾; vielmehr ist die Übernahme in Verwahrung hier wie beim primären executiven Pfandrechte nicht Entstehungsgrund, sondern Folge des bereits bestehenden Pfandrechtes. Das an der Sache erworbene Afterpfandrecht ist zwar, ebenso wie das an der Forderung erworbene Pfandrecht, ein executives, haftet aber an der Sache nur innerhalb des (zur Zeit der Pfändung bestehenden) Umfanges des Pfandrechtes des Verpflichteten, welches nicht nothwendig executiv ist und auch in den meisten Fällen nicht executiv sein wird. Sind beide Pfandrechte executiv, so wird der betreibende Gläubiger sowohl im Falle der Überweisung der Forderung (da er dann das directe executive Pfandrecht mit überwiesen erhält), als auch im Falle des § 319, Z. 1 E. O. (und zwar hier kraft seines im Rahmen eines executiven Pfandrechtes haftenden executiven Afterpfandrechtes) die Sache selbst ohneweiters direct in Execution ziehen können. Ist dagegen das Pfandrecht des Verpflichteten an der Sache ein nicht-executives, dann erhält der betreibende Gläubiger im Falle der Überweisung auch nur das nicht-executive Pfandrecht mitüberwiesen, er muss demnach, wenn er das Pfand realisieren will, erst einen Executionstitel gegen den Verpfänder erwirken.¹⁸¹⁾ Wird die Forderung aus den Gründen des § 317 E. O. nicht überwiesen und die Forderung sammt dem Pfandrechte auch sonst anderweitig nicht verwertet, so

¹⁷⁹⁾ Abgesonderte Pfändung der „Pfandforderung“, resp. Pfandhaftung ist hier nicht möglich. (Vgl. Entsch. v. 2. August 1898, Z. 10.934, Sgl. N. F. 271, J. Bl. 1898, S. 586.)

¹⁸⁰⁾ So auch Czoernig, Vorles., S. 260; a. A. Karnert, l. c.

¹⁸¹⁾ Resp. wenn es sich um ein kaufmännisches Pfandrecht handelt, den Verkauf nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches (Art. 310, 311) „auf seine Gefahr“ bewirken.

hat die Realisierung des Handpfandes zu erfolgen, wie in § 319, Z. 1 E. O. offenbar vorausgesetzt wird (da eben wegen Bestand eines Handpfandes die öffentliche Versteigerung der Forderung ausgeschlossen ist).¹⁸²⁾ Diese Realisierung kann jedoch ebenfalls erst auf Grund eines gegen den Verpfänder zu erwirkenden Executionstitels erfolgen¹⁸³⁾, weil das Afterpfandrecht, obzwar selbst executiv, doch nur im Umfange eines nicht-executiven Pfandrechtes haftet.

Ist eine Forderung hypothekarisch und durch Handpfand sichergestellt, so kann mittels eines einzigen Executionsgesuches die Pfändung der Forderung, die Einverleibung des Afterpfandrechtes und die Verwahrung des Handpfandes beantragt werden.

§ 455. Verständigung des Eigenthümers.

Die Benachrichtigung des Eigenthümers der Pfandsache von der Afterpfändung ist bei Immobilien bereits durch § 123, Z. 3 Gb. G. (Art. XIII, Z. 2 E. G. z. E. O.) vorgesehen.¹⁸⁴⁾ Bei Mobilien findet im Falle des § 298 E. O. eine gerichtliche Benachrichtigung des Eigenthümers¹⁸⁵⁾ der Pfandsache, welcher nicht zugleich Personalschuldner ist, nicht statt; die Folgen des § 455 treten hier ein, sobald der „Eigenthümer“ von der Afterpfändung Kenntnis erlangt hat (§ 455, vgl. § 1395 a. b. G. B. „bekannt wird“).¹⁸⁶⁾

¹⁸²⁾ Vgl. Materialien, I, S. 572; Fürstl, II, S. 637.

¹⁸³⁾ Karnert, l. c. S. 96.

¹⁸⁴⁾ Die Verständigung des vom Pfandeigenthümer verschiedenen Personalschuldners erfolgt durch das Executionsgesuch, die Verständigung des „Hypothekarschuldners“ wohl durch das Buchgericht. Vgl. Fürstl, II, S. 640 m. Formular Nr. 241.

¹⁸⁵⁾ Wer ist eigentlich zur größeren Sicherheit des Afterpfandgläubigers von der Entstehung eines Afterpfandrechtes zu benachrichtigen? Die richtigste Antwort hierauf ist: „der Einlösungsberechtigte“. Wie schwer es ist, einen zutreffenden Ausdruck zu finden, geht aus den Berathungsprotokollen zum a. b. G. B. (Ofner, I, S. 291) hervor; die Redactoren schwankten zwischen den Ausdrücken: „Inhaber, erster Verpfänder, erster Pfandgeber, Pfandschuldner, Eigenthümer“, bis (in § 455) der Ausdruck „Eigenthümer“ aufgenommen wurde. Doch kann auch der Verpfänder, selbst wenn er nicht Eigenthümer war (§ 456), die Sache einlösen (§ 1369, Satz 2), und dieselbe wird, wenn er vom Afterpfandrechte keine Kenntnis hatte, pfandfrei. Vgl. des näheren Tilsch, Zäst., S. 48 flg., dann S. 58, N. 22.

¹⁸⁶⁾ Prettenhofer, G. Z. 1898, S. 192; Tilsch, l. c. S. 59, N. 23.

§ 456. Pfandrechterswerb trotz Mangels des Rechtes des Autors.

a) Erwerb executiven Pfandrechtes. Die Bestimmung des § 456 a. b. G. B. bezieht sich nach wie vor nicht auf executives Pfandrecht. Executives Pfandrecht kann nicht gegen den Nichteigenthümer erworben werden, und zwar weder an Mobilien¹⁸⁷⁾ noch an Immobilien oder bürgerlichen Rechten¹⁸⁸⁾, ein Schutz des guten Glaubens findet hier nicht statt. Die Pfändung einer dem Executen nicht gehörigen Sache ist jedoch nicht schon an sich unwirksam, sondern die Unwirksamkeit muss vom Eigenthümer mittels Executionswiderspruchsklage geltend gemacht werden (§ 37 E. O.)¹⁸⁹⁾; falls der Eigenthümer diese Klage überreicht, kann er die Aufschiebung der Execution beantragen (§ 42, Z. 5 E. O.). Bei der Mobilarpfändung sind Eigenthumsansprüche, welche von dritten Personen behauptet werden, im Pfändungsprotokolle anzumerken.¹⁹⁰⁾

b) Erwerb conventionalen Pfandrechtes im Executionswege. Die Bestimmung des § 456 a. b. G. B. gilt bei fortwährendem guten Glauben des Erwerbers auch dann, wenn die Übergabe des Handpfandes im Executionswege gemäß § 346 E. O. erfolgt, ebenso erwirbt derjenige, welcher sich an einem eingetragenen bürgerlichen Rechte in Unkenntnis der Nichtexistenz desselben ein Pfandrecht freiwillig einräumen ließ,

¹⁸⁷⁾ Entsch. bei Schey ad § 456, N. 2; vgl. neuere Entsch.: vom 7. December 1898, Z. 14.305, Sgl. N. F. 401, vom 7. October 1898, Z. 11.895, Právník 1900, S. 700; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 273, N. 15; dagegen jedoch auch Entsch. v. 26. October 1898, Nr. 11.695, Sgl. N. F. 353, J. M. V. Bl. Nr. 51 ex 1899.

¹⁸⁸⁾ Pfersche, G. Z. 1895, S. 79 (gegen Spruchrep. Nr. 143); Reinhold, G. H. 1898, S. 331; Neumann, E. O. S. 149, Entsch. Sgl. Nr. 11.993, 8646, 8456, 8346, 6345. And. Ans. Randa, Eigenth. § 25, N. 7; Schimm, J. Bl. 1896, S. 289; Bezek, Not. Z. 1898, S. 201. E. Adler (Publicitätsprincip, S. 100) hält sogar die Kenntnis oder Unkenntnis vom Nichtbestehen des eingetragenen Rechtes für irrelevant, wenn es nur noch factisch eingetragen ist, dies heißt aber die Sache der Form ganz und gar und ohne zulänglichen Grund opfern.

¹⁸⁹⁾ Das executive Pfandrecht ist demnach „(bloß) relativ“ ungültig in dem bei § 436 a. b. G. B. besprochenen Sinne (anal. § 870, nicht 865 a. b. G. B.). — Auch für Immobilien gilt die Exscindierungsklage (vgl. § 170, Z. 5 E. O.).

¹⁹⁰⁾ Das Gesetz bestimmt nicht, dass diese Personen von dem Vollzuge der Pfändung zu verständigen sind, doch vgl. das Directorium des Formulars Nr. 213 (u. Neumann, E. O., S. 415).

nach den Grundsätzen über den Schutz des Vertrauens das versprochene Pfandrecht auch dann, wenn die Einverleibung desselben im Executionswege nach § 350 E. O. erwirkt werden muss. Das so erworbene Pfandrecht ist kein executives. Vgl. ad § 367 b und § 451, 2 b.

c) Verbotswidrige Verpfändung. Die sinngemäße Anwendung des § 456 a. b. G. B. im Falle des § 379, al. 3, Z. 2 E. O. führt zu dem oben ad § 367 c angeführten Resultate. Es kommt einzig und allein auf die unverschuldete Unkenntnis vom Veräußerungs- (resp. Verpfändungs-)Verbote auf Seiten des Pfanderwerbers an.

§ 457. Objectiver Umfang des Pfandrechtes.

a) Zuwachs. Die Erhöhung von Dienstbezügen (aus demselben Dienstverhältnisse) kann gewissermaßen als Zuwachs angesehen werden. Das an den Bezügen erworbene executive Pfandrecht bezieht sich auch auf die Erhöhung (§ 299, al. 2 E. O.).

b) Zugehör. Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf das Zugehör des Pfandes, soweit es „zu dem freien Eigenthume des Verpfänders gehört“ (§ 457); es ist demnach die abgeordnete Execution einer Liegenschaft ohne Zugehör gewiss möglich.¹⁹¹⁾ Allerdings soll gemäß § 140, al. 3 und § 143, al. 4 zugleich mit der Schätzung, bezw. bei nicht eingetragenen Liegenschaften mit der Beschreibung und Schätzung derselben, auch das auf der Liegenschaft befindliche Zugehör beschrieben und geschätzt werden (vgl. § 22 Realschätzordnung), allein dies wird dann nicht stattfinden, wenn der betreibende Gläubiger im Executionsantrage das Zugehör von der Execution ausdrücklich ausschließt, weil ihm z. B. bekannt ist, dass dasselbe dem Pächter gehört. Thut er dies nicht, so wird das Zugehör beschrieben und geschätzt, und die behaupteten Eigenthumsansprüche des Pächters werden nur im Protokolle angemerkt (§ 253, al. 3, § 144, al. 3 E. O.).¹⁹²⁾ Erkennt dann der betreibende

¹⁹¹⁾ Über abgesonderte Execution des Zugehör ohne Liegenschaft vgl. oben ad § 294 a. b. G. B.

¹⁹²⁾ Der Pächter wird hier die Beschreibung nicht (gemäß § 258, al. 1, Satz 1 und § 262 E. O. a contr.) hindern können; die erwähnten Bestimmungen der Mobilarexecution sind in § 144, al. 3 E. O. nicht bezogen. Auch wird zwischen

Gläubiger das behauptete Eigenthumsrecht an, so ist das Zugehör freizulassen, erkennt er es freiwillig nicht an, so muss der Pächter die Widerspruchsklage erheben. Dass das Zugehör nicht nothwendig mit der Liegenschaft in Execution gezogen zu werden braucht, ergibt sich auch aus § 146, Z. 1 und § 349, al. 1 in fine E. O.

c) Früchte. Laut § 457 a. b. G. B. erstreckt sich das Pfandrecht auch auf die Naturalfrüchte, insolange sie noch nicht abgedeutelt sind. Mit der Absonderung entgehen sie hienach dem ob der Liegenschaft haftenden Pfandrechte. Diesen Entgang zu verhindern, dazu dient nach wie vor die Sequestration oder Zwangsverwaltung der Liegenschaft (§§ 97 flg. E. O.).¹⁹³⁾ Von der Einführung des Verwalters an (§ 119, al. 2 u. 3 E. O.) verbleiben auch die nach dieser Einführung abgedeutelten Naturalfrüchte im Nexus des ob der Liegenschaft haftenden Pfand- (oder Befriedigungs-) Rechtes.¹⁹⁴⁾ Jedoch nicht nur die nach der Einführung abgedeutelten, sondern

der Execution auf eingetragene und nicht eingetragene Liegenschaften rücksichtlich des Zugehörs kein Unterschied zu machen sein, trotzdem aus § 91 E. O. (demgemäß die pfandweise Beschreibung einer nicht eingetragenen Liegenschaft nur soweit vorzunehmen ist, als die zu pfändende Liegenschaft im Besitze oder Mitbesitze des Verpflichteten steht) gefolgert werden könnte, dass auch das nicht im Besitze des Executen befindliche Zugehör nicht beschrieben werden solle; denn der Unterschied wäre innerlich nicht zu begründen und § 91 E. O. bezieht sich offenbar bloß auf die Liegenschaft im engeren Sinne (Grund und Boden).

¹⁹³⁾ Klineberger (Zwangsverwaltung), J. Bl. 1896, S. 397 flg.; Bozděch (Zwangsverwaltung von Liegenschaften), Právník 1899, S. 609 flg.; Kreis (Zwangsverwaltung nach der E. O.), J. Bl. 1899, S. 73 flg.

¹⁹⁴⁾ Trotz § 103, al. 1 E. O. ist der Zeitpunkt der Einführung des Sequesters und nicht der Zeitpunkt der Anmerkung im Grundbuche maßgebend; dies folgt aus § 119, al. 3 E. O., woselbst anerkannt wird, dass die abgedeutelten Früchte vor Einführung als Mobilien gepfändet werden können; es kann doch nicht angenommen werden, dass § 119, al. 3 nur Früchte, welche vor der Anmerkung oder nur Früchte, welche auf nicht eingetragenen Liegenschaften gepfändet wurden, betrifft. Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 270, N. 7a; Comm. zur E. O. in G. H. 1900, S. 97. — Die Verhinderung, dass die Früchte dem Pfandnexus entgehen, wird auch in dem Falle, dass bloß die Früchte verpfändet wurden (Hypotheca quoad fructus, hierüber insbes. Kobinger im Právník 1896, S. 637), durch Einführung des Sequesters bewerkstelligt (vgl. § 97, al. 2 E. O.). Der Schlusssatz des § 457 a. b. G. B. bleibt unklar, resp. wird nach wie vor ignoriert werden (vgl. Demelius, Pf. R. an bew. Sachen, § 12, S. 182 flg.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, S. 270, N. 7b).

auch die vor der Einführung abgedeutelten Früchte unterliegen dem Immobilarpfandrechte, wenn sie sich bei der Einführung des Verwalters noch auf der Liegenschaft befinden (§ 119, al. 2 E. O.). Hierin liegt eine Ausdehnung des Pfandrechtes über den in § 457 a. b. G. B. bestimmten Umfang hinaus. Wurden die zur Zeit der Einführung des Verwalters zwar bereits abgedeutelten, jedoch noch auf der Liegenschaft befindlichen Früchte vor der Einführung als Mobilien gepfändet, so erstreckt sich das Immobilarpfandrecht auf den Überschuss des Erlöses (§ 119, al. 3 E. O.) für diese vor der Einführung abgedeutelten, vor der Einführung gepfändeten, jedoch erst nach der Einführung verkauften Früchte.

Was bisher von den Naturalfrüchten gesagt wurde, gilt auch von den Civilfrüchten (insbesondere vom Miet- oder Pachtzins) mit der Modification, dass an Stelle der Abtrennung die Fälligkeit und an Stelle der Entfernung die Einziehung tritt.¹⁹⁵⁾

Wenn es sich um eine nach den Bestimmungen über Mobilarpfändung gepfändete verzinsliche Forderung handelt, so erstreckt sich das an derselben erwirkte executive Pfandrecht auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Zinsen (§ 299, al. 1 E. O.); die früher fällig gewordenen und noch nicht eingezogenen Zinsen müssten separat gepfändet werden.

§ 458. Unzulänglichkeit des Pfandes.

a) Deteriorierung durch den Pfandschuldner. Gegen Verschlechterung des Pfandes durch den „Pfandschuldner“ kann der Pfandgläubiger durch einstweilige Verfügungen im Sinne der §§ 378 flg. E. O. geschützt werden. Ist der Pfandschuldner zugleich Personalschuldner, so sind gegen denselben sowohl die einstweiligen Verfügungen zur Sicherung von Geldforderungen als auch die einstweiligen Verfügungen zur Sicherung anderer Ansprüche (des Pfandrechtes), ist er bloß Pfandschuldner, so sind bloß die letzteren zulässig. Auch gegen den Hypothekensbesitzer können einstweilige Verfügungen unter den Bedingungen der §§ 378, 381

¹⁹⁵⁾ Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 270 bei u. in N. 8 flg.

E. O. bewilligt werden, insbesondere ist gemäß § 382, Z. 2 E. O. behufs Hintanhaltung der Verschlechterung die Verwaltung der Liegenschaft zulässig.¹⁹⁶) Die Bestimmung des § 379, al. 4 E. O. steht dem nicht entgegen, weil es sich hier um die Sicherung eines dinglichen Rechtes handelt, durch welches das Object bereits speciell bezeichnet ist, während in § 379, al. 4 E. O. (a contr. § 382, Z. 2 E. O.) nur die Verwaltung noch nicht verhafteter Liegenschaften für Geldforderungen (welche mit der Liegenschaft noch in keinem dinglichen Zusammenhange stehen) perhorresciert wird. Aus demselben Grunde wird die Verwaltung auch zulässig sein, wenn es sich um den Schutz eines bloßen Befriedigungsrechtes handelt¹⁹⁷), denn auch hier „bezieht sich der Anspruch bereits auf die unbewegliche Sache“ (§ 382, Z. 2) und es handelt sich um ein dingliches Recht.

b) Sonstige Unzulänglichkeit. Wird bei Verurtheilung zur Entrichtung einer Geldrente wegen Tödtung, Körperverletzung oder Freiheitsentziehung gemäß § 407, al. 1 C. P. O. auf Sicherheitsleistung für die künftigen Zahlungen erkannt, so kann laut § 407, al. 2 C. P. O. später auf Erhöhung der im Urtheile bestimmten Sicherheit geklagt werden, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten inzwischen erheblich verschlechtert haben. Vorausgesetzt wird hier offenbar, dass die ursprünglich bestimmte Sicherheit nicht genügt, denn sonst wäre die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse belanglos.

Wenn sich die Unzulänglichkeit der gepfändeten Sachen klar ergibt, so hat der Schuldner auf Antrag des Gläubigers den Offenbarungseid¹⁹⁸) über sein Vermögen zu leisten (§ 47, al. 2 E. O.).

¹⁹⁶) And. Ans. Ehrenzweig in Ght. Zt. 1898, S. 281, N. 2, welchem ich früher beistimme (G. Z. 1899, S. 327). Vgl. auch Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 287, N. 2; Fürstl, II, S. 721; Neumann, E. O., S. 454; Stubenrauch, S. 637, N. 3.

¹⁹⁷) Comm. z. E. O. in G. H. 1900, S. 168 (ad § 135 E. O.), Entsch. des Kreisger. Leitmeritz vom 12. April 1898 in J. Bl. 1898, S. 222.

¹⁹⁸) Dieser Offenbarungseid ist von dem in Art. XLII E. O. z. C. P. O. erwähnten Offenbarungseid (vgl. ad § 860) wohl zu unterscheiden.

§ 461. Realisierung des Pfandrechtes.

a) „Nach Vorschrift der Gerichtsordnung.“ Der Pfandgläubiger ist berechtigt, aus der Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen (§ 447 a. b. G. B.). Die Art und Weise, wie die Befriedigung erlangt wird, ist verschieden. In der Regel hat der Gläubiger nicht das Recht, das Pfand selbst zu verwerten, sondern er ist regelmäßig (wie jeder andere Gläubiger) auf die Formen der Execution angewiesen. Im § 461 a. b. G. B. ist zwar in dem ersten Satze bloß von gerichtlicher Feilbietung die Rede, allein der aus dem Zusammenhange mit dem zweiten Satze hervorleuchtende Sinn des § 461 a. b. G. B. ist der, dass die Pfandrealisierung mit gerichtlicher Intervention zu geschehen habe und dass das Gericht hiebei, d. i. bei der Pfandrealisierung nach Vorschrift der „Gerichtsordnung“ verfahren soll.¹⁹⁹) Es haben daher alle Realisierungsarten, welche die Gerichtsordnung kennt, und andererseits auch nur solche zur Anwendung zu kommen. Unter dem Ausdrucke „Gerichtsordnung“ ist das Gesetz über das Verfahren in streitigen Rechtsangelegenheiten zu verstehen, das Verfahren außer Streitsachen (das adelige Richteramt) war zur Zeit der Publication des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in der sogenannten „Gerichtsinstruction“ (Instruction für die Justizstellen vom 9. September 1785, J. G. S. Nr. 464) normiert, welche in den §§ 40, 41 des II. Theiles ebenfalls Vorschriften über gerichtliche Feilbietungen enthielt. Gegenwärtig ist unter dem Ausdrucke „Gerichtsordnung“ im § 461 (sowie in den §§ 450, 465, 471) a. b. G. B. die Executionsordnung zu verstehen²⁰⁰), welche ein Theil der Gerichtsordnung im älteren Sinne ist (vgl. § 78 E. O.).

¹⁹⁹) Zum Wortlaute des § 461 a. b. G. B. ist zu vergleichen: Preuß. L. R., I, 20, § 25: auf Veräußerung . . . nach Vorschrift der Processordnung anzutragen berechtigt, § 199: wie dabei zu verfahren sei, bestimmt die Processordnung. Vgl. auch Pont, Petits contrats, II, Nr. 1149: Quant aux formes à suivre ce sont en principe celle de la saisie-exécution. Ausdrücklich bestimmte das Hofdecret vom 28. Mai 1783, Z. 139 J. G. S.: Die Frage, wie sich zu benehmen sei, wenn ein Pfand . . . nicht ausgelöst werde, beuhebe sich durch das von der Execution handelnde 31. Capitel der Gerichtsordnung.

²⁰⁰) Obzwar in der E. O. oder dem Einführungsgesetze zu derselben eine dem Art. II des E. G. z. C. P. O. analoge Bestimmung nicht vorkommt.

Die Pfandrealisierung erfolgt daher nicht nur durch gerichtliche Feilbietung (§§ 169 flg., § 270, al. 1 E. O.), sondern z. B. auch durch Verkauf aus freier Hand (§ 268 E. O.), durch Überweisung von Forderungen (§ 303 E. O.), ja mit Rücksicht auf die in den §§ 280, 317 E. O. vorgesehene „anderweitige Verwertung“ sind die zulässigen Realisierungsarten, zum wenigsten bei Mobilien, nach der positiven Seite nicht fest umgrenzt. Dagegen finden sich negative Begrenzungen durch Ausschließung gewisser Executionsarten bei bestimmten Gegenständen, und da ist es interessant, dass gerade die im § 461 a. b. G. B. vornehmlich genannte Realisierungsart der gerichtlichen Feilbietung in manchen Fällen theils überhaupt ausgeschlossen ist, theils nur subsidiär statthat.²⁰¹⁾ Ersteres trifft bei Forderungen in den Fällen der §§ 319 und 321 E. O. zu. Die daselbst genannten Forderungen können auch dann nicht in öffentlicher Versteigerung verkauft werden, wenn es sich um vertragsmäßiges Pfandrecht handelt²⁰²⁾, denn auch bei Realisierung des Vertragspfandes hat das Gericht „nach Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren“. Die öffentliche Feilbietung ist bloß subsidiäre Realisierungsart bei Gegenständen, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben (§§ 268, 270, al. 2 E. O.), ferner bei Forderungen im allgemeinen (§ 317 E. O.). Die Favorisierung einer anderen Vollstreckungsart als der Zwangsversteigerung ist im § 201 E. O. enthalten, auf Antrag des Verpflichteten kann nämlich in gewissen Fällen die Zwangsverwaltung anstatt der Zwangsversteigerung einer Liegen-

²⁰¹⁾ In der Wertschätzung der Feilbietung ist ein Umschwung eingetreten (Fischböck, J. Bl. 1898, S. 373), es wird jetzt die Nothwendigkeit individueller Behandlung jedes Veräußerungsgeschäftes (im Gegensatz zur schablonenhaften Realisierung) betont (Klein, Vorles., S. 20 und G. Z. 1899, S. 150). Vgl. auch Bum, J. B. 1898, S. 590.

²⁰²⁾ So auch Fürstl, II, S. 641 ad § 321 E. O. In Betreff verbücherter Forderungen nahmen die Motive zur E. O. §§ 320 bis 324 einen anderen Standpunkt ein (Mater., I, S. 572). Laut § 321 der Reg. Vorl. sollte nur bei dem executiven Pfandrechte ob einer bücherlichen Forderung die Versteigerung ausgeschlossen sein. Diese Divergenz zwischen vertragsmäßigem und executivem Pfandrecht wurde vom Permanenzausschusse mit Recht beseitigt (Mater., II, S. 826 und insbesondere II, S. 278). Vgl. auch Czoernig, Vorles., S. 277. Ein Eingriff in erworbene Rechte (wie Bum, J. Bl. 1898, S. 589 meint) liegt in der Bestimmung des § 321 E. O. nicht, denn das Pfandrecht ist ein Blankettrecht, vgl. ad § 5 B.

schaft angeordnet werden.²⁰³⁾ Eine Hintansetzung der Realisierungsart der öffentlichen Feilbietung ist ferner in den §§ 200, Z. 1, 271, 280, 332 E. O. enthalten. Alles dies gilt auch beim Vertragspfande, denn auch die Realisierung des Vertragspfandes geschieht im Wege der Execution; es findet daher auch beim Vertragspfande die Realisierung durch Feilbietung dann nicht statt, wenn sie nach der Executionsordnung nicht statthat.²⁰⁴⁾

b) Außerhalb gerichtlicher Execution. Die Realisierung des Pfandrechtes in den Formen der Execution bildet zwar die Regel, es gab und gibt jedoch Fälle, in welchen die Pfandgläubiger ohne (gerichtliche) Execution die Befriedigung aus dem Pfande erlangen können. Abgesehen vom Geldpfande, bei welchem irgend ein Realisierungsverfahren widersinnig und die lex commissoria sozusagen selbstverständlich ist (vgl. auch § 261, al. 1 E. O.), waren es hauptsächlich handels- oder quasihandelsrechtliche Fälle, in welchen die Realisierung des Pfandrechtes ohne Executionsverfahren („nach der Gerichtsordnung“) stattfand. Ich habe hier die Bestimmungen der Art. 310 und 311 des Handelsgesetzbuches, des Hofdecretes vom 13. Juli 1789, J. G. S. Nr. 1033 und verschiedene Privilegien vor Augen, welche größtentheils auf die Art. 310 und 311 H. G. B. Bezug nehmen. Hievon sind ausdrücklich aufrecht erhalten: Art. 310 H. G. B.²⁰⁵⁾ in Art. XIII, Z. 9 E. G. z. E. O..

²⁰³⁾ Vgl. Klineberger, J. Bl. 1896, S. 421; Sperl, G. Z. 1899, S. 3; Neumann, E. O., S. 186; vgl. auch Art. VIII, Z. 8 E. G. z. E. O. (§ 40 des Gesetzes vom 7. Mai 1874, R. G. Bl. Nr. 40).

²⁰⁴⁾ Der Gläubiger hat nicht ein Recht gerade auf „Feilbietung“ (Czoernig, Vorles., S. 277), sondern ein Recht auf Befriedigung nach Maßgabe des jeweiligen Executionsverfahrens. Die Feilbietung wird darum auch im Falle der Realisierung eines Vertragspfandes dann nicht durchgeführt, wenn das geringste Gebot nicht erreicht wird, und zwar selbst wenn der Conventionalpfandgläubiger durch ein niedrigeres Gebot gedeckt wäre.

²⁰⁵⁾ Der Verkauf gemäß Art. 310 H. G. B. ist kein „executiver“, es bedarf keines Executionstitels. Vgl. Entsch. des deutschen R. G. XXXII, 26, auch Entsch. des ob. G. H. vom 24. Juni 1868, Adler 187. Pisko in G. H. 1900, S. 454: Art. 310 H. G. B. . . . freiwillige Gerichtsbarkeit . . . Forderung muss nicht vollstreckbar sein . . . keine Executionsbewilligung . . . Das Gericht interveniert lediglich bei Abwicklung eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses. Comm. zur E. O. in G. H. 1899, S. 183, N. 2: . . . , dass es sich hier (Art. 310 H. G.) nicht um einen Verkauf im Sinne der Executionsordnung, sondern um die unter ge-

die „einzelnen“ Gesellschaften, Anstalten und Vereinen zustehenden Privilegien in Art. IV E. G. z. E. O. und die Privilegien der Anstalten, welche unter Aufsicht der Staatsverwaltung Creditgeschäfte betreiben, in Art. V E. G. z. E. O.

Nicht ausdrücklich aufrecht erhalten sind dagegen: Art. 311 H. G. B.²⁰⁶); das Hofdecret vom 13. Juli 1789 in Betreff Realisierung des Conventionalpfandrechtes an Wechseln²⁰⁷) und das Privilegium der concessionierten Pfandleiher

richtlicher Sanction zu veranlassende Realisierung eines Conventionalpfandrechtes handelt, bezüglich dessen zwar die Bestimmungen über den Verkauf, nicht aber auch die Kompetenzbestimmungen der Ex. O. (§ 4) subsidiäre Wirkung haben, insbesondere da gerade bezüglich letzterer der frühere Rechtszustand aufrecht erhalten werden wollte, dass der gegenständliche Verkauf eine Agenda der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nicht der Processordnung bildet (siehe Staub, H. R., S. 765). G. Petschek: Selbstrealisierung verpfändeter Wechsel, 1900, S. 22 ff. (Separatdruck aus der J. V. J. S.). Vgl. dagegen Randa, G. Z. 1899, S. 165; Comm. z. E. O., G. H. 1899, S. 172 (ad Art. XIII, Z. 9 E. G. z. E. O.); Entscheidung vom 24. Mai 1898, Z. 7125 Právník 1898, S. 512, J. Bl. 1899, S. 120, laut welcher die Recursfrist im Verfahren nach Art. 310 H. G. B. acht Tage (§ 65, al. 2 E. O.), nicht vierzehn Tage betragen soll. Meines Erachtens ist § 65, al. 2 E. O. hier nicht maßgebend, er gilt für das Verfahren bei „Executionen aus inländischen Acten und Urkunden“ (E. O., I. Theil, I. Abschn., 1. Titel), ein Executionstitel liegt hier nicht vor; bei „Executionen auf Grund im Auslande errichteter Acte und Urkunden“ gilt eine vierzehntägige Recursfrist (§ 83, al. 3 E. O.); wie wird man nun hier zwischen inländischen und ausländischen Executionstiteln unterscheiden? In § 47 E. O. zum H. G. B. wird doch nur bezüglich der Kundmachung der Versteigerung auf die bei executiven Versteigerungen übliche Weise (§§ 272, 71 E. O.) hingewiesen; hiedurch ist nicht gesagt, dass der Verkauf selbst ein executiver ist. (So auch Petschek l. c. S. 23.)

²⁰⁶) Vgl. Petschek, l. c. S. 20; Randa, l. c. hält Art. 311 H. G. mittelbar durch Art. V E. G. z. E. O. aufrecht. (Dagegen Petschek, l. c.)

²⁰⁷) Vorausgesetzt wird, dass dieses Hofdecret nicht bereits vor der Executionenordnung aufgehoben worden war. Dies ist hier nicht näher zu untersuchen, die Executionenordnung belässt diese Streitfrage in demselben Stande, wie sie früher war; durch die Executionenordnung selbst wurde das Hofdecret, wenn es noch bestand, in seinem Bestande (aus den im Text angeführten Gründen) nicht berührt. Was den Bestand vor der Executionenordnung anbelangt, so sei nur soviel bemerkt, dass die Aufrechterhaltung des Hofdecretes in der That auf große logische Schwierigkeiten stößt, denn man muss es dem bürgerlichen Gesetzbuch gegenüber als Wechselgesetz und der Wechselordnung gegenüber als gemeinrechtliches Gesetz ansehen. (Vgl. einerseits Abs. I, IV, VII, al. 2 Kundmachungspatent zum a. b. G. B., andererseits § 5 E. O. z. W. O.) In der Praxis hat es diese beiden Gesetze überdauert, z. B.: Entsch. v. 5. April 1864, Z. 2159, G. Z. 1864, S. 290, Peitler Nr. 306, Schimkowsky Nr. 126; Entsch. vom

gemäß § 4 des Gesetzes vom 23. März 1885, R. G. Bl. Nr. 56. Trotzdem halte ich alle diese Bestimmungen für unberührt (durch die Executionenordnung), da sie außerexecutive Realisierungsarten des Pfandrechtes und somit einen Gegenstand regeln, welcher in der Executionenordnung nicht geregelt ist (Art. I, al. 2 E. G. z. E. G.).²⁰⁸) Die „Gerichtsordnung“, resp. gegenwärtig die Executionenordnung bildet eben nur zu § 461 a. b. G. B. den Fundort der anzuwendenden Realisierungsform. Zu anderen gesetzlichen Bestimmungen, welche Pfandrealisierung betrafen und neben § 461 a. b. G. B. ihre Geltung hatten, bildet die Executionenordnung keine Ergänzung. Sie behaupten ihre Geltung auch nachdem die Gerichtsordnung durch die Executionenordnung ersetzt wurde, da sie sich weder auf jene bezogen haben, noch auf diese beziehen und das publicistische Gebiet der Execution gar nicht berühren. Realisierung des Pfandrechtes und Executionenführung sind zwei sich kreuzende Begriffe; es gibt Executionenführung ohne Pfandrechtsrealisation und andererseits Pfandrechtsrealisation ohne Executionenführung. Die obangeführten Fälle sind demnach nicht etwa Fälle einer außerordentlichen Execution (a contrario der ordentlichen), sondern Fälle außerexecutioneller Pfand-

26. September 1866, Z. 7563, G. Z. 1867, Nr. 7, Peitler Nr. 440, Schimkowsky Nr. 442; Entsch. v. 6. März 1877, Z. 12.062, Czelechowsky, I, Nr. 162. Über diese Frage vgl. nun ausführlich: Petschek, l. c. — Grünhut, Wechselrecht, II, S. 257. N. 2 hält das Hofdecret für aufgehoben durch § 5 des E. G. z. W. O., dagegen Petschek, S. 10 ff., welcher insbesondere aus den in § 7 des E. G. ausdrücklich aufrechterhaltenen §§ 193, 194 des I. Theiles des ungar. XV. Gesetzartikels vom J. 1840 (welche Pfandrecht für und an Wechseln behandeln) und aus dem Vortrage Schmerlings zur W. O. (in welchem hervorgehoben wird, dass die neue W. O. nur das „reine“ Wechselrecht enthält, und dass die Vorschriften über das Pfand- und Retentionsrecht aufrecht erhalten bleiben) schließt, dass das Hofdecret die Wechselordnung überdauert hat. Rücksichtlich der Executionenordnung stimmt derselbe (gegen Randa, G. Z. 1899, S. 165) meiner in Zástava 1897, S. 40, N. 8 und G. Z. 1899, Nr. 42 geäußerten Ansicht zu, und zwar aus mit mir übereinstimmenden Gründen. Dagegen vertritt Randa l. c. die Anschauung, dass das Hofdecret durch die Executionenordnung aufgehoben wurde, indem er den gerichtlichen Verkauf und den Verkauf durch den Pfandgläubiger unter dem Begriffe des Zwangsverkaufes zusammenfasst und sich auf die Redactionsgeschichte der Executionenordnung beruft.

²⁰⁸) Vgl. Žalud, Ex. ř. ad Art. I E. G.; Comm. z. E. O. in G. H. 1899, S. 53 ad Art. I E. G.

rechtsrealisierung. Der Gläubiger realisiert das Pfand auf Grund seiner privatrechtlichen Distraktionsbefugnis. Dass eine Execution im Sinne der Executionsordnung nicht vorliegt, geht auch daraus hervor, dass ein Executionstitel (§ 1 E. O.) gar nicht vorhanden sein muss.

§ 462. Jus offerendi.

a) Bei Mobilien. Die Executionsordnung geht von der Voraussetzung aus, dass dem Mobilarpfandgläubiger das jus offerendi nicht zusteht. Eine specielle Verständigung der Pfandgläubiger von der Versteigerung beweglicher Sachen, sofern die betreffenden Gläubiger den Verkauf nicht selbst betreiben²⁰⁹⁾, findet nicht statt (§ 272, al. 2 E. O. a contr.); auch wird die Bestimmung des § 200, Z. 2 E. O., welche das jus offerendi vor Augen hat, in § 282, al. 1 E. O. nicht citiert.²¹⁰⁾

b) Bei Immobilien. Dagegen lässt die Executionsordnung das Einlösungsrecht der Hypothekargläubiger ungeschmälert.²¹¹⁾ Laut § 171, al. 1 E. O. hat eine specielle Verständigung derselben von der Versteigerung zu erfolgen. Was die oben citierte Bestimmung des § 200, Z. 2 E. O. betrifft, so lässt dieselbe durch ausdrückliche Hervorhebung des Falles auf Fortdauer des jus offerendi schließen, ex professo besagt dieselbe jedoch nichts Besonderes, was nicht auch von jedem Fremden, welcher die vollstreckbare Forderung, respective die vollstreckbaren Forderungen einlöst, gelte. Gewiss kann auch jeder Dritte, welcher die Forderung sammt Kosten einlöst, die Einstellung bean-

²⁰⁹⁾ Unter den betreibenden Gläubigern im § 272, al. 2 E. O. sind nur diejenigen Gläubiger zu verstehen, welche den Verkauf betreiben (Fragenbeantwortung ad § 272 E. O.; Stubenrauch, S. 645). Der Ausdruck: betreibender Gläubiger wird bei der Mobilarexecution im Gesetze in einem weiteren und in einem engeren Sinne gebraucht, im engeren Sinne bedeutet er denjenigen Gläubiger, welcher speciell den Verkauf betreibt (so z. B. außer in § 272, al. 2 deutlich in § 271, al. 1: „der betreibende Gläubiger und diejenigen Personen, die ein Pfandrecht erworben haben“); man darf sich deshalb durch § 257, al. 3 E. O. nicht irreführen lassen (vgl. Bum, J. Bl. 1898, S. 554 und A. Černý in Právník 1899, S. 838).

²¹⁰⁾ Darauf weist auch Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 288, N. 22 hin. Vgl. Mater., II, S. 55.

²¹¹⁾ Und auch dasjenige des Hypotheksbesitzers (vgl. § 200, Z. 4 E. O.). Anderer Ansicht scheint Ehrenzweig (Ght. Zt. 1898, S. 281, N. 2) zu sein. Vgl. oben N. 136.

tragen (§ 1394 a. b. G. B.). Eine besondere Berechtigung des Pfandgläubigers zur Einlösung ist in § 200, Z. 2 E. O. nicht ausgesprochen, sondern bereits vorausgesetzt, ebensowenig ist daselbst ausgedrückt, dass der einlösende Pfandgläubiger, wenn er den Einstellungsantrag stellt, in Hinsicht des Nachweises des Überganges der Forderung eine Erleichterung genieße. Ob der Nachweis der Legitimation zum Antrage auf Einstellung der Execution auch gemäß § 9 E. O. zu erfolgen hat, ist eine andere Frage, welche jedoch gewiss ganz gleichmäßig zu beantworten ist, ob nun der Cessionar selbst bereits Pfandgläubiger war oder nicht. Die Frage scheint übrigens bejaht werden zu müssen (anal. §§ 9, 46 E. O.). Ich sehe daher in dem Falle des § 200, Z. 2 E. O. nichts anderes als einen Specialfall zu § 200, Z. 3 E. O. mit der Modification, dass der kraft des jus offerendi einlösende Pfandgläubiger nicht durch die halbjährige Frist des § 200, Z. 3 beschränkt ist. Auch das letztere kann jedoch bestritten werden.

Das jus offerendi steht auch demjenigen zu, welcher ein bloßes Befriedigungsrecht ob der Liegenschaft hat (arg. § 200, Z. 2, Satz 2: „der betreibende Gläubiger“²¹²⁾), und es steht auch gegen den bloß Befriedigungsberechtigten zu (arg. § 200, Z. 7, Satz 1: „vollstreckbare Forderung, wegen deren Versteigerung bewilligt wurde“ und Satz 2: „aller übrigen betreibenden Gläubiger“).

Was den Zeitpunkt anbelangt, bis zu welchem das jus offerendi ausgeübt werden kann (§ 462 a. b. G. B.: „vor der Feilbietung“), so kann die Ausübung noch im Versteigerungstermine selbst stattfinden, solange der Richter nicht zum Bieten aufgefordert hat (§ 179 E. O.).²¹³⁾

§ 463. Ausschließung vom Mitbieten.

Nicht nur der Personalschuldner, sondern jeder Execut (Verpflichteter im Sinne des § 4, Z. 6 E. O.), auch wenn er

²¹²⁾ Vgl. Czoernig, Vorles., S. 110; Comm. z. E. O. in G. H. 1900, S. 168 (ad § 135 E. O.); Neumann E. O. S. 294. Das jus offerendi wird dem Befriedigungsberechtigten abgesprochen von Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 267, N. 8.

²¹³⁾ Fragenbeantwortung ad § 200, P. 7; Fürstl, II, S. 378. Dagegen lässt Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 288, bei N. 23 a das jus offerendi erst nach vollendeter Feilbietung (nicht schon nach Beginn derselben) cessieren.

nicht selbst Personalschuldner ist, ist jetzt vom Bieten ausgeschlossen²¹⁴⁾, sowohl bei der Versteigerung von Liegenschaften (§ 180, al. 1), als auch bei der Versteigerung von Mobilien (§ 278, al. 1) und gewiss auch bei der Verpachtung von Rechten im Sinne des § 340, al. 2 E. O. Eine Entscheidung, wie Nr. 377 Slg., gemäß welcher der Drittbesitzer der Hypothek zum Mitbieten zugelassen wurde (weil unter „Schuldner“ im § 463 a. b. G. B. nur der Personalschuldner zu verstehen ist), ist nun mit Rücksicht auf die citierten Bestimmungen nicht mehr möglich. Auch Vertreter des Verpflichteten sind zum Bieten selbstverständlich nicht zuzulassen (§§ 180, al. 3, 278, al. 1), und andererseits darf der Verpflichtete auch als Vertreter eines andern nicht mitbieten (§§ 180, al. 1, 278, al. 1). Bei Nichtbeobachtung dieser Vorschriften kann bei Immobilien gemäß § 184, Z. 5 und wohl auch gemäß § 184, Z. 7 Widerspruch gegen die Ertheilung des Zuschlages erhoben werden. Die Bestimmung des § 184, Z. 7 ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil sonst wegen Mitbietens des Personalschuldners ein Widerspruch nicht erhoben werden könnte.²¹⁵⁾

Wer von dem Mitbieten bei der Versteigerung ausgeschlossen ist, ist auch vom Überbot ausgeschlossen (§ 195, al. 2 E. O.); ebenso von dem Mitbieten bei der Wiederversteigerung, außerdem bestimmt die Executionsordnung in § 287, al. 3 ausdrücklich, dass bei der Wiederversteigerung beweglicher Sachen auch der Meistbietende aus der ersten Versteigerung zu einem Angebote nicht zugelassen wird. In Betreff der Wiederversteigerung unbeweglicher Sachen fehlt zwar eine ähnliche Bestimmung, doch ist § 278, al. 3 wohl bei Immobilien analog anzuwenden.²¹⁶⁾

²¹⁴⁾ Vgl. Ehrenzweig in Ght. Zt. XXV, S. 281, N. 2.

²¹⁵⁾ So wird im Commentar zur E. O. in G. H. 1900, S. 308 ad § 184, Z. 5 behauptet, dass für den Fall der Zulassung des Personalschuldners, die Executionsordnung keine Sanction enthält. Meines Erachtens ist § 184, Z. 7 anwendbar.

²¹⁶⁾ Vgl. Neumann, E. O., S. 305; Krenn, J. Bl. 1899, S. 617, 630; Kastner, J. Bl. 1900, S. 423. Krenn versucht nachzuweisen, dass bei der Wiederversteigerung der säumige Ersteher als der Verpflichtete anzusehen sei (vgl. Entsch. 9983 Slg., auch Neumann, E. O., S. 283), dagegen mit Recht Kastner, l. c., denn die Wiederversteigerung ist Fortsetzung der Execution gegen den ursprünglichen Verpflichteten, gegen den Ersteher besteht kein Executionstitel.

§ 464. A. Umfang des Pfandrechtes bezüglich der Forderung.

a) Zinsen. Aus dem Pfande soll nicht nur die bloße Forderung, sondern es sollen auch gewisse Nebengebühren zur Zahlung gelangen. So haftet das Pfand auch für die dreijährigen Zinsen (§§ 125, al. 1, 216, al. 2, 286, al. 4 E. O.).²¹⁷⁾ Im Falle der Zwangsversteigerung sind die drei Jahre vom Tage des Zuschlages²¹⁸⁾ (der Ertheilung, resp. Versagung des Zuschlages) zurück zu rechnen; sie genießen die gleiche Priorität mit dem Capitale (vgl. § 17 Gb. G.).

Ältere als dreijährige Zinsen sollen nach allen Hypothekarforderungen und den länger als drei Jahre rückständigen öffentlichen Abgaben aus dem Meistbote zur Zahlung gelangen, jedoch nur, „insoweit denselben ein Pfandrecht zukommt“ (§ 217, Z. 2 E. O.; vgl. § 35 C. O.). Durch diese Worte sollte offenbar bloß zum Ausdrucke gebracht werden, dass an den etwaigen materiellrechtlichen Vorschriften, nach welchen älteren Zinsrückständen ein Pfandrecht zukommt, nichts geändert werden soll; es kann jedoch hieraus nichts zu Gunsten der Ansicht gefolgert werden, dass den älteren Zinsen wirklich ein Pfandrecht zukommt. Vielmehr ist auch jetzt noch der Ansicht beizustimmen, dass den älteren Zinsen, soweit für dieselben kein Höchstbetrag einverleibt ist²¹⁹⁾, überhaupt kein Pfandrecht gebürt; denn dem Drittbesitzer gegenüber lässt sich die Haftung des Pfandes für ältere Zinsen (wegen des Publicitäts- und Specialitätsprincips) nicht rechtfertigen und die Anomalie eines nur dem Personalschuldner gegenüber

²¹⁷⁾ Für gesetzmäßige und für vertragmäßige, bei letzteren muss die Höhe der Zinsen im Grundbuche eingetragen sein (§ 14 Gb. G.), Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 271, N. 2; Entsch. vom 3. Januar 1900, Z. 18950, G. H. 1900, S. 427 (vgl. dagegen Neumann, E. O., S. 333).

²¹⁸⁾ Vgl. Hoegel in G. Z. 1895, Nr. 37, Fragenbeantwortung ad § 216 E. O., P. 5, dann bezüglich der weiteren Zinsen: Bum, J. Bl. 1898, S. 506, ferner Not. Zt. 1899, S. 269.

²¹⁹⁾ Selbst die Einverleibung eines Höchstbetrages für ältere Zinsen erklärt jedoch für unzulässig die Entscheidung vom 3. Febr. 1882, Z. 1030, Nr. 8864 Slg., weil dies eine unberechtigte Ausdehnung der im § 14 Gb. G. normierten Ausnahme der Pfandrechterswerbung für noch nicht bestehende Forderungen und als eine das Gesetz betreffend das Hypothekarrecht der Zinsen umgehende unstatthafte Vereinbarung anzusehen ist. Neumann, E. O., S. 330; Bohuslav in Právník 1898, S. 753. Sieh dagegen Exner, Hyp. R., S. 269.

wirksamen Pfandrechtes kann nicht angenommen werden.²²⁰⁾ Es kommen daher die älteren Zinsen trotz, respective gemäß § 217, Z. 2 E. O („inwieweit . . .“) in der daselbst angeführten Rangordnung²²¹⁾ niemals zum Zuge. Bei der Zwangsverwaltung werden die älteren Zinsen in der Executionsordnung überhaupt ignoriert (§§ 125, 126 E. O.).

b) Kosten. Auch die gerichtlich bestimmten Process- und Executionskosten²²²⁾ genießen entweder gleiches (§ 216, al. 2, § 125, al. 1, § 286, al. 4 E. O.) oder selbst vorgehendes (§ 286, al. 2), nie aber ein erst den übrigen Pfandforderungen nachfolgendes Pfandrecht. Ein vorgehendes Pfandrecht (Vorrecht) genießen bloß die Kosten der Schätzung und der Versteigerung beweglicher Sachen; bei unbeweglichen Sachen tritt dieser Vorrang nicht ein.

c) Conventionalstrafe. Neu ist die Bestimmung, dass die gleiche Rangordnung wie dem Capitale auch den Ansprüchen aus einem für den Fall der vorzeitigen Rückzahlung einer bücherlich sichergestellten Forderung geschlossenen Vertrage zukommt (§ 216, al. 2 E. O.). Diese Bestimmung ist dann selbstverständlich, wenn die genannten Ansprüche einverleibt oder zum wenigsten nach Maßgabe der intabulierten Urkunde innerhalb des für Nebengebühren bestimmten und einverlebten Höchstbetrages zur Befriedigung gelangen können.²²³⁾ Der Höchstbetrag kann eventuell auch separat in Percenten angegeben sein.²²⁴⁾ Ist die Verbindlichkeit aus den Büchern dem

²²⁰⁾ Exner, Hyp. R., S. 268.

²²¹⁾ Sie können jedoch innerhalb des für sie beim Capitale etwa einverlebten Höchstbetrages zur Zahlung kommen und dann genießen sie die Rangordnung des Capitals.

²²²⁾ Die Kosten müssen „gerichtlich“ sein, Kosten einer politischen Execution gebürt die Priorität nicht. Entsch. v. 27. Sept. 1898, G. H. 1898, S. 540, Neumann, E. O., S. 339. Die Kosten müssen vom Gerichte „bestimmt“ sein, gleichgiltig ist es, ob sie in einem Urtheil oder in einem Vergleiche vom Gerichte bestimmt sind, doch können von den Parteien verglichene Kosten nicht dazu gezählt werden. So ist wohl die Behauptung in Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 271, N. 5 klarzustellen. Über die Frage der Haftung der Hypothek für Mobilarexecutionskosten vgl. Neumann, E. O., S. 339; Czoernig, Vorles., S. 209, Fürstl, II, S. 445; Flieder: Dvě úvahy (Tábor 1900).

²²³⁾ Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, S. 271, N. 6.

²²⁴⁾ Es wird sich vornehmlich um die Differenz der vereinbarten und der sonst zu erzielenden Zinsen handeln.

Betrag nach nicht zu entnehmen, so kann die Bestimmung wegen des Publicitäts- und Specialitätsprincips nicht zur Anwendung kommen (§§ 5, 14 Gb. G.).²²⁵⁾ Höchstens könnte der betreffende Betrag von der Hyperocha in Abzug gebracht werden und auch das nur dann, wenn der Execut Personalschuldner wäre. Eine solche Anomalie war jedoch gewiss nicht beabsichtigt.²²⁶⁾

d) Hyperocha. Die Hyperocha gebürt dem „Verpflichteten“ (§§ 126, 217, al. 2, 283, al. 4 E. O.), hiedurch ist die Bestimmung des § 464 a. b. G. B., dass die Hyperocha dem „Schuldner“ zufällt, klargestellt. Der Sinn des § 464 a. b. G. B. ist nämlich der: Wird der Schuldbetrag aus dem Pfande nicht gelöst, so ersetzt der „Personalschuldner“²²⁷⁾ das Fehlende; dem „Pfandschuldner“ fällt aber das zu, was über den Schuldbetrag gelöst wird.

Zu bemerken ist, dass die Hyperocha bei Mobilien ohne Rücksicht auf die anderen Gläubigern als dem betreibenden Gläubiger zustehenden Pfandrechte dem Executen ausgefolgt wird, wenn die nachfolgenden Pfandgläubiger nicht ausdrücklich auf Befriedigung aus dem Erlöse Anspruch erheben; zu diesem Behufe sind die aus den Executionsacten ersichtlichen Pfandgläubiger, wenn dem betreibenden Gläubiger nicht das erste Pfandrecht zusteht oder wenn mehrere Gläubiger den Verkauf betreiben, zu einer Vertheilungstagsatzung zu laden; wenn jedoch dem einzigen betreibenden Gläubiger das erste Pfandrecht zusteht, so findet eine Vertheilungstagsatzung nicht statt (§§ 283, 285 E. O.).²²⁸⁾

Die Ausfolgung der Hyperocha an den Executen erfolgt auf Grund seines Eigenthums, resp. „vermeintlichen“ Eigenthums (publicianischen Rechtes). Der Execut verbleibt Eigenthümer der Sache, bis dieselbe von der Executionsmassaver-

²²⁵⁾ Nach Bum, J. Bl. 1898, S. 517, muss die Rückzahlungsprovision wenigstens aus der ursprünglichen Urkunde ersichtlich sein, und dann soll sie auch ohne Cautionshypothek gelten. Dem vermag ich nicht beizustimmen, aus dem im Text angeführten Grunde. Vgl. auch Entsch. vom 28. Januar 1897, Z. 346, J. Bl. 1898, S. 106.

²²⁶⁾ Vgl. oben bei N. 220.

²²⁷⁾ Vgl. Worel, Rozpočet, S. 46, N. 80.

²²⁸⁾ Vgl. Fragenbeantwortung ad § 283 E. O.

waltung verkauft wird. Der eingehende Erlös ist Eigenthum (resp. publicianisches Eigenthum) des Executen²²⁹⁾, er verbleibt jedoch noch in der Macht der Executionsmassverwaltung, bis nach Abwicklung des Vertheilungsverfahrens (nach vollständiger Beendigung der Executionsmassverwaltung) der Rest dem Executen als sein nunmehr wieder dispositionsfreies Eigenthum herausgegeben wird.²³⁰⁾

B. Widerspruch mangels Deckung der Vorhypothek.

Wenn nach dem Ergebnisse der Versteigerung aus dem unbeweglichen Pfande nicht einmal so viel gelöst werden sollte, um die pfandrechlich sichergestellte, dem betreibenden Gläubiger vorausgehende Forderung sammt Nebengebühren voll zu berichtigen²³¹⁾, so kann der gefährdete Gläubiger gegen die Ertheilung des Zuschlages Widerspruch erheben, sofern die vorläufige Feststellung des Lastenstandes gemäß § 164 E. O. stattgefunden hat (§ 184, Z. 8, § 190 E. O.). Durch diese Bestimmung wird der betreibende Gläubiger in der rücksichtslosen Verfolgung der Distraktionsbefugnis gehindert, weil dieselbe nicht nur ihm selbst keinen Nutzen bringen kann, sondern auch noch andere schädigt. Da der Pfandgläubiger, selbst wenn sein Pfandrecht ein vertragsmäßiges ist, nur das Recht hat, die Veräußerung nach dem „gerichtsordnungs“mäßigen Verfahren zu verlangen, ist diese Bestimmung auch auf den Conventionalpfandgläubiger anwendbar, und zwar auch auf einen solchen, dessen Pfandrecht vor dem Inkrafttreten der

²²⁹⁾ Dagegen Neumann, E. O., S. 86: „Dem Verpflichteten steht auf den Erlös nicht das Eigenthumsrecht zu, sondern ebenfalls (wie den Pfandgläubigern) nur ein Anspruch auf den Restbetrag.“ Obligatorischer Anspruch?

²³⁰⁾ Im Falle der Überweisung einer Forderung zur Einziehung ist ebenfalls der Restbetrag an den Executen auszufolgen (§ 312, al. 2, 3 E. O.), und zwar ebenfalls auf Grund seines „Eigenthums“ der Forderung, seiner Subjectsqualität; der Gläubiger, dem zur Einziehung überwiesen wurde, ist nur Executionsmassverwalter, nicht Subject („Eigenthümer“) der Forderung.

²³¹⁾ Über das „Deckungsprincip“ vgl. Grabmayer, G. H., 1897, S. 585, J. Bl. 1897, S. 579, G. Z. 1897, S. 407; Neumann, E. O., S. 287; Czoernig, Vorles. S. 150; Joklik im Právník 1898, S. 336; Sperl in G. Z. 1899, S. 4; Klineberger, J. Bl. 1900, S. 105; Würth, J. Bl. 1890, S. 497; Fragenbeantwortung ad § 191 E. O.

Executionsordnung begründet worden war, weil er nur das Recht darauf hat, dass die Veräußerung nach der jeweiligen „Gerichtsordnung“ durchgeführt werde.

§ 465. Verweisung des Gläubigers auf das Pfand.

Über Antrag des Referenten wurde in den Revisionsentwurf zum a. b. G. B. der nachstehende § 456 aufgenommen: „Der Pfandgläubiger darf, ohne seinem Pfandrechte zu entsagen, sich nicht sogleich an die Person des Schuldners halten. Hat der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen anderen übertragen, so steht dem Gläubiger frei, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner und dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen.“²³²⁾ Der erste Satz dieser Bestimmung wurde sodann später²³³⁾ in den gegenwärtigen § 465 a. b. G. B. verwandelt²³⁴⁾, hiedurch die Frage der Excussio realis im a. b. G. B. unentschieden gelassen und in die Gerichtsordnung gewiesen. Die allgemeine Gerichtsordnung hatte jedoch für diesen Fall keine specielle Bestimmung, vielmehr hatte nach der allgemeinen Bestimmung des § 311 a. G. O. der Kläger in seinem Executionsgesuche jene Güter des Beklagten namhaft zu machen, woraus er seine Befriedigung zu erholen Willens war, und laut Resolution vom 14. Juni 1784, J. G. S. Nr. 306, lit. aa war dieses Recht jedem Kläger ohne Ausnahme eigen, folglich auch jenem, dessen Forderung mit einem Unterpfande bedeckt war.

²³²⁾ Ofner, Protok., II, S. 710, dazu II, S. 379 (nach § 177). In der Begründung wird ausdrücklich angeführt: „Was diese Entscheidung betrifft, so meinten die übrigen Stimmenden, dass, so lange das verpfändete Gut noch existiert, dem Gläubiger nie ein Recht auf die Person des Schuldners zustehen soll. Zugleich erhob man die Frage, wer, wenn mehrere Güter verpfändet sind, und es zur Execution kommt, das exequierende Gut zu wählen habe, ob der Gläubiger, ob der Richter? Und so sehr man sich auch für das letztere erklärte, so fand man doch, dass hier nicht der Ort sei, diese Bestimmung zu geben, sondern dass dieselbe in die Gerichtsordnung zur Materie von der Execution zu verweisen sei.“ Vgl. dazu auch II, S. 532 (ad § 452).

²³³⁾ Ofner, Prot., II, S. 532 (ad § 456).

²³⁴⁾ Der zweite Satz bildet den gegenwärtigen § 466 a. b. G. B. Sieh bei diesem.

Die Executionsordnung hat hier zu Gunsten des Executen theilweise Wandel geschaffen.

Hat der betreibende Gläubiger eine bewegliche körperliche Sache des Verpflichteten in seiner Gewahrsame, an der ihm ein Pfandrecht für die zu vollstreckende Forderung zusteht, so kann der Verpflichtete, soweit diese Forderung durch die Sache gedeckt ist, beim Executionsgerichte die Einschränkung der Pfändung auf diese Sache beantragen. So bestimmt § 263 E. O.; es ist jedoch die Frage, ob es sich hier nur um die bloße Anwendung des Grundsatzes, dass die Execution nicht in weiterem Umfange vollzogen werden soll, als es zur Verwirklichung des Anspruches nothwendig ist (§ 27, al. 1, § 41, al. 2 E. O.), demnach bloß um die Einschränkung innerhalb executiver Pfandrechte handelt, oder ob hier auch im Sinne des § 465 a. b. G. B. eine Verweisung des Gläubigers auf das von ihm gar nicht in Execution gezogene Handpfand stattfinden kann. Ich bin der Ansicht, dass § 263 E. O. die Auslegung auch im letzteren Sinne zulässt²³⁵⁾, nämlich, dass die Execution über Antrag des Verpflichteten von seinem übrigen Vermögen abgelenkt und auf das in der Gewahrsame des Gläubigers befindliche Pfand hingelenkt werden kann, obzwar der Gläubiger das Pfand selbst gar nicht in Execution zieht.²³⁶⁾ Hierin geht daher § 263 E. O. zu Gunsten des Verpflichteten über den in den §§ 27, al. 1, 41, al. 2 E. O. ausgesprochenen Grundsatz hinaus, welcher nur Einschränkung innerhalb executiver Pfandrechte betrifft. Noch

²³⁵⁾ Deutlicher ist freilich § 777 N. F. R. C. P. O.: Hat der Gläubiger eine bewegliche Sache des Schuldners im Besitz, in Ansehung deren ihm ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht für seine Forderung zusteht, so kann der Schuldner der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen nach § 766 widersprechen, soweit die Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist. Hierüber Voss in der Zt. f. deutsch. Civ. Pr., XXVI, Heft 4 (darüber wiederum P. in G. Z. 1900, S. 109).

²³⁶⁾ Vgl. Fürstl, II, S. 47, Comm. z. E. O. in G. H. 1899, S. 566: Bei § 263 bildet gerade eine privatrechtliche Sicherheit Grund der Einschränkung. Die Deckung muss auf einem vertragsmäßigen, gesetzlichen Pfandrecht oder Retentionsrecht beruhen. Dagegen Neumann, E. O., S. 428: Die Frage, ob der Verpflichtete beantragen kann, dass die Pfändung auf die im Gewahrsam des Gläubigers befindliche Sache, welche noch nicht gepfändet wurde, vorgenommen werde, damit die Execution auf andere Sachen aufgelassen werde, muss verneint werden, weil § 263 E. O. nur von Einschränkung der Pfändung auf diese Sache spricht.

in einer anderen Beziehung geht jedoch § 263 über § 27 hinaus, und zwar diesmal zu Gunsten des Gläubigers. Während in § 27 nur der „in der Executionsbewilligung bezeichnete Anspruch“ (samt Executionskosten) berücksichtigt wird, kommen in § 263 auch andere Forderungen des Gläubigers, für welche ein Pfand- oder ein Zurückbehaltungsrecht zu Gunsten des Gläubigers besteht, in Betracht, und zwar offenbar auch dann, wenn diese Forderungen der zu vollstreckenden nachstehen. Alle diese Forderungen müssen nämlich durch das Pfand „gedeckt“ sein, wenn die Verweisung auf das Pfand erfolgen soll; pupillarsichere Deckung wird jedoch weder im Satze 1 noch im Satze 2 des § 263 verlangt.²³⁷⁾ Zu bemerken ist noch, dass § 263 E. O. nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn das Pfand dem Executen selbst gehört²³⁸⁾; hat der Gläubiger ein für die Forderung zwar haftendes, jedoch einem Dritten gehöriges Pfand in Händen, so kann er auch im Wege des § 263 nicht verhalten werden, „sich an sein Pfand zu halten“ (§ 465 a. b. G. B.).

Im Gegensatze zu § 263 E. O. scheint § 96 E. O. nicht die Auslegung zuzulassen, dass der Gläubiger auf eine ihm nicht-executiv haftende unbewegliche Sache gewiesen werden könnte. Es handelt sich vielmehr in § 96 bloß um die Einschränkung innerhalb executiver Pfandrechte; darauf weist die Citierung des § 89 und die Diction: „ursprünglich“ vertragsmäßige Pfandrechte — hin. Der Grundgedanke des § 96 ist der, dass der Exequent im Wege der Execution auf Immobilien keine größere als pupillare Sicherheit erlangen solle²³⁹⁾, und

²³⁷⁾ Czoernig, Vorles., S. 43; Fürstl, II, S. 538; Comm. in G. H. 1899, S. 566. Über die Art der Wertermittlung vgl. Fürstl, l. c., welcher meint, dass § 263 wohl nur bei Sachen anwendbar sei, welche Börsen- oder Marktpreis haben, da bei anderen Sachen ein verlässlicher Maßstab fehle (vgl. auch P. in G. Z. 1900, S. 109).

²³⁸⁾ Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 293, N. 22a, dann auch Preuss. L. R., I, 20, § 46: Doch kann der Schuldner, „insofern er alsdann noch Eigenthümer der verpfändeten Sache ist“, darauf antragen, dass der Gläubiger zuerst aus dieser seine Befriedigung suchen solle; und § 777 N. F. R. C. P. O. in N. 235.

²³⁹⁾ Comm. z. E. O. in G. H. 1899, S. 566 (ad § 41); Czoernig, Vorles., S. 43; Fürstl, II, S. 209; Klineberger (Einschränkung der Immobilarexecution), J. Bl. 1896, S. 313; Stubenrauch, S. 654. — In die Berechnung

es liegt daher eine bloße nähere Bestimmung zu dem in den §§ 27, al. 1, 41, al. 2 ausgesprochenen Principe vor.²⁴⁰⁾ „Ursprünglich vertragsmäßige Pfandrechte“ verbleiben bei dieser Einschränkung unter allen Umständen aufrecht, und es findet auch eine Rückversetzung executiver Pfandrechte in den ursprünglichen nicht-executiven Stand, d. i. eine Löschung der Anmerkung der Vollstreckbarkeit (§ 89, al. 1) nicht statt²⁴¹⁾; denn der Gläubiger soll durch § 96 bloß behindert werden, sich selbst mehr als nöthig Sicherheit zu verschaffen, nicht die ihm freiwillig gewährte Sicherheit auszunutzen.

Eine weitere Frage ist, ob der Gläubiger, welcher Immobilexécution führt, auf das Handpfand im Sinne des

der Sicherheit sind auch die (durch Anmerkung der Vollstreckbarkeit) bereits in executiven Stand versetzten Conventionalpfandrechte einzurechnen (§ 96 in princ.). Comm. in G. H., I. c.; vgl. dagegen Neumann, E. O., S. 187, welcher anscheinend auch bloß vertragsmäßige einrechnen will, so auch Lössl, J. Bl. 1898, S. 325.

²⁴⁰⁾ Die nähere Bestimmung betrifft die Höhe der Sicherheit; sonst liegt bloß eine Anwendung des Principis vor, dass die Execution nicht in größerem Umfange zu vollziehen ist, als zur Hereinbringung der exequierten Forderung nöthig ist; auf andere Pfandforderungen des betreibenden Gläubigers ob derselben Sache wird hiebei keine Rücksicht genommen (anders bei § 263). — Neumann (E. O., S. 188) meint, dass, wenn das freiwillig eingeräumte Pfand noch nicht in ein executives verwandelt ist, diese Umwandlung aus Anlass der Auflassung des zwangsweise erlangten Pfandrechtes durchgeführt werden kann. Hierin läge eine Verweisung des Gläubigers auf sein nicht-executives Pfand (im Sinne des § 465 a. b. G. B.); eine Begründung dieser Ansicht kann jedoch meiner Ansicht nach aus § 96 nicht geschöpft werden. — In Betreff der Durchführung der Einschränkung vgl. Form. Nr. 150, 151 und Pospíšil in Právník 1900, S. 612.

²⁴¹⁾ So auch Fragenbeantwortung ad § 96 E. O. A. A. Bum in J. Bl. 1898, S. 469. Derselbe spricht weiter an dieser Stelle (§ 470) die Ansicht aus, dass auch den postlocierten Gläubigern das Recht, die Einschränkung zu verlangen, hätte eingeräumt werden sollen. Was diese Gläubiger anbelangt, so können dieselben in der That auf die Einschränkung oder Nichteinschränkung keinen Einfluss nehmen, und es kommt denjenigen, welche durch die Einschränkung geschädigt werden, nicht einmal der Regressanspruch nach § 222 E. O. zu, da im Falle der Einschränkung die Sache so steht, als wenn der Gläubiger selbst von dem Pfandrechte abgesehen hätte. Dem sucht Klineberger in J. Bl. 1896, S. 338 dadurch abzuhelfen, dass er, bei Unterscheidung zweier Einschränkungsarten: Einschränkung durch Aufhebung des Pfandrechtes und Einschränkung durch Aufhebung der Executionsrealisierung, im zweiten Fall das Pfandrecht auch ob den von der Execution freigelassenen Liegenschaften aufrecht erhält und hiedurch die schließliche Anwendbarkeit des § 222 E. O. zu Gunsten der nachstehenden Gläubiger ermöglicht.

§ 263 E. O. verwiesen werden könne. Nach dem strengen Wortlaute des Gesetzes (§§ 96, 263 E. O.) wäre die Frage zu verneinen, doch würde ich eine Auslegung befürworten, dergemäß der Ausdruck „Pfändung“ in § 263 E. O. extensiv als Executionsführung überhaupt zu verstehen wäre.²⁴²⁾

§ 466. Pfandklage und Schuldklage.

a) Cumulierung. Laut der zur Behebung vorgekommener Zweifel²⁴³⁾ über die §§ 461 und 466 a. b. G. B. erlassenen Min.-Vdg. vom 19. September 1860, R. G. Bl. Nr. 212 (§ 2) steht es dem Hypothekargläubiger frei, die Klage entweder gegen den persönlichen Schuldner oder gegen den Eigenthümer des Pfandgutes oder gegen beide „gemeinschaftlich“ zu richten. Dieser Fall der Streitgenossenschaft ist durch § 11 in princ. (außer den in anderen Gesetzen besonders bezeichneten Fällen können mehrere Personen „gemeinschaftlich“ geklagt werden . . .) erhalten und es braucht diesfalls gar nicht untersucht zu werden, ob im einzelnen Falle die in § 11, Z. 1 und 2 C. P. O. genannten Bedingungen zutreffen²⁴⁴⁾ oder ob sie überhaupt

²⁴²⁾ Vgl. Strobach in J. Bl. 1899, S. 453 (dagegen Czoernig, Vorles., S. 42). Umgekehrt erscheint die Verweisung des Mobilexécution führenden Gläubigers auf das Immobilarpfand nicht zulässig. Sowohl § 263 als auch § 96 gelten wohl auch bei der Execution zur Sicherstellung (vgl. § 377, al. 1 E. O.).

²⁴³⁾ Die Zweifel über § 461 betrafen die Form der Geltendmachung, ob Gesuch oder Klage (sieh die ältere Literatur bei Michel und Ellinger ad § 461); die Zweifel über § 466 betrafen die Frage, ob der persönliche Schuldner voraus zu klagen sei, ob dann auch noch der Pfandschuldner geklagt werden müsse, ob beide zugleich geklagt werden können u. ähnl. Diese Zweifel wurden durch die unklare Fassung des § 466 hervorgerufen („erst . . . dann“); diese Unklarheit hat wiederum ihren Grund darin, dass der gegenwärtig den § 466 bildende Satz aus dem ursprünglichen Zusammenhang gerissen wurde. Derselbe geht nämlich von der Voraussetzung aus, dass in der Regel der Gläubiger „sich an sein Pfand zu halten schuldig“ ist (sieh § 456 des Revisionsentwurfes oben bei N. 232). Unter dieser Voraussetzung nun bestimmt § 466, dass dies dann nicht der Fall sei, wenn der Personalschuldner nicht mehr Pfandeigenthümer sei, dann soll es dem Gläubiger jedenfalls freistehen, zuerst den Personalschuldner zu belangen; gezwungen wird er jedoch dazu in § 466 nicht. Die Excussio personalis soll hienach nie, die Excussio realis sollte hingegen (unter der Voraussetzung, dass die Gerichtsordnung sie zulasse — § 465 —) nur dann statthaben, wenn Pfandschuldner und Personalschuldner dieselbe Person sind. Vgl. jetzt § 263 E. O. und oben bei und in N. 238.

²⁴⁴⁾ Dies will die Fragenbeantwortung ad § 11 J. N., Z. 7, al. 1.

zutreffen können.²⁴⁵) Eine andere Frage ist es jedoch, ob und wann dieser erhaltene Fall der Streitgenossenschaft mit Rücksicht auf die gegenwärtigen Kompetenzvorschriften zur Anwendung wird gelangen können. Laut § 91, al. 1 J. N. kann bei dem Realgericht mit der Klage zur Geltendmachung des Pfandrechtes die Klage auf Zahlung der sichergestellten Forderung zwar verbunden werden, jedoch nur dann, wenn beide Klagen wider denselben Beklagten gerichtet sind. Gegen den vom Hypothekarschuldner verschiedenen Personalschuldner kann demnach der Gerichtsstand der belasteten Sache (§ 91, al. 1 J. N.) nicht angerufen werden.²⁴⁶) Jedoch auch der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (§ 93, al. 1 J. N.) ist gegen den Personalschuldner nicht begründet²⁴⁷), weil die ausschließliche Kompetenz des Gerichtes gegenüber dem Hypothekarschuldner (§ 81, al. 1 J. N.) nicht auf dem allgemeinen Gerichtsstande desselben basiert, wie dies zur Begründung der Kompetenz gegen den Streitgenossen erforderlich wäre (§ 93, al. 1 in fine), sondern auf der Lage der unbeweglichen Sache.²⁴⁸) Mit Rücksicht darauf erachte ich die Cumulation der Klage nach den geltenden Kompetenzvorschriften nur dann

²⁴⁵) Dies verneint Schauer (gegen Hoegel) in G. Z. 1896, S. 337, übersieht jedoch offenbar die Min.-Vdg. v. J. 1860, die er auch in N. 1 zu § 11 C. P. O. nicht citiert.

²⁴⁶) So auch Hoegel, G. Z. 1896, S. 322.

²⁴⁷) Anders Fragenbeantwortung ad § 11 J. N., Z. 7, al. 2. Vgl. Hoegel, l. c.

²⁴⁸) Umgekehrt scheint es mir auch nicht anzugehen, den Hypothekbesitzer als Streitgenossen zu dem Gerichtsstande des Personalschuldners zu ziehen, es widerspräche dies der Tendenz des ausschließlichen Gerichtsstandes. Man bedenke nur: Wenn der Hypothekarschuldner selbst einen anderen allgemeinen Gerichtsstand hat, so kann die Hypothekarklage doch nur beim Gericht der Sache angebracht werden, und auch wenn der Hypothekarschuldner in diesem Falle zugleich Personalschuldner ist, so kann die cumulierte Klage gegen ihn doch ebenfalls nur bei dem Gerichte der Sache erhoben werden. Sollte nun, wenn nicht einmal sein eigener Gerichtsstand die Attractivkraft hat, ein fremder Gerichtsstand sie haben? (Auch ist in diesem Fall der Streitgenossenschaft die Analogie des § 11, Z. 2 C. P. O. näher als diejenige des § 11, Z. 1.) Vgl. auch Bežek, Not. Z. 1898, S. 248: Der dingliche Gerichtsstand absorbiert den obligatorischen, nicht umgekehrt. Skedl, S. 193, N. 14 lässt die Klage bei dem allgemeinen Gerichtsstande einer der beiden Geklagten zu; demnach auch bei dem, von dem Gerichte der Sache verschiedenen, Personalgerichtsstand des Hypothekbesitzers. Vgl. Fragenbeantwortung ad § 11 J. N., P. 7.

für möglich, wenn für jeden der Beklagten dasselbe Gericht separat begründet ist. Nun ist dem Hypothekarschuldner gegenüber ausschließlich das Gericht der Streitigkeit um unbewegliches Gut competent (§ 81, al. 1 J. N.); es kann daher die cumulierte Klage jedenfalls nur bei diesem Gerichte angebracht werden, und dies nur dann, wenn dieses selbe Gericht auch zur Verhandlung über die Personalklage zuständig ist, wenn also z. B. der Personalschuldner in dem Sprengel desselben seinen allgemeinen Wohnsitz hat²⁴⁹) und die Forderung nach Höhe und Beschaffenheit zu diesem Gerichte gehört; § 95 J. N. gilt hier nicht.

b) Wirksamkeit des Urtheils in subjectiver Hinsicht. Auf Grund des Urtheiles gegen den „Personalschuldner“ kann gegen den „Pfandschuldner“ und auf Grund des Urtheiles gegen einen Pfandschuldner kann regelmäßig gegen einen späteren Pfandschuldner nicht Execution geführt werden, selbst wenn der Übergang des Pfandes und somit der Verpflichtung (zur Executionsduldung, resp. nach anderer Ansicht zur Zahlung) durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden würde bewiesen werden (trotz § 9 E. O.). Bei Immobilien kann jedoch die Wirksamkeit des über die Hypothekarklage erfließenden oder erflossenen Urtheils gegen jeden späteren Hypothekbesitzer gesichert werden: durch Anmerkung der Hypothekarklage (Art. XIII, Z. 7 E. G. z. E. O., § 60 Gb. G.) oder durch Anmerkung der Vollstreckbarkeit (§ 89, al. 2 E. O.).²⁵⁰) Bei Mobilien muss sich zwar der neue Erwerber die Qualität des die Sache belastenden Pfandrechtes als eines executiven gefallen lassen, falls er nicht durch die Grundsätze vom Erwerbe in gutem Glauben geschützt ist; allein wenn die Vollstreckbarkeit des Pfandrechtes (vor dem Erwerbe) noch nicht begründet war, so kann sie dem Nachfolger gegenüber in keinem Falle geltend gemacht werden. Mit anderen Worten: die Anmerkung der Hypothekarklage hat kein Analogon im Mobilarpfandrechte, dagegen entspricht der Anmerkung der Vollstreckbarkeit die executive pfandweise Beschreibung eines nicht-executiv haftenden Pfandes.

²⁴⁹) Oder wenn der Gerichtsstand des Erfüllungsortes ihm gegenüber daselbst begründet ist.

²⁵⁰) Vgl. Pospíšil im Právník 1900, S. 603, 615; Žalud, Ex. ř., S. 50.

Erlöschung des Pfandrechtes.

§ 467. I. Entgehen der Sache (und Übergang des Pfandrechtes auf eine andere Sache).

a) Mit Untergang der Pfandsache hört auch das Pfandrecht auf, denn dasselbe bezieht sich als dingliches Recht stets auf eine bestimmte Sache. Von einem Übergange des Pfandrechtes (bei Untergang der ursprünglichen Pfandsache) kann nur in uneigentlichem Sinne die Rede sein.²⁵¹⁾ Sämmtliche Pfandrechte, welche auf das Surrogat „übergehen“, datieren erst von diesem „Übergang“; die gegenseitige Potiorität derselben verbleibt zwar, aber früher an dem Surrogate begründete Pfandrechte gehen sämmtlichen „übergegangenen“ (weil neuen) Pfandrechten vor. Solche Übergänge kennt die Executionsordnung in § 327, al. 2, § 328, al. 2, § 333, al. 2, § 297, al. 2 beim Pfandrecht an Forderungen und Ansprüchen überhaupt. Die Forderungen und Ansprüche gehen durch die Erfüllung unter, das Pfandrecht geht jedoch auf die geleisteten Objecte über. Dasselbe tritt auch im Falle des § 324, al. 2 E. O. ein. Die Forderung des betreibenden Gläubigers wird durch den Vollzug der Überweisung an Zahlungsstatt getilgt (§ 316 in fine E. O.), die an der ersteren Forderung begründeten weiteren Pfandrechte gehen auf die an Zahlungsstatt überwiesene Forderung (als das geleistete Object) über.

Auf die Versicherungssumme für die untergegangene Sache geht das Pfandrecht nicht über, die Hypothekargläubiger können sich durch private Abmachungen mit der Versicherungsanstalt und dem Hypotheksbesitzer (dass die Summe ohne Zustimmung des Gläubigers nicht ausgefolgt wird) schützen; auch werden etwaige Bestimmungen der Statuten in Betreff der Verwendung der Versicherungssumme als auch zu Gunsten der Hypothekargläubiger wirkend angesehen, wie aus § 290, Z. 2 E. O. zu schließen ist.²⁵²⁾ Die Gläubiger können eventuell auch einstweilige Verfügungen erwirken.

²⁵¹⁾ Vgl. Schey, Ght. Zt. VIII, S. 157, 117, N. 23; Mandry-Geib, S. 441.

²⁵²⁾ Näheres siehe bei Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 290, S. 849. Das Hofdecret vom 18. Juli 1828, J. G. S. Nr. 2354 halte auch ich für aufgehoben und durch § 290, Z. 2 E. O. ersetzt. So auch Schauer ad § 290, N. 4. Vgl.

b) Ohne Untergang der Sache entgeht dieselbe dem Pfandrecht im Falle des executiven Verkaufes; der Erwerber erwirbt die Sache pfandfrei.²⁵³⁾ Auch hier findet der „Übergang“ auf das Surrogat, den Kaufpreis, statt (vgl. § 258, al. 2 E. O.).²⁵⁴⁾ Der Execut ist Eigenthümer des letzteren, dieser wird jedoch noch weiter von der Executionsmassaverwaltung verwaltet, die Pfandrechte an dem Gelde werden durch Ausfolgung an die Gläubiger realisiert (vgl. § 261 E. O.) und der Rest an den Executen als Eigenthümer (resp. publicianisch Berechtigten) ausgefolgt. Mit dieser Ausfolgung an den Eigenthümer gehen die etwa noch an dem Gelde haftenden Pfandrechte definitiv unter, so bei der Mobilarexecution die Pfandrechte der nicht-betreibenden Gläubiger, welche dieselben nicht ausdrücklich geltend gemacht haben.²⁵⁵⁾

Was für den executiven Verkauf gilt, gilt auch im Falle der Expropriation.²⁵⁶⁾ Die Befriedigung der dinglich Berechtigten erfolgt nach den Bestimmungen über die Vertheilung des bei einer zwangsweisen Versteigerung erzielten Kaufpreises (§ 34, al. 2 Ges. vom 18. Februar 1878, R. G. Bl. Nr. 30); es gelten daher gegenwärtig die Bestimmungen der Executionsordnung (mithin auch § 216, Z. 3).

Eine Freimachung der ursprünglichen Pfandsache gegen Beistellung eines neuen Objectes ist ferner möglich in den Fällen der §§ 149, al. 2 und 376, Z. 2 E. O.).

Über Einschränkung der Execution siehe oben ad § 465 a. b. G. B.

auch Stubenrauch, S. 633, N. 3; ferner Entsch. vom 30. November 1899, Z. 15419, Právník 1900, S. 512 und Entsch. vom 31. October 1900, Z. 14.709, G. H. 1901, S. 28.

²⁵³⁾ Soweit nicht bei Immobilien Übernahme auf Grund der Versteigerungsbedingungen oder freiwillige Übernahme stattfindet.

²⁵⁴⁾ Dagegen Horn: Rechte als Obj. d. Pf. R., S. 55 (darüber Thumim, J. Bl. 1900, S. 66); Neumann, E. O., S. 106. Vgl. oben ad § 464 (Hyperocha). Dass das Recht des Gläubigers an dem Erlöse ein Pfandrecht ist, geht auch aus der Bestimmung des § 224, al. 2 E. O. über Cautions- und Credithypotheken hervor. Das Cautionsband wird durch die Zwangsversteigerung nicht gelöst.

²⁵⁵⁾ Siehe oben ad § 464 (Hyperocha).

²⁵⁶⁾ Vgl. Worel, Rozpočet, S. 46, N. 81. Die Expropriation ist auch in Betreff Mobilien möglich (Randa, Eig., § 7, N. 10, Ght. Zt. X, S. 618, N. 8 i. f.; Schiffner, G. Z. 1881, Nr. 47, N. 24), z. B. Expropriation von Pferden zu Militärzwecken (Ges. v. 16. April 1873, R. G. Bl. Nr. 77, dazu Min.-Verordn. v. 18. März

2. Verzicht des Gläubigers.

Laut § 39, Z. 6 E. O. ist die Execution, unter gleichzeitiger Aufhebung „aller“ bis dahin vollzogenen Executionsacte, einzustellen, wenn der Gläubiger *a)* das Executionsbegehren zurückgezogen hat, wenn er *b)* auf den Vollzug der bewilligten Execution überhaupt oder *c)* für eine einstweilen noch nicht abgelaufene Frist verzichtet hat, oder *d)* wenn er von der Fortsetzung des Executionsverfahrens abgestanden ist.²⁵⁷⁾ Da die Begründung des executiven Pfandrechtes auch ein Executionsact ist, hat es nach § 39, Z. 6 E. O. den Anschein, dass mit der Einstellung der Execution in diesen Fällen auch stets die Erlöschung des executiven Pfandrechtes verbunden ist. Diese Consequenz wird auch in der That gezogen in dem Formulare Nr. 124, woselbst die Einwendung des Gläubigers, dass er durch seinen Verzicht auf die Fortführung der Execution für die Dauer der rechtzeitigen Ratenzahlungen sein executives (Mobilar-) Pfandrecht nicht aufgeben wollte, keine Bedeutung beigemessen wird.²⁵⁸⁾ Nun ist jedoch aus anderen

1891, R. G. Bl. Nr. 35). Durch die Expropriation wird das Pfandrecht an der expropriierten Sache vernichtet; die unsichere Lage des Eigenthümers einer mit Pfandrecht belasteten Sache entspräche gewiss nicht dem Zweck der Expropriation. — Auch im Falle der Vernichtung einer Sache auf Grund des sog. Nothrechtes (Randa, Eig., § 7, N. 7—9, Ght. Zt. X, S. 617, N. 6—8, Thierseuchengesetze vom 29. Februar 1880, R. G. Bl. Nr. 35, § 37 und R. G. Bl. Nr. 37, § 35) findet gewiss „Übergang“ der Pfandrechte statt.

²⁵⁷⁾ § 38, Z. 6 der Reg. Vorl. enthielt bloß die Fälle *a* und *d*; die zwei mittleren wurden erst auf Grund des gemeinsamen Beschlusses eingefügt (Mater., II, S. 683, 632 unten). Vgl. zur Entstehungsgeschichte Bum, J. Bl. 1897, S. 581, 1898, S. 457.

²⁵⁸⁾ Zu Formular Nr. 124 vgl. Fdl. in G. Z. 1898, S. 7 und Bum, I. c. (J. Bl. 1897, S. 581). Liegt dem Bestreben, den Gläubiger, wenn er einmal Verkauf beantragt hat, zu unerbittlichem Vorgehen gegen den Schuldner zu zwingen, etwa der Satz des Dienstreglements für das k. u. k. Heer, § 72, P. 517 zugrunde?: Ist die Nothwendigkeit zur Anwendung der Waffengewalt eingetreten, so muss die vollständige Zerstreung oder die unbedingte Unterwerfung der Ruhestörer gefordert und es darf unter keinem Vorwande irgend eine Capitulation abgeschlossen oder ein Vergleich eingegangen werden. (Vgl. auch P. 518: . . . von der Feuerwaffe Gebrauch machen, wobei aber ein Blind- oder Hochschießen nie angewendet werden darf.) Fast scheint es so, wenigstens sagt auch Sperl, G. Z. 1899, S. 5: Unsere neue Gesetzgebung „duldet“ nur ernstgemeinte Executionen. — In der That entspricht aber diese Auffassung den realen Verhältnissen nicht,

Stellen der Execution zu ersehen, dass auch ein Verzicht auf einzelne Executionsschritte möglich ist, ohne dass hiedurch die ganze Execution sammt und sonders, demnach insbesondere sammt dem executiven Pfandrechte vernichtet würde. So wird in § 311, al. 1 E. O. ausdrücklich anerkannt, dass der Gläubiger auf die durch Überweisung zur Einziehung erworbenen Rechte, unbeschadet seines vollstreckbaren Anspruches und des zu Gunsten desselben an der Forderung des Verpflichteten erworbenen Pfandrechtes verzichten könne, trotzdem die Überweisung zur Einziehung die Pfändung zur nothwendigen Voraussetzung hat und sich als weiterer Executionsschritt der mit der Pfändung begonnenen Execution darstellt (§ 303 E. O.). Es ist nun gar nicht einzusehen, warum z. B. bei der Execution auf bewegliche körperliche Sachen, welche durch Pfändung und Verkauf erfolgt (§ 249 E. O.), nicht dieselbe abgesonderte Behandlung des Pfändungsverfahrens und des Verkaufsverfahrens in Hinsicht auf den Verzicht statthaben sollte. Vielmehr wird die Analogie des § 311, al. 1 E. O. hier anwendbar sein und nicht nur diese Analogie, sondern auch die Analogie der Execution in unbewegliche Sachen. Bei der letzteren werden die zwei Executionsarten der zwangsweisen Pfandrechtsbegründung und der Zwangsversteigerung in der E. O. vollkommen gesondert, die letztere setzt die erstere gar nicht voraus, und ein Einstellen des Versteigerungsverfahrens hat auf das Verfahren behufs zwangsweiser Pfandrechtsbegründung ebensowenig Einfluss als auf ein etwaiges Zwangsverwaltungsverfahren. Die Vernichtung des Pfändungsverfahrens zugleich mit der Vernichtung des Verkaufsverfahrens bei Mobilien würde für den Gläubiger mit einer ganz ungerechtfertigten Härte im Vergleiche zu dem Immobilarexecution führenden Gläubiger verbunden sein, weil dem letzteren auch nach Einstellung des Versteigerungsverfahrens freisteht, die Sicherheit in der Priorität der Einleitung desselben zu behalten (§ 208 E. O.), selbst wenn er früher gar kein Pfandrecht hatte. Umsomehr muss demnach dem Mobilarexequenten, welcher ein Pfandrecht bereits hat, freigestellt sein, dieses

da die Execution in der erdrückenden Majorität der Fälle factisch nur Pressionsmittel ist (Klein, Vorles., S. 27).

Pfandrecht auch nach Einstellung des Versteigerungsverfahrens zu behalten.

Mit Rücksicht auf das Angeführte interpretiere ich nun § 39 in princ. u. Z. 6 E. O. restrictiv dahin, dass dann, wenn die Execution sich in verschiedene Executionsschritte, welche abgesondert bewilligt werden können, theilen lässt (Pfändung — Verkauf, Pfändung — Überweisung, Pfändung — Erwirkung der Theilung § 333, al. 1 — weitere Pfändung § 333, al. 2 — Verwertung), auch die Einstellung der Execution (je nach Erklärung des Gläubigers) nur auf einen späteren Executionsschritt beschränkt werden kann, d. i. dass in einem solchen Falle nur „alle“ diesen Executionsschritt ausmachenden Executionsschritte aufzuheben sind; denn kann der Gläubiger einen solchen weiteren Executionsschritt selbständig beantragen, so kann er auch von einem solchen weiteren Executionsschritte selbständig wieder abgehen. Mit dem Verzicht auf das Versteigerungsverfahren (welchem der Verzicht auf die Fortsetzung desselben gleichgestellt wird) ist demnach nicht der Verzicht auf das executive Pfandrecht verbunden.²⁵⁹⁾ Kann das executive Pfandrecht bestehen, ohne dass überhaupt der Verkauf beantragt würde, so kann es auch bestehen, wenn der Verkauf beantragt und wieder eingestellt wurde.

§ 468. 3. Zeitablauf.

Das Pfändungspfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen erlischt, wenn der Antrag auf Bewilligung des Verkaufes nicht innerhalb eines Jahres seit dem Tage der Pfändungsvornahme gestellt und das Versteigerungsverfahren gehörig fortgesetzt wird (§ 256, al. 2 E. O.).²⁶⁰⁾

²⁵⁹⁾ So im Resultate auch Neumann, E. O., S. 424; Žalud, Právník 1900, S. 100; V. Fryc, daselbst 1899, S. 566; Handl, G. Z. 1897, S. 94; ferner Entsch. L. G. Graz in J. Bl. 1898, S. 376; L. G. Lemberg daselbst, S. 187; K. G. Eger, Právník 1899, S. 446. Die Begründung für das Aufrechtbleiben des Pfandrechtes geht vornehmlich dahin, dass die allgemeine Bestimmung des § 39, Z. 6 dann nicht zur Anwendung komme, wenn der besondere Fall des § 200, Z. 3 (§ 282, al. 1) E. O. vorliegt. Diesem Argumente (zu welchem auch § 45 E. O. zu vergleichen ist) möchte ich weniger Bedeutung beimessen; das Hauptgewicht der Bestimmung des § 200, Z. 3 liegt in der Bestimmung des Halbjahres.

²⁶⁰⁾ Vgl. Neumann, E. O., S. 28, N. 2; § 256, al. 1 gilt nur von körperlichen Sachen (Neumann, E. O., S. 87), demnach auch von Wertpapieren, welche

Da nun laut § 200, Z. 3, § 282, al. 1 E. O. der betreibende Gläubiger, welcher das Versteigerungsverfahren sistierte, vor Ablauf eines halben Jahres seit der Einstellung einen neuen Verkauf nicht beantragen kann, hat jede Sistierung des Versteigerungsverfahrens seitens des Gläubigers im zweiten Halbjahre nach der Pfändungsvornahme zur Folge, dass das executive Pfandrecht vom Gläubiger mittels Verkaufsantrag nicht mehr geltend gemacht werden kann²⁶¹⁾; wohl aber ist, wenn das Pfand auf Betreiben eines anderen Gläubigers verkauft wird, sein noch nicht erloschenes Pfandrecht nach § 285, al. 3 (und § 283, al. 4) E. O. zu berücksichtigen.

Der Ablauf der in § 256, al. 2 bestimmten Frist scheint übrigens auch den Verlust der Vollstreckbarkeit eines Conventionalpfandrechtes zur Folge zu haben.²⁶²⁾

In dem die Execution zur Sicherstellung bewilligenden Beschlusse ist auch der Zeitraum anzugeben, für dessen Dauer die Sicherstellung gewährt wird (§ 375, al. 2 E. O.). Nach Ablauf dieses Zeitraumes sind die vollzogenen Executionshandlungen auf Antrag des Verpflichteten aufzuheben, falls die Vollstreckbarkeit der sichergestellten Geldforderung bis dahin noch nicht eingetreten ist (§ 377, al. 2 E. O.).²⁶³⁾

wie körperliche Sachen in Execution gezogen werden (Staatsrentenobligationen, Pfandbriefe), nicht aber von Wertpapieren, welche wie Forderungen in Execution gezogen werden (indossable Papiere, Einlagebücher). — Fraglich ist, ob die Frist unterbrochen und daher verlängert werden kann; die Verlängerung wird zuzulassen sein, wenn die Aufschiebung der Execution ohne Mitwirken des Gläubigers erfolgte, so Entsch. des Landesgerichtes Wien vom 11. October 1899, Z. 1072 (J. Bl. 1899, S. 632), laut welcher in die Jahresfrist des § 256 die Zeit der Aufschiebung der Execution wegen einer Exceindierungsklage nicht einzurechnen ist, weil die Aufschiebung von dritter Seite gegen den Willen des Gläubigers verursacht wurde. Vgl. auch Entsch. vom 12. Juli 1899, Z. 10.608, J. M. V. Bl. 1899, Nr. 99.

²⁶¹⁾ Vgl. Gernerth, G. Z. 1899, Nr. 37; Handl, G. Z. 1898, S. 94, Note.

²⁶²⁾ Die Vollstreckbarkeit des Pfandrechtes ob Mobilien wird eben nur unter der Voraussetzung gewährt, dass der Gläubiger „zielbeherrscht, straff, unaufhaltsam“ (Klein, Vorles., S. 29; Dienstreglement, I. c.) fortschreitet.

²⁶³⁾ Vgl. Fragenbeantwortung ad §§ 375, 377 E. O.; A. in G. H. 1898, S. 46; Schauer zu §§ 375, 377, der Bemerkung des letzteren (N. 4 ad § 375), dass Alimente überhaupt nur für das nächste Jahr sichergestellt werden (§ 372) und hier eine weitere Beschränkung entfällt, vermag ich nicht beizustimmen, denn durch die Jahresfrist des § 372 E. O. wird bloß bestimmt, welche Alimente sichergestellt werden können, keineswegs nach welchem Zeitraum diese Sicherstellung erlischt.

Schließlich ist hier noch auf die Bestimmung des § 339 E. O. hinzuweisen, welche mit § 468, Satz 1 a. b. G. B. übereinstimmt; § 468, Satz 2 kommt nicht zur Anwendung, wenn es sich um ein bloß executives Recht handelt (§ 456 a. b. G. B. a. contr.).

§ 469. 4. Tilgung der Schuld (und Übergang des Pfandrechtes auf eine andere Forderung).

a) Jeder Gläubiger, für welchen ein executives Pfandrecht oder ein Befriedigungsrecht an der Liegenschaft begründet ist, kann das dem Eigenthümer der Liegenschaft zustehende Recht auf Löschung im Rechtswege oder im Amortisationsverfahren geltend machen (Art. XXVIII E. G. z. E. O.).²⁶⁴⁾ Diese Befugnis ist laut citierten Artikels auf diejenigen Gläubiger beschränkt, welche selbst Execution führen oder doch executiv sichergestellt sind. Auch von einem bloß nicht-executiv sichergestellten Gläubiger kann die Klage auf Löschung der Vorhypothek dann überreicht werden, wenn er bei der Vertheilungstagfahrt gemäß § 213 E. O. gegen die Berücksichtigung vorgehender Ansprüche Widerspruch erhoben hat und gemäß § 231 E. O. auf den Rechtsweg verwiesen worden ist.²⁶⁵⁾

Nach Rechtskraft des Vertheilungsbeschlusses kann „jeder“ (auch ein nicht-executiver) Gläubiger, welcher auf Befriedigung aus dem durch eventuelle Amortisierung einer vorgehenden Forderung frei werdenden Betrage Anspruch hat, um Amortisierung ansuchen (§ 230, al. 2 E. O.).²⁶⁶⁾

²⁶⁴⁾ Vgl. Pospíšil, Právník 1900, S. 608; Pisko über Horn, Rechte als Obj. d. Pf. R. in G. H. 1899, S. 460 (in Betreff Eigenthümerhypothek).

²⁶⁵⁾ Vgl. Czoernig, Vorles., S. 226; Bum, J. Bl. 1898, S. 518; Fürth, J. V. J. S. 1899, S. 66; Fischer-Colbrie, J. Bl. 1901, S. 133. In Betreff der Zwangsverwaltung vgl. § 128 E. O.

²⁶⁶⁾ Vgl. Worel, Rozpočet, S. 42. Selbst wenn der auf die amortisable Forderung entfallende Betrag vom Ersteher zu Gericht erlegt (§ 230, al. 2 E. O.) und diese Forderung im Grundbuche gelöscht (§ 237, al. 3 E. O.) wird, kann hiedurch der nachstehende Gläubiger, welcher den erlegten Betrag im Falle der Amortisierung erhalten soll, an seinem Rechte, die Amortisierung der Buchforderung durchzuführen und daher die Voraussetzung seines Anspruches herzustellen, nicht gehindert werden. Es kann daher zur Amortisierung einer bereits gelöschten Forderung kommen. (Dostal in G. Z. 1899, Nr. 17: Die Amortisierung alter Hypothekarforderungen und die neue Executionsordnung.) Vgl. Neumann, E. O., S. 364.

b) Während bei § 467 a. b. G. B. von dem Übergange des Pfandrechtes für dieselbe Forderung auf eine andere Sache die Rede war, soll hier Frage des Übergangs des Pfandrechtes an derselben Sache auf eine andere Forderung, die Frage der sog. hypothekarischen Succession, berührt werden.

Wenn ein Simultanhypothekargläubiger aus einer oder mehreren simultan haftenden Liegenschaften einen größeren Betrag beansprucht und erlangt, als nach dem in § 222 E. O. angegebenen Verhältnisse²⁶⁷⁾ entfielen, so können die dadurch verkürzten nachstehenden Hypothekargläubiger die Sicherstellung des ausfallenden Theiles ihrer Forderungen an Stelle der, ob den nicht in Execution (oder nicht genügend in Mitleidenschaft) gezogenen Liegenschaften simultan haftenden Forderung des betreibenden Gläubigers verlangen (§ 222, al. 3 E. O.). Sind die in geringerem Maße herangezogenen Liegenschaften ebenfalls bereits executiv verkauft, so bezieht sich der Anspruch der verkürzten Nachhypothekare selbstverständlich auf den an Stelle des Pfandes getretenen Erlös (§ 222, al. 2 E. O.).²⁶⁸⁾

Meiner Ansicht nach liegt hier hypothekarische Succession vor.²⁶⁹⁾ Der Nachhypothekar erwirbt für seinen Ersatzanspruch das ehemals für die Simultanhypothekarforderung haftende Pfandrecht an der Sache selbst (demnach nicht etwa bloß Afterpfandrecht im Sinne des § 51 Gb. G.). Er kann dieses Pfandrecht selbst geltend machen²⁷⁰⁾, jedoch allerdings nicht

²⁶⁷⁾ Vgl. früher § 37 C. O., welcher nun durch § 222 E. O. aufgehoben ist; im Concourse gilt nun ebenfalls § 222 E. O., vgl. unten ad § 470 (V. L. in Not. Z. 1897, S. 12; a. A. Czoernig, Vorles., § 219, N. 7). Literatur zu § 222 E. O. sieh bei Neumann, E. O., S. 339, N. 1.

²⁶⁸⁾ Vgl. oben bei § 467, 1 b.

²⁶⁹⁾ Vgl. Exner, Hyp. R., II, S. 316; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 288, N. 28; dagegen nimmt Burckhard, III, § 101, N. 35 Cession an, da es angeblich eine hyp. Succession nach österr. R. nicht gibt, ebenso spricht Neumann, E. O., § 346 von *cessio ex lege*.

²⁷⁰⁾ Dagegen wollen Czoernig (Vorles., S. 218) und Joklik (Právník 1898, S. 383) dem einrückenden Nachhypothekar nur für den Fall, dass die Liegenschaft anderweitig in Execution gezogen wird, das Recht auf einen Theil des Erlöses zugestehen, halten ihn jedoch nicht für befugt, die Execution selbst zu betreiben. Hiedurch würde dieser Anspruch in vielen Fällen illusorisch werden und müsste, wenn die Liegenschaft innerhalb dreißig Jahren von jemand an-

unter günstigeren Bedingungen als sein Vorgänger im Pfandrechte, der Simultanhypothekargläubiger. Ist die Liegenschaft, ob welcher er succediert, bereits executiv verkauft, so wird sein Pfandrecht als Pfandrecht am Erlöse wie Geldpfandrecht überhaupt realisiert. Ist die Liegenschaft noch nicht executiv verkauft, so muss er, wenn er den an Stelle der getilgten Simultanforderung pfandrechtlich sichergestellten Ersatzanspruch geltend machen will und das Simultanpfandrecht kein executives war, erst gegen den Hypotheksbesitzer einen Executions-titel sich verschaffen²⁷¹⁾, somit den Ersatzanspruch als Hypothekarforderung (unter Berücksichtigung der Modalitäten der ursprünglichen Forderung) einklagen. War jedoch das Simultanpfandrecht ein executives, so geht auch dieses executive Pfandrecht auf den Ersatzanspruch über, und es kommt nun darauf an, ob der Ersatzanspruch selbst bereits fällig ist oder nicht. Das erstere wird in der Regel der Fall sein, und dann kann direct Execution geführt werden; ist dagegen der Ersatzanspruch bedingt oder betagt (deshalb weil die leerausgegangene Forderung des Nachhypothekers bedingt oder betagt war), so muss der Eintritt der Exequibilität, trotzdem dass das Pfandrecht ein executives ist, noch gemäß § 7, al. 2 E. O. dargethan werden. Kurz, der einrückende Nachhypothekar kann seinen Ersatzanspruch mit dessen Beschränkungen nur im Rahmen des ursprünglich für die Simultanforderung haftenden Pfandrechtes mit dessen Beschränkungen geltend machen. Sein Recht hat demnach allerdings Ähnlichkeit mit einem Afterpfandrechte²⁷²⁾, nur haftet es direct an der Sache und führt demnach schneller zum Ziele.

Die Bestimmung des § 222 E. O. findet wohl auch dann Anwendung, wenn mehrere Liegenschaftsantheile simultan be-

derem nicht in Execution gezogen werden würde, rettungslos der Verjährung verfallen.

²⁷¹⁾ Es kann daher der in der Fragenbeantwortung ad § 222 ausgesprochenen Ansicht nicht zugestimmt werden, dass der Anspruch stets als vollstreckbarer einzuverleiben ist. Vgl. Neumann, E. O., S. 343; Czoernig, l. c.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 288, N. 28 in fine. (Der Vertheilungsbeschluss ist zwar gegen alle an der vertheilten Executionsmassa Betheiligten vollstreckbar, nicht aber gegen den gänzlich fremden dritten Hypotheksbesitzer.)

²⁷²⁾ Vgl. Klineberger, Právník 1899, S. 300 (dagegen Joklík, daselbst S. 414).

lastet sind, dagegen nicht, wenn für die Hypothekarforderung zugleich ein Mobilarpfandrecht haftet.²⁷³⁾

§ 470. a) Rangordnung im Concourse.

Für die Befriedigung der Realgläubiger im Falle eines eridamäßigen Verkaufes gelten jetzt nicht mehr die Bestimmungen der §§ 31 bis 41 C. O., sondern die Vorschriften der Executionsordnung über die Vertheilung des Erlöses.²⁷⁴⁾ Die eridamäßige Veräußerung steht einer executiven Veräußerung gleich (vgl. z. B. § 147, lit. f C. O.); die Vorschriften über die Vertheilung wurden in die Concurssordnung nur deshalb aufgenommen, weil sie in den Gerichtsordnungen nicht enthalten waren.²⁷⁵⁾ Doch sind jedenfalls die Specialmassschulden zuerst zu berücksichtigen und die für das Vorzugsrecht der öffentlichen Abgaben maßgebenden drei Jahre sind vom Tage der Concurseröffnung zurück zu rechnen.²⁷⁶⁾ Insbesondere kommt jetzt auch der in § 216, Z. 3 E. O. erwähnte Lohn in der daselbst bestimmten Rangordnung auch bei eridamäßiger Versteigerung zur Zahlung, obzwar in der Concurssordnung darüber nichts bestimmt ist.²⁷⁷⁾

b) Vorrangseinräumung.

Unter den besonderen Bestimmungen der Meistbotsvertheilung befindet sich in § 218, al. 2 E. O. auch die nachstehende: „Durch eine bücherlich eingetragene Vorrangseinräumung tritt die Hypothekarforderung, welcher der Vorrang eingeräumt wird, an die Stelle der zurückgetretenen Hypothekarforderung.“ Man hat aus dieser Stelle folgern wollen, dass die Executionsordnung sich für die sogenannte absolute Wirkung der Vor-

²⁷³⁾ A. A. Fleischmann, G. H. 1900, S. 404, welcher trotz § 286 E. O. auch § 222 für analog (§ 7 a. b. G. B.) anwendbar hält. Vgl. Javůrek im Právník 1899, S. 578.

²⁷⁴⁾ Schauer, G. Z. 1899, Nr. 14; Neumann, E. O., S. 365 (daselbst auch die weitere Literatur); vgl. auch Lošan, Právník 1900, S. 754, N. 11.

²⁷⁵⁾ Neumann, l. c. S. 368.

²⁷⁶⁾ Näheres bei Schauer, l. c. Vgl. auch Entsch. v. 10. Juli 1900, Z. 9006, Právník 1900, S. 661.

²⁷⁷⁾ In diesem Zusammenhange nämlich; § 42, Z. 2 C. O. (vgl. O. Frankl, J. V. J. S. 1896, S. 98) bleibt aufrecht.

rangseinräumung entschieden habe²⁷⁸⁾, und dass demnach der der begünstigten Forderung eingeräumte Rang auch nach Löschung der zurückgetretenen Forderung verbleibe.²⁷⁹⁾ Meines Erachtens kann jedoch ein solcher Schluss aus der besagten Stelle nicht mit zureichendem Grunde gezogen werden, und wenn man früher die relative Wirkung der Vorrangseinräumung für dem österreichischen Rechte entsprechend annahm²⁸⁰⁾, ist der genannte Satz viel zu schwach, um diese Annahme umzu- stoßen, zumal materielle Rechtsgrundsätze doch am wenigsten tangiert werden wollten. Die relative Wirkung scheint mir nach wie vor die einzige dem § 30 Gb. G. und dem § 442, Satz 3 a. b. G. B. entsprechende zu sein.²⁸¹⁾ Der Hypothekargläubiger ist hienach berechtigt, den Vorrang „vor“ seiner Hypothekarforderung einzuräumen, er ist nicht berechtigt, den Rang seiner Hypothekarforderung (ohne die Forderung selbst) abzutreten. Wird eine der zwei Forderungen gelöscht, so wird die Vorrangseinräumung gegenstandslos.

Im Anschluss an die citierte Bestimmung fährt die Executionsordnung in § 218, al. 2 fort: „Ist die vortretende Forderung größer als die zurücktretende, so geht sie, sofern nicht die Parteien etwas anderes vereinbart haben, auch an ihrer ursprünglichen Stelle der zurückgetretenen Forderung vor.“ Diese Entscheidung erscheint ganz natürlich, ebenso diejenige des Gutachtens des obersten Gerichtshofes (in der Fragenbeantwortung) zu § 218: „Ist bei einer Vorrangseinräumung die vortretende Forderung kleiner als die zurücktretende, so geht

²⁷⁸⁾ So Ehrenzweig in Ght. Zt., XXV, S. 281, N. 1; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 288, N. 9 a; Neumann, E. O., S. 311 (vgl. V. L. in Not. Zt. 1897, S. 136).

²⁷⁹⁾ So Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, l. c.; Neumann, l. c.; Schauer ad § 218 E. O., N. 2; Worel, Rozpočet, S. 27 bei und in N. 42; Liska, Dražba, S. 172; Lošan, Právník 1900, S. 761; A. Černý, daselbst S. 781; vgl. Ofner in Not. Zt. 1897, S. 149.

²⁸⁰⁾ Sieh Exner, Hyp. R., II., S. 495 (Literaturangaben bei Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 288, N. 9 a).

²⁸¹⁾ Czoernig, Vorles., S. 210; V. Fryc im Právník, 1900, S. 629, 830; V. L. in Not. Zt. 1897, S. 197: „Will sich der Gläubiger den ersten Rang unter allen Umständen sichern, muss er sich nicht nur von A, sondern auch von B und C und D den Vorrang einräumen lassen, so auch Creditinstitute, insbesondere Sparcassen.“ Entsch. vom 18. Januar 1899, Z. 17822, G. H. 1899, S. 378 (Vorrang gilt nicht mehr, wenn Vorhypothek gelöscht).

sie, insoferne nicht die Parteien etwas anderes vereinbart haben, an der ursprünglichen Stelle der zurückgetretenen Forderung dem Restbetrage dieser Forderung vor.“²⁸²⁾

Da ein Rangtausch (trotz § 218, al. 2 E. O.) nicht stattfindet, wird nach wie vor derjenige, dem der Vorrang vor einem Ausgedinge eingeräumt wurde, bei Lebzeiten des Auszüglers nur den Anspruch auf die jährlichen Giebigkeiten, resp. das Relutum derselben haben.²⁸³⁾

§ 471. Von dem Retentionsrechte.

a) Unter den einstweiligen Verfügungen, auf welche sich der zweite Satz des § 471 a. b. G. B. beruft, befindet sich nun auch „die Ermächtigung der gefährdeten Partei, in ihrer Gewahrsame befindliche Sachen des Gegners zurückbehalten zu dürfen“ (§ 382, Z. 3 E. O.). Diese vom Gericht verliehene Retentionsbefugnis hat bloß bei anderen Ansprüchen als Geldforderungen, und zwar nur bei solchen statt, welche sich auf die zu retinierenden Sachen beziehen.

Trotzdem kann auch bei Geldforderungen ein ähnlicher Effect im Wege des Drittverbotes (§ 379, Z. 3 E. O.) erreicht werden. Es ist dies eben der Fall, welchen das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in § 471 („mit Verbot belegen“) vor Augen hat (vgl. § 283 a. G. O.). Ein Retentionsrecht wird in diesem Falle nicht begründet, vielmehr eine Retentionspflicht, der Gläubiger ist nicht als solcher zur Retention berechtigt, sondern als Drittschuldner zur Retention verpflichtet; der erwünschte Effect ist jedoch erreicht. Auch die andere in § 471 a. b. G. B. in Betreff beweglicher Sachen vorgesehene einstweilige Verfügung, nämlich die gerichtliche Verwahrung der betreffenden Sachen, ist nach der Executionsordnung möglich (§ 379, Z. 1, §. 382, Z. 1 E. O.). Dagegen darf die Verwahrung von Liegenschaften zur Sicherung von Geldforderungen nicht angeordnet werden (§ 379, al. 4, E. O. vgl. den Schlussatz des § 471 a. b. G. B.).

²⁸²⁾ Vgl. Bum, J. Bl. 1898, S. 517.

²⁸³⁾ Vgl. hierüber Lošan, l. c. S. 717; Worel, l. c. S. 38, N. 61, al. 3; Neugröschl, Not. Zt. 1897, S. 101; Ofner daselbst, S. 194; Entsch. vom 18. November 1898, Z. 15516, Právník, 1899, S. 330.

An Stelle der „in der Gerichtsordnung bestimmten Erfordernisse“ treten selbstverständlich die in §§ 378, 379, al. 1, 2, § 381 E. O. bestimmten Erfordernisse der Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen.

b) Anderweitig begründete Retentionsrechte werden in Art. VI, Z. 5 E. G. z. J. N., in § 263 E. O. und indirect in Art. V des E. G. z. E. O. durch Citirung des Art. III der Ministerialverordnung vom 28. October 1865, R. G. Bl. Nr. 110 berührt.

Bei einer Meistbotsvertheilung dürfte nach Analogie des § 11, al. 2 C. O. auch der im Sinne der Art. 313—316 H. G. B.²⁸⁴⁾ Retentionsberechtigte zum Zuge gelangen, keineswegs jedoch derjenige, welchem bloß gemäß § 382, Z. 3 E. O. die Ermächtigung ertheilt wurde, Sachen des Gegners zurückzubehalten. Auch unter dem Zurückbehaltungsrechte in § 263 E. O. ist die Retentionsbefugnis auf Grund des § 382, Z. 3 E. O. nicht mitenthaltend. Trotzdem erscheint es zweifelhaft, ob der Gläubiger an ein Handpfand gewiesen werden könne, bezüglich dessen ihm außerdem für einen anderen Anspruch die Rückbehaltungs-Ermächtigung gemäß § 382, Z. 3 E. O. zusteht. Die Tendenz des Schlusssatzes des § 263 E. O. scheint die Verneinung dieser Frage zu fordern.

Der Retentionsberechtigte braucht die Pfändung der Sache durch andere Gläubiger nicht zuzulassen (§ 262 a. contr. E. O.), die Widerspruchsklage gemäß § 37 E. O. kommt ihm jedoch ebensowenig zu als dem Pfandgläubiger (§ 258 E. O.).²⁸⁵⁾

SIEBENTES HAUPTSTÜCK.

Von Dienstbarkeiten.

§ 520. Cautio usufructuaria.

Der materiellrechtliche gemäß §§ 1373, 1374 a. b. G. B. zu befriedigende Sicherstellungsanspruch des Eigenthümers „bei einer sich äuernden Gefahr“ bleibt unberührt. Der Eigenthümer kann auch, wenn die Voraussetzungen des § 381 E. O. eintreten, einstweilige Verfügungen im Sinne des § 382 E. O. erwirken.

²⁸⁴⁾ Und wohl auch im Sinne des § 19 Adv. Ordg.

²⁸⁵⁾ A. A. anscheinend die Mot. zur E. O., S. 158 (Mater., I, S. 477); dazu Kirschbaum, G. H. 1896, S. 28. Vgl. oben bei § 309 a. b. G. B.

§ 524. Executiver Verkauf der belasteten Sache.

a) Immobilien. Während es im Falle der Zwangsversteigerung für das Schicksal von Pfandrechten, Bestandrechten (§ 1121 a. b. G. B., § 150, al. 3 E. O.), Wiederkaufsrechten (§ 150, al. 2 E. O.) und Vorkaufsrechten (§ 1076 a. b. G. B.) gleichgiltig ist, ob dieselben dem betreibenden Gläubiger nach- oder vorgehen, ist dieser Umstand für das Schicksal von Dienstbarkeiten von großer Bedeutung. Sie bleiben nämlich, wenn sie dem betreibenden Gläubiger und, wenn deren mehrere sind, dem in bester Priorität stehenden betreibenden Gläubiger vorgehen, aufrecht und sind vom Ersteher ohne Abschlag vom Kaufschilling zu übernehmen (§ 150, al. 1 E. O.). Doch auch die dem betreibenden Gläubiger nachfolgenden (oder mit ihm concurrierenden) Dienstbarkeiten sind aufrecht zu erhalten, wenn sie in der Vertheilungsmassa noch vollständige Deckung finden. Der Berechnung, ob sie Deckung finden, ist der Wert der Last zugrunde zu legen²⁸⁶⁾, d. i. der Betrag, um welchen der Wert der Liegenschaft bei Aufrechterhaltung der Servitut kleiner ist als der Wert der servitutfreien Liegenschaft (§ 144, al. 2, Satz 1 E. O.).²⁸⁷⁾ Nur dann, wenn für den Wert der Last aus der Vertheilungsmassa nicht die volle Deckung erübrigt, ist die Dienstbarkeit aufzuheben und an ihre Stelle tritt der Entschädigungsanspruch (§ 227, al. 1 E. O.), welcher vom Standpunkte des Berechtigten aus zu bewerten ist (§ 144, al. 2, Satz 2 E. O.).

Die Bestimmung des § 150, al. 1 E. O. kann zur Folge haben, dass der Dienstbarkeit vorgehende Forderungen ganz oder theilweise leer ausgehen, während die Dienstbarkeit, obzwar sie in späterer Rangordnung haftet, erhalten bleibt.²⁸⁸⁾

²⁸⁶⁾ Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 259 bei N. 48.

²⁸⁷⁾ Von Bedeutung ist diese Werthberechnung insbesondere auch für unverbücherte Servituten, indem dieselben jedenfalls aufrecht bleiben, wenn sie den Wert der Liegenschaft nicht beeinträchtigen. Ehrenzweig in G. Z. 1897, S. 335, 392. In Betreff unverbücheter Dienstbarkeiten vgl. ferner Sturm in G. Z. 1897, § 273, 391; Czoernig, Vorles., S. 126, N. 1; (für Tirol) Ges. vom 17. März 1897, R. G. B. Nr. 77.

²⁸⁸⁾ Vgl. über diese vielbesprochene Folge: Gombrich, Jur. Bl. 1898, Nr. 19; Kenner, daselbst Nr. 20; Schauer in G. Z. 1899, Nr. 14, S. 109; Meizer,

Laut Specialbestimmung des § 243 E. O. müssen die durch bergbehördlich bestätigten Vertrag oder durch Entscheidung der Bergbehörde begründeten Bergbaudienstbarkeiten (§ 191 a Bergges.) ohne Rücksicht auf die ihnen zukommende Rangordnung ohne Anrechnung auf das Meistgebot übernommen werden und bleiben demnach jedenfalls aufrecht.

Nothwegedienstbarkeiten sind laut § 20 des Gesetzes vom 7. Juli 1896, R. G. Bl. Nr. 140 ebenfalls ohne Rücksicht auf ihre Rangordnung als Last des dienstbaren Gutes aufrechtzuerhalten und an den neuen Erwerber ohne Anrechnung auf den Kaufpreis zu überweisen.²⁸⁹⁾

b) Mobilien. In § 278, al. 1 und in § 286, al. 1 E. O. sind die Bestimmungen des § 150, al. 1 und des § 227, al. 1 E. O. nicht citiert, und es finden sich auch sonst keine Bestimmungen über das Schicksal von Dienstbarkeiten beim executiven Verkaufe von Mobilien. Selbstverständlich kommen hier bloß der Nießbrauch (§ 509 a. b. G. B.) und der Gebrauch (§ 504 a. b. G. B.) in Betracht. Der Natur der Sache dürfte die nachstehende Lösung am besten entsprechen:

Geht das Pfandrecht der Dienstbarkeit vor, z. B. bei Nießbrauch an verpfändeten Wertpapieren, so wird die executiv verkaufte Sache zwar frei von der Dienstbarkeit, die letztere geht jedoch auf den Rest des Erlöses, welcher nach Berichtigung der Pfandforderung verbleibt, über.

Geht das Pfandrecht der Dienstbarkeit nach, z. B. bei Pfändung von Wertpapieren, welche mit Nießbrauch belastet

dasselbst Nr. 27; Czoernig, daselbst Nr. 4, S. 25; Neumann, E. O., S. 321; Serneq, G. H. 1897, S. 92; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 259, N. 47; Joklik im Právník, 1898, S. 333; Fryc, daselbst S. 403; Worel, Rozp., S. 18 (daselbst N. 33 die bisherige Praxis); Klineberger, J. Bl. 1900, S. 218; Nowotny im Prot. zur Versammlung des Not. Ver. vom 10. Oct. 1898 (Beil. zu Not. Zt. Nr. 43), S. 18 (daselbst weiter citiert Kenner und Kriegelstein in der „Sparcassazzeitung“). Melzer, l. c., vertritt die Ansicht, dass § 150 nur dann gelte, wenn der Dienstbarkeit keine Hypothekarforderung vorgeht; dagegen Neumann, l. c., N. 6. Der vorgehende Gläubiger kann sich, wenn er nicht bereits einen Executionstitel hat, nur durch vorläufige Feststellung des Lastenstandes und Widerspruch mangels Deckung der Vorhypothek schützen.

²⁸⁹⁾ Eine privilegierte Rangordnung kommt diesen Dienstbarkeiten nicht zu Vgl. oben ad § 5, A. a 3; Menzel, J. Bl. 1896, S. 241; Neugröschl, Not. Zt. 1896, S. 25.

sind, so bleibt die Dienstbarkeit aufrecht, verwertet wird die Sache nur sammt der Dienstbarkeit.²⁹⁰⁾

Steht der Nießbrauch zwischen zwei Pfandrechten und exequiert bloß der spätere Pfandgläubiger, so wird wohl die Analogie des § 150, al. 1 E. O. platzgreifen (§ 7 a. b. G. B.). Der vorgehende Pfandgläubiger kann sich nicht einmal durch Widerspruch mangels Deckung schützen, doch brauchte er, wenn er die Gewahrsam des Pfandes hatte, eine Pfändung und auch die Entstehung eines Conventionalpfandrechtes nicht zuzulassen (§§ 258, al. 1, 262 E. O. a contr.; § 451 a. b. G. B. a contr.).²⁹¹⁾ Gegen alle Eventualitäten ist das Ärar und der Landesfond im Falle des § 265 E. O. geschützt.²⁹²⁾

Eine andere Frage ist es, auf welche Weise die Realisierung von Wertpapieren, welche mit Fruchtgenuss belastet sind, in dem Falle zu bewerkstelligen ist, wenn nach dem Gesagten der Fruchtgenuss an den Wertpapieren selbst erhalten bleiben soll.

Handelt es sich um Wertpapiere, welche wie körperliche Sachen in Execution gezogen werden (Staatsobligationen, Pfandbriefe, Actien), so ist vorher die Frage zu entscheiden, ob man solche mit Fruchtgenuss (welcher den Verkauf über-

²⁹⁰⁾ Der Fruchtnießer kann sein Recht mittels Klage gegen den Exequenten geltend machen. Die Pfändung wird sohin auf die mit Fruchtgenuss belastete Sache eingeschränkt. Die genannte Klage ist eine partielle Exscindierungsklage. (Neumann, E. O., S. 410.)

²⁹¹⁾ Die Neuverpfändung einer in Gewahrsam eines Pfandgläubigers befindlichen Sache ist ohne Zustimmung des letzteren nicht möglich, zumal ein Faustpfand durch Constitutum possessorium nicht bestellt werden kann (Tilsch, Zástava, S. 32, N. 4, S. 50, N. 60); hiemit stimmt es überein, dass die Verabredung, das Pfand keinem anderen zu verschreiben, nur bei Liegenschaften für ungültig erklärt wird (§ 1371 a. b. G. B.).

²⁹²⁾ Aus § 265 E. O. folgt a contrario, dass andere Cautionen wegen fremder Forderungen allerdings executiv verkauft werden können. Ein solcher Verkauf hat jedoch nur dann Sinn, wenn durch denselben das Cautionsband als gelöst betrachtet wird und nur diejenigen Forderungen, welche zur Zeit des Verkaufs existent waren, zur Bezahlung kommen. (Im entgegengesetzten Fall — bei analoger Anwendung des in § 286, al. 1 nicht citierten § 224 E. O. — würde, da bei Mobilarcaution Höchstbeträge nicht angegeben zu werden pflegen, das Cautionsband den gesammten Erlös umfassen.) — Auch der Cautionsberechtigte braucht selbstverständlich, wenn er die Caution in Gewahrsam hat, die Entstehung eines neuen Conventional- oder Pfändungspfandrechtes nicht zuzulassen.

dauern soll) behaftete Wertpapiere als Wertpapiere, welche im Sinne des § 268, al. 1 einen Börsenpreis haben, ansehen könne. Bejaht man diese Vorfrage, so hat die Verwertung gemäß § 268, al. 1 E. O. zu erfolgen; da aber diese Verwertungsart regelmäßig zu keinem Ziele führen wird, so werden die Wertpapiere nach Verlauf von drei Wochen gemäß § 270, al. 2 E. O. in öffentlicher Versteigerung zu verkaufen sein; eine anderweitige Verwertung ist (mit Ausnahme einer Übernahme nach § 271 E. O.) ausgeschlossen (§ 280, al. 1 E. O.). Verneint man die obige Vorfrage und spricht man solchen Wertpapieren, welche auch nach dem Verkaufe mit einem Fruchtgenusse belastet bleiben sollen, einen Börsenpreis im Sinne des § 268, al. 1 ab (was das Richtige sein dürfte²⁹³), so sind dieselben entweder gemäß § 270, al. 1 E. O. in öffentlicher Versteigerung zu verkaufen oder sie sind gemäß § 280, al. 1 E. O. anderweitig zu verwerten.

Handelt es sich um Wertpapiere, welche wie Forderungen in Execution gezogen werden (Wechsel, Anweisungen, Einlagebücher), sowie um Forderungen überhaupt, so ist die Überweisung zwar zulässig, jedoch offenbar ungeeignet, dem Gläubiger gleich Befriedigung zu gewähren; derselbe wird demnach nach Analogie des § 317 eine andere Art der Verwertung beantragen können. Die Zulässigkeit der öffentlichen Versteigerung hängt wiederum von der Vorfrage ab, ob man solchen mit Fruchtgenuss belasteten Papieren einen Börsenpreis zu- oder abspricht (§ 319, Z. 5 E. O.), nur bei Einlagebüchern ist die Versteigerung jedenfalls ausgeschlossen (§ 319, Z. 4 E. O.).

§ 530. Reallasten.

Was im Falle der Zwangsversteigerung von Dienstbarkeiten gilt, gilt im allgemeinen auch von Reallasten (§ 150, al. 1, § 227, al. 1 E. O.). Ausgedinge werden jedoch insofern noch günstiger behandelt, als sie auch dann aufrecht bleiben, wenn sie durch das Meistbot nicht vollständig gedeckt sind

²⁹³ Denn es wird in § 268 eben vorausgesetzt, dass dieser Börsenpreis es ist, welcher dem Verkaufe zugrunde gelegt werden kann (dies folgt auch aus § 280, al. 1 E. O.).

(§ 226, al. 2, § 227, al. 1 a contr. E. O.), allerdings jedoch bloß bis zur Aufzehrung des Bedeckungscapitals.²⁹⁴)

Die durch die Gewährung eines Meliorationsdarlehens für den früheren Eigenthümer begründeten Rechte und Pflichten gehen von rechts wegen auf den Ersteher über (§ 5, al. 2 Ges. vom 6. Juli 1896, R. G. Bl. Nr. 144²⁹⁵), ebenso Patronatslasten, da die Vorschriften über den Übergang von Reallasten für kirchliche und Schulzwecke auf den Ersteher einer Liegenschaft unberührt bleiben (Art. XIV, Z. 1 E. G. z. E. O.).²⁹⁶) Die Bestimmung des § 23 des Ges. v. 30. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 93, dass die Verpflichtungen aus der Mitgliedschaft in einer Wassergenossenschaft eine Grundlast bilden, welche bloß mit der ordnungsmäßigen Ausscheidung des belasteten Grundstückes aus der Genossenschaft oder mit Auflösung der letzteren erlischt, beruht auf öffentlichem Rechte und bleibt deshalb trotz § 150, al. 1 E. O. und trotz des aus Art. XIV, Z. 1 E. G. z. E. O. sich ergebenden Argumentes a contrario aufrecht.²⁹⁷) Ebenso die Bestimmungen über Verpflichtungen aus Demolierungsreversen bei Bauten im Rayon befestigter Plätze (Hofdecret v. 30. März 1840, J. G. S. Nr. 418, Min. Erl. vom 21. Dec. 1859, R. G. Bl. Nr. 10 ex 1860).

ACHTES HAUPTSTÜCK.

Von dem Erbrechte.

§ 547. Übergang der Rechte und Pflichten.

Der Erbe, resp. (vor der Einantwortung) die ruhende Verlassenschaft tritt in das Processverhältnis ein.²⁹⁸) Der gegen

²⁹⁴) Über die Behandlung der Ausgedinge bei der Immobilarexecution vgl. Menoušek, Výměnek (Prag 1898); V. L. in Not. Zt. 1897, S. 135; Worel, Rozpočet, S. 38; Fryc im Právník 1898, S. 403, 831; 1899, S. 96; Japp, daselbst 1899, S. 61; Joklik, daselbst S. 218; Lepař in Zprávy pr. j. mor. 1900, S. 54; Sturm in G. Z. 1899, S. 12; Verus in G. H. 1898, S. 260 (ad § 219, al. 2 E. O.); Neumann, E. O., S. 324.

²⁹⁵) Vgl. oben ad § 5, A. a 3.

²⁹⁶) Comm. zur E. O. in G. H. 1899, S. 183, ad Art. XIV, Z. 1, Budwiński Nr. 6349. (Entsch. des Verw. G. H. vom 8. Januar 1892, Z. 69.)

²⁹⁷) Für erhalten erklären diese Bestimmung (ohne nähere Begründung): Czoernig, Vorles., S. 128; Neumann, E. O., S. 325; Fürstl, II, S. 323. Vgl. auch § 21, al. 4 Realschätzordnung vom 25. Juli 1897, R. G. Bl. Nr. 175.

²⁹⁸) Vgl. Skedl, S. 129, N. 17; Sperl, Succession in den Process, S. 104 fig. — Doch erlischt das Armenrecht (§ 68 C. P. O.).

den Erblasser gerichtete Einlassungszwang trifft auch den Erben (§ 156 C. P. O.).

Hat für die verstorbene Processpartei ein mit Processvollmacht ausgestatteter Vertreter fungiert, so tritt nicht einmal eine Unterbrechung des Verfahrens ein, da der Processbevollmächtigte kraft Gesetzes (§ 35, vgl. 32 C. P. O.) auch zur Vertretung der ruhenden Verlassenschaft, resp. der Erben legitimiert ist.²⁹⁹⁾

Wenn für die verstorbene Partei kein Processbevollmächtigter eintrat, so wird zwar das Verfahren durch den Tod der Partei unterbrochen (§ 155, al. 1 C. P. O.)³⁰⁰⁾, allein diese Unterbrechung afficiert die von der verstorbenen Partei bereits vorgenommenen Processhandlungen nicht und die „Beharrungspflicht“³⁰¹⁾ geht auf die Erben über. Die Unterbrechung erfolgt bloß aus dem einfachen Grunde, weil durch den Tod der Partei die zu weiteren Processhandlungen legitimierte physische Person wegfällt und die Legitimation der Rechtsnachfolger nicht sogleich feststeht. Unter dem Glaubhaftmachen des Erlöschens des Unterbrechungsgrundes (in § 164 C. P. O.) ist daher nichts anderes als die Bescheinigung der Rechtsnachfolge (§ 156, al. 1, § 157 C. P. O.) zu verstehen.³⁰²⁾ Dass das einmal unterbrochene Verfahren nur über Antrag wieder aufgenommen werden kann (§ 155, al. 2, 3, § 164 C. P. O.), folgt aus dem Dispositionsprincip.

Auch die Rechte und Pflichten aus einem Executionsverfahren gehen auf die ruhende Verlassenschaft, resp. die Erben über. Auch hier ist wieder nur die Legitimationsfrage von Bedeutung (§§ 34, 9 E. O.)³⁰³⁾

Vor der Einantwortung kann die Execution nur auf die Nachlassmasse bewilligt werden³⁰⁴⁾; nach der Einantwortung kann jedoch auf Grund eines gegen den Erblasser lautenden

²⁹⁹⁾ Vgl. unten ad § 1022.

³⁰⁰⁾ Vgl. Ott, I, S. 361. (Berufung auf § 477, Z. 5 C. P. O.); Ullmann, Grundr., S. 71.

³⁰¹⁾ Hierüber Ott, II, S. 38. Über „Contumacierung eines Verstorbenen“ vgl. Amschl, G. Z. 1899, S. 88, dazu Max Pollak, daselbst S. 146.

³⁰²⁾ Vgl. Neumann, Comm., S. 421.

³⁰³⁾ Vgl. unten ad § 811.

³⁰⁴⁾ Entsch. Slg. Nr. 13.577.

Executionstitels und der Einantwortungsurkunde (§ 9 E. O.) die Execution auch auf das nicht aus dem Nachlasse herührende Vermögen des Erben geführt werden. Die Execution ist ohneweiteres zu bewilligen³⁰⁵⁾, selbst wenn der Erbe sich bloß bedingt mit der Rechtswohlthat des Inventars erbserklärt hätte, was aus der Einantwortungsurkunde ersichtlich ist. Die Beschränkung seiner Haftung kann ein solcher Erbe nur mit der Oppositionsklage (§ 35 E. O.) geltend machen.³⁰⁶⁾

NEUNTES HAUPTSTÜCK.

Von der Erklärung des letzten Willens.

§ 567. Beweis der Besonnenheit.

An der Beweislast, wem der Beweis des Mangels des Verstandesgebrauches (§ 566 a. b. G. B.) und wem der Beweis der Besonnenheit obliege, wurde (wie überhaupt an Beweislastvorschriften) nichts geändert. Dagegen ist die Aufzählung der Beweismittel in § 567 a. b. G. B. mit Rücksicht auf die freie Beweiswürdigung gegenstandslos, ja die Forderung, dass hier besonders „zuverlässige“ Beweise nothwendig sind, muss als aufgehoben angesehen werden (§ 272, al. 1 C. P. O.).

§ 569. Letztwillige Erklärungen Minderjähriger.

Auch zur Aufnahme der gerichtlichen letztwilligen Erklärung eines Minderjährigen, welcher das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt hat, ist jedes Bezirksgericht competent (§ 121 J. N.). Der Minderjährige ist daher einerseits nicht an sein Vormundschafts-, resp. Curatelgericht allein angewiesen, andererseits kann er in dem Falle gar nicht vor demselben testieren, wenn es ein Collegialgericht ist. Im westgalizischen Gesetzbuche lautete § 365 des II. Theiles: „... Minderjährige können mit Genehmigung der Obervormundschaft oder ihrer Eltern vom vierzehnten bis zum achtzehnten Jahre ... testieren.“ In

³⁰⁵⁾ Vgl. Entsch. Nr. 9298, Slg.; Hofer in Not. Zt. 1900, S. 282; Mandry-Geib, Civ.-rechtl. Inh. der Reichsges., § 57, N. 5.

³⁰⁶⁾ Vgl. Entsch. Slg. Nr. 1115 und 1114; J. M. V. Bl. 1898, Nr. 1384; Entsch. des deutsch. R. G., VIII, Nr. 67 und 68 zu § 696 R. C. P. O. (a. F.).

der Sitzung vom 16. Januar 1804 (Ofner, I, S. 340) wurde über Antrag Zeiller's die Mitwirkung der Eltern und der Vormundschaftsbehörde ausgeschlossen, letzterer deshalb, weil die Einwilligung „fast immer auf die sehr verdächtigen Zeugnisse der Vormünder und Verwandten ertheilt“ wird. Der gegenwärtig fortdauernde Stand steht daher den Intentionen der Codificatoren nicht entgegen.

§ 577. Formvorschriften und Beweisvorschriften.

Formvorschriften und Beweisvorschriften sind strenge zu scheiden.³⁰⁷⁾

Das Civilrecht regelt die Erfordernisse des Bestandes eines Rechtsgeschäftes, das Processrecht jedoch die Erfordernisse des Nachweises des Bestandes eines Rechtsgeschäftes.

Das Civilrecht stellt in der Regel keine besonderen Erfordernisse des Bestandes eines Rechtsgeschäftes auf (§ 863 a. b. G. B.); ausnahmsweise ist jedoch Schriftlichkeit, Beiziehung von Zeugen u. s. w. erforderlich. Dies sind die Formerfordernisse. Ohne dieselben besteht das durch Form gebundene Rechtsgeschäft nicht.

Auch das Processrecht stellt seinerseits in der Regel keine besonderen Erfordernisse des Nachweises auf (§ 272, al. 1 C. P. O.); ausnahmsweise können jedoch auch hier bestimmte Erfordernisse durch sogenannte Beweisregeln aufgestellt werden. Diese Beweisregeln sind zweierlei Art: Entweder sie gebieten dem Richter, dem Beweise, wenn er in einer bestimmten Form beigebracht wird, Glauben zu schenken, oder sie verbieten dem Richter, auf Beweise, welche in einer bestimmten Form oder in einer anderen, als der einzig zugelassenen Form auftreten, zu achten. Hiernach unterscheide ich gebietende und verbietende Beweisregeln. Im ersteren Falle (z. B. nach §§ 292, 294 C. P. O. und bei dem Beweise durch zwei classische Zeugen nach der allgemeinen Gerichtsordnung) wird dem Richter eine Überzeugung aufgezwungen, welche er vielleicht subjectiv nicht

³⁰⁷⁾ Über den Einfluss der Civilprocessordnung auf Form und Beweise letztwilliger Erklärungen habe ich im *Przegląd prawa i administracyi* 1899, Heft IX einen besonderen Aufsatz veröffentlicht, mit welchem die folgenden Ausführungen theilweise übereinstimmen. Vgl. auch ad § 883 a. b. G. B.

hat; im zweiten Falle (z. B. nach §§ 157, 158 in fine a. b. G. B.) wird dem Richter eine Überzeugung verwehrt, welche er vielleicht subjectiv aus dem (verbotenen) Beweismittel geschöpft hätte. Beide Fälle stimmen darin überein, dass sie Ausnahmen von der freien Beweiswürdigung darstellen und mit den Formerfordernissen des bürgerlichen Rechtes nichts gemeinsam haben.

Alle Beweisregeln sind, sofern sie nicht ausdrücklich aufrecht erhalten wurden (z. B. Art. VI, Z. 1), gemäß § 272, al. 1 C. P. O. aufgehoben; dagegen sind die Formvorschriften des bürgerlichen Rechtes durch die Civilprocessordnung nicht im geringsten berührt.

§ 579. Allographes Testament.

Eine Sollenitäts-Formvorschrift enthält § 579³⁰⁸⁾, ebenso wie § 578 a. b. G. B. Ein vom Erblasser ohne Beiziehung von Zeugen unterschriebener, jedoch nicht im Contexte eigenhändig geschriebener letzter Wille begründet zwar ebenfalls (gemäß § 294 C. P. O.) vollen Beweis dafür, dass die in demselben enthaltenen Erklärungen von dem Aussteller herrühren, allein giltig wird dadurch ein solcher letzter Wille nicht. Die Urkunde bildet vielmehr bloß vollen Beweis dafür, dass die als letzter Wille ungiltige Erklärung vom Aussteller herrührt, womit demjenigen, der sich auf einen solchen angeblichen letzten Willen als Erbrechts- (oder Legat-) Titel beruft, nicht gedient ist. Soferne jedoch mit dieser Urkunde eine andere Thatsache, z. B. die mala fides des Erblassers, bewiesen werden sollte, kann die etwa ein Geständnis des Erblassers enthaltende und die Herkunft dieses Geständnisses vom Erblasser voll beweisende Urkunde allerdings von Wert sein.³⁰⁹⁾

§ 580. Testament der Illiteraten.

Auch der erste Satz dieses Paragraphen enthält eine Formvorschrift und wurde durch die Civilprocessordnung nicht berührt. Es ist zur Giltigkeit der letztwilligen Erklärung einer Person, welche nicht schreiben kann, trotz § 294 C. P. O.

³⁰⁸⁾ Vgl. Ott, II, S. 154.

³⁰⁹⁾ Vgl. Schultze, Ght. Zt. XXII, S. 80.

nicht nothwendig, dass das Handzeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt sei.³¹⁰⁾ Eine solche Urkunde bildet allerdings keinen vollen Beweis dafür, dass die Erklärung von dem Erblasser herrührt (§ 294 C. P. O.), allein dies ist für die Frage der Giltigkeit ganz irrelevant, wie dies ja auch aus dem zweiten Satze des § 580 a. b. G. B. hervorgeht.

Die Frage, „wer der Erblasser sei“ (§ 580, Satz 2 a. b. G. B.), ist mit der Frage, „von wem die Erklärung herrühre“ (§ 294 C. P. O.), identisch und wird eben auch im bürgerlichen Gesetzbuch bloß als für den Beweis relevant angesehen („zur Erleichterung eines bleibenden Beweises“). Zur Zeit der Publication des bürgerlichen Gesetzbuches war die Beweiskraft einer bloß mit einem Handzeichen unterzeichneten Privaturkunde dadurch bedingt, dass einer der Zeugen den Namen des Ausstellers unterschreibt (§ 116 a. G. O.). Obzwar der Gesetzgeber dies zur Giltigkeit des letzten Willens nicht erfordert (§ 580, Satz 1 a. b. G. B.), so ertheilt er doch im Satz 2 den guten Rath, die Urkunde auch in Hinsicht auf den Beweis untadelhaft auszustatten. Im Sinne der heutigen Civilprocessordnung würde der im zweiten Satze des § 580 a. b. G. B. ertheilte Rath lauten: „Zur Erleichterung eines bleibenden Beweises, wer der Erblasser sei, ist es auch vorsichtig, dass“ das Handzeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt werde. Trotzdem ist der zweite Satz des § 580 a. b. G. B., auch so wie er lautet, gegenwärtig nicht bedeutungslos, denn es ist auch bei freier Beweiswürdigung rätlicher, den Namen des Erblassers durch einen der Zeugen beisetzen zu lassen, als dies zu unterlassen.

Ein mit einem nicht beglaubigten Handzeichen versehener letzter Wille ermangelt keineswegs der Beweistauglichkeit; der Richter ist jedoch in Betreff der Frage, „von wem die Erklärung herrührt“, an keine Beweisregel gebunden, sondern entscheidet dieselbe nach freier Würdigung. Dagegen ist er, im Falle das Handzeichen beglaubigt ist, gehalten, gemäß

³¹⁰⁾ So auch Hofer, Not. Zt. 1897, S. 69; Consultation in Not. Zt. 1899, S. 41; Mayer in G. Z. 1897, S. 182; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 496, N. 25; Randa und Worel im Právník, 1898, S. 292; vgl. auch Krasnopolski (über Schuster) in G. Z. 1897, S. 46. Vgl. hingegen Schuster, C. P. O., § 51, N. 6; Stubenrauch, S. 815; Baš, Not. Zt. 1899, S. 22.

§ 292 C. P. O. dass Handzeichen für echt und gemäß § 294 C. P. O. den ober dem Handzeichen befindlichen Text als Erklärung des Unterzeichneten anzusehen.

Bei Vertheilung der Rollen des Klägers und des Beklagten im Falle widersprechender Erbserklärungen könnte der Umstand, dass auf einem Testamente das Handzeichen beglaubigt ist, ceteris paribus den Ausschlag geben.³¹¹⁾

§ 585. Schriftliche Aufzeichnung eines mündlichen Testamentes.

Ein von allen Zeugen eigenhändig gefertigter Aufsatz (§ 65 kaiserl. Patent vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208) begründet zwar gemäß § 294 C. P. O. vollen Beweis³¹²⁾, jedoch bloß dafür, dass die in demselben enthaltene Erklärung von den als Zeugen bezeichneten Personen herrührt, keineswegs über den Bestand einer mündlichen letztwilligen Anordnung.

§ 586. Mündliches Testament.

Eine der interessantesten Fragen, welche sich beim Studium des Einflusses der Civilprocessgesetze auf die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches ergeben, ist hier zu lösen.

Fasst man nämlich die Bestimmung des § 586 a. b. G. B., wie dies allgemein geschieht³¹³⁾, als Beweisvorschrift auf, so hätten wir es hier mit einer verbotenden Beweisregel (in dem bei § 577 a. b. G. B. angegebenen Sinne) zu thun. Es würde nämlich dem Richter verboten werden, seine Überzeugung von dem Bestande einer mündlichen letztwilligen Anordnung aus anderen Beweismitteln zu schöpfen, als aus der eidlichen Einvernahme der drei, resp. zwei Testamentzeugen. Als Beweisregel angesehen, würde § 586 a. b. G. B.

³¹¹⁾ Vgl. Mayer, l. c.; Consultation l. c.

³¹²⁾ Vgl. dagegen Anders, Grundr. d. Erbr., S. 13: Die schriftliche Aufzeichnung dient nur zur Unterstützung des Gedächtnisses, hat aber „keine Beweiskraft“.

³¹³⁾ Unger, Erbr., § 10, N. 13, § 51, N. 4; Pfaff-Hofmann, Commentar, S. 174; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 497, N. 11 und N. *; Stubenrauch ad § 586; Anders, Grundriss d. Erbr., S. 67; Wehli, G. H. 1897, S. 80; derselbe J. Bl. 1897, S. 91.

mit dem Principe der freien Beweiswürdigung unvereinbar und durch § 272, al. 1 C. P. O. unbarmherzig aufgehoben sein.³¹⁴⁾ Wenn man den § 586 a. b. G. B. als eine jeden anderen als den daselbst genannten Beweis ausschließende Vorschrift fasst, so gibt es in der That gar keinen Ausweg, denselben aufrecht zu erhalten, denn § 272, al. 1 C. P. O. beseitigt ganz unzweideutig alle Beweisbeschränkungen, „soferne in diesem Gesetze nicht etwas anderes bestimmt ist“, und es leuchtet nicht nur aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang, sondern auch aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervor (§ 6 a. b. G. B.), dass mit allen Beweisregeln, welche nicht ausdrücklich aufrecht erhalten wurden, aufgeräumt werden soll.

Es ist jedoch meiner Ansicht nach nicht nöthig, § 586 a. b. G. B. als (verbietende) Beweisregel aufzufassen, vielmehr verfechte ich die Ansicht, derselbe enthalte eine Formvorschrift. Die eidliche Aussage der Zeugen halte ich für einen zum rechtlichen Bestande der letztwilligen Anordnung erforderlichen Solennitätsact. Diese Ansicht stütze ich sowohl auf den Wortlaut des § 586 a. b. G. B., als auch auf die Entstehungsgeschichte.

Nach dem Wortlaute wird die mündliche letztwillige Anordnung durch die eidliche Aussage der Zeugen nicht „bewiesen“, sondern „bestätigt“, und dies geschieht zu dem Zwecke, damit die Anordnung „rechtskräftig“ sei³¹⁵⁾, nicht damit sie „bewiesen“ sei. Es handelt sich daher um die Ergänzung der

³¹⁴⁾ Diese Consequenz ziehen auch von den in voriger Note Genannten: Krainz-Pfaff-Ehrenzweig und Wehli; während Andersl. c. als geltendes Recht anführt, dass der „Beweis“ nur durch die drei Zeugen u. s. w. erbracht werden kann, und Stubenrauch (1898, S. 823) ebenfalls als geltendes Recht angibt, dass andere „Beweismittel“ völlig ausgeschlossen sind. Vgl. auch Cicio in Gazz. d. Trib. 1899, S. 36.

³¹⁵⁾ In der officiellen italienischen Übersetzung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches sind die Worte: „um rechtskräftig zu sein“ ausdrücklich mit: „affinchè valga“ (damit sie gelte) übersetzt. Hierauf habe ich auch in der Gazzetta dei Tribunali 1899, N. 7 hingewiesen. Dies stimmt vollkommen mit dem sonstigen Sprachgebrauche des bürgerlichen Gesetzbuches überein, nach welchem „Rechtskraft“ synonym mit Giltigkeit, Wirksamkeit, gebraucht wird; so in den §§ 55, 1024 a. b. G. B. In der officiellen böhmischen Übersetzung vom Jahre 1812 lautet die Stelle: „um rechtskräftig zu sein“ in § 586: „aby w moc práwa wessle bylo“, d. i. damit sie in Rechtskraft erwachsen sei (sic!).

zur Giltigkeit nöthigen Form, um die Verkörperung der mündlichen letztwilligen Erklärung.

Dem stehen die Bestimmungen der §§ 65 und 123 des kaiserl. Patents vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 nicht entgegen. Laut ersterer Bestimmung wird zwar zur Kundmachung einer mündlichen Anordnung die Beeidigung der Zeugen — obzwar Formvorschrift — nicht erfordert, allein auch bei schriftlichen Anordnungen ist es zur Kundmachung derselben nicht nöthig, dass alle Formvorschriften erfüllt seien (§ 61 Pat.). Auch zur Ausweisung des Rechtstitels „an sich“ bei einer auf ein mündliches Testament gestützten Erbs-erklärung ist laut § 123, al. 2 Pat. die Beeidigung der Zeugen nicht erforderlich, allein hieraus folgt ebenfalls nicht, dass die eidliche Aussage nicht zum rechtlichen Bestande der Anordnung erforderlich wäre. Denn wie aus dem Zusammenhange mit Alinea 1 hervorgeht, gilt der gemäß Alinea 2 Erbs- erklärte nur solange für den rechtmäßigen Erben, als die Rechtsgiltigkeit des Testaments nicht bestritten wird. Geschieht dies, so muss die mündliche letztwillige Anordnung durch Beeidigung der Zeugen erst „rechtskräftig“ gemacht werden. Die eidliche Aussage der Zeugen ist daher das zur Parificierung einer mündlichen Anordnung mit einer schriftlichen nachträglich eventuell (im Falle der Bestreitung) nothwendige Requisit.³¹⁶⁾

Die Ansicht, dass die eidliche Aussage der Zeugen zur Giltigkeit, nicht bloß zum Beweise, erforderlich ist, wird auch durch die Entstehungsgeschichte des § 586 a. b. G. B. bestätigt.

Im westgalizischen Gesetzbuche war die betreffende Stelle bestimmt als Beweisregel gedacht; § 382 des II. Theiles lautete nämlich: „Eine mündliche letztwillige Verfügung muss auf Verlangen eines jeden, dem daran gelegen ist, wenigstens von zweien der dabei gebrauchten Zeugen beschworen werden. Der Eid eines einzigen dient nicht zum Beweise, auch kann hier der Erfüllungs Eid nicht statthaben.“

³¹⁶⁾ Wie das in den ersten sechs Monaten der Ehe geborene Kind für ehelich gehalten wird, wenn der Mann nicht widerspricht, wie ein gezwungen eingegangener Vertrag giltig ist, wenn der Gezwungene ihn nicht anfecht, so ist auch das unbeeidete festgestellte mündliche Testament giltig, sofern nicht Anfechtung erfolgt.

Zeiller erkannte klar, dass es sich im westgalizischen Gesetzbuche um eine processuale Vorschrift handelte. In der Sitzung vom 30. Januar 1804 (Ofner, I, S. 352) führte er aus, der Paragraph gehöre, soferne er bestimme, dass die Beeidigung erst über Anlangen einer Partei erfolgen soll, in die Bestimmungen über die Verlassabhandlung (vgl. § 601, Theil II westgal. G. B.), demnach in das Verfahren außer Streitsachen, und soferne er bestimme, wieviel Zeugen zum Beweise nöthig seien, in die Processordnung, demnach in das Verfahren in Streitsachen. Deshalb beantrage er, den Paragraph hier wegzulassen. Die übrigen Stimmen kamen jedoch einhellig überein — und das ist eben das Wichtige — dass dieser Paragraph hier, nämlich unter den Bestimmungen über die Testamentsformen, aufgestellt bleiben müsse, denn die „Existenz“ des mündlichen Testaments beruhe einzig und allein auf der Aussage der Zeugen. Aichen äußerte sogar ausdrücklich: „die Beschwörung solle nicht als ein Beweis, sondern als ein zur Giltigkeit des Testamentes nothwendiges Erfordernis angesehen werden“, und beantragte deshalb, die Beeidigung solle von amtswegen erfolgen. Dieser Antrag wurde zwar in die Verlassabhandlung verwiesen, allein das Resultat der Berathung war doch, dass die Worte „um rechtskräftig zu sein“ in den Gesetzestext eingefügt wurden. Hiedurch wurde die ehemalige Beweisvorschrift in eine Formvorschrift verwandelt, welche nun durch die Civilprocessordnung nicht berührt wird.

Der Thatbestand einer mündlichen letztwilligen Anordnung ist demnach durch die mündliche Erklärung vor drei zugleich gegenwärtigen Zeugen nicht vollkommen abgeschlossen, sondern es ist die eidliche Aussage („Bestätigung“) der drei, resp. der zwei Zeugen erforderlich, damit die Anordnung „rechtskräftig“ (oder wie die in N. 315 citierte Übersetzung Négedly's in unbeholfener, jedoch ausdrucksvoller Weise besagt: „in Rechtskraft erwachsen“) sei.³¹⁷⁾ Bis dahin hat die

³¹⁷⁾ Vgl. Böhmisches Stadtrecht vom 16. October 1579 (welche bis zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche in Geltung standen): D. 45. Hat der Testator denselben, die er erbitten lassen, seinen letzten Willen mündlich angezeigt, so wird solche mündliche Verordnung, „wenn sie vor den Rechten ordentlich ausgesagt ist“, auch für ein ordentliches Testament gehalten. D. 53. Der Grund eines jeden Testamentes ist erstens, dass in solchem jemand zum Erben einge-

letztwillige Anordnung nur provisorische Geltung (§ 123 kaiserl. Pat. v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208).

ZEHNTES HAUPTSTÜCK.

Von Nacherben und Fideicommissen.

§ 613. Rechte der Gläubiger.

An den Streitfragen, inwieweit die Gläubiger des Fiduciars³¹⁸⁾ und die Gläubiger des Fideicommissars³¹⁹⁾ die Rechte derselben aus der fideicommissarischen Substitution in Execution ziehen können, wurde durch die Executionsordnung nichts geändert. Das Nutzungsrecht des Fiduciars an der Substitutionsrealität kann mittels Zwangsverwaltung gemäß § 97, al. 2 E. O. in Execution gezogen werden.

setzt werde Zweitens, dass der Testator vor den Zeugen seines Testamentes bekenne, dass dies sein letzter Wille sei Drittens, dass die Zeugen vor Gericht das aussagen, was sie aus dem Munde des Erbverordners gehört haben. Erbverordnungen, bei welchen diese drei „Solemnitäten“ nicht befunden werden, sollen nicht für ordentlich gehalten werden. — Die Zeugen sollten allerdings ohne Eid aussagen („damit durch solche Eidespflicht niemand abgeschreckt werde, dem Kranken in seinem Obliegen zu dienen“, D. 58), aber es ist trotzdem interessant, dass die gerichtliche Aussage der Zeugen zu den Solemnitäten des Testamentes gerechnet wurde und das mündliche Testament nur dann „ordentlich“ (d. i. gültig) war, „wenn es vor den Rechten ordentlich ausgesagt“ wurde. Vgl. die Bestimmung der oberösterreichischen Landtafel in Pfaff-Hofmann's Excursen, II, S. 109 („wirksam“); ferner I. 31 i. f. C. de testam. 6. 23; liceat . . . sic tamen, ut ipsi testes . . . post mortem testatoris jurati deponant; dann die in Mandry-Geib: Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, § 27, N. 39 erwähnte Entscheidung des württembergischen Oberlandesgerichtes, welche davon ausgeht, „dass die Reproduction des Testamentsinhaltes durch die Zeugen zu den Testamentsförmlichkeiten gehöre“. Die Grundlage dieser Entscheidung ist mir nicht bekannt. In Betreff des österreichischen Rechtes vgl. auch die Entsch. Slg. Nr. 2884, 13.661 (Mat. Reg. Nr. 349), gemäß welchen nur der im Abhandlungswege nach § 586 a. b. G. B. festgestellte, nicht der später im Prozesse ermittelte Inhalt der mündlichen Anordnung maßgebend ist. (Die Formulierung ist der Manz'schen Ausgabe des a. b. G. B., besorgt von Schey, entnommen.) — Vgl. ferner Randa im Právník 1898, S. 292 (ad § 586 und auch ad § 580), welcher anführt, dass er im Ausschusse beantragte, auch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über Zeugenschaft in Art. VII, Z. 2 E. G. z. C. P. O. ausdrücklich als unberührt zu erklären. — Von einem ähnlichen Standpunkte, wie dem von mir vertheidigten, wird in der Consultation Not. Zt. 1896, S. 291 die Frage behandelt: Gilt § 586 auch für mündliche gerichtliche und notarielle

§ 642. Fideicommissgläubiger.

Die Fideicommissgläubiger können ihr Pfandrecht an der Fideicommissrealität nur durch Zwangsverwaltung nach § 97, al. 2 E. O. ausüben.³²⁰⁾

ZWÖLFTES HAUPTSTÜCK.

Von Aufhebung des letzten Willens.

§ 722. Vernichtetes oder verlorenes Testament.

Trotzdem ich, dem bei § 586 a. b. G. B. Gesagten gemäß, die Bestimmung des § 586 für aufrecht erhalten erachte, halte ich die Bestimmung des § 722 in fine a. b. G. B., dass der Inhalt der beschädigten oder in Verlust gerathenen schriftlichen letztwilligen Erklärung auf die Art erwiesen werden muss „wie eine mündliche letzte Anordnung“, für aufgehoben. Mit Unrecht würde man hierin eine Inconsequenz erblicken, denn es handelt sich in der That um wesentlich verschiedene Fälle. Sowohl der Wortlaut („erwiesen“, vgl. auch das vorgehende „Beweisarten“), als auch die Absicht des Gesetzgebers lässt erkennen, dass es sich um nichts anderes handelt, als um eine Beweis-

Testamente? Antwort: Nein; § 585 behandelt gemeinsam mit § 586 die Förmlichkeiten und die Bedingungen, unter denen ein außergerichtliches Testament wirksam werden kann. Die einmalige Beurkundung an einem Orte mit publica fides erheischt nicht die neuerliche Beurkundung an einem solchen Orte; dies spricht dafür, dass die gerichtlich erfolgte Aufnahme des mündlichen Testaments nicht erst durch Einvernahme nach Ableben des Testators rechtskräftig werden könne. — Selbstverständlich werden die Erfordernisse der Fähigkeit der Solennitätszeugen (§§ 591—596 a. b. G. B.) nicht aufgehoben (Entsch. vom 25. April 1899, Z. 2074, J. M. V. Bl. 1900, Nr. 159).

³¹⁸⁾ Vgl. Czoernig, Vorles., S. 112; Entsch. 13.818 Slg.

³¹⁹⁾ Vgl. Czoernig, l. c. S. 113 (§§ 325 oder 331 E. O.); Entsch. vom 4. Januar 1899, Z. 17.869, J. Bl., 1899, S. 231 (Zulässigkeit der Sicherstellung des Gläubigers des Nacherben auf dem fideicommissarischen Substitutionsrechte); Entsch. vom 13. Januar 1899, Z. 1976, J. Bl. 1900, S. 47 (Unpfändbarkeit des Anspruches auf ein Substitutionscapital, weil Anfall durch Überleben bedingt, § 822 a. b. G. B.); Entsch. vom 4. Mai 1899, Not. Zt. 1899, S. 239.

³²⁰⁾ Über das Verhältnis der (exec.) Zwangsverwaltung zur Sequestation im Sinne des § 254 Pat. v. 9. Aug. 1854, R. G. B. Nr. 208 (und Einstellung der ersteren nach § 129, al. 2 in fine E. O.) siehe Entsch. v. 21. Juni 1898, Nr. 8641, Slg. N. F. 234, J. M. V. Bl. 1898, N 1470, Právník 1899, S. 436.

erschwerung, um eine verbotende Beweisregel in dem bei § 577 a. b. G. B. angegebenen Sinne. Dem Richter soll verboten sein, auf andere Beweise zu achten. Als Beweisregel ist diese Bestimmung jedoch gemäß § 272, al. 1 C. P. O. aufgehoben.³²¹⁾

Eine Formvorschrift kann in § 722 a. b. G. B. nicht erblickt werden. Die Aussage der Zeugen ist in diesem Falle keine Verkörperung der letztwilligen Anordnung, sondern bloß die Reproduction eines außerhalb der Aussage (und überhaupt außerhalb einer den Inhalt appercipierenden geistigen Thätigkeit) der Zeugen³²²⁾ bestehenden, durch die Schrift existierenden und fixierten letzten Willens. Die Beziehung des § 722 zu § 586 a. b. G. B. rührt daher, dass früher (im westgalizischen Gesetzbuche) auch die letztere Bestimmung eine Beweisvorschrift war. Nach Abänderung derselben in eine Formvorschrift ist der Zusammenhang zwischen beiden Stellen nur mehr ein äußerlicher.

Am ehesten ließe sich die Schlussbestimmung des § 722 a. b. G. B. in Verfolgung des nachstehenden Gedankenganges aufrecht erhalten: In den §§ 721 und 722 ist die Vermuthung enthalten, dass eine vertilgte letztwillige Anordnung aufgehoben sei. Diese Vermuthung ist laut § 270, Satz 1 C. P. O.

³²¹⁾ So auch Wehli, G. H. 1897, S. 80, J. Bl. 1897, S. 91; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 505, N. 5 a. Dagegen erwähnen von einem Einflusse der Civilprocessordnung nichts und führen die Bestimmung des § 722 in fine als geltendes Recht an: Stubenrauch-Schuster-Schreiber, § 955 und Anders, Gr. d. Erbr., S. 28 und 67. — Randa, Právník 1898, S. 293 hält § 722 in fine mit Rücksicht auf Art. VII, Z. 2 E. G. z. C. P. O., resp. die in diesem Artikel hervortretende Tendenz für aufrecht bestehend, dieser Ansicht war auch ich früher (Právník 1897, S. 896; 1893, S. 293). Vgl. auch den Antrag Randa's oben in N. 317.

³²²⁾ Das (allographe) Testament ist allerdings „vor drei fähigen Zeugen“ (§ 579), nicht bloß „in Gegenwart dreier Zeugen“ (vgl. die Diction in § 75 a. b. G. B.) zu errichten, woraus zu schließen ist, dass die Zeugen das Testament quasi entgegennehmen sollen; allein den Inhalt brauchen sie deshalb doch nicht zu kennen und die Thatsache, dass das Testament „vor drei Zeugen“ errichtet wurde, ist auch anderweitig als durch eben diese drei Zeugen beweisbar; auch ist der Beweis des Errichtungsactes mit dem Beweise des Inhaltes, welcher in § 722 in fine geregelt wird, nicht identisch; vielmehr setzt der letztere Beweis voraus, dass es überhaupt bereits feststeht, dass ein gültiger letzter Wille vorhanden war. Wie das letztere zu beweisen ist, regelt § 722 überhaupt nicht.

aufrecht erhalten. Der Gegenbeweis gegen die Vermuthung, nämlich der Beweis, dass der letzte Wille trotz Vertilgung aufrecht bestehe, ist laut § 270, Satz 2 C. P. O. nur insofern zulässig, als ihn das Gesetz nicht ausschließt. Nun schließt ihn hier das Gesetz insofern aus, als es bloß einen bestimmt qualifizierten Beweis zulässt. Sohin wäre die Schlussbestimmung des § 722 a. b. G. B. durch § 270 C. P. O. erhalten. Dagegen ergibt sich jedoch die Einwendung, dass die in den §§ 721 und 722 enthaltene Vermuthung (vgl. auch Ofner, I, S. 430) doch höchstens dahin verstanden werden könnte, dass die Absicht der Vertilgung vermuthet werde, der Gegenbeweis jedoch, die Vertilgung sei „zufällig“ geschehen, zulässig sei. Bezüglich dieses Gegenbeweises, d. i. des Beweises des Zufalls gilt aber selbst nach § 722 a. b. G. B. gar nichts Besonderes. Hier handelt es sich jedoch um den Beweis des Inhaltes; für oder gegen den Inhalt streitet keine Vermuthung, es kann daher diesfalls § 270, Satz 2 C. P. O. gar nicht zur Anwendung kommen und es muss gegenwärtig auch bezüglich des Inhaltes die Vorschrift des § 272, al. 1 C. P. O. gelten.

Die aufgehobene Schlussbestimmung des § 722 a. b. G. B. lässt sich auch (*de lege ferenda*) schwer begründen. In den meisten Fällen kommt die intendierte Beweiserschwerung einer Beweisverweigerung gleich, so bei allen holographen Testamenten. Doch auch bei einem allographen Testamente müssen die Zeugen den Inhalt nicht kennen. Es ermangelt schließlich auch in den wenigen Fällen, in welchen der Beweis gemäß § 722 in fine zu erbringen wäre, der Grund, warum nur dieser Beweis durch die Testamentszeugen und nicht auch durch andere Zeugen zugelassen werden sollte. Die Zeugen eines schriftlichen Testamentes unterscheiden sich wesentlich von den Zeugen eines mündlichen Testamentes, ihnen wird es ja vom Erblasser gar nicht zur Pflicht gemacht, den Inhalt dem Gedächtnisse einzuprägen. Deshalb verdient der Zeuge eines schriftlichen letzten Willens bezüglich des Inhaltes nicht mehr Glauben als jede andere Person, welche ohne Verpflichtung sich den Inhalt zu merken, von dem Inhalte Kenntnis erlangte.

FÜNFZEHNTES HAUPTSTÜCK.

Von Besitznehmung der Erbschaft.

§ 811. Verlassenschafts-Curator.

Der in § 811 a. b. G. B. erwähnte Curator ist, im Gegensatz zu dem laut § 78 des kais. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 zu bestellenden Curator bonorum, ein Curator litis (*ad hoc*).³²³ Dieser Curator wird bestellt: aus dem Grunde, weil die *hereditas jacens* vorausgesetztmaßen eines gesetzlichen Vertreters (des erbserklärten Erben § 547, Satz 1 a. b. G. B.) entbehrt und zu dem Zwecke, damit der Gläubiger in der Verfolgung seines Rechtes nicht gehemmt werde (vgl. § 276 a. b. G. B.). Der Fall ist daher allerdings in der Civilprocessordnung geregelt (§ 8 C. P. O.) und hienach wäre der Schlussatz des § 811 a. b. G. B. durch § 8 C. P. O. aufgehoben (Art. I, al. 2 E. G. z. C. P. O.), wenn nicht aus der Citierung des § 811 a. b. G. B. in den §§ 155, al. 2 und 164 C. P. O. hervorgienge, dass an der Bestimmung des § 811 a. b. G. B. nichts geändert werden soll. Die Aufrechterhaltung des § 811 a. b. G. B. bringt mit sich, dass die Bestellung des Curators nicht dadurch bedingt ist, dass mit dem Verzuge für den Gegner Gefahr verbunden wäre. Hierin liegt die Abweichung von § 8 C. P. O. Die Bestimmung des § 10 C. P. O. gilt jedoch auch bezüglich des nach § 811 a. b. G. B. bestellten Curators, da § 10 C. P. O. nicht unterscheidet.³²⁴

Das Hofdecret vom 19. Januar 1790, J. G. S. Nr. 1094, lit. *d* halte ich für aufgehoben, und zwar bereits durch das

³²³) Vgl. Pfaff-Hofmann, Comm., II, S. 38; Schwalb in G. Z. 1900, S. 371. (Wer hat den Curator nach § 811 a. b. G. B. zu ernennen?)

³²⁴) Der Advocat, welcher laut Entsch. Nr. 1919 Slg. die Curatelskosten (auch Stempel und Barauslagen) gegen den obsiegenden Gegner einklagte, abgewiesen wurde und außer seinem Schaden auch noch den Spott in Pfaff-Hofmanns Comm., II, S. 39, N. 56 erdulden musste („... als hätte sich der Vindicant den Curator bestellt, damit dieser den Process gegen ihn verliere... Selbstverständlich wurde er abgewiesen“), würde jetzt „selbstverständlich nicht“ abgewiesen werden. — Im außerstreitigen Verfahren gilt jedoch § 10 C. P. O. nicht (Entsch. v. 16. August 1898, Z. 11.373, J. Bl. 1899, S. 24, Gazz. d. Trib. 1899, S. 11, vgl. Entsch. v. 9. April 1896, Z. 3887, J. Bl. 1896, S. 395). Über § 10 C. P. O.: Badian in J. Bl. 1897, S. 304.

allg. bürgerliche Gesetzbuch (§ 811, vgl. § 547, Satz 1, § 550, Satz 2). Es ist in der That nicht gut zu erklären, warum dieses Hofdecret gewöhnlich neben § 811 a. b. G. B. angeführt zu werden pflegte, da es doch, soweit es mit demselben übereinstimmt (Processführung durch den Curator gemeinschaftlich mit den „bekannten Erben“, Benachrichtigung der letzteren), wirklich nicht practiciert wurde. Mit Recht wurde daher diese veraltete Bestimmung in der neuen Civilprocessordnung nicht bezogen und allein der vollkommen genügende § 811 a. b. G. B. citiert.³²⁵⁾

Was die Fortführung einer Execution gegen eine liegende Verlassenschaft anbelangt, so muss der betreibende Gläubiger, sofern nicht bereits ein Vertreter der Verlassenschaft in der Person des erbserklärten Erben oder eines im Sinne der §§ 78, 128, 129 des kaiserl. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 bestellten Curators bonorum (§ 34, al. 1, Satz 1 E. O.)³²⁶⁾ vorhanden ist, in der Regel um Bestellung eines Curators ansuchen (§ 34, al. 1, Satz 2 E. O.); dieser Curator ist ein Curator ad hoc im Sinne des § 811 a. b. G. B.³²⁷⁾

Bei Fortführung einer Execution auf Liegenschaften ist jedoch gemäß § 34, al. 2 E. O. die „vorherige“ Bestellung eines einstweiligen Nachlassvertreters entbehrlich, wenn die Anmerkung der Zwangsverwaltung oder der Einleitung des Versteigerungsverfahrens noch bei Lebzeiten des Verpflichteten erfolgt ist.³²⁸⁾ Es dürfte kaum zu rechtfertigen sein, warum in diesem Falle (und nur in diesem Falle) der liegende Nachlass der Möglichkeit beraubt sein soll, die Oppositionsklage (§ 35 E. O.) oder verschiedene auf Milderung der Execution abzielende Anträge (z. B. § 41, al. 2, § 108, al. 2, § 201 E. O.) einzubringen. Die „nachherige“ Bestellung eines Curators für den Verpflichteten (den liegenden Nachlass) lässt sich ja bei Fortführung der Execution (wenn nicht etwa inzwischen der Erbe sich erbserklärt oder ein Curator bonorum für den Nach-

³²⁵⁾ Vgl. „—ra“ (Hofdecrete redivivi) in G. H. 1899, S. 385.

³²⁶⁾ Unter dem in § 34, al. 1, Satz 1 E. O. erwähnten Curator ist ein Curator bonorum gemeint. Vgl. Schauer, N. 1, ad § 34 E. O.

³²⁷⁾ Vgl. Formular Nr. 121.

³²⁸⁾ Neumann, E. O., S. 37; Fürstl, II, S. 93; Comm. in G. H. 1890, S. 517.

lass errichtet wurde) doch nicht vermeiden (§ 162, al. 2, 3, § 174, § 112, al. 2, § 116 E. O.).

Der Grund, warum die bürgerliche Anmerkung entscheidend sein soll, ist übrigens auch gar nicht einzusehen; die bürgerliche Anmerkung hat doch bloß Bedeutung im Verhältnis zu dritten Personen, für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Verpflichteten und deren Universalsuccessoren muss die bürgerliche Anmerkung oder Nichtanmerkung der Execution vollkommen irrelevant sein (§ 547 a. b. G. B.). Man vergleiche nur den Fall der Hypothekarklage, dann § 62 Gb. G. a contr. des § 61, al. 2 Gb. G. Gegen den Universalsuccessor ist doch weder die Anmerkung der Hypothekarklage, noch die Anmerkung der Vollstreckbarkeit, noch die Streitankündigung, noch sonst eine Anmerkung nöthig, bei der Universalsuccession findet doch überhaupt kein „Schutz des bona fide-Erwerbes“ statt. Diese Anmerkungen sind stets nur gegen den Singularsuccessor von Bedeutung, um die durch sie bekundeten Verhältnisse ihm gegenüber wirksam zu machen, der Universalsuccessor muss sich sie auch ohne Anmerkung gefallen lassen.³²⁹⁾

Wollte man die Fortführung einer Execution auf Liegenschaften nach dem Tode des Executen ohne Bestellung eines Curators gestatten, so durfte man dieselbe nicht von der grundbürgerlichen Anmerkung abhängig machen, sondern musste sie entweder schlankweg zulassen oder von einem relevanteren Umstand (z. B. der Rechtskraft des Bewilligungsbescheides) abhängig machen. So wie § 34, al. 2 gegenwärtig lautet, zeugt er von einer Verkennung des Wesens der Universalsuccession und der Bedeutung grundbürgerlicher Anmerkungen, ganz abgesehen davon, dass er auch mit dem Postulate der Gerechtigkeit im Widerspruche steht, weil die Gegenpartei der Möglichkeit der Vertretung ihrer Interessen beraubt ist.³³⁰⁾

³²⁹⁾ Vgl. Czoernig, Vorles., S. 197, ad § 207 in fine: Stirbt der Verpflichtete, so treten die hereditas jacens, bzw. der Erbe auch ohne Anmerkung in dessen Rechtslage ein. Vgl. auch § 88 daselbst.

³³⁰⁾ Dies ist umso schwerer erklärbar, als diese Privation bei der Execution auf bewegliche (und daher zumeist minder wichtige) Sachen nicht platzgreift und die Execution im letzteren Fall nur gegen einen Vertreter fortgesetzt werden kann (§ 34, al. 1). — Der Abs. 2 des § 34 E. O. wurde erst auf Grund des gemeinsamen Berichtes der Permanenzcommission des Herrenhauses und des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses beigefügt (Mat., II, S. 680). Die

§ 813. Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger.

Wird eine Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger bewilligt, so kann auf Antrag die Aufschiebung (Hemmung) der Execution angeordnet werden (§ 42, Z. 6 E. O.).

Laut § 813 a. b. G. B. kann der Erbe (oder Verlassenschaftscurator), welcher die Einberufung der Gläubiger beantragt hat, bis nach verstrichener Convocationsfrist mit der Befriedigung der Gläubiger inne halten.

Laut Judicatenbuch Nr. 20 hinderte jedoch dieses Recht des Erben die Gläubiger nicht, ihre Forderungen im Processwege geltend zu machen und mittels des Vollstreckungsverfahrens sich die Befriedigung zu verschaffen. Gegen die Execution stand dem Erben kein Mittel zur Verfügung; dem sollte nun durch die eingangs citierte Bestimmung des § 42, Z. 6 E. O. gesteuert werden.

Die Gläubigerconvocation bewirkt hienach nicht Unzulässigkeit der Execution überhaupt, und es kann auch nicht die Aufschiebung aller auf das Verlassenschaftsvermögen zuführenden Executionen bewilligt werden, sondern es ist die Aufschiebung stets nur für jede einzelne Execution besonders auszusprechen.³³¹⁾

Legitimiert zum Antrage ist offenbar bloß der Erbe oder Verlassenschaftscurator; unterlässt er den Antrag, so dürfte ihn die Verantwortlichkeit nach § 815 a. b. G. B. treffen, denn lässt man das Unterlassen des Antrages ohne Sanction, und stellt daher die Einbringung des Antrages dem guten Willen des Erben anheim, so wird der Zweck der Bestimmung des § 42, Z. 6 zumeist vereitelt werden, zumal der Erbe dann an der Aufschiebung der Execution kein Interesse hat.³³²⁾

Begründung desselben befindet sich sonderbarerweise in dem mit „Verstärkung des Schutzes des Verpflichteten oder seiner Rechtsnachfolger“ überschriebenen Absatze 8 des gemeinsamen Berichtes (Mat., II, S. 644, 645). Man vgl. auch § 785 des Entwurfes einer Civilprocessordnung vom Jahre 1881 (Beil. 331 zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses, IX. Session), woselbst die Frage der Fortsetzung der Execution gegen Universal- und Singular-Successoren in der natürlichsten Weise gelöst ist.

³³¹⁾ Fragenbeantwortung ad § 42 E. O., P. 1.

³³²⁾ Laut Matér., II, S. 645 sollte durch Einfügung des § 42, Z. 6 E. O. die bestehende Streitfrage in der den „Interessen des Erben“ angemessensten Weise gelöst werden. Vgl. Fürstl, II, S. 121.

Allerdings ist die Verantwortlichkeit des Erben den beschädigten Gläubigern gegenüber umso drückender, als der erstere besonders wachsam sein muss, um den Aufschiebungsantrag noch zur rechten Zeit einzubringen; denn soll der Zweck der Bestimmung des § 42, Z. 6 wiederum nicht vereitelt werden, muss der Antrag noch vor dem Vollzuge, durch welchen der betreibende Gläubiger ein dingliches Recht und demnach ein Vorrecht erwerben würde, eingebracht werden.³³³⁾ Da nun der Erbe von der Bewilligung der Execution ordnungsgemäß erst dann verständigt wird, wenn bereits zum Vollzuge der Execution geschritten werden soll, so wird der Antrag auf Aufschiebung auch dem Vollstreckungsorgane gegenüber erklärt werden können (trotz § 45 E. O.)³³⁴⁾, und dieses wird in dem Vollzuge, wenn die Bewilligung der Gläubigerconvocation nachgewiesen wird, einstweilen innezuhalten und weitere Instructionen einzuholen haben (trotz § 46 E. O.).

§ 822. Sicherungsmittel der Gläubiger des Erben.

Das Institut der Sicherstellung nach § 822 a. b. G. B.³³⁵⁾ ist allerdings ein von dem Institute der Execution zur Sicherstellung wesentlich verschiedenes³³⁶⁾, und wurde deshalb durch § 370 fig. E. O. in seinem Bestande nicht berührt; allein es gibt dennoch in einer Beziehung eine Ähnlichkeit zwischen beiden Instituten, welche zu Interpretationszwecken verwertet werden kann.

Diese Ähnlichkeit besteht in dem ungewissen Bestande der Sicherstellung. Die Ungewissheit betrifft jedoch im Falle der Execution zur Sicherstellung die Forderung, wegen welcher Execution geführt wird, im Falle des § 822 a. b. G. B. dagegen das Object, auf welches Execution geführt wird. Im ersteren Falle kann die Forderung hinfällig werden, im zweiten kann

³³³⁾ Vgl. Ofner in G. H. 1897, S. 543.

³³⁴⁾ Vgl. den bei Neumann, E. O., S. 433 citierten J. M. Erl. vom 27. Mai 1899, Z. 11.687 (sieh hierüber auch unten ad § 1052 a. b. G. B.).

³³⁵⁾ Vgl. über dasselbe insbes. Ehrenzweig in G. Z. 1893, S. 193; Skřípský in den Mittheilungen des mährischen Juristenvereines (Zprávy) 1900, S. 115.

³³⁶⁾ Entsch. Slg. Nr. 4736.

das Executionsobject entzogen werden. Soweit es sich daher bloß um die Ungewissheit (Bedingtheit) der Sicherstellung überhaupt handelt, können die Bestimmungen über die Execution zur Sicherstellung eventuell zur näheren Auslegung des § 822 a. b. G. B. herangezogen werden; keineswegs aber, soweit die Bestimmungen über die Execution zur Sicherstellung auf der Ungewissheit speciell der Forderung beruhen.

Dies zeigt sich bei der Frage nach den zulässigen Executionsarten. Mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 822 a. b. G. B. („Verbot, Pfändung oder Vormerkung“) war es streitig, ob die Sicherstellung auch mittels Sequestration bewirkt werden könne. Das Judicat Nr. 128 hielt die Sequestration für zulässig, wenn der Ertrag zu Gericht erlegt wird. Dasselbe wird mit Rücksicht auf den ähnlichen Fall des § 374 E. O. auch jetzt gelten. Auch die Execution durch Überweisung einer Forderung zur Einziehung wird unter den in § 374 E. O. genannten Bedingungen (und Erlag zu Gericht) im Falle des § 822 a. b. G. B. zu bewilligen sein.

Dagegen kann aus der Beschränkung der Execution zur Sicherstellung auf die bürgerliche Vormerkung kein Argument gegen die Zulässigkeit der Einverleibung im Falle des § 822 a. b. G. B. geholt werden, weil diese Beschränkung lediglich auf die Qualität der Forderung als einer ungewissen zurückgeführt werden kann, während es sich im Falle des § 822, wie erwähnt, nicht um eine unsichere Forderung, sondern um ein unsicheres Executionsobject handelt. Wenn daher vor der neuen Executionsordnung im Falle des § 822 a. b. G. B. nicht nur die Vormerkung, sondern auch die Einverleibung für zulässig erachtet wurde³³⁷⁾, so braucht hierin wegen § 374 E. O. keine Änderung einzutreten.³³⁸⁾

Der Umstand, dass das Executionsobject dem Executen erblich angefallen ist, ist vom Gläubiger nachzuweisen.³³⁹⁾ Dieser Nachweis dürfte nach Analogie des § 9 E. O. durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu erbringen sein.

³³⁷⁾ Entsch. Slg. Nr. 8189; Ehrenzweig, l. c. S. 203 bei und in N. 71.

³³⁸⁾ So auch Némethy, J. Bl. 1896, S. 279; Skřípský, l. c. S. 153.

³³⁹⁾ Vgl. Entsch. Slg. Nr. 7527.

§ 823. Erbschaftsklage.

Dem Erbschaftskläger steht auch die Klage auf Vermögensangabe und Leistung des Offenbarungseides gemäß Art. XLII E. G. z. C. P. O. zu. Diese Klage kann unter den Bedingungen des § 227 C. P. O. mit der Erbschaftsklage cumuliert werden (Art. XLII, al. 3).

SECHZEHNTES HAUPTSTÜCK.

Von der Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte.

§ 829. Execution auf ideelle Antheile.

Der Antheil eines Miteigenthümers kann separat in Execution gezogen werden.³⁴⁰⁾

Die Execution auf Liegenschaftsantheile wird nach den Bestimmungen über die Execution auf unbewegliche Sachen geführt (§§ 87, 97, al. 1, 131³⁴¹⁾, 238 E. O.). Wenn nach Einleitung des Versteigerungsverfahrens bezüglich der ganzen Liegenschaft ein anderer Gläubiger nur auf einen Antheil Execution durch Zwangsversteigerung führt, so werden wohl beide Versteigerungsverfahren selbständig zu führen sein, umso mehr, wenn früher das Versteigerungsverfahren in Betreff eines Theiles und dann erst seitens eines anderen Gläubigers in Betreff der ganzen Liegenschaft erwirkt wurde.³⁴²⁾

Rücksichtlich der Execution auf Antheile an beweglichen Sachen enthält die Executionsordnung keine Bestimmungen.³⁴³⁾ Die Execution ist nach den Bestimmungen über die Execution auf die ganze Sache zu führen (analog § 238 E. O.). Bei der Execution auf Wertpapier-Antheile wären die oben ad § 524

³⁴⁰⁾ Die Executionsführung (nur) auf den verpfändeten Theil einer Liegenschaft ist auch nach stattgehabtem Erwerb weiterer Theile derselben Liegenschaft durch den Pfandschuldner zulässig; § 13 Gb. G. steht nicht entgegen: Entsch. vom 14. Juni 1898, Z. 8197, C. Bl. f. j. Pr. 1898, S. 1043, Slg. N. F. Nr. 220.

³⁴¹⁾ Zu § 131 E. O. vgl. Fragenbeantwortung und dazu Bum, J. Bl. 1898, S. 481 (in § 131 waren physische Antheile nicht gemeint).

³⁴²⁾ Trotz § 139 E. O. Vgl. hierüber Fürstl, II, S. 285; Neumann, E. O., S. 236; Kraus in G. Z. 1900, S. 101.

³⁴³⁾ Vgl. Neumann, E. O., S. 177.

a. b. G. B. geltend gemachten Gesichtspunkte zu beachten; es wird nämlich, behufs Wahl der Realisierungsweise, zuerst die Vorfrage zu entscheiden sein, ob solchen Antheilen ein Börsenpreis zukommt oder nicht.

§ 830. Theilungsklage.

Sieh bei § 841.

§ 833. Zwangsverwaltung eines Antheiles.

An Stelle des Miteigenthümers, dessen Antheil in Zwangsverwaltung befangen ist, führt der Zwangsverwalter die (Mit-) Verwaltung (§ 833 a. b. G. B., § 109, al. 2, 3 E. O.). Das Executionsgericht fungiert bezüglich des Antheiles als Oberverwaltungsbehörde (§ 109, al. 4, § 112, al. 1 E. O.).

Den übrigen Miteigenthümern steht es frei, dem Zwangsverwalter auch die Verwaltung ihrer Antheile zu übertragen; dem letzteren ist es nicht verboten, einen solchen Auftrag (§ 837, Satz 1 a. b. G. B.) anzunehmen. Rücksichtlich der Antheile der Miteigenthümer fungiert der Zwangsverwalter nicht als solcher, sondern als privater Machthaber (Mandatar); auch das Gericht fungiert rücksichtlich dieser Antheile nicht als Oberverwaltungsbehörde, und zwar selbst dann nicht, wenn die Miteigenthümer dies wünschten, da das Gericht nicht berufen ist, eine Oberverwaltung außer den im Gesetze bestimmten Fällen zu besorgen.

Der Zwangsverwalter tritt in Ausübung des Miteigenthumsrechtes an Stelle des Miteigenthümers.³⁴⁴⁾ War ein gemeinsamer Verwalter nicht bestellt, so führt er die Mitverwaltung (§ 833 a. b. G. B.), er übt das Stimmrecht anstatt des Miteigenthümers aus. War ein gemeinsamer Verwalter bestellt, so wird am zweckmäßigsten dieser Verwalter (falls er nicht der Execut selbst ist) zum Zwangsverwalter zu bestellen sein. Wird vom Gerichte jemand anderer zum Zwangsverwalter bestellt, so wird hiedurch die Vollmacht des gemeinsamen Verwalters rücksichtlich des sequestrierten Theiles außer Wirksamkeit gesetzt (analog § 1024, Satz 1 a. b. G. B.). Die dem

³⁴⁴⁾ Vgl. Neumann, E. O., S. 219; H. v. S. in Not. Zt. 1898, S. 159.

Verwalter seitens der übrigen Theilhaber ertheilte Vollmacht bleibt unberührt. Nur bei der Zwangsverwaltung eines Bergwerksantheiles tritt mit der Ernennung eines anderen Zwangsverwalters als des von den Theilhabern bestellten gemeinschaftlichen Bevollmächtigten auch die von den übrigen Theilhabern dem letzteren ertheilte Vollmacht außer Wirksamkeit und es ist für die Dauer der Zwangsverwaltung der Zwangsverwalter von Gesetzeswegen als Bevollmächtigter der übrigen Theilhaber anzusehen (§ 240 E. O.).³⁴⁵⁾

§ 834. Maßregeln von besonderer Wichtigkeit.

Zu Verfügungen, welche nicht im gewöhnlichen Wirtschaftsbetriebe inbegriffen sind, sowie zu allen sonstigen Maßregeln von besonderer Wichtigkeit bedarf der Zwangsverwalter der Zustimmung des Executionsgerichtes (§ 112, al. 1 E. O.; vgl. § 233 a. b. G. B.). Die Zustimmung des Executionsgerichtes kann sich laut des bei § 833 Gesagten einzig und allein auf den sequestrierten Antheil beziehen, und zwar selbst dann, wenn dem Verwalter auch von den übrigen Miteigenthümern die Verwaltung ihrer Antheile übertragen worden wäre; denn die letzteren können zwar, wie oben bemerkt, den Zwangsverwalter zum Verwalter, nicht aber das Executionsgericht zum Oberverwalter bestellen. Selbst im Falle der Zwangsverwaltung eines Bergwerksantheiles kann sich die Entscheidung des Executionsgerichtes nicht auf die nichtsequestrierten Antheile beziehen, denn den nicht unter Sequestration stehenden Miteigenthümern muss es freistehen, selbst die Oberverwaltung zu führen.

Da die Entscheidung des Gerichtes nur denjenigen Antheil betreffen kann, welcher executiv verwaltet wird, so wäre die Einvernahme der übrigen Miteigenthümer zur Entscheidung nicht durchaus erforderlich. Die Stimme des Executionsgerichtes wiegt bei der Abstimmung über das Schicksal der Sache eben so viel und nur so viel als die Stimme des Eigenthümers eines

³⁴⁵⁾ Vgl. hiezu A. in G. H. 1898, S. 2 (ad G. H. 1897, N. 49, 50), woselbst auch die Frage aufgeworfen wird, wie es dann mit dem dem suspendierten Verwalter etwa vertragsmäßig gebührenden Lohne bestellt sei? Vgl. ferner Fürstl. II, S. 488.

nicht-sequestrierten gleichen Antheiles. Um jedoch dem Executionsgerichte das Überstimmtwerden bei der Abstimmung und die Prüfung eines wegen Nichtzustimmung der übrigen Miteigenthümer von vornherein aussichtslosen Antrages des Zwangsverwalters zu ersparen, sowie überhaupt behufs Berücksichtigung der Stellungnahme der übrigen Theilhaber, verfügte der Entwurf der Executionsordnung in § 115, al. 3, dass (vor der Entscheidung) die übrigen Miteigenthümer einvernommen werden sollten. Laut gemeinsamen Beschlusses der Conferenz zur Executionsordnung³⁴⁶⁾ wurde diese, gewiss zweckmäßige, Bestimmung auf den Fall beschränkt, wenn dem Zwangsverwalter auch von den übrigen Miteigenthümern die Verwaltung übertragen worden war (§ 112, al. 3 E. O.). Diese Beschränkung ist nicht gerechtfertigt und beruht wahrscheinlich auf einem Verkennen der Tragweite der Entscheidung des Executionsgerichtes.³⁴⁷⁾ Im Gegentheil gerade dann, wenn der Zwangsverwalter zugleich Mandatar der übrigen Miteigenthümer ist, wird die Einvernahme der letzteren entbehrlicher sein. Die gegenwärtige Bestimmung kann jedoch unter Zuhilfenahme des § 55, al. 3 E. O. („von amtswegen alle geeigneten Erhebungen pflegen“) wenigstens insoweit wieder auf den ursprünglichen Umfang (des § 115, al. 3 des Entwurfes) restituiert werden, als es dem Gerichte freisteht, auch in den von § 112, al. 3 E. O. nicht getroffenen Fällen, von amtswegen Erhebungen über die Stellungnahme der übrigen Theilhaber zu pflegen.³⁴⁸⁾ Der Eigenthümer des sequestrierten Antheiles selbst ist in jedem Falle vor der Entscheidung einzuvernehmen (§ 337 E. O.).

Nach dem Gesagten kann aus § 112, al. 3 E. O. eine Abänderung der Bestimmungen über die Verwaltung gemeinsamer

³⁴⁶⁾ Materialien, II, S. 716.

³⁴⁷⁾ Ein ähnliches Verkennen, und zwar in Betreff der Tragweite des Einstellungsantrages von mehreren betreibenden Gläubigern bezeugt § 206, al. 1 E. O. Vgl. die in der Fragenbeantwortung angestrebte Correctur und dazu Bum, J. Bl. 1898, S. 505.

³⁴⁸⁾ Jedenfalls ist die Änderung in § 113, al. 3 E. O. keine bloße „stilistische Änderung“, welche „vor allem die Klarstellung des Sinnes der Bestimmung ohne sachliche Modification bezweckt“, wie im gemeinsamen Berichte der Permanenzcommission des Herrenhauses und des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses angeführt ist (Mater., II, S. 631).

Sachen (etwa in dem Sinne, dass die Entscheidung des Executionsgerichtes auch für die nicht-sequestrierten Antheile gelte, wenn die Eigenthümer derselben die Verwaltung dem Zwangsverwalter übertragen) nicht gefolgert werden; allerdings modificiert jedoch § 240 E. O. (über die Zwangsverwaltung eines Bergwerksantheiles) die den Miteigenthümern sonst nach § 836 a. b. G. B. zustehende freie Auswahl eines gemeinschaftlichen Verwalters.

Haben die übrigen Miteigenthümer eine wichtige Veränderung vorgeschlagen und wird der widerstrebende Zwangsverwalter (eventuell mit dem Executionsgerichte, welches ja nur als Organ der Verwaltung eines Antheiles, nicht als Entscheidungsgericht über das Gemeinschaftsverhältnis fungiert) überstimmt, so kann er wohl Sicherstellung für den künftigen Entgang an Nutzungen, nicht aber den Austritt aus der Gemeinschaft verlangen; denn das letztere ist eine die Substanz betreffende Disposition, während die Befugnisse des Zwangsverwalters auf die Gewinnung von Nutzungen beschränkt sind. Der betreibende Gläubiger kann jedoch in einem solchen Falle den im folgenden bei § 841b bezeichneten Weg betreten.

§ 841. Aufhebung der Gemeinschaft.

a) Durch den Theilhaber. Die Aufhebung der Gemeinschaft wird seitens eines Theilhabers durch Klage³⁴⁹⁾ angestrebt (§ 830 a. b. G. B.). Das Urtheil beschränkt sich auf die Entscheidung der Frage, ob die Gemeinschaft aufgehoben und die Vermögensmassa mithin getheilt werden soll.³⁵⁰⁾ Die Entscheidung, wie getheilt werden soll, erfolgt erst in der Executionsinstanz. Der mit dem Vollzuge betraute richterliche Beamte hat die Theilung mit entsprechender Bedachtnahme auf die Vorschriften der §§ 841—853 a. b. G. B. auszuführen (§ 351 E. O.).³⁵¹⁾

³⁴⁹⁾ Über diese Klage vgl.: Junghanns (Die Theilungsklage) in G. H. 1899, S. 83. Über die zwangsweise Durchsetzung des Anspruches auf Aufhebung der Gemeinschaft: Schmid in G. Z. 1900, S. 249.

³⁵⁰⁾ Vgl. Neumann, E. O., S. 369.

³⁵¹⁾ In Betreff des Verfahrens sieh: §§ 55, al. 3 (auch Sachverständige, Czoernig, Vorles., S. 290), 56, 57, 59, 78 E. O. (Junghanns, l. c.).

b) Durch den Gläubiger eines Theilhabers. Der Gläubiger eines Theilhabers kann nicht nur auf den ideellen Antheil selbst Execution führen (sich bei § 829), sondern er kann auch den Anspruch eines Theilhabers auf Aufhebung der Gemeinschaft mittels Pfändung gemäß § 331 E. O. in Execution ziehen, sodann sich vom Gerichte laut § 333, al. 1 E. O. ermächtigen lassen, diesen Anspruch im Namen des Verpflichteten geltend zu machen, und schließlich das auf diese Weise abgesonderte (nicht mehr gemeinschaftliche) Vermögen gemäß § 333, al. 2 E. O. im Wege einer in der Executionsordnung zugelassenen Executionsart verwerthen.³⁵²⁾

§ 843. Feilbietung behufs Theilung.

Da unter den beim Vollzuge eines einfach auf Theilung lautenden Urtheiles zu beobachtenden Paragraphen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches auch § 843 enthalten ist, so kann es wohl vorkommen, dass erst in der Executionsinstanz auf Feilbietung erkannt wird.³⁵³⁾ Gewiss kann jedoch auch nach wie vor unter den Voraussetzungen des § 843 a. b. G. B. direct auf Feilbietung geklagt werden³⁵⁴⁾, und dies ist der regelmäßige Weg, die Feilbietung der gemeinsamen Sache zu erlangen. In jedem Falle wird die Feilbietung nach den Bestimmungen des Verfahrens außer Streitsachen (§§ 272—280 des kaiserl. Patentens vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208) durchgeführt (§ 352 E. O.).³⁵⁵⁾ Die Feststellung der Versteigerungsbedingungen hat auch erst im Executionsverfahren zu erfolgen (§ 277 des cit. Pat.; §§ 351, 352 E. O.).³⁵⁶⁾ Unter der in § 272 des cit. Pat. erwähnten Processordnung ist gegenwärtig die Executionsordnung zu verstehen.³⁵⁷⁾ Die ebendasselbst citierte

³⁵²⁾ Vgl. ad § 1212 a. b. G. B.; Czoernig, Vorles., S. 284, 290; Neumann, E. O., S. 178; Fürstl, II, S. 654.

³⁵³⁾ Dagegen Schmid, l. c.

³⁵⁴⁾ Vgl. Stubenrauch ad § 843; Demelius, Sachenr., S. 23; Entsch. v. 15. April 1898, Z. 5055, J. Bl. 1898, S. 465. Auch der Gläubiger des Theilhabers kann im Falle des § 333 E. O. den Anspruch auf Theilung mittels Feilbietung geltend machen.

³⁵⁵⁾ Vgl. früher Spruch-Rep. Nr. 119; Czoernig, S. 290.

³⁵⁶⁾ Neumann, E. O., S. 371; Schmid, l. c. S. 262; Entsch. v. 12. Mai 1899, Z. 7139, G. Z. 1900, S. 224; anders Gernerth in G. Z. 1899, S. 102.

³⁵⁷⁾ Vgl. Art. II E. O. z. C. P. O., § 78 E. O. und oben ad § 461 a. b. G. B.

Feilbietungsordnung (Hofdecret vom 15. Juli 1786, J. G. S. Nr. 565, republiciert durch Hofkanzleidecret vom 13. September 1815, Pol. G. G. Bd. XLIII) ist, soweit sie freiwillige Feilbietungen betrifft, durch die Executionsordnung nicht berührt.

§ 850. Grenzerneuerungsverfahren.

Das außerstreitige Grenzerneuerungs- (oder Grenzbestimmungs-) Verfahren bleibt unberührt.³⁵⁸⁾

§ 851. Grenzstreitigkeiten.

Die Bestimmung oder Berichtigung von Grenzen unbeweglicher Güter wird in § 49, Z. 3 J. N. als Gegenstand der Gerichtsbarkeit in Streitsachen anerkannt.³⁵⁹⁾ Der Schwerpunkt dieses streitigen Grenzbestimmungsverfahrens ist, wie beim Vertheilungsverfahren, in die Executionsinstanz verlegt (§ 351 E. O.). Das Urtheil spricht bloß aus, dass eine Grenzbestimmung (Grenzcheidung) vorzunehmen sei.³⁶⁰⁾

³⁵⁸⁾ Entsch. vom 31. August 1898, Z. 11.712, J. Bl. 1899, S. 35, Slg. N. F. Nr. 293; Entsch. vom 18. April 1900, Z. 5173, G. H. 1900, S. 327. Mit Entsch. vom 18. October 1898, Z. 14.177, Slg. N. F. 342, J. M. V. Bl. 1899, Nr. 14 wurde die Bestimmung des § 528, al. 1 C. P. O. als auf die Abweisung eines Grenzbestimmungs-„Gesuches“ anwendbar erkannt.

³⁵⁹⁾ Junghanns in G. H. 1898, S. 597 und 1900, S. 252; Ghedina in G. H. 1899, S. 514. Ob stets ein außerstreitiges Verfahren vorherzugehen hat, wird in den Civilprocessgesetzen nicht entschieden. Vgl. hiez: Entsch. vom 31. August 1898, Z. 11.712, J. Bl. 1898, S. 35, Slg. N. F. 293, dergemäß die Verweisung des Gesuchstellers auf den Civilrechtsweg, solange der von ihm behauptete Thatbestand nicht erhoben ist, eine vorzeitige und unbegründete ist und in einem solchen Falle gemäß § 2, Z. 5 des Verf. auß. Streits. die Erhebungen zu pflegen sind; ferner Entsch. vom 18. April 1900, Z. 5173, G. H. 1900, S. 327, gemäß welcher auch dann, wenn die Grenzen zwischen benachbarten Grundstücken bereits unkenntlich geworden sind, das Begehren um Grenzerneuerung vorläufig nicht mittels Klage, sondern im außerstreitigen Verfahren zu stellen ist (§ 477, Z. 6 C. P. O. wurde für anwendbar erklärt).

³⁶⁰⁾ Vgl. dagegen Entsch. v. 25. October 1898, Z. 14.105: § 351 E. O. hat wie jede Execution einen vollstreckbaren Titel zur Voraussetzung, erfordert daher, dass im Falle der Berichtigung einer streitigen Grenze die Bestimmung der Grenzlinie im Executionsinstrumente bereits enthalten sei, und überlässt dem Executionsgerichte lediglich die Ausführung der urtheilsmäßig erfolgten Grenzbestimmung, keineswegs aber die selbständige Entscheidung, welche Linie als Grenzlinie zu gelten habe.

§ 853. Beiziehung von Sachverständigen.

Unter den in § 351 E. O. bezogenen Paragraphen des a. b. G. B., auf welche bei der Berichtigung einer streitigen Grenze durch einen richterlichen Beamten Bedacht zu nehmen ist, wird auch § 853 a. b. G. B. genannt. Laut desselben ist in dem in Satz 2 bezeichneten Falle die Beiziehung von Kunstverständigen anscheinend obligatorisch. Wäre dies der Fall, so bliebe sie es auch gegenwärtig (laut § 351 E. O.).³⁶¹⁾

Allein § 853 ist im Zusammenhange mit § 852 dahin zu verstehen, dass die laut § 852 zu Beweiszwecken beigezogenen Kunstverständigen laut § 853 auch zur wirklichen Durchführung zuzuziehen sind; es wird auch in der That der bestimmte Artikel (mit Beiziehung „der“ Kunstverständigen) gebraucht. Laut § 852 ist nun die Beiziehung von Sachverständigen nicht obligatorisch, sondern das Gutachten derselben ist bloß einer der wichtigsten Behelfe bei einer Grenzberichtigung, es wird daher auch im Falle des § 853 die Beiziehung der Kunstverständigen nicht als unter allen Umständen erforderlich angesehen werden können.

An das Gutachten der Sachverständigen ist übrigens der Richter in keinem Falle gebunden, und zwar weder nach § 78 E. O. — § 272 C. P. O., noch nach § 351 E. O. — § 852 a. b. G. B.³⁶²⁾

§ 854. Vermuthete Gemeinschaft.

Der Paragraph enthält ebenso wie § 857 a. b. G. B. erhaltene „Vermuthungen“ (§ 270, Satz 1 C. P. O.). Der Gegen-

³⁶¹⁾ Es läge hierin nicht einmal eine Ausnahme von dem laut § 78 E. O. auch im Executionsverfahren geltenden § 351 C. P. O., laut welchen Sachverständige nur dann zu bestellen sind, wenn die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige nothwendig wird; denn die Kunstverständigen des § 853 a. b. G. B. sind nicht zu Beweiszwecken, sondern zur factischen Durchführung beizuziehen.

³⁶²⁾ Vgl. Entsch. v. 30. November 1898, Z. 14.931, J. Bl. 1899, S. 253, G. H. 1900, S. 184, Slg. N. F. 392 (alter Process): „Der Sachverständigenbeweis ist nach § 852 a. b. G. B. wohl ein wichtiger Behelf bei der Ermittlung der Grenzen, er ist jedoch nicht der einzige und ausschließliche Behelf, und es erscheint daher unzulässig, den Richter, der die Grenzen festzustellen hat, durch ein Urtheil dahin zu binden, dass er das Gutachten der Sachverständigen ausschließlich als für die Entscheidung maßgebend anzuerkennen habe.“ Galt dies unter der Herrschaft der alten Processgesetze, so gilt dies umso mehr jetzt.

beweis unterliegt freier Beweiswürdigung. In § 854 in fine ist eine Beschränkung des Gegenbeweises, welche laut § 270, Satz 2 C. P. O. erhalten wäre, nicht beabsichtigt, wie sich aus der Vergleichung mit § 857 („aus anderen Kennzeichen oder sonstigen Beweisen“) und mit § 852 („wichtigste Behelfe“) ergibt.³⁶³⁾

Zweite Abtheilung des Sachenrechtes.

Von den persönlichen Sachenrechten.

SIEBZEHNTES HAUPTSTÜCK.

Von Verträgen überhaupt.

§ 860. Obligationen ex lege.

Die Civilprocessordnung enthält einige Bestimmungen über Obligationen ex lege:

a) Wer von der Verschweigung oder Verheimlichung eines Vermögens vermuthlich Kenntniss hat, kann mittels Urtheiles dazu verhalten werden anzugeben, was ihm von diesem Vermögen bekannt ist, und einen Eid zu leisten, dass seine Angaben richtig und vollständig sind (Art. XLII E. G. z. C. P. O.).¹⁾

³⁶³⁾ Vgl. Stubenrauch, S. 1105.

¹⁾ Art. XLII E. G. z. C. P. O. unterscheidet zwei Fälle der Verpflichtung zur Manifestation: die auf sonstigen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes fußende Verpflichtung, ein Vermögen anzugeben, und die Verpflichtung zur Manifestation im Falle eines Vertuschungsverdacht (vgl. Demelius, G. H. 1897, S. 326). Die erstere wird in Art. XLII bloß näher präcisirt (vgl. früher § 219 a. G. O.); die letztere eingeführt (vgl. früher § 220 a. G. O. und dazu Entsch. vom 19. August 1897, J. Bl. 1898, S. 105, G. Z. 1898, S. 159); al. 2 des cit. Art., gemäß welchem zur Klage ein privatrechtliches Interesse (a contr. des rechtlichen in § 228 C. P. O.) an der Ermittlung erfordert wird, bezieht sich bloß auf den zweiten Fall, da im ersten das privatrechtliche Interesse durch die vorausgesetztermaßen bestehende Verpflichtung zur Angabe ohnedies vom Rechte bereits anerkannt ist. Von beiden Fällen verschieden ist der Manifestationseid des § 47 E. O.; vgl. hiezu Neumann, E. O., S. 391; Sperl, G. Z. 1900, S. 87 (Erfolglosigkeit einer politischen Execution genügt nicht; ebenso Entsch. Landesgericht Brünn v. 27. März 1900, R. II 95, Právník 1900, S. 472, dagegen Entsch. Landesger. Wien v. 13. Juni 1898, R. XV 90, J. Bl. 1898, S. 387); Mandry-Geib, Civ.-r. Inh., § 44, N. 4.

b) Wird eine Privaturkunde unleserlich oder schadhafte, so kann deren Inhaber oder jeder andere Betheilte vom Aussteller der Urkunde begehren, dass dieselbe erneuert werde (§ 317 C. P. O.).²⁾

c) Die Vorlage einer gemeinschaftlichen Urkunde kann auch außerhalb eines anhängigen Rechtsstreites im Wege der Klage gefordert werden (Art. XLIII E. G. z. C. P. O. vgl. § 309 C. P. O.).³⁾ Diese Bestimmung bezieht sich auf den in § 304, al. 1, Z. 3 C. P. O. bezeichneten Fall, dass die Urkunde ihrem Inhalte nach eine beiden Parteien gemeinschaftliche ist.⁴⁾ Was darunter verstanden wird, ist aus § 304, al. 2 zu entnehmen; vgl. auch § 593, al. 2 C. P. O. und § 844 a. b. G. B.⁵⁾

Die Bestimmung des Art. XLIII E. G. z. C. P. O. gilt wohl auch in Betreff sogenannter Auskunftssachen (§ 318 C. P. O.).⁶⁾

d) Sind die Voraussetzungen für eine nachträgliche Entziehung des Armenrechtes vorhanden, so ist die ehemals arme Partei zur Nachzahlung zu verhalten, insbesondere ist derselben der Ersatz der Barauslagen, welche aus der Staatscassa geleistet wurden, aufzuerlegen (§ 71 C. P. O.; vgl. ad § 1042 a. b. G. B.).

e) Die unterliegende Partei hat die Processkosten zu ersetzen (§ 41 C. P. O.).⁷⁾

²⁾ Das Verfahren nach § 317, al. 1 C. P. O. ist officios, Verfahren nach § 317, al. 2 contentios (Demelius, G. H. 1898, S. 531 erblickt hierin ein Analogon zu § 850 a. b. G. B.). Vgl. früher §§ 131, 132 a. G. O.

³⁾ Über die Edition von Urkunden und Auskunftssachen siehe: Godlewski: O edycyi dokumentów i rzeczy wywiadowczych, Lemberg 1897 (darüber Roztočil, Not. Zt. 1898, S. 149, J. Bl. 1899, S. 55).

⁴⁾ Für den Fall des § 304, Z. 2 C. P. O. (wenn der Gegner nach bürgerlichen Rechte zur Ausfolgung oder Vorlage der Urkunde verpflichtet ist) ist die Statuierung der Klagemöglichkeit nicht nöthig. Vgl. über diesen Fall Ott, II, S. 134, B. 2; Schuster, § 24, N. 1.

⁵⁾ Demelius, G. H. 1897, S. 337; Neumann, Comm. z. C. P. O., S. 664; Ott, II, S. 21 und 134, B. 3.

⁶⁾ So auch Schuster, § 51, N. 1 i. f. Vgl. Godlewski l. c., für das deutsche Recht Heldmann in Zt. f. d. C. P., XXVI, Heft 4 (darüber P. in G. Z. 1900, S. 108).

⁷⁾ Vgl. Ott, I, § 47; Ullmann, Grundriss S. 54; Demelius, G. H. 1897, S. 446.

§ 862. Vertragsabschluss.

a) Offerte. — Gebundensein an dieselbe. Jeder Bieter, dessen Anbot⁸⁾ von dem den Termin leitenden Richter zugelassen wurde, bleibt an dasselbe solange gebunden, als in demselben Versteigerungstermine ein höheres Anbot nicht zugelassen wird (§ 180, al. 5, Satz 1 und dazu § 185, al. 2, Satz 2 E. O.). Die Frist der Gebundenheit kann durch die den Bietlustigen gewährte kurze Überlegungsfrist (§ 181, al. 1, Satz 2 E. O.), sowie durch die Verhandlung über die Zulassung eines neuen Angebotes (§ 185 E. O.) innerhalb desselben Versteigerungstermines verlängert werden. Wird der Termin verlegt, so hört die Gebundenheit auf (§ 185, al. 2 E. O. a contr.); ebenso im Falle der Einstellung des Verfahrens (§ 180, al. 5, Satz 2 E. O.). Wird die Entscheidung über einen gegen das höchste Anbot erhobenen Widerspruch (oder einen auf andere Weise offenbar gewordenen Mangel — § 186, al. 1) der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten (§ 185, al. 3), so scheint der Meistbietende bloß acht Tage an sein Anbot gebunden zu sein (§ 185, al. 3 „innerhalb acht Tagen nach dem Versteigerungstermine“).

Laut § 196, al. 2 E. O. ist ein Zurückziehen des Überbotes unzulässig; ebenso unzulässig ist laut § 197, Satz 3 die Zurückziehung der Erklärung des Erstehers, dass er seinen Meistbot auf den Betrag des Überbotes erhöhe, und zwar so bald der Schriftsatz beim Executionsgerichte eingelangt oder das Protokoll geschlossen ist.

b) Annahme. — Perfection des Vertrages. Durch den Zuschlag (die Annahme) wird der (Kauf-)Vertrag perfect. Als Tag des Zuschlages und daher des Vertragsabschlusses ist, wenn der Zuschlag gleich im Versteigerungstermine ertheilt und dieser Beschluss verkündet wurde (§ 183, al. 1 E. O.), der Tag des Versteigerungstermines; wenn jedoch der Zuschlag gemäß § 185, al. 3 E. O. schriftlich ertheilt wurde, derjenige

⁸⁾ Ausgegangen wird von der Construction: Aufforderung zum Bieten = Aufforderung zu Offerten, Anbot = Offerte, Zuschlag = Annahme. Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 56 bei N. 42 fg.; Fürstl, II, S. 380; Ozoernig, Vorles., S. 247, 168.

Tag anzusehen, an welchem die schriftliche Ausfertigung dem Meistbietenden zugestellt worden ist.⁹⁾

In Betreff Anerkennung sieh ad § 1376, in Betreff Verzichtes ad § 1444 a. b. G. B.

§ 863. Concludente Handlungen.

Dem üblichen Geschäftsverkehre entsprechen die Bestimmungen des § 88, al. 2 J. N. und des Art. XIV, al. 1, Z. 3 E. G. z. C. P. O. (vgl. Art. 323, auch Art. 347, al. 2 H. G.). Die Folgen der unbeanstandeten Annahme der Factura, resp. des Schlussbriefes sind auf Personen beschränkt, „welche im Geschäftsleben stehen und von denen man daher annehmen kann, dass sie sich über die Tragweite einer concludenten Handlung klar sind.“¹⁰⁾

Man vergleiche ferner §§ 267, 312, al. 1, 396 C. P. O., § 206, al. 1 E. O.¹¹⁾

§ 865. Negotium claudicans.

Ein von einem Kinde oder von einem Wahnsinnigen vorgenommenes Rechtsgeschäft ist absolut nichtig, es kann auch

⁹⁾ So auch die Fragenbeantwortung ad § 156 E. O., P. 1 und Neumann, E. O., S. 334, N. 14. Anderer Ansicht der Comm. zur E. O. in G. H. 1900, S. 232, hienach soll als Tag des schriftlichen Zuschlages (des Vertragsabschlusses im Falle des § 185, al. 3 E. O.) der Tag gelten, an welchem der Beschluss vom Gerichte in schriftlicher Abfassung der Gerichtskanzlei zur Ausfertigung abgegeben wurde (anal. § 416, al. 2 C. P. O.). Meiner Ansicht nach gelten hier die Grundsätze über den Vertragsabschluss zwischen Abwesenden; im Texte wurde von der sog. Vernehmungstheorie ausgegangen.

¹⁰⁾ Mater., I, S. 693, II, S. 342. Fragenbeantwortung ad § 88, al. 2. Über § 88, al. 2 J. N. vgl.: Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Graz 1897, S. 156 flg.; Petitionen der Handelskammern, G. H. 1897, S. 610; Discussion in der Jur. Ges., G. H. 1898, S. 38, J. Bl. 1898, S. 41; Gutachten des ob. Gerichtshofes vom 22. Januar 1888, N. 14 Praes., G. Z. 1898, S. 54, Not. Zt. 1898, S. 38; Ott, I, S. 143; Demelius, G. H. 1897, S. 216; Pantůček, O organizaci a příslušnosti, Prag 1897, S. 150; Menoušek, Zákon o příslušnosti, Prag 1897, S. 108; Neumann, Comm., S. 1219; Rudolf Pollak in G. Z. 1898, S. 113; Krassel in Not. Zt. 1898, S. 25; Schrutka über Schuster in Ght. Zt., XXIV, S. 720; Ig. Ullmann in G. H. 1897, S. 273; Ungenannter in G. H. 1897, S. 139; Skácel im Právník 1898, S. 86; P. in G. Z. 1900, S. 288; Entsch. v. 15. Juni 1899, Z. 9276 (§ 88, al. 2 gilt nicht Personen gegenüber, welche bloß ein handwerksmäßiges Gewerbe betreiben).

¹¹⁾ Zur letzteren Stelle vgl. oben N. 347, ad § 834.

durch nachträgliche Genehmigung nicht gültig gemacht werden. Dagegen ist ein von einem anderen Handlungsunfähigen (einem Minderjährigen über 7 Jahre, einem Verschwender) allein geschlossenes, für denselben oneroses Rechtsgeschäft relativ, nämlich unter der Bedingung der nachträglichen Genehmigung, gültig. Das Kind und der Wahnsinnige bedarf nothwendig der vollständigen Vertretung, eine nachträgliche Genehmigung ist ausgeschlossen; der Minderjährige und der Verschwender bedarf nur der Mitwirkung und auch diese kann zeitlich nachfolgen.

Dieser Unterschied offenbart sich uns auch im Processrechte (§ 1 C. P. O.).

Die Processhandlung eines Wahnsinnigen ist absolut nichtig. Der Mangel der Processfähigkeit, resp. der gesetzlichen Vertretung ist in diesem Falle (für diese Processhandlung) ein unbehebbarer (§ 6, al. 2, Satz 1 C. P. O.); er kann nicht durch nachträgliche Genehmigung beseitigt werden und die Ausnahme vom Nichtigkeitsgrunde des § 477, al. 1, Z. 5 („sofern die Processführung nicht nachträglich ordnungsgemäß genehmigt wurde“) kann nie eintreffen. Aus demselben Grunde, weil die Processhandlung des Wahnsinnigen irreparabel nichtig wäre, kann er auch im Falle des § 6, al. 2, Satz 2 C. P. O. zur Vornahme der Processhandlung nicht zugelassen werden.

Dagegen ist die (bereits vorgenommene)¹²⁾ Processhandlung eines Minderjährigen, welcher dem Kindesalter entwachsen ist, sowie eines Verschwenders, nicht absolut nichtig. Der Mangel der Processfähigkeit, resp. der gesetzlichen Vertretung ist in diesem Falle ein behebbarer (§ 5, al. 2, Satz 1 C. P. O.); durch nachträgliche Genehmigung wird er beseitigt (§ 477, al. 1, Z. 5, § 529, al. 1, Z. 2, § 595, Z. 2 C. P. O.). Ratihabito retrotrahitur wie im bürgerlichen Rechte, die auctoritatis interpositio¹³⁾ erfolgt mit Wirksamkeit nachträglich. Die Frist,

¹²⁾ Eine andere Frage als diejenige über die relative oder absolute Ungültigkeit einer Processhandlung ist die, ob jemand zu einer (noch nicht vorgenommenen) Processhandlung, welche nur relativ gültig wäre, zuzulassen ist. Diese Frage ist laut § 6, al. 2, Satz 2 C. P. O. dahin zu beantworten, dass derselbe nur dann zugelassen werden kann, wenn mit dem Verzuge für ihn Gefahr verbunden ist.

¹³⁾ In der That findet hier eine bloße „Mitwirkung“ des gesetzlichen Vertreters statt, nicht eine vollständige Vertretung, vgl. auch die Diction des § 2

welche laut § 6, al. 2, Satz 1 C. P. O. vom Richter zu bestimmen ist, ist ein Analogon der Frist des § 865 in fine a. b. G. B., nur ist sie dem Charakter des Process- als öffentlichen Rechtes gemäß von amtswegen zu bestimmen, während die Festsetzung derselben im bürgerlichen Gesetzbuche, entsprechend dem Charakter des Civilrechtes, dem privaten Interesse anheimgestellt bleibt.

Der hier hervorgehobene Unterschied hat praktische Bedeutung z. B. bei Unterbrechung der Verjährung. Eine von einem Minderjährigen oder einem Verschwender ohne Mitwirkung seines Vormundes oder Curators vor Ablauf der Verjährungsfrist überreichte Klage unterbricht die Verjährung, selbst wenn die Genehmigung erst nach Ablauf der Verjährungsfrist erfolgt; dagegen unterbricht eine von einem Wahnsinnigen allein überreichte Klage¹⁴⁾ nicht die Verjährung, da eine nachträgliche Genehmigung derselben ausgeschlossen ist.

C. P. O. („Mitwirkung“); zur Frage der Mitwirkung oder Vertretung überhaupt auch Skedl, C. P. R., S. 165.

¹⁴⁾ Über die Behandlung der von einer nicht vertretenen processunfähigen Person überreichten Klage (§ 230 C. P. O., § 118 Gesch. O.) s. Tilsch im Právník 1898, S. 572: Ein Processunfähiger überreicht eine sonst tadellose Klage bei einem Gerichtshofe. Der Vorsitzende des Senates holt laut § 230, al. 2 C. P. O. die Entscheidung des Senates darüber ein, ob a) die Tagsatzung anzuberäumen oder b) eine Verfügung im Sinne des § 6 zu erlassen oder c) die Klage als zur Bestimmung der Tagsatzung ungeeignet zurückzustellen sei. Die Entscheidung, welche von diesen drei Eventualitäten einzutreten hat, ist nicht der Willkür des Senates überlassen, sondern sie muss dem einzelnen Falle entsprechen. Hält der Senat den Kläger für processfähig, so entscheidet er, dass die Tagfahrt anzuberäumen ist. Hält er den Kläger für processunfähig und lässt sich der Mangel (durch nachträgliche Genehmigung) beheben, wie bei einem Minderjährigen oder einem Verschwender, so ist eine Verfügung im Sinne des § 6 zu treffen. Hält er den Kläger für absolut processunfähig, derart, dass sich der Mangel auch durch nachträgliche Genehmigung nicht beheben ließe, wie bei einem Wahnsinnigen, so ist die Klage als ungeeignet rückzustellen. Im zweiten Falle kann das Gericht gewiss auch zugleich die erste Tagsatzung anberäumen, und zwar entweder in der Erwartung, dass bis dahin ohnedies die Behebung des Mangels erfolgen werde, oder weil mit dem Verzuge für die processunfähige Partei Gefahr verbunden wäre (und dieselbe demnach laut § 6, al. 2, Satz 2 zu Processhandlungen zugelassen werden kann). Dass jedoch stets mit der Verfügung nach § 6 die Anberäumung der Tagsatzung verbunden werden müsste, wie in § 118 Gesch. O. bestimmt wird, ist nicht gesetzlich begründet.

§ 869. Surrogierung der Einwilligung.

Die „wahre Einwilligung“ kann durch einen Executionstitel (§ 367 E. O.) ersetzt werden (vgl. bei § 936 a. b. G. B.). Über den Ersatz der Intabulationsclausel s. bei § 435 a. b. G. B. Vgl. auch § 268, al. 6, § 348 E. O. (darüber bei § 426 a. b. G. B.).

§ 871. Irrthum.

Urtheile können wegen eines während des Processes vorgefallenen Irrthums einer Partei nur im Wege einer Wiederaufnahmsklage und unter den Bedingungen derselben (§ 530, al. 1, Z. 3, 6, 7¹⁵⁾, al. 2 C. P. O.) angefochten werden; ob die andere Partei den Irrthum veranlasste oder benutzte, entscheidet hier nicht.

Der Richter hat nach seinem Ermessen zu beurtheilen, welchen Einfluss der Widerruf auf die Wirksamkeit des wegen Irrthums widerrufenen Geständnisses hat.¹⁶⁾ Die Regeln des bürgerlichen Gesetzbuches gelten daher auch in diesem Falle nicht (§ 266, al. 2 C. P. O.).

§ 878. Unerlaubtheit.

Das ausländische Recht kann etwas für erlaubt ansehen, was nach inländischem Rechte verboten ist. Das inländische Gericht darf zur Verwirklichung des Unerlaubten nicht behilflich sein (§ 38, al. 2, Z. 2 J. N.; § 81, Z. 2 und 4 E. O.).¹⁷⁾

¹⁵⁾ Vgl. Menoušek, Pravda, S. 28.

¹⁶⁾ Vgl. Mandry-Geib, Civ.-rechtl. Inhalt der R. G., § 20, 3. b.

¹⁷⁾ Eckstein: Grundsätze der Zwangsvollstreckung ausländischer Executionstitel, Prag 1897; Marconi: L'esecuzione di sentenze, atti e documenti esteri in Austria ed in Italia, Trento 1898; Schumacher, Reciprocität mit dem Deutschen Reiche in Bezug auf Vollstreckung von Urtheilen (J. M. V. vom 21. December 1899, R. G. Bl. Nr. 253) in G. Z. 1900, S. 57, 59; J. M. V. vom 13. December 1897, R. G. Bl. Nr. 285 in Betreff ungarischer Executionstitel.

Zu § 38 J. N. vgl. Demelius in G. H. 1897, S. 95 (die Processhandlung darf nicht deshalb verweigert werden, weil sie sich auf eine Klageführung bezieht, die im Inlande mit Rücksicht auf die Natur des geltend gemachten Anspruches — Spiel, Wette — unzulässig wäre).

Über den Unterschied zwischen § 81, Z. 2 und § 81, Z. 4 E. O. vgl.: Czoernig, Vorles., S. 71; Comm. in G. H. 1899, S. 522 und 1900, S. 53 (§ 81, Z. 2 bezieht sich auf die Handlung, zu welcher Schuldner verpflichtet ist, § 81, Z. 4 bezieht sich auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis).

Der Schiedsspruch bietet nicht die Garantie, wie das Urtheil des staatlichen Richters, darauf beruhen die Bestimmungen des § 595, Z. 6 u. 7 C. P. O.; dieselben finden zwar laut Art. XVII E. G. z. C. P. O. auf die Sprüche des Börsenschiedsgerichtes keine Anwendung, doch gilt diesfalls Art. XXV E. G. z. C. P. O.¹⁸⁾

§ 879. Einzelne ungiltige Verträge.

Die Ungiltigkeit von Verträgen ist ausgesprochen:

in Art. XXIII, al. 1, Z. 1 E. G. z. C. P. O. in Betreff gewisser Schiedsverträge;

in § 293 E. O. in Betreff von Verträgen, durch welche den §§ 290 bis 292 widersprechende Verfügungen über unpfändbare Ansprüche getroffen werden (vgl. bei § 1393 a. b. G. B.);

in § 379, al. 3, Z. 2 in Betreff verbotswidriger Veräußerungen und Verpfändungen (vgl. bei § 355 a. b. G. B.).

Das in der Instruction für die Vollstreckungsorgane Abschnitt II, P. 50, al. 3 (Justizministerialverordnung v. 12. Juli 1897, V. Bl. Nr. 26) enthaltene Verbot kann keinen Fall der Ungiltigkeit begründen, da diese nur im Wege eines Gesetzes ausgesprochen werden könnte.

Rein processual ist die Ungiltigkeit der in § 104, al. 2, Satz 2 J. N. bezeichneten Prorogationsverträge¹⁹⁾, sowie die Unzulässigkeit eines Conventionalprocesses.²⁰⁾

§ 883. A. Form.

Des Unterschiedes zwischen Formvorschriften im eigentlichen Sinne und Beweisvorschriften wurde schon oben bei § 577 a. b. G. B. Erwähnung gethan.

Bei Rechtsgeschäften unter Lebenden kommen vornehmlich schriftliche Formen in Betracht.

¹⁸⁾ Vgl. Spitzer in Ght. Zt., XXIII, S. 82. (Die Differenzgeschäfte und die neue Gerichtspraxis.)

¹⁹⁾ Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit, Graz 1897; Ott, I, S. 70 (auf Seite 71 wird die Prorogation eines Bezirksgerichtes in Handelssachen an Stelle eines allgemeinen Bezirksgerichtes für zulässig erklärt; and. Ansicht Tilsch in Gazzetta dei Tribunali 1899, S. 29); Pantůček, Organ. S. 70.

²⁰⁾ Entsch. v. 7. August 1898, Z. 7686, Právník 1898, S. 735.

Die Formvorschriften im eigentlichen Sinne (Formvorschriften des bürgerlichen Rechtes) können sich einzig und allein auf Dispositivurkunden beziehen, denn nur diese gehören zum Thatbestande civilrechtlicher Folgen; nur durch Dispositivurkunden werden Rechte und Pflichten unter Privatpersonen als solchen begründet.²¹⁾

Eine andere Bewandnis hat es mit Urkundenförmlichkeiten, welche zu Beweis Zwecken durch Beweisvorschriften festgesetzt werden. Der Urkunde kann, wenn sie gewisse Förmlichkeiten hat, die Kraft beigelegt werden, dem Richter eine Überzeugung aufzuzwingen²²⁾ (Beweis„kraft“ — gebietende Beweisregel), während bei Nichtbeobachtung der Beweisförmlichkeit der Urkunde diese Kraft nicht zukommt. Die Folgen der Nichtbeobachtung einer Beweisförmlichkeit können aber noch schneidender bestimmt werden, es kann nämlich dem Richter verboten werden, die Urkunde, wenn sie nicht bestimmte Förmlichkeiten hat, zu beachten; durch eine solche Vorschrift wird der Urkunde nicht nur die Beweiskraft, sondern die Beweistauglichkeit überhaupt entzogen (Beweisuntauglichkeit — verbietende Beweisregel). Die durch Beweisvorschriften festgesetzten Förmlichkeiten haben mit dem Civilrechte nichts zu thun, weder die Beobachtung noch die Nichtbeobachtung derselben hat Rechte oder Verbindlichkeiten zwischen Privatpersonen zur Folge, sondern lediglich die Gebundenheit des Richters, einer öffentlichrechtlichen Person. Die Beweisvorschriften sind processrechtlicher Natur.

Formvorschriften (des bürgerlichen Rechtes) sind durch die Processgesetze natürlich nicht berührt; dagegen sind Beweisvorschriften, welche gewisse Förmlichkeiten festsetzen,

²¹⁾ Eben deshalb lässt sich der Begriff der Dispositivurkunde nicht gut durch den (weiteren) Begriff der Willensurkunde (im Gegensatz zur Wissensurkunde — Koczyński in G. Z. 1899, S. 253: Zur Lehre von den Urkunden und deren Eintheilung) ersetzen. Die Dispositivurkunde ist „rechtsbegründend“ (vgl. Coulon in G. Z. 1900, S. 8: Die rechtsbegründende und rechtserhaltende Function der Form), dies ist das Charakteristische an ihr. Im Zweifel wird eine Willensurkunde allerdings als Dispositivurkunde zu gelten haben (arg. §§ 884, 885, 887 a. b. G. B.).

²²⁾ Vgl. Petschek, J. V. J. S. 1898, S. 150; Wehli, J. Bl. 1897, S. 91; Klein, G. Z. 1899, S. 75, V.

ebenso natürlich durch Einführung des freien Beweises (§ 272 C. P. O.) aufgehoben.²³⁾

Jedenfalls erhalten sind insbesondere die Bestimmungen des Notariatsactsgesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 76, sofern sie sich auf Dispositivurkunden beziehen. Die Aufnahme eines Notariatsactes ist daher nach wie vor erforderlich:

(lit. *a*) zu Ehepacten;

(lit. *b*) zu den zwischen Ehegatten geschlossenen Kauf-, Tausch-, Renten- und Darlehensverträgen;

(lit. *d*) zu Schenkungsverträgen ohne wirkliche Übergabe;

(lit. *e*) zu allen Dispositivurkunden über Rechtsgeschäfte unter Lebenden, welche von Blinden oder welche von Tauben, die nicht lesen, oder von Stummen, welche nicht schreiben können, errichtet werden, sofern dieselben das Rechtsgeschäft in eigener Person schließen.²⁴⁾

Was die Schuldbekennnisse, welche von einem Ehegatten dem anderen abgegeben werden (lit. *b* in fine), anbelangt, so unterliegen dispositive Schuldanererkennungsverträge unter Ehegatten (die Anerkennung als Verpflichtungsgrund gefasst) auch weiterhin dem Notariatszwang. Schuldbekennnisse, Schuldscheine, durch welche nicht das Rechtsgeschäft selbst abgeschlossen wird, sondern welche nur ein Geständnis des anderweitig abgeschlossenen Rechtsgeschäftes enthalten, sind als Geständnisurkunden bloße Beweisurkunden. Eine bloße Geständnis- und daher Beweisurkunde ist auch (lit. *e*) die Bestätigung über den Empfang des Heiratsgutes, sie mag wem immer ausgestellt werden (sich ad § 1226). Das Gesetz vom Jahre 1871

²³⁾ Sofern sie nicht ausdrücklich aufrecht erhalten wurden; vgl. Klein, I. c. S. 76; Wehli, J. Bl. 1896, S. 470; Neumann, Comm., S. 608; Trutter, I, S. 164.

²⁴⁾ Stubenrauch, II, ad § 883, S. 49, N. 4 meint, lit. *e* beziehe sich nur auf die Beweiskraft der betreffenden Urkunden, nicht auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes selbst; das Geschäft könne, wenn es nicht notariell errichtet ist, durch Zeugeneid etc., nur nicht durch Privaturkunden erwiesen werden. Wenn dem so wäre, so müsste dieser Absatz (lit. *e*) jetzt mit Rücksicht auf die freie Beweiswürdigung aufgehoben sein. Vgl. auch Fin.-Min.-Erl. v. 29. October 1898, Z. 54.063 (G. H. 1898, S. 607), gemäß welchem für Cassaquittungen Blinder ein Notariatsact nicht verlangt wird. Den Notariatszwang hält aufrecht (auch bei Quittungen, Vollmachten etc.) [ohne Begründung] Hofer: Rechtsschutz der Blinden in Not. Zt. 1897, S. 241.

hatte, insoferne es diese Beweisurkunden betraf, den Charakter einer verbietenden Beweisregel; es verbot dem Richter, solche Urkunden, wenn sie nicht die Form eines Notariatsactes hatten, als Beweismittel zu regardieren. Eine solche Urkunde war eitel Luft. Dieses simulierte Ignorieren eines Beweismittels ist nun beseitigt, denn das Gericht hat, soferne in der Civilprocessordnung nicht etwas anderes bestimmt ist, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der „gesamten“ Verhandlung und Beweisführung nach „freier“ Überzeugung zu beurtheilen, ob eine thatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht (§ 272, al. 1 C. P. O.).²⁵⁾

Man glaube ja nicht, dass die Aufrechterhaltung der in Rede stehenden Beweisvorschriften für die Rechtssicherheit von nennenswertem Vortheile wäre; denn unter der Herrschaft des Principes der freien Beweiswürdigung, nach welchem dem Richter freisteht, seine Überzeugung aus dem geringfügigsten Umstande, aus dem Gesamteindrucke, aus dem entferntesten Indiz herzuleiten, hätte es für wahr wenig Sinn, dem Richter zu verwehren, seine Überzeugung auf ein vielleicht relativ besseres Beweismittel zu basieren.

Es ist noch zu untersuchen, welche Bedeutung der Bestimmung des Art. VII, Z. 2 E. G. z. C. P. O. zukommt. Diese Gesetzesstelle lautet: „Unberührt bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, durch welche die Beweiskraft einer Privaturkunde von bestimmten Erfordernissen abhängig gemacht ist.“

Wie oben erwähnt, macht das bürgerliche Recht die Gültigkeit gewisser Rechtsgeschäfte von der Beobachtung gewisser Formen abhängig. Unter diesen Formen befinden sich auch Privaturkunden, welche bestimmte Erfordernisse haben müssen, um „rechtsbegründend“ zu sein (z. B. eigenhändige Schrift und Unterschrift im Falle des § 578, Unterschrift, resp. Handzeichen und Mitfertigung von Zeugen in den Fällen der §§ 579, 580, 886, Unterschrift im Falle des § 884 a. b. G. B.). Die Civilprocessordnung setzt nun in § 294 ebenfalls bestimmte

²⁵⁾ Zweifel an der Beseitigung der in dem Notariatszwangsgesetze enthaltenen Beweisvorschriften könnten nur in Salzburg entstehen, weil dieses Gesetz daselbst erst auf Grund der J. M. V. vom 26. Juli 1899, R. G. Bl. Nr. 141 (vom 1. Januar 1900 an) in Wirksamkeit trat. Allein es sollte gewiss nur so eingeführt werden, wie es in den übrigen Ländern noch bestand.

Erfordernisse für Privaturkunden fest. Diese Festsetzung erfolgt allerdings zu einem anderen Zwecke, nämlich behufs Beimessung der „formellen“ Beweiskraft; allein, um allen Missverständnissen vorzubeugen, wurde ausdrücklich ausgesprochen, dass beiderlei Erfordernisse der Privaturkunden unabhängig von einander bestehen. Dies geschah durch Art. VII, Z. 2 E. G. z. C. P. O. Ursprünglich befand sich die betreffende Gesetzesstelle in § 305 des Entwurfes (gegenwärtig § 294 C. P. O.) anschließend an die gegenwärtige Bestimmung des § 294 C. P. O. und sprach von „weiteren“ Erfordernissen der Beweiskraft einer Privaturkunde. Mit Recht wurde auf Grund des gemeinsamen Beschlusses der Permanenzcommission des Herrenhauses und des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses das Wort „weiteren“ gestrichen und die ganze Bestimmung in das Einführungsgesetz verwiesen.²⁶⁾ Denn es handelt sich nicht um weitere Erfordernisse der Beweiskraft im Sinne des § 294 C. P. O., sondern um Erfordernisse ganz anderer Art. Die Beweiskraft in Art. VII, Z. 2 ist etwas von der Beweiskraft im Sinne des § 294 C. P. O. vollständig Verschiedenes. Unter der Beweiskraft in Art. VII, Z. 2 ist nichts anderes gemeint als die Tauglichkeit einer Privaturkunde, den materiellen Bestand eines Rechtsgeschäftes des bürgerlichen Rechtes zu beweisen. Die Beweistauglichkeit in diesem Sinne²⁷⁾ ist allerdings von der Beobachtung der materiellrechtlichen Förmlichkeiten abhängig, denn es ist ohneweiters einleuchtend, dass eine (Dispositiv-) Urkunde, welche die bestimmten Förmlichkeiten nicht hat, keinen Beweis für den Bestand eines durch diese Förmlichkeiten bedingten Rechtsgeschäftes liefert. Dagegen ist es für die Beantwortung der Frage, von wem die in der Urkunde enthaltene Erklärung herrühre (auf welche Frage sich die formelle Beweiskraft im Sinne des § 294 C. P. O. bezieht), offenbar gleichgültig, ob die Erklärung auch ein giltiges Rechtsgeschäft darstellt.

Die Trennung der beiden Bestimmungen ist daher gerechtfertigt, der Zusammenhang derselben (dass nämlich durch

²⁶⁾ Materialien, II, S. 448.

²⁷⁾ Vgl. Neumann, Comm., S. 645, N. 2: „Materielle Beweiskraft“ im Sinne Seufferts, sie bezieht sich auf die Frage, ob der in der Urkunde enthaltene Erklärung eine rechtliche Bedeutung zukomme.

Art. VII, Z. 2 E. G. z. C. P. O. ein Einfluss des § 294 C. P. O. auf das materielle Recht ausgeschlossen sein soll) ist durch die Beschränkung der Einflussausschließung auf Privaturkunden hinreichend aufrechterhalten. Auf das Notariatsactsgesetz bezieht sich Art. VII, Z. 2 nicht, Notariatsacte sind öffentliche Urkunden (§ 2 Not. O.). Trotzdem bleibt auch dieses Gesetz aufrecht, sofern es Formvorschriften des bürgerlichen Rechtes enthält; sofern es jedoch dem Richter nur die Benützung gewisser Beweismittel über außerhalb einer Urkunde vorgefallene Geschehnisse (Zuzählung der Darlehensvaluta, des Heiratsgutes) verwehrte, ist es, da es nirgends aufrechterhalten wurde, durch § 272, al. 1 C. P. O. aufgehoben.²⁸⁾

Die formalen Erfordernisse der Erbserklärung (§ 122 des k. Patentges. v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208) bleiben unberührt; die Civilprozessordnung ändert nicht die Vorschriften des Verfahrens außer Streitsachen.²⁹⁾

Gemäß § 577, al. 3 C. P. O. (vgl. dazu Art. XIV, al. 1, Z. 3 E. G. z. C. P. O.) muss der Schiedsvertrag, nämlich die Vereinbarung, dass die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle, schriftlich errichtet werden. Auch die Vereinbarung, dass die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch ein anderes staatliches Gericht als das competente erfolgen solle, bedarf übrigens schriftlicher Form (§ 104, al. 1 J. N.³⁰⁾; vgl. auch § 88, al. 1 J. N.).

In Betreff Processvollmacht sieh § 30, al. 1, 2 C. P. O., in Betreff der Vollmacht zum Bieten § 180, al. 2 E. O. Vgl. unten bei § 1005 a. b. G. B.

²⁸⁾ Vgl. zu dem Angeführten die nachstehende Stelle aus Otts System, II, § 78 (Freie Beweiswürdigung), S. 90: „Aufgehoben sind alle Vorschriften, welche den Beweis eines Rechtsverhältnisses lediglich durch ein bestimmtes Beweismittel zuließen. Doch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes im weitesten Sinne des Wortes (Art. XXX), durch welche zur Giltigkeit eines Rechtsgeschäftes eine Urkunde von bestimmter Form oder eine mit Beobachtung besonderer Erfordernisse ausgestellte Urkunde erfordert wird, wurden nicht berührt (Art. VII, Z. 2).“ Vgl. ferner § 14, Z. 2 E. G. z. R. C. P. O. und dazu Mandry-Geib, § 27, N. 39.

²⁹⁾ A. A. Baš in Not. Zt. 1899, S. 22 N., welcher meint, dass § 8 des Pat. v. J. 1854 durch § 294 C. P. O. in Betreff schreibenskundiger Parteien aufgehoben ist.

³⁰⁾ Bezüglich des Nachweises in der Klage (welcher nicht nachgetragen werden kann) sieh P. in G. Z. 1900, S. 288.

B. Beweiskraft.

a) Formelle Beweiskraft der Privaturkunden. Laut § 294 C. P. O. begründen Privaturkunden, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mit ihrem, gerichtlich oder notariell geglaubigten Handzeichen versehen sind, vollen Beweis dafür, dass die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern herrühren. Die Beweiskraft der (unterschriebenen oder mit beglaubigtem Handzeichen versehenen) Privaturkunden bezieht sich hienach bloß auf die Provenienz des Contextes. Wenn die Unterschrift echt ist, so gilt die Vermuthung, dass auch der Text echt sei, nämlich einen vom Aussteller ausgehenden oder doch wenigstens von ihm recipierten Inhalt habe. Ob dieser Inhalt bei Geständnis- und Zeugnisurkunden der sog. objectiven Wahrheit entspreche, hat der Richter nach freier Überzeugung zu beurtheilen³¹⁾, und es gilt nicht mehr obligatorisch die Bestimmung des § 113 a. G. O., dass den Privaturkunden gegen den Aussteller Glauben beizumessen ist (materielle Beweiskraft). Ebenso wenig besitzt eine Dispositivurkunde schon deshalb allein, weil sie gemäß § 294 C. P. O. unterfertigt ist, Beweiskraft dahin, dass sie eine rechtswirksame Willenserklärung enthalte; sie hat vielmehr Beweiskraft nur dahin, dass diese anscheinende Willenserklärung vom Unterfertigten herrühre, nicht einmal, dass sie ernstlich gemeint war und nicht einmal, dass sie wirklich „abgegeben“, nämlich in verbindlicher Weise nach aussen geoffenbart wurde.³²⁾ Dies alles ist vom Richter „frei“ zu beurtheilen.

Der durch eine nach § 294 C. P. O. qualifizierte Urkunde hergestellte Beweis über die Provenienz des Contextes ist kein unwiderleglicher; der Gegenbeweis, dass der Context trotz Unterfertigung nicht vom Unterfertiger „herrühre“, ist nicht ausgeschlossen. Praktisch wichtig ist insbesondere der trotz § 294 C. P. O. zulässige Beweis des Blankettmissbrauches.³³⁾

³¹⁾ Materialien, I, S. 306.

³²⁾ Materialien II, S. 326 (der ursprüngliche Text: „... abgegeben sind“ wurde abgeändert in „... herrührt.“); Schultze (Urkundenbeweis) in Ght. Zt., XXII, S. 84 fg., 144 fg.

³³⁾ Hierüber vgl. Schultze, l. c., S. 160 fg.; Demelius in G. H. 1898, S. 485; Stubenrauch, II, S. 56, N. 3; Neumann, Comm., S. 651; Mayer, G. Z. 1897, S. 183.

b) Beweiskraft der Handelsbücher. Laut Art. 34 H. G. liefern ordnungsgemäß geführte Handelsbücher bei Streitigkeiten unter Kaufleuten in der Regel einen unvollständigen Beweis, welcher durch den Eid oder durch andere Beweismittel ergänzt werden kann.

Diese mit den Bestimmungen älterer Processrechte über die „halbe Probe“ in Zusammenhang stehende Bestimmung wurde laut § 295, al. 1 C. P. O. mit der Modification aufrecht erhalten, dass eine Ergänzung des Beweises nur durch die nach der Civilprocessordnung zulässigen Beweismittel stattfinden kann. Durch diesen Zusatz sollte wohl bloß der dem jetzigen Processrechte nicht mehr bekannte Erfüllungseid ausgeschlossen werden, sonst besteht nämlich nach neuem Processrechte keine beschränkte Anzahl „zulässiger Beweismittel“.

Trotz des erwähnten modernisierenden Zusatzes von der Ausschliessung des Erfüllungseides bleibt nach § 295, al. 1 C. P. O. noch die veraltete Bestimmung über den „unvollständigen Beweis“ (vgl. §§ 120, 121, 137, 138, 141, 212 a. G. O.). Welcher Sinn kann dieser Bestimmung jetzt zukommen? Offenbar nur der, dass der Ausdruck „unvollständiger Beweis“ nicht mehr in einem technischen, sondern im natürlichen Sinne zu nehmen ist und der Richter sonach durch § 34 H. G. nur angewiesen wird, ordnungsmäßig geführte Handelsbücher in der Regel einerseits nicht vollkommen zu ignorieren³⁴⁾, andererseits sich mit ihnen auch in der Regel nicht vollkommen zu begnügen. Die Bestimmung gilt jetzt auch in Bagatellsachen.³⁵⁾

Laut der §§ 20 u. 21 E. G. z. H. G. B. kommt den Büchern der Vollkaufleute gegen Nichtkaufleute³⁶⁾ und den Büchern der übrigen Kaufleute gegen jedermann die in Art. 34 H. G. bestimmte Beweiskraft nur auf die Dauer von einem Jahre und sechs Monaten zu. Auch diese Bestimmungen bleiben laut

³⁴⁾ So auch Demelius in G. H. 18 8, S. 485; Trutter, C. P. R. S. 429, vgl. Kreis in J. Bl. 1897, S. 54.

³⁵⁾ Früher galt Art. 34 H. G. im Bagatellverfahren nicht (§ 36 des Ges. v. 27. April 1873, R. G. Bl. Nr. 66); so Randa, Obch. pr., S. 113, N. 32. — Einzelnen Creditinstituten steht laut ihrer Statuten das Privilegium zu, dass ihre Bücher volle Beweiskraft haben (z. B. der österreichisch-ungarischen Bank, der Hypothekenbank des Königreiches Böhmen); diese Privilegien dürften durch extensive Interpretation des § 295 C. P. O. zu erhalten sein. Vgl. Schuster, § 51, N. 4 i. f.

³⁶⁾ Nach Randa (Obch. pr., S. 115, N. 40): gegen Nichtvollkaufleute.

§ 295, al. 1 C. P. O. aufrecht. Es entsteht die Frage, was nach Verlauf des genannten Zeitraumes gelte. Nach früherem Processrechte hatten die Handelsbücher nicht nur ihre Beweiskraft, sondern auch ihre Beweistauglichkeit verloren, da sie dann unter keines der „zulässigen Beweismittel“ subsumiert werden konnten. Sie konnten zu Beweis Zwecken überhaupt nicht mehr benutzt werden.³⁷⁾

In solchem Umfange ist das alte Recht nicht aufrecht erhalten, die Bücher behalten vielmehr meiner Ansicht nach ihre (nach § 272 C. P. O. zu würdigende) Beweistauglichkeit auch nach dem genannten Zeitpunkte und büßen nur ihre Beweis„kraft“ ein. Dies folgt daraus, dass ihnen die Beweistauglichkeit nirgend ausdrücklich benommen wird, die Beweisuntauglichkeit nur eine Folge des früheren Processsystems war, ferner argumento a minori ad majus aus § 295, al. 3 C. P. O.; denn wenn die Beweistauglichkeit selbst (formlosen) Büchern über den Betrieb einer Wirtschaft, eines Gewerbes nicht abgesprochen und auch nicht auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt wird, so kann dies umsoweniger bei „ordnungsmäßig geführten Handelsbüchern“ der Fall sein.³⁸⁾

Rücksichtlich der ausländischen Handelsbücher gilt laut § 295, al. 2 C. P. O. wie bisher³⁹⁾ die materielle Reciprocität, nur ist die den fremden Büchern hienach zukommende Beweiskraft jetzt dem Maße und der Dauer nach als maximale gefasst, so dass es nicht ausgeschlossen ist, den ausländischen Handelsbüchern (selbst wenn sie vollkommen ordnungsgemäß geführt sind) eine geringere Beweiskraft beizulegen.

Laut Art. VII, Z. 4 E. G. z. C. P. O. sind auch die Vorschriften über die Rechtsfolgen der Verweigerung der angeordneten Vorlegung der Handelsbücher unberührt geblieben. Es gilt demnach § 37 H. G., wonach im besagten Falle der

³⁷⁾ So ausdrücklich § 120 a. G. O. i. f. (vgl. dazu Pat. v. 12. December 1785, J. G. S. Nr. 502, al. 1). Auch nach Ersetzung dieser Bestimmungen durch das Handelsgesetzbuch und dessen Einführungsgesetz blieb die Beweisuntauglichkeit als Folge des Processsystems.

³⁸⁾ So auch Ofner, J. Bl. 1900, S. 1; vgl. Kreis, J. Bl. 1897, S. 54.

³⁹⁾ Bisher galt laut § 22 E. G. z. H. G. B. das Hofdecret vom 4. Mai 1787, Z. 676 J. G. S. und das in diesem bezogene Patent vom 12. December 1785, Z. 502 J. G. S., al. 2. (Vgl. Randa, I. c., N. 40; Ott, II, S. 129.)

behauptete Inhalt der Bücher zum Nachtheile des Weigernden für erwiesen angenommen wird.⁴⁰⁾

In Betreff der Bücher der Mäkler sieh § 295, al. 1 C. P. O. (resp. Art. 77, 78 H. G.) und Art. VII, Z. 5 E. G. z. C. P. O. (resp. Art. 79 H. G.).

§ 884. Schriftlicher Vertrag.

Die Unterschrift der Parteien ist ein Formerfordernis des bürgerlichen Rechtes, welches unberührt bleibt (Art. VII, Z. 2 E. G. z. C. P. O.).⁴¹⁾ Dasselbe stimmt (zufälligerweise) in Betreff schreibenskundiger Personen mit dem Erfordernisse der formellen Beweiskraft (§ 294 C. P. O.) überein; anders ist es in Betreff schreibensunkundiger Personen (sieh ad § 886).

§ 885. Punctationen.

Auch diese Bestimmung bleibt unberührt (Art. VII, Z. 2 E. G. z. C. P. O.). Der unterfertigte Aufsatz „gründet“ Rechte und Verbindlichkeiten (nicht: „beweiset“); die Unterschrift hat materiellrechtliche Bedeutung.

§ 886. Vertragsfertigung seitens Illiteraten.

Dieser Paragraph bestimmt, auf welche Weise eine des Schreibens unkundige oder unfähige Person Dispositivurkunden zu fertigen hat, damit diese Fertigung der nach bürgerlichem Rechte etwa erforderlichen Unter„schrift“ gleichwertig sei. Dieser Paragraph bildet demnach eine Ergänzung der zwei vorhergehenden, insbesondere des § 884.⁴²⁾ Er enthält mithin

⁴⁰⁾ Vgl. Demelius, G. H. 1897, S. 290; Skedl, C. P. R. S. 40; Petschek, J. V. J. S. 1898, S. 150; Pisko, G. H. 1900, S. 465.

⁴¹⁾ Ein Formerfordernis scheint auch die Bestimmung des Art. 8, al. 1 des internat. Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. October 1890, R. G. Bl. Nr. 186 ex 1892 zu enthalten, demgemäß dem Frachtbriefe als Zeichen der Annahme der Datumstempel der Versandtexpedition aufzudrücken ist. In Betreff der Beweisvorschriften des genannten Übereinkommens vgl. Berufungs-Entscheidung des Handelsgerichtes Wien vom 27. April 1899, G. H. 1900, S. 389.

⁴²⁾ In der That wurde die Bestimmung des § 886 im ursprünglichen Antrag des Referenten (Ofner, II, S. 403) unmittelbar an § 884 angereiht; erst später fand die Umstellung mit § 885 statt.

eine Formvorschrift, welche erhalten bleibt (Art. VII, Z. 2 E. G. z. C. P. O.).⁴³⁾

Das in § 886 bestimmte Formerfordernis bezieht sich lediglich auf Dispositivurkunden, bei Nichtbeobachtung desselben ist die durch die Urkunde getroffene Disposition ungiltig; sie kann daher durch die Urkunde auch dann nicht bewiesen werden (Art. VII, Z. 2), wenn die Urkunde mit einem gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichen (§ 294 C. P. O.) versehen wäre. Eine bloß mit einem beglaubigten Handzeichen versehene Urkunde bewiese nur voll, dass die ungiltige Erklärung vom Aussteller herrührt.

Für Beweisurkunden galt früher die dem § 886 a. b. G. B. ähnliche Bestimmung des § 116 a. G. O.; diese Bestimmung ist aufgehoben. Gegenwärtig ist jede Beweisurkunde beweistauglich (§ 272, al. 1 C. P. O.); beweiskräftig jedoch allerdings nur unter den Voraussetzungen des § 294 C. P. O. und in dem daselbst bestimmten Umfange.

Die Wechselordnung enthält in § 94 eine Formvorschrift für Wechselklärungen mittels Handzeichen, welche als Formvorschrift erhalten bleibt.⁴⁴⁾ Das Erfordernis der Beglaubigung, welches daselbst bestimmt wird, stimmt (zufälligerweise) mit dem Erfordernisse der formellen Beweiskraft nach § 294 C. P. O. überein.

Erhalten bleibt auch die Vorschrift des Hofdecretes vom 19. Februar 1846, Z. 938 J. G. S., dass eine Namensfertigung in hebräischer Schrift als Handzeichen anzusehen ist.⁴⁵⁾

⁴³⁾ So auch Neumann, Comm., S. 23, N. 3; Consultation in Not. Zt. 1899, S. 65. Vgl. Skedl, S. 46, N. 27; Schuster, § 51, N. 6 (darüber Krasnopolski, G. H. 1897, S. 46); Stubenrauch, S. 815, N. 1; Hofer, Not. Zt. 1897, S. 69 und Baš, daselbst 1899, S. 22 erklären ausdrücklich § 886 für aufgehoben (durch § 294 C. P. O.), m. E. mit Unrecht. — Der Umstand, dass in Grundbuchssachen die durch §§ 434 und 445 a. b. G. B. angeordnete Mitfertigung von Zeugen entbehrlich ist, wenn die Unterschrift legalisiert ist, kann hier ebenfalls nicht maßgebend sein, dazu bedurfte es eben eines besonderen Gesetzes (Ges. v. 4. Juni 1882, R. G. Bl. Nr. 67, § 2).

⁴⁴⁾ Ebenso Hofer, Not. Zt. 1897, S. 68. Als erhalten muss auch angesehen werden das Gesetz v. 19. Juni 1872, R. G. Bl. Nr. 88, welches Bedingungen der Wechselkraft statuiert.

⁴⁵⁾ Skedl, S. 46, N. 27; Hofer, l. c.

§ 887. Mündliche Nebenverabredungen.

Dem § 887 a. b. G. B. kann eine zweifache Auslegung gegeben werden.

Er kann als (verbietende) Beweisregel aufgefasst werden, durch welche bestimmt wird, dass die Vertragsurkunde den einzigen zulässigen Beweis über den Vertragsinhalt bildet.⁴⁶⁾

Er kann als materiellrechtliche Vorschrift aufgefasst werden, durch welche bestimmt wird, dass bei Bestand eines schriftlichen Vertrages mündliche Nebenverabredungen, welche zugleich geschehen sein sollen, aber mit der Urkunde nicht übereinstimmen oder neue Zusätze enthalten, ungiltig sind.⁴⁷⁾

Würde § 887 als Beweisregel zu deuten sein, wäre demnach dem Richter bloß verboten gewesen, andere Beweise über den Vertragsinhalt zu beachten, so wäre diese verbotende Beweisregel durch Einführung des freien Beweises aufgehoben, da sie nicht ausdrücklich aufrecht erhalten wurde (§ 272, al. 1 C. P. O.).

Ist dagegen § 887 eine die Nebenverabredungen für ungiltig erklärende materiellrechtliche Vorschrift, so blieb er unberührt.

Meiner Ansicht nach ist das letztere der Fall⁴⁸⁾; nur ist die Anwendbarkeit des § 887 auf Dispositivurkunden zu be-

⁴⁶⁾ Vgl. Code, civil art. 1341: „... il n'est reçu aucune preuve par témoins contre ou outre le contenu aux actes (devant notaires ou sous signature privée), ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes...“ Schon die Ordonnance de Moulins vom Februar 1566 bestimmte in Art. 54: „... par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve es dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu au contrat, ne sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors ou depuis...“ (Tripiet ad art. 1341 C. c.)

⁴⁷⁾ Vgl. Preuß. L. R., I, 5, § 127. Ist ein Vertrag schriftlich geschlossen worden, so muss alles, was auf die Verabredung der Parteien ankommt, bloß nach dem schriftlichem Vertrage beurtheilt werden. § 128. Auf vorgeschützte mündliche Nebenabreden wird, ohne Unterschied des Gegenstandes, keine Rücksicht genommen.

⁴⁸⁾ So auch Saxl, J. Bl. 1897, S. 78 (gegen Kreis, daselbst S. 53, dazu Právník 1897, S. 374); Wehli, G. H. 1897, S. 80; Petschek, J. V. J. S. 1898, S. 148; Walker, Not. Zt. 1898, S. 145, 152; Schulbaum, G. H. 1900, S. 133; vgl. Allerhand in Przegląd pr. i. adm. 1900, S. 161 fg.; Wehli, J. Bl. 1897, S. 91; Neumann, Comm., S. 651, N. 4; Bloch, G. Z. 1899, S. 111; Entsch. v. 6. October 1898, Z. 11.885, Slg. 328 N. F.

schränken⁴⁹⁾, der Bestand einer bloßen Beweisurkunde hat nicht die Ungiltigkeit der in derselben nicht enthaltenen Nebenverabredungen zur Folge (vgl. § 1370, Satz 2 a. b. G. B.).⁵⁰⁾ Die Bestimmung des § 887 beruht auf einem ähnlichen Gedanken wie die Bestimmung des § 884: Haben die Parteien schriftlich contrahieren wollen (und dass sie es im Falle des § 887 wollten, beweist die vorhandene Dispositivurkunde), so gilt nur der schriftliche Vertrag.⁵¹⁾

Bei Ratenbriefen gilt § 887 a. b. G. B. in keinem Falle, und zwar auch nicht als materiellrechtliche Vorschrift, obzwar § 8, al. 2 des Gesetzes vom 27. April 1896, R. G. Bl. Nr. 70 die Aufhebung des § 887 bei Ratenbriefen als Folge der Aufhebung der gesetzlichen Beweisregeln anführt („Insbesondere . . .“). Die unrichtige rechtliche Motivierung des Gesetzes kann hier nicht entscheiden.⁵²⁾

§ 891. Correalität.

Das Vorhandensein eines Solidarschuldverhältnisses begründet für sich allein noch nicht Streitgenossenschaft im Sinne des § 14 C. P. O.⁵³⁾ und die Streitgenossenschaft wiederum hat an sich keine Solidarverpflichtung, und zwar auch nicht be-

⁴⁹⁾ Entsch. v. 3. August 1865, Z. 5831, Slg. 2245.

⁵⁰⁾ Aus § 1370, Satz 2 ist deutlich zu entnehmen, dass in den Pfandschein aufgenommene Nebenverabredungen deshalb allein, dass sie nicht aufgenommen wurden, nicht ungiltig sind. Über die Natur des Pfandscheines vgl. Tilsch, Zástava S. 67.

⁵¹⁾ Falls der Divergenz zwischen mündlicher Verabredung und schriftlicher Vertragsurkunde eine Irreführung zugrunde liegt, ist nicht § 887, sondern § 871 anzuwenden. Entsch. v. 3. Januar 1900, Z. 18.628, J. Bl. 1900, S. 437; vgl. Entsch. v. 21. December 1898, Z. 15.493, Slg. 424 N. F.

⁵²⁾ Über diese „Verwirrung, die es dahin brachte, die Statuierung der Unanwendbarkeit des § 887 auf Ratenbriefe als bloße Consequenz der . . . Suspension der gesetzlichen Beweisregeln . . . einzustellen“ vgl. Petschek, l. c. S. 148; ferner Walker, l. c.; Schulbaum, l. c.

⁵³⁾ Entsch. d. O. L. G. Wien v. 29. März 1899, Bc III 35/99, G. Z. 1900, S. 184. (Über die Contumacierung eines Streitgenossen vgl. Nosek im Právník 1897, S. 277, 699; Flieder, daselbst S. 606; Schwalb in G. Z. 1900, S. 287; über den Einfluss des Bestandes eines Solidarschuldverhältnisses auf die Einschränkung der Execution nach § 27 E. O., wenn bei einem anderen Solidarschuldner schon hinreichende Deckung erzielt wurde: Entsch. des K. G. Suczawa v. 15. Juni 1900, G. H. 1900, S. 497.)

züglich der Processkosten zur Folge (§ 46, al. 1 C. P. O.); nur wenn die Streitgenossen schon nach bürgerlichem Rechte in der Hauptsache solidarisch verpflichtet sind, sind sie es auch bezüglich der Processkosten (§ 46, al. 2 C. P. O.).

Die Beschränkung, dass der Gläubiger, welcher einen Correalschuldner bereits geklagt hat, einen anderen nur dann klagen kann, wenn er von der ersten Klage absteht (§ 891, Satz 3), halte ich für beseitigt.⁵⁴⁾

Der fraglichen Beschränkung kann höchstens der Sinn zukommen, dass der Gläubiger während des gegen einen Correal-schuldner anhängigen Processes einen anderen Correalschuldner nicht belangen könne; dass er dies nach Beendigung des Processes gegen den zuerst Belangten könne, darüber besteht kein Zweifel. Es ist daher lediglich die Anhängigkeit eines früheren Processes, welche der Anstrengung eines neuen entgegensteht. Materiell steht dem Gläubiger das Recht zu, von einem beliebigen anderen Mitschuldner die Zahlung zu erlangen, allein die gerichtliche Ausübung dieses Rechtes ist durch die processuale Thatsache der Anhängigkeit eines anderen Processes gehemmt. Wir haben es somit mit einer processualen, nicht einer materiellrechtlichen Einrede zu thun, welche, wenn nicht geradezu als Einrede der Streitanhängigkeit, so doch als eine derselben ähnliche processhindernde Einrede aufzufassen ist.⁵⁵⁾

Selbst wenn diese „processhindernde Einrede“ durch § 891 a. b. G. B. begründet worden wäre, so müsste sie gegenwärtig durch die Civilprocessordnung aufgehoben sein, denn die letztere kennt eine solche processhindernde Einrede nicht mehr (§ 239, al. 2)⁵⁶⁾ und die neue Theorie lässt die besagte Einrede auch nicht als Einrede der Streitanhängigkeit (§ 233, al. 1, vgl. § 232, al. 1 C. P. O.) gelten, da zur Begründung der letzteren nicht nur Identität des Gegenstandes und des Klagegrundes (welche bei Anerkennung der „una eademque obligatio“ vor-

⁵⁴⁾ Ebenso (doch mit theilweise abweichender Begründung) Ehrenzweig, Ght. Zt. XXV, S. 285; mir zustimmend „ . . . t“ in Čas. č. adv. 1901, S. 48.

⁵⁵⁾ Vgl. Unger, Syst., II, § 128 bei Note 17: „Bei passiven Correalobligationen steht jedem Correalschuldner eine (processhindernde) Einrede zu, wenn bereits einer der anderen Mitschuldner vom gemeinsamen Gläubiger auf das Ganze belangt ist, § 891 a. b. G. B.“

⁵⁶⁾ Vgl. Ehrenzweig, l. c.

handen wäre), sondern auch Identität der Processparteien erfordert wird.⁵⁷⁾

Allein meiner Ansicht nach wurde die Unzulässigkeit einer neuen Klage neben der alten durch § 891 a. b. G. B. nicht statuiert, sondern dieselbe wird in § 891 a. b. G. B. bloß (richtig oder fälschlich) vorausgesetzt und durch die Worte: „wenn er von derselben absteht“ wird lediglich diese Voraussetzung ausgedrückt. Diese Worte sind bloß als *conditio juris* gedacht. Der Verfasser des betreffenden Satzes (Zeiller) gieng nämlich einfach von der Voraussetzung aus, dass vor oder bei Einbringung einer neuen Klage (aus processualen Gründen) zum mindesten die alte zurückgenommen werden müsse und es eher eine Begünstigung als eine Beschränkung sei, dass der Gläubiger dies thun und eine neue Klage einbringen könne.

Die Entstehungsgeschichte bestätigt dies. Im westgalizischen Gesetzbuche lautete der zweite Satz des § 34 (III. Theil): „Es hängt dann von dem Gläubiger ab, es von dem einen oder dem anderen Mitschuldner zu fordern, und wenn ihn dieser nur zum Theile befriedigt, das Rückständige von den übrigen einzutreiben.“ In der Sitzung vom 11. Februar 1805 (Ofner, II, S. 19) beantragte Zeiller: Vollständiger könnte man den zweiten Theil des Paragraphen so textieren: „Es hängt dann von dem Gläubiger ab, ob er alle oder einige Mitschuldner insgesamt oder nach von ihm gewählten Antheilen, oder ob er es von einem einzigen fordern wolle. Selbst nach erhobener Klage bleibt ihm nach Abstehung von derselben diese Wahl vorbehalten, und wenn er vom einen oder anderen Mitschuldner nur zum Theile befriedigt wird, so kann er das Rückständige von den übrigen fordern.“ Man war durchgehends mit dem Referenten einverstanden. Hieraus ist zu ersehen, dass es sich bloß um eine „vollständigere Textierung“, um eine ausführlichere Darstellung desselben Gedankeninhaltes ohne materielle Änderung handelte. Insbesondere sollte durch die Erwähnung des Abstehens von der Klage keine neue Bedingung geschaffen werden.

Der Gedankengang, der zur Erwähnung des Abstehens von der Klage führte, dürfte vielmehr der folgende gewesen sein:

⁵⁷⁾ Ott, II, § 70, S. 39; Neumann, Comm., S. 550.

Gegenüber dem ursprünglichen Wortlaute wurde in der neuen vollständigeren Fassung ausdrücklich hervorgehoben, dass der Gläubiger von den Mitschuldnern die Bezahlung nach beliebig von ihm „gewählten“ Antheilen fordern könne. Die „Wahl“ (der Antheile) sollte ihm nun auch nach erhobener Klage verbleiben; da jedoch die Abänderung der Klage als nach Processrecht unzulässig angesehen wurde, so wurde als (nach § 49 a. G. O. selbstverständliche) Bedingung das Abstehen von der ersten Klage angeführt.⁵⁸⁾

Vorwiegend mag der Fall der Änderung der Antheile vorgeschwebt haben, allein auch der wirkliche Wechsel in den Personen der Beklagten setzt die Zurücknahme der ersten Klage voraus. Was schließlich den Fall der Heranziehung eines weiteren Mitschuldners anbelangt, so dürfte derselbe entweder gar nicht bedacht worden sein, oder es dürfte die (uns gegenwärtig irrig erscheinende und wahrscheinlich auch damals nicht klar gedachte) Voraussetzung mitgewirkt haben, dass einer neuen Klage bei Anhängigkeit einer früheren Klage aus demselben Rechtsverhältnisse die Einwendung der Litispendenz entgegensteht.⁵⁹⁾

⁵⁸⁾ Andererseits sollte wohl auch angedeutet werden, dass der Gläubiger ohne Nachtheil für sein materielles Recht die Klage zurückziehen könne (was vielleicht schon damals streitig war) und dass es ihm auch nicht verwehrt sei, eine neue „verbesserte“ Klage einzubringen (a contr. Hofdecret vom 15. Januar 1787, J. G. S. Nr. 620, lit. e). Man vgl. auch § 433 Preuß. L. R., I, 5: „Wenn auch der Berechtigte einen oder alle Mitverpflichteten nur für ihren Antheil in Anspruch genommen hat, so kann er doch davon wieder abgehen und einen unter ihnen auf das Ganze belangen“; ferner die Erklärung, welche der Autor der „vollständigeren Textierung“, nämlich Zeiller selbst, in seinem Commentare gibt: „Wird der Gläubiger erst während des Processes gewahr, dass er eine minder zweckmäßige Art der Einbringung gewählt habe, so kann er (mit Ersatz der Streitkosten) von dem Prozesse abstehen und eine andere Einbringungsart wählen.“ Das Abstehen wird offenbar als selbstverständlich angesehen.

⁵⁹⁾ Auch Krainz-Pfaff, § 303, N. 13 motiviert den Satz, dass dem Gläubiger „während der gegen einen oder mehrere Mitschuldner anhängigen Klage eine Änderung nur erlaubt ist, wenn er von der Klage absteht“ mit den Worten: „Sonst steht ihm die Einwendung der unerlaubten Neuerung des Klagbegehrens, bezw. die der anhängigen Streitsache entgegen“. Dass diese Einrede in der älteren Theorie als Einrede der Litispendenz aufgefasst wurde, beweist die bekannte von Unger, II, § 128, N. 17 citierte Schrift Buchkas über den Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältnis (II, S. 137); Unger selbst sagt § 117, N. 32: „Diese Bestimmung . . . scheint aus einer unrichtigen Herbei-

Ich lege daher dem dritten Satze des § 891 a. b. G. B. keinen anderen Sinn bei als den nachstehenden: Selbst nach erhobener Klage bleibt ihm die Wahl materiell vorbehalten, er ist jedoch selbstverständlich in der processualen Ausübung dieser Wahl durch das Factum der Klagsanstellung insoweit beschränkt, als nach processrechtlichen Grundsätzen die Abänderung der Klage im Sinne einer neuen Wahl oder die Anstellung einer neuen Klage ohne Zurückziehung der alten unzulässig ist.

Bei geändertem Processrechte müssen nun diese Beschränkungen dem neuen Processrechte entnommen werden, und da ergibt es sich, dass einer neuen Klage die Pendency einer älteren zwar dieselbe Forderung, aber einen anderen Beklagten betreffenden Klage nicht hinderlich ist.⁶⁰⁾

Wir gelangen daher zu demselben Resultate, ob wir die Beschränkung in § 891, Satz 3 als durch das bürgerliche Gesetzbuch erst eingeführt oder aus dem vorausgesetzten Processrecht fließend ansehen. Der zweite Weg erscheint mir jedoch dem wahren Sachverhalte entsprechender.

Schließlich bemerke ich noch, dass, wenn man die in Rede stehende Beschränkung für erhalten erachtet, die praktischen (und theoretischen) Inconvenienzen, zu welchen diese Be-

ziehung der Grundsätze von der Litispendenz und aus einer übertriebenen Vorsorge gegen eine etwaige doppelte Bezahlung hervorgegangen zu sein.“ Diesen zweiten von Unger angeführten Grund, welcher von Hasenöhrle (I, § 11, N. 17), Stubenrauch (ad § 891, III) und Ehrenzweig (Ght. Zt. XXV, S. 287) acceptiert wird, vermag ich nicht anzuerkennen. Nicht der geringste Umstand deutet darauf hin, dass die Gesetzgebungs-Commission das Abstehen von der Klage aus Zweckmäßigkeitsgründen (de lege ferenda) für geboten erachtete, im Gegentheil es weist alles darauf hin, dass man das Abstehen von der Klage lediglich aus rechtlichen Gründen (de lege lata) für nothwendig hielt (Klagsänderung, Litispendenz). Dass die Zweckmäßigkeitsgründe übrigens nicht zuträfen (weil dem Gläubiger jedenfalls unbekannt bleibt, successive mehrere Urtheile gegen verschiedene Correalschuldner zu erlangen und derselbe selbst auf Grund eines gegen mehrere Schuldner lautenden Urtheiles mehrere exequieren kann), braucht hier nicht des näheren angeführt zu werden. Wenn man in der in Rede stehenden Bestimmung einen „Zweck“ sucht, so erscheint er allerdings „fragwürdig“ (so Ehrenzweig, l. c.). Die Redactoren hatten aber keinen Zweck vor Augen, sondern nur bestehendes (richtig oder falsch aufgefasstes) Processrecht. — Auch die von Stubenrauch, l. c. angeführte Entscheidung Slg. Nr. 1086, welche eine Halbheit enthält (dass der Kläger nur zu negativem Verhalten verpflichtet sei), halte ich für nicht begründet.

⁶⁰⁾ Vgl. auch Art. 26, al. 2, Art. 49, Art. 81, al. 3 W. O.

schränkung bereits früher führte⁶¹⁾, noch in der Hinsicht vermehrt werden, dass der Kläger nach Beginn (resp. nach Ablauf) der ersten Tagsatzung (§ 237, al. 1 C. P. O.) ohne Zustimmung des Beklagten die Klage nicht zurücknehmen kann. Der Kläger könnte demnach von einem Mitschuldner gehindert werden, einen anderen rechtzeitig zu belangen und könnte die Befugnis zu einer neuen Klage nur durch materiellen Verzicht gegenüber dem bereits geklagten Mitschuldner erkaufen.⁶²⁾

§ 897. Bedingungen.

Die Frage der Rückwirkung einer Bedingung im Falle ihrer Erfüllung ist bestritten.⁶³⁾ Die Executionsordnung nimmt zu dieser Frage Stellung in den §§ 220 und 221, welche die Behandlung bedingter Forderungen bei der Meistbotsvertheilung betreffen.

Bezüglich der Resolutivbedingung wird von der Voraussetzung ausgegangen, dass sie nicht rückwirke.⁶⁴⁾ Der Gläubiger bekommt in Übereinstimmung mit §§ 897, 708 a. b. G. B. die Forderung gegen Leistung einer Sicherheit für den Rückstellungsfall ausgezahlt. Leistet er die Sicherheit nicht, so wird der Betrag fruchtbringend angelegt; die bis zum Eintritte der Bedingung erzielten Zinsen fallen, wenn die Forderung verzinslich ist (bis zur Höhe der vertragsmäßigen Zinsen)⁶⁵⁾

⁶¹⁾ Unger, II, § 117, N. 32.

⁶²⁾ Vgl. auch Ehrenzweig, l. c. S. 286.

⁶³⁾ Vgl. Unger, Syst., II, S. 73 (Die erfüllte Suspensivbedingung wird retrotrahiert, sie hat rückwirkende Kraft), S. 78 (Mit der Erfüllung der Resolutivbedingung wird das Geschäft nicht für die Zukunft — ex nunc — sondern nach rückwärts — ex tunc — aufgehoben). Für Rückziehung auch Krausz-Pfaff-Ehrenzweig, § 110. Burckhard, Syst., II, § 88, S. 355 erklärt es für quaestio facti, was gewollt wird, im Zweifel wird zu vermuthen sein, dass die Bedingung nicht zurückzubeziehen sei, dass die Bedingung zugleich auch eine Befristung enthalte. Ähnlich Hasenöhrle, I, § 37.

⁶⁴⁾ Czoernig, Vorles., S. 214: Die Forderung mit auflösender Bedingung steht dem Gläubiger schon jetzt zu, er hat das Recht auf alle Einkünfte. Wenn die Resolutivbedingung eintritt, so wirkt sie ex nunc, d. h. die bezogenen Einkünfte muss der Gläubiger nicht zurückerstatten.

⁶⁵⁾ So auch Fürstl, II, S. 453: Die Bestimmung, dass Zinsen dem Gläubiger zuzuweisen sind, wird nur dann platzgreifen können, wenn die vertragsmäßigen Zinsen den erzielten gleich oder höher sind. And. Ans. Neumann, E. O., S. 327: Er erhält diese Zinsen ganz, wenn auch die vertragsmäßigen

dem bis zum Eintritt der Resolutivbedingung Berechtigten, wenn sie nicht verzinslich ist, den nachstehenden Gläubigern, in keinem dieser Fälle demnach dem nach Eintritt der Bedingung Berechtigten zu.

Während bei der Resolutivbedingung nur an eine nicht zu retrotrahierende gedacht wird, werden bei der (positiven) Suspensivbedingung in § 221 E. O. beide Fälle, der Retrotraction und der Wirkung ex nunc, berücksichtigt. Die Zinsen des auf die suspensiv bedingte Forderung entfallenden Betrages gebühren den nachstehenden Gläubigern nur dann, wenn sie dem bedingt berechtigten Gläubiger nicht gebühren. Letzteres und daher die Rückwirkung der Suspensivbedingung wird sogar als Normalfall angenommen⁶⁶⁾, dabei jedoch der Fall der Wirkung ex nunc („wenn diesem der Zinsenbezug nicht gebürt“⁶⁷⁾ nicht unberücksichtigt gelassen.

Bei einer negativen suspensiven Bedingung werden laut §§ 897, 708 a. b. G. B. dieselben Grundsätze wie bei einer Resolutivbedingung gelten müssen.

§ 904. Zeit der Erfüllung.

Sieh bei § 1417 a. b. G. B.

§ 906. Alternativ-Obligation.

a) Mit Wahlrecht des Schuldners. Wird der Schuldner alternativ auf verschiedene Leistungen geklagt,

niedriger sind. — Meiner Ansicht nach fallen die die vertragsmäßigen übersteigenden erzielten Zinsen den nachstehenden Gläubigern zu, es folgt dies daraus, dass denselben die Zinsen dann zufallen, wenn die Forderung unverzinslich ist. Entweder wird nämlich davon ausgegangen, dass der erlegte Betrag Eigenthum des Gläubigers sei und nur zur Sicherstellung für die eventuelle Rückstellungsverbindlichkeit diene, und dann müsste dem Gläubiger der Zinsenbezug allerdings ohne Rücksicht auf die ursprüngliche Höhe der Zinsen, jedoch auch ohne Rücksicht darauf, ob die Forderung überhaupt verzinslich ist, zustehen, oder man betrachtet den erlegten Betrag als Eigenthum des Executen, welches zu Gunsten der an der Executionsmasse Beteiligten verwaltet wird, und dann gebühren dem Gläubiger nie mehr als die vertragsmäßigen Zinsen. Die E. O. steht auf dem letzteren Standpunkt.

⁶⁶⁾ Vgl. jedoch Czoernig, l. c. S. 214.

⁶⁷⁾ Hiebei ist meines Erachtens nicht nur der Fall gemeint, dass die Forderung überhaupt unverzinslich ist (wie Worel, Rozpočet, S. 31 zu meinen scheint).

so bleibt es ihm unbenommen, noch im Laufe des Processes durch einseitige, dem Gläubiger gegenüber abgegebene Erklärung, er wähle eine der Leistungen, die Obligation in eine einfache zu verwandeln. Das Urtheil lautet dann bloß auf die gewählte Leistung (argum. § 235, al. 4, § 406, Satz 1 C. P. O.; § 35, al. 1 E. O.). Im Grunde genommen lautet demnach das Urtheil auf mehr, als worauf die Klagsbitte gerichtet war; denn hätte der Gläubiger gleich ursprünglich die Klage bloß auf eine Leistung gerichtet, so wäre darin eine pluris petitio gelegen gewesen. Diese „Erweiterung ist gemäß § 235, al. 2 C. P. O. zulässig, denn sie geschieht nicht nur mit Einwilligung des Beklagten, sondern sogar durch dessen eigene Handlung.

Wählt der Schuldner während des Processes nicht, so lautet das Urtheil alternativ und dem Schuldner bleibt auch in der Executionsinstanz principiell die Wahl. Der Gläubiger kann jedoch nach Ablauf der Leistungsfrist (wenn der Schuldner die Wahl noch nicht ausgeübt hat), im Executionsgesuche provisorisch selbst wählen, nämlich die Execution behufs Bewirkung einer der Leistungen beantragen (§ 12, al. 1 E. O.). Dem Schuldner bleibt trotzdem die ausschlaggebende Wahl vorbehalten, ins solange der Gläubiger nicht die von ihm provisorisch gewählte Leistung, wenn auch nur zum Theile, empfangen hat (§ 12, al. 2 E. O.). Vor diesem Zeitpunkte kann der Schuldner seine Wahl frei ausüben, er braucht daher bloß zu erklären, dass er eine andere als die vom Gläubiger provisorisch gewählte Leistung wähle.⁶⁸⁾ Im selben Momente wird

⁶⁸⁾ Vgl. Pitreich, G. H. 1884, S. 500. Aud. Aus. Czoernig, Vorles., S. 13: Wenn der Verpflichtete das Pferd wirklich leistet, nicht bloß sich hiezu erbietet, wird die Execution eingestellt; ebenso Fürstl, II, S. 44 mit Berufung auf die Entsch. d. deutsch. R. G., XXVII, Nr. 100, die Begründung der letzteren lautet: „Der Schuldner kann noch nach Erlassung des Urtheiles vom Wahlrechte Gebrauch machen. Seine Lage hat sich nach dem Erlasse des Urtheiles nur insofern geändert, als er durch die Erklärung allein, welche der mehreren Alternativen er wählen wolle, seiner judicatsmäßigen Pflicht zu wählen und zu leisten noch nicht genügt. Er kann vielmehr durch die Wahl der einen Alternative die auf die andere gerichtete Zwangsvollstreckung des Gläubigers nur abwenden, wenn er der getroffenen Wahl gemäß leistet.“ (So nun auch § 264 des bürg. G. B. f. d. deutsche Reich: . . . Der Schuldner kann sich jedoch, solange der Gläubiger die gewählte Leistung weder ganz noch zum Theil empfangen hat, durch eine der übrigen

die Obligation zu einer obligatio simplex, die vom Gläubiger provisorisch gewählte Leistung hört auf, Gegenstand der Obligation zu sein und die auf Bewirkung derselben gerichtete Execution wird im wahren Sinne des Wortes gegenstandslos. Setzt der Gläubiger trotzdem die Execution auf die von ihm gewählte (jedoch infolge der Wahl des Schuldners von diesem nicht mehr geschuldete) Leistung fort, so bleibt dem Schuldner nichts übrig, als den Weg der Oppositionsklage (§ 35 E. O.) einzuschlagen. Mit der Klage kann der Antrag auf Einstellung der Execution verbunden werden (§ 39, al. 3 E. O.) und der Schuldner kann auch die Hemmung der Execution beantragen (§ 42, Z. 5 E. O.). Auch könnte hier mit gleichem Effecte die Klage nach § 39, Z. 5 E. O. platzgreifen.

Wenn der Schuldner eine andere als die vom Gläubiger provisorisch gewählte Leistung nicht nur verbatim wählt, sondern auch „bewirkt“, so kann er ohne Klage gemäß § 39, al. 1, Z. 7 und al. 2 E. O. die Einstellung der Execution beantragen, und da er durch Bewirkung einer der Leistungen den Gläubiger rücksichtlich der ganzen Obligation „befriedigt“, so kann er auch gemäß § 40, al. 1 E. O. ohne Klage die Einstellung der Execution in Antrag bringen.⁶⁹⁾

„Leistungen“ von seiner Verbindlichkeit befreien.) Die obcitirte Begründung passt jedoch (zum wenigsten) für das österreichische Recht nicht. Der Schuldner hat keine Pflicht zu wählen, er hat nur die Pflicht zu leisten; diese Pflicht bleibt die gleiche, ob sie judicatsmäßig ist oder nicht. Was zu leisten ist, bestimmt sich durch die Wahl, diese Wahl ist ein Recht des Schuldners und dieses „Wahlrecht“ kann er eben laut § 12, al. 2 E. O. auch nach Erlass des Urtheiles und nach der Executionsbewilligung ausüben.

⁶⁹⁾ So auch die Fragenbeantwortung ad § 39 E. O., P. 1. Der Unterschied zwischen dem Verfahren nach § 40 E. O. und dem Verfahren nach § 39, Z. 7 E. O. tritt in folgenden Punkten hervor:

a) § 40 ist anwendbar, wenn der Schuldner wann immer nach Entstehung des Executionstitels (resp. nach dem in § 35, al. 1 E. O. angeführten Zeitpunkte) erfüllt hat, § 39, Z. 7 hingegen bloß, wenn die Leistung nach Bewilligung der Execution erfolgt ist.

b) Über den auf Grund des § 40 E. O. gestellten Antrag wird der Gläubiger bloß einvernommen, über den Antrag gemäß § 39, Z. 7 E. O. hat eine mündliche Verhandlung der Parteien stattzufinden (§ 45, al. 3 E. O. — ebenso Neumann, E. O., S. 425).

c) Gemäß § 40, al. 2 E. O. ist der Schuldner auf den Rechtsweg zu verweisen, wenn die Entscheidung über den Einstellungsantrag von der Ermittlung und Feststellung streitiger Thatumstände abhängt; bei einem auf Grund des

Die Wahl bleibt dem Schuldner nur so lange, als der Gläubiger die seinerseits gewählte Leistung weder ganz noch zum Theile empfangen hat (§ 12, al. 2 E. O.). Durch diese Bestimmung wird der civilrechtliche Satz bestätigt, dass eine Alternativobligation durch Leistung entweder des einen Gegenstandes oder des anderen, keinesfalls aber durch theilweise Leistung des einen und theilweise Leistung des anderen erfüllt werden kann.⁷⁰⁾

Von der Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners ist die alternative Ermächtigung des letzteren, anstatt des geschuldeten Gegenstandes einen anderen zu leisten, zu unterscheiden.

Der Gläubiger kann eine solche facultas alternativa des Schuldners bei jeder nicht auf eine Geldsumme gerichteten Obligation dadurch bewirken, dass er sich erbiethet, an Stelle der angesprochenen Leistung eine bestimmte Geldsumme anzunehmen. Früher war es streitig, welche Bedeutung einem solchen Anerbieten im Sinne des § 2 des Hofdecretes vom

§ 39, Z. 7 E. O. gestellten Antrage können die streitigen Thatumstände im Executionsverfahren selbst ermittelt und festgestellt werden (§ 45, al. 3, § 55, al. 2 und 3, § 62 E. O.).

d) Im Falle des § 40 kann die Execution aufgeschoben (gehemmt) werden (§ 42, Z. 3 E. O.), nicht so im Falle § 39, Z. 7 E. O. (§ 42 insbes. al. 3 E. O. a contr.). Anders die Fragenbeantwortung l. c. Unter den Aufschiebungsgründen wird jedoch § 39, Z. 7 nicht genannt, sondern ausdrücklich § 39, Z. 2 bis 4, 6 und 8; vgl. auch Neumann, E. O., S. 432, ad 2. Laut Entsch. v. 5. April 1898, Nr. 4684, Slg. N. F. 91, J. M. V. Bl. 1898, Nr. 1433 sind die Aufschiebungsgründe taxativ angeführt.

In keinem Falle kann das Vollstreckungsorgan ohne vorgängige richterliche Weisung mit der Vollziehung innehalten, wenn ihm die Erfüllung einer anderen Alternative ausgewiesen wird (§ 46 E. O. a contr.), noch ist das Vollstreckungsorgan berechtigt, eine andere Alternative in Empfang zu nehmen (§ 25, al. 2 E. O. a contr.: „die mittels der Execution zu erzwingenden Zahlungen“).

⁷⁰⁾ Die Alternativobligation lässt sich mit einer Gleichung zweiten oder höheren Grades vergleichen, für deren Unbekannte mehrere Werte eingesetzt werden können. Eine solche Gleichung kann entweder durch Einsetzung einer ganzen Wurzel oder einer ganzen anderen, jedoch nicht durch Einsetzung eines Theiles der einen und eines Theiles der anderen Wurzel aufgelöst werden. Z. B.: $x^3 - 3x + 2 = 0$; hier ist x entweder 1 oder 2, nicht aber etwa die Hälfte von 1 + die Hälfte von 2. Vgl. meinen Artikel über die Geltendmachung von Alternativobligationen im Právník, 1899, S. 1 flg., welchem das Vorstehende theilweise entnommen ist.

24. October 1845, J. G. S. Nr. 906 über das summarische Verfahren zukomme, ob dasselbe materielle Wirkung habe oder eine bloße Formalität sei, um das Summarverfahren zu ermöglichen.⁷¹⁾ Schon aus § 1, al. 1, Z. 2 des Gesetzes vom 27. April 1873, R. G. Bl. Nr. 66 war jedoch zu ersehen, dass die ähnliche Bestimmung im Bagatellverfahren eine materielle Wirkung voraussetzte („als Abfindungsbetrag“). In § 410 C. P. O. ist nun deutlich bestimmt, dass das Anerbieten des Klägers (in der Klage oder während der Verhandlung), einen Geldbetrag an Stelle des geschuldeten Gegenstandes anzunehmen, die alternative Ermächtigung des Schuldners zur Folge hat, sich durch wirkliche Zahlung des Geldbetrages von der Leistung des geschuldeten Gegenstandes zu befreien.⁷²⁾ Eine einfache Obligation wird dadurch selbstverständlich nicht zu einer alternativen. Auf Grund eines gemäß § 410 C. P. O. ergangenen Urtheiles kann der Gläubiger daher die Execution bloß auf Leistung des geschuldeten Gegenstandes führen, keineswegs auf Hereinbringung der Geldsumme⁷³⁾, andererseits wird durch eine noch so feierliche Erklärung des Schuldners, den Geldbetrag zu wählen, die Execution auf Leistung des geschuldeten Gegenstandes nicht unzulässig gemacht. Wenn er jedoch den Geldbetrag wirklich zahlt, stehen ihm allerdings auch die durch die §§ 35, 39, Z. 7 und 40 E. O. gebotenen Mittel zur Verfügung. Die Ermächtigung, den Geldbetrag zu zahlen, kommt ihm übrigens auch nur bis zu dem in § 12, al. 2 E. O. bezeichneten Zeitpunkte zu.

b) Mit Wahlrecht des Gläubigers. Ist die Wahl dem Gläubiger vorbehalten (§ 907 a. b. G. B.), so entsteht die Frage,

⁷¹⁾ Vgl. Ullmann, C. P. R. 1887, § 138, S. 493: Die Verweigerung der Annahme des Schätzungsbetrages schließt lediglich das Summarverfahren aus (das Anerbieten hätte hienach die Natur einer Prorogationsofferte in Rücksicht auf das Verfahren gehabt).

⁷²⁾ Vgl. Klein, Vorles., S. 223. Wenn in dem Urtheil die alternative Ermächtigung nicht ausgedrückt wurde, so ist die nachträgliche Einschaltung gemäß § 419 C. P. O., nicht gemäß § 423 zu bewerkstelligen, da nicht die Entscheidung über einen Anspruch fehlt.

⁷³⁾ In dem Wechselzahlungsauftrage (§ 557 C. P. O.) und in dem Zahlungsauftrage im Mandatsverfahren (§ 550, al. 2 C. P. O.) wird dem Beklagten aufgetragen: zu zahlen oder Einwendungen zu erheben. Zu dem letzteren ist er jedoch nicht verpflichtet, es liegt hier ebenfalls nur eine Art alternative facultas vor. Vgl. Wolf in J. Bl. 1900, S. 266.

in welchem Zeitpunkte sie spätestens ausgeübt werden müsse. In der Klage braucht er sich noch nicht zu entscheiden⁷⁴⁾, das Klagspetit kann alternativ lauten (§ 56 J. N.). Dem steht § 226 C. P. O., wonach die Klage ein „bestimmtes“ Begehren zu enthalten hat, nicht entgegen. Das Petit einer condemnatorischen Klage ist nämlich nichts anderes als der Entwurf eines Urtheiles und das Urtheil wiederum nichts anderes als die Formulierung eines actualen Imperativs des Privatrechtes (im objectiven Sinne) im concreten Falle. Lässt nun das Privatrecht (im objectiven Sinne) actuale Imperative von einer gewissen Unbestimmtheit zu, so kann auch für die Formulierung dieses actualen Imperativs und für den Entwurf dieser Formulierung eine größere Bestimmtheit nicht verlangt werden.⁷⁵⁾

Es kann daher allerdings auch ein Urtheil erlassen werden, in welchem die Wahl dem Gläubiger vorbehalten wird. Allein im Executionsgesuch muss sich der Gläubiger entscheiden. Es folgt dies zwar noch nicht aus § 54, Z. 2 E. O., dem gemäß der Antrag auf Executionsbewilligung die „bestimmte“ Angabe des Anspruches enthalten muss (vgl. § 63, Z. 2 E. O.), denn auch hier gilt das, was vom „bestimmten“ Klagebegehren gesagt wurde; aber es muss (argumento a majori ad minus) aus § 12 E. O. geschlossen werden, denn wenn der Gläubiger selbst in dem Falle, wenn der Schuldner das Wahlrecht hat und der Gläubiger demnach an der Unbestimmtheit keine Schuld trägt, nur eine Leistung exequieren kann, umso mehr ist die Beschränkung der Execution auf eine Alternative gerechtfertigt, wenn der Grund der Unbestimmtheit auf Seiten des Gläubigers gelegen ist. Die Executionsordnung geht übrigens überhaupt von dem Grundsatz aus, dass der Umfang der Execution ein möglichst beschränkter sein soll (§ 27, al. 1 E. O.).

Es bleibt noch die Frage zu erörtern, welchen Einfluss die Zurücknahme der Klage auf die in derselben seitens des

⁷⁴⁾ So auch Unger, II, § 128, N. 20; Hasenöhr, I, § 14 bei N. 30

⁷⁵⁾ Darüber, dass der Actualität der aus der alternativen Obligation fließenden Berechtigung der Umstand nicht entgegensteht, dass die Wahl (ob von Seiten des Schuldners oder von Seiten des Gläubigers) noch nicht ausgeübt wurde, vgl. meinen in N. 70 citierten Artikel.

Gläubigers bereits vorgenommene Wahl hat.⁷⁶⁾ Laut § 237, al. 3 C. P. O. hat die Zurücknahme der Klage zur Folge, dass die Klage als nicht angebracht anzusehen ist. Trotzdem erachte ich das Wahlrecht des Gläubigers für erloschen. Durch die Rücknahme der Klage wird nämlich bloß die Klage, als solche, d. i. die Anrufung des Gerichtes ungeschehen gemacht. Es entfallen daher bloß die Folgen der Anrufung des Gerichtes, keineswegs aber auch die Folgen eines von der Anrufung des Gerichtes unabhängigen Thatbestandes, welcher durch die Zustellung einer glaubwürdigen Mittheilung des Willens des Gläubigers enthaltenden Schrift an den Schuldner gegeben ist. Die Reduction der Alternativobligation auf eine einfache Obligation ist keine Folge der Anrufung des Gerichtes, sondern der gegenüber dem Schuldner abgegebenen Erklärung. Für die Perfection und Unwiderruflichkeit derselben muss es vollkommen gleichgiltig sein, ob sie in einem Schriftstücke erfolgte, welches zufällig auch die Erfordernisse einer Klage hat.⁷⁷⁾ Das Gericht hat in dieser Hinsicht nur die Function einer Transportanstalt, eines Boten.

§ 919. Einseitiger Rücktritt vom Verträge.

Wenn das Meistgebot vom Ersteher nicht rechtzeitig und ordnungsgemäß berichtet wird⁷⁸⁾, findet auf Antrag die Wiederversteigerung der Liegenschaft statt.⁷⁹⁾ Mit Rechtskraft der Bewilligung der Wiederversteigerung verliert die erste Versteigerung ihre Wirksamkeit (§ 154 E. O.). Der Ersteher hat die bezogenen Früchte und Einkünfte zurückzuerstatten (§ 157, al. 1 E. O.).⁸⁰⁾ Es wird daher der zwischen der Exe-

⁷⁶⁾ Ausgegangen wird hier davon, dass die Bestimmung des § 906, gemäß welcher der Schuldner „von der einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht abgehen“ kann, auch analog vom wahlberechtigten Gläubiger gilt. Vgl. Unger, II, § 128, N. 20.

⁷⁷⁾ Ähnlich Ehrenzweig in Ght. Zt. XXV, S. 291, 295. Vgl. Ott, II, S. 54.

⁷⁸⁾ Ob den Ersteher hiebei ein Verschulden trifft oder nicht, ist irrelevant. So auch die Fragenbeantwortung ad § 157 E. O., P. 1 und Fürstl, II, S. 339.

⁷⁹⁾ Dem Ersteher wird noch eine Nachfrist zum Erlag der rückständigen Meistbotsraten gewährt (§ 154, al. 2 E. O.); vgl. hiezu § 338 a. G. O. und S. im Právník, 1900, S. 253.

⁸⁰⁾ Vgl. Strobach, G. H. 1898, S. 237; Bum, J. Bl. 1898, S. 483; Neumann, E. O., S. 282.

cutionsmassaverwaltung und dem Ersteher geschlossene Kaufvertrag wegen nicht ordnungsmäßiger Erfüllung seitens des letzteren durch erstere rückgängig gemacht.⁸¹⁾ Dies kann auch dann stattfinden, wenn die Sanction der Wiederversteigerung nicht in die Kaufbedingnisse aufgenommen worden war (was laut § 146 E. O. nicht erforderlich ist).

Auch im Falle der Übernahme der Liegenschaft nach § 200, Z. 1 E. O. gelten ähnliche Bestimmungen (§ 204 E. O.), im Falle der Versteigerung von Mobilien gilt § 278, al. 3 E. O.

Hier mag noch Erwähnung finden, dass ein Schiedsrichter auch nach Annahme der Bestellung aus triftigen Gründen von der übernommenen Verpflichtung einseitig zurücktreten kann (§ 579 C. P. O.).

Vgl. auch ad § 1294 b.

§ 926. Gewährleistung wegen Viehmängel. — Vermuthung.

Dieser Paragraph enthält weitere Elemente des Thatbestandes, an welchen die in den §§ 924 und 925 a. b. G. B. angeführte Vermuthung geknüpft ist, und ist sowie die citierten vorhergehenden Paragraphen durch § 270 C. P. O. erhalten.

Die Vermuthung, dass das Vieh schon vor der Übernahme krank gewesen sei (§ 924), tritt nur dann ein, wenn es binnen der in den §§ 924, 925 angeführten Fristen erkrankt und der Übernehmer den bemerkten Fehler entweder seinem Gewährsmann sogleich anzeigt⁸²⁾ oder in dessen Abwesenheit denselben durch das Ortsgericht oder Sachverständige constatieren lässt. Der durch das „Ortsgericht oder Sachverständige“ vorzunehmende Augenschein muss nicht nach der Civilprocessordnung vorgenommen werden⁸³⁾; doch genügt andererseits

⁸¹⁾ Vgl. Neumann, E. O., S. 117 (Aufhebung des früheren Verkaufes), anders jedoch anscheinend S. 283 (der Beschluss, mit welchem der Zuschlag erteilt wurde, ist nachträglich nicht abgeändert worden, sondern seine Verpflichtungen als Ersteher wurden durch Wiederversteigerung exequiert); die Wiederversteigerung ist aber nur eine Fortsetzung der Execution gegen den Executen (so auch E. Adler, Publ. princ., S. 51), nicht eine Execution gegen den säumigen Ersteher (vgl. oben bei § 463).

⁸²⁾ Vgl. § 482 B. G. B. f. d. deutsche R. und dazu K. Scheider in G. Z. 1899, S. 229.

⁸³⁾ Anders ist dies bezüglich der in den Artikeln 348, 365 und 407 des Handelsgesetzbuches berührten Feststellungen durch Sachverständige. Auf die

die Vornahme des Augenscheines oder die Vernehmung von Sachverständigen zur Sicherung des Beweises gemäß § 384 C. P. O. und es ist in dem vorliegenden Falle zur Beweissicherung eine Gefahr, dass das Beweismittel sonst verloren oder die Benützung desselben erschwert werde, nicht erforderlich (§ 384, al. 2 C. P. O.).⁸⁴⁾

§ 927. Beweis (ohne Vermuthung) und Gegenbeweis.

Satz 1: Der Beweis, dass das Vieh schon „vor Schließung des Vertrages“ mangelhaft war, kann trotz Vernachlässigung der Vorsicht des § 926 a. b. G. B. vom Gerichte für erbracht angesehen werden, wenn der Übernehmer die Erkrankung des Viehes innerhalb der Zeiträume der §§ 924 und 925 (eventuell auch innerhalb anderer Zeiträume) darthut. Dies bringt die freie Beweiswürdigung mit sich (§ 272, al. 1 C. P. O.), kraft welchen Principis dem Richter auch „Erwägungen“ (§ 272, al. 3 C. P. O.) freistehen.

Mit anderen Worten: Es bleibt zwar die gebietende Beweisregel, dass der Richter die frühere Erkrankung annehmen muss, wenn die Bedingungen der §§ 924—926 vorliegen, aufrecht (§ 270, Satz 1 C. P. O.); die verbotende Beweisregel jedoch, dass bei Vernachlässigung der Vorsicht des § 926 a. b. G. B. der indirecte Beweis der früheren Erkrankung ausgeschlossen sei, ist (wenn diese verbotende Beweisregel überhaupt in § 927, Satz 1 erblickt werden kann) jedenfalls aufgehoben.

Satz 2: Der Gegenbeweis gegen die Vermuthung ist zulässig (§ 270, Satz 2 C. P. O.), ebenso der Gegenbeweis gegen den ohne Berufung auf eine Vermuthung geführten Beweis des Übernehmers.

Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen finden hier laut Art. XLIV E. G. z. C. P. O., Satz 2 die Vorschriften der Civilprocessordnung über die Sicherung von Beweisen (§§ 384 bis 389) Anwendung, und laut Art. XLIV E. G. z. C. P. O., Satz 1 ist in diesen Fällen das in § 334, al. 3 C. P. O. bezeichnete Gericht zuständig. Aufgehoben sind demnach § 48 E. G. z. H. G. B. (so auch Fürstl., I, S. 998), Art. 348, al. 3, 4 und Art. 407, al. 2, 3 H. G. B.

⁸⁴⁾ Ott, II, § 94, S. 206. — Auch in diesen Fällen der Art. 348, 365, 407 H. G. B. gilt § 384, al. 2 C. P. O. (Gefahr des Verlustes des Beweismittels nicht nöthig); vgl. Pisko, G. H. 1900, S. 463.

§ 929. Ausschluss der Gewährleistung.

Der executive Ersteher hat keinen Anspruch auf Gewährleistung wegen factischer Mängel, weder bei Immobilien (§ 189, al. 2), noch bei Mobilien (§ 278, al. 2 E. O.).⁸⁵⁾ Auch wenn der executive Verkauf der letzteren aus freier Hand erfolgt (§ 268 E. O.), wird Gewährleistung nicht stattfinden (anal. § 269 E. O.).⁸⁶⁾

Ein Anspruch des Erstehers auf Gewährleistung wegen gänzlicher oder partieller Eviction (rechtlicher Mängel) wird bei Immobilien wegen § 170, Z. 5 E. O.⁸⁷⁾, bei Mobilien wegen § 367 a. b. G. B. nicht entstehen können. Auch beim executiven Verkaufe von Mobilien aus freier Hand ist der Erwerber im Sinne des § 367 a. b. G. B. geschützt (§ 269 E. O.).⁸⁸⁾

§ 931. Vertretungsleistung.

Laut Art. XXXI E. G. z. C. P. O. ist die nach dem bürgerlichen Rechte (§ 931 a. b. G. B.) einer Partei, die von der Gewährleistung Gebrauch machen will, obliegende Verpflichtung, die Vertretungsleistung zu begehren, als Verpflichtung zur Streitverkündigung anzusehen. Die Streitverkündigung muss in diesem Falle nicht nothwendig gerichtlich, sie kann auch

⁸⁵⁾ Der Ausschluss der Gewährleistung, sowie des Rechtsmittels wegen Verkürzung über die Hälfte findet übrigens nur bei gerichtlichem Verkaufe statt, nicht bei einer von einer Pfandleihanstalt vorgenommenen Feilbietung; vgl. Entsch. v. 23. Februar 1898, Nr. 2716, G. H. 1898, S. 218, Slg. N. F. 42.

⁸⁶⁾ Ebenso das Gutachten des obersten Gerichtshofes in der Fragenbeantwortung zu § 268 E. O.

⁸⁷⁾ Bujak: Die rechtliche Stellung des außerbücherlich berechtigten Dritten bei der Zwangsversteigerung bücherlicher Liegenschaften in G. Z. 1900, S. 193.

⁸⁸⁾ Der Fall der Nichtexistenz der Sache, welcher im bürgerlichen Gesetzbuche unter den Gewährleistungsfällen angeführt wird (§ 923), kann bei einem gerichtlichen Verkaufe wohl kaum eintreten. (Über diesen Fall vgl. Stupecký, Wesen und Gebiet der Gewährleistung, Právník, 1881, S. 329 flg., insbes. N. 18). — Würden die die Gewährleistung ausschließenden Bestimmungen nicht bestehen, so müsste bei einem executiven Verkaufe die Executionsmassa (nicht der Execut selbst) Gewähr leisten (vgl. Entsch. Slg. 431), denn wie könnte die Haftung des Executen gerechtfertigt werden, welcher nicht Personalschuldner ist? Vgl. Tilsch, Zástava, S. 39, N. 3; Reinhold, G. H. 1898, S. 216. (Anderer Art ist der Fall des § 316 E. O.)

außergerichtlich erfolgen.⁸⁹⁾ Es muss auch nicht eine Aufforderung zur Vertretungsleistung mit ihr verbunden werden, schon die bloße Streitverkündung hat die Wirkung des Begehrens um Vertretungsleistung (argum. Art. XXXI E. G. z. C. P. O.)⁹⁰⁾, zur größeren Deutlichkeit kann jedoch ein solches ausdrückliches Begehren allerdings mit der Streitverkündung verbunden werden (§ 21, al. 2 C. P. O.).

§ 936. Verabredung eines künftigen Vertrages.

Wenn der Vertrag, auf dessen Abschluss das pactum de contrahendo gerichtet ist, an keine Form gebunden ist, so entfällt die Nothwendigkeit einer förmlichen Executionsführung. Mit Rechtskraft des Urtheiles gilt die Willenserklärung des Verurtheilten als abgegeben (§ 367, al. 1 E. O.) und der Vertrag demnach als geschlossen.⁹¹⁾ Das Urtheil vertritt die Einwilligung in den Vertrag; der letztere ist jedoch hinsichtlich seiner Erfüllung nicht gleichzeitig executionsfähig geworden, hiezu bedürfte es eines neuen Executionstitels.

Ist der Hauptvertrag an eine Form gebunden, so ersetzt zwar das rechtskräftige Urtheil über den Vorvertrag ebenfalls gemäß § 367 E. O. die (einfache) Einwilligung in den Hauptvertrag, allein dieselbe kann bei Mangel der nöthigen Form zur Giltigkeit nicht genügen. Rechnet man die Übergabe bei Realverträgen zur Form des Vertrages, so haben wir gleich ein deutliches Beispiel für einen Fall, wo die bloße Rechtskraft des Urtheils nicht genügen kann. Dieselbe kann nur die

⁸⁹⁾ So auch Demelius in G. H. 1897, S. 397; vgl. Neumann, Comm. z. C. P. O., S. 169, 171. Die Streitverkündung muss dagegen gerichtlich erfolgen in den Fällen des Art. XXVIII E. G. z. E. O. und des § 310 E. O.

⁹⁰⁾ Fragenbeantwortung ad Art. XXXI E. O. z. C. P. O.: „Die Streitverkündung (§ 21 C. P. O.) vertritt die Aufforderung zur Vertretungsleistung.“ Ott in G. Z. 1897, S. 333; Demelius, l. c.

⁹¹⁾ Vgl. Mandry-Geib: Der civilrechtl. Inh. d. R. G., § 27, S. 328: „Das rechtskräftige Urtheil übt hier dieselbe unmittelbare Wirkung auf die Rechtsverhältnisse aus, wie sie durch die Erklärung der Partei hätte herbeigeführt werden sollen und können.“ — Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass die Verpflichtung zur Abgabe der Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängt, hier tritt die Perfection erst mit Bewirkung der Gegenleistung seitens des betreibenden Gläubigers ein (§ 367, al. 2 E. O.).

die Übergabe begleitende Nuncupation (den Ausdruck dessen, aus welchem Grunde, resp. zu welchem Zwecke die Sache übergeben wird) ersetzen, keineswegs aber die reale Übergabe selbst. Die letztere muss separat erzwungen werden (§§ 346 flg. E. O.). Das Urtheil über den Vorvertrag bildet den Executionstitel zur Erzwingung dieser Übergabe.⁹²⁾

Auch wenn der Hauptvertrag an eine sonstige Form gebunden ist, kann die Rechtskraft des Urtheiles allein nicht genügen. Einleuchtend ist dies ohneweiters bei der Verpflichtung zur Eingehung einer Wechselverbindlichkeit.⁹³⁾ Dass die Form eines Notariatsactes durch ein Urtheil gemäß § 367 E. O. ersetzt werden könnte, ist wohl auch nicht anzunehmen.⁹⁴⁾ Es ergibt sich aber auch kein hinreichender Grund, selbst mindere Förmlichkeiten (einfache schriftliche Form) im Falle des § 367 E. O. für überflüssig zu erachten. Die Grenze wäre überhaupt nicht klar festzustellen.

Klarheit lässt sich bloß erreichen, wenn man entweder jegliche Form im Falle des § 367 E. O. für überflüssig hält⁹⁵⁾

⁹²⁾ Zweifelhaft erscheint es, ob die laut Vorvertrag zu übergebende Darlehensvaluta im Wege der Execution „wegen Geldforderungen“ hereingebracht werden kann. Strenge genommen wäre diese Executionsweise nicht zulässig, da es sich nicht um eine Execution wegen „Geldforderungen“ handelt, sondern auf Eingehen eines Vertrages durch Übergabe von Geld.

⁹³⁾ So auch Neumann, E. O., S. 381: § 367 gilt nicht, wenn allein durch persönliche Unterschrift des Verpflichteten auf der Urkunde die mit dieser Urkunde verbundenen Rechte entstehen können, z. B. bei einem Wechselaccept, Indossament.

⁹⁴⁾ Ohne Relevanz für die Frage, ob durch § 367 E. O. die Form eines Notariatsactes beim Hauptvertrage überflüssig gemacht wird, ist der Umstand, dass (nach der herrschenden Meinung) bei an Notariatsactsform gebundenen Verträgen auch der Vorvertrag der Form des Notariatsactes bedarf, denn bei Schließung des Hauptvertrages muss die Form wiederholt werden. Darüber, dass der Vorvertrag in der Form des Hauptvertrags abgeschlossen werden muss, vgl. neuerdings Entsch. vom 8. Juni 1898, Z. 7624, J. M. V. Bl. 1898, N. 71, Slg. N. F. 216, Právník, 1898, S. 540, Not. Zt. 1899, Nr. 37 mit Berufung auf die aus § 884 a. b. G. B. sich ergebende Unverbindlichkeit von Vorverträgen vor Erfüllung der Form des Hauptvertrages.

⁹⁵⁾ So Neumann, E. O., S. 381 mit Ausnahme der oben N. 93 angeführten Fälle: „Wird für eine freiwillig abgegebene Willenserklärung eine bestimmte Form erfordert, beispielsweise Notariatsact, legalisierte Unterschrift, so wird die Form durch den Executionstitel als erfüllt angesehen. Der Executionstitel ersetzt unter den obigen Voraussetzungen die Erklärungsabgabe des Verpflichteten, und zwar in Bezug auf Inhalt und Form.“

oder die Anwendbarkeit des § 367 E. O. auf formlose Willenserklärungen einschränkt. Da das erstere laut Obigem mir nicht thunlich erscheint, acceptiere ich die zweite Alternative. Dieses Resultat stimmt überdies auch mit dem bei § 5, Ab hervorgehobenen Grundsatz überein, dass den Processgesetzen eher ein geringerer als ein größerer Einfluss auf materiellrechtliche Sätze zukommt.

Die zur Perfection des Hauptvertrages nöthige Form muss demnach trotz § 367 E. O. besonders erzwungen werden (§ 354 E. O.). Zu bemerken ist, dass der Civilprocessordnung eine dem zweiten Satze des § 310 a. G. O. analoge Bestimmung mangelt. (Über § 368 E. O. vgl. bei § 1294 b.)

NEUNZEHNTE HAUPTSTÜCK.

Von dem Verwahrungsvertrage.

§ 966. Beweis des Schadens bei Verletzung des Verschlusses.

Der Gedankengang, auf welchem § 966 a. b. G. B. beruht, ist der nachstehende.

Wenn der Verschluss verletzt ist, so liegt gemäß § 1298 a. b. G. B. dem Verwahrer der Beweis ob, dass er an der Verletzung keine Schuld trage. In der zur Zeit der Abfassung des bürgerlichen Gesetzbuches üblichen Sprechweise ausgedrückt, besteht für den Fall des Verletztseins des Siegels die Vermuthung dafür, dass die Verletzung des Siegels vom Verwahrer verschuldet wurde.⁹⁶⁾

Wenn der Verschluss mit Verschulden des Verwahrers verletzt worden ist, so liegt dem Verwahrer der Beweis ob, dass kein Abgang vorliegt. In der obigen Weise ausgedrückt besteht für den Fall, dass der Verschluss mit Verschulden des Verwahrers verletzt wurde, eine Vermuthung dafür, dass ein Abgang vorliegt.

Infolge dieser Kette von Vermuthungen, weil nämlich bei Verletztsein des Verschlusses ein schuldhaftes Verletzen

⁹⁶⁾ Vgl. Westgal. G. B., II. Theil, § 139; Stubenrauch, II, S. 165, ad § 966, al. 2; Schey, Obl. Verh., I, 2, S. 325, welcher die „Vermuthung“ des § 966 nur für einen Specialfall der Norm des § 1298 a. b. G. B. hält (meines Erachtens enthält § 966 eine andere „Vermuthung“ und setzt nur die „Vermuthung“ des § 1298 voraus).

und bei schuldhaftem Verletzen ein Abgang vermuthet wird, wurde der Hinterleger sogleich zum Schätzungseid zugelassen.

Die Bedeutung des § 966 a. b. G. B. besteht nun nach meiner Ansicht in der Aufstellung der zweiten Vermuthung, nicht in der Bestimmung über den Schätzungseid, welche nichts Besonderes enthält.⁹⁷⁾

Die erwähnte zweite Vermuthung knüpft an den Thatbestand des schuldhaften Verletzens, nicht des bloßen Verletztseins, an; deswegen tritt sie überhaupt nicht ein, wenn der Verwahrer beweist, dass die Verletzung des Schlosses oder Siegels ohne sein Verschulden geschehen ist (§ 966, Satz 1 in fine). Dieser Beweis ist nicht der Gegenbeweis gegen die in § 966 bestimmte Vermuthung⁹⁸⁾, sondern es wird durch denselben das Thema der ersten, in § 966 nur vorausgesetzten Vermuthung widerlegt und dadurch der Thatbestand, an welchen die zweite geknüpft ist, negiert; infolge dessen ist dann die zweite Vermuthung ausgeschlossen.

Beide Vermuthungen sind zweifellos erhalten (§ 270 C. P. O.). Die durch die Civilprocessordnung verursachte Änderung des § 966 a. b. G. B. besteht lediglich darin, dass die Festsetzung der Höhe des Schadens anstatt durch den Schätzungseid gegenwärtig gemäß § 273 C. P. O.⁹⁹⁾ zu erfolgen hat.

§ 968. Sequestration.

Unter der Sequestration im Sinne des § 968 a. b. G. B. ist die Sequestration als mittlere Vorkehrung (§§ 292, 293 a. G. O., gegenwärtig: Verwahrung als einstweilige Verfügung § 379, Z. 1, § 382, Z. 1 E. O.), nicht die executive Sequestration

⁹⁷⁾ Anderer Ansicht Schey, l. c., welcher die Besonderheit des Schätzungseides nach § 966 darin erblickt, dass der Deponent auch die Thatsache des Abganges (das quale), nicht nur die Größe (das quantum) seines Schadens beschwört.

⁹⁸⁾ Dieser Gegenbeweis müsste dahin gehen, dass kein Abgang vorliege (vgl. Schey, l. c.).

⁹⁹⁾ Vgl. Ott, II, S. 94; Menoušek; Právník, 1899, S. 765. — Über § 273 C. P. O. s. Beck: Zehn Abh., S. 9; Klein, Vorles., S. 189; Fürstl, I, S. 435; Demelius, G. H. 1898, S. 437. Zu demselben vgl. ferner § 63 des Ges. v. 27. April 1873, R. G. Bl. Nr. 66 (Bagatellverfahren), § 260 R. C. P. O. (§ 287 N. F.) und dazu Mandry-Geib, S. 322.

(§ 320 a. G. O., gegenwärtig: Zwangsverwaltung §§ 97, 334 E. O.) zu verstehen.¹⁰⁰)

Ausdrücklich wird in § 259, al. 2 E. O. auch die Verwahrung gepfändeter Sachen (früher Transferierung § 343 a. G. O.) unter § 968 a. b. G. B. subsumiert.

Das Verhältnis wird oft in ein Gewaltverhältnis übergehen (§ 960 a. b. G. B.), insbesondere bei unbeweglichen Sachen; in Betreff derselben gebraucht auch die Executionsordnung bloß den Ausdruck „Verwalter“ (§§ 158, 328). Bei beweglichen Sachen bedient sich die Executionsordnung mitunter beider Ausdrücke: „Verwahrer und Verwalter“ (§ 329, § 379, Z. 1, § 383, al. 1).

EINUNDZWANZIGSTES HAUPTSTÜCK.

Von dem Darlehensvertrage.

§ 1001. Form des Schuldscheines.

Satz 1: Der hier erwähnte „vollständige“ Beweis ist nicht identisch mit dem „vollen“ Beweis im Sinne der Civilprocessordnung (§§ 292, 294). Unter dem letzteren wird der Effect verstanden, welchen eine beweis„kräftige“ (den Richter zu einer Überzeugung zwingende) Urkunde hervorbringt; bei dem ersteren kommt die Beweiskraft im processualen Sinne gar nicht in Betracht, sondern es handelt sich bloß um die selbstverständliche Thatsache, dass der Urkundentext nur das beweist, was ihm entnommen werden kann. Wenn daher die Auskunft, welche aus der concreten Urkunde geschöpft werden kann, im Vergleiche zu der von einer solchen Urkunde erwarteten Auskunft unvollständig ist, so liefert eben die Urkunde (wenn sie überhaupt glaubwürdig ist) nur den Beweis über ihren unvollständigen Inhalt, und ein solcher wird in § 1001 irreführenderweise unvollständiger Beweis genannt.¹⁰¹)

¹⁰⁰) Über diese zwei verschiedenen „Sequestrationen“ vgl. Pantůček, Sekvestrace, Prag 1892, S. 3, 94, 197; über die Sequestration nach § 968 a. b. G. B.: Schey, l. c., §§ 48, 49.

¹⁰¹) Vgl. Schey, Obl. Verh., I, 1, § 20, S. 162: „unvollständiger Beweis nicht etwa dem Grade, sondern dem Umfange nach“. Vgl. auch Stubenrauch, II, S. 212 (ad § 1001).

Die Bestimmung des § 1001, Satz 1 reducirt sich mithin (trotz des Ausdruckes „müssen“) auf einen guten Rath, was in einen Schuldschein aufgenommen werden soll, damit alles Nöthige durch die Urkunde bewiesen werden könne und der Gläubiger nicht genöthigt sei, einen wichtigen Umstand noch separat beweisen zu müssen. Die Bestimmung ist in der That nichts anderes als eine Regel der Cautelarjurisprudenz (J. M. V. vom 11. October 1854, R. G. Bl. Nr. 264, § 3c in fine) und gehört eher in ein Formularienbuch als in ein Gesetzbuch.¹⁰²)

Mit Rücksicht auf diesen Charakter bleibt sie unberührt.¹⁰³)

Satz 2: Unter der Beweiskraft in diesem Satze ist in der That die Beweiskraft (und die Beweistauglichkeit) im processualen Sinne zu verstehen. Die Erfordernisse derselben werden durch die Gerichtsordnung, respective gegenwärtig die Civilprocessordnung festgesetzt; allein nicht nur die Erfordernisse der Beweiskraft, d. i. der Thatbestand, an welchen die zwingende Kraft geknüpft ist (das efficiens), werden durch processuale Gesetze bestimmt, sondern auch der gegenständliche Umfang der Beweiskraft selbst (das effectum). Die gegenwärtige Civilprocessordnung kennt bei Privaturkunden bloß die sogenannte formelle Beweiskraft. Verstanden wird darunter die (sich inhaltlich stets gleichbleibende) Vermuthung, dass bei Echtheit der Unterschrift auch der Context echt sei (§ 294 C. P. O.). Das echte Handzeichen ersetzt in dieser Beziehung die echte Unterschrift nur dann, wenn es gerichtlich oder notariell beglaubigt ist. Dies gilt nun auch von Schuldscheinen.

¹⁰²) Die Bestimmung des § 1001 lautete ursprünglich im W. g. B. (§ 260, III. Theil): „Die Schuldbriefe müssen daher, was zwischen den Contrahenten bedungen und was gegeben worden, redlich ohne alle Verdrehung oder Verhehlung enthalten. Enthält der Schuldbrief auch nur einen falschen Umstand, so sind alle Einwendungen des Entlehners für wahr zu halten, welche der Darleiher nicht durch andere Beweise zu entkräften vermag.“ Es ist interessant zu verfolgen, wie diese Bestimmung im Laufe der Berathungen nach und nach gemäßigt und schließlich auf die gegenwärtige Fassung degradiert wurde (Ofner, II, S. 63, 408, 563, 616). Auch Schey meint l. c., dass der Satz „heute höchst trivial klingt“.

¹⁰³) Vgl. Ott, Syst., II, S. 128 i. f.: „Von selbst einleuchtend ist es, dass Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über den Inhalt von Urkunden nicht berührt werden konnten, z. B. über den Inhalt eines Darlehen-Schuldscheines (§ 1001 a. b. G. B.)“

Fehlt dem Schuldschein das Erfordernis des § 294 C. P. O., so ist er zwar nicht beweiskräftig, allein es fehlt ihm deshalb die Beweistauglichkeit noch nicht. Eine solche Urkunde würdigt der Richter nach freiem Ermessen.¹⁰⁴⁾ Beweisuntauglichkeit statuierte das Gesetz vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 76 (§ 1, lit. b in fine) für alle Schuldscheine zwischen Ehegatten, welche nicht in Notariatsactsform abgefasst waren. Diese verbietende Beweisregel ist aufgehoben (§ 272, al. 1 C. P. O.; vgl. bei § 883 a. b. G. B.

ZWEIUNDZWANZIGSTES HAUPTSTÜCK.

Von der Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung.

§ 1002. Bevollmächtigungsvertrag.

Im ersten Theil (§§ 1002—1033) des Hauptstückes von der Bevollmächtigung (unter der Marginalrubrik „Bevollmächtigungsvertrag“) behandelt das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch zwei theoretisch zu trennende Materien: die Bevollmächtigung und den Auftrag. Durch die Bevollmächtigung erhält jemand die Befugnis, für einen anderen zu handeln; durch den angenommenen (und daher als Vertrag perfecten) Auftrag übernimmt jemand die Verpflichtung, dies zu thun.

Die vereinte Behandlung im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche erklärt sich dadurch, dass in der Praxis beide Verhältnisse zumeist vereint vorkommen. In diesem vereinten Vollmachts-, resp. Mandatsverhältnisse erscheint der Mandatar

¹⁰⁴⁾ Vgl. die Debatte im Právník, 1898, S. 400 über meinen Vortrag (insbes. Randa, Worel). — Ullmann (Grundriss, S. 104) ist der Ansicht, dass die eigenhändige Schrift und Unterschrift des Ausstellers (wobei das Schreiben des Scheines durch Mitfertigung von zwei Zeugen ersetzt wird) Erfordernis eines Schuldscheines, d. i. der Empfangsbestätigung über ein Darlehen bleibe (§ 1001 a. b. G. B., § 114 a. G. O., Art. VII, Z. 2 E. G. z. C. P. O.). Allein meiner Ansicht nach ist unter der Gerichtsordnung in § 1001 die jeweilige Gerichtsordnung (vgl. Ott, I. c.), nicht ausschließlich die josephinische Gerichtsordnung gemeint und § 114 a. G. O. ist aufgehoben (vgl. Randa, Vlastn., § 34, S. 196). — Auch Schuldscheine aus der Zeit des alten Civilprocesses sind übrigens, wenn sie nicht die Erfordernisse des § 294 C. P. O. haben, nach § 272 C. P. O. zu beurtheilen; entscheidend ist das Processrecht, nach welchem der Process geführt wird. Sieh oben § 5 B bei N. 66 flg.

dem Mandanten gegenüber als Beauftragter, dritten Personen gegenüber als Bevollmächtigter. Nur nach außen ist er ein „Gewalthaber“, nach innen ist er unterthan.

Die Bestimmungen der Civilprocessordnung über die Processvollmacht und die Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen beziehen sich in erster Reihe auf die äußere Seite, die Repräsentation.¹⁰⁵⁾ Das Verhältnis nach innen, die Verantwortlichkeit dem Mandanten gegenüber wird nur insoferne in indirecter Weise getroffen, als die Beauftragung einerseits naturgemäß nicht weiter reicht als die Bevollmächtigung, andererseits präsumptiv auch nicht geringeren Umfang hat als letztere. Die einzige Bestimmung, welche direct die innere Seite betrifft, ist diejenige des § 36, al. 2 C. P. O., laut welcher der Bevollmächtigte nach Kündigung der Vollmacht noch durch vierzehn Tage „berechtigt und verpflichtet“ bleibt, für den Vollmachtgeber zu handeln. Zugleich ist aus dieser Bestimmung zu ersehen, dass auch die Civilprocessordnung so wie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch ein vereintes Vollmachts- und Mandatsverhältnis vor Augen hat.¹⁰⁶⁾

Für das Verhältnis zwischen Mandanten und Mandatar (den Auftrag) gelten somit, soweit nicht der besagte indirecte Einfluss stattfindet und soweit nicht § 36, al. 2 C. P. O. zur Anwendung gelangt, auch bezüglich der Processvollmacht trotz § 33, al. 2 C. P. O. die bisherigen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (Art. XXX E. G. z. C. P. O.).

Die im § 33, al. 2 C. P. O. statuierte Unterscheidung der Rechtsquellen, nach welchen die Processvollmacht einerseits und die Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen andererseits zu beurtheilen sind, bezieht sich nur auf das Verhältnis nach außen; jedoch auch bezüglich dieses Verhältnisses ist die

¹⁰⁵⁾ Schuster, § 18, I; Skedl, S. 279, 307; Friedländer (Die anwaltschaftliche Vertretung der Parteien im neuen Civilprocesse) in G. Z. 1896, S. 132. — Außer der Processvollmacht und der Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen behandelt die Civilprocessordnung noch die „Zustellungsbevollmächtigung“ in den §§ 94 flg., vgl. dazu: Neumann, Comm., S. 239; Ott, I, S. 232; Fürstl, I, S. 154; Wien in Jur. Bl. 1896, S. 14; Skedl, S. 303; vgl. auch Sternlicht, Jur. Bl. 1900, S. 311 (letzterer über § 111 Conc. O. und die J. M. V. vom 5. Januar 1900, Nr. 2 V. Bl.).

¹⁰⁶⁾ Wenn ein reines Vollmachtsverhältnis (ohne Mandat) vorläge, so könnte die nicht bestandene Verpflichtung nicht noch durch 14 Tage fort dauern.

Unterscheidung nicht in der Strenge, wie sie in § 33, al. 2 C. P. O. ausgesprochen ist, durchzuführen. Sollten sich Lücken ergeben¹⁰⁷⁾, welche auch durch Analogie aus den Bestimmungen der Civilprocessordnung nicht ausgefüllt werden könnten, so bliebe doch nichts übrig, als auch bezüglich der Processvollmacht auf „Gründe verwandter Gesetze“ und daher vornehmlich auf Bestimmungen des „bürgerlichen Rechtes“ Rücksicht zu nehmen (§ 7 a. b. G. B.). Der Bestimmung des § 33, al. 2 C. P. O. kann hienach nur die Bedeutung zukommen, dass bezüglich der Processvollmacht die Ergänzung etwaiger Lücken aus der Civilprocessordnung der Ergänzung aus dem bürgerlichen Rechte vorgeht.¹⁰⁸⁾ Wollte man der genannten Unterscheidung diese Bedeutung absprechen, so müsste man sie für bedeutungslos ansehen.

Die nachfolgenden Zeilen stützen sich auf die angeführten Grundsätze. Eine vollständige Darstellung der Lehre von der Processvollmacht und der Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen gehört jedoch nicht an diesen Ort.

§ 1005. Vollmachtsurkunde.

„Bevollmächtigungsverträge können mündlich und schriftlich geschlossen werden“, d. h. das (combinirte) Vollmachtsmandat ist an keine Form gebunden. „Die von dem Gewaltgeber dem Gewalthaber hierüber ausgestellte Urkunde wird Vollmacht genannt“, d. h. die schriftliche Vollmacht ist nicht die Dispositivurkunde, mittels welcher der „Bevollmächtigungsvertrag“ abgeschlossen wird, sondern wird „hierüber“ einseitig vom Mandanten behufs Legitimation¹⁰⁹⁾ des Gewalthabers aus-

¹⁰⁷⁾ Vgl. Hradetzky in G. H. 1899, S. 599: §§ 29—39 regeln das Rechtsverhältnis der Processvollmacht nicht vollständig.

¹⁰⁸⁾ Hradetzky meint l. c., dass die Normen der C. P. O. über die Processvollmacht gegenüber den Normen des a. b. G. B. als Ausnahmsbestimmungen erscheinen und deshalb nicht analog angewendet werden dürfen. Hiebei wird offenbar § 33, al. 2 C. P. O. nicht genügend gewürdigt.

¹⁰⁹⁾ Krainz-Pfaff, § 382 i. f., paraphrasiert den § 1005 nachstehenderweise: Aufträge können mündlich oder schriftlich ertheilt und angenommen werden; nur zum Zwecke der Legitimation Dritten gegenüber pflegt man dem Beauftragten eine schriftliche Urkunde auszustellen, welche Vollmacht genannt wird. Vgl. Schultze, Ght. Zt., XXII, S. 165.

gestellt und demselben ausgefolgt. Die Urkunde ist bestimmt, in Händen des aus dem Mandate Verpflichteten zu verbleiben und demselben die Ausübung seiner Pflichten im Verhältnis nach außen zu ermöglichen, resp. zu erleichtern. Ich halte sie für eine Beweisurkunde.

Auch die Bestimmungen der Civilprocessordnung deuten darauf hin, dass die schriftliche Form nicht als nothwendiger Thatbestand materiellrechtlicher Folgen angesehen wird¹¹⁰⁾, sondern bloß zum Behufe ordnungsgemäßer Darthung und andauernder Fixierung¹¹¹⁾ des Vollmachtsverhältnisses erfordert wird. Die Bevollmächtigten haben bei der ersten von ihnen vorgenommenen Processhandlung ihre Bevollmächtigung durch eine Urkunde (Vollmacht)¹¹²⁾ „darzuthun“ (§ 30, al. 1 C. P. O.). Die Erklärung „über die ertheilte Bevollmächtigung“ kann vor Bezirksgerichten auch zu gerichtlichem Protokoll aufgenommen werden (§ 30, al. 3 C. P. O.). Anbote eines Vertreters dürfen nur zugelassen werden, wenn dessen Vertretungsbefugnis durch öffentliche Urkunden oder durch öffentlich beglaubigte Vollmacht „nachgewiesen“ ist (§ 180, al. 2 E. O.).

Mit Rücksicht auf den Charakter der schriftlichen Vollmacht als Beweisurkunde und auf die Bestimmung des § 272, al. 1 C. P. O. (resp. § 78 E. O.) halte ich Vorschriften über die zu einer Vollmacht erforderlichen Förmlichkeiten für das Gebiet des Civilprocessrechtes aufgehoben, soweit in den Civilprocessgesetzen selbst nicht etwas anderes bestimmt ist.

¹¹⁰⁾ Vgl. Demelius in G. H. 1897, S. 421. (Aus § 30 folgt nicht, dass Ermächtigung nur schriftlich erfolgen könne. Wenn demnach das Gericht den Mangel übersehen, so ist die von einem mündlich Bevollmächtigten vorgenommene Processhandlung keineswegs nichtig, wenn mündliche Vollmachtertheilung nachgewiesen ist, § 529, Z. 2 C. P. O. ist nicht anwendbar.) Vgl. jedoch auch Neumann, Comm., S. 190, N. 1.

¹¹¹⁾ Mater., I, S. 207: Zur möglichen Verhütung von nachträglichen Streitigkeiten über den Bestand und die Zulässigkeit einer Bevollmächtigung ist es nöthig, dass die Bevollmächtigung schon beim ersten Auftreten in überzeugender Weise nachgewiesen werde.

¹¹²⁾ Diese Urkunde muss übrigens nicht immer eine eigentliche Vollmachtsurkunde sein, die Bevollmächtigung kann auch z. B. durch einen Handelsregisterauszug, laut dessen der Vertreter als Procurist eingetragen ist (Art. 42, al. 1 H. G.), oder durch ein Procuraindossament dargethan werden (17, al. 1 W. O.). Doch wird der Procuraindossatar auch im eigenen Namen klagen können.

Die Form der Processvollmacht und der Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen richtet sich hienach lediglich nach den Bestimmungen des § 30 C. P. O., diejenige der Vollmacht zum Bieten lediglich nach § 180, al. 2 E. O. Aufgehoben sind insbesondere die Erfordernisse von Vollmachten, welche im Auslande ausgestellt sind (Hofdecret vom 8. Februar 1812, J. G. S. Nr. 971¹¹³), soweit es sich eben um Beurtheilung der Vollmachten im Process- und Executionsverfahren handelt.

§ 1008. Special-Vollmacht.

Die Processvollmacht ersetzt eine besondere auf die Gattung des Geschäftes lautende Vollmacht (§ 1008, Satz 1) zur Erhebung von Geld, soferne es sich um Processkosten handelt (§ 31, Z. 4 C. P. O.), zum Antrage auf eidliche Parteienvernehmung (§ 31, Z. 1), zum Abschluss von Vergleichen (§ 31, Z. 2).

Die Processvollmacht ersetzt eine besondere auf das einzelne Geschäft ausgestellte Vollmacht (§ 1008, Satz 2) zur Wahl eines Schiedsrichters und zum unentgeltlichen Aufgeben von Rechten. Was ersteres anbelangt, so folgt dies aus § 577, al. 1, § 31, Z. 2 und § 39 C. P. O.¹¹⁴) Das unentgeltliche Aufgeben von Rechten kann auf Grund einer Processvollmacht durch gerichtliche Verzichtleistung (§ 394 C. P. O.), eventuell auch durch gerichtlichen Vergleich (§ 204 C. P. O.) erfolgen (§ 31, Z. 2 C. P. O.). Derselbe Effect kann auch durch (absichtliche) Versäumung von Processhandlungen herbeigeführt werden.¹¹⁵)

¹¹³) Dass für ausländische Vollmachten (im Prozesse) nichts Besonderes mehr gilt, lehrt auch Ullmann, Grundriss, S. 32, sowie Neumann, Comm., S. 192, N. 2. Die älteren Vorschriften über die Form ausländischer Vollmachten halten aufrecht: Ott, Syst., I, § 45, S. 214, welcher die Bestimmung des cit. Hofdecretes durch Art. VII, Z. 2 E. G. z. C. P. O. für aufrecht erhalten erachtet, indem er die daselbst angeführten Erfordernisse für Erfordernisse der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes ansieht; Fürstl, I, S. 58; Walker, Streitfragen, S. 92 (laut Neumann l. c.).

¹¹⁴) Anderer Ansicht Fragenbeantwortung ad § 31 C. P. O., P. 3; Neumann, Comm., S. 196, N. 2; Schuster, § 18, N. 17 beide mit Hinweis auf den Ausdruck „Parteien“ in § 577, al. 1, worin Bevollmächtigte nicht inbegriffen sein sollen (ähnlich auch Skedl, S. 312, N. 15); allein sieh § 39 C. P. O.

¹¹⁵) In Betreff der sog. Postvollmacht vgl. Entsch. des O. L. G. Wien in G. Z. 1900, S. 208, laut welcher eine beim Postamte hinterlegte Vollmacht, welche

§ 1010. Substituierung.

Auch die Vorschriften des § 31, al. 2 und 3 C. P. O. gelten in erster Reihe für das äußere Verhältnis. Die zulässigen Substituten sind vom Gerichte und vom Gegner als legitimiert anzusehen. Für das Verhältnis nach innen kommt den genannten Vorschriften bloß die Bedeutung zu, dass der Mandant präsumptiv in die Stellvertretung willigt. Gewiss jedoch ist es zulässig, dass der Mandant dem Advocaten ausdrücklich aufträgt, den Process persönlich zu führen oder bestimmte Processhandlungen (z. B. die Intervention bei der mündlichen Verhandlung) persönlich vorzunehmen.

Durch § 31, al. 2 und 3 sind § 14, Satz 1 Adv. O., soweit er bestimmt, dass der Advocat nur im Verhinderungsfalle einen anderen Advocaten substituieren kann, sowie § 15 Adv. O. zur Gänze für das Gebiet des streitigen Verfahrens aufgehoben. Wen der Advocat im streitigen Verfahren substituieren kann, ist ganz deutlich in den citierten Bestimmungen der Civilprocessordnung enthalten, es ist dies mithin ein Gegenstand, welcher in der Civilprocessordnung geregelt ist (Art. I, al. 2 E. G. z. C. P. O.).

Hienach sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Besteht für die vorzunehmende Processhandlung Advocatenzwang, so kann sich der Advocat durch einen Advocaten oder durch einen bei ihm in Verwendung stehenden substitutionsberechtigten Advocaturscandidaten vertreten lassen.

Besteht für die vorzunehmende Processhandlung kein Advocatenzwang, so kann er sich auch durch andere Substituten vertreten lassen; dieselben müssen (auch bei „Verhandlungen“) nicht Advocaturscandidaten sein und es müssen nur die allgemeinen Erfordernisse des § 29 C. P. O. (männliches Geschlecht, Eigenberechtigung) vorliegen.¹¹⁶)

auf „Empfangnahme von Postsendungen jeder Art“ lautet, ohne besondere Hervorhebung nicht zur Empfangnahme von Klagen (§ 106 C. P. O.) ermächtigt.

¹¹⁶) Ebenso Fürstl, S. 62; Friedländer, G. Z. 1896, S. 134; Pollak, G. Z. 1896, S. 407; Demelius, G. H. 1897, S. 422 (§ 15 Adv. O. hätte ausdrücklich aufrecht erhalten werden müssen . . . Das Gesetz regelt die Substitutionsfrage selbständig und vollständig); Münzer, G. H. 1898, S. 26; Eingabe der nieder. österr. Advocatenkammer an das Justizministerium, G. H. 1898,

§ 1011. Mehrere Bevollmächtigte.

Die Civilprocessordnung gibt in § 41, al. 3 die Möglichkeit zu, dass für eine Partei mehrere Bevollmächtigte einschreiten. Nähere Bestimmungen über diesen Fall enthält sie jedoch nicht. Die Lücke ist gemäß § 33, al. 2 C. P. O. bezüglich der Processvollmacht aus der Civilprocessordnung, bezüglich der Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen aus (dem Inhalte der Vollmacht und) den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu ergänzen.

Wenn die Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen keine abweichende Bestimmung enthält, so ist daher § 1011 a. b. G. B. anzuwenden und die Vollmacht collectiv auszuüben.

Was die Processvollmacht anbelangt, so hat die Ergänzung der Lücke zuvörderst aus den Bestimmungen der Civilprocessordnung selbst zu erfolgen (§ 33, al. 2). Die Unzulässigkeit einer Collectiv-Processbevollmächtigung ist zwar nirgends direct ausgesprochen, auch nicht in § 32 C. P. O., denn in der Ertheilung einer Collectivvollmacht liegt keine Beschränkung

S. 63; Bum, J. Bl. 1898, S. 38; Kornfeld, J. Bl. 1898, S. 61; Ullmann, Grundriss, S. 33.

Dagegen halten § 15 Adv. O. aufrecht und lassen bei „Verhandlungen“ nur Advocaturscandidaten (welche beim betreffenden Advocaten in Verwendung stehen) zu: Neumann, G. Z. 1896, S. 316 und Comm., S. 198, N. 6; Fragenbeantwortung ad § 31 C. P. O., P. 5, al. 2; Flieder, Právník 1897, S. 782; Gutachten des obersten Gerichtshofes vom 26. Januar 1898, ad Nr. 42 praes., G. Z. 1898, S. 68, G. H. 1898, S. 87, Not. Zt. 1898, S. 49; Skedl, S. 315. Die Begründung, dass § 31 bezüglich der Eignung des zulässigen Stellvertreters keine Bestimmung enthalte und daher § 15 Adv. O. unverändert aufrecht bleibe (Gutachten Neumann, Skedl), halte ich für nicht zutreffend (sich oben Demelius); ebenso die Begründung, dass die Partei, wenn sie einem Advocaten die Vertretung anvertraue, erwarte, dass sie von einem Rechtskundigen werde vertreten werden (Flieder), denn dieses Argument könnte bloß für das innere Verhältnis Bedeutung haben, nicht aber für die Frage der Legitimation. Selbst wenn man die §§ 14, 15 bezüglich des inneren Verhältnisses des Advocaten zur eigenen Partei aufrecht erhalte und den Advocaten hienach der Partei gegenüber für verpflichtet ansähe, sich bei „Verhandlungen“ nur durch einen Advocaturscandidaten (sowie durch einen anderen Advocaten nur im Verhinderungsfalle, § 14 Adv. O.) substituieren zu lassen, so würde doch jedenfalls bezüglich der Legitimation nach außen § 31 C. P. O. gelten.

des Umfanges der Vollmacht¹¹⁷⁾, allein die Unzulässigkeit dürfte aus der nachstehenden Erwägung folgen.

Aus § 33, al. 1, § 158, al. 1 C. P. O. lässt sich schließen, dass einem Advocaten (zum wenigsten im Anwaltsprocesse¹¹⁸⁾) nur Processvollmacht ertheilt werden kann¹¹⁹⁾, ein Advocat erscheint eben kraft seines Standes befähigt, den „ganzen“ Process zu führen, der Advocat erscheint aber auch nach außen kraft seines Standes befähigt, den Process „allein“, ohne weitere Beihilfe zu führen; jedenfalls ist dies ein verwandter Grund, es kann daher vermöge Analogie geschlossen werden, dass dem Advocaten nur immer Einzelprocessvollmacht ertheilt werden kann. Bezüglich anderer Processbevollmächtigter tritt dann gemäß § 33, al. 2 die Analogie (gewissermaßen zweiter Potenz) ein¹²⁰⁾, weil auch sonst zwischen der einem Advocaten und einem Nichtadvocaten ertheilten Processvollmacht nicht unterschieden wird.

Dadurch, dass eine Collectiv-Processvollmacht als unzulässig zu erachten ist, wurde Art. 42 H. G. modificiert, indem jetzt eine Collectivprocura eine Processvollmacht nicht in sich schließt¹²¹⁾; wohl aber können Collectivprocuristen, soweit es sich nicht um einen Anwaltsprocess handelt, trotzdem alle Processhandlungen (und zwar nur collectiv) vornehmen, weil sie zu jeder einzelnen Processhandlung kraft ihrer Procura ermächtigt sind.

Mehrere Bevollmächtigte sind nicht vorhanden, wenn neben dem Bevollmächtigten der gesetzliche Vertreter einer

¹¹⁷⁾ Anderer Ansicht Ott, I, S. 215; Skedl, S. 355; Demelius, G. H. 1897, S. 445, welcher letzterer jedoch bemerkt, dass diese Frage einer gesetzlichen Regelung bedürft hätte. Vgl. § 80 R. C. P. O. (§ 84 N. F.): „Mehrere Bevollmächtigte sind berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei zu vertreten. Eine abweichende Bestimmung der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirkung.“ Die Nichtaufnahme dieser Bestimmung in die österr. C. P. O. ist umso auffallender, als § 32 österr. C. P. O. dem § 79, al. 1 R. C. P. O., § 33, al. 1 ö. C. P. O. dem § 79, al. 2 R. C. P. O. und § 34 ö. C. P. O. dem § 81 R. C. P. O. entspricht. An Stelle des citierten § 80 R. C. P. O. steht demnach in der ö. C. P. O. § 33, al. 2.

¹¹⁸⁾ Ullmann, S. 32; Skedl, S. 324 bei und in N. 56.

¹¹⁹⁾ Deutlicher § 79, al. 2 R. C. P. O. (§ 83, al. 2 N. F.).

¹²⁰⁾ Vgl. auch den Umstand, dass (wie in N. 117 erwähnt) § 33, al. 2 C. P. O. an Stelle des § 80 R. C. P. O. steht.

¹²¹⁾ So auch Skedl, l. c., N. 6.

juristischen Person erscheint, der letztere ist als Partei anzusehen; von Collectivität (§ 1011 a. b. G. B.) wird demnach hier keine Rede sein. Auch wenn für das Ärar in einem Anwaltsprocesse außer der Finanzprocuratur noch ein Beamter des speciell betheiligten Ressorts (z. B. ein delegierter Beamter der Staatsbahndirection) interveniert, so ist der letztere als Partei zuzulassen.¹²²⁾

§ 1017. Verhältnis des Dritten

a) zum Machtgeber. Insofern der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen. Die innerhalb der Grenzen der Vollmacht gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten kommen dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu.

Dasselbe besagt bezüglich der Processvollmacht § 34, Satz 1 C. P. O.: Die auf Grund einer Processvollmacht von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Processhandlungen haben im Verhältnis zur Gegenpartei dieselbe Wirkung, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen worden wären. Eine rein processrechtliche Ausnahme statuiert § 34, Satz 2 C. P. O. in Betreff des Geständnisses und anderer thatsächlichen Erklärungen des Machthabers, indem die sofortige Berichtigung oder der sofortige Widerruf seitens des miterschiedenen Machtgebers als vollwirksam¹²³⁾ anerkannt wird. Rein processrechtlich ist diese Ausnahme deshalb, weil sie sich nicht auf materiell-

¹²²⁾ So Entsch. vom 13. November 1898, Z. 15.025, Právník 1899, S. 137: „Es liegt kein Grund vor, das Recht der persönlichen Intervention auf physische Streitparteien zu beschränken und dasselbe juristischen Personen, insbesondere dem Ärar, abzusprechen, zumal die Finanzprocuratur wie jeder Advocat darauf angewiesen ist, sich an berufener Stelle Informationen einzuholen. Die Bethheiligung kann das Ärar, wie selbstverständlich, durch die Verwaltungen der einzelnen Ressorts ausüben . . .“ — Umgekehrt kann jedoch die Partei nicht einen Rechtsfreund behufs Informationen in Rechtsfragen nur als „Beistand“ beiziehen (Skedl, S. 357; Friedländer, l. c., S. 132; vgl. zur Frage der „Beistandschaft“ auch Pavlousek, Právník 1898, S. 100; Joklik, daselbst, S. 742; Jappl, daselbst, S. 824).

¹²³⁾ Die Berichtigung oder der Widerruf ist in diesem Falle nicht nach § 266, al. 2 C. P. O. zu beurtheilen.

rechtliche Dispositivacte, insbesondere nicht auf eine Anerkennung oder auf einen Verzicht bezieht.¹²⁴⁾ Obzwar § 34 C. P. O. nur von der „Processvollmacht“ handelt, dürfte dasselbe doch auch von der Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen gelten (argumento a majori ad minus).

Die Processvollmacht hat im Verhältnisse zum Dritten einen gesetzlich nicht beschränkaren Umfang (§§ 31, 32 C. P. O.); eine Beschränkung des Umfanges der Processvollmacht, selbst wenn sie in der Urkunde ausgedrückt ist, hat nur den Charakter einer „geheimen“ Beschränkung im Sinne des § 1017, Satz 3 a. b. G. B.¹²⁵⁾ Für das Verhältnis nach innen, nämlich für die Verantwortlichkeit des Mandatars dem Mandanten gegenüber, gelten die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes.¹²⁶⁾

b) zum Machthaber. Ausnahmsweise können auch auf Grund der nicht im eigenen Namen vorgenommenen Handlungen directe Rechte, resp. Verbindlichkeiten zwischen Machthaber und dem Dritten entstehen.

Falls dem Gegner der armen Partei der Ersatz von Processkosten auferlegt wird, können die Gebühren und Auslagen des für die arme Partei bestellten Advocaten unmittelbar bei dem Gegner eingehoben werden, und dem Advocaten können hiebei Einreden aus den zwischen der armen Partei und ihrem Gegner bestehenden Rechtsbeziehungen nur insoweit entgegengesetzt werden, als es sich um Aufrechnung von Kosten handelt, deren Ersatz der armen Partei in demselben Rechtsstreite zu Gunsten ihres Gegners auferlegt wurde (§ 70 C. P. O.).¹²⁷⁾

¹²⁴⁾ Demelius, G. H. 1897, S. 433; Skedl, S. 286, 287, N. 42 (Wissens-, nicht Willenserklärungen); A. A. Neumann, Comm., S. 200.

¹²⁵⁾ Nur bezüglich der in § 31, al. 1, Z. 2 und 3 C. P. O. bezeichneten Befugnisse ist eine Beschränkung (nach außen) zulässig, sie muss jedoch dem Gegner besonders bekannt gegeben werden (§ 32 C. P. O.). Vgl. Stubenrauch, II, S. 221; Demelius, G. H. 1897, S. 422.

¹²⁶⁾ Vgl. Demelius, l. c., S. 421.

¹²⁷⁾ Vgl. Demelius, G. H. 1897, S. 522, welcher jedoch meint, dass das Gesetz keinen Anhaltspunkt für die Annahme bietet, dass der kostenpflichtige Gegner durch Zahlung der Kosten an die arme Partei, bevor noch der Advocat dieselbe gefordert, nicht befreit werde, daher zu nochmaliger Zahlung an den Advocaten verpflichtet werden könnte. Meiner Ansicht nach gilt der Ausschluss der Einreden aus den zwischen der armen Partei und ihrem Gegner bestehenden

Umgekehrt kann auch der Machthaber direct zum Kostenersatze an den Gegner verhalten werden: im Falle des § 49 C. P. O., wenn er die Kosten durch sein grobes Verschulden verursacht hat.¹²⁸⁾

Verwiesen mag hier auch noch werden auf die Bestimmung des § 10 C. P. O.¹²⁹⁾

§ 1018. Person des Bevollmächtigten.

Wenn Anwaltszwang¹³⁰⁾ vorliegt, kann als Bevollmächtigter nur ein Advocat (oder dessen Substitut) fungieren.¹³¹⁾

Wenn Anwaltszwang nicht vorliegt, muss der Bevollmächtigte im Prozesse laut § 29 C. P. O. in der Regel männlichen Geschlechtes und eigenberechtigt (anders § 1018 a. b. G. B. sein¹³²⁾; eine Ausnahme statuiert § 449 C. P. O. für das Verfahren in Bagatellsachen, auch die Eigenberechtigung scheint in letzterem Falle nicht gefordert zu werden.¹³³⁾

Personen, welche dem Richter als Winkelschreiber bekannt sind, dürfen als Bevollmächtigte nicht zugelassen werden (§ 29, al. 2 C. P. O.); unter diese Bestimmung fallen jedoch Notare nie und sie sind demnach, selbst wenn sie aus der Vertretung in Streitsachen ein Erwerbsgeschäft machen, stets zuzulassen. Allein deshalb bleiben doch die Justiz-Ministerialerlässe vom 21. August 1851, Z. 10.351, vom 17. Februar 1852, Z. 17.431, vom 7. April 1852, Z. 4453, vom 2. Juni 1854, Z. 9591

Rechtsbeziehung (§ 70, al. 2 C. P. O.) auch von der Einrede der Zahlung an die arme Partei selbst. — Vgl. auch Ott, I, S. 243; Wien, J. Bl. 1900, S. 388; Dvořák, Právník 1897, S. 832.

¹²⁸⁾ Vgl. Neumann, Comm., S. 235; Fürstl, I, S. 93; Demelius, G. H. 1897, S. 445, Fragenbeantwortung ad § 49 C. P. O.; Lisec, Zpr. pr. jedn. Mor. 1899, S. 101.

¹²⁹⁾ Vgl. Badian, J. Bl. 1897, S. 304.

¹³⁰⁾ Man unterscheidet absoluten und relativen Anwaltszwang, letzterer liegt im Falle des § 29, al. 1, Satz 2 C. P. O. vor.

¹³¹⁾ Subjective Befreiung vom Anwaltszwang genießen die in § 28 C. P. O. bezeichneten Personen und zwar auch dann, wenn sie als gesetzliche Vertreter Process führen (§ 5 C. P. O.; so auch Ott, I, S. 207; Demelius, G. H. 1897, S. 410; Neumann, Comm., S. 187; Fürstl, I, S. 55).

¹³²⁾ In Betreff des Zustellungsbevollmächtigten werden diese Erfordernisse nicht aufgestellt (Ott, I, S. 332).

¹³³⁾ Zu vergleichen ist ferner § 185, al. 2 C. P. O.

insoweit in Kraft, als sie die erwerbsmäßige Betreibung von Vertretungen in Streitsachen für gegen die Pflichten des Standes verstößend erklären.¹³⁴⁾

§ 1020. Widerruf.

Der Widerruf (seitens des Machtgebers) der Processvollmacht und der Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen erlangt nach außen, dem Processgegner und dem Gerichte gegenüber, erst Wirksamkeit, wenn er dem Gegner durch Zustellung eines Schriftsatzes bekannt gegeben wurde; im Anwaltsprocesse muss außerdem auch die Bestellung eines anderen Advocaten dem Gegner mittels Schriftsatz angezeigt werden (§ 36, al. 1 C. P. O.). Solange diese Anzeige nicht erfolgt, gilt demnach der (ehemalige) Machthaber als befugt, die Partei zu vertreten¹³⁵⁾, verpflichtet ist er zur Vertretung allerdings nicht¹³⁶⁾ und selbst die vierzehntägige Frist des § 36, al. 2 hat im Falle des Widerrufs nicht statt. Wenn der ehemalige, nach außen jedoch noch befugte, Vertreter die vorzunehmenden Processhandlungen verabsäumt, so treffen die Folgen die Partei, ohne dass er hiefür verantwortlich wäre.

§ 1021. Kündigung.

Auch bezüglich der Kündigung (seitens des Machthabers, resp. des Mandanten) gilt § 36, al. 1 C. P. O. Insbesondere im Anwaltsprocesse hat demnach die selbst mittels Schriftsatzes dem Gegner bekanntgegebene Kündigung seitens des Bevoll-

¹³⁴⁾ Die Ministerialerlässe werden für gänzlich beseitigt erachtet von: Ott, I, S. 196, 213; Bežek, Not. Zt. 1896, S. 141, 226 (vgl. auch Baltinester daselbst 1895, Nr. 9; Dr. L. daselbst 1896, S. 192); Roztočil, Not. Zt. 1898, S. 152. Dagegen behaupteten den Fortbestand der Ministerialerlässe (anscheinend auch in Betreff der „Zulassung“): Friedländer, G. Z. 1896, S. 144, 225; Flieder, Právník 1897, S. 816; Skedl, S. 298, N. 73. Vgl. Fragenbeantwortung ad § 33 C. P. O.

¹³⁵⁾ Auch der Beweis, dass der Gegner den Widerruf kannte, nützt hier nichts (vgl. dagegen Art. 46 H. G.).

¹³⁶⁾ Die Verpflichtung der Partei gegenüber erlischt übrigens bereits mit dem dem Mandatar gegenüber erklärten Widerruf, nicht erst mit Zustellung desselben an den Gegner; § 11, al. 3 Adv. O. bleibt, das innere Verhältnis betreffend, aufrecht.

mächtigten erst dann Wirkung nach außen, wenn die Partei mittels Schriftsatzes dem Gegner die Bestellung eines anderen Advocaten anzeigt.¹³⁷⁾ Bis dahin ist der Machthaber nach außen befugt, die Partei zu vertreten und ist als ihr Vertreter anzusehen, an welchen Zustellungen u. s. w. gültig erfolgen können.

Der Partei gegenüber zur Vertretung verpflichtet ist der Mandatar laut § 36, al. 2 C. P. O. noch durch vierzehn Tage „nach Kündigung“; diese Frist muss (da es sich um das innere Verhältnis handelt) von dem Zeitpunkte der Bekanntgabe der Kündigung an die eigene Partei gerechnet werden und nicht von dem in § 36, al. 1 angeführten Zeitpunkte.¹³⁸⁾ Widrigenfalls würde es im Anwaltsprocesse dem Mandanten freistehen, die Verpflichtung des Mandatars nach Belieben zu perpetuieren.¹³⁹⁾

§ 1022. Tod des Machtgebers.

Bezüglich der Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen gelten die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes, insbesondere demnach die §§ 1022 und 1025 a. b. G. B., resp. Art. 297 H. G.

Die Processvollmacht wird durch den Tod des Machtgebers nicht aufgehoben (§ 35 C. P. O.). Der Processbevollmächtigte gilt auch als Bevollmächtigter des liegenden Nachlasses und der Erben. Die Verpflichtung des Vertreters, die Vertretung weiter zu führen, richtet sich (weil es sich um das innere Verhältnis handelt) nach den §§ 1022 und 1025

¹³⁷⁾ Die Civilprocessordnung geht von der Voraussetzung aus, dass es sich um den combinirten Vollmachts- und Mandatsvertrag handelt. Selbst wenn man jedoch die Vollmacht auf eine einseitige Erklärung zurückführte (Skedl, S. 307, 327, N. 66; Wach, Handb. I, S. 584; vgl. dazu Neumann, Comm., S. 204), müsste man eine Niederlegung (ausdrückliche Abweisung) der Vollmacht gestatten. Die Haftung eines solchen „Bevollmächtigten wider Willen“ für Zeugen und Sachverständigengebühren (Plenissimarentsch. vom 5. Juni 1899, Nr. 406 Praes., J. M. V. Bl. 1900, Nr. 119) ließe sich zum wenigstens nicht rechtfertigen.

¹³⁸⁾ So auch § 11, al. 2 Adv. O. Vgl. Fragenbeantwortung ad § 36 C. P. O.

¹³⁹⁾ Vgl. Bertolini in G. H. 1899, S. 394. — Zur Frage der Wirksamkeit der Kündigung vgl. auch Entsch. des O. L. G. Prag vom 25. August 1899, R. IV 192, Právník 1900, S. 359, in welcher (offenbar gegen die Bestimmung des § 36, al. 1) die Vollmacht durch die bloße Kündigung (ohne Bestellung eines anderen Advocaten) für erloschen angesehen wird.

a. b. G. B., resp. Art. 297 H. G. B. Derselbe kann jedoch die Vollmacht kündigen und eventuell zum Behufe der Entgegennahme der Kündigung um Bestellung eines Curators ad hoc für die Verlassenschaft ansuchen (§ 276 a. b. G. B.). Umgekehrt kann der Erbe und wohl auch der laut § 78 des k. Pat. vom 9. August 1854, R. G. Bl. 208 für die Verlassenschaft bestellte Curator die Vollmacht widerrufen (§ 35, al. 2 C. P. O.).¹⁴⁰⁾

§ 1023. Endigung einer juristischen Person.

Durch das Erlöschen einer juristischen Person wird die Processvollmacht nicht aufgehoben; der Processbevollmächtigte gilt auch als Bevollmächtigter des Rechtsnachfolgers derselben.¹⁴¹⁾ Laut § 33, al. 2 C. P. O. geht hier die Analogie des § 35 C. P. O. der Bestimmung des § 1023 a. b. G. B. vor. Letztere gilt jedoch in Betreff der Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen, sofern nicht etwa § 297 H. G. B. Anwendung findet.

Was von juristischen Personen im eigentlichen Sinne gilt, gilt auch von Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Gewerkschaften und ähnl. (vgl. § 75 J. N.).

§ 1024. Concurs des Machtgebers.

Für den Fall des Concurses der Partei enthält die Civilprocessordnung in § 159 die nachstehende Bestimmung: „Inwiefern bei Eröffnung des Concurses über das Vermögen einer Partei eine Unterbrechung des Verfahrens eintritt, wird durch die Concursordnung bestimmt.“ Da auch die Kompetenzvorschriften der Concursordnung laut Art. VII E. G. z. J. N. in Wirksamkeit verbleiben, gelten mithin die §§ 6—10 Conc.-Odg. auch weiterhin.

In den in § 9 C. O. bezeichneten Rechtssachen findet eine Unterbrechung nicht statt, auch eine vom Cridatar ertheilte Vollmacht zur Processführung oder zu einzelnen Process-

¹⁴⁰⁾ Durch den Tod des Bevollmächtigten wird die Vollmacht und der Auftrag selbstverständlich aufgehoben (vgl. hiezu § 160 C. P. O.).

¹⁴¹⁾ Ebenso Neumann, Comm., S. 201; Skedl, S. 319, N. 34; vgl. Fürstl, I, S. 242; dagegen Schuster, § 18, N. 19.

handlungen erlischt offenbar in diesen Fällen nicht¹⁴²); denn in denselben können auch Klagen neu anhängig gemacht werden, und da der Cridatar diese Prozesse persönlich führen kann, ist nicht einzusehen, warum er sie nicht durch Bevollmächtigte führen könnte. Obzwar § 9 nur von Passivprocessen spricht, muss dasselbe auch von Activprocessen des Cridatars, welche die in § 9 bezeichneten Gegenstände betreffen, gelten.

Bei Passivprocessen des Cridatars, welche nicht zu den in § 9 C. O. bezeichneten gehören, findet jedenfalls eine Unterbrechung des Verfahrens statt (§ 6 C. O.), „damit an Stelle des Gemeinschuldners die Gläubigerschaft treten könne“ (§ 7 C. O.). Eine Erlöschung der Processvollmacht zieht dies allerdings noch nicht nach sich, allein die Vollmacht kann eben wegen der Unterbrechung nicht ausgeübt werden, die Vertretungsbefugnis des Bevollmächtigten bleibt während der Unterbrechung sowie nach Übernahme des Processes durch die Concurssmassa ebenso beiseite geschoben¹⁴³) wie die Person des Cridatars selbst.

Bei Activprocessen des Cridatars (welche nicht zu den in § 9 bezeichneten Rechtssachen gehören) ist laut § 10 C. O. die Concurssmassa befugt, an Stelle des Gemeinschuldners in den Process einzutreten. Thut sie dies, so wird die Ingerenz des Bevollmächtigten ebenso beseitigt wie die Ingerenz des Gemeinschuldners, ohne dass deshalb die Processvollmacht des erstern erlösche; es wird derselben nur auf die Dauer des Eintrittes der Concurssmassa die Möglichkeit der Ausübung benommen.

Alles dies ergibt sich aus § 1024 a. b. G. B., Satz 1 und den §§ 1, 3, 5, 6, 7, 9, 10 C. O. Aus den letzteren Bestimmungen resultiert eine Modification des ersteren¹⁴⁴); dagegen wurde durch die Civilprocessordnung an der erwähnten Sachlage

¹⁴²) So auch Bum, J. Bl. 1898, S. 38; Ott, I, S. 371; Neumann, Comm., S. 202, ad § 35 C. P. O.; Demelius, G. H. 1897, S. 433.

¹⁴³) Vgl. Demelius, l. c.; Skedl, S. 320, N. 37.

¹⁴⁴) Mit Rücksicht auf § 3 C. O. ist in § 1024, Satz 1 zu ergänzen: „gegenüber der Gläubigerschaft“ (ohne Rechtskraft); mit Rücksicht auf die §§ 1, 3, 9 C. O. ist zu ergänzen: „sofern der Cridatar nicht frei verfügen kann“. — Selbst diese Befugnis, beschränkt wirksam zu handeln, wird jedoch in den Fällen der §§ 7 und 10 C. O. illusorisch, da dem Vertreter (wie dem Cridatar selbst) die Möglichkeit, Processhandlungen vorzunehmen, benommen ist.

nichts geändert und eine (angeblich analoge) Anwendung des § 35 C. P. O. hat nicht statt.¹⁴⁵) Die Sache ist vielmehr ganz einfach die, dass durch den Eintritt der Concurssmassa und bereits durch die Unterbrechung des Verfahrens behufs Ermöglichung dieses Eintrittes der Cridatar sammt seinem Bevollmächtigten eliminiert wird; der letztere hört aber deshalb noch nicht auf, Bevollmächtigter des ersteren zu sein.¹⁴⁶)

§ 1025. Inwiefern die Verbindlichkeit fort dauere.

Sieh bei §§ 1020—1024 a. b. G. B.

§ 1026. Fortdauer der Vertretungsbefugnis.

Sieh bei §§ 1020—1024 a. b. G. B.

§ 1034. Gerichtliche und gesetzliche Bevollmächtigung.

Die Fälle der „gerichtlichen und gesetzlichen Bevollmächtigung“, welche sich in der Executionsordnung vorfinden, so die „Bevollmächtigung“ des Zwangsverwalters (§§ 109, 343), des Gläubigers, welchem die Forderung zur Einziehung überwiesen wurde (§ 308), des Vollstreckungsorganes zur Empfangnahme der geschuldeten Leistungen (§ 25 u. a.) lassen sich sämmtlich auf den Gesichtspunkt der Executionsmassaverwaltung zurückführen.

Insbesondere ist das Vollstreckungsorgan rücksichtlich der Empfangnahme der geschuldeten Leistungen nicht gesetzlicher Bevollmächtigter des Gläubigers, sondern bloß ein Organ der Executionsmassaverwaltung, welches die betreffenden Gegenstände der Disposition des Verpflichteten entzieht. Der Gläubiger erwirbt das Eigenthum nicht durch Übernahme seitens des Vollstreckungsorganes (sieh oben bei § 426).

¹⁴⁵) Für die Anwendung des § 35 C. P. O.: Fragenbeantwortung ad § 35 C. P. O.; Entsch. vom 5. October 1898, S. 13.501, Slg. N. F. 326, J. Bl. 1899, S. 59, Právník 1899, S. 442; Neumann, l. c. (mit Beschränkung auf den Fall des § 9 C. O.). Gegen die Anwendung des § 35 C. P. O. mit Recht Hradetzky in G. H. 1899, S. 599.

¹⁴⁶) Im Falle des Concurses des Machthabers wird die Vollmacht aufgehoben, und zwar auch die Processvollmacht. (So auch Skedl, S. 326, Hradetzky, l. c.). Es gilt hier der unmodifizierte § 1024, Satz 2 a. b. G. B. (vgl. § 160 C. P. O.).

Wenn der Gläubiger im Sinne des § 25, al. 2, Satz 3 E. O. das Vollzugsorgan ermächtigt, die ihm obliegenden Gegenleistungen zu bewirken, so ist das Vollstreckungsorgan zwar Bevollmächtigter des Gläubigers, allein es liegt dann eine gewöhnliche rechtsgeschäftliche, keineswegs eine gesetzliche oder gerichtliche Bevollmächtigung vor.¹⁴⁷⁾

Auch der Zwangsverwalter ist an sich weder Bevollmächtigter des Gläubigers noch Bevollmächtigter des Schuldners, sondern ein Curator bonorum, welcher die Verwaltung der Executionsmasse zu Gunsten aller Executionsmassabetheiligten unter gerichtlicher Oberverwaltung führt. Er übt die Rechte des — beiseite geschobenen — Schuldners zwar an seiner Stelle aus, jedoch nicht in seinem Namen und nicht für ihn.¹⁴⁸⁾

Verwalter einer Executionsmasse ist auch derjenige, dem eine Forderung zur Einziehung überwiesen wurde, mag es nun eine von dem betreibenden Gläubiger verschiedene Person (ein Curator gemäß § 314 E. O.) sein oder der betreibende Gläubiger selbst (§ 308 E. O.). Die Stellung des letzteren wird als Stellung eines Curators (bonorum) insbesondere charakterisiert durch die Bestimmungen des § 308, al. 2 E. O. über den Ausschluss der Einwendungen ex persona des Gläubigers, des § 310, al. 3 E. O. über seine Haftbarkeit, des § 312, al. 2 über den Mehrempfang, des § 322, al. 2, Satz 2 über die Genehmigung der Löschungserklärungen durch das Executionsgericht.¹⁴⁹⁾

¹⁴⁷⁾ Nach der Reichscivilprozessordnung ist die Stellung des Executionsorganes eine andere (§ 674, resp. § 753 n. F., dazu Entsch. d. R. G. IX, Nr. 106, X, Nr. 63, XVI, Nr. 99).

¹⁴⁸⁾ In Betreff der Stellung des Zwangsverwalters vgl.: Czoernig, Vorles., S. 88 fg.; Kreis in J. Bl. 1899, S. 148; H. v. S. in Not. Zt. 1898, S. 160; Pantůček, Sekvestrace, 1892, S. 273 (dazu Ott im Právník 1893, S. 445). Über die (ähnliche) Stellung des Concursmassaverwalters vgl. Schwarz, Concursrecht, Wien 1894, I, S. 76, II, S. 28; Rad. Pollak, Concursrecht, Berlin 1896 (darüber K. Adler in Jur. Bl. 1896, S. 390, woselbst eine Übersicht der Theorien: Theorie der Universalsuccession, Theorie der Singularsuccession, Pfandrechtsstheorie, Beschlagrechtstheorie, Vertretungstheorie); Otto Frankl in J. V. J. S. 1896, S. 24 (woselbst N. 87 Nennung weiterer Literatur).

¹⁴⁹⁾ Den Gläubiger, welchem die Forderung des Verpflichteten zur Einziehung überwiesen wurde, nennt Czoernig, Vorles., S. 268: Processbevollmächtigten in rem suam, Némethy, J. Bl. 1896, S. 278: octroyierten Bevollmächtigten; Neumann, E. O., S. 157: aufgezwungenen Mandatar. Meiner Ansicht nach ist dieser Gläubiger ebensowenig Bevollmächtigter oder Mandatar des Schuldners als

Die Bestellung eines Advocaten zum Armenvertreter enthält keine gesetzliche oder richterliche (behördliche) Bevollmächtigung, sondern begründet nur die Verpflichtung zur Übernahme einer vertragsmäßigen mit einer Bevollmächtigung verbundenen Beauftragung.¹⁵⁰⁾ Auch der zum Armenvertreter bestellte Advocat muss sich mit der Vollmacht der Partei gemäß § 30 C. P. O. ausweisen.¹⁵¹⁾ Durch Entziehen oder Erlöschen des Armenrechtes, insbesondere auch durch den Tod der armen Partei, erlischt die ertheilte Processvollmacht nicht; sondern es bedarf noch der Aufkündigung seitens des Machthabers, der Bestellung eines anderen Advocaten sowie Verständigung des Gegners von beiden Thatsachen mittels Schriftsatzes (§ 36, al. 1 C. P. O.). Die Verpflichtung zur Vertretung erlischt binnen vierzehn Tagen laut § 36, al. 2 C. P. O. Es gelten überhaupt die bei § 1021 a. b. G. B. angeführten Grundsätze¹⁵²⁾, nur muss bemerkt werden, dass eine Kündigung vor Erlöschen oder Entziehen des Armenrechtes unzulässig ist. Bis dahin dauert der Zwang, im Contracte auszuharren.

§ 1035. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Behufs Vornahme einzelner dringlicher Processhandlungen kann auch eine Person als Bevollmächtigter zur einstweiligen Vertretung zugelassen werden, welche die erfolgte Bevoll-

der Concursmassaverwalter, welcher Forderungen des Cridatars geltend macht, Bevollmächtigter des letzteren ist. Der besagte Gläubiger kann (ebenso wie der Concursmassaverwalter — § 10 C. O.) in den Process, den der Verpflichtete gegen den Drittschuldner führt, eintreten (trotz § 234, ebenso Neumann, l. c.).

¹⁵⁰⁾ Vgl. Petschek, J. Bl. 1900, S. 525. — Dagegen liegt eine wahre gerichtliche Bevollmächtigung vor im Falle des § 64, Z. 4 C. P. O., in diesem Falle ist eine Vollmacht der Partei nicht erforderlich.

¹⁵¹⁾ Ebenso Fürstl, I, S. 115; Neumann, Comm., S. 191, N. 1; Sködl, S. 332; Rotschedl, G. Z. 1897, S. 268.

¹⁵²⁾ So auch Neumann, Comm., S. 290; Petschek, l. c., theilweise Fürstl, I, S. 122, der jedoch die Anzeige der Bestellung eines anderen Advocaten in diesem Falle für überflüssig erachtet (ohne Begründung). And. Ans. Demelius, G. H. 1897, S. 522, welcher das Vertretungsverhältnis auf die (behördliche) Bestellung stützt. — Was von dem Erlöschen (und der Entziehung) des Armenrechtes gilt, gilt auch von der Enthebung des Armenvertreters (Art. XXXIII E. G. z. C. P. O.), denn mit der Enthebung erlischt das Armenrecht (Art. XXXIII, al. 2). Vgl. über diesen Fall insbes. Petschek, l. c.

mächtigung nicht auf die vorgeschriebene Weise darthun kann (§ 38 C. P. O.). Diese Bestimmung kann Anwendung finden, ob nun die einschreitende Person die ihr ertheilte Vollmacht nur nicht nachweisen kann oder ob sie überhaupt keine Vollmacht besitzt.¹⁵³⁾ Nur im letzteren Falle liegt negotiorum gestio vor, im ersteren Falle bloß einstweilige Dispens vom Nachweise.¹⁵⁴⁾

§ 1042. Verwendung zum Nutzen eines anderen.

Unter dem Aufwande, den ein Anderer hätte nach dem Gesetze selbst machen müssen, ist jeglicher Aufwand zu verstehen, welcher ihn getroffen hätte, wenn er eben nicht bestritten worden wäre.¹⁵⁵⁾ Hienach gehört hierher der Fall des § 71 C. P. O. Die ehemals arme Partei hat dem Staate die von demselben für erstere bar gezahlten Gebühren der Vollstreckungsorgane, Zeugen, Sachverständigen etc. zu ersetzen. Laut § 40, al. 1, Satz 1 hätte die Partei diese Kosten (wenn sie überhaupt Process führen wollte) selbst bestreiten müssen.

DREIUNDZWANZIGSTES HAUPTSTÜCK.

Von dem Tauschvertrage.

§ 1052. Einrede des nichterfüllten Vertrages.

Laut § 8 E. O. ist die Bewilligung der Execution wegen eines Anspruches, den der Verpflichtete nur gegen eine ihm Zug um Zug zu gewährende Gegenleistung zu erfüllen hat, von dem Nachweise, dass die Gegenleistung bereits bewirkt oder doch ihre Erfüllung sichergestellt sei, nicht abhängig. Es kann demnach die Execution wegen eines Anspruches,

¹⁵³⁾ So auch Fürstl, I, S. 70; Demelius, G. H. 1897, S. 434; Skedl, S. 348; Fragenbeantwortung ad § 38 C. P. O.

¹⁵⁴⁾ Vgl. Entsch. v. 5. Mai 1898, Z. 6242, G. Z. 1898, Nr. 38, Slg. N. F. 162; vom 20. September 1898, Z. 12.653, Právník 1899, S. 213; vom 17. November 1898, Z. 14.877, ebendort S. 214; Kornitzer: Zur Anwendung des § 38 in G. Z. 1900, S. 294.

¹⁵⁵⁾ So Stupecký, Versio in rem, Prag 1888, S. 167; vgl. die daselbst cit. Entsch. Slg. 8874; gegen letztere Entsch. jedoch Wellspacher, Versio in rem, S. 130 (vgl. auch Jud. B. Nr. 137, Slg. N. F. 35).

welchem die exceptio non adimpleti contractus entgegensteht, bewilligt werden.

Ob in dem Bewilligungsbescheide auszudrücken sei, dass der Vollzug nur gegen Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung erfolgen solle, darüber sagt zwar § 8 E. O. nichts, allein aus § 42, Z. 4 E. O. scheint die verneinende Antwort zu folgen. Laut § 42, Z. 4 kann nämlich die Execution auf Antrag (des Verpflichteten) gehemmt werden, wenn der Gläubiger weder die ihm Zug um Zug obliegende Gegenleistung bewirkt hat noch dieselbe zu bewirken oder sicherzustellen bereit ist. Hieraus scheint hervorzugehen, dass die Execution eines Anspruches, welchem die erwähnte Einrede entgegensteht, nicht nur als bewilligbar, sondern auch als einseitig vollziehbar gedacht wird, und dass es nur dem Verpflichteten anheimgestellt bleibt, sich gegen die Fortsetzung der Execution durch einen Hemmungsantrag zu wehren.¹⁵⁶⁾

Die stricte Anwendung der besagten Bestimmungen würde jedoch bei Sachleistungen zu einer ungerechtfertigten Bedrückung des Verpflichteten führen. Laut § 379, al 4 Geschäftsordnung darf das Vollstreckungsorgan weder den Verpflichteten von der bevorstehenden Executionshandlung, ehe er sich an Ort und Stelle begeben hat, unter der Hand benachrichtigen, noch veranlassen, dass der Verpflichtete hievon Kenntnis erhalte. Der Verpflichtete erfährt demnach ordnungsgemäß von der Execution erst, wenn bereits das Executionsorgan erscheint, um die Sache abzunehmen (§ 346 flg. E. O.). Laut § 46, al. 1 E. O. darf ferner das Vollstreckungsorgan ohne vorgängige richterliche Weisung mit der Vollziehung der ihm aufgetragenen Executionshandlung nur in den daselbst genannten Fällen innehalten, unter welchen der vorliegende Fall nicht vorkommt.¹⁵⁷⁾ Selbst wenn man es daher für zulässig hielte, dass der Hemmungsantrag (trotz § 45, al 2 und 3 E. O.) dem Vollstreckungsorgan gegenüber erklärt¹⁵⁸⁾ und von demselben sogleich er-

¹⁵⁶⁾ Vgl. Materialien, I, S. 471.

¹⁵⁷⁾ Dazu ausdrücklich noch Instr. f. Vollstreckungsorgane, I, P. 31, al. 5.

¹⁵⁸⁾ Vgl. den bei Neumann, E. O., S. 433 citierten J. M. Erl. vom 27. Mai 1899, Z. 11.687, gemäß welchem es den Vollstreckungsorganen zur Pflicht gemacht ist, den Verpflichteten über das Recht des § 42, Z. 4 eindringlich zu belehren und den Antrag gleich im Protokolle über die Executionsvornahme zu beurkunden.

ledigt werde, könnte dies doch nie ohne vorgängige richterliche Weisung erfolgen. Das Vollstreckungsorgan erhält jedoch seine Weisungen vom Executionsgerichte, welches in eine Prüfung des Executionstitels nicht eingeht, sondern sich an die Bewilligung der Execution hält. Mithin könnte, wenn in der Bewilligung eine Beschränkung in dem Sinne, dass die Execution nur gegen Bewirkung oder doch Sicherstellung der Gegenleistung vollzogen werden darf, nicht enthalten wäre, das Executionsgericht gar keine Veranlassung haben, dem Vollstreckungsorgan besondere Weisungen zu ertheilen, und das letztere müsste die Execution vollziehen.

Mit Rücksicht auf diese dem materiellen Rechte zuwiderlaufenden Consequenzen und den Grundsatz, dass den Civilprocessgesetzen stets eher ein geringerer als ein größerer Einfluss auf das materielle Recht zuzuerkennen ist, nehme ich an, dass die Execution einer Sachleistung aus einem Zug um Zug zu erfüllenden Verträge zwar gemäß § 8 E. O. bewilligt werden kann, jedoch nur „gegen dem“, dass der betreibende Gläubiger seinerseits gleichzeitig die Gegenleistung durch das Vollstreckungsorgan bewirken lasse (§ 25, al. 2 in fine) oder doch sicherstelle. Dagegen kann wegen einer Geldleistung die Pfändung ohne jene Beschränkung bewilligt und dann auch vollzogen werden, weil hier § 42, Z. 4 ein Remedium bietet.

Zu dieser Unterscheidung muss man sich meiner Ansicht nach entschließen, wenn man einerseits dem materiellen Rechte keine Gewalt anthun, andererseits den Bestimmungen der §§ 8 und 42, Z. 4 E. O. Bedeutung beimessen will.¹⁵⁹⁾

Der Fall der Einräumung bürgerlicher Rechte (§ 350 E. O.) bietet noch besondere Schwierigkeiten. Wie schützt sich der Verpflichtete gegen die gemäß § 8 E. O. bewilligte und dann gemäß § 16 E. O. vollzogene Einverleibung z. B. des Eigentumsrechtes, wenn die Gegenleistung nicht erfolgte? Oder darf die Einverleibung nur gegen Erfüllung der Gegenleistung bewilligt werden? Gemäß § 8 E. O. wird die Einverleibung zwar bewilligt werden müssen, doch der Vollzug wird (wie bei einer Sachleistung, da durch den Vollzug die Execution

¹⁵⁹⁾ Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 320, N. 7; Neumann, E. O., S. 40, 432; Bloch, G. Z. 1899, S. 132.

sogleich realisiert werden würde) nur angeordnet werden können, wenn die Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung (durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden) nachgewiesen wird. Auch wenn die Gegenleistung in einer Einräumung bürgerlicher Rechte besteht, wird die Execution (durch Einverleibung) gemäß § 8 E. O. einseitig zu bewilligen sein und es ist durch § 8 E. O. § 97, al. 1 Gb. G. rücksichtlich Executionstitel derogiert; das materielle Recht lässt sich auch hier nur dadurch retten, dass in der Bewilligung der Vollzug von dem gleichzeitigen Vollzuge der als Gegenleistung anzusehenden Eintragung abhängig gemacht wird.

Dass die Executionsordnung das materielle Recht womöglich intact lassen will, ist auch aus § 367, al. 2 ersichtlich. Die Rechtsfolge, dass die Erklärung als abgegeben gilt, entspricht dem Vollzuge der Execution (nicht der Bewilligung¹⁶⁰⁾ und dieselbe tritt erst mit Bewirkung der Gegenleistung ein.¹⁶¹⁾

VIERUNDZWANZIGSTES HAUPTSTÜCK.

Von dem Kaufvertrage.

§ 1070. Wiederkaufsrecht.

Derjenige, für welchen ein Wiederkaufsrecht einverleibt ist, ist von der Bewilligung der executiven Versteigerung zu verständigen (§ 133, al. 4 E. O.). Hiebei ist demselben mitzuthemen, dass er sein Recht bei sonstigem Ausschlusse innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Verständigung auszuüben habe (vgl. die Frist des § 1075 a. b. G. B.). Nicht rechtzeitig ausgeübte Wiederkaufsrechte sind nach Durchführung des Versteigerungsverfahrens ohne Anspruch auf Entschädigung aus dem Meistbote zu löschen (§ 150, al. 2 E. O.).

¹⁶⁰⁾ Eine Ausnahme von § 8 E. O. liegt eben deshalb nicht vor (vgl. Comm. z. E. O. in G. H. 1899, S. 356; anders Schauer ad § 367, N. 1, Neumann, E. O., S. 381).

¹⁶¹⁾ Dass die Exceptio non adimpleti contractus als der definitiven Realisierung entgegenstehend angesehen wird, geht auch aus § 309, § 317, Z. 1 E. O. hervor. — Bei der executiven Versteigerung von Mobilien werden letztere nur Zug um Zug hingegeben (§ 278, al. 2 E. O.).

Das bürgerliche Recht des Wiederkaufes erlischt schon und ist zu löschen, wenn

a) der Wiederkaufsberechtigte binnen eines Monats nach Zustellung der Verständigung von der Bewilligung der Zwangsversteigerung dasselbe nicht ausgeübt hat und

b) das Versteigerungsverfahren wirklich durchgeführt wurde.¹⁶²⁾

Die zweitgenannte Bedingung ist zwar in § 133 in fine nicht genannt, wird auch in die Androhung nicht aufgenommen, folgt wohl aber aus § 150, al. 2 E. O. und allgemeinen Erwägungen.

Das Versteigerungsedict ist dem Wiederkaufsberechtigten nicht zuzustellen, doch soll laut § 154, al. 4 E. O. derjenige, für welchen nach Anberaumung der ersten Versteigerung ein Wiederkaufsrecht eingetragen wurde, von dem Wiederversteigerungstermine in Kenntnis gesetzt werden.¹⁶³⁾

§ 1076. Vorkaufsrecht.

Während der Wiederkaufsberechtigte von der Bewilligung der Versteigerung, nicht aber von der Anordnung des (ersten) Versteigerungstermines zu verständigen ist, ist umgekehrt der Vorkaufsberechtigte nicht von der Bewilligung der Versteigerung (§ 133, al. 4 a contr.), sondern erst von der Anordnung des Versteigerungstermines durch Zustellung des Versteigerungsedictes zu verständigen (§ 171, al. 1, § 154, al. 4 E. O.). Dies entspricht dem § 1076 a. b. G. B.¹⁶⁴⁾

§ 1085. Verkauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers.

Wenn das Meistbot drei Viertel des Schätzwertes der Liegenschaft nicht erreicht, so wird zwar, sofern sonst kein Hindernis besteht, der Zuschlag erteilt und hiemit der Kaufvertrag abgeschlossen, allein es geschieht dies stillschweigend

¹⁶²⁾ So auch Neumann, E. O., S. 233 (vgl. S. 325).

¹⁶³⁾ Vgl. hiezu Max Pollak in G. Z. 1899, S. 48, nach welchem diese Bestimmung des § 154, al. 4 auf einem Irrthum beruht.

¹⁶⁴⁾ Ungerechtfertigt ist die Annahme H. v. S. in Not. Zt. 1898, S. 165, dass in § 133 das Vorkaufsrecht vergessen worden zu sein scheint, § 1076 schreibt nur die Ladung zur Feilbietung vor. So auch M. Pollak, l. c.

nur unter Vorbehalt eines besseren Käufers (§ 195 E. O., § 1084 a. b. G. B.¹⁶⁵⁾. Der bessere Käufer muss sich binnen vierzehn Tagen nach Verlautbarung der Zuschlagserteilung melden (§ 196, al. 1 E. O.) und sich bereit erklären, einen das frühere Meistbot mindestens um den vierten Theil übersteigenden Preis zu entrichten (§ 195, al. 2 E. O.), sowie den vierten Theil thatsächlich erlegen (§ 196, al. 1 E. O.).¹⁶⁶⁾

Der frühere Ersteher hat ein Vorkaufsrecht (§ 1072 a. b. G. B.)¹⁶⁷⁾, er ist vom Überbote zu verständigen und kann dasselbe dadurch entkräften, dass er innerhalb dreier Tage von der Verständigung sein Meistbot auf den Betrag des Überbotes erhöht (§ 197 E. O.).

Wird das Überbot angenommen, so gilt rücksichtlich der Rückerstattung der Früchte und der Einkünfte und rücksichtlich des Ersatzes der Verwendungen des früheren Erstehers § 157 E. O. (vgl. § 1085 a. b. G. B.).

§ 1089. Executiver gerichtlicher Verkauf.

Executive Verkäufe sind zwischen der Executionsmasseverwaltung (vgl. ad § 1034 a. b. G. B.) in ihren verschiedenen Formen und dem Erwerber abgeschlossene Kaufverträge, und zwar nicht nur die im Wege der öffentlichen Versteigerung erfolgenden (§§ 133 flg., 242 flg., 270 flg., 318, 328, 332 E. O.)¹⁶⁸⁾, sondern auch die executiven Verkäufe aus freier Hand (§§ 200,

¹⁶⁵⁾ So auch Neumann, E. O., S. 301, doch mit dem Unterschiede, dass er § 1083 a. b. G. B. citiert; meiner Ansicht nach ist § 1084 zu citieren, weil durch den Zuschlag tradiert wird (auch der dingliche Vertrag abgeschlossen wird — siehe bei § 436 a. b. G. B.).

¹⁶⁶⁾ Das Überbot der E. O. ist verschieden vom Überbote des Ges. vom 10. Juni 1897, R. G. Bl. Nr. 74. Abgesehen von den numerischen Unterschieden (nach dem Ges. v. J. 1887 war ein Überbot zulässig, wenn der vom Ersteher gebotene Preis zwei Drittel des Schätzwertes — jetzt drei Viertel — nicht erreichte; der vom Überbieter gebotene Mehrbetrag musste ein Fünftel des vom Ersteher gebotenen Preises betragen — jetzt ein Viertel —) besteht der Unterschied darin, dass der Überbieter früher bloß erster Bieter bei einer neu anzuberaumenden Versteigerung war, während er jetzt direct Käufer ist. Baltinester, Not. Zt. 1898, S. 9.

¹⁶⁷⁾ Vgl. Schmid in G. Z. 1900, S. 108.

¹⁶⁸⁾ Vgl. Schey ad § 1089 a. b. G. B. (Über den Verkauf nach § 349, al. 2 E. O. siehe ad § 1417 d.).

Z. 1, 268, 271, 280, 318, 319, 332 E. O.)¹⁶⁹⁾ Die Darstellung der besonderen Bestimmungen über die verschiedenen Verkaufsweisen gehört nicht an diesen Ort; vgl. übrigens ad §§ 436, 862, 919, 929, 1401 a. b. G. B.

FÜNFUNDZWANZIGSTES HAUPTSTÜCK.

Von Bestandverträgen.

§ 1093. Mietung der eigenen Sache.

Der Eigenthümer kann in den Fall kommen, den Gebrauch der eigenen Sache in Bestand zu nehmen, insbesondere ist es nicht ausgeschlossen, dass der Eigenthümer mit dem Zwangsverwalter seiner eigenen Sache einen Mietvertrag eingehe; der Zwangsverwalter kann dann dem Eigenthümer auch kündigen.¹⁷⁰⁾

Ausgeschlossen ist die Verpachtung an den Verpflichteten im Wege der öffentlichen Versteigerung nach § 340, al. 2 E. O. (§ 180, al. 1 E. O.)¹⁷¹⁾ und wohl auch nach § 111, al. 2 E. O.

Die Überlassung der unentbehrlichen Wohnräume an den Verpflichteten im Sinne des § 105 E. O. ist nicht als Bestandvertrag anzusehen, sondern als eine Art beneficium competentiae¹⁷²⁾, das Maß und die Dauer hängt von dem Ermessen des Gerichtes ab (§ 132, Z. 2 E. O.), die Bestimmungen über die Kündigung von Bestandverträgen gelten hier nicht.

§ 1096. Besichtigung durch Mietlustige.

Die politische Landesstelle kann im Einvernehmen mit dem Oberlandesgerichte Bestimmungen darüber treffen, zu welcher Zeit und in welchem Umfange der Bestandnehmer nach der

¹⁶⁹⁾ Über den Übernahmsantrag (§ 200, Z. 1, § 271 E. O.) sieh: Baltinester, Not. Zt. 1898, S. 9; Fischböck, J. Bl. 1898, S. 373; Fragenbeantwortung ad §§ 200, 271 E. O.; Bum, J. Bl. 1898, S. 194; ferner Ungenannt, G. H. 1896, S. 239.

¹⁷⁰⁾ Entsch. v. 16. Februar 1898, Z. 2471, Právník 1898, S. 196, G. H. 1898, S. 187.

¹⁷¹⁾ Anderer Ansicht scheint Rosenfeld (G. H. 1898, S. 15) zu sein.

¹⁷²⁾ Vgl. Czoernig, Vorles., S. 89: Ausnahme von Gebrauchs-Dispositionsziehung; Fürth, J. V. J. S. 1899, S. 55.

Kündigung die Besichtigung der in § 560 C. P. O.¹⁷³⁾ bezeichneten Bestandgegenstände durch Mietlustige zu gestatten habe. Solche Anordnungen sind durch das Landesgesetzblatt und die amtliche Landeszeitung kundzumachen (Art. XI, Z. 1 E. O. z. C. P. O.)¹⁷⁴⁾ Die Besichtigung nach Maßgabe dieser Bestimmungen ist dann jedenfalls nicht als „Störung in dem bedingenen Gebrauche und Genusse“ anzusehen.¹⁷⁵⁾

§ 1098. Afterbestand.

Die Bestimmung des § 568 C. P. O., gemäß welcher alle gegen den Bestandnehmer erwirkten Aufkündigungen, Aufträge, Entscheidungen und Verfügungen, welche das Bestehen oder die Auflösung eines Bestandvertrages über einen der im § 560 C. P. O. bezeichneten Gegenstände betreffen, auch gegen den Afterbestandnehmer wirksam und vollstreckbar ist, sofern nicht ein zwischen dem Afterbestandnehmer und dem Bestandgeber bestehendes Rechtsverhältnis entgegensteht, entspricht dem früheren Rechte (§ 21 der kais. Verordn. v. 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213).

An dieser Bestimmung wurde auch durch den späteren § 9 E. O., demgemäß wider einen anderen als den im Executions-titel benannten Verpflichteten die Execution nur soweit stattfinden kann, als durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden bewiesen wird, dass die Verpflichtung auf denjenigen übergegangen ist, wider welchen die Execution beantragt wird, nichts geändert; denn § 568 C. P. O. hat gar nicht den Fall vor Augen, dass die Execution gegen den Afterbestandnehmer beantragt wird, sondern es soll nur die gegen den im Executions-titel genannten Bestandnehmer in Ansehung des ebendort bezeichneten Bestandgegenstandes bewilligte Execution ohne Rücksicht auf die Person und die Sachen des Afterbestandnehmers in der Weise vollzogen werden können, wie

¹⁷³⁾ Art. XI, Z. 1 E. G. z. C. P. O. sagt zwar nur: unbewegliche oder gesetzlich für unbeweglich erklärte Sachen, gemeint sind aber offenbar auch: rücksichtlich der Kündigungsfristen und des Bestandverfahrens wie unbewegliche behandelte Sachen (§ 560 C. P. O.).

¹⁷⁴⁾ Z. B. Verordn. v. 14. Februar 1898, L. G. Bl. f. N.-Österr. Nr. 7.

¹⁷⁵⁾ Vgl. Entsch. v. 1. August 1876, Z. 8978, Slg. 6217.

sie auch ohne besondere gesetzliche Vorschrift ohne Rücksicht auf etwaige Gäste des Bestandnehmers und ohne Rücksicht darauf, wem die in den Localitäten befindlichen Sachen gehören, vollzogen werden kann.

Die Bestimmung des § 568 C. P. O. bezieht sich nicht auf Zinsklagen, der Bestandgeber kann auf Grund eines bloß gegen den Bestandnehmer erlangten Executionstitels bloß auf die vom Bestandnehmer, nicht auch auf die vom Afterbestandnehmer eingebrachten Fahrnisse (trotzdem auch sie für den Bestandszins haften, § 1101 a. b. G. B., Satz 2) Execution führen, sondern er müsste zu diesem Behufe einen Executionstitel gegen den Afterbestandnehmer erlangen.

§ 1101. Gesetzliches Pfandrecht des Bestandgebers.

a) Perclusionsrecht. Zur Lösung der Streitfrage, ob dem Vermieter das Recht zustehe, die Wegschaffung der Illaten zu hindern, liefert § 49, Z. 5 J. N. ein Argument in bejahendem Sinne. Dasselbst werden „Streitigkeiten wegen Zurückhaltung der vom Mieter oder Pächter eingebrachten oder der sonstigen dem Verpächter zur Sicherstellung des Pachtzinses haftenden Fahrnisse“ den Bezirksgerichten zugewiesen. Da nun Kompetenzbestimmungen für materiell un begründete Streitigkeiten nicht gegeben zu werden pflegen, muss angenommen werden, dass die materiellrechtliche Zulässigkeit solcher Streitigkeiten vorausgesetzt wird.¹⁷⁶⁾

b) Pfandweise Beschreibung. Ausdrücklich aufrecht erhalten wurden die Vorschriften des Hofdecretes vom 5. November 1819, J. G. S. Nr. 1621 über die pfandweise Beschreibung der eingebrachten¹⁷⁷⁾ Fahrnisse zur Sicherstellung des Miet- und Pachtzinses (Art. XIII, Z. 6 E. G. z. E. O.). Gleich-

¹⁷⁶⁾ Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 275, N. 15, welcher jedoch im Texte gegen das Perclusionsrecht sich ausspricht; für dasselbe: Larcher, Gesetzl. Pf. R. d. Verm., 1885, S. 57; Otto Frankl, G. Z. 1889, S. 409; Coulon, Ges. Pf. R. d. Best., 1894, S. 52; Demelius, Pf. R. an bew. S., § 9, N. 23; Groag, Ges. Pf. R. d. Verm. 1899, S. 24 (darüber Pisko, G. H. 1899, S. 151); Stubenrauch ad § 1101 V; Entscheidungen bei Schey ad § 1101, N. 12; ferner Entsch. v. 3. Januar 1899, Z. 17.911, J. M. V. Bl. 1899, Nr. 70, Právník 1899, S. 163.

¹⁷⁷⁾ Der Ausdruck „eingebracht“ ist ungenau, die (separierten) Früchte können nicht gut als „eingebracht“ bezeichnet werden.

zeitig mit der condemnatorischen¹⁷⁸⁾ Zinsklage kann demnach die pfandweise Beschreibung der laut § 1101 a. b. G. B. haftenden Fahrnisse beantragt werden. Die juristische Bedeutung dieser pfandweisen Beschreibung bleibt dieselbe wie bisher: das bereits durch die Illation begründete Pfandrecht wird in der Weise fixiert, dass die pfandweise beschriebenen Fahrnisse auch nach Entfernung vom Bestandobjecte im Pfandnexus verbleiben.

Darüber, ob der Antrag auf pfandweise Beschreibung auch mit einer bloßen Feststellungsklage verbunden werden könne, sprechen sich die Civilprocessgesetze nicht aus.¹⁷⁹⁾ Aus § 258 E. O. lässt sich ein Argument für die bejahende Antwort nicht entnehmen, denn die Klage des § 258 E. O. betrifft die Feststellung eines bestehenden Pfand- oder Vorzugsrechtes an bereits speciell bestimmten Sachen, deren pfandweise Beschreibung demnach unnöthig wäre.

Das durch pfandweise Beschreibung im Sinne des besagten Hofdecrets fixierte Pfandrecht des Bestandgebers ist noch kein executives. Der Bestandgeber muss vielmehr, wenn er sein Pfandrecht realisieren will, erst auf Grund des erlangten Executionstitels die executive Pfändung der bereits pfandweise beschriebenen Fahrnisse beantragen. Diese executive Pfändung kann wohl nach Analogie der §§ 94, 257, sowie des § 89 E. O. durch bloße Anmerkung vollzogen werden.¹⁸⁰⁾

c) Verwahrung und Verwaltung. Der Bestandgeber kann selbst vor Fälligkeit des Zinses (§ 378, al. 2 E. O.) und vor Einleitung eines Rechtsstreites (§ 378, al. 1 E. O.) und mithin auch vor der pfandweisen Beschreibung die Anordnung der Verwahrung und Verwaltung der Illaten (§ 379, al. 3, Z. 1) als einstweilige Verfügung (zur Sicherung von Geldforderungen) beantragen, wenn wahrscheinlich ist, dass die Herein-

¹⁷⁸⁾ In § 1101 a. b. G. B. ist gewiss nur die condemnatorische Zinsklage, welche die Fälligkeit voraussetzt, gemeint.

¹⁷⁹⁾ Dafür die Entsch. vom 6. December 1892, Z. 14.333, Mat. Reg. Nr. 504, Slg. 14.510; sowie Ofner, Not. Zt. 1900, S. 212; dagegen die von letzterem citierte Entsch. des O. L. G. Wien v. 29. Mai 1899, R. IV, 71 und Steiner, Not. Zt. 1900, S. 278.

¹⁸⁰⁾ So auch Schauer ad § 254 E. O., N. 1, Comm. z. E. O. in G. H. 1899, S. 171; Neumann, E. O., S. 478; vgl. Min. Erl. vom 26. April 1898, Z. 8854 bei Krapf, G. Z. 1898, S. 327.

einbringung des Zinses durch „Verbringen“ der Illaten vereitelt oder erheblich erschwert werden würde (§ 379, al. 2).

Nach der pfandweisen Beschreibung und der durch dieselbe bewirkten Specialisierung des Pfandrechtes werden dem Bestandgeber auch die einstweiligen Verfügungen zur Sicherung anderer Ansprüche unter den Bedingungen des § 381 E. O. nicht abgesprochen werden können, so insbesondere die gerichtliche Hinterlegung oder die Anordnung der Verwahrung (§ 382, Z. 1) oder Verwaltung (§ 382, Z. 2) der pfandweise beschriebenen beweglichen Sachen.¹⁸¹⁾

Fraglich ist jedoch, ob die Verwahrung und Verwaltung der bereits pfandweise beschriebenen Fahrnisse auch ohne die Bedingungen des § 381 E. O. zu bewilligen ist. Gemäß Judicat Nr. 77 war das Ansuchen des klagenden Bestandgebers, die bereits pfandweise beschriebenen Illaten einem Dritten (Sequester im Sinne des § 968 a. b. G. B.) in Verwahrung zu geben, nicht nach § 293 a. G. O., sondern nach § 343 a. G. O. zu beurtheilen. Hienach war besagte Verwahrung (und Verwaltung) nicht als mittlerweilige Vorkehrung im Sinne der allgemeinen Gerichtsordnung anzusehen, sondern der Verwahrung executiv gepfändeter Objecte gleichzuachten. Das Recht auf die Entziehung der Objecte aus der Machtsphäre des Schuldners wird im besagten Judicate als Ausfluss des Pfandrechtes und daher als unabhängig von dem Nachweise einer Gefahr gedacht. Ist diese Ansicht richtig, so gilt sie auch gegenwärtig; nur sind an Stelle des § 293 a. G. O. — § 379, al. 2, al. 3, Z. 1, § 381, § 382, Z. 1, 2 E. O. und an Stelle des § 343 a. G. O. — § 259 E. O. zu setzen. Wollte man die Anordnung der Verwahrung gegenwärtig von der Bescheinigung einer Gefahr abhängig machen, so müsste man das citierte Judicat überhaupt (auch für das ältere Recht) für irrthümlich halten.¹⁸²⁾ Um Missverständnisse zu vermeiden, sei bemerkt, dass es sich in dem hier behandelten Falle nicht um Verwaltung von Liegenschaften (§ 379, al. 4 in fine, § 382, Z. 2 in fine E. O.), sondern um die Verwahrung und Verwaltung (Seque-

¹⁸¹⁾ Vgl. Groag, I. c. S. 26; Pisko, I. c. Nur die Verfügung zur Sicherung von „Geldforderungen“ halten für anwendbar: Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 275, S. 787; Drohomirezky in J. Bl. 1898, S. 437.

¹⁸²⁾ Vgl. Krapf, G. Z. 1898, S. 302.

stration im Sinne des § 968 a. b. G. B. oder des § 259 E. O.) von auf Liegenschaften befindlichen Fahrnissen handelt, und zwar auch bei Pachtverträgen, denn pfandweise beschrieben werden nur die Illaten und von den Früchten nur die bereits abgesonderten.

Eine andere Frage ist es, wie und unter welchen Bedingungen das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters an hängenden Früchten gesichert werden kann. Eine pfandweise Beschreibung der hängenden Früchte findet nicht statt, dieselben sind keine Mobilien; an Stelle der pfandweisen Beschreibung erachtete das erwähnte Judicat Nr. 77 die Sequestration für zulässig. Dasselbe stützt sich hierbei nicht etwa auf das Hofdecret vom 31. October 1800, J. G. S. Nr. 512 (welches allerdings aufgehoben ist)¹⁸³⁾, von demselben wird in dem Judicate gar keine Erwähnung gethan, sondern es leitet die Zulässigkeit der Sequestration bei hängenden Früchten aus dem dem Verpächter zustehenden Perclusionsrechte ab. Bei Feldfrüchten ist, so heisst es in den Gründen, die Verhinderung der Separation und Entziehung durch Versperrung nur so durchführbar, dass ein Sequester aufgestellt und dem Pächter das einstweilige Verfügungsrecht entzogen wird. Diese Sequestration der hängenden Früchte im Falle des § 1101 a. b. G. B. wird des weiteren für unabhängig erklärt von den Erfordernissen des § 293 a. G. O., weil hiedurch das aus dem § 1101 a. b. G. B. fließende Pfandrecht theilweise illusorisch gemacht werden würde. Die rechtliche Grundlage, auf welcher das Judicat beruht, hat sich durch Einführung der Civilprocessgesetze nicht geändert. Wenn trotz § 293 a. G. O. die Sequestration ohne die daselbst angeführten Erfordernisse (Gefahrnachweis, Caution) für zulässig erachtet wurde, so ist auch jetzt kein Grund vorhanden, dieselbe ohne die im § 381 E. O. aufgestellten Erfordernisse für unzulässig zu erachten. Im Gegentheil, das Perclusionsrecht, aus welchem die Zulässigkeit hergeleitet wird, wurde durch die Civilprocessgesetze noch bestärkt. Der Zulässigkeit der Sequestration steht nicht entgegen die Bestimmung des § 379, al. 4 E. O., denn es handelt sich (laut

¹⁸³⁾ Randa, Vlastn., § 30, N. 4; Neumann, E. O., S. 479; Fr. Horáček, Právník 1898, S. 625 (vgl. auch Leder, daselbst 1900, S. 367).

Judicates) um Ausübung des Pfandrechtes, resp. des in demselben enthaltenen Retentions- oder Perclusionsrechtes; und selbst wenn es sich um eine einstweilige Verfügung im Sinne des § 378 flg. E. O. handelte, bezöge sich die Verfügung auf die Sicherung eines dinglichen Rechtes.

d) Geltendmachung des Vorrechtes. Laut Hofdecret vom 10. April 1837, J. G. S. Nr. 189 wird das dem Vermieter eingeräumte gesetzliche Pfandrecht auf die Einrichtungsstücke und Fahrnisse schon durch deren Einbringung in die vermietete Wohnung begründet und kann, als von diesem Zeitpunkt an wirksam, auch gegen jene Gläubiger des Mietmannes geltend gemacht werden, welche auf die eingebrachten Gegenstände ein Pfandrecht erwerben, ehe noch von dem Vermieter die Zinsklage überreicht oder die Beschreibung der Einrichtungsstücke und Fahrnisse angesucht wurde. Durch dieses Hofdecret wurde eine wesentliche Erweiterung der Rechte des Vermieters (und analog auch des Verpächters) herbeigeführt. Das Pfandrecht wurde vor der Zinsklage und vor der pfandweisen Beschreibung als wirksam anerkannt, und zwar als Pfandrecht an speciell bestimmten Objecten, von welchen man noch gar nicht weiß, ob sie auch zur Zeit der eventuellen Klage im Bestandgegenstände sich noch befinden werden. Kurz, das letztere Erfordernis wurde für den Fall, dass die Fahrnisse von einem anderen Gläubiger in Execution gezogen wurden, fallen gelassen. Als Zeitpunkt der Fixierung der Objecte muss in diesem Falle nicht der Zeitpunkt der (nichtangebrachten) Zinsklage, sondern derjenige der Pfändung durch den dritten Gläubiger angesehen werden, der letztere erwirbt das executive Pfandrecht nur an den mit dem gesetzlichen Pfandrecht belasteten Sachen. Mithin kann auch die etwaige der Pfändung nachfolgende Transferierung der Objecte, sowie die schließliche Veräußerung und Fortschaffung der Objecte das Pfandrecht des Bestandgebers nicht mehr vernichten¹⁸⁴⁾, resp. das Pfandrecht des betreibenden Gläubigers nicht zu einem besseren machen.

¹⁸⁴⁾ Dagegen allerdings (u. and.) Entsch. v. 14. Januar 1900, Z. 14.666, Mat. Reg. Nr. 234 (in derselben wurde jedoch bloß auf § 1101 a. b. G. B. geachtet und auf das cit. Hofdecret v. J. 1837 keine Rücksicht genommen). Vgl. auch Slg. N. F. 82, 196, 321.

Den laut besagten Hofdecretes dem Bestandgeber zustehenden, schon specielle Objecte betreffenden, Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung kann derselbe laut § 258 E. O. auch vor Fälligkeit der Mietzinsforderung gegen den Bestandnehmer und gegen den betreibenden Gläubiger mittels Klage geltend machen.¹⁸⁵⁾ Eine pfandweise Beschreibung mit dieser Klage zu verbinden ist nicht zulässig und auch unnöthig, weil es sich schon um bestimmte Objecte handelt. Zur Erhaltung des Pfandrechtes scheint mir jedoch die Klage nach § 258 nicht nothwendig zu sein¹⁸⁶⁾ und der Bestandgeber kann meines Erachtens seinen Anspruch auch einfach zur Meistbotsvertheilung anmelden (§ 286, al. 2, 3 E. O.).¹⁸⁷⁾

§ 1103. Zins in Früchten.

Die in diesem Paragraphen bezeichneten Verträge sind im Sinne der Civilprocessordnung als Pachtverträge anzusehen; die Bestimmungen der §§ 560—575 C. P. O. finden daher auch auf diese Verträge Anwendung (§ 576 C. P. O.). Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung ist jedoch durch Art. X E. G. z. C. P. O., demgemäß die Vorschriften der Civilprocessordnung über Auflösung von Bestandverträgen und über das Verfahren in Streitigkeiten aus Bestandverträgen auf die Contadinen- und Colonenverhältnisse in Dalmatien¹⁸⁸⁾ keine Anwendung finden, zum großen Theile paralytisch.¹⁸⁹⁾

¹⁸⁵⁾ Vgl. Fürth (Der Einfluss der Civilprocessgesetze auf das materielle Bestandrecht), J. V. J. S. 1899, S. 59. Dass die Bestimmung des § 258 E. O., eine materiellrechtliche Verlängerung des gesetzlichen Pfandrechtes des Bestandgebers bis zur Ausfolgung des Verkaufserlöses trotz richterlicher Fortschaffung bedeuten sollte, vermag ich nicht einzusehen. Würde die Wirksamkeit des Pfandrechtes nicht bereits durch das Hofdecret v. J. 1837 ausgesprochen worden sein, so könnte auch die Klage des § 258 dem Bestandgeber nicht zustehen.

¹⁸⁶⁾ And. Ans. Fürth, I. c.

¹⁸⁷⁾ Vgl. Larcher, I. c. S. 79.

¹⁸⁸⁾ Vgl. hierüber Salvi, Gazz. d. Trib. 1900, Nr. 1.

¹⁸⁹⁾ Sowohl § 576 C. P. O. als auch Art. X E. G. z. C. P. O. entsprechen übrigens dem früheren Rechte, ersterer dem § 23 der k. Verordn. v. 16. November 1838 R. G. Bl. Nr. 213 (Bestandverfahren mit Ausnahme von Dalmatien), letzterer dem § 23 des Gesetzes v. 2. Mai 1873, R. G. Bl. Nr. 93 (Bestandverfahren für Dalmatien).

§ 1108. Constatierung des Unglücksfalles behufs Zinserlass.

Der Paragraph enthält weitere (sich § 1105 a. b. G. B.) Bedingungen des Anspruches auf Erlass des Pachtzinses und bleibt aufrecht. Die gerichtliche Erhebung oder die Erhebung durch sachkundige Männer muss nicht in den Formen der Civilprocessordnung vorgenommen werden; doch dürfte andererseits die Vornahme eines Augenscheines oder die Vernehmung von Sachverständigen zur Sicherung des Beweises nach den Vorschriften der Civilprocessordnung (§§ 384 flg.) auch ohne Gefahernachweis (anal. § 384, al. 2 C. P. O.) zulässig sein und genügen.

§ 1109. Räumung.

a) Räumungsfrist. Die Frist zur Räumung der in § 560 C. P. O. angeführten Bestandgegenstände richtet sich, ähnlich wie die Aufkündigungsfrist, bei Abgang eines Übereinkommens der Parteien nach den besonderen Vorschriften, welche laut Art. XI, Z. 1 E. G. z. C. P. O. von der politischen Landesstelle im Einvernehmen mit dem Oberlandesgerichte erlassen werden, in Ermangelung desselben nach den Ortsgewöhnheiten (§ 573, al. 2 C. P. O.) und schließlich, wenn es auch an diesen fehlt, nach den Vorschriften des § 573, al. 3, 4 C. P. O.

Außer diesen materiellrechtlichen Fälligkeitsfristen wird eine processuale Paritionsfrist in der Regel nicht gewährt, wenn demnach zur Zeit der Urtheilsfällung die Räumungsfrist bereits verstrichen ist, hat die Räumung sofort zu erfolgen, nur bei Pachtungen kann eine acht Tage nicht überschreitende Paritionsfrist gewährt werden (§ 573, al. 1 C. P. O.).

b) Räumungsauftrag. Um rechtzeitig einen Executions-titel zu erhalten, können beide Parteien bei Bestandverträgen, welche ohne Aufkündigung durch Zeitablauf erlöschen, in den letzten sechs Monaten vor Ablauf der Bestandszeit einen gerichtlichen Auftrag zur Übergabe, respective Übernahme der Bestandsache erwirken (§ 567, al. 1, 2 C. P. O.).

Bedarf es zur Aufhebung des Bestandvertrages einer Aufkündigung, so entfällt die Nothwendigkeit der Zulassung eines besonderen Übergabs-, respective Übernahmeauftrages, da jede Partei durch die Aufkündigung selbst einen Executions-titel erlangen kann. Der Auftrag gemäß § 567, al. 1 ist seinem

Inhalte nach identisch mit dem Auftrage gemäß § 562, al. 1 („entweder den Bestandgegenstand zur bestimmten Zeit bei sonstiger Execution zu übergeben oder . . . seine Einwendungen bei Gericht anzubringen“). Auch das Verfahren ist in beiden Fällen (der Aufkündigung oder des Räumungsauftrages) das gleiche (§ 571) und das in beiden Fällen eventuell ergehende Urtheil hat den gleichen Inhalt (§ 572).

Für beide Fälle der Beendigung des Bestandes durch Zeitablauf, ob eine Aufkündigung erforderlich ist oder der Bestandvertrag ohne eine solche durch einfachen Zeitablauf endigt, sind daher durch die vorcitierten Bestimmungen gleiche gesetzliche Vorkehrungen getroffen. Um so auffallender ist es, dass für den Fall des kündbaren Bestandes und gerade nur für diesen Fall in § 567, al. 4 C. P. O. noch eine besondere Bestimmung enthalten ist, gemäß welcher im Falle des kündbaren Bestandes der Anspruch auf Übergabe oder Übernahme schon vor Ablauf der Kündigungsfrist (d. i. der durch Kündigung bestimmten Räumungsfrist) mittels Klage geltend gemacht und auch die Kündigung mit der Klage verbunden werden kann. Diese erst auf Grund des gemeinsamen Beschlusses der Permanenzcommission des Herrenhauses und des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses beigefügte Bestimmung beruht jedenfalls auf einem Missverständnisse.¹⁹⁰⁾ Entweder soll durch das Urtheil in dem in § 567, al. 4 zugelassenen Prozesse rücksichtlich der kündbaren Bestandverträge derselbe Effect erreicht werden wie durch den in

¹⁹⁰⁾ Mater., II, S. 540, 329. Die Begründung weist direct auf ein Missverständnis hin. Sie lautet: Um bei Bestandverträgen, die der Kündigung unterliegen, die Kündigungsfrist zur Austragung der zwischen den Contrahenten wegen der Räumung oder Rücknahme der Bestandsache etwa schwebenden Differenzen ausnützen zu können und dadurch die wirtschaftlich und juristisch gleich wünschenswerte Feststellung der Restitutionspflicht hier „ebenso wie bei den auf bestimmte Zeit eingegangenen Bestandverhältnissen (§ 567, al. 1)“ zuzulassen und zu befördern, wurde die Vorschrift des § 567 dahin ergänzt, dass schon vor Ablauf der Kündigungsfrist und eventuell gleichzeitig mit der Kündigung ein „richterlicher Ausspruch über die Rückstellung und Räumung“ des Bestandgegenstandes erwirkt werden kann. — Hiebei wurde vergessen, dass umgekehrt der Räumungsauftrag im Sinne des § 567, al. 1 doch nur eingeführt wurde, um „bei den auf bestimmte Zeit eingegangenen Bestandverhältnissen“ „ebenso wie bei den der Aufkündigung unterliegenden“ einen richterlichen Ausspruch „über die Rückstellung und Räumung“ zuzulassen.

§ 567, al. 1 bezeichneten Auftrag rücksichtlich der Bestandverträge auf bestimmte Zeit, oder es soll ein anderer Effect erreicht werden. Ist das erstere der Fall, so ist die Zulassung des in Rede stehenden Processes nicht nur unnütz, sondern auch zweckwidrig, da durch die bloße Aufkündigung mit weit weniger Kosten dasselbe erzielt werden kann.¹⁹¹⁾ Soll jedoch ein anderer Effect erreicht werden (etwa die Feststellung besonderer Modalitäten nicht bloß des Zeitpunktes der Übergabe¹⁹²⁾, so ist wiederum nicht einzusehen, warum die Bestimmung auf den Fall des kündbaren Bestandes eingeschränkt ist; denn wenn der auf Grund einer Aufkündigung ergehende Auftrag bei kündbarem Bestande nicht für genügend erachtet wird, die Interessen der Parteien zu schützen, so kann auch bei einem Bestande auf bestimmte Zeit der mit jenem Auftrage vollkommen gleiche Auftrag des § 567, al. 1 (vgl. auch § 572, § 573, al. 5, § 575, al. 2, 3 C. P. O.¹⁹³⁾ nicht für genügend

¹⁹¹⁾ Über die Klage muss jedenfalls eine Tagfahrt angeordnet werden, über die Aufkündigung nur wenn Einwendungen überreicht werden. Wird die Aufkündigung mit der Klage verbunden, so soll laut Fragenbeantwortung ad § 567 C. P. O. nur „unter gleichzeitigem Hinweise auf die Kündigung“ eine Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung anberaumt werden; die Kündigung soll demnach nicht mit Erlassung des Räumungsauftrags erledigt werden. Hienach hätte eine einfache Kündigung grössere Bedeutung und mehr Kraft als eine Kündigung und eine Klage zusammen. Was die Kosten der Tagsatzung anbelangt, so kann meines Erachtens der Beklagte, der keine Einwendungen erhebt, nicht zum Ersatze derselben verurtheilt werden; im Gegentheil, der Kläger wird dem Geklagten die Kosten der Tagfahrt, zu welcher der letztere erscheinen muss, um nicht auch in die Kosten verurtheilt zu werden, zu ersetzen haben (§ 41, al. 1 „zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendigen Kosten“, § 45 C. P. O.). — Die Begründung der Einführung der Klage nach § 567, al. 4 (Mater., II, S. 329), „um die Kündigungsfrist zur Austragung der wegen Räumung oder Rücknahme etwa schwebenden Differenzen ausnützen zu können“, trifft nicht zu, denn die Ausnützung dieser Frist ist ja schon durch das Verfahren über die Kündigung ermöglicht. Die Kündigung selbst ist ja als Klage, und zwar als eine Art Mandatsklage oder Mahnklage anzusehen (§ 571, al. 2). Vgl. auch Schuster, § 76, III, 1: Es bedarf nicht weiter der Anbringung einer weiteren Klage; es wird vielmehr diejenige Partei, über deren Initiative die Aufkündigung oder der gerichtliche Auftrag ergangen ist, als Kläger betrachtet.

¹⁹²⁾ Meiner Ansicht nach können jedoch auch die Modalitäten der Räumung in die Kündigung aufgenommen werden (argum. § 562, al. 1: „insbesondere“).

¹⁹³⁾ Ein Unterschied ergibt sich höchstens (und zwar zu Gunsten der Wirksamkeit der Aufkündigung) aus § 561, al. 2.

angesehen werden, respective erscheint die Zulassung eines Processes neben dem Auftrage nach § 567, al. 1 für unnöthig, so ist dasselbe von der Zulassung des fraglichen Processes neben dem Auftrage nach § 562, al. 1 zu halten.¹⁹⁴⁾

c) Execution. Eine Beifügung auf Grund des gemeinsamen Beschlusses¹⁹⁵⁾ enthält auch § 573, al. 6 C. P. O. Laut dieser Bestimmung kann die Execution auf Übergabe, respective Übernahme bewilligt werden, sobald die Frist verstrichen ist, innerhalb deren der Bestandgegenstand „gänzlich“ geräumt zu übergeben war. Dass nach Ablauf dieser Frist die Execution bewilligt werden kann, hätte wohl auch ohne diesen Zusatz keinem Zweifel unterlegen; was aber die Zeit vor Ablauf der Frist zur „gänzlichen“ Räumung anbelangt, so nöthigt die besagte Bestimmung zu dem argumentum a contrario, dass zu dieser Zeit die in Rede stehenden Urtheile und Aufträge eben noch nicht exequierbar sind. Das durch Min.-Verordn. vom 3. December 1897, V. Bl. Nr. 44 verlaublichte Gutachten des obersten Gerichtshofes ad § 573 C. P. O. bezieht die Bestimmung des citierten Alinea bloß auf die Execution zur Erwirkung der gänzlichen Räumung und lässt die Execution zur Erwirkung der theilweisen Räumung auch vor Ablauf jener Frist zu, sobald nur die betreffende Frist zur „theilweisen“ Räumung

¹⁹⁴⁾ Neumann, Comm. z. C. P. O., S. 1029 sagt, der Fall des Abs. 4 des § 567 werde z. B. im Falle des § 1120 a. b. G. B. oder dann eintreten, wenn Bedingungen wurde, der Bestandvertrag solle im Falle des Eintrittes eines bestimmten Ereignisses aufgelöst sein, doch müsse zugleich auch gekündigt werden, wenn von dem Rechte der früheren Vertragsauflösung Gebrauch gemacht werden will. Meiner Ansicht nach genügt in beiden Fällen die Aufkündigung, das Weitere ist Sache der Einwendungen und des Verfahrens über die Aufkündigung. — Plausibler ist der von Fürth, J. V. J. S. 1899, S. 49 angeführte Fall der Anerkennung der Giltigkeit einer formlosen außergerichtlichen Aufkündigung; allein (ganz abgesehen davon, dass bei der Redaction an diesen Fall bestimmt nicht gedacht worden war, was aus den Worten: „auch [kann] die Kündigung mit der Klage verbunden werden“ hervorgeht) es genügt in diesem Falle die Feststellungsklage nach § 228 C. P. O.; das Urtheil über dieselbe bildet eine „beweiskräftige Urkunde“ über die außergerichtliche Aufkündigung und die letztere (nicht das Urtheil) ist sodann ein wirksamer Executionstitel (§ 1, Z. 18 E. O.). Doch kann hier jetzt allerdings die condemnatorische Klage nach § 567, al. 4 überreicht werden.

¹⁹⁵⁾ Mater., II, S. 542.

abgelaufen ist.¹⁹⁶⁾ Soferne man nur die Civilprocessordnung ins Auge fasst, kommt dies dem Ignorieren des Schlussabsatzes des § 573 C. P. O. gleich, d. i. dasselbe würde gelten, wenn jener Schlussabsatz nicht beigefügt worden wäre. Rechtfertigen lässt sich dieses Ignorieren nur dadurch, dass man den fraglichen Schlussabsatz als eine Bestimmung über die Execution durch die Executionsordnung, insbesondere durch § 1, Z. 4 und § 7 derselben für aufgehoben erachtet.

§ 1114. Stillschweigende Erneuerung.

Satz 2. Die Aufkündigung gilt auch dann für unterlassen, wenn auf Grund derselben binnen vierzehn Tagen nach dem Ablaufe der zur (gänzlichen) Räumung bestimmten Frist nicht die Execution beantragt wird (§ 575, al. 3 C. P. O.). Das Außerkrafttreten des gerichtlichen Auftrages zur Übergabe oder Übernahme, welcher auf Grund der Aufkündigung ergieng, geschieht ex tunc, die Aufkündigung ist als nicht angebracht anzusehen.¹⁹⁷⁾

Satz 3. Die stillschweigende Erneuerung eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Bestandvertrages wird in Übereinstimmung mit dem früheren Rechte¹⁹⁸⁾ noch davon abhängig gemacht, dass binnen 14 Tagen nach Ablauf der Bestandzeit oder, wenn dieselbe kürzer ist als ein Monat, binnen der Hälfte derselben keine Klage auf Zurückstellung oder Zurücknahme erhoben wird (§ 569 C. P. O.).

Wurde ein Auftrag im Sinne des § 567, al. 1 erwirkt, so tritt derselbe laut § 575, al. 3 außer Kraft, wenn nicht binnen vierzehn Tagen nach dem Ablaufe der zur (gänzlichen) Räumung bestimmten Frist nicht die Execution beantragt wurde.

Es entsteht nun die Frage: wie verhält es sich mit der stillschweigenden Erneuerung von auf kürzere Dauer als auf

¹⁹⁶⁾ Neumann, Comm., S. 1035, citiert bloß die Fragenbeantwortung; Strobach, G. H. 1898, S. 109 will vor Ablauf der Frist des § 573, al. 6 durch einstweilige Sicherungsmittel (insbesondere nach § 384, al. 1 E. O.) aushelfen; gegen die Heranziehung des § 384 Czoernig, Vorles., S. 309.

¹⁹⁷⁾ Fürth, l. c. S. 51. (Vgl. auch Entsch. v. 16. Aug. 1898, Z. 11.426, Slg. N. F. 286, G. H. 1898, S. 575.)

¹⁹⁸⁾ § 22 der kais. Verordn. v. 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213.

einen Monat abgeschlossenen Bestandverträgen, wenn ein Auftrag im Sinne des § 567, al. 1 erwirkt worden ist?

a) Entweder man betont die Bestimmung des § 575, al. 3 und behauptet, dass es während der ganzen daselbst bestimmten vierzehntägigen Frist unentschieden bleibt, ob der Bestandvertrag (eventuell wiederholt) erneuert wurde.¹⁹⁹⁾

b) Oder man betont die Bestimmung des § 569 und behauptet, dass nach Ablauf der daselbst bestimmten kürzeren Frist der Bestandvertrag definitiv stillschweigend erneuert wird, wenn nicht binnen dieser kürzeren Frist Klage erhoben oder Execution auf Grund eines bereits erwirkten Räumungsauftrages geführt wird.²⁰⁰⁾

Im letzteren Falle kann man rücksichtlich des Räumungsauftrages wiederum entweder α) der Ansicht sein, dass derselbe innerhalb der ganzen in § 575, al. 3 bestimmten vierzehntägigen Frist exequierbar bleibe und dass die mittlerweile eingetretene Erneuerung des Bestandvertrages (soferne nicht die erneuerte Bestandzeit ebenfalls bereits abgelaufen ist) nur mittels Oppositionsklage (§ 35 E. O.) geltend gemacht werden kann²⁰¹⁾, oder β) man kann § 575, al. 3 durch Aufnahme der in § 569 bestimmten kürzeren Frist ergänzen und den Auftrag schon nach Ablauf dieser kürzeren Frist außer Kraft treten lassen.

Ich entscheide mich für die Ansicht $b \alpha$. Wenn beide Parteien binnen der in § 569 bestimmten Frist es bei der Fortsetzung des Bestandverhältnisses bewenden lassen, ohne die Klage (oder wenn bereits ein Räumungsauftrag erwirkt worden war, den Executionsantrag) einzubringen, so ist der alte Bestandvertrag definitiv abgethan und ein neuer definitiv geschlossen. Auf Grund des den abgethanen Bestandvertrag betreffenden Executionstitels kann nicht mehr wirksam Execution

¹⁹⁹⁾ Vgl. Fürth, l. c. S. 51.

²⁰⁰⁾ Die Bestimmung des § 575, al. 3 kann laut der Motive (S. 322) „gewissermaßen als eine Ergänzung der Norm des § 569 aufgefasst werden“. Vgl. Fürth, l. c. S. 50; Neumann, Comm., S. 1075; Ullmann, S. 167: Wirkung stillschweigender Erneuerung hat auch Unterlassung der Execution.

²⁰¹⁾ Vgl. Ullmann, l. c.: Einem in dieser Zeit (14 Tagen, § 575, al. 3) eingebrachten Antrag auf Execution ist eine „vereinbarte“ Erneuerung des Bestandvertrages als Opposition entgegenzustellen (§ 35 E. O.).

geführt werden. Gegen die Executionsbewilligung ist die Oppositionsklage (§ 35 E. O.) zulässig, es ist gerade so, als wenn der Bestandgegenstand auf Grund des alten Bestandvertrages geräumt und auf Grund des neuen wieder bezogen worden wäre. Der Räumungsauftrag tritt nicht *ex tunc* außer Kraft, sondern er ist erfüllt.

§ III6. Aufkündigung.

a) Kündigungsfrist. Die Kündigungsfrist in Betreff der in § 560 in princ. C. P. O. genannten Bestandgegenstände richtet sich bei Abgang eines Übereinkommens der Parteien nach den besonderen Vorschriften, welche laut Art. XI, Z. 1 E. G. z. C. P. O. von der politischen Landesstelle im Einvernehmen mit dem Oberlandesgerichte erlassen werden, in Ermangelung derselben nach den Ortsgewohnheiten (§ 560, Z. 2) und, wenn es auch an diesen fehlt, nach den Vorschriften des § 560, Z. 3 C. P. O. Die letzteren sind von dem Tage zurückzurechnen, an welchem der Bestandgegenstand zurückgegeben oder zurückgenommen werden soll, und können von jedem beliebigen Tage beginnen.²⁰²⁾ Neu eingeführt wurde durch § 560, Z. 3 eine achttägige Kündigungsfrist für Mieten, deren vertragsmäßige Dauer höchstens einen Monat beträgt, sowie für Mieten auf unbestimmte Dauer.²⁰³⁾

Für bewegliche Sachen (mit Ausnahme von Schiffsmühlen und auf Schiffen errichteten Bauwerken) gelten die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches.

b) Form der Aufkündigung. Die in der Civilprocessordnung aufgestellten Erfordernisse der Aufkündigung (mit Ausnahme der Zeitbestimmungen des § 560) sind processrechtliche Erfordernisse, sie sind von Bedeutung für die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens, resp. für die Bewilligung der Execution. Die Aufkündigung kann mit materieller Wirkung

²⁰²⁾ Schmid, G. Z. 1895, S. 367 (Können Bestandverträge beim Abgange besonderer durch Vertrag, Ortsgewohnheit oder Localstatut gegebenen Vorschriften an jedem beliebigen Tage mit der Wirkung aufgekündigt werden, dass die Kündigungsfrist mit dem Tage der Zustellung der Kündigung beginnt?); vgl. auch N. E., daselbst S. 147 (Kündigung von Monatszimmern) und über das Verhältnis zwischen § 1113 a. b. G. B. und § 560 C. P. O. Fürth, l. c. S. 44.

²⁰³⁾ Entsch. vom 21. Dec. 1898, Z. 17.258 flg., N. F. 430, J. M. V. Bl. 1899, Nr. 26; Fürth, l. c. S. 42.

auch „in anderer Weise erfolgen“ (vgl. § 565, al. 1), nach bürgerlichem Rechte wird eine besondere Form nicht erfordert.²⁰⁴⁾

Die Civilprocessordnung unterscheidet gerichtliche (§§ 562 bis 564) und außergerichtliche (§§ 565, 566) Aufkündigungen. Die letzteren sind nur dann den gerichtlichen gleichgestellt, wenn sie durch beweiskräftige Urkunden dargethan werden (§ 565, al. 3, 4 C. P. O., § 1, Z. 18 E. O.) und die in § 562, al. 1, 2 C. P. O. bezeichneten Angaben enthalten (§ 565, al. 2 C. P. O.).

c) Rücknahme der Aufkündigung. Die zugestellte Aufkündigung (auch wenn sie in gerichtlicher Form erfolgt) hat materiellrechtliche Folgen, eine einseitige Zurücknahme derselben, selbst wenn sie processual zulässig wäre, könnte den materiellen Effect nicht rückgängig machen.²⁰⁵⁾ Allein selbst processual muss die einseitige Rücknahme der bereits zugestellten Aufkündigung für unzulässig angesehen werden, denn die wirksam vorgenommene Aufkündigung kann laut § 561, al. 2 C. P. O. auch gegen die kündigende Partei von der anderen Partei in Vollzug gesetzt werden, dieses Recht kann der anderen Partei nicht einseitig entzogen werden.²⁰⁶⁾ Auch nach Anbringung von Einwendungen seitens der Gegenpartei ist die einseitige Zurückziehung unzulässig²⁰⁷⁾, weil die Aufkündigung sodann als Klage anzusehen ist und der Geklagte sich in den Process eingelassen hat (anal. § 237, al. 1 C. P. O.).

§ II21. Einfluss der executiven Veräußerung.

Satz 1. An der Streitfrage, ob der Bestandnehmer dem executiven Ersterer sogleich oder ebenfalls (wie nach § 1120 a. b. G. B.) erst „nach der gehörigen Aufkündigung“ weichen muss²⁰⁸⁾, wurde durch die Executionsordnung nichts geändert,

²⁰⁴⁾ Vgl. Fürth, l. c. S. 48; Ullmann, Grundr., S. 166; Neumann, Comm., S. 1029.

²⁰⁵⁾ Vgl. das bei § 906 sub b in fine Gesagte.

²⁰⁶⁾ Entsch. v. 6. September 1898, Nr. 12.112, Slg. N. F. 300.

²⁰⁷⁾ Vgl. Entsch. v. 9. März 1898, Z. 3441, Slg. N. F. 59, J. M. V. Bl. 1898, Nr. 1407. Vgl. dagegen Neumann, Comm., S. 1025, welcher meint, das Hindernis, das der Zurücknahme der Aufkündigung entgegensteht, falle da weg, weil der Avisat durch Bestreitung des Kündigungsrechtes seines Rechtes aus § 561, al. 2 sich begeben habe.

²⁰⁸⁾ Vgl. Krainz-Pfaff, § 370, N. 37; Stubenrauch ad §§ 1120, 1121; Neumann, E. O., S. 280, 325; sämmtlich für „gehörige Aufkündigung“.

denn in derselben wird einfach auf die Bestimmung des § 1121 verwiesen (§ 150, al. 3 E. O.).

Satz 2. Der Entschädigungsanspruch für ein nicht auf den Ersterher überwiesenes einverleibtes Bestandrecht tritt an die Stelle des letzteren (§ 227, al. 2, S. 216, Z. 4 E. O.), darum ist bei der Schätzung der Liegenschaft auch der Wert des eingetragenen Bestandrechtes zu schätzen (§ 21, al. 2 Real-schätzordnung vom 25. Juli 1897, R. G. Bl. Nr. 175).²⁰⁹⁾

SIEBENUNDZWANZIGSTES HAUPTSTÜCK.

Von dem Vertrage über eine Gemeinschaft der Güter.

§ 1178. Form der Errichtung.

Die ordentliche Beschreibung und Verzeichnung des eingebrachten Gutes bleibt als Erfordernis der materiellen Giltigkeit derjenigen Gesellschaftsverträge, welche sich nur auf das gegenwärtige oder nur auf das zukünftige Vermögen beziehen, unberührt²¹⁰⁾; ebenso die Formvorschriften (§ 1179, Satz 1 a. b. G. B.) der Gesellschaftsverträge bei Handelsgesellschaften, so bei der Commanditgesellschaft auf Actien (Art. 174, al. 2 H. G., und bei der Actiengesellschaft (Art. 208, al. 2 H. G.), ferner bei Erwerb- und Wirtschaftsgenossenschaften (§ 3, Z. 2 des Ges. v. 9. April 1873, R. G. Bl. Nr. 70).

§ 1203. Verpflichtungen der Gesellschaft und der Gesellschafter.

Auf Grund eines gegen eine offene Handelsgesellschaft oder Commandit-Gesellschaft lautenden Executionstitels kann unmittelbar in das Vermögen der einzelnen persönlich haftenden Gesellschafter Execution bewilligt werden (§ 11, al. 1 E. O.). Wenn es sich hiebei um die Execution gegen einen gewesenen Gesellschafter handelt, so hat der Entscheidung über den Executionsantrag die Einvernehmung des Verpflichteten voranzugehen

²⁰⁹⁾ Bei der Bewertung der Liegenschaft selbst sind jedoch die Miet- und Pachtverträge nicht in Betracht zu ziehen (Realschätzordnung eodem). — Zu bemerken ist auch, dass die Bewilligung der Zwangsverwaltung auf die in Ansehung der Liegenschaft bestehenden Miet- und Pachtverträge ohne Einfluss ist (§ 111, al. 1 E. O.); gleichgiltig ist es hiebei, ob sie einverleibt sind oder nicht.

²¹⁰⁾ Vgl. Ott, II, S. 128.

(§ 11, al. 2 E. O.). Wird die Execution bewilligt, so kann der Verpflichtete seine Einwendungen, insbesondere die Bestreitung der Angehörigkeit zur Gesellschaft, mittels Klage (§ 36, Z. 2 E. O.) geltend machen.²¹¹⁾

Auf Grund eines gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter lautenden Executionstitels kann in das Vermögen der Gesellschaft nur dann Execution geführt werden, wenn der Executionstitel in Angelegenheiten der Gesellschaft erwirkt wurde. Der Entscheidung über den Executionsantrag hat die Einvernehmung der zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Personen über die Haftungsfrage voranzugehen (§ 11, al. 2 E. O.).²¹²⁾

§ 1212. Auflösung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger.

Außer dem in Art. 126 (resp. 170, al. 2) H. G. bestimmten Rechte des Privatgläubigers, die Auflösung der Gesellschaft zu fordern, steht dem Privatgläubiger auch das Recht der Executionsführung nach § 333 E. O. zu.

Der Unterschied zwischen den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches und den Bestimmungen der Executionsordnung äußert sich in folgenden Punkten:

a) Die Anwendung des Art. 126 H. G. ist dadurch bedingt, dass die Execution in das Privatvermögen des Gesellschafters fruchtlos ausgefallen war; dagegen ist die Executionsführung nach § 333 E. O. ohne diese Voraussetzung zulässig.

b) Laut Art. 126 H. G. ist der Gläubiger berechtigt, die Auflösung zu verlangen, es mag die Gesellschaft auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit eingegangen sein, demnach ohne Rücksicht darauf, ob dem Gesellschafter selbst das Recht zustünde, die Auflösung der Gesellschaft herbeizuführen; im Wege des § 333 E. O. kann der Gläubiger dagegen nur eben das Recht auf Auflösung geltend machen, welches dem Gesellschafter zusteht („kraft des gepfändeten Rechtes“).

c) Laut Art. 126 H. G. braucht der Gläubiger keine gerichtliche Ermächtigung zur Aufkündigung; wohl ist jedoch,

²¹¹⁾ Neumann, E. O., S. 404; Kirschbaum, G. H. 1896, S. 20, Fall 1—3.

²¹²⁾ Neumann, E. O., S. 38; Kirschbaum, l. c., Fall 4.

wenn nach § 333 E. O. Execution geführt wird, eine gerichtliche Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruches auf Auflösung erforderlich.

Die Frage, ob Art. 126 H. G. durch § 333 E. O. aufgehoben oder zum wenigsten überflüssig gemacht wurde, ist zu verneinen, denn es handelt sich, wie aus *b* und *c* hervorgeht, im ersteren Falle um ein selbständiges Recht des Gläubigers und nicht bloß um die Executionsführung auf ein dem Verpflichteten zustehendes Recht, welches letzterer Fall allein in der Executionsordnung geregelt ist. Der Gläubiger übt, wenn die Voraussetzungen des Art. 126 H. G. gegeben sind, sein Recht, die Auflösung zu verlangen, zwar „behufs“ Executionsführung aus, die Ausübung dieses Rechtes ist jedoch selbst keine Executionsführung, und es findet auch in der That eine gerichtliche Intervention in Betreff dieser Ausübung gar nicht statt (*c*).

Rücksichtlich der Aufrechterhaltung der Gesellschaft und der Auseinandersetzung und Auslieferung des Antheiles gelten im Falle des § 333 E. O. nicht die Bestimmungen des Art. 132 H. G., sondern diejenigen Bestimmungen, welche gelten, wenn der Gesellschafter selbst sein Recht auf Auflösung geltend macht, somit Art. 127—131 H. G.

ACHTUNDZWANZIGSTES HAUPTSTÜCK.

Von den Ehepacten.

§ 1226. Bestätigung über den Empfang des Heiratsgutes.

Es ist zu unterscheiden:

- a*) Beweis des Empfanges,
- b*) Beweis der Bestätigung des Empfanges,
- c*) Beweis des Zeitpunktes der Bestätigung des Empfanges.

Die Unterscheidung zwischen *a* und *b* ist gegenwärtig um so wichtiger, als die Civilprocessordnung die materielle Beweiskraft einer von einem Privaten herrührenden schriftlichen oder mündlichen Erklärung nicht kennt.

Dem früheren Rechte nach hatte eine schriftliche Bestätigung über den Empfang nicht bloß Beweiskraft über die Thatsache der Bestätigung (*b*), sondern contra scribentem ge-

radezu Beweiskraft über die Thatsache des Empfanges selbst (*a* — § 113 a. G. O.). Gegenwärtig ist jedoch die materielle Beweiskraft der Privaturkunden beseitigt, und die Urkunde beweist, Echtheit vorausgesetzt, auf natürliche Weise (kraft Augenscheines) bloß die Thatsache der Bestätigung des Empfanges (*b*). In dieser Thatsache liegt im günstigsten Falle ein außergerichtliches Geständnis, und das Gericht hat dann frei zu beurtheilen, ob zufolge desselben die Nothwendigkeit des Beweises des Empfanges selbst (*a*) entfalle (§ 266, al. 3 C. P. O.).

Wesentlich das Gleiche gilt von der mündlichen Bestätigung des Empfanges. Wurde dieselbe gerichtsordnungsmäßig bewiesen, so hatte sie als außergerichtliches Geständnis (unter den Voraussetzungen des § 110 a. G. O.) ebenfalls materielle Beweiskraft für die Thatsache des Empfanges selbst. Gegenwärtig liegt jedoch bei bewiesener mündlicher Bestätigung eben nur der Beweis dieser Thatsache vor, dieselbe ist wiederum bloß nach § 266, al. 3 C. P. O. zu würdigen.

Der Weg durch den Beweis *b* zum Beweise *a* ist demnach gegenwärtig für den Beweisführer weit weniger sicher als früher; der Übergang von *b* zu *a* führt jetzt stets durch die freie Würdigung des Richters, während er früher durch die materielle Beweiskraft der Privaturkunden und des außergerichtlichen Geständnisses nothwendig vermittelt war.

Von den Beweisbeschränkungen des früheren Rechtes betraf der (durch § 49 C. O. modificierte) § 1226 a. b. G. B. den Beweis *a*, sofern er vermittels des als bereits geliefert vorausgesetzten Beweises *b* geführt wurde; während § 1, lit. *c* des Gesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 76 den Beweis *b* betraf. Die in letzterem Gesetze enthaltene Beweisregel, dass der Beweis der Bestätigung des Empfanges des Heiratsgutes nur durch einen (wann immer ausgestellt)²¹³⁾ Notariatsact hergestellt werden kann, halte ich für aufgehoben und die Thatsache der Bestätigung des Empfanges des Heiratsgutes für

²¹³⁾ Der wann immer ausgestellte Notariatsact bildete den einzig zulässigen Beweis über die Thatsache der Bestätigung des Empfanges (*b*). Ob die Bestätigung des Empfanges einen Beweis über die Thatsache des Empfanges selbst bildete, davon handelte nicht das Gesetz vom Jahre 1871, sondern § 113 a. G. O., § 1226 a. b. G. B. und § 49 C. O.

beliebig beweisbar.²¹⁴⁾ Hier ist zu untersuchen, ob die Beschränkungen des Beweises *a* aufrecht erhalten bleiben.

Der Beweis *a* war nur insoweit beschränkt, als er vermittels des Beweises *b* geführt wurde, alle anderen Beweismittel außer dem (schriftlichen oder mündlichen) außergerichtlichen Geständnisse waren unbeschränkt zulässig.²¹⁵⁾ Die Beweistauglichkeit des letzteren war jedoch gegenüber der Concurssmassa von dem Zeitpunkte abhängig, zu welchem es abgegeben worden war (§ 1226 a. b. G. B., § 49 C. O.). Die citierten Paragraphe enthielten daher einerseits eine Ausnahme von den gebietenden (Überzeugung aufzwingenden) Beweisregeln der §§ 110 und 113 a. G. O., andererseits die verbotende (Überzeugung verwehrende) Beweisregel, dass der außerhalb des bestimmten Zeitraumes abgegebenen Bestätigung kein Glauben beizumessen sei.

Es unterliegt in erster Beziehung nicht dem geringsten Zweifel, dass die §§ 110 und 113 a. G. O. aufgehoben sind. Für beide Fälle gilt jetzt, wie oben dargelegt wurde, § 266, al. 3 C. P. O. Soll die in § 1226 a. b. G. B. (resp. § 49 C. O.) enthaltene Ausnahme bei Fortfall der Grundregeln verbleiben? Durch § 1226 a. b. G. B. (resp. § 49 C. O.) soll die „materielle“ Beweiskraft des außergerichtlichen Geständnisses (§ 110 a. G. O.) und der schriftlichen Bestätigung (§ 113 a. G. O.) für gewisse Fälle ausgeschlossen werden. Hiebei wird vorausgesetzt, dass die fragliche Bestätigung auch gegen die Concurssmassa, als Nachfolgerin in der Processstellung des Ehemannes, den Beweis der materiellen Wahrheit des Inhaltes bilden würde, und dies sollte eben für gewisse Fälle verhindert werden. Gegenwärtig hat aber die Bestätigung nie materielle Beweiskraft, und es fehlt daher die wesentliche Voraussetzung jener Ausnahmebestimmungen.

Jedoch auch als verbotende Beweisregeln in dem Sinne, dass es dem Richter in bestimmten Fällen (wenn die Bestätigung in einem perhorrescierten Zeitraum abgegeben war) ver-

²¹⁴⁾ Sieh oben bei § 883. Vgl. auch die von Roztočil, Not. Zt. 1900, S. 81 angeführte Entsch. vom 2. Juni 1899. Vgl. dagegen Roztočil l. c., ferner in Not. Zt. 1899, S. 205, 219.

²¹⁵⁾ Entsch. bei Schey ad § 1226 a. b. G. B., N. 2. Dagegen Roztočil, Not. Zt. 1899, S. 219.

boten sein soll, von der bereits bewiesenen Thatsache der Empfangsbestätigung auf den Empfang selbst zu schließen, können die Bestimmungen der § 1226 a. b. G. B., § 49 C. O. nicht aufrecht erhalten werden, denn mit Rücksicht auf die klare Bestimmung des § 272, al. 1 („soferne in diesem Gesetze nicht etwas anderes bestimmt ist“) tritt auch in diesen Fällen freie Beweiswürdigung ein.

Insbesondere ist die fragliche Beschränkung (nach der Zeit der Abgabe) des Beweises *a* nicht durch Art. VII, Z. 3 E. G. z. C. P. O.²¹⁶⁾ erhalten worden, denn dieser Artikel betrifft den Beweis *c*. Unter Berücksichtigung dessen, dass Vorschriften über den Beweis der Ausstellungszeit keine Vorschrift des bürgerlichen Rechtes sind²¹⁷⁾, und indem ich den Ausdruck „Datum“ in dem Sinne gebrauche, wie er in § 49 C. O. gebraucht wird, gebe ich dem besagten Artikel VII, Z. 3 nachstehenden Sinn: „Unberührt bleiben die Vorschriften, durch welche für den Zeitpunkt der Abgabe einer Erklärung ein von dem Datum der (diese Erklärung enthaltenden oder über diese Erklärung ausgestellten) Urkunde verschiedener Beweis verlangt wird.“ Hiedurch wird der Schlusssatz des § 49 C. O. allerdings getroffen, allein eben nur der Schlusssatz. In diesem Schlusssatze liegt eine erhaltene verbotende Beweisregel; dem Richter ist verwehrt, seine Überzeugung von dem Zeitpunkte der Erklärung auf das Datum der Urkunde „für sich allein“ zu stützen. Der Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung (obwohl von ihm weder die Beweiskraft noch die Beweistauglichkeit abhängt) wird auch bei freier Beweiswürdigung dem Richter nicht irrelevant erscheinen, nach dem Zeitpunkt der Abgabe wird er die Wahrscheinlichkeit des Inhaltes prüfen und dies auch dann, wenn er an die Frist des § 49 C. O. nicht mehr gebunden ist. Bezüglich Feststellung des Zeitpunktes selbst bleibt er an die Regel des Schlusssatzes des § 49 C. O. gebunden.

Die Bedeutung dieser Beweisregel ist mithin allerdings abgeschwächt, allein dies bringt das Princip des freien Beweises mit sich. Die Bedeutung des Art. VII, Z. 3 weiter aus-

²¹⁶⁾ Zu Art. VII, Z. 3 vgl. Schuster, G. Z. 1895, S. 407, C. P. R. § 51, N. 10; Stubenrauch, Comm., II, S. 54; Anders, Grundr. d. Fam. R., S. 31.

²¹⁷⁾ Art. XXX E. G. z. C. P. O.: Normen des „Privat“rechtes. Sieh ad § 1.

zudehnen, geht meiner Ansicht nach nicht an; denn nirgends sind Bestimmungen erhalten, kraft deren die Beweistauglichkeit eines Geständnisses davon abhängig gemacht wäre, dass es zu einem bestimmten Zeitpunkte abgegeben wurde, und selbst wenn ein Zweifel vorläge, so müsste doch mehr auf das neue Princip des freien Beweises Rücksicht genommen werden als auf alte Bestimmungen, welche auf einem anderen Principe beruhen.

DREISSIGSTES HAUPTSTÜCK.

Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung.

§ 1294. Verschulden.

a) Widerrechtliche Handlungen. — Grade des Verschuldens.

Die Civilprocessordnung unterscheidet:

α) Verschulden (§ 48, al. 1, § 51, al. 1 C. P. O. — der Partei),

β) grobes Verschulden (§ 49, al. 1, 2 C. P. O. — des Vertreters, § 179, al. 2 C. P. O. — des Advocaten ²¹⁸⁾,

γ) offenes grobes Verschulden (§ 51, al. 2 C. P. O. — des Gerichtes ²¹⁹⁾, ferner

δ) Muthwillen (§ 313 C. P. O. — der Partei bei Bestreitung der Echtheit einer Urkunde, § 326, al. 3 — des Zeugen bei Weigerung desselben, § 512 C. P. O. — der Partei und des Advocaten bei der Revision) und

ε) offenes Muthwillen (§ 408, al. 1 C. P. O. — der unterliegenden Partei bei der Processführung). Offenes Muthwillen

²¹⁸⁾ Die Qualität des Verschuldens als grobes hat im Falle des § 49 C. P. O. die unmittelbare Haftung des Vertreters dem Gegner gegenüber zur Folge (vgl. Fragenbeantwortung ad § 49 C. P. O.), während a contrario bei geringem Verschulden des Vertreters der Vertreter seiner Partei (§ 1012 a. g. G. B.) und diese dem Gegner haftet. Sieh auch bei § 1017 b.

²¹⁹⁾ Vgl. früher Hofdecret vom 10. Mai 1784, J. G. S. Nr. 286; § 51, al. 2 C. P. O. gilt auch im Executionsverfahren (§ 78 E. O.), einen hieher gehörenden Fall behandelt Entsch. v. 7. Juni 1899, Z. 8575, Právník 1899, S. 634; vgl. auch „— a“ in Čas. č. adv. 1901, S. 43. — Das Recursrecht des betroffenen Richters normiert § 514, al. 3 C. P. O. (früher Hofdecret vom 22. April 1796, J. G. S. Nr. 293).

kennt auch die Executionsordnung in § 394, al. 2 bei Erwirkung einstweiliger Verfügungen.

Im römischen Rechte unterschied man mitunter zwei Arten des geringen Verschuldens: culpa levis und culpa levissima ²²⁰⁾; es fragt sich, ob die Civilprocessordnung zwei Arten groben Verschuldens unterscheidet: grobes Verschulden und offenes grobes Verschulden. Der Unterschied scheint nicht im Grade des Verschuldens zu liegen, sondern in der Liquidität des Beweises. ²²¹⁾ Doch ist nicht zu verkennen, dass diese Qualität der Beweisbarkeit des groben Verschuldens zum Thatbestande der Anwendbarkeit des § 51, al. 2 C. P. O. gehört. Vom Muthwillen und „offenbaren“ Muthwillen gilt Analoges.

Der Begriff des groben Verschuldens muss bei Abgang einer besonderen Definition dem bürgerlichen Rechte entnommen werden. ²²²⁾ Der Muthwillen in den obangeführten Fällen hat nicht die in § 1331 a. b. G. B. ausgesprochene Folge, sondern zieht Strafen nach sich.

Die Executionsordnung normiert einige specielle Fälle des Schadenersatzes, ohne dass sie dabei verschiedener Grade des Verschuldens erwähnte, so:

in § 168: den Fall, dass die zur Tagsatzung behufs vorläufiger Feststellung des Lastenstandes erschienenen Personen wissentlich Unrichtiges vorbringen und hiedurch dem betreibenden Gläubiger Schaden verursachen ²²³⁾,

in § 301, al. 3: den Fall, dass aus der Verweigerung der Erklärung des Drittschuldners oder aus einer wissentlich unvollständigen Erklärung ²²⁴⁾ desselben dem betreibenden Gläubiger ein Schaden entstand,

in § 376, al. 2: den Fall, dass durch die Execution zur Sicherstellung, welche später aus den in § 376, al. 1, Z. 1, 3, 4 bezeichneten Gründen aufgehoben wurde, dem Verpflichteten Schaden erwuchs ²²⁵⁾,

²²⁰⁾ Vgl. Unger, Syst., II, S. 238; Arndts Pand., § 86.

²²¹⁾ So Worel (welchem Randa beistimmt) gegen mich im Právník 1898, S. 402. Vgl. Neumann, Comm., S. 240: „klar und unzweifelhaft“.

²²²⁾ And. Ans. Demelius, G. H. 1897, S. 473; Neumann, Comm., S. 234, N. 2.

²²³⁾ Vgl. Fragenbeantwortung ad § 168 E. O.

²²⁴⁾ Vgl. Weißkopf in G. Z. 1901, S. 84 fig.

²²⁵⁾ Vgl. Neumann, E. O., S. 450.

in § 394, al. 1: den Fall, dass durch einstweilige Verfügungen, welche später aus den daselbst bezeichneten Gründen aufgehoben wurden, dem Gegner Schaden verursacht wurde.²²⁶⁾

b) Schuldverletzung.

Laut § 368, al. 1 E. O. wird durch die Bestimmungen des Abschnittes über die Execution zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen (insbesondere auch zur Leistung von körperlichen Sachen und zur Erwirkung von Arbeiten) der Anspruch des betreibenden Gläubigers auf Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung (oder auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens) nicht berührt.

Hiedurch wird eine Einwirkung der genannten Bestimmung auf das materielle Recht verneint. Wann anstatt der noch möglichen Realerfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann, richtet sich nach dem unberührt gebliebenen bürgerlichen Rechte (z. B. §§ 919, 932, 1153 a. b. G. B., Art. 356, 357, H. G.).

Nur auf „diese“ nach dem unberührt gebliebenen bürgerlichen Rechte zukommenden Ansprüche bezieht sich auch § 368, al. 2 E. O. Es kann demnach der Gläubiger nicht in jedem Falle, in welchem nach den Bestimmungen des erwähnten Abschnittes der Executionsordnung Execution geführt wurde, anstatt der Realexecution Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern; sondern nur soweit dies nach bürgerlichem Rechte zulässig ist.²²⁷⁾

c) Beweis der Höhe des Schadens.

Von großer Bedeutung ist hier die Bestimmung des § 273 C. P. O.²²⁸⁾, welche in vielen Fällen die Erlassung eines

²²⁶⁾ Vgl. Fragenbeantwortung ad § 394; Randa, Náhrada šk. 1899, S. 90 (zu ersetzen ist das volle Interesse: „alle Vermögensnachtheile“).

²²⁷⁾ Vergl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 320, N. 4; Mandry-Geib, Civ.-r. Inh. d. R. G., § 27, N. 50; R. § 778 C. P. O. (§ 893 N. F.): „Durch die Bestimmung dieses Abschnittes wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leistung des Interesses zu verlangen“, dazu Sydow-Busch, Note 1: „nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes“ und Entscheidungen daselbst.

²²⁸⁾ Vgl. Beck, Zehn Abhandl., S. 9; Ott, I, S. 94; Randa, I. c. S. 82; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 138, Nr. 11; Klein, Vorles., S. 189; Fürstl, I, S. 435; Demelius, G. H. 1898, S. 437; Trutter, I, S. 168.

besonderen Zwischenurtheils im Sinne des § 393, al. 1 C. P. O. entbehrlich machen dürfte.

§ 1325. Geldrente wegen Körperverletzung.

Bei Verurtheilung zur Errichtung einer Geldrente wegen Körperverletzung (§§ 1325, 1326 a. b. G. B.), Tödtung (§ 1327 a. b. G. B.) oder Freiheitsentziehung (§ 1329, Satz 2 a. b. G. B.²²⁹⁾ kann auch zu Leistungen verurtheilt werden, welche erst nach Erlassung des Urtheiles fällig werden. Der Ausdruck „Alimente“ in § 406, Satz 2 C. P. O. ist gewiss in einem weiteren, auch die besagten Leistungen umfassenden Sinne zu nehmen.²³⁰⁾ Vgl. auch § 7 E. O.

Bei Verurtheilung zu besagten Leistungen kann auch gleichzeitig oder später auf Sicherheitsleistung erkannt werden (§ 407 C. P. O.).

Die wegen einer Körperverletzung (§§ 1325, 1326 a. b. G. B.) zu entrichtenden Geldrenten sind, insoweit der Jahresbezug fünfhundert Gulden nicht übersteigt, unbedingt von der Execution ausgenommen (§ 291, al. 1, Z. 3 E. O.), die wegen Tödtung (§ 1327 a. b. G. B.) oder Freiheitsentziehung (§ 1329, Satz 2 a. b. G. B.) zu entrichtenden, fünfhundert Gulden jährlich nicht übersteigenden, Renten sind nur dann der Execution nicht unterworfen, wenn der Execut erwerbsunfähig und genöthigt ist, von denselben zu leben (§ 291, al. 1, Z. 2 E. O.). Auch jede freiwillige, den Vorschriften des § 291, al. 1, Z. 2, 3 E. O. widersprechende Verfügung durch Cession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Geschäft ist ohne rechtliche Wirkung (§ 293, Satz 2 E. O.).

²²⁹⁾ Es handelt sich lediglich um den Satz 2 des § 1329 a. b. G. B., Satz 1 betrifft Schadenersatz pro praeterito.

²³⁰⁾ § 423, Satz 2 der Reg.-Vorl. z. C. P. O. lautete: „Bei wiederkehrenden Leistungen, welche nicht auf Rechtsgeschäft beruhen, kann die Verurtheilung auch für die erst später fällig werdenden Leistungen erfolgen.“ Laut der Motive (Mater. I, S. 335) erfolgte dieser Ausspruch im Sinne der schon heute überwiegenden Ansicht. Im Laufe der Berathungen wurde zwar der Ausdruck: „wiederkehrende Leistungen, welche nicht auf Rechtsgeschäft beruhen“ durch den Ausdruck: „Alimente“ ersetzt (um „dem Bedürfnis der Praxis genügend zu entsprechen“, Mater., II, S. 314), allein eine meritale Änderung wurde nicht beabsichtigt und wäre auch praktisch nicht gerechtfertigt. Vgl. jedoch Bum, J. Bl. 1898, S. 241.

§ 1334. Verzug.

Sich bei § 1417 d.

§ 1336. Conventionalstrafe.

Sich §§ 464, 1417 c.

§ 1338. Strafrechtliches.

a) Wuchergesetz. Laut Art. XI, Z. 3 E. G. z. C. P. O. bleibt die Vorschrift des § 11, Abs. 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1881, R. G. Bl. Nr. 47, betreffend Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften, unberührt. Mithin hat der Civilrichter auf Ersuchen des Strafrichters, bei welchem eine Strafverhandlung wegen einer nach § 1 dieses Gesetzes strafbaren Handlung anhängig ist, „jederzeit“ mit dem die fragliche Forderung betreffenden Verfahren innezuhalten, während sonst nach § 191 C. P. O. eine Unterbrechung des Verfahrens nicht nothwendig einträte.²³¹⁾

Die Bestimmung des § 11, al. 1 leg. cit. bezieht sich, wie aus dem Zusammenhang mit § 11, al. 2 hervorgeht, auch auf das Executionsverfahren. Die Executionsordnung ist ein späteres Gesetz (als § 11, al. 1 leg. cit. und auch als Art. XI, Z. 3 E. G. z. C. P. O.), und es entsteht die Frage, ob § 11, al. 1 für das Gebiet des Executionsverfahrens nicht aufgehoben sei.²³²⁾ Ausdrücklich aufrechterhalten ist die Bestimmung für das Executionsverfahren nicht, auch nicht in Art. XXVII, al. 2, Z. 4 E. G. z. E. O. Aus letzterer Bestimmung im Zusammenhang mit Art. XXVII, al. 1 E. G. z. E. O. scheint jedoch hervorzugehen, dass

²³¹⁾ Ott, I, S. 20, 377; Demelius, G. H. 1897, S. 290; Neumann, Comm. S. 31; Randa, Náhrada šk. 1899, S. 96; Hoegel, G. Z. 1897, S. 257; Allerhand, G. H. 1898, S. 516, 539; Rosenblatt, C. Bl. f. jur. Pr. 1897, S. 103 fig.; Bauer, G. Z. 1897, S. 105; Schauer, G. Z. 1898, S. 47; M. B., Gazz. d. Trib. 1899, S. 7; Ullmann, S. 11.

²³²⁾ Zu bemerken ist, dass laut der Entsch. vom 5. April 1898, Nr. 4684, Slg. N. F. 91, J. M. V. Bl. 1898, Nr. 1433 (und vom 20. December 1898, Nr. 17.270, Slg. N. F. 423, C. Bl. f. j. Pr. 1899, S. 570) eine Unterbrechung des Executionsverfahrens wegen Anhängigkeit eines Strafverfahrens gegen den betreibenden Gläubiger für unzulässig erklärt und für die Aufschiebung der Execution bloß § 42 E. O. und nicht § 191 C. P. O. (resp. § 78 E. O.) als maßgebend angesehen wurde.

vorausgesetzt wird, dass § 11 des Wuchergesetzes durch das Inkrafttreten der Executionsordnung nicht berührt wurde. Sofern ein solcher indirecter Hinweis für genügend angesehen wird, mag die Bestimmung des § 11, al. 1 auch für das Executionsverfahren gelten.

Wesentlich dasselbe gilt auch von § 11, al. 2, nur kann hier auf die Aufrechterhaltung mit etwas größerer Sicherheit (aus Art. XXVII, al. 2, Z. 4 E. G. z. E. O.) geschlossen werden.

Bedenken in Betreff des Einflusses der Civilprocessgesetze bestehen auch bei § 10 leg. cit. Aus § 10 folgt nämlich a contrario, dass dann, wenn die strafgerichtliche Verurtheilung wegen mangelnden Thatbestandes oder wegen Unzulänglichkeit der Verdachtsgründe nicht erfolgte, der Civilrichter das Geschäft nicht als nichtig erklären kann. Anscheinend ist hienach der Civilrichter in bestimmten Fällen an ein freisprechendes Urtheil des Strafrichters gebunden, dem würde jedoch der aus § 268 C. P. O. a contrario zu ziehende Schluss, dass der Civilrichter an ein freisprechendes Urtheil des Strafrichters nicht gebunden ist, widersprechen. Da nun § 268 C. P. O. das spätere Gesetz ist, entsteht die Frage, ob § 10 Wuchergesetz jetzt auch in den früher ausgeschlossenen Fällen anwendbar sei, d. i. ob der Civilrichter auch in dem Falle eines wegen mangelnden Thatbestandes oder wegen Unzulänglichkeit der Verdachtsgründe freisprechenden Urtheiles das Geschäft als nichtig erklären könne. Meiner Ansicht nach ist ein Einfluss der Civilprocessordnung abzulehnen. Das Urtheil des Civilrichters im Falle des § 10 ist nicht bloß declarativer Natur, sondern es bedarf der Nichtigerklärung durch den Richter, die letztere ist ein Erfordernis der Nichtigkeit des Geschäftes.²³³⁾ Die Bedingungen des § 10 sind nun die Bedingungen, an welche die materielle Befugnis des Civilrichters zur Vernichtung des Geschäftes gebunden ist, während es sich in § 268 C. P. O. nur um Bedingungen des Fürwahrhaltens handelt. Wird der Angeklagte wegen Unzulänglichkeit der Verdachtsgründe vom Strafrichter freigesprochen, so ist dem Civilrichter, obzwar er bezüglich des thatsächlichen Materiales an das freisprechende Urtheil nicht gebunden ist (§ 268 C. P. O.)

²³³⁾ Schey, Obl. Verh., I, 1, § 19. b. e., S. 147.

und eventuell von dem Vorhandensein der Voraussetzungen des § 1 Wuchergesetz überzeugt ist, doch laut § 10 leg. cit. die Möglichkeit benommen, den Ausspruch über die Nichtigkeit zu thun und hiedurch die Bedingung der Nichtigkeit zu setzen.²³⁴⁾

In Betreff § 12 Wuchergesetz gilt das oben bei § 5, A. b. bei und in Note 50 Gesagte.

b) Strafbestimmungen. Die Civilprocessgesetze enthalten zahlreiche Strafandrohungen. Die Strafen, welche theils Ordnungsstrafen (z. B. §§ 86, 199, 333 C. P. O., 115 E. O.), theils Muthwillenstrafen (z. B. §§ 69, 313, 326 C. P. O., 168 E. O.) genannt werden²³⁵⁾, bestehen in der Regel in Geldstrafen, welche dem Armenfonde zufließen, im Falle der Zahlungsunfähigkeit in Haft (§ 220 C. P. O.).

Eine Art Privatstrafe normiert § 408 C. P. O., der von der unterliegenden Partei, welche muthwillig Process geführt hatte, hienach zu leistende „Entschädigungs“-Betrag fällt nicht dem Armenfonde, sondern der anderen Partei zu.

§ 1341. Verschulden eines Richters.

Zum Gesetze vom 12. Juli 1872, R. G. Bl. Nr. 112 in Betreff der von richterlichen Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit zugefügten Rechtsverletzungen enthalten die §§ 600—602 C. P. O. einige Nachtragsbestimmungen. Vgl. auch § 51, al. 2, § 514, al. 3 C. P. O.²³⁶⁾

²³⁴⁾ Vgl. über § 10 Wucherges.: Fragenbeantwortung ad § 268 C. P. O.; Ott, II, S. 98; Neumann, Comm., S. 615, N. 4; Rosenblatt, l. c.; Allershand, l. c.; M. B., l. c.

²³⁵⁾ Aufzählung bei Neumann, Comm., S. 518. — Die Frage der Verjährung der Ordnungsstrafen nach § 86 C. P. O. behandelt Aigner, G. H. 1900, S. 315, sie können nicht der Todesstrafe in Bezug auf die Verjährung gleichgestellt sein, sie müssen sofort, d. i. (nach Demelius) bei der nächsten sich ergebenden Gelegenheit verhängt werden.

²³⁶⁾ Sieh oben bei § 1294, Note 219.

DRITTER THEIL.

Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte.

ERSTES HAUPTSTÜCK.

Von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten.

§ 1354. Bürgschaft und Beneficium competentiae.

Hätte sich jemand für die Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge verbürgt, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit war, so kommt ihm die Begünstigung des § 71, al. 1, Satz 2 C. P. O. nicht zustatten; dagegen kann er sich bezüglich der gegen ihn geführten Execution sowohl auf § 105 E. O. als auch auf die Vorschriften über die Unpfändbarkeit gewisser Vermögensobjecte (§§ 251, 290, 291 E. O.) berufen.¹⁾

§ 1371. Pfandvertrag und Lex commissoria.

Das Vadium des Meistbietenden haftet als Pfand (§ 149, al. 3 E. O.²⁾; die Verabredung, dass dasselbe der Executionsmasse, mithin dem Mitcontrahenten verfallt, ist zulässig (§ 215, Z. 3 E. O.). Von Gesetzeswegen verfällt die Sicherheit des Übernahmsantragstellers im Falle des § 204, al. 1 E. O.³⁾

Das executive Pfandrecht an einer Geldforderung kann in „Eigenthum“ (an der Forderung) übergehen (§ 316 E. O.); nicht aber das executive Pfandrecht an einem Ansprüche auf Herausgabe und Leistung körperlicher Sachen (§ 326 E. O.).⁴⁾

¹⁾ Vgl. Mandry-Geib, § 41, S. 433; Stubenrauch, II, S. 706.

²⁾ Vgl. Comm. in G. H. 1900, S. 232.

³⁾ Czoernig, Vorles., S. 125 spricht hier von Conventionalstrafe.

⁴⁾ Zu den Ansprüchen auf Herausgabe einer körperlichen Sache gehört auch die actio pignoratitia directa; der Anspruch des Verpfänders auf Rückstellung des Pfandes. Ein solcher Anspruch ist nach § 325, al. 1 E. O. zu pfänden, keineswegs ist der Pfandschein zu pfänden, sondern die Herausgabe des Pfandscheines ist nach §§ 325, al. 2, 306 E. O. zu erwirken. Vgl. Tilsch, Zástava, S. 68, Nr. 12; Fürstl, II, S. 644. Dagegen Entsch. v. 16. Aug. 1900, Z. 11.595, Not. Zt. 1900, S. 304, G. H. 1900, S. 473 (§§ 296, 317, Z. 1 E. O.).

§ 1374. Art der Sicherstellung.

Die Bestellung einer auf Grund der Bestimmungen der Civilprocessordnung und der Executionsordnung (§ 78 E. O.) zu leistenden Sicherheit erfolgt, falls nicht specielle abweichende Bestimmungen vorliegen⁵⁾, gemäß § 56 C. P. O. Zweifelhaft erscheint es, ob § 56 C. P. O. auch dann maßgebend ist, wenn es sich um die Erfüllung eines materiellrechtlichen Sicherstellungsanspruches handelt (§ 407 C. P. O.), denn der rein äußerliche Umstand, dass sich die Bestimmung in der Civilprocessordnung befindet, rechtfertigt wohl kaum die Unterscheidung zwischen der Anwendbarkeit der §§ 1373/4 a. b. G. B. und des § 56 C. P. O. Zweifelsohne gilt jedoch § 56 C. P. O. für alle Cautionen processualen Charakters, bei welchen es sich ja nicht um die Erfüllung eines selbständigen Sicherstellungsanspruches handelt, sondern um die Erfüllung einer Bedingung⁶⁾, von welcher weitere Schritte, Befugnisse oder Verfügungen abhängen (z. B. §§ 38, 60, al. 3, 458 C. P. O., §§ 43, al. 2, 304, 391, al. 1 E. O.).⁷⁾

Die Hälfte des Schätzungswertes bei Häusern, zwei Drittel bei Grundstücken⁸⁾, demnach das in § 1374 a. b. G. B. bestimmte Maß der Sicherheit, bilden auch laut § 151, al. 1 E. O. das geringste Gebot⁹⁾ bei der Zwangsversteigerung von Liegenschaften.

ZWEITES HAUPTSTÜCK.

Von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten.

§ 1376. Novation.

Wahre Novation (novatio privativa) berechtigt zur Oppositionsklage nach § 35 E. O.¹⁰⁾

⁵⁾ Neumann, Comm., S. 246: §§ 149, al. 2, 196, al. 1, 200, Z. 1 E. O.

⁶⁾ Die angestrebte Erlangung einer Befugnis oder einer gerichtlichen Verfügung ist hier nur das Motiv einer freiwilligen Pfandbestellung (Tilsch, Zástava, S. 9, Nr. 14); vgl. Neumann, Comm., S. 245, N. 2.

⁷⁾ Die einzelnen Fälle sieh bei Ott, I, S. 236.

⁸⁾ In Betreff „Baustellen“ sieh Krek, G. Z. 1900, S. 220, in Betreff Bergwerkseigenthum V. Schmid, G. Z. 1900, S. 199, in Betreff Mobilien sieh § 277 E. O.

⁹⁾ Vgl. Sperl, G. Z. 1893, S. 3; V. Fryc, Právník 1900, S. 225; Černý, Právník 1899, S. 640; Entsch. v. 18. April 1899, Z. 6014, Právník 1899, S. 516; ferner über „Verschuldungsgrenze“ Grabmayr's Gutachten, besprochen von Randa in G. Z. 1900, S. 297.

¹⁰⁾ Vgl. Entsch. vom 21. September 1898, Z. 5620, Právník 1900, S. 281.

Novatio cumulativa mit Fortbestand der mit der „Hauptverbindlichkeit verknüpften Bürgschafts-, Pfand- und anderen Rechte“ (§ 1378 a. b. G. B.) wird bewirkt durch das declarative Urtheil (vgl. § 1379, Satz 3 a. b. G. B.). Diese Novatio cumulativa besteht hier nicht eigentlich in einer Verdoppelung, sondern in einer Verstärkung des Rechtsgrundes.¹¹⁾ Wie es jedoch vorkommen kann, dass bei einem baufälligen Gebäude die „Verstärkung“ allein das Gebäude zusammenhält, so kann es auch geschehen, dass das Urtheil die einzige solide Unterlage der Verbindlichkeit abgibt. Und wie das Ganze im ersteren Falle nur das alte, obzwar für sich hinfallige, Gebäude ist, so ist es auch im zweiten Falle bloß die alte, durch den ursprünglichen Rechtsgrund charakterisierte, obzwar für sich hinfallige, Verbindlichkeit. Ein solcher Fall kann, abgesehen vom ungerechten Urtheile, insbesondere eintreten infolge Geständnisses unwahrer Thatsachen (§§ 266, 267 C. P. O.), Versäumung von Processhandlungen bei unwahren oder unvollständigen Angaben des Gegners (§§ 312, 396, 398 C. P. O.), sowie infolge Anerkennung (§ 395 C. P. O.).

Der Anerkennungsvertrag bewirkt zwar schon für sich allein eine ähnliche Novatio cumulativa wie das Urtheil, und liegt er demnach vor, so ist, wenn auf Grund desselben ein Urtheil erlangt wird, der ursprüngliche Rechtsgrund doppelt verstärkt: allein zur Erlangung eines Anerkenntnisurtheils im Sinne der §§ 395 C. P. O., 371, Z. 1 E. O. ist ein civilrechtlich perfecter Anerkennungsvertrag einerseits gar nicht erforderlich, andererseits gar nicht genügend.¹²⁾ Das Anerkenntnis des § 395 C. P. O. richtet sich vielmehr vollständig nach processualen Grundsätzen.¹³⁾ Eine Annahme desselben durch den Gegner ist zu Processzwecken nicht erforderlich (anal. § 266, al. 1, Satz 2 C. P. O.); sowohl das Anerkenntnis selbst

¹¹⁾ Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 160 bei und in Note 32. Die durch Urtheil bewirkte novatio cumulativa, resp. Verstärkung des Verpflichtungsgrundes erstreckt sich selbstverständlich nur soweit, als die sogenannte materielle Rechtskraft des Urtheils reicht (§ 411 C. P. O.); Stein: Die bindende Kraft der richterlichen Entscheidung G. Z. 1897, S. 65 fg. (darüber Roztočil, Not. Zt. 1897, S. 181; Deybeck, Ght. Zt., XXV, S. 512); Schuster, § 58, I.

¹²⁾ So ein außergerichtlicher Anerkennungsvertrag.

¹³⁾ Beck, Zehn Abh., S. 26; Mandry-Geib, § 20, S. 240.

als der dem Gerichte gegenüber abzugebende Antrag auf Erlassung des Anerkenntnisurtheils kann auch in Abwesenheit der Gegenpartei wirksam abgegeben werden.¹⁴⁾ Eine materiell-rechtliche Verstärkung des Rechtsgrundes erfolgt, falls nicht die Kriterien eines Anerkennungsvertrages vorliegen, erst durch das „Urtheil auf Grund von Anerkenntnis“.¹⁵⁾

§ 1380. Vergleich.

Bei einem Vergleiche im Sinne der Civilprocessordnung (§§ 204—206) ist es nicht erforderlich, „dass jede Partei sich wechselseitig etwas zu geben, zu thun oder zu unterlassen verbindet“, er kann auch bloß den Charakter eines Anerkennungsvertrages haben.¹⁶⁾

Der gerichtliche Vergleich beendet den Process, er ist ein Executionstitel (§ 1, Z. 5 E. O.), er selbst muss stets unbedingt geschlossen werden, doch kann in demselben allerdings die anerkannte oder übernommene Verbindlichkeit von einer Bedingung abhängig gemacht werden.¹⁷⁾

Die Anerkennung oder Übernahme einer Verbindlichkeit in einem Vergleiche von der Durchführung eines Beweises abhängig zu machen, ist jedoch unzulässig¹⁸⁾, mit Ausnahme des Schiedseides (§ 205 C. P. O.).

Die vor einem Börsenschiedsgerichte abgeschlossenen Vergleiche sind nur giltig, wenn sie von beiden Parteien unterschrieben sind (Art. XXI, al. 2 E. G. z. C. P. O.); bei sonstigen gerichtlichen Vergleichen scheint die Fertigung nicht erfordert zu werden.¹⁹⁾

¹⁴⁾ Beck, I. c. S. 28 bei und in Note 1.

¹⁵⁾ Vgl. Trutter, S. 126.

¹⁶⁾ Ott, I, § 61, S. 323.

¹⁷⁾ Der Vergleich kann demnach nicht lauten: „Wir vergleichen uns unter der Bedingung, dass . . .“, wohl jedoch: „Wir vergleichen uns folgendermaßen: Ich verpflichte mich unter der Bedingung, dass . . .“ — Execution nach § 7 E. O.

¹⁸⁾ So auch Fragenbeantwortung ad § 205 C. P. O., P. 2; Bum, J. Bl. 1898, S. 97.

¹⁹⁾ Vgl. § 213, al. 2 C. P. O.; dagegen Stubenrauch, II, S. 736, N. 3.

§ 1391. Schiedsvertrag.

Die Regelung des Schiedsvertrages und des schiedsrichterlichen Verfahrens erfolgte in den §§ 577—599 C. P. O.²⁰⁾

Börsenschiedsgerichte betreffen die Art. XIII—XXVII E. G. z. C. P. O.²¹⁾

Einige, die schiedsgerichtliche Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten betreffende Vorschriften wurden in Art. XII E. G. z. C. P. O. ausdrücklich aufrecht erhalten.²²⁾

Die einer Anfechtung von einer höheren schiedsgerichtlichen Instanz nicht mehr unterliegenden Sprüche von Schiedsrichtern und die vor diesen abgeschlossenen Vergleiche bilden laut § 1, Z. 16 E. C. Executionstitel.²³⁾ Die Bewilligung der Execution ist stets beim staatlichen Richter anzusuchen (Art. II E. G. z. E. O.).²⁴⁾ Letzteres involviert eine Neuerung gegen das frühere Recht.

Gegründeterweise erblicken die Motive zur Executionsordnung in der Bestimmung der Resolution vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489, lit. *gg*, gemäß welcher sich die Parteien „auch in der Executionsführung dem Schiedsrichter unterwerfen“ konnten, eine Anomalität. Der Executionsrichter ist vom Erkenntnisrichter wesentlich verschieden. Dieser operiert bloß mit dem (harmlosen) Intellect, er ist ein Organ der allgemeinen (staatlichen) Vernunft, er handhabt die Wage der

²⁰⁾ Engel, O sędach polubownych, Lemberg 1896 (darüber Till, G. Z. 1898, S. 365); Schuster, § 80; Neumann, Comm., S. 1036; Fürstl, I, S. 847; Ullmann, S. 167. Vgl. Entsch. v. 11. Mai 1898, Z. 6579, Právník, 1898, S. 542 (Unzulässigkeit der Wahl des Schiedsrichters in der Person eines der Contrahenten oder dessen gesetzlichen Vertreters).

²¹⁾ Horovitz, Das Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten, Wien 1896 (darüber Pollak, Ght. Zt., XXIV, S. 168; Spitzer, J. Bl. 1896, S. 306; Roztočil, Not. Zt. 1897, S. 299).

²²⁾ Über den Einfluss der Civilprocessgesetze auf die Bestimmungen des böhm. Jagdgesetzes vom 1. Juni 1866, L. G. Bl. Nr. 49 (die §§ 45, 46 betreffen Schiedsgerichte): Fr. Horáček, Právník 1898, S. 493; Štolla, daselbst 1898, S. 529; Entsch. vom 17. November 1898, Z. 14.563, daselbst 1899, S. 397; Entsch. vom 18. September 1900, Z. 12.858, daselbst 1900, S. 692.

²³⁾ Rössel, Rechtskraft und Exequierbarkeit der Erkenntnisse obligatorischer Vereinsschiedsgerichte, J. Bl. 1896, S. 316 (neuer Process S. 364).

²⁴⁾ Vgl. Art. XIII, al. 2 E. G. z. C. P. O., welche Bestimmung durch Art. II E. G. z. E. O. aufgehoben wurde.

Themis; jener ist dagegen ein Organ des staatlichen Willens, der Staatsgewalt, er handhabt das Schwert der Themis. Dieses Privaten auszuliefern, erscheint nicht nur praktisch, sondern auch theoretisch bedenklich, da die Verfügung über die staatlichen Machtmittel eben logisch Organen der staatlichen Macht zukommt.²⁵⁾

§ 1392. Verfügungen über Forderungen.

a) Cession (zu Eigen). Die Cession entspricht der Tradition, dem dinglichen Verträge.

Gemäß § 367 E. O. entfällt die Nothwendigkeit der Execution einer Verpflichtung zur Cession, wenn, wie in der Regel, keine Förmlichkeiten einzuhalten sind.²⁶⁾ Die Verständigung des abgetretenen Schuldners ist in diesem Falle (nach allgemeinen Grundsätzen) zur Perfection der Cession nicht erforderlich.

Auch ohne vorausgegangene Verpflichtung zur Cession und ohne dass ein auf Cession lautender Executionstitel vorläge, kann im Verlaufe der Execution wegen Geldforderungen in Realisierung des Pfandrechtes an Geldforderungen die Überweisung an Zahlungsstatt bewilligt und vollzogen werden.

Diese Überweisung hat laut § 316 E. O. die Wirkung einer entgeltlichen Cession²⁷⁾; ihre Perfection tritt jedoch in der Regel erst mit der Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner ein.²⁸⁾ Nur im Falle der Überweisung einer Wertpapierforderung, respective eines Wertpapiers, welches wie eine körperliche Sache in Execution gezogen wird, ist die Verständigung des Drittschuldners zur Perfection nicht erforderlich; sondern die Überweisung geschieht durch erzwungene Eigenthumstradition des, eventuell mit der erforderlichen schriftlichen Übergabserklärung versehenen Papiers (§ 305, al. 1 E. O.), demnach auf die Weise, als ob es sich um

²⁵⁾ Vgl. meinen bei § 19 in N. 102 citierten Artikel (J. Bl. 1899, Nr. 29).

²⁶⁾ Vgl. bei § 936.

²⁷⁾ Einen anderen Charakter hat die Überweisung zur Einziehung; sieh bei §§ 270 h, 1034.

²⁸⁾ Die eventuelle grundbücherliche Durchführung erfolgt von amtswegen (§ 324 E. O., dazu Pospíšil, Právník, 1900, S. 608).

eine Execution zur Erwirkung der Leistung von beweglichen Sachen gemäß § 348 E. O. handelte.

b) Constituierung eines Pfandrechtes.^{28a)}

Die Pfändung von Geldforderungen geschieht dadurch, dass das Gericht dem Drittschuldner verbietet, an den Verpflichteten zu zahlen (§ 294 E. O.). Die Verständigung des Drittschuldners ist zur Perfection der Pfändung erforderlich (§ 294, al. 3 E. O.).

Doch lassen sich hieraus keine Rückschlüsse zu Gunsten der Ansicht ziehen, dass auch bei der freiwilligen Verpfändung die Verständigung des Drittschuldners zur Perfection erforderlich wäre²⁹⁾; denn die Modi acquirendi des vertragsmäßigen und des richterlichen Pfandrechtes müssen nicht dieselben sein.

In Betreff Hypothekarforderungen sieh bei § 454 a. b. G. B.

§ 1393. Veräußerungsverbote in Betreff Forderungen.

a) Gesetzliche. Laut § 293, Satz 2 E. O. ist jede den Vorschriften der §§ 290 bis 292 E. O. widersprechende Verfügung durch Cession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Geschäft ohne rechtliche Wirkung. Für „ohne rechtliche Wirkung“ kann man „ungiltig“, für „Verfügung durch Cession etc.“ einfach „Cession etc.“ setzen. Die Cession, Anweisung, Verpfändung wird demnach für ungiltig erklärt, wenn sie den Vorschriften der §§ 290 bis 292 E. O. widerspricht. Diese Vorschriften betreffen an sich bloß die Unpfändbarkeit gewisser Forderungen. Denselben kann demnach strenge genommen wohl eine Executionsführung, nicht aber eine Cession widersprechen. Der Bestimmung des § 293, Satz 2 E. O. kann daher offenbar bloß der Sinn zukommen, dass die genannten Forderungen, insoweit sie unpfändbar sind, auch einer freiwilligen Verfügung entzogen sind.³⁰⁾

Eine in Streit verfangene Forderung ist nicht uncedierbar oder unverpfändbar (arg. § 234 C. P. O.).

^{28a)} Während des Druckes dieses Werkes erschien: G. Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen. Wien 1901.

²⁹⁾ Vgl. über diese Frage Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 281, N. 7 und die daselbst Angeführten.

³⁰⁾ Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 329, N. 5 b.

b) Richterliche. Mit jeder Pfändung von Forderungen ist ein Verfügungsverbot verbunden (§ 294, al. 1 in fine, § 320, al. 4 E. O.). Das Zuwiderhandeln ist jedoch im Gesetze mit keiner Sanction belegt. Die Abtretung ist gewiss — unbeschadet des executiven Pfandrechtes, dessen Vollstreckbarkeit durch die Abtretung ebenfalls nicht berührt wird³¹⁾ — gültig; ist doch selbst eine vom Verpflichteten nach vollzogener Überweisung zur Einziehung vorgenommene Abtretung nicht überhaupt ungültig, sondern nur dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam (§ 308, al. 3 E. O.).

Auch mit den sogenannten Drittverboten, welche als einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Geldforderungen (§ 379, al. 3, Z. 3, E. O.) oder auch anderer Ansprüche (§ 382, Z. 7 E. O.) angeordnet werden können, sind an den Gegner zu richtende Verbote, über den Anspruch wider den Dritten zu verfügen, verbunden. Eine Sanction ist im Gesetze auch hier nicht gegeben. Die Cession muss als gültig angesehen werden, doch das Drittverbot selbst bleibt aufrecht, so dass sich der Dritte unter der für ihn bestehenden Sanction (§ 385, al. 2, 3 E. O.) auch mit dem Cessionar nicht abfinden darf.

Unter den Sicherungsmitteln für andere Ansprüche als Geldforderungen wird auch das gerichtliche Verbot der Veräusserung, Belastung oder Verpfändung von bürgerlichen Rechten angeführt (§ 382, Z. 6 E. O.). Es ist der Fall denkbar, dass dieses Verbot auch die Veräusserung oder Belastung einer Hypothekarforderung betreffen könnte, z. B. wenn es zur Sicherung eines durch Erbgang erworbenen Nießbrauches erlassen worden wäre. Ein solches Verbot ist laut § 384, al. 2 E. O. bürgerlich anzumerken und hat die in § 384, al. 3 E. O. bezeichnete Wirkung. Ein „Drittverbot“ liegt in diesem Falle nicht vor, eine Verständigung des Hypothekbesitzers ist nicht vorgesehen.³²⁾

³¹⁾ Die Forderung bleibt mit dem „executiven“ Pfandrechte belastet, welches ohne Rücksicht auf das Rechtssubject der Forderung vollstreckbar bleibt; sieh bei § 450b, al. 3. Einen Bona-fide-Erwerb gibt es bei unkörperlichen Sachen nicht.

³²⁾ Laut § 123 Gb. G., Z. 3 (Art. XIII, Z. 2 E. G. z. E. O.) ist der Eigentümer des Gutes von Verfügungen über eingetragene Rechte dritter Personen nur dann zu verständigen, wenn es sich um eine Einverleibung oder Vermerkung handelt, wodurch diese Rechte verpfändet oder abgetreten werden.

Die bisher genannten richterlichen Verbote beziehen sich nur auf freiwillige Veräusserungen und Belastungen, dagegen äußert das nach § 184, al. 2 E. O. erlassene „Verbot“ seine Wirkung bezüglich jeglicher (auch executiver oder gesetzlicher) Veräusserung oder Belastung. In Wirklichkeit handelt es sich hier jedoch um ein Afterpfandrecht³³⁾, welches in singulärer Weise bloß angemerkt und nicht einverleibt wird³⁴⁾; die Veräusserung, sowie die weitere Belastung und Verpfändung der Forderung steht dem Meistbietenden trotz „Verbotes“ frei.

§ 1394. Rechte des Cessionars.

Bei Abtretung einer in Streit verfangenen Forderung geht nicht auch die Processstellung über (§ 234 C. P. O.)³⁵⁾. dasselbe gilt auch bei der Überweisung an Zahlungsstatt (§ 316 E. O.); bei der Überweisung zur Einziehung, welche eine Cession nicht insolviert, dürfte jedoch § 10 Conc. O. analog anzuwenden sein.³⁶⁾

Die Vollstreckbarkeit der abgetretenen Forderung kann auch der Cessionar geltend machen, doch muss der Beweis des Überganges gemäß § 9 E. O. hergestellt werden.³⁷⁾

§ 1397. Gewährleistung bei Forderungen.

Im Falle der Überweisung an Zahlungsstatt findet Gewährleistung wie bei einer freiwilligen³⁸⁾ entgeltlichen Cession statt (§ 316 E. O.). Der Verpflichtete haftet mithin sowohl für

³³⁾ Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 201, N. 21: Dem Verbote fällt in diesem Falle die Aufgabe einer sicherstellungsweisen Pfändung zu; dagegen Comm. z. E. O. in G. H. 1900, S. 207 ad § 148.

³⁴⁾ Die Construction als Verbot scheint (ähnlich wie nach Czoernig, Vorles., S. 111 das „Befriedigungsrecht“) dazu ersonnen zu sein, um die Eintragungsgebühr zu ersparen.

³⁵⁾ Laut Entsch. vom 24. Mai 1899, Z. 7967, J. M. V. Bl. 1899, Nr. 133 ist die vertragsmäßig vereinbarte Unterwerfung unter ein Börsenschiedsgericht im Falle der Cession der betreffenden Forderung nicht schon vermöge dieser Cession für den Cessionar von Wirkung.

³⁶⁾ Vgl. über diese Frage Neumann, E. O. S. 157; Roztocil, Not. Zt. 1900, S. 159.

³⁷⁾ Vgl. Entsch. L. G. Lemberg v. 4. März 1899, P. VI, 46, G. Z. 1899, S. 192.

³⁸⁾ Im Gegensatze zur unfreiwilligen des § 1422 a. b. G. B.

die Richtigkeit als für die Einbringlichkeit der Forderung, jedoch nie für mehr, als durch die Überweisung von seiner Schuld getilgt worden ist.

Über die Verhältnisse der zu erweisenden Forderung kann sich der Gläubiger vor der Überweisung im Wege des Verfahrens nach § 301 E. O. Auskünfte vom Drittschuldner verschaffen³⁹⁾, doch hat dies meines Erachtens auf die Gewährleistungspflicht des Verpflichteten im Falle der Überweisung an Zahlungsstatt keinen Einfluss.

§ 1401. Schuldübernahme.

Gläubiger, für welche auf der executiv versteigerten Liegenschaft pfandrechtlich sichergestellte Forderungen haften, mit Ausnahme der Simultanpfandgläubiger und der Gläubiger mit bedingten Forderungen, erklären dadurch stillschweigend ihre Einwilligung, den (künftigen) Ersteher als Alleinzahler anzunehmen (§ 1407 a. b. G. B.), dass sie spätestens acht Tage vor dem Versteigerungstermine die Barzahlung nicht fordern (§ 171, al. 2 E. O.).⁴⁰⁾ Dies ist die Einwilligung des Assignatars.

Der Ersteher erteilt seine Einwilligung als Assignat durch den Abschluss des Kaufvertrages, zu dessen Bedingungen die Übernahme gehört; ebenso die Executionsmassaverwaltung (an Stelle des Verpflichteten) als Assignantin.

Es liegt mithin eine vollständige Assignation im Sinne des § 1401 a. b. G. B. vor. Der Assignatar (der Gläubiger) kann seine Forderung gegen den Verpflichteten nicht mehr stellen. Dies wäre nichts Besonderes; das Eigenthümliche dieser Schuldübernahme liegt jedoch darin, dass auch der vom Verpflichteten etwa verschiedene Personalschuldner, welcher gar nicht befragt wird, von seiner Verbindlichkeit befreit und der Ersteher Personalschuldner wird, auch wenn der Verpflichtete nicht Personalschuldner gewesen wäre.⁴¹⁾ Dies rechtfertigt sich

³⁹⁾ Über die Erklärungspflicht nach § 301 E. O. s. Weiskopf in G. Z. 1901, S. 84; Petschek, l. c. S. 310.

⁴⁰⁾ Vgl. Dolenský, Právník 1900, S. 400: Muss auch der betreibende Gläubiger die Erklärung nach § 171 abgeben? welche Frage bejaht wird; ebenso Paupie (Zur Hypothekenübernahme durch den Ersteher) in G. Z. 1899, S. 370.

⁴¹⁾ Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 335, N. 15—18, § 367, N. 10; Ozoernig, Vorles., S. 162.

dadurch, dass der Ersteher aus dem mit der Executionsmassaverwaltung abgeschlossenen Kaufvertrage selbst Personalschuldner ist.

Wie bei der Übernahme von Lasten auf Abschlag vom Kaufschillinge in freiwilligen Kaufverträgen, bleibt der Rechtsgrund der verbleibenden Forderungen derselbe⁴²⁾, und es findet demnach § 1408 a. b. G. B. keine Anwendung.

Laut § 223, al. 1, Satz 2 E. O. können die Gläubiger, welche rechtzeitig die Barzahlung begehrten, von diesem Begehren während der Vertheilungstagsatzung zurücktreten und sich mit der Übernahme der Schuld durch den Ersteher und der Befreiung ihres früheren Schuldners einverstanden erklären. Will der Ersteher jedoch die Schuld nicht übernehmen, sondern bar bezahlen, so werden die Gläubiger trotzdem die Barzahlung annehmen müssen⁴³⁾, denn eine einseitige Änderung seitens der Gläubiger nach Abschluss des Kaufvertrages und mithin der Assignation lässt sich nicht rechtfertigen.⁴⁴⁾ Andererseits ist jedoch nicht zu verkennen, dass die Bestimmung des § 223, al. 1, Satz 2 E. O. hienach Selbstverständliches besagt.⁴⁵⁾

Die Schuldübernahme theilt die Schicksale des Kaufvertrages, dessen Bestandtheil sie bildet; definitiv wird sie erst, wenn der Zuschlag rechtskräftig erteilt wird und weder Überbot noch Wiederversteigerung mehr möglich sind. Das nach § 171, al. 2 E. O. anzunehmende Einverständnis der Gläubiger mit der Übernahme durch den „Ersteher“ wird durch Vernichtung der Ersteherqualität ex tunc (§ 157 E. O.) mitgetroffen. Trotzdem kann jedoch der ehemalige Ersteher Zinsen (und Annuitäten), welche er in der Zwischenzeit an die Gläubiger bezahlt hatte, von den Gläubigern nicht rückfordern⁴⁶⁾; vielmehr findet hier § 1423, Satz 2 a. b. G. B. Anwendung und der Zinsenanspruch kann dann von dem ehemaligen Er-

⁴²⁾ Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 367, N. 10.

⁴³⁾ So auch Fragenbeantwortung ad § 223 E. O.; anderer Ansicht Schauer ad § 223 E. O., N. 3; Bum, J. Bl. 1898, S. 518.

⁴⁴⁾ Die Erklärung im Sinne des § 171, al. 2 muss hingegen vor der Versteigerung geschehen und die Bieter können hierauf Rücksicht nehmen.

⁴⁵⁾ Vgl. Bum, l. c.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 367, N. 11.

⁴⁶⁾ Anders die Fragenbeantwortung ad § 157 E. O., P. 2, Satz 2 (Satz 1 ist richtig: von dem Rückzuerstattenden können die bezahlten Zinsen in keinem Falle in Abrechnung gebracht werden). Vgl. Bum, J. Bl. 1898, S. 483.

steher so geltend gemacht werden, wie er hätte vom Gläubiger geltend gemacht werden können, wenn dieser nicht befriedigt worden wäre. Der ehemalige Ersteher kann mithin im Falle des Überbotes oder der Wiederversteigerung die von ihm bezahlten Zwischenzinsen zur Vertheilung anmelden.⁴⁷⁾

DRITTES HAUPTSTÜCK.

Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten.

§ 1417. Zeit der Erfüllung.

a) Mahnung. Auch durch Zustellung der (Leistungs-) Klage⁴⁸⁾ wird gemahnt (§ 1334 a. b. G. B.), von da an laufen auch die Verzugszinsen (§ 1333 a. b. G. B.). Mit der Streitanhängigkeit (§ 232 C. P. O.) hat dies selbstverständlich nichts gemein. Der Eintritt der Fälligkeit und die Verpflichtung zur Zahlung der Verzugszinsen ist keine Folge der Klage als solchen (der Anrufung des Richters), sondern der Einmahnung, welche zufällig die Form einer Klage hat.⁴⁹⁾

Durch Zurücknahme der Klage kann daher das Factum der Einmahnung und der Eintritt der Fälligkeit trotz § 237, al. 3 C. P. O. nicht einseitig vom Gläubiger ungeschehen gemacht werden; auch laufen die Verzugszinsen trotz Klagszurücknahme fort⁵⁰⁾, sofern nicht etwa im concreten Falle aus dem Wortlaute der letzteren entnommen werden kann, dass der Gläubiger auch auf die ihm aus der Einmahnung erwachsenen Rechte seinerseits verzichte.

b) Kündigung. Die (Leistungs-) Klage, resp. das in derselben enthaltene Zahlungsbegehren schließt eine Kündigung als das Minus in sich; läuft die Kündigungsfrist vor der

⁴⁷⁾ Vgl. auch § 1042 a. b. G. B.

⁴⁸⁾ Die bloße Feststellungsklage enthält kein Zahlungsbegehren und mithin keine Mahnung (Ott, II, S. 52).

⁴⁹⁾ Vgl. Ehrenzweig in Ght. Zt. XXV, S. 288, 295; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 339, N. 20 a; vgl. auch oben bei § 906 in fine.

⁵⁰⁾ Dagegen erlischt durch Klagsrücknahme der laut § 1335 a. b. G. B. begonnene Zinsenlauf ultra alterum tantum, weil die Klage, welche hier nothwendig ist, laut § 237, al. 3 C. P. O. ungeschehen gemacht wird. Ebenso Ehrenzweig, I. c. S. 295.

Urtheilsfällung ab, so kann ein stattgebendes Urtheil gefällt werden (§ 406 C. P. O.).⁵¹⁾

Eine Feststellungsklage schließt zwar eine Kündigung ebensowenig als eine Mahnung in sich, doch kann wohl mit derselben (im selben Schriftsatz) eine Aufkündigung verbunden und die Feststellung des Rechtsverhältnisses mit Berücksichtigung der unter einem durch die Aufkündigung geschaffenen Rechtslage begehrt werden.

Gerichtliche Aufkündigungen für sich allein gibt es bloß bei Hypothekarforderungen (§§ 34, 119 J. N.)⁵²⁾ und Bestandverträgen (§§ 49, 83 J. N.; § 560 fig. C. P. O.).

c) Änderungen der vertragsmäßigen Fälligkeit. Forderungen, für welche eine Simultanhypothek besteht, sind im Falle der Zwangsversteigerung der Liegenschaft durch Barzahlung aus der Vertheilungsmasse zu berichtigen (§ 222, al. 1 E. O.), auch wenn sie betagt sind und der Gläubiger die Barzahlung in Gemäßheit des § 171, al. 2 E. O. nicht verlangt hat.⁵³⁾

Betagte verzinsliche Forderungen sind bar zu berichtigen, wenn der Gläubiger nach § 171, al. 2 E. O. die Barzahlung verlangt hat (§ 171, al. 2, § 223, al. 3 a contr.).⁵⁴⁾

Vom Ersteher auf Abschlag vom Kaufschilling übernommene Forderungen können von demselben ohne Rücksicht auf die vertragsmäßigen (längeren) Kündigungsfristen halbjährig gekündigt und ohne Rücksicht auf die vertragsmäßig für die Rückzahlung geltenden Bestimmungen rückgezahlt werden, wenn die vertragsmäßig von der Forderung außer den Capitalsabschlagszahlungen dem Gläubiger zu entrichtenden wiederkehrenden Leistungen in ihrem jährlichen Gesamtbetrage vier vom Hundert übersteigen. Da die Rückzahlung

⁵¹⁾ Vgl. Entsch. des deutsch. Reichsger., VIII, Nr. 124, XVII, Nr. 37, S. 150; Entsch. Slg. Nr. 15.621; Klein, Vorles., S. 10; F. Horáček, Právník 1898, S. 860, 1899, S. 720; Entsch. Slg. N. F. 196.

⁵²⁾ Fragenbeantwortung ad § 119 J. N.

⁵³⁾ Über die Frage, ob Simultanhypotheken ausnahmslos durch Barzahlung zu berichtigen sind, s. V. L. in Not. Zt. 1897, S. 13; Neumann, E. O., S. 246; Kenner, G. H. 1899, S. 410; Czoernig, Vorles., S. 216; Entsch. von 9. Januar 1900, Z. 93, Nr. 196.

⁵⁴⁾ An dem Fälligkeitstermine der unverzinslichen wird nichts geändert. Was gilt, wenn die Forderung minimal verzinslich ist? Vgl. auch bei § 897.

ohne Rücksicht auf die vertragsmäßig für die Rückzahlung geltenden Bestimmungen zulässig ist, so ist auch die etwa vereinbarte Rückzahlungsprovision nicht zu entrichten.⁵⁵⁾

Während in den bisher angeführten Fällen die Zahlung beschleunigt wird, findet im Falle des § 201 E. O. eine Hinausschiebung der Zahlung, jedoch bloß rücksichtlich der Hypothekarhaftung statt.⁵⁶⁾

d) Verzug. Wenn das Meistbot vom Ersteher nicht rechtzeitig und ordnungsgemäß berichtet wird, so findet auf Antrag die Wiederversteigerung statt (§ 154, al. 1 E. O.); auf das Vorhandensein eines subjectiven Verschuldens kommt es hiebei nicht an. Der Verzug kann dadurch purgiert werden, dass der säumige Ersteher vor Ablauf der Frist zum Recurse gegen die Bewilligung der Wiederversteigerung die rückständigen Raten sammt Zinsen zu Gericht erlegt (§ 154, al. 2 E. O.). Inbetreff der Rechtsfolgen des Verzuges siehe § 155 (vgl. § 204) E. O.

Ein Fall der Mora creditoris (§ 1419 a. b. G. B.) wird in § 349, al. 2 E. O. geregelt. Die beweglichen Sachen, welche sich auf einer zu räumenden unbeweglichen Sache befinden und vom Verpflichteten nicht übernommen werden, sind vorerst auf Kosten des Verpflichteten in Verwahrung zu bringen und sodann eventuell für Rechnung des Verpflichteten zu verkaufen. Auf bewegliche Sachen, welche ohne Rücksicht auf ein zu räumendes Immobile zu übernehmen sind, z. B. seitens des Deponenten, des Commodanten bezieht sich § 349, al. 2 E. O. nicht. Höchstens könnte diese Bestimmung als Argument zur weiteren Begründung der Zulässigkeit der Verkaufselbsthilfe nach österreichischem Rechte dienen.⁵⁷⁾

e) Partitionsfrist. Die in einem Urtheile zur Leistung zu bestimmende Frist beträgt in der Regel vierzehn Tage (§ 409, al. 1 C. P. O.). Bei Verurtheilungen zur Verrichtung

⁵⁵⁾ Der Gläubiger der höher verzinslichen Forderung wird mithin, wenn er sich den Anspruch auf die Rückzahlungsprovision erhalten will, die Barzahlung gemäß § 171, al. 2 E. O. verlangen müssen. Dass ihm nicht entgegengehalten werden dürfe, dass er ja selbst Zahlung verlange und daher keinen Anspruch auf die fragliche Provision habe, dürfte aus § 216, al. 2, Satz 2 E. O. hervorgehen. Vgl. Bum, J. Bl. 1898, S. 482, 492; vgl. auch oben ad § 464.

⁵⁶⁾ Vgl. Sperl, G. Z. 1899, S. 3; Bum, J. Bl. 1898, S. 494; Czoernig, Vorles., S. 192.

⁵⁷⁾ Vgl. Schey, Mora creditoris, S. 40, 48, 124.

einer Arbeit oder eines Geschäftes ist laut § 409, al. 2 C. P. O. eine angemessene Frist zu bestimmen⁵⁸⁾; hiedurch wird jedoch an der materiellrechtlichen Leistungsfrist nichts geändert, so dass eventuell wegen verspäteter Leistung Schadenersatz gebührt. Die processrechtlichen Partitionsfristen beginnen laut § 409, al. 3 C. P. O. mit dem Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheiles; ein Unterschied, ob das Urtheil infolge Unterlassung oder infolge Erschöpfung der Rechtsmittel in Rechtskraft erwuchs, wird im Gesetze nicht gemacht.⁵⁹⁾

§ 1424. Person des Empfängers.

Bei der Pfändung vorgefundenes Geld ist vom Vollstreckungsorgane in Verwahrung zu nehmen und wenn die Pfändung zu Gunsten eines einzigen Gläubigers stattfindet, nach Maßgabe des zu vollstreckenden Anspruches an diesen Gläubiger gegen Quittung auszufolgen. Bereits die Wegnahme des Geldes durch das Vollstreckungsorgan, nicht erst die Ausfolgung an den Gläubiger, gilt in diesem Falle⁶⁰⁾ als Zahlung des Verpflichteten (§ 261, al. 1 E. O.), d. i. der Schuldner ist weiter zu nichts verpflichtet.

Auch im Falle der Execution gemäß § 346 E. O. gilt wohl die Wegnahme der beweglichen Sache durch das Vollstreckungsorgan als Erfüllung in dem angeführten Sinne, zumal die Executionsorgane laut § 25, al. 2 E. O. berechtigt sind, die zu erzwingenden Leistungen in Empfang zu nehmen und in der citierten Stelle auch ausdrücklich des Falles gedacht wird, dass durch Leistung an das Executionsorgan die Verbindlichkeit seitens des Verpflichteten erfüllt wird.⁶¹⁾

Eine andere Frage ist es, in welchem Zeitpunkte der Gläubiger das Eigenthum erwerbe, meiner Ansicht nach tritt

⁵⁸⁾ Für den Beginn von Unterlassungen gilt wohl die allgemeine vierzehntägige Frist nicht (vgl. § 300 a. G. O.).

⁵⁹⁾ Anders Fragenbeantwortung ad § 409 C. P. O.; dagegen Bum, J. Bl. 1898, S. 241, Aug. Černý, Právník 1899, S. 366; vgl. Beck, J. Bl. 1897, S. 126, Pick, G. Z. 1898, S. 53.

⁶⁰⁾ Wenn die Pfändung zu Gunsten mehrerer Gläubiger erfolgt und daher ein Vertheilungsverfahren stattfindet (§ 261, al. 4 E. O.), so gilt als Zahlung erst die Ausfolgung an den Gläubiger (anal. § 283, al. 3 E. O.). Vgl. Fürstl, II, S. 536.

⁶¹⁾ Vgl. Czoernig, Vorles., S. 21, 230.

im Falle des § 261, al. 1 dasselbe rechtliche Verhältnis ein, wie im Falle des § 346 E. O.; sieh hierüber bei § 426 a. b. G. B.

In den Fällen des § 110 und des § 313 E. O., in welchen eine Cura bonorum auf Seite des Berechtigten besteht, kann die Zahlung, falls sie der Executionsmassverwaltung gegenüber wirksam sein soll, nur an den Curator (Zwangsverwalter, Einziehungsberechtigten) geschehen.⁶²⁾

§ 1425. Gerichtliche Hinterlegung.

a) Ein „wichtiger Grund“ zur gerichtlichen Hinterlegung der Schuld liegt im Falle des § 307 (und des § 329) E. O. vor. Wird die zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesene Forderung (der zur Einziehung überwiesene Anspruch) nicht bloß von dem betreibenden Gläubiger, sondern auch von anderen Personen in Anspruch genommen, so ist der Drittschuldner befugt, den Betrag der Forderung (die Sache) beim Executionsgerichte zu hinterlegen. Über Verlangen eines Gläubigers ist der Drittschuldner zum Erlage beim Executionsgerichte verpflichtet.⁶³⁾ Der Schuldner ist mithin in Betreff dieses Erlages an das Executionsgericht gebunden, mag die Forderung an welchem Orte immer zahlbar sein.

b) Die Empfangnahme eines nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes gemachten gerichtlichen Erlages kann von keinem ordentlichen Gerichte (erster Instanz⁶⁴⁾ aus dem Grunde der Unzuständigkeit zurückgewiesen werden (Art. XVIII E. G. z. J. N.), demnach auch nicht von einem Handelsgerichte in gemeiner Rechtssache.⁶⁵⁾

§ 1426. Quittung.

Der Paragraph enthält keine Beweisregel, sondern die Aufzählung dessen, was auf Verlangen des Schuldners vom

⁶²⁾ Vgl. Czoernig, l. c. S. 92.

⁶³⁾ Vgl. Fragenbeantwortung ad § 307 E. O. Zum Depositionsrecht des Schuldners tritt hier die Depositionspflicht im bisherigen Rechte sieh Czylharz, Ght. Zt., VI, S. 686.

⁶⁴⁾ Fragenbeantwortung ad Art. XVIII E. G. z. J. N. (dazu Münzer, G. H. 1898, S. 47).

⁶⁵⁾ Demelius, G. H. 1897, S. 47.

Gläubiger in die Quittung aufgenommen werden muss und bleibt daher erhalten.⁶⁶⁾ Laut der Schlussbestimmung kann der Schuldner auch verlangen, dass die Quittung von dem Gläubiger oder dessen Machthaber unterschrieben werde. Kann der Quittierende nicht schreiben, so hat gegenwärtig der Zahler das Recht, die Beglaubigung des Handzeichens zu verlangen; denn es handelt sich um eine Beweisurkunde, und in Hinsicht auf den Beweis ist ein Handzeichen der Unterschrift nur dann äquipollent, wenn es beglaubigt ist (§ 294 C. P. O.). Dagegen ist die Mitfertigung von Zeugen (§ 886 a. b. G. B.) hier nicht erforderlich.

Im Falle der Zahlung an das Vollstreckungsorgan gemäß § 25 E. O. kann die Quittung auch vom Vollstreckungsorgane unterschrieben werden. Trotzdem diese Quittung laut § 25, al. 2, Satz 1 „wirksam“ ist, kann der Verpflichtete laut § 25, al. 2, Satz 2 nachträglich noch eine Quittung des Gläubigers selbst verlangen. Dagegen ist in den Fällen der § 313, al. 2, § 322, al. 2 E. O. eine weitere Quittierung durch den Gläubiger selbst nicht vorbehalten.

§ 1438. Compensation.

a) Erfordernis der Richtigkeit. Unter den Erfordernissen der Compensation wird auch die Richtigkeit der zu compensierenden Forderungen angeführt. Die Meinungen über den Sinn des Ausdruckes „richtig“ in den §§ 1438, 1439 a. b. G. B. sind getheilt.

Während die einen unter einer richtigen Forderung eine giltige, zu Recht bestehende Forderung⁶⁷⁾, oder eine Forde-

⁶⁶⁾ Vgl. Ott, II, S. 128; erhalten sind auch Art. 39, 54 W. O.

⁶⁷⁾ Larcher in G. Z. 1879, S. 110 (Über den Begriff einer richtigen Forderung in den §§ 1438, 1439 a. b. G. B.) und die von ihm citierten (insbes. Nippel, Comm., VIII, Abth. 2, S. 209; Winiwarter, 1838, V, S. 105; Entsch. v. 24. August 1865, Z. 6487, Slg. 2264, G. Z. 1866, Nr. 23). Auch Randa hat, wie mir bekannt und von Randa selbst schriftlich bestätigt wird, in seinen Vorlesungen stets die Auffassung vertreten, dass nach dem a. b. G. B. die Liquidität der Gegenforderung kein Erfordernis der Compensabilität ist, da das Wort „richtig“ in § 1438 keinen anderen Sinn habe, als in einer Reihe anderer Paragraphe des a. b. G. B., wie namentlich in den §§ 1396, 1397, 1406, 1421, 1434, woselbst es gleichbedeutend mit dem Ausdrucke „zu Recht bestehend“ gebraucht wird. Eine Bestätigung seiner Auffassung fand Randa schon in der

zung, welcher keine Einwendung entgegensteht⁶⁸⁾, verstehen, erblicken andere in der Richtigkeit die Liquidität⁶⁹⁾, und zwar zumeist die relative Liquidität⁷⁰⁾, nämlich die Eigenschaft der aufzurechnenden Forderung, dass sie nicht ungleich schwieriger klarzustellen sei als die andere.

Versteht man unter einer richtigen Forderung eine zu Recht bestehende Forderung, so besteht kein Zweifel, dass das Erfordernis der Richtigkeit erhalten blieb⁷¹⁾, denn es handelt

kais. Verordnung vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 (§§ 15, 16), woselbst ausnahmsweise in den dort angeführten Fällen des Verfahrens in Bestandstreitigkeiten die Liquidität der im Compensationswege eingewendeten Gegenforderung gefordert wird (Ausschluss von Zeugen- und Sachverständigenbeweis). Den Schluss a contrario aus § 15 Bestandverf. zieht auch Ullmann, C. P. R. 1887, S. 559, N. 21: Es folgt aus dieser Bestimmung, dass im allgemeinen die Liquidität nicht Erfordernis der Aufrechenbarkeit ist. Vgl. auch Stubenrauch-Schuster-Schreiber, II, S. 819 (ad § 1438, II) und S. 821, N. 2 (Nach der . . . durch die Civilprocessgesetze sanctionierten richtigen Ansicht genügt die materielle Liquidität — der Rechtsbestand — für die Zulässigkeit der Compensation) und Beck, Zehn Abh., S. 6 (Deshalb ist die Liquidität keine vom bürgerlichen Rechte zur Compensabilität erforderliche Eigenschaft der Gegenforderung, sondern eine von der Einrichtung der Processgesetze abhängige Voraussetzung für die Zulässigkeit ihrer Geltendmachung im Wege der Einrede).

⁶⁸⁾ Vgl. Winiwarter, l. c.; Stubenrauch, l. c.

⁶⁹⁾ Unger, Ght. Zt. XV, S. 551, N. 29; Hasenöhr, Oblig. R., II, § 97 e; Krainz-Pfaff (1. Aufl.), II, § 348, N. 5; Schrutka, G. Z. 1900, S. 120 bei N. 5. Diese Ansicht wird vornehmlich auf die Entstehungsgeschichte gestützt; so lautete § 568 des westgalizischen Gesetzbuches: „Niemand ist verbunden Schulden abzutragen, die noch nicht richtig (liquid) oder noch nicht fällig sind. Zwischen richtigen und unrichtigen Forderungen findet also die Compensation nicht statt.“ Dieses Argument entkräftet Randa mit dem Hinweise, dass in den Text des allg. bürg. Gesetzbuches das eingeklammerte Wort „liquid“ nicht aufgenommen wurde und dass mithin die von Martini vorgeschlagene irrige Identifizierung der an sich ganz verschiedenen Begriffe „richtig“ und „liquid“ bei der Redaction der a. b. G. B. mit Recht fallen gelassen wurde. — Über das Erfordernis der „Liquidität“ im älteren Rechte (vor dem a. b. G. B.) siehe: Jordan, Syst. d. bürg. Rechtes in Böh., 1797, II, 1, S. 48 (Böhm. Stadtr. G. 10); Habietinek (Beiträge zur Theorie der Compensation) in Haimers Magazin 1857, XVI, S. 187 fig. (Cod. de comp. IV, 31 lex ultima, Hofdecret vom 17. Januar 1787, J. G. S. Nr. 620) und Schrutka l. c.

⁷⁰⁾ Unger, l. c. N. 30.

⁷¹⁾ So auch Randa; vgl. Schrutka, l. c. S. 120: (wäre „richtig“: zu Recht bestehend), so wäre die . . . Frage, ob durch die neue Civilprocessordnung das Erfordernis der Richtigkeit berührt worden ist, von vornherein zu verneinen. Vgl. auch Fragenbeantwortung ad § 391 C. P. O., P. 2: „Unter welchen Voraus-

sich um eine unzweifelhaft materiellrechtliche Eigenschaft der Forderung.

Versteht man unter Richtigkeit die Liquidität, so haben wir es mit einer processualen Eigenschaft zu thun; denn die Liquidität (als leichte Beweisbarkeit) ist, selbst wenn sie als Erfordernis materiellrechtlicher Wirkungen (der Compensation) angenommen wird, eine ihre Merkmale aus dem jeweiligen Processrechte schöpfende Eigenschaft. Ausschlaggebend ist das Beweissystem. Bei Bestand legaler Beweisregeln kann eine Forderung illiquid sein, welcher bei freier Beweiswürdigung die Liquidität nicht abgesprochen werden kann und — wohl seltener — umgekehrt. Die Bestimmungen über Zeugnisverweigerung, über Edition der Urkunden, über eidliche Parteieneinvernahme können sämtlich einen Einfluss auf die Beantwortung der Frage haben, ob die fragliche Forderung für (relativ) liquid oder für illiquid zu halten ist. Wäre somit Richtigkeit Liquidität, so könnte, ganz abgesehen von Specialbestimmungen über die Einwendung der Compensation, eine Modification des Erfordernisses der Liquidität durch die Civilprocessordnung nicht gelegnet werden.

Allein in der Civilprocessordnung existiert eine Specialbestimmung, durch welche das Erfordernis der Liquidität gegenwärtig illusorisch gemacht wird, wie aus nachstehendem erhellt.

Die Auffassung der Richtigkeit als Liquidität brachte es nach dem Rechte vor der Civilprocessordnung mit sich, dass die illiquide Gegenforderung im Processe nicht berücksichtigt wurde und die „End“entscheidung ohne Rücksicht auf die Gegenforderung und ohne Vorbehalt einer weiteren

setzungen sich eine Forderung zur Compensation eignet, ist ausschließlich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen. Durch die Bestimmungen der Civilprocessordnung, dass über geltend gemachte Gegenforderungen getrennte Verhandlung angeordnet und mittels selbständigen Urtheils entschieden werden kann (§§ 188, 391, Abs. 3 C. P. O.), ist das Erfordernis der Richtigkeit für die zu compensierenden Gegenforderungen (§§ 1438 und 1439 a. b. G. B.) weder beseitigt, noch modificiert worden.“ Dieser Ausspruch ist nur dann richtig, wenn unter Richtigkeit: Giltigkeit, Unanfechtbarkeit o. Ähnl. verstanden wird; nicht auch, wenn man darunter die Liquidität versteht, denn ganz abgesehen von §§ 188, 391, al. 3 C. P. O. bewirkt jede Änderung des Beweissystems eine Modification der „Liquidität“ (siehe weiter im Text).

Entscheidung über dieselbe (in demselben Prozesse) einfach auf Zahlung lautete. Wurde dann gezahlt, so konnte das Gezahlte nicht zurückgefordert werden, wenn später die Gegenforderung auch liquid gestellt wurde.⁷²⁾

Demgegenüber bestimmt nun die Civilprocessordnung in § 391, al. 3, dass über den liquiden Klagsanspruch, welchem eine illiquide (mit dem ersteren nicht in rechtlichem Zusammenhange stehende⁷³⁾ Gegenforderung entgegensteht, nicht mittels eines den ganzen Process beendigenden Urtheils, sondern bloß mittels Theilurtheiles entschieden werden „kann“, und dass die Verhandlung über die Gegenforderung ohne Unterbrechung fortzusetzen „ist“. Durch diese Bestimmung wird das Erfordernis der Liquidität, wenn es angenommen wird, illusorisch gemacht, denn durch die ausnahmslos angeordnete Fortsetzung der Verhandlung wird jede Gegenforderung, sofern sie überhaupt liquidierbar ist, schließlich innerhalb „desselben“ Processes liquidgestellt, auf diese Weise trifft dann das Erfordernis der Liquidität stets noch vor der den ganzen Process beendigenden Entscheidung zu, und die Liquidität muss dann auch nach dem aus § 406, Satz 1 C. P. O. erhellenden Principe bei der Endentscheidung berücksichtigt werden.

Diese Endentscheidung gibt entweder der Compensationseinwendung statt oder sie verwirft dieselbe⁷⁴⁾, im ersteren Falle ist das über die Klagsforderung ergangene „Theil“urtheil

⁷²⁾ Unger, l. c. bei und in N. 32, 33; Schrutka, l. c. S. 121.

⁷³⁾ Steht die Gegenforderung in rechtlichem Zusammenhange mit der Klagsforderung, ist ein Theilurtheil ausgeschlossen.

⁷⁴⁾ Das Endurtheil entscheidet über die Einwendung der Compensation und hiedurch nur mittelbar über die Gegenforderung (§ 411, al. 1, Satz 2 C. P. O.). Vgl. Ott, Syst., II, S. 254 und G. Z. 1900, S. 398; Demelius, G. H. 1898, S. 64 (vgl. G. H. 1899, S. 110); Schrutka, l. c. S. 128 fig. Dem Wortlaute des Gesetzes folgt jedoch Klein, Vorles., S. 214: „In dem Endurtheile ist stets über den Bestand der Gegenforderung, nicht aber nothwendig über die Aufrechenbarkeit der Gegenforderung zu erkennen“; S. 214: „... ist im Endurtheile das Bestehen der Gegenforderung zu verneinen, nicht die Compensationseinrede zu verwerfen. — Selbst bei gänzlich abweisendem Theilurtheil wird über die Gegenforderung zu verhandeln und zu entscheiden sein.“ Vgl. dazu Schrutka, l. c. S. 138 (Zu einer solchen Überspannung ... könnte man sich nur dann entschließen, wenn ohne dieses geradezu verzweifelte Auskunftsmittel eine verständige Interpretation unserer Norm unmöglich wäre). Vgl. auch Fragenbeantwortung ad § 391 C. P. O., P. 3 (dazu Hergel in G. Z. 1899, S. 194).

rücksichtlich desjenigen Betrages, bis zu welchem laut des Endurtheiles aufgerechnet wird, außer Wirksamkeit zu setzen.⁷⁵⁾ Das Endurtheil hat hier eine ähnliche Function wie das Urtheil im Falle des § 553 C. P. O.⁷⁶⁾

Das auf Grund des Theilurtheiles Gezahlte muss, wenn auf Compensation erkannt wird, rückgestellt werden. Wurde auf Grund des Theilurtheiles Execution geführt (§ 392, al. 1 C. P. O.), so dürfte wohl die Analogie des § 376, al. 2 E. O. statthaben.⁷⁷⁾

Trotz des Gesagten kann nicht behauptet werden, dass das Erfordernis der Liquidität (wenn es als im bürgerlichen Gesetzbuche begründet angenommen wird) aufgehoben sei⁷⁸⁾, vielmehr ist nur durch das Processverfahren Vorsorge getroffen, dass es in jedem Falle zutrefte. Würde das Processgesetz geändert werden, so erstünde die nun zeitweilig unpraktisch gewordene Controverse über die Bedeutung des Wortes „richtig“ in den §§ 1438, 1439 a. b. G. B. eventuell von neuem.⁷⁹⁾

⁷⁵⁾ Vgl. Ott, l. c.; Schrutka, l. c.; Beck, Zehn Abh., S. 7 (darüber Neumann-Ettenreich, G. Z. 1898, S. 14); Fürstl, I, S. 568; Ullmann, Grundr., S. 126; Bum, J. Bl. 1898, S. 217; Joklik, Právník 1900, S. 84.

⁷⁶⁾ So Ott, l. c. Vgl. auch § 563 (600 N. F.) R. C. P. O.

⁷⁷⁾ Vgl. § 302, al. 4 R. C. P. O., N. F. (Der Kläger ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urtheiles oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist). — Was das Theilurtheil anbelangt, so ist dasselbe allerdings selbständig exequierbar, nach Ott, l. c. ist jedoch „während der über die Gegenforderung fortgesetzten Verhandlung anbetrachts der offenbaren Analogie des § 42, Z. 1 E. O.“ die Hemmung der Zwangsvollstreckung zulässig.

⁷⁸⁾ Für beseitigt erklären das Erfordernis der Richtigkeit im Sinne von Liquidität: Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, II, § 348, 2; Schrutka, l. c. S. 129. — Für das (ehemalige) Gebiet des französischen Rechtes in Deutschland wurde das in den Art. 1290 und 1291 Code civil aufgestellte Erfordernis der Liquidität der Forderungen von der herrschenden Meinung als durch die Reichscivilprocessordnung nicht beseitigt angesehen (§ 274 R. C. P. O. A. F. entspricht dem § 391, al. 3, Satz 1 C. P. O.); Zachariae, II, § 326 ad 2. Text, vgl. jedoch auch Note 5; Entsch. des R. G., XVI, Nr. 93; Mot. z. deutschen bürgerl. Gesetzbuche, II, S. 105; Michaelis, Anhang VI zu Gaupp C. P. O. (betr. Elsaß-Lothringen) S. 27 ad § 136, al. 2 R. C. P. O. A. F.

⁷⁹⁾ Über den Umfang der Rechtskraft des Endurtheiles (§ 411, al. 1, Satz 2 C. P. O.) vgl. Ott, II, S. 275; Schrutka, l. c. S. 137; Demelius, G. H. 1899, S. 110; Stein, J. Bl. 1897, S. 5; Stubenrauch, II, S. 821; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 347, N. 3; Klein, Vorles., S. 216; Fragenbeantwortung ad § 411

b) Execution in compensable Gegenforderungen. (Sieh bei § 1445.)

§ 1439. Compensation im Concourse.

Die im § 1, al. 3 des Gesetzes vom 16. März 1884, R. G. Bl. Nr. 35 (über die Compensation im Concourse) enthaltene verbietende Beweisregel, dass das Wissen oder Nichtwissen von dem Begehren um Concurseröffnung oder von der Zahlungseinstellung nicht durch den Haupteid bewiesen werden kann, ist aufgehoben, und zwar selbst dann, wenn man an Stelle des Haupteides die eidliche Parteieneinvernahme treten lässt⁸⁰), denn alle Beweisregeln sind aufgehoben, welche nicht ausdrücklich aufrecht erhalten wurden (§ 272, al. 1, 2, 3 C. P. O.). Eine andere Frage von allgemeinerer Bedeutung ist, ob der unmotivierten Behauptung über Wissen oder Nichtwissen überhaupt eine Bedeutung für den Beweis beizumessen ist.⁸¹)

§ 1440. Uncompensierbare Forderungen.

Im Falle des § 70, al. 2 C. P. O. ist die Compensation bloß mit Kosten aus demselben Rechtsstreite zulässig.

Die in den §§ 290 bis 292 E. O. genannten unpfändbaren Ansprüche sind auch uncompensierbar (arg. 293 E. O.).⁸²)

§ 1444. Entsagung.

Der Verzicht, welcher die Grundlage eines „Urtheiles auf Grund von Verzicht“ (§ 394 C. P. O.) bilden soll, richtet sich nach processualen Grundsätzen. Es gilt hier Ähnliches wie vom Anerkenntnis (sieh ad § 1376 a. b. G. B.).

Nur der Kläger kann im Sinne des § 394 C. P. O. verzichten, nicht auch der mit der negativen Feststellungsklage

C. P. O.; Neumann, Comm. ad § 411 C. P. O.; P. in G. Z. 1899, S. 153 (über Redlich in Zt. f. d. C. Pr., XXV, Heft 3 und 4); § 293, al. 2 R. C. P. O. (§ 322, al. 2 N. F.) und dazu Mandry-Geib, § 24, S. 288. — Über die Frage der Streitabhängigkeit der Gegenforderung: Schrutka, l. c. S. 136; Entsch. v. 22. Juli 1898, N. 9887, Slg. N. F. 261, J. M. V. Bl. 1899, Nr. 10.

⁸⁰) Vgl. Demelius, G. H. 1899, S. 17 ad § 371 C. P. O.

⁸¹) Vgl. auch § 48, al. 2 Anfechtungsgesetz, welcher allerdings ebenfalls aufgehoben ist.

⁸²) Vgl. Mandry-Geib, § 42, N. 14, § 41, N. 13, § 21, N. 18.

Belangte; verzichtet der letztere, so kann kein „Urtheil auf Grund von Verzicht“ erfließen.⁸³)

Die Zurücknahme der Klage⁸⁴), sowie der Verzicht des betreibenden Gläubigers auf Executionsrechte schließt den Verzicht auf den Anspruch selbst nicht in sich (§ 237, al. 4 C. P. O., § 311 E. O.). Sieh auch bei § 467 a. b. G. B.

§ 1445. Vereinigung.

Eine Forderung, welche dem Schuldner gegen den betreibenden Gläubiger zusteht, kann von letzterem in Execution gezogen werden, mag die Forderung compensabel sein oder nicht⁸⁵); nur die öffentliche Versteigerung einer compensablen Forderung ist ausgeschlossen (§ 319, al. 1, Z. 2 E. O.). Wählt der Gläubiger die Überweisung an Zahlungsstatt (§ 316 E. O.), so erlöschen mit der Perfection der Überweisung⁸⁶) beide Forderungen, insoweit sie sich decken, und zwar die Forderung des betreibenden Gläubigers durch die Überweisung in Gemäßheit des § 316, Satz 2 E. O., diejenige des Schuldners jedoch durch „Vereinigung“ (ob confusionem).⁸⁷) Eine Compensation

⁸³) Der mit der negativen Feststellungsklage Belangte kann den Kläger durch „Verzicht“ auf das (angebliche) Recht nicht des Anspruches auf Feststellung des Nichtbestandes (ohne Rücksicht auf den Verzicht) einseitig berauben. Entsch. v. 24. Mai 1898, Z. 7351, Právník 1898, S. 690, Slg. N. F. 194, J. M. V. Bl. 1898, Nr. 1481.

⁸⁴) Ott, II, S. 54; Klein, Vorles., S. 222; Demelius, G. H. 1898, S. 309; Joklik (Über das Verhältnis zwischen Zurücknahme der Klage, Belassung des Verfahrens in suspenso, Verzicht auf den Klageanspruch und Einschränkung des Klagebegehrens), Právník 1899, S. 602.

⁸⁵) And. Ans. in Betreff compensabler Forderungen Czoernig, Vorles., S. 275; dagegen Weißkopf (Execution in compensable Forderungen) in G. Z. 1900, S. 141.

⁸⁶) Für die Perfection der Überweisung gilt auch in diesem Falle § 305, al. 1 E. O.; sie tritt ein mit der Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner, nämlich an den betreibenden Gläubiger selbst. Vgl. jedoch (rückichtlich der Pfändung) Weißkopf, l. c. S. 146; Neumann, E. O., S. 138.

⁸⁷) Wenn die Forderung zur Einziehung überwiesen wird, so erfolgt keine „Confusion“ (nämlich im technisch-juristischen Sinne), denn es bestehen fort-dauernd zwei Vermögensmassen, zum wenigsten treten da „Verhältnisse von ganz verschiedener Art“ ein (§ 1445 a. b. G. B.). Die Unzulässigkeit der Überweisung zur Einziehung ist nirgends ausgesprochen (vgl. Amschl, G. H. 1898, S. 294, dagegen jedoch Czoernig, l. c., Weißkopf, l. c.; vgl. auch Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 269, N. 8).

erblicke ich hierin, mangels einer Erklärung compensieren zu wollen, nicht. In dem Antrage auf Überweisung erblicke ich diese Erklärung nicht, auch gilt das Erlöschen erst ex nunc, nämlich vom Zeitpunkte der Überweisung, nicht seit dem Zusammentreffen der Forderungen, wie dies bei der Compensation der Fall wäre.

§ 1450. Einsetzung in den vorigen Stand.

Die Wiedereinsetzung⁸⁸⁾ bei Versäumung einer Frist oder einer Tagsatzung ist geregelt in den §§ 146 bis 154 C. P. O. Sie ist ausgeschlossen in den Fällen der §§ 420, al. 3, 423, al. 2, 460, 556, 571, al. 4 C. P. O., 58 E. O.

Die Wiederaufnahme eines durch Urtheil geschlossenen Verfahrens⁸⁹⁾ regeln die §§ 530 flg. C. P. O., dieselbe ist auch wegen Auffindung neuer Beweismittel zulässig (§ 530, al. 1, Z. 7 C. P. O.).

Die Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung ist der Civilprocessordnung unbekannt, sie findet nicht statt.⁹⁰⁾

VIERTES HAUPTSTÜCK.

Von der Verjährung und Ersitzung.

§ 1491. Kurze (Präclusiv-) Fristen.

Den Anspruch auf eine Vergütung hat der Zeuge binnen vierundzwanzig Stunden nach seiner Vernehmung bei Verlust dieses Anspruches geltend zu machen (§ 346, al. 3 C. P. O.).

Der Anspruch auf Ersatz der noch nicht rechtskräftig zuerkannten Executionskosten erlischt, wenn deren gerichtliche Bestimmung nicht spätestens binnen eines Monats nach Beendigung oder Einstellung der Execution begehrt wird (§ 74, al. 2 E. O.).⁹¹⁾

⁸⁸⁾ Beck, Zehn Abh., S. 71; Rud. Pollak, G. Z. 1898, S. 345, Gazz. d. Trib. 1899, S. 13; Stross, G. Z. 1900, S. 212; O. in Gazz. d. Trib. 1899, S. 72; Fragenbeantwortung ad § 146 C. P. O.

⁸⁹⁾ Mandyczewski, Ght. Zt., XXIV, S. 661.

⁹⁰⁾ And. Ans. Navrátil, G. Z. 1897, S. 267 (dagegen Schauer, daselbst S. 395; Fiedler, Právník 1897, S. 784).

⁹¹⁾ Schey ad § 1491 a. b. G. B.

Über die vierzehntägige Frist zur Execution auf Grund einer Aufkündigung oder eines Auftrages zur Übernahme oder Übergabe des Bestandgegenstandes (§ 575, al. 3 C. P. O.) sieh bei § 1114 a. b. G. B.; über die dreißigtägige Frist zur Besitzstörungsklage bei § 339 a. b. G. B.; über die Frist zur Rectfertigung der Vormerkung bei § 439 a. b. G. B.

§ 1497. Unterbrechung der Verjährung.

Durch die Überreichung der Klage wird, „wenn nichts anderes vorgeschrieben ist“ (§ 232, al. 1, Satz 2 C. P. O.⁹²⁾, die Verjährung unterbrochen, jedoch nur unter den Voraussetzungen, dass sohin Streitanhängigkeit eintritt, der Process gehörig fortgesetzt und ein günstiges Urtheil erwirkt wird. Anderes ist vorgeschrieben bei der wechselrechtlichen Verjährung, welche erst durch Behändigung der Klage (oder der Streitverkündigung) unterbrochen wird (§ 80 W. O.), die Streitfrage, ob auch zur Unterbrechung der wechselrechtlichen Verjährung die gehörige Fortsetzung des Processes erheischt werde⁹³⁾, wurde unberührt gelassen.

Laut Art. XLV E. G. z. C. P. O. steht der Behändigung der Klage in Bezug auf die wechselrechtliche Verjährung die Geltendmachung des Anspruches in der mündlichen Verhandlung (§ 232, al. 2 C. P. O.) gleich. Auch die Verjährung nicht wechselfähiger Ansprüche wird übrigens durch die Geltendmachung im Sinne des § 232, al. 2 C. P. O. gewiss unterbrochen⁹⁴⁾, denn diese Geltendmachung steht wohl auch hier der Behändigung der Klage gleich (ersetzt somit auch die Überreichung), bewirkt Streitanhängigkeit und führt bei gehöriger Fortsetzung zur urtheilmäßigen Feststellung.

Insbesondere wird die Verjährung auch unterbrochen durch den Zwischenantrag auf Feststellung im Sinne der

⁹²⁾ Mater., II, S. 423, 313.

⁹³⁾ Vgl. § 1492 a. b. G. B.; Entsch. v. 10. December 1896, Z. 13.696. J. M. V. Bl. 1897, Nr. 1338 (Nach Art. 80 W. O. ist zur Unterbrechung der Verjährung nur die Behändigung der Klage nothwendig; eine analoge Anwendung des § 1497 a. b. G. B. findet in Wechselsachen nicht statt); dagegen Randa im Právník 1898, S. 403.

⁹⁴⁾ So auch Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 155, II, 2; Stubenrauch-Schuster-Schreiber, II, S. 900.

§§ 236, 259, al. 2 C. P. O.; selbstverständlich jedoch nur, wenn die Verjährung überhaupt bereits begonnen hat.

Dasselbe muss auch von der Überreichung einer selbständigen positiven Feststellungsklage von Seite des Berechtigten gelten⁹⁵⁾; die negative Feststellungsklage unterbricht dagegen die Verjährung nicht⁹⁶⁾, sie ist keine Belangung des Verpflichteten von dem Berechtigten (§ 1497 a. b. G. B.: „von dem Berechtigten belangt“.)

Ein Unterbrechungsgrund liegt auch in der einredeweisen Geltendmachung der Compensation, wenn derselben sohin stattgegeben wird⁹⁷⁾ (§ 411, al. 1, Satz 2 C. P. O., § 1497, Satz 2 a. b. G. B.); allerdings ist die Forderung dann auch (ob compensationem) erloschen (§ 1438 a. b. G. B.).

Das Erfordernis der gehörigen Fortsetzung des Processes bleibt als materiellrechtliches bestehen und es tritt bloß ein Einfluss in dem oben bei § 5, A. b, sub I, 2⁹⁸⁾ angeführten Sinne ein. Der Richter hat nach seinem Ermessen⁹⁹⁾ zu beurtheilen, ob eine „gehörige“ Fortsetzung vorliege, und zwar mit Rücksicht auf die Structur des jeweilig geltenden Processverfahrens. Die Vorschriften über die Abgabe der Acten (§ 289 Gesch. O.) können Anhaltspunkte liefern, sind jedoch nicht an sich ausschlaggebend.¹⁰⁰⁾ Wegen Ruhen des Verfahrens (§ 168 C. P. O.)

⁹⁵⁾ Solange actio nicht nata ist, kann die Verjährung, welche nicht begonnen hat, nicht unterbrochen werden. Vgl. Bum, J. Bl. 1900, S. 38.

⁹⁶⁾ Ebenso Ott, II, 53; Friedländer in G. Z. 1900, S. 137; Ehrenzweig in Ght. Zt., XXV, S. 299, N. 50: Dass die Anbringung (und Abweisung) einer negativen Feststellungsklage die Verjährung des bestrittenen Rechtes nicht hindern kann, hätte vom Standpunkte des österr. Civilrechtes nie bezweifelt werden sollen (Saar, J. V. J. S. 1886, S. 153).

⁹⁷⁾ Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 155, N. 14 c; Stubenrauch, I. c.; vgl. Ehrenzweig, I. c. S. 300.

⁹⁸⁾ Fälle, in welchen der Thatbestand, aus welchem civilrechtliche Folgen entspringen, ganz oder zum Theil durch processuale Geschehnisse gebildet wird.

⁹⁹⁾ Eine zurückgenommene Klage gilt jedenfalls nicht als gehörig fortgesetzt. Im Falle der Klagsrücknahme gilt die Verjährung als nicht unterbrochen (§ 237, al. 3 C. P. O.).

¹⁰⁰⁾ Sieh hierüber insbesondere Ehrenzweig, I. c. S. 305 bei und in N. 68. — Das Preuß. L. R. bestimmt in I, 9, § 605: Hat der Kläger . . . den Betrieb der Sache liegen lassen, dergestalt, dass der Richter nach Vorschrift der Processordnung mit Reposition der Acten zu verfahren berechtigt gewesen, so ist die Verjährung für nicht unterbrochen zu beachten. — In Betreff Fortsetzung

allein kann nicht schon auf nichtgehörige Fortsetzung geschlossen werden.¹⁰¹⁾

Wird die Klage abgewiesen, auch wegen Incompetenz oder wegen Processunfähigkeit¹⁰²⁾, so gilt die Verjährung für nicht unterbrochen; wird die Klage jedoch bloß gemäß § 85 behufs Beseitigung von Formgebrechen rückgestellt, so hebt dies die Unterbrechung nicht auf, wenn die Klage binnen der zu bestimmenden Frist wieder vorgelegt wird. Auch die Abtretung der Rechtssache von dem Gerichtshof an das Bezirksgericht im Falle des § 60 J. N. schadet der Unterbrechung der Verjährung nicht.¹⁰³⁾

Die Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 530 C. P. O.) macht auch den Ablauf der Verjährung rückgängig (Art. XLVI E. G. z. C. P. O.), jedoch offenbar ebenfalls nur unter den Bedingungen der gehörigen Fortsetzung und der schließlichen Stattgebung.

§ 1501. Berücksichtigung der Verjährung von amtswegen.

Im (allgemeinen) Mandatsverfahren wird die Verjährung, richtiger: der Ablauf eines der Verjährungsfrist gleichkommenden Zeitraumes, insoferne von amtswegen berücksichtigt, als ein Zahlungsauftrag für Einbringung von Forderungen, „welchen die Einwendung der Verjährung entgegengesetzt werden könnte“, nur dann erlassen werden kann, wenn die Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung schon in der Klage durch Urkunden der im § 548 bezeichneten Beschaffenheit erwiesen wird (§ 549, al. 2 C. P. O.).

Im Wechselverfahren fehlt zwar eine ähnliche Bestimmung (§ 557 C. P. O.), doch wird auch hier, wenn dem Anspruche nach Inhalt der Klage und deren Beilagen „die Einwendung

des Executionsverfahrens im Falle des § 161 Gesch. O. sieh Bum, J. Bl. 1898, S. 565 (Vittorelli, G. Z. 1898, Nr. 98).

¹⁰¹⁾ Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 155, N. 19: Jedenfalls muss die Säumnis längere Zeit gedauert haben. — Die Ansicht Neumanns (Comm., S. 435), dass die Verjährung während des Ruhens des Verfahrens fortlaufe, ist nicht begründet (vgl. Ehrenzweig, I. c. S. 303, N. 64).

¹⁰²⁾ Vgl. hiezu oben ad § 865 a. b. G. B.

¹⁰³⁾ So auch Ehrenzweig, I. c. S. 308.

der Verjährung entgegengesetzt werden könnte“, ein Zahlungsauftrag nicht zu erlassen sein, zumal § 1501 a. b. G. B. für die Wechselverjährung nicht maßgebend ist (§ 1492 a. b. G. B.) und durch die wechselfähige Verjährung die „wechselfähige“ Verbindlichkeit, auf welche sich allein der Zahlungsauftrag beziehen kann, ohne dass eine Einwendung nothwendig wäre, „erlischt“ (arg. § 83 W. O.).¹⁰⁴⁾

Zu bemerken ist schließlich, dass die Amortisierbarkeit einer Hypothekarforderung (§ 118 a. Gb. G.) bei der Meistbetsvertheilung von amtswegen zu berücksichtigen ist (§ 230 E. O.).¹⁰⁵⁾

¹⁰⁴⁾ Vgl. über diese Frage insbes. Pavliček in G. Z. 1898, S. 17; ferner Beck, Zehn Abh., X, S. 81, N. 1; Stubenrauch, II, S. 906 (ad § 1501); Winiwarter, J. Bl. 1897, S. 435; Grünhut, Wechselrecht, II, S. 538, 542.

¹⁰⁵⁾ Vgl. hierüber und über die Frage, wer zur Geltendmachung der Verjährung bei Hypothekarforderungen berechtigt ist, das bei § 469 sub *a* Gesagte.

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen ohne nähere Bezeichnung bedeuten Paragraphe dieses Werkes (welche mit denjenigen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches übereinstimmen); S. = Seite; N. = Note.

- | | |
|--|---|
| Abfindungsbetrag, in der Klage 906 <i>a</i> . | Allographes Testament 579. |
| Abgaben, öffentliche, Execution wegens derselben gegen öffentliche Anstalten 288 (N. 1). | Alter der Gesetze 5 <i>A</i> . |
| — — Vorrecht 5 <i>B</i> , (S. 23), 450 <i>a</i> . | Alternative Ermächtigung 906 <i>a</i> . |
| Ablegnung des Besitzes 376. | Alternativ-Obligation 906. |
| Ablehnung von Richtern 282. | Amortisation bürgerlicher Forderungen 469 <i>a</i> , 1501. |
| Abstehen von der Klage sich Rücknahme. | Analphabeten sieh Schreibensunkundige. |
| Abweisung des Executionsantrages, Anmerkung desselben im öff. Buche 447 <i>b</i> , 1 (und N. 145). | Anbietungsrecht 462. |
| Actenabgabe 1497 (N. 100). | Änderung der Fälligkeit 1417 <i>c</i> . |
| Actiengesellschaft, Form des Vertrages 1178. | Anerbieten der Annahme einer Geldsumme 906 <i>a</i> . |
| Adoption 181. | Anerkenntnis, processuales 1376. |
| Advocaten, Substituierung 1010. | Anerkennung der Vaterschaft 163 <i>a</i> , <i>c</i> , 164. |
| Advocatenzwang 1018. | Anerkennungsvertrag, Novation 1376. |
| Advocaturscandidaten, Substituierung 1018. | Anmerkung, bürgerliche, der Abweisung des Executionsantrages 447 <i>b</i> , 1 (und N. 145). |
| Afterbestand 1098. | — — der Executionsbewilligung 447 <i>b</i> , 1. |
| Afterpfandrecht 454. | — — — Bedeutung für den Universal-successor 811. |
| Alimente, Sicherstellung 468 (N. 263), 1325 (N. 230). | — — der Versagung des Zuschlages 436. |
| — sieh auch Unterhalt. | — — des Zuschlages 436. |
| | Annahme an Kindesstatt 181. |

Annahme der Offerte 862 *b*.
 Anstalten, Executionsprivilegien 461 *b*.
 — öffentliche und gemeinnützige 288.
 Antheile, ideelle, Execution auf 829 *fig*.
 Antrag, Gebundensein an 862 *a*.
 Anweisung 1401.
 Ärar, Vertretung durch Ressortbeamte 1011 (N. 122).
 Arme Partei, Ersatz der Kosten des Vertreters seitens der Gegenpartei 1017 *b*.
 — — Nachzahlung 860 *d*, 1042, 1354.
 Armenvertreter, Bestellung 1034.
 Assignment 1401.
 Auctor *sieh* Vormann.
 Aufforderung vor einem Baue 340.
 — gegen den Besitzer 323.
 — Schutz gegen wiederholte Vormerkung 439 *c*.
 Aufgegebener Besitz 378.
 Aufhebung der Gemeinschaft 841.
 — des letzten Willens 722.
 — der Rechte und Verbindlichkeiten 1417 *fig*.
 Aufkündigung *sieh* Kündigung.
 Aufrechnung *sieh* Compensation.
 Aufschiebung der Execution 429, 813, 1052.
 Augenschein 1108.
 Ausgedinge, Pfandrechte an 5 *B* (S. 22), 448 (N. 152).
 — Übernahme 530.
 Auskunftssachen, Edition 860 *c*.
 Ausland, Gebundenheit der Inländer an inländisches Recht 4.
 Ausländer, persönliche Fähigkeit 5 *A*, *b* (S. 15), 34.
 Ausländisches Recht, Unkenntnis 2.
 Ausländische Vollmachten 1005.
 Auslegung, authentische 8.
 — durch Rückschlüsse 5 *A*, *b* (S. 15).
 Ausnahme, alte, Verhältnis zur neuen Regel 5 *A*, *b* (S. 17).

Ausschließung vom Mitbieten 463.
 Außerexecutionelle Pfandrechtsrealisierung 461 *b*.
 Autor *sieh* Vormann.
 Bauverbot, einstweiliges 341.
 Bauverbotsklage 340.
 Bedingungen, Rückwirkung 897.
 Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten 1354 *fig*.
 Befriedigungsrecht 447 *b*.
 Behebung *sieh* Hebung, Aufhebung.
 Beischlaf, Beweis 163 *a*.
 Beistandschaft 1011 (N. 122).
 Beneficium competentiae 1093, 1354.
 Bergwerksantheil, Zwangsverwaltung 833, 834.
 Börsenpreis 305.
 Börsenschiedsgericht 1391.
 — Vergleich 1380.
 Beschränkung der Execution auf das Pfand 5 *A a* (S. 12), 465.
 Beschreibung, pfandweise, Illata et inventa 1101 *b*.
 — — unverbücheter Liegenschaften 151, 2, *a*, *b*.
 Besichtigung durch Mietlustige 1096.
 Besitz 309 *fig*.
 Besitzer und Inhaber 309.
 — Aufforderungsklage gegen denselben 323, 324.
 Besitzfeststellungsklage 348.
 Besitzklage, ordentliche 339 *a*.
 Besitzrechte 293 *c*.
 Besitzstörungsklage, Frist 339 *b*.
 Besitzstörungsverfahren 339.
 Besitzstreitigkeiten, einstweilige Verfügungen 347.
 Besonnenheit des Testators, Beweis 567.
 Besserer Käufer 1085.
 Bestandgeber, gesetzliches Pfandrecht 1101.

Bestandrechte, einverleibte 1121.
 Bestandvertrag 1093 *fig*.
 — Erneuerung 1114.
 Bestätigung über den Empfang des Heiratsgutes 883 *A*, 1226.
 Bestreitung der Ehelichkeit 156, 158.
 Betagte Forderungen 1417 *c*.
 Bevollmächtigter, Eigenschaften 1018.
 Bevollmächtigung 1002 *fig*.
 — gerichtliche und gesetzliche 1034.
 Bewegliche Sachen 293.
 Beweis der Besonnenheit des Testators 567.
 — des Empfanges des Heiratsgutes 1226.
 — aus der Reife des Kindes 157, 163 *b*.
 — durch Schuldschein 1001.
 — unvollständiger 1001.
 — des Wissens oder Nichtwissens 1439.
 Beweiserfordernisse 577.
 Beweiserschwerungen 4 *A*, *b*, (S. 19), 99, 100, 158 *b*, 883 *A*, 1226.
 Beweiskraft, Bedeutung 577, 883 *A*.
 — alter Beweismittel 5 *B* (N. 24).
 — formelle 883 *B*, *a*, 1001.
 — des Geständnisses 99, 163 *a*.
 — der Handelsbücher 883 *B*, *b*.
 — materielle 883 *A* (N. 27), 1226.
 Beweislast bei negativer Feststellungsklage 158, 324.
 Beweisregeln, gebietende und verbietende 577, 883 *A*.
 Beweistauglichkeit 99, 163 *a*, 883 *A*, 1226.
 Beweiswürdigung, freie 5 *A*, *a*, (S. 9), *b* (S. 18), *B* (S. 24), 100, 586, 722, 883 *A*, 1226.
 Bewirtschaftungsrecht des Vaters, der Mutter 150.
 Bieten, Ausschließung vom 463.
 Blinde, Urkunden 883 *A*.

Bona fides *sieh* guter Glaube, Vertrauen.
 Bürgerliches Recht, Begriff 1.
 Bürgschaft für arme Partei 1354.
 Cautio damni infecti 343.
 — usufructuaria 520.
 Caution, Execution auf 524 *b* (N. 292).
 Cession 1392 *a*.
 Cessionar, Rechte 1394.
 Civilprocessgesetze, Einfluss auf materielles Recht im objectiven Sinne 5 *A*, *b*.
 — Einfluss auf verstreute processuale Bestimmungen 5 *A*, *b* (S. 16).
 — Einfluss auf subjective Rechte 5 *B* (S. 19).
 Civilprocessrecht als öffentliches Recht 1.
 Civilrecht, Begriff 1.
 Codicill *sieh* Letzter Wille.
 Collectiv-Procura 1011.
 — Vollmacht 1011.
 Colonat 11, 1103.
 Commanditgesellschaft auf Actien, Form 1178.
 Compensation 1438, 1445, 1497.
 Competenz *sieh* Gerichtsstand, Zuständigkeit.
 Concludente Handlungen 863.
 Concurs, Compensation im 1459.
 — Beweis des Empfanges des Heiratsgutes 1226.
 — des Machtgebers 1024.
 — des Machthabers 1024 (N. 146).
 — Rangordnung im 470 *a*.
 — Simultanhypotheken 469 *b* (N. 267).
 Concursmasse als Partei 26.
 Confusio 1445.
 Contadini 1103.
 Contrahierungszwang 1034.
 Controversen, Beseitigung 5 *A*, *b* (N. 43).
 Convalidation der Ehe 160.

- Conventionalpfandrecht, Erwerbsarten 451 fg.
 — Realisierung 461.
 — Titel 449 c.
 — an Wechseln 461 b.
 Conventionalstrafe 461 A, c, 1374 (N. 3), 1417 c.
 Convocatio creditorum 813.
 Correalität 891.
 Creditinstitute, Beweiskraft der Bücher 883 B, b (N. 35).
 — Executionsprivilegien 461 b.
 Cridatar, Process- und Parteifähigkeit 21, 26 a.
 Cura honorum 270 b, 426, 1034.
 Curatel 200 fg.
 — Fälle 270.
 Curator, Rechte und Pflichten 282.
 — der Verlassenschaft 811.
 Darlehen, Schuldschein 1001.
 Datum, Beweis 1226.
 Dauer des Gesetzes 9.
 — der Beweiskraft der Handelsbücher 883 B, b.
 Deckungsprincip 464 B.
 Defensor matrimonii 97 b.
 Demolierungsreverse 530.
 Depositen, Pfändung 451, 1 a.
 Depositionspflicht 1425.
 Depositum sieh Verwahrungsvertrag.
 Désaveu 1017 a.
 Deserteur, Fähigkeit 26 a.
 Detention 309.
 Deteriorierung des Pfandes 458 a.
 Dienstbarkeiten 520 fg.
 — unverbücherte 524 (N. 287).
 Dingliche Rechte 309 fg.
 Dispositivurkunden 883 fg.
 Drittschuldner, Erklärung 1397.
 Drittverbot 355 a, 471 a, 1393 b.
 Echter Besitz 347 b.
 Ehefrau, Vertretung 91.
 Ehehindernis, Beweis 99, 100.
 — Hebung desselben 160.
 — öffentlichrechtliche 94.
 Eheliche Folge 92.
 Ehelichkeit des Kindes, Bestreitung mit Klage 158.
 — — Beweis 157.
 — — Protest gegen 156.
 Ehepacten 883 A, 1226.
 Eherecht 91 fg.
 Eheverfahren 97 c, 107 c.
 Edition von Urkunden 860 c.
 Eigene Sache, Mietung der 1093.
 Eigentumsklage 366, 369.
 Eigentumsrecht 355 fg.
 Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger 813.
 Einfluss der Civilprocessgesetze auf materiellrechtliche Sätze 5 A b (S. 15).
 — — auf verstreute processuale Bestimmungen 5 A, b (S. 16).
 — der neuen Rechtsnorm auf das alte Recht im objectiven Sinne 5 A
 — — auf subjective Rechte 5 B (S. 19).
 — der neuen Regel auf alte Ausnahmen 5 A, b (S. 17).
 Einlösungsrecht 462.
 Einmahnung 1417 a.
 Einräumung des Vorranges 470 b.
 Einrede der Compensation 1438 a.
 — des nicht erfüllten Vertrages 1052.
 Einschränkung der Execution 465.
 Einseitiger Rücktritt 919, 1116 c, 1401 (N. 44), 1417 a.
 Einsetzung in den vorigen Stand 1450.
 Einstellung der Execution bei Alternativobligationen 906 a.
 — — gegen Gemeinden 288.
 — — bei jus offerendi 462 b.
 — — Wirkung auf executives Pfandrecht 467, 2.
 — — sieh auch Oppositionsklage.
 Einstweiliges Bauverbot 341.

- Eviction 929.
 Exceptio non adimpleti contractus 1052.
 — vitiosae possessionis 347 b.
 Excindierungsklage 309, 366 b, 457 b, 524.
 Excussio realis 465.
 Execution, Aufschiebung 429, 813, 1052.
 — Beschränkung auf das Pfand 5 A, a (S. 11), 465.
 — Einstellung sieh Einstellung.
 — Fortsetzung gegen Verlassenschaft 811.
 — durch Schiedsrichter 1391.
 — zur Sicherstellung durch Vormerkung 439 b.
 Executionsexemptionen 5 B (S. 21), 448, 1325, 1393.
 Executionsmassaverwalter 270 b, 1034.
 Executionsschritte, einzelne 467, 2.
 Executionstitel 449 b.
 Executiver Erwerb 367, 426, 456.
 Executives Pfandrecht, Charakter 450 b.
 — Einverleibung in der Rangordnung d. Befriedigungsrechtes 447 b, 3.
 — — Erwerbsarten 451 fg.
 Exemption sieh Executionsexemptionen.
 Expropriation, Wirkung auf Pfandrecht 467 b.
 Fälligkeit 1417.
 — Änderung der vertragsmäßigen 1417 c.
 Feilbietung sieh Versteigerung.
 Feststellungsklage, in Betreff Besitz 348.
 — in Betreff Eigenthum 366 a.
 — in Betreff Pfandrecht 1101 d.
 — negative, gegen Besitzer 323.
 — — Beweislast 158 b, 324.
 — — als Schutz gegen wiederholte Vormerkung 439 c.
 Einstweilige Verfügungen während des Besitzstreites 347.
 — — bei Deteriorierung des Pfandes 458.
 — — zur Sicherung des gesetzlichen Pfandrechtes d. Bestandgebers 1101 c.
 — — Veräußerungsverbote 355 a, 1393 b.
 Einverleibte Bestandrechte 1121.
 Einverleibung des Eigenthumsrechtes 431.
 Einwendung sieh Einrede.
 Eltern und Kinder, Rechte zwischen 146 fg.
 Empfang des Heiratsgutes 1226.
 Empfänger, Person des 1424.
 Endigung einer juristischen Person, Einfluss auf Vollmacht 1023.
 Entgehen der Sache dem Pfandrechte 467, 1.
 Entschädigungsanspruch im Besitzstörungsverfahren 339 c.
 — für einverleibte Bestandrechte 1121.
 — für Nothweg 5 A, a (S. 10).
 — bei Simultanhypotheken der nachstehenden Gläubiger 469 b.
 Erbe, Sicherungsmittel der Gläubiger desselben 822.
 Erbrecht 547 fg.
 Erbschaftsklage 823.
 Erbserklärung, Erfordernisse 883 (S. 211).
 Erfüllungsort, Gerichtsstand des 5 A, a (S. 6, 7), 863.
 Erlag zu Gericht 426, 451, 1 b, 1425.
 Erlöschung des Pfandrechtes 467 fg.
 — — durch Zeitablauf 5 B (S. 24), 468.
 Erneuerung des Bestandvertrages 1114.
 — einer Urkunde 236, 860 b.
 Ersatz sieh Entschädigung, Schadenersatz.
 Erwerb vom Nichteigenthümer 367, 456.
 Erwerbsarten d. Pfandrechtes 451 fg.

Fideicommissar, Gläubiger desselben 613.
 Fideicommissgläubiger 642.
 Fiduciar, Gläubiger desselben 613.
 Flösse 293 *a*.
 Folge, eheliche 92.
 Forderung, Verfügung über 1392 *fg*.
 Forderungspfandrecht 1392 *b*.
 Formvorschriften 577, 883 *A*.
 Fortdauer des Vollmachtsverhältnisses nach Eintritt des Auflösungsgrundes 1025, 1026.
 Frachtbrief 884.
 Fragenbeantwortung 8.
 Freie Beweiswürdigung vide Beweiswürdigung.
 Freihändiger Verkauf 367 *a*, 929.
 Freiheitsentziehung, Geldrente wegen 1325.
 Frist zur Besitzstörungsklage 339 *b*.
 — zur Rechtfertigung der Vormerkung 439 *a*.
 Früchte, Erstreckung des Pfandrechtes auf 457 *c*.
 — hängende, Verwaltung zur Sicherung des gesetzlichen Pfandrechtes 1101 *c*.
 — Zins in 1103.
 Fruchtgenuss *sich* Nießbrauch.
 Gebot, geringstes 1374.
 Gebrauch *sich* Nießbrauch.
 Gebundenheit des Inländers an inländisches Recht 4.
 — an die Offerte 862 *a*.
 — des Untergerichtes 12 *b*.
 Geburt, Beweis der Rechtmäßigkeit 157.
 Gegenforderung 1438, 1445.
 Gegenleistung 12 *b* (N. 90), 1052.
 Gegenstand des Pfandrechtes 448.
 Geldpfand 461 *b*, 1424.
 Geldrente wegen Körperverletzung 1325, 1374.
 Gemeindegut 288.
 Gemeinnützige Anstalten, Execution gegen 288.
 Gemeinschaft, eheliche 92.
 — des Eigenthums 829 *fg*.
 — der Güter 1178 *fg*.
 — vermuthete 854.
 Gemeinschaftliche Urkunden 860 *c*.
 Genehmigung, obervormundschaftsbehördliche 233.
 Gerichtlicher Verkauf 1089.
 Gerichtskosten, Pfandrecht 464 *A, b*.
 Gerichtsordnung, Ersatz durch Executionsordnung 461 *a* (N. 200).
 Gerichtsstand der belasteten Sache 466 *a*.
 — der Ehefrau 92 *a*.
 — der ehelichen Kinder 146.
 — des Erfüllungsortes 863.
 — der Hypothekarklage 466 *a*.
 — der unehelichen Kinder 165.
 — des Vertrages bei Ratengeschäften 5 *A, a* (S. 6, 7).
 — der Verwaltung 200, 225.
 Geringfügige Grundbuchssachen 434.
 Geringstes Gebot 1374.
 Geschäftsführung ohne Auftrag 1035.
 Gesammtheiten als Parteien 26 *a*.
 Gesellschaft, Auflösung durch Privatgläubiger eines Gesellschafters 1212.
 — Execution gegen dieselbe 1203.
 Gesellschaftsvertrag, Form 1178.
 Gesetzliches Pfandrecht des Bestandes 1101.
 Geständnis, außergerichtliches 163 *a*, 1226.
 — im Eheprocess 99, 115.
 — der Mutter *betr.* Unehelichkeit des Kindes 158 *b*.
 — der Vaterschaft 163 *a*, 164.
 Gewährleistung 926 *fg*.
 — Ausschluss derselben 929.
 — bei Forderungen 1397.
 — wegen Viehmängel 926, 927.
 Gewahrsam 309.

Gewohnheiten *betr.* Kündigungs- und Räumungsfristen, 10, 1109 *a*, 1116 *a*.
 Gewohnheitsrecht 10.
 — Unkenntnis 2.
 Gläubiger des Erben, Sicherungsmittel 822.
 Gleichzeitige Einverleibungen 1052.
 Grenzerneuerung 850.
 Grenzstreitigkeiten 851, 853.
 Gütergemeinschaft *sich* Gemeinschaft.
 Guter Glaube, Erwerb 367, 456, 451, 2 *b*.
 Handelsbücher, Beweiskraft 883 *B, b*.
 Handelsgesellschaften, Parteilichkeit 26 *a*.
 Handlungsfähigkeit 21.
 — des Ausländers 34.
 Handzeichen *sich* Schreibensunkundige.
 Hängende Früchte, Verwaltung zur Sicherung des gesetzlichen Pfandrechtes des Verpächters 1101 *c*.
 Hebung des Eehindernisses 160.
 Heimatsland 4, 34.
 Hemmung der Execution 429, 813, 1052.
 Hereditas jacens 811.
 Herrühren einer Erklärung, Beweis, 580, 585, 883 *B, a*.
 Hinterlegung bei Gericht 426, 1425.
 — *sich* auch Verwahrung.
 Hyperocha 464 *A, d*.
 Hypothekarforderungen, Pfandrecht an 454.
 Hypothekarklage 447 *a*, 466.
 Ideelle Antheile, Execution auf 829.
 Illiteratens *sich* Schreibensunkundige.
 Impotenz, Beweis 100.
 Incompensable Forderungen 1440.
 Indossable Papiere 292.
 Inhabung 309, 369, 375.
 Inländer, Gebundenheit an inländisches Recht 4.
 Intabulationsclausel, Surrogierung 435.
 Interesse an Klage 19.
 Interpretation *sich* Auslegung.
 Intervention 12 *b*.
 Inventarerbe, Haftung 547 (N. 306).
 Irrthum 871.
 Jagdschiedsgerichte 1391 (N. 22).
 Judenehe, Trennung 135.
 Jura novit curia 2.
 Jus offerendi 462.
 Kaufmännisches Pfandrecht, Realisierung 461 *b*.
 Kaufrechte 293 *c*.
 Kaufvertrag 1070 *fg*.
 Kinder und Eltern 146 *fg*.
 Klagerecht 5 *B* (N. 53), 19.
 Klaglose Obligationen 878.
 Klagscaution, Befreiung 5 *A, a* (S. 9).
 Körperliche u. unkörperliche Sachen 292.
 Körperverletzung, Sicherheitsleistung für Geldrente 1325, 1374.
 Kosten, Erstreckung des Pfandrechtes auf 464 *A, b*.
 — Verpflichtung 860 *c*.
 Kündigung, des Bestandvertrages, Form 1116 *b*.
 — — formlose 1109 *b* (N. 194).
 — — Fristen 1116 *a*.
 — — Rücknahme 1116 *c*.
 — — Wirksamkeit gegen Aftermieter 1098.
 — von Forderungen 1417 *b*.
 — — ohne Rücksicht auf Vertrag 1417 *c*.
 — des Gesellschaftsvertrages durch einen Privatgläubiger 1212.

Kündigung des Vollmachtsverhältnisses 1021.
 Künftiger Vertrag, Verabredung 936.
 Kuxe, bewegliche Sachen 292.

Landesgesetzgebung 11.
 Lebendgeburt, Vermuthung der 23.
 Legalobligationen 860.
 Legitimation des Geklagten im Eigenthumsprocesse 369, 375.
 — unehelicher Kinder 160 fig.
 — — durch Begünstigung des Landesfürsten 162.
 — — durch Hebung des Eehindernisses 160.
 — — durch nachfolgende Ehe 161.
 — — durch Unkenntnis des Eehindernisses 160.
 Leistungsfrist 1417.
 Letzter Wille 567 fig.
 — — allographer 579.
 — — mündlicher 585, 586.
 — — verlorener oder vernichteter 722.
 Lex commissoria 1371.
 Lex posterior derogat priori 5 A, b.
 Liquidität der Forderungen bei Compensation 1438 a.
 Litigiosität 355 b.
 Lüge im Process 376.
 Lohnforderungen, Vorrecht 447 c.
 — im Concourse 470 a.
 Löschungsbegehren, Legitimation 469 a.

Mahnung 1417 a.
 Mala fides, Beweis 368.
 Mandat 1002 fig.
 Mandatsverfahren in Betreff Hypothekarforderungen 447 a.
 — in Betreff verjährter Ansprüche 1501.
 Mangel des Rechtes des Autors 367, 456.

Manifestationseid 458 (N. 198), 860 a.
 Marktpreis 305.
 Materialien 8.
 Matrikel, Einschreibung des väterlichen und des mütterlichen Namens 161, 164.
 Mehrheit der Bevollmächtigten 1011.
 Meliorationsdarlehen, Gesetz 5 A, a (S. 10).
 Mietlustige, Besichtigung durch 1096.
 Mietung der eigenen Sache 1093.
 Mietvertrag 1093 fig.
 Minderjährige, Letztwillige Erklärungen 569.
 — Processfähigkeit 21, 243.
 — Processhandlungen 865.
 — Vertretung 146, 151, 243.
 Mitbieten, Ausschließung vom 463.
 Miteigenthum 361, 829 fig.
 Mittlerweilige Vorkehrungen sich Einstweilige Verfügungen.
 Modus acquirendi des Pfandrechtes 451 fig.
 Mora 1417 d.
 Motive 8.
 Mündliche Nebenverabredungen 887.
 Mündliches Testament 585, 586.
 Muthwillen 1294 a.
 — Strafen 1338 b.

Nacherben, Gläubiger des 613.
 Namhaftmachung des Vormannes 375.
 Nasciturus 22.
 Naturalobligationen 878.
 Nebenverabredungen, mündliche 887.
 Negotiorum gestio 1035.
 Negotium claudicans 865.
 Nennung des Auctors 375.
 Nichteigenthümer, Erwerb vom 367, 456.

Nichterfüllung des Vertrages, Einrede der 1052.
 — — Schadenersatz 1294 b.
 Nichtigkeitsklage 5 B (S. 22).
 Nießbrauch, Caution 520.
 — des Vaters 150.
 — an Wertpapieren 524 b.
 Nominatio auctoris 375.
 Notare, Vertretungsbefugnis 1018.
 Notariatsact, Erfordernis 883 A, 1226.
 Nothwege, Ges. 5 A, a (S. 10).
 Notorietät 11 (N. 83).
 Novation 1376.
 Nutznießung sich Nießbrauch.

Objectiver Umfang des Pfandrechtes 457.
 Obligatio in rem scripta 447 a.
 Obligationen ex lege 860.
 Obligationenrecht 860 fig.
 Offenbarungseid 458 (N. 198), 860 a.
 Öffentliche Anstalten 288.
 Öffentliches Recht 1 (N. 7).
 Öffentlichrechtliche Eehindernisse 94, 97.
 Offerte, Gebundensein an 862 a.
 Oppositionsklage bei Alternativobligationen 906 a.
 — des Inventarserben 547 (N. 306).
 — wegen Novation 1376.
 — gegen Räumungsauftrag 1114.
 — einer Verlassenschaft 811.
 Ordensgeistliche 21, 26 a.
 Ordnungsstrafen 1338 b.

Pactum de contrahendo 936.
 Partitionsfrist 1109 a, 1417 e.
 Partei 26, 270 h.
 Parteieneinvernahme 99, 158, 233, 1439.
 Parteifähigkeit 26 a.
 Passivlegitimation bei der Eigenthumsklage 369, 375.

Patente, Beweis 13.
 Perclussionsrecht des Bestandgebers 1101 a.
 Perfection der Constituierung eines Pfandrechtes an Forderungen 1392 b.
 — des Vertrages 862 b.
 Person, juristische 26 b.
 Personenrecht 19 fig.
 Personenstand, Execution gegen Inländer 4 b.
 Personenvereinigungen 26 a.
 Persönlichkeit 26 a.
 Persönliche Eigenschaften, Rechte aus 19 fig.
 Pfandrecht 447 fig.
 — als Blankettrecht 5 B (S. 20), 461 a (N. 202).
 — Construction 447 a.
 — Entstehungsgründe 450 fig.
 — ob Erbgut 822.
 — Erlöschung 467 fig.
 — an Forderungen 1392 b.
 — Gegenstand 448.
 — an Geld 461 b, 1424.
 — gesetzliches, für öffentliche Abgaben 450 a.
 — — des Bestandgebers 448 (N. 151), 1101.
 — Realisierung 461.
 — Titel 449.
 — Umfang bezüglich Forderung 464 A.
 — — objectiver 457.
 — an Wertpapieren 292, 524.
 Pfändungsregister 451 a (N. 161).
 Pfandvertrag 1371.
 Pfandweise Beschreibung dargebrachten Fahrnisse 1101 b.
 — — unverbücheter Liegenschaften 451, 2 a b.
 Pfllegschaft sich Curatel.
 Possessorium ordinarium und summarissimum 339 a.
 Postvollmacht 1008 (N. 115).
 Präclussionsrecht des Bestandgebers 1101 a.

- Präklusivfristen 339 *b*, 1491.
 Präjudicate 12 *a*.
 Präjudicialität des Freispruches 1338 *a*.
 Pränotation sieh Vormerkung.
 Preis 305.
 Pretium succedit in locum rei 467, 1.
 Privatrecht 1.
 Privatstrafen 1338 *b*.
 Privilegien, Beweis 13.
 — betr. Pfandrealisierung 461 *b*.
 Processfähigkeit des Ausländers 34.
 — Verhältnis zu Handlungsfähigkeit 21, 865.
 Processhindernde Einrede 375 (N. 85), 891.
 Processkosten sieh Kosten.
 Processstellung, Übergang 547, 811, 1394.
 Processunfähige, deren Processhandlungen 865.
 Processvollmacht 1002 *fig*.
 Prorogation, bei Ratengeschäften 5 *A, a* (S. 6 *fig*).
 — unzulässige 879.
 Protest des Mannes gegen Ehelichkeit des Kindes 156.
 Punctationen 885.
 Purgatio morae 1417 *d*.
 Qui tacet consentire videtur 863, 1114, 1401.
 Quittierung durch andere Person als Gläubiger 1424, 1426.
 Quittung, Inhalt und Form 1426.
 Rangordnung der Pfandrechte 470.
 — — im Concourse 470 *a*.
 — — für Nebenverbindlichkeiten 464 *A, a-c*.
 Rangtausch 470 *b*.
 Ratenbriefe, Beweiskraft 5 *A, b* (S. 9).
 Ratenbriefe, mündliche Nebenverabredungen 887.
 Ratengeschäfte, Gesetz 5 *A, a* (S. 6 *fig*).
 Räumung der Bestandsache 1109.
 — Auftrag zur 1109 *b*.
 — — Ausserkrafttreten 1114.
 — — Wirksamkeit gegen Aftermieter 1098.
 — Fristen 1109 *a*.
 — Klage auf 1109 *b*.
 — theilweise, Execution 1109 *c*.
 Realbehörde 225.
 Realisierung des Pfandrechtes 5 *B* (S. 20), 461.
 Realobligation 447 *a*.
 Rechnungsbücher, Beweiskraft 883 *B, b*.
 Rechtfertigung der Vormerkung 439 *a*.
 Rechtmäßigkeit der Geburt, Beweis 157.
 Rechtsfähigkeit 26 *a*.
 Rechtsirrtum 2.
 Rechtskraft der mündlichen letztwilligen Anordnung 586.
 — des Urtheiles, materielle 12 *a*, 1376, 1438.
 — subjective 126, 375 *b*.
 Rechtsnorm, Zerlegung 5 *A, b* (S. 14).
 Rechtsschutzanspruch 5 *B*, (N. 53), 19.
 Rechtssubjectivität 26.
 Rechtsunkenntnis 2.
 Reciprocität, materielle, bei Handelsbüchern 883 *B b*.
 Redlicher Besitzer, Rechte 330, 331.
 Regel neue, Einfluss auf alte Ausnahmen 5 *A, b* (S. 17), 97 *c*.
 Reife des Kindes, Beweis aus der 163 *b*, 157.
 Rei vindicatio 369.
 Relative Ungiltigkeit 436, 865.
 Reposition der Acten 1497 (N. 100)

- Res litigiosa 355 *b*.
 Resolutivbedingung, Rückwirkung 897.
 Restitutio in integrum 1450.
 Retentionsbefugnis als einstweilige Verfügung 471 *a*.
 Retentionsrecht 471.
 — des Bestangebers 1101 *a*.
 Richter, Function 19, 1391.
 — Verschulden 1294 *a* (N. 219), 1134.
 Richterlicher Ausspruch 12.
 — Titel zum Pfandrechte 449 *b*.
 Richterliches Pfandrecht sieh executives Pfandrecht, Execution.
 Richtigkeit der Forderungen bei Compensation 1438 *a*.
 Rückgängigmachung des Zuschlages 330, 331, 1401.
 Rücknahme der Klage 1417 *a*, 1444.
 — — Bedeutung für das Wahlrecht des Gläubigers bei Alternativobligationen 906 *b*.
 — — — — bei einem Solidarschuldverhältnisse 891.
 — — Entscheidung über Processkosten 5 *A, a* (S. 13).
 — der Kündigung des Bestandvertrages 1116 *c*.
 Rückstellung der Bestandsache 1109.
 — der Klage behufs Verbesserung 1497.
 Rücktritt, einseitiger 919, 1116 *c*, 1401 (N. 44), 1417 *a*.
 Rückzahlungsprovision 464 *A, c*, 1417 *c*.
 Ruhen des Verfahrens 1497.
 Sachen und ihre rechtliche Eintheilung 288 *fig*.
 — bewegliche und unbewegliche 293.
 — körperliche und unkörperliche 292.
 — vertretbare 301.
 — dem Verderben unterliegende 301.
 Sachenrecht 288 *fig*.
 Sachverständige bei Erlass des Bestandzinses 1108.
 — bei Grenzstreitigkeiten 853.
 — bei Impotenz 100.
 — bei Mängeln nach Handelsrecht 926 (N. 83).
 — bei Viehmängeln 926.
 Satzweichung 470 *b*.
 Schaden, Beweis 1294 *c*.
 Schadenersatz 1294 *fig*.
 Schätzung 304, 305.
 Scheidung von Tisch und Bett 107.
 Schiedsleid 1380.
 Schiedsrichter, Execution durch 1391.
 Schiedsvertrag 883 (S. 211), 1391.
 Schiffe, Schiffmühlen, auf Schiffen errichtete Bauwerke 293 *a*.
 Schlechte Vertretung, Wiedereinsetzung 1450.
 Schreibensunkundige, Letzter Wille 580.
 — Pränotierbarkeit der Urkunden 434.
 — Quittung 1426.
 — Vertragsfertigung 886.
 Schriftlicher Vertrag 884, 887.
 Schuldbekennnisse zwischen Ehegatten 883 *A*.
 Schuldschein 1001.
 Schuldübernahme 1401.
 Schuldverletzung 1294 *b*.
 Selbständige Handlungen Minderjähriger 146, 151, 243, 865.
 Selbsthilfeverkauf bei Mora accipiendi 1417 *d*.
 Selbstrealisierung des Pfandrechtes durch Pfandgläubiger 461 *b*.
 Sequestration 968, sieh auch Verwahrung, Verwaltung, Zwangsverwaltung.
 Servituten, sieh Dienstbarkeiten, Nießbrauch.
 Sicherheit, processuale 1374.
 Sicherstellung, Art 1374.

- Sicherstellung, Execution zur, Titel 450 *b* (N. 154).
 — — Verhältnis zur Sicherung ob dem Erb gute 822.
 — — durch Vormerkung 439 *b*, 453.
 Sicherstellungsanspruch, materiellrechtlicher 343, 1374.
 Sicherung der Beweise 1108.
 Simultanhypotheken, Barzahlung 1417 *c*.
 — Ersatzanspruch der nachstehenden Pfandgläubiger 469 *b*.
 Solidarschuldner 891.
 Sollicitatoren, Substitution 1010.
 Specialvollmacht 1008.
 Statuten 11.
 Steuern sich Abgaben.
 Stillschweigende Einwilligung 863, 1114, 1401.
 Strafbestimmungen 1338 *b*.
 Strafrechtliches 1338.
 — Urtheil, Präjudicialität 1338 *a*.
 Streitanhängigkeit, 891, 1497.
 Streitgenossenschaft, Correalität 891.
 — des Pfand- und Personalschuldners 466 *a*.
 Streitverkündung 931.
 Subjective Rechtskraft, 126, 375 *b*, 466 *b*.
 Substitut, Gläubiger desselben 613.
 Substituten des Machthabers 1010.
 Succession des Erben in den Process 547.
 — — im Executionsverfahren 547, 811.
 — hypothekarische 469 *b*.
 Summarverfahren 5 *A*, *a* (S. 8), *b* (N. 47).
 Superädificate 293 *c*.
 Surrogierung der Einwilligung 435, 869, 936.
 Suspensivbedingung 897.
 Symbolische Übergabe 427, 452.
 Syndicatsprocess 1341.
- Taubstumme, Urkunden 883 *A*.
 — Vertretung 275.
 Testament sich Letzter Wille.
 Theilschuldverschreibungen, Gesamtheit der Inhaber 26 *a*, 270 *f*.
 Theilung der gemeinsamen Sache 841.
 Theilungsklage 830.
 Theilurtheil bei Compensation 1438 *a*.
 Tilgung der Pfandschuld 469.
 Titel des Pfandrechtes 449.
 Tod, Beweis 24.
 — des Machtgebers 1022.
 — des (unehelichen) Vaters 160, 161, 163 *c*.
 Todeserklärung 24, 112.
 Todtgeburt, Beweis 23.
 Tödtung, Geldrente wegen 1325.
 Tradition, sich Übergabe.
 Trennung der Ehe 112, 115, 135.
- Überbot 1085.
 Übergabe 426 *fig.*, 451 *fig.*
 — erzwungene 367 *b*, 426, 427.
 — — des Pfandes 451, 1 *b*, 456 *b*.
 Übergang der Forderung 1394.
 — des Pfandrechtes auf andere Forderung 469, 4.
 — — auf andere Sache 467, 1.
 — der Rechte und Pflichten auf den Erben 547.
 Übernahme der Lasten 443, 524, 530.
 — des Meliorationsdarlehens 5 *A*, *a* (S. 10), 530.
 — der Nothwegedienstbarkeit 5 *A*, *a* (S. 10), 524 *a*.
 — der Schulden 443, 1401.
 Übernahmsantrag 1089 (N. 169).
 Übersendung, Eigenthumsübergang 429.
 Überweisung zur Einziehung 1034.
 — an Zahlungsstatt 1392 *a*, 1397, 1445.

- Überweisung an Zahlungsstatt von Wertpapieren 1392 *a*.
 Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten 1376 *fig.*
 Umfang des Pfandrechtes, betr. Forderung 464 *A*.
 — — objectiver 457.
 Unbekannte, Curatel für 270.
 Uncompensierbare Forderungen 1440.
 Unechter Besitz 347 *b*.
 Unerlaubtheit 878.
 Ungeborene, Rechte der 22.
 Ungiltigkeit der Ehe 94 *fig.*
 — relative 436, 865.
 — verbotswidriger Veräußerung 367 *c*.
 — einzelner Verträge 879.
 Unkenntnis des Rechtes 2.
 Unpfändbare Gegenstände 5 *B* (S. 21), 448, 1393.
 Unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften, Gesetz 1338 *a*.
 Unterbrechung des Verfahrens, wegen Concurs 1024.
 — — wegen Wuchers 1338 *a*.
 — der Verjährung 865, 1497.
 Untergang der Pfandsache 467.
 Unterhalt des Kindes, gesetzliches Pfandrecht 150.
 Unterhaltspflicht des Ehemannes 91.
 — des unehelichen Vaters 163 *c*, *ß*, 165.
 Unterschrift 883 *B*, *a*, 884, 885, 1426.
 Unverbücherte Dienstbarkeiten 524 (N. 287).
 — Liegenschaften, Pfandrechtserwerb 151, 2 *a*, *b*.
 Unvermögen, Beweis 100.
 Unwissenheit des Eehindernisses 160.
 Unzulänglichkeit des Pfandes 458.
 Unzuständigkeit des Erkenntnisgerichtes, Berücksichtigung im Executionsverfahren 5 *A*, *a* (S. 7, 8).
- Urkunden, Beweiskraft, formelle 883 *B*, *a*.
 — Erfordernisse zur bürgerlichen Eintragung 434.
 — Form 883 *fig.*
 — Verschaffung seitens des Vormundes 236.
 Urtheil sich Novation, Rechtskraft.
 Ususfructus, sich Nießbrauch.
- Vaterschaft, uneheliche, Anerkennung 164.
 — — Beweis 163 *a*.
 — — Feststellung nach dem Tode 163 *c*.
 — — Gegenbeweis 163 *b*.
 Verabredung eines künftigen Vertrages 936.
 Verantwortlichkeit des Nominanten 375 *c*.
 Veräußerungsverbote 355, 1393.
 Verbesserung, Rückstellung der Klage behufs 1497.
 Verbot eines Baues 340, 341.
 — pfandrechtliche Wirkung 1393 *b* (N. 33).
 — sich Drittverbot, Einstweilige Verfügung, Veräußerungsverbot.
 Verbotswidrige Veräußerung 355, 367 *c*, 1393.
 — Verpfändung 456 *c*, 1393.
 Verderben, dem V. unterliegende Sachen 301.
 Vereinigung 1445.
 Verfall des Pfandes 1371.
 Verfolgung der Rechte 19.
 Verfügungen mit unpfändbaren Forderungen 1393 *a*.
 — einstweilige, sich einstweilige Verfügungen.
 Vergleich 1380.
 Verjährung 1491 *fig.*
 — Unterbrechung 1497.
 Verkauf, executiver 1089.

- Verkauf, executiver, Wirkung auf Bestandrechte 1121.
 — — — auf Dienstbarkeiten 524.
 — — — auf Pfandrechte 467, 1 b.
 Verlassenschaftscurator 270 g, 811.
 Verlassenschaftsgläubiger, Einberufung 813.
 Verlust der Testamentsurkunde 722.
 Vermögensmassen als Parteien 26 a, 270 h.
 Vermuthung der Ehelichkeit 156, 158 b.
 — der Giltigkeit der Ehe 99, 160.
 — der Lebendgeburt 23.
 — des Titels des Besitzers 323, 324.
 — der Vaterschaft 163.
 — bei Verletzung des Verschlusses 966.
 — bei Viehmängeln 926, 927.
 Verpfändbarkeit Unterschied von Pfändbarkeit 5 B (S. 21), 448.
 Verpflichtungsfähigkeit 21, 865.
 Versagung des Zuschlages 436.
 Verschieben der Fälligkeit 1417 c.
 Verschlechterung der Pfandsache 458 a.
 — der Vermögensverhältnisse des Verpflichteten 458 b.
 Verschlussene Sachen, Depositum 966.
 Verschulden 1294.
 — Grade 1294 a.
 — grobes 1017 b, 1294 a.
 — des Richters 1294 a (N. 219), 1341.
 Verschweigung 367 a.
 Versicherungssumme 467, 1 a.
 Versio in rem 1042.
 Versöhnungsversuche 107 a.
 Verständigung des Eigenthümers von Entstehung eines Afterpfandrechtes 455.
 Verstärkung des Verpflichtungsgrundes 1376.
 Versteigerung, Construction 862 (N. 8), 1089.
 — Hintansetzung der Realisierungsart des Pfandrechtes 461 a.
 — behufs Theilung 843.
 Vertheidiger des Ehebandes 97 b.
 — der ehelichen Geburt 158 b.
 Vertheilungsbeschluss, subjective Rechtskraft 12 b.
 Verträge überhaupt 860 fig.
 Vertragsabschluss 862.
 Vertragsmäßiges Pfandrecht, sieh Conventionalpfandrecht.
 Vertragsverletzung 919, 1294 b.
 Vertrauen auf das öffentliche Buch, bei executivem Erwerb 451, 2 b, 456 a b.
 Vertretbare Sachen 301.
 Vertretung der Ehefrau 91.
 — gesetzliche 1034.
 — des Minderjährigen 243, 865.
 — des Taubstummen 275.
 Vertretungsleistung 931.
 Vertuschungsverdacht 860 a.
 Verwahrung, gerichtliche 968, 1101 c, 1425.
 Verwahrungsvertrag, Beweis des Schadens 966.
 Verwaltung, gerichtliche 458 a, 968, 1101 c.
 — einer gemeinsamen Sache 833, 834.
 Verweisung auf das Pfand 465.
 Verwendung zu Nutzen eines Anderen 1042.
 Verzicht, des Gläubigers, auf Fortsetzung der Execution 467, 2.
 — — auf das Pfandrecht 467, 2.
 — des Klägers bei negativer Feststellungsklage 1444.
 — Urtheil auf Grund von 1444.
 Verzug 1417 d.
 Verzugszinsen 1417 a.
 Viehmängel 926, 927.
 Vollmacht 1002 fig.
 — des Verwalters der gemeinsamen Sache, Suspension 833.

- Vollmacht, Urkunde 1005.
 Vollstreckbare Forderung, Pfandrecht für 450 b, 451 (N. 168).
 Vollstreckungsorgan 1034, 1424.
 Vorbehalt eines besseren Käufers 1085.
 Vorgegebener Besitz 377.
 Vorkaufsrecht 1076, 1085 (N. 167).
 Vormann, bürgerlicher 432.
 — Namhaftmachung 375.
 — Nichteigenthümer 367.
 — verdächtiger 368.
 Vormerkung 439, 453.
 Vormundschaften 200 fig.
 Vorrangseinräumung 470 b.
 Vorrechtsklage 452, 1101 c, d.
 Vorzug des Besitzers 324, 374.
 Vorzugsrecht 447 c.
 — der öffentlichen Abgaben 447 c, 450 a.
 — der Lohnforderungen 447 c, 470 a.
 Wahl bei Alternativobligationen 906.
 — unter mehreren Solidarschuldnern 891.
 Wahlrecht des Gläubigers bei Alternativobligationen 906 b.
 — des Schuldners bei Alternativobligationen und alternativer Ermächtigung 906 a.
 Wahnsinnige, Processhandlungen 865.
 Wassergenossenschaftsbeiträge 530.
 Wechsel, Pfandrecht an 461 b.
 Wechselverfahren, Zahlungsauftrag 1501.
 Wechselverjährung 1497, 1501.
 Wegnahme durch Vollstreckungsorgane 426, 1424.
 Wert 304, 305.
 Wertpapiere als bewegliche Sachen 292, 426.
 — Erwerb executiven Pfandrechtes an 451, 1 a.
 — als Forderungen 292, 426.
 Wertpapiere, Nießbrauch an 524 b.
 — Übergabe 426.
 Widerrechtliche Handlungen 1294 a.
 Widerruf des Geständnisses 871, 1017 a.
 — der Vollmacht 1020.
 Widerspruch des Ehemannes gegen Ehelichkeit 156, 158.
 — mangels Deckung der Vorhypothek 464 B.
 Widerspruchsklage 309, 366 b, 457 b, 524.
 Wiederaufnahme 1450, 1497.
 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1450.
 Wiederholte Vormerkung, Schutz gegen 439 c.
 Wiederkaufsrecht 1070.
 Willens- und Wissensurkunden 883 A.
 Winkelschreiber 1018.
 Wirksamkeit der Gesetze 3, 5 A, a.
 — des Urtheiles gegen Dritte 12 b, 375 b, 466 b, 1098.
 Wohnort der Ehefrau, abgesonderter 92 c, 107 c.
 Wohnräume des Verpflichteten bei Zwangsverwaltung 1093, 1354.
 Wuchergesetz 1338 a.
 Zahlungen Vollstreckungsorgan 1424.
 Zeichen, Übergabe durch 427, 452.
 Zeit der Erfüllung 1417.
 Zeitablauf, Wirkung auf executives Pfandrecht 468, 3.
 Zeitpunkt der Bestätigung des Empfangs des Heiratsgutes 1226.
 Zeugenschaft bei letztem Willen 585, 586.
 — — Fähigkeit zur 536 (N. 317 i. f.).
 Zinsen, Erstreckung des Pfandrechtes auf 464 A, a.
 Zinserslass, Constatierung des Unglücksfalls 1108.
 Zinsklage 1098, 1101.

- Zug um Zug 1052.
 Zugehör 294, 457 *b*.
 Zurück— sieh Rück—.
 Zuschlag, Anmerkung 436.
 — Eigenthümerwerb 436.
 — Tag 862 *b*.
 — Versagung 436.
 Zuständigkeit zur Adoption 181.
 — in Curatelssachen 280, 282.
 — im Eheprocess 97 *a*.
 — zum Erlag zu Gericht 1425 *b*.
 — zur Legitimation per rescriptum 162.
 — zu Streitigkeiten über uneheliche
 Vaterschaft 165.
 — sieh auch Gerichtsstand.
- Zustellungsbevollmächtigter
 1002 (N. 105).
 Zuwachs 457 *a*.
 Zwangsversteigerung, Einfluss
 auf Bestandrechte 1121.
 Zwangsverwaltung, Construction
 1034.
 — Einfluss auf Bestandrechte 1121
 (N. 209).
 — eines ideellen Antheiles 833, 834.
 — Verhinderung des Entgangs der
 Früchte 457 *c*, 1101 *c*.
 — Verhältnis zur außerstreitigen Seque-
 stration 5 *A*, *a* (S. 12), 462 (N. 209).
 — anstatt Zwangsversteigerung 1417 *c*.

Chronologisches Register der citierten Gesetze und Verordnungen.

(Die Zahlen ohne nähere Bezeichnung bedeuten Paragraphe dieses Werkes, welche mit den-
 jenigen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches übereinstimmen; S. = Seite; N. = Note.)

- | | |
|--|---|
| l. 14 C. de compens 4, 31 . . . 1438 (N. 69) | Allgemeine Gerichtsordnung |
| l. 31 C. de testam. 6, 23 . . . 586 (N. 317) | v. 1. Mai 1781, J. G. S. Nr. 13: |
| Ordonnance de Moulins v. Februar | § 138 883 <i>B</i> , <i>b</i> |
| 1566 887 (N. 46) | § 141 883 <i>B</i> , <i>b</i> |
| Böhm. Stadtrechte v. 16. Oct. 1579, | § 176 236 |
| lit. D. 45, 53, 58 . . . 586 (N. 317) | § 177 236 |
| lit. G. 10 1438 <i>a</i> | § 201 304 (N. 17) |
| Oberösterr. Landtafel . . . 586 (N. 317) | § 212 883 <i>B</i> , <i>b</i> |
| Lüneburger Statutarrecht v. Jahre | § 283 471 |
| 1778 11 | § 292 968 |
| Allgemeine Gerichtsordnung | § 293 968, 1101 <i>c</i> |
| v. 1. Mai 1781, J. G. S. Nr. 13: | § 300 1417 <i>e</i> |
| § 12 2 | § 310 936 |
| § 40 5 (S. 7) | § 311 465 |
| § 47 5 (S. 8) | § 320 968 |
| § 49 891 | § 338 919 |
| § 53 5 (S. 8) | § 343 451 (N. 162), 1101 <i>c</i> |
| § 64 243 | § 409 376 |
| § 110 5 (N. 70), 163 <i>a</i> , 1226 | Hofdecret vom 28. Mai 1783, |
| § 113 383 <i>B</i> , <i>a</i> , 1226 | J. G. S. Nr. 139 (Pfandreali- |
| § 114 1001 (N. 104) | sierung) 461 (N. 199) |
| § 116 580, 886 | Hofdecret vom 10. Mai 1784, |
| § 120 883 <i>B</i> , <i>b</i> | J. G. S. Nr. 286 (Verschulden |
| § 121 883 <i>B</i> , <i>b</i> | des Richters) 1294 <i>a</i> |
| § 131 236, 860 <i>b</i> | Resolution vom 14. Juni 1784, |
| § 132 236, 860 <i>b</i> | J. G. S. Nr. 306, lit. <i>aa</i> (Aus- |
| § 137 5 (N. 70), 883 <i>B</i> , <i>b</i> | wahl der Executionsobjecte) . . . 465 |

Instruction für die Justizstellen vom 9. September 1785, J. G. S. Nr. 464, insbesondere II. Th., §§ 40, 41 461

Resolution vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489, lit. *qq* (Schiedsrichter) 1391

Hofdecret vom 11. November 1785, J. G. S. Nr. 480 (Eheverfahren) 97 *c*

Patent vom 12. December 1785, J. G. S. Nr. 502 (Handelsbücher), al. 1 . 883 *B, b* (N. 37) al. 2 883 *B, b* (N. 39)

Hofdecret v. 15. Juli 1786, J. G. S. Nr. 565 (Feilbietungsordnung) 843

Hofdecret vom 15. Januar 1787, J. G. S. Nr. 620 (Compensation) 1438 (N. 69) lit. *e* (Klagsverbesserung) . . 891

Hofdecret vom 4. Mai 1787, J. G. S. Nr. 676 (Handelsbücher) 883 *B, b* (N. 39)

Hofdecret vom 12. August 1788, J. G. S. Nr. 871 (Eheverfahren) 97 *c*

Hofdecret vom 4. Juni 1789, J. G. S. Nr. 1015, lit. *f* (Nullität) 5 (N. 62)

Hofdecret vom 13. Juli 1789, J. G. S. Nr. 1033, lit. *b* (Pfandrecht an Wechsehn) 461 *b*

Hofdecret vom 19. Januar 1790, J. G. S. Nr. 1094, lit. *d* (Vertretung einer Verlassenschaft) 811

Hofdecret vom 27. Juli 1792, J. G. S. Nr. 36, lit. *a* (Incompetenz-einwendung) 5 (S. 7)

Preussisches Landrecht vom 5. Februar 1794:

Einleitung § 12 2

I. 5, §§ 127, 128 887

I. 5, § 433 891

I. 9, § 605 1497

I. 20, § 25 461 (N. 199)

Hofdecret vom 22. April 1796, J. G. S. Nr. 293 (Verschulden des Richters) 1294 *a*

Westgalizisches Gesetzbuch v. 13. Februar 1797, J. G. S. Nr. 336:

I. Th. § 11 2

II. Th. § 365 569

II. Th. § 382 586

II. Th. § 601 586

III. Th. § 34 891

III. Th. § 139 966

III. Th. § 260 1001

III. Th. § 568 1438 *a*

Hofdecret vom 31. October 1800, J. G. S. Nr. 512 (Sequestration wegen Bestandzins) . . . 1101 *b*

Code civil.

Art. 1290, 1291 1438 *a*

Art. 1341 887

K. Patent vom 1. Juli 1811, J. G. S. Nr. 946 (Kundmachungspatent zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche)

Abs. I 461 (N. 207)

" IV 461 (N. 207)

" VI 5 (S. 24)

" VII, al. 2 461 (N. 207)

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch:

§ 1 1, 280

§ 2 2, 10, 13

§ 3 3

§ 4 4, 34

§ 5 5

§ 6 586, 1226

§ 7 469 *b*, 524, 1002, 1226

§ 8 8

§ 9 9

§ 10 10, 13

§ 11 11

§ 12 12

§ 13 13

§ 16 19

§ 19 19

§ 21 21

§ 22 22

§ 23 23

§ 24 24

§ 25 24

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch:

§ 26 26

§ 34 5 (S. 15), 34

§ 55 586 (N. 315)

§ 75 722 (N. 322)

§ 91 91

§ 92 92

§ 94 94

§ 97 97

§ 98 98

§ 99 . 5 (N. 48), 97 *c*, 99, 100, 115, 135, 160

§ 100 5 (N. 48), 100

§ 107 5 (N. 47), 91, 92 *c*, 107

§ 108 91

§ 112 112

§ 115 19, 115

§ 117 91

§ 138 158 *b*

§ 146 146, 165

§ 150 150

§ 151 34, 146, 151, 243

§ 156 156, 158 *a*

§ 157 5 (N. 47), 157, 577

§ 158 5 (N. 48), 158, 577

§ 160 160

§ 161 161

§ 162 161, 162

§ 163 161, 163

§ 164 161, 163 *c*, 164

§ 165 165

§ 167 21

§ 171 163 *c*, 165

§ 181 181

§ 200 200, 282

§ 225 225, 280

§ 233 233, 834

§ 236 236

§ 240 225

§ 243 243

§ 246 243

§ 247 243

§ 248 243

§ 270 270

§ 275 275

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch:

§ 276 811

§ 280 280

§ 282 282

§ 288 288

§ 292 292

§ 293 293

§ 294 294

§ 299 293 *d*

§ 300 293 *a*

§ 301 301

§ 304 304

§ 305 305

§ 306 305

§ 309 309

§ 323 323, 324

§ 324 324

§ 329 bis 336 330

§ 330 330

§ 331 331

§ 338 330

§ 339 339, 340 *b*

§ 340 bis 342 341

§ 340 340

§ 341 341

§ 343 343

§ 347 347

§ 348 348

§ 355 355

§ 361 361

§ 366 309, 366, 369

§ 367 355 *a*, 367, 929

§ 368 368

§ 369 369

§ 372 309, 339 *a*

§ 374 366 *a*, 374

§ 375 369, 375

§ 376 376

§ 377 375 (N. 84), 377

§ 378 378

§ 426 426

§ 427 427

§ 429 429

§ 431 431

§ 432 432

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch:	
§ 434	434, 886
§ 435	435
§ 436	436
§ 439	439
§ 443	443
§ 445	886
§ 447	447, 461
§ 448	448
§ 449	449
§ 450	447 a, 450, 461 a
§ 451	451, 524 b
§ 452	450 b, 451. 1 a, 452
§ 453	453
§ 454	454
§ 455	455
§ 456	355 a, 367 c, 455, 456, 468
§ 457	457
§ 458	458
§ 461 § (S. 16, 20), 447 a, 461, 466 (N. 243).	
§ 462	462
§ 463	463
§ 464	5 (S. 11), 464
§ 465	5 (S. 11), 461 a, 465, 466 (N. 243)
§ 466	465 (N. 234), 466
§ 467	467, 469 b
§ 468	468
§ 469	469
§ 470	470
§ 471	461 a, 471
§ 504	524 b
§ 509	524 b
§ 510	301
§ 520	520
§ 524	524
§ 530	530
§ 547	547, 811
§ 567	567
§ 569	569
§ 577	577, 586, 722, 883
§ 578	579, 883
§ 579	579, 722 (N. 322), 883
§ 580	580, 586 (N. 317), 883

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch:	
§ 585	585, 586 (N. 317)
§ 586	586, 722
§§ 591 bis 596	586 (N. 317)
§ 613	613
§ 642	642
§ 708	897
§ 713	5 (N. 46)
§ 721	722
§ 722	5 (N. 48), 722
§ 811	270, 811
§ 813	813
§ 815	813
§ 822	822
§ 823	823
§ 824	367 (N. 73)
§ 829	829
§ 830	830
§ 833	833, 834
§ 834	834
§ 836	834
§ 837	833
§§ 841 bis 853	841 a
§ 841	841
§ 843	843
§ 844	860 c
§ 850	850
§ 851	851
§ 852	853, 854
§ 853	853
§ 854	854
§ 857	854
§ 860	860
§ 862	862
§ 863	577, 863
§ 865	21, 436, 456 a, 865
§ 869	869
§ 870 fig.	436
§ 870	456 a
§ 871	871
§ 878	878
§ 879	879
§ 883	1, 883, 1226
§ 884	883, 884, 886
§ 885	885, 886

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch:		Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch:	
§ 886	434, 883, 886, 1426	§ 1052	1052
§ 887	887	§ 1070	1070
§ 888	26 a	§ 1072	1085
§ 889	26 a	§ 1075	1070
§ 891	891	§ 1076	524 a, 1076
§ 897	897	§ 1085	330, 1085
§ 904	904	§ 1089	1089
§ 906	906, 1116 c	§ 1093	1093
§ 907	906 b	§ 1096	1096
§ 914	11	§ 1098	1098
§ 919	330, 919, 1294 b	§ 1101	294 b, 1098, 1101
§ 923	929	§ 1103	1103
§§ 924 bis 926	927	§ 1105	1108
§ 924	926, 927	§ 1108	1108
§ 925	926, 927	§ 1109	1109
§ 926	926, 927	§ 1113	1116 a
§ 927	927	§ 1114	1114
§ 929	929	§ 1116	1116
§ 931	931	§ 1120	1001 b, 1121
§ 932	1294 b	§ 1121	524 a, 1121
§ 936	936	§ 1153	1294 b
§ 960	968	§ 1178	1178
§ 966	966	§ 1179	1179
§ 968	968, 1101	§ 1203	1203
§ 983	301	§ 1212	1212
§ 1001	1001	§ 1226	5 (N. 48), 1226
§ 1002	1002	§ 1238	91
§ 1005	1005	§ 1239	91
§ 1008	1008	§ 1277	293 b
§ 1010	1010	§ 1294	1294
§ 1011	1011	§ 1297	2, 368
§ 1012	1294 a	§ 1298	966
§ 1017	1017	§ 1299	2
§ 1018	1018	§ 1325	1325
§ 1020	1020	§ 1326	1325
§ 1021	1021	§ 1327	1325
§ 1022	1022	§ 1329	1325
§ 1023	1023	§ 1331	1294 a
§ 1024	586 (N. 315), 883, 1024	§ 1333	1417 a
§ 1025	1022, 1025	§ 1334	1334, 1417 a
§ 1026	1026	§ 1335	5 (N. 54), 1417 a
§ 1034	91, 1034	§ 1336	1336
§ 1035	1035	§ 1338	1338
§ 1042	1042, 1401	§ 1341	1341

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch:	Hofkanzleidecret vom 22. December 1814, J. G. S. 1118 (Fähigkeit der Ausländer) 34
§ 1354 1354	Hofkanzleidecret vom 13. Sep- tember 1815, Pol. Ges. S. Bd. XLIII (Feilbietungsord- nung) 843
§ 1369 455	Hofdecret vom 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595 (Verfahren in Ehestreitigkeiten) . . . 97c, 100
§ 1370 887	§ 13 100
§ 1371 355 (N. 66), 524 (N. 291), 1371	Hofdecret vom 5. November 1819, J. G. S. 1621 (Pfandweise Be- schreibung) 1101 b
§ 1373 343, 520, 1374	Hofdecret vom 7. April 1826, J. G. S. 2178 (Execution auf Zugehör) 294 b
§ 1374 520, 1374	Hofdecret vom 10. April 1837, J. G. S. 189 (Pfandrecht des Bestandgebers) 1101 d
§ 1376 1376	Ungarischer XV. Gesetzartikel vom Jahre 1840, I. Th.: §§ 193, 194 461 (N. 207)
§ 1378 1376	Hofkanzleidecret vom 30. März 1840, J. G. S. Nr. 418 (Demo- lierungsreverse) 530
§ 1379 1376	Hofdecret vom 21. Februar 1842 J. G. S. Nr. 399 (Deserteure) 26 a
§ 1380 1380	Hofdecret vom 24. October 1845, J. G. S. 906 (Summarver- fahren): § 2 906 a
§ 1391 1391	§ 25, al. 2 5 (S. 8)
§ 1392 1392	Hofdecret vom 19. Februar 1846, J. G. S. Nr. 938 (Hebräische Schrift) 886
§ 1393 1393	K. Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12 (Ver- fahren in Besitzstreitigkeiten) 339 a
§ 1394 462, 1394	§ 5, al. 2 339 c
§ 1395 455	§ 10 347 a
§ 1396 1438	Patent v. 25. Januar 1850, R. G. Bl. Nr. 51 (Kundmachungspatent zur Wechselordnung) § 5 461 (N. 207)
§ 1397 1397, 1438	§ 7 461 (N. 207)
§ 1401 1401	
§ 1406 1438	
§ 1407 1401	
§ 1408 1401	
§ 1417 1417	
§ 1419 1417 d	
§ 1421 1438	
§ 1422 1397	
§ 1423 1401	
§ 1424 1424	
§ 1425 426, 1425	
§ 1426 1426	
§ 1434 1438	
§ 1438 1438, 1497	
§ 1439 1438, 1439	
§ 1440 1440	
§ 1444 1444	
§ 1445 1445	
§ 1450 1450	
§ 1483 5 (N. 37)	
§ 1491 1491	
§ 1492 1497, 1501	
§ 1497 5 (S. 16), 339 b, 1497	
§ 1501 1501	
Hofdecret vom 8. Februar 1812, J. G. S. Nr. 971 (Ausländische Vollmachten) 1005	

Allgemeine Wechselordnung:	K. Patent vom 9. August 1854 R. G. Bl. Nr. 208 (Verfahren außer Streitsachen) 5 (S. 12)
Art. 17 426 (N. 104), 1005	§ 8 883 A (N. 29)
„ 26, al. 2 891	§ 61 586
„ 39 1426	§ 65 585, 586
„ 49 891	§ 78 811, 1022
„ 54 1426	§ 122 883 A
„ 80 1497	§ 123 586
„ 81, al. 3 891	§ 123 al. 2 586
„ 83 1501	§ 128 811
„ 84 34	§ 129 811
Justiz-Ministerial-Erlass vom 21. August 1851, Z. 10351 (Notare) 1018	§ 182 26 a
Justiz-Ministerial-Erlass vom 17. Februar 1852, Z. 17.431 (Notare) 1018	§ 254 642
Justiz-Ministerial-Erlass vom 7. April 1852, Z. 4453 (Notare) 1018	§ 258 168, 181
K. Patent vom 15. August 1852, R. G. Bl. Nr. 184 (Privilegien- gesetz) 13	§ 259 162, 181
K. Patent vom 20. November 1852 R. G. Bl. Nr. 251 (Civil-Juris- dictionsnorm):	§ 264 162
§ 19 92 a	§§ 272 bis 280 843
§ 20 92 a	§ 272 304, (N. 17) 843
§ 34 200	§ 277 843
§ 43 5 (S. 7)	Justiz-Ministerial-Verordnung vom 11. October 1854 R. G. Bl. Nr. 264. (Advocatenprüfung). § 3, lit. c 1001
§ 47 5 (S. 7)	Militär-Strafgesetz vom 15. Januar 1855, R. G. Bl. Nr. 19: § 208, lit. a 26 a
§ 48, al. 1 5 (S. 7)	K. Verordnung vom 21. Mai 1855 R. G. Bl. Nr. 95 (Mandatsver- fahren für Notariatsacte): § 1 447 a
§ 83, al. 2 181	K. Verordnung vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 (Ver- fahren in Bestandstreitig- keiten): § 2, lit. b 10
§ 88, al. 2 162	§ 15 1438 a
K. Patent vom 3. Mai 1853, R. G. Bl. Nr. 81 (Gerichts- Instruction) § 52 5 (N. 62)	§ 16 1438 a
Allgemeines Berggesetz vom 23. Mai 1854 R. G. Bl. Nr. 146.	§ 21 1098
§ 136 al. 1 293 b	§ 22 1114
§ 140 293 b	§ 23 1103
§ 191 a 524 a	Justiz-Ministerial-Verordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130 (allgem. Mandatver- fahren) 447 a
Justiz-Ministerial-Erlass vom 2. Juni 1854 Z. 9591 (Notare) 1018	

Ministerial-Erlass vom 21. December 1859, R. G. Bl. Nr. 10 ex 1860 (Demolierungsreverse)	530
Justiz-Ministerial-Verordnung vom 19. September 1860 R. G. Bl. Nr. 212 (Hypothekarklage):	
§ 2	466 a
Gesetz vom 17. December 1862 R. G. Bl. Nr. 1 ex 1863 (Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche):	
§ 20	883 B b
§ 21	883 B b
§ 22	883 B b (N. 39)
§ 48	926
Allgemeines Handelsgesetzbuch:	
Art. 27, al. 2	5 (N. 49)
„ 34	883 B b
„ 37	883 B b
„ 42	1011
„ 42, al. 1	1005
„ 46	1020
„ 77	883 B, b
„ 78	883 B, b
„ 125	19 (N. 104)
„ 126	1212
„ 127 bis 131	1212
„ 132	1212
„ 170, al. 2	1212
„ 174, al. 2	1178
„ 194	26 a
„ 195	26 a
„ 208, al. 2	1178
„ 226	26 a
„ 273 al. 1	5 (N. 21)
„ 274	5 (N. 21)
„ 297	1022
„ 306	367 b, c
„ 307	367 c
„ 310	461 b
„ 311	461 b
„ 313 bis 316	471 b
„ 323	863
„ 343, al. 2	301
„ 347, al. 2	863

Allgemeines Handelsgesetzbuch:	
Art. 348	926
„ 348, al. 3	926
„ 356	1294 b
„ 357	1294 b
„ 365	926
„ 407	926
„ 407, al. 2, 3	926
Bürgerliches Gesetzbuch für Sachsen vom 2. Jänner 1863:	
§ 5	5 (N. 45)
Ministerial-Verordnung vom 23. October 1865, R. G. Bl. Nr. 110 (Creditanstalten):	
Art. III	471 b
Gesetz vom 1. Juni 1866, L. G. Bl. f. Böhm. Nr. 49 (Jagdgesetz):	
§§ 45, 46	1391
Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, R. G. Bl. Nr. 144 über die richterliche Gewalt:	
Art. 6	19
„ 14	19
Gesetz vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96 (Advocatenordnung):	
§ 11, al. 3	1020
§ 14	1010
§ 15	1010
§ 19	471 b
Concursordnung vom 25. December 1868, R. G. Bl. Nr. 1 ex 1869:	
§ 1	1024
§ 1, al. 1, 2	26 a
§ 3	1024
§ 5	1024
§§ 6 bis 10	1024
§ 6	1024
§ 7	1024
§ 9	1024
§ 10	1024, 1034 (N. 149), 1394
§ 11, al. 2	471 b
§§ 31 bis 41	470 a
§ 35	464 a
§ 37	469 b (N. 267)

Concursordnung vom 25. December 1868, R. G. Bl. Nr. 1 ex 1869:	
§ 42, Z. 2	470 a
§ 49	5 (N. 48), 1226
§ 111	1002 (N. 105)
§ 147, lit. f	470 a
Gesetz vom 5. März 1869, R. G. Bl. Nr. 27 (Eisenbahnhauptpflicht):	
§ 3	5 (N. 47)
Gesetz vom 14. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 63 (Gewerbegerichte):	
§ 34	243
Gesetz vom 30. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 93 (Wassergesetz):	
§ 23	5 (N. 30), 530
Notariatsordnung vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 75:	
§ 2	883
Gesetz vom 25. Juli 1871 R. G. Bl. Nr. 76 (Notariatszwang)	883
§ 1, lit. a	883, 1001
§ 1, „ b	883, 1001
§ 1, „ c	1226
§ 1, „ d	883
§ 1, „ e	883
Allgemeines Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95:	
§ 5	464 c
§ 8, Z. 3	447 b
§ 13	829
§ 14	464 a c
§ 17	464 a
§ 21	432, 454
§ 22	432
§ 26, al. 1	434
§ 30	470 b
§ 38, lit. a	439 b
§ 48, al. 2	438 c
§ 51	469 b
§ 60	466 b
§ 61, al. 2	811
§ 62	811
§ 72	436
§ 78	432

Allgemeines Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95:	
§ 97, al. 1	1052
§ 118	1501
§ 123	1393 b
§ 123 Z. 3	455
Gesetz vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 96 (Grundbuchsanlegung):	
§ 6	367 (N. 71)
Gesetz vom 19. Juni 1872 R. G. Bl. Nr. 88 (Wechselnovelle) 886 (N. 44)	
Gesetz vom 12. Juli 1872 R. G. Bl. Nr. 112 (Syndicatsverfahren) 1341	
Gesetz vom 9. April 1873 R. G. Bl. Nr. 70 (Genossenschaften):	
§ 3 Z. 2	1178
§ 25	26 a
Gesetz vom 29. April 1873, R. G. Bl. Nr. 77 (Pferde bei Mobiliarisierung)	467 a (N. 256)
Gesetz vom 16. April 1873 R. G. Bl. Nr. 68 (Dienstbezüge)	5 (S. 22)
Gesetz vom 27. April 1873 R. G. Bl. Nr. 66 (Bagatellverfahren)	
§ 1 al. 1 Z. 2	906 a
§ 9	91
§ 10	243
§ 63	966
Gesetz vom 2. Mai 1873, R. G. Bl. Nr. 93 § 23 (Bestandverfahren für Dalmatien)	1103
Gesetz vom 24. April 1874 R. G. Bl. Nr. 48 (Pfandbrief-Curator)	270 f
Gesetz vom 24. April 1874 R. G. Bl. Nr. 49 (Theilschuldverschreibungen)	270 f
Gesetz vom 16. Mai 1874 R. G. Bl. Nr. 69 (Processnovelle)	
§ 8	439 a
Einführungsgesetz zur Civilprocessordnung für das deutsche Reich vom 30. Januar 1877.	
§ 14 Z. 2	883 A (N. 28)

Civilprozessordnung für das deutsche Reich (alte Fassung).	
§ 73, al. 1	309 a
§ 73, al. 4	375 b
§ 79, al. 1	1011
§ 79, al. 2	1011
§ 80	1011
§ 81	1011
§ 85	91
§ 133, al. 2	1438
§ 236	355 b
§ 260	966
§ 265	11
§ 274	1438
§ 293, al. 2	1438
§ 380, al. 2	164
§ 563	1438 (N. 76)
§ 572, al. 1	107 a
§ 674	1034 (N. 147)
§ 696	547
§ 710	447 c
§ 778	1294 b
Gesetz vom 18. Februar 1878, R. G. Bl. Nr. 30 (Enteignung):	
§ 34 al. 2	467 a
Gesetz vom 29. Februar 1880, R. G. Bl. Nr. 35 (Thierseuchen):	
§ 37	467 a (N. 256)
Gesetz vom 29. Februar 1880 R. G. Bl. Nr. 37 (Rinderpest)	
§ 35	467 a (N. 256)
Gesetz vom 28. Mai 1881 R. G. Bl. Nr. 47 (Wuchergesetz)	1338 a
§ 1	1338 a
§ 10	1338 a
§ 11, al. 1, 2	1338 a
§ 12	1338 a
Gesetz vom 21. April 1882 R. G. Bl. Nr. 123 (Dienstbezüge)	5 (S. 22)
Gesetz vom 4. Juni 1882, R. G. Bl. Nr. 67 (Erleichterungen bei Tabularurkunden):	
§ 2	886 (N. 43)
Gesetz vom 16. Februar 1883, R. G. Bl. Nr. 20 (Todes- erklärung)	24, 112
§ 2	24
§ 9	112
Gesetz vom 7. Juni 1883, R. G. Bl. Nr. 92 (Commasation):	
§ 8	5 (N. 30)
§ 44, al. 2	5 (N. 47)
Gesetz vom 16. März 1884, R. G. Bl. Nr. 35 (Compensation im Con- course):	
§ 1, al. 3	5 (N. 48), 1439
Gesetz vom 16. März 1884, R. G. Bl. Nr. 36 (Anfechtung):	
§ 47	5 (N. 47)
§ 48, al. 1	5 (N. 49, 50)
§ 48, al. 2	5 (N. 48, 50) 1439
Gesetz vom 23. März 1885, R. G. Bl. Nr. 56 (Pfandleiher):	
§ 4	461 b
Dienstreglement für das k. u. k. Heer vom 20. Juni 1886:	
§ 72, P. 517, 518	467, 2 (N. 258), 468 (N. 262)
Gesetz vom 21. Mai 1887, R. G. Bl. Nr. 51 (Statut der öst.-ungar. Bank)	11, 883 Bb (N. 35)
Gesetz vom 10. Juni 1887 R. G. Bl. Nr. 74 (Executionsnovelle)	1085
Gesetz vom 26. Mai 1888, R. G. Bl. Nr. 75 (Dienstbezüge)	5 (S. 22)
Gesetz vom 5. Juni 1890, R. G. Bl. Nr. 109 (geringfügige Grund- buchssachen)	434
Internationales Übereinkommen über den Eisenbahn-Fracht- verkehr vom 14. October 1890, R. G. Bl. Nr. 186 ex 1892:	
Art. 8, al. 1	884
„ 50	12 b
Ministerial-Verordnung v. 18. März 1891, R. G. Bl. Nr. 35 (Pferde bei Mobilisierung)	467 (N. 256)

Gesetz vom 1. August 1895, R. G. Bl. Nr. 110 (Einführungsgesetz zur Jurisdictionsnorm):		Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl. Nr. 111 (Jurisdictions- norm):	
Art. I, al. 2	5 (S. 13)	§ 88, al. 2	5 (N. 21), 863
„ II, Z. 1	200, 282	§ 91, al. 1	466 a
„ VI, Z. 5	471 b	§ 93, al. 1	466 a
„ VII	1024	§ 95	466 a
„ VIII	24	§ 100	107 b
„ XVI, al. 1	160, 161	§ 104, al. 1	5 (S. 7), 883
„ XVII, al. 2	160	§ 104, al. 2	5 (S. 7), 879
„ XVIII	1, 1425 b	§ 104, al. 3	5 (S. 8)
Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl. Nr. 111 (Jurisdictions- norm):		§ 109—112	280
§ 20	19	§ 109, al. 2	162, 181
§ 20, Z. 3	282	§ 112	280
§ 34	1417 b	§ 112, al. 1	1, 225
§ 38, al. 2, Z. 2	878	§ 113, al. 1	162, 181
§ 41 fig.	5 (N. 23)	§ 113, al. 2	160
§ 41, al. 3	5 (S. 7)	§ 114	107 b
§ 43, al. 1	5 (S. 7)	§ 117	225
§ 44, al. 1	5 (S. 7)	§ 119	1417 b
§ 45	5 (S. 7)	§ 121	569
§ 49	1417 b	Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl. Nr. 112 (Einführungsgesetz zur Civilprozessordnung):	
§ 49, Z. 2	165	Art. I, al. 2	5 (S. 13), 94, 97 c, 811, 1010
§ 49, Z. 3	851	„ II 5 (N. 25, S. 18, N. 50), 97 c, 163 a, 439 a, 461 (N. 200)	
§ 49, Z. 4	339 a	„ III	97 c
§ 49, Z. 5	1101	„ IV, Z. 4	26 a, 270
§ 50, Z. 2	97 a, c, 107 b	„ VI, Z. 15 (S. 19), 97 c, 99, 100, 115, 157, 158 b, 577	
§ 50, Z. 3	92 b, 165	„ VII, Z. 1	1
§ 51, Z. 1	26 a	„ VII, Z. 2	1, 586 (N. 317), 722 (N. 321), 883, 884, 885, 886, 1001, 1005
§ 53, Z. 10	26 a	„ VII, Z. 3	1, 434, 1226
§ 56	906 b	„ VII, Z. 4	1, 883 Bb
§ 60	1497	„ VII, Z. 5	1, 883 Bb
§ 68, al. 3	4	„ X	1103
§ 69	4	„ XI, Z. 1	10, 1096, 1109, 1116 a
§ 70, al. 1	92 a	„ XI, Z. 3	1338 a
§ 71	26 a, 146, 165		
§ 72	165		
§ 75	26 b, 165, 1023		
§ 75, al. 1	26 b		
§ 76	92 b, 97 a, 107 b		
§ 81, al. 1	339 a, 466 a		
§ 83	1417 b		
§ 88	5 (S. 7)		
§ 88, al. 1	5 (N. 21), 883		

Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl.

Nr. 112 (Einführungsgesetz
zur Civilprocessordnung):

" XII	1391
" XIII—XXVII	1391
" XIII, al. 2	1391 (N. 24)
" XIV, al. 1, Z. 3	863, 883
" XVII	878
" XXI, al. 2	1380
" XXIII, al. 1, Z. 1	879
" XXV	878
" XXVIII	97c
" XXX 1, 883 (N. 28), 1002, 1226	
" XXXI	1, 931
" XXXIII	1034
" XXXIII, al. 2	1034
" XXXVII	340b
" XXXIX	439
" XLI	233
" XLII	458b, 823, 860a
" XLII, al. 1	1
" XLII, al. 3	823
" XLIII	860c
" XLIV	926 (N. 83)
" XLV	1497
" XLVI	1497
" LI	5 (S. 22)
" LII	339b

Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl.

Nr. 113 (Civilprocessord-
nung):

§ 1	34, 865
§ 2	243, 865 (N. 13)
§ 3	5 (S. 15), 34
§ 4	91
§ 5	1018
§ 6	865 (N. 14)
§ 6, al. 2	865
§ 8	158b, 270, 811
§ 8, al. 2	282
§ 9	270
§ 10	97b, 158b, 811, 1017b
§ 11	466a
§ 11, Z. 1	466a
§ 11, Z. 2	466a

Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl.

Nr. 113 (Civilprocessord-
nung):

§ 14	12b, 891
§ 16	369
§ 17	12b
§ 19, al. 2	375b
§ 20	12b, 375b
§ 21	931
§ 21, al. 1	1
§ 21, al. 2	931
§§ 22—24	375a, b
§ 22, al. 1	309a, 375
§ 22, al. 2	375
§ 23	369, 375b
§ 23, al. 1	369, 375b
§ 23, al. 2	369, 375b
§ 24, al. 2	1, 375c
§ 27, al. 2	97c, 115, 135
§ 28	1018
§§ 29—39	1002 (N. 107)
§ 29	1010
§ 29, al. 1	91, 1018
§ 30	1005, 1034
§ 30, al. 1	883, 1005
§ 30, al. 2	883
§ 30, al. 3	1005
§ 31	1010, 1017a
§ 31, al. 1, Z. 1	1008
§ 31, al. 1, Z. 2	1008, 1017a
§ 31, al. 1, Z. 3	1017a
§ 31, al. 1, Z. 4	1008
§ 31, al. 2	1010
§ 31, al. 3	1010
§ 32	547, 1011, 1017a
§ 33, al. 1	1011
§ 33, al. 2	1, 1002, 1011, 1023
§ 34	1011, 1017a
§ 35	547, 1022, 1023, 1024
§ 35, al. 2	1022
§ 36, al. 1	1020, 1021, 1034
§ 36, al. 2	1002, 1020, 1021, 1034
§ 38	91, 1035, 1374
§ 39	1008
§ 40	97b
§ 40, al. 1	1042

Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl.

Nr. 113 (Civilprocessord-
nung):

§ 41	97b, 158b, 860e
§ 41, al. 1	1109b
§ 41, al. 3	1011
§ 45	1109b
§ 46, al. 1	891
§ 46, al. 2	891
§ 48, al. 1	1294a
§ 49	1017b
§ 49, al. 1	1294a
§ 49, al. 2	2, 1294a
§ 51, al. 1	1294a
§ 51, al. 2	1294a, 1341
§ 56	451, 1b, 1374
§ 57, al. 2, Z. 1—4	5 (S. 9)
§ 57, al. 2, Z. 3	97c, 115, 135
§ 60, al. 3	1374
§ 64, Z. 4	1034 (N. 150)
§ 68	547
§ 69	1338b
§ 70	1017a
§ 70, al. 2	1017b, 1440
§ 71	860d, 1042
§ 71, al. 1	1354
§ 78, al. 2	2
§ 85	1497
§ 86	1338b
§§ 94 fig.	1002
§ 106	1008
§§ 116—118	270
§ 117	10
§ 119, al. 2	270
§ 119, al. 3	270
§ 120	270
§ 121, al. 2	270
§§ 123—129	339b
§ 126, al. 2	339b
§ 128	439a
§ 141	439a
§ 155	270
§ 155, al. 1	547
§ 155, al. 2	547, 811
§ 155, al. 3	547
§ 156	547

Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl.

Nr. 113 (Civilprocessord-
nung):

§ 156, al. 1	547
§ 158, al. 1	1011
§ 159	1024
§ 160	1022, 1024
§ 164	270, 547, 811
§ 168	1497
§ 178	376, 377
§ 179	5 (S. 8)
§ 179, al. 2	1294a
§§ 180 fig.	97c
§ 180, al. 3	97c
§ 183, al. 1	97c
§ 183, al. 1, Z. 1	91
§ 183, al. 2	10
§ 185	275
§ 185, al. 2	1018
§ 188	1438
§ 191	1338a
§ 199	1338a
§§ 204—206	1380
§ 204	1008
§ 205	233, 1380
§ 213, al. 2	1380
§ 220	1338b
§ 226	19, 906b
§ 227	339a, 823
§ 228	12a, 19, 22, 156, 236, 323, 348, 366a, 860a, 1109b
§ 230	865 (N. 14)
§ 230, al. 2	865 (N. 14)
§ 232, al. 1	339b, 891, 1497
§ 232, al. 2	1497
§ 233, al. 1	891
§ 234	12b, 355b, 378, 1034 (N. 149), 1393a, 1394
§ 235, al. 2	906a
§ 235, al. 4	377, 378, 906a
§ 236	12a, 22, 1497
§ 237, al. 1	891, 1116c
§ 237, al. 3	5 (S. 13), 906b, 1333, 1417a, 1497
§ 237, al. 4	1444

Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl.	
Nr. 113 (Civilprocessordnung):	
§ 239, al. 2	891
§ 241	375 a
§ 245, Z. 2	97 c
§ 259, al. 2	1497
§ 266	99, 1376
§ 266, al. 1	10, 1376
§ 266, al. 2	871, 1017 a
§ 266, al. 3 . 5 (N. 70), 163 a, 1226	
§ 267	863, 1376
§ 268	1338 a
§ 269	11
§ 270 22, 24, 157, 158 b, 163 a, b, 324, 722, 854, 926, 927, 966	
§ 271	2, 10, 11, 13
§ 271, al. 1	11
§ 271, al. 2	10, 11, 13
§ 272 5 (S. 9), 23, 24, 853, 883 B, b, 1001	
§ 272, al. 1 . 5 (S. 19, 24, N. 70), 100, 157, 163 a, b, 368, 567, 577, 586, 722, 883, 886, 887, 927, 1001, 1005, 1226, 1439	
§ 272, al. 2	1439
§ 272, al. 3 163 a, b, 368, 927, 1439	
§ 273	966, 1294 c
§ 292 bis 294	5 (N. 50)
§ 292	1, 577, 580, 1001
§ 292, al. 1	164
§ 292, al. 2	164
§ 293	1
§ 294 5 (S. 9, 19), 434, 577, 579, 580, 585, 883 A, B, 884, 886, 1001, 1426	
§ 295	883 B, b
§ 295, al. 1	883 B, b
§ 295, al. 2	883 B, b
§ 295, al. 3	883 B, b
§ 304, al. 1, Z. 2	1, 860 c
§ 304, al. 1, Z. 3	860 c
§ 304, al. 2	860 c
§ 309	860 c
§ 312	1376
§ 312, al. 1	863

Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl.	
Nr. 113 (Civilprocessordnung):	
§ 313	1294 a, 1338 b
§ 317	236, 860 b
§ 317, al. 1	860 b
§ 317, al. 2	860 b
§ 318	860 c
§ 321, Z. 1	158 b, 282
§ 321, Z. 2	282
§ 326	1338 b
§ 326, al. 3	1294 a
§ 333	1338 b
§ 346, al. 3	1491
§ 351	853
§ 364	10
§ 371 fig.	158 b
§ 373, al. 2	26 b
§ 373, al. 3	26 a, b
§§ 384 fig.	1108
§§ 384 bis 389	926 (N. 83)
§ 384, al. 2	926, 1108
§ 384, al. 3	926 (N. 83)
§ 386, al. 3	270
§ 391, al. 3	1438
§ 392, al. 1	1438
§ 393, al. 1	1294 c
§ 394	1008, 1444
§ 395	1376
§ 396	863, 1376
§ 398	1376
§ 406 378, 906 a, 1325, 1417 b, 1438	
§ 407	449 b, 1325, 1374
§ 407, al. 1	458 b
§ 407, al. 2	468 b
§ 408	376, 377, 1338 b
§ 408, al. 1	1294 a
§ 409, al. 1	1417 e
§ 409, al. 2	1417 e
§ 409, al. 3	1417 e
§ 410	906 a
§ 411	1376
§ 411, al. 1	1438, 1497
§ 416, al. 2	862 (N. 9)
§ 417	375 b
§ 419	906 (N. 72)

Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl.	
Nr. 113 (Civilprocessordnung):	
§ 420, al. 3	1450
§ 423	906 (N. 72)
§ 423, al. 2	1450
§ 449	91, 1018
§§ 454 fig.	339 a
§ 454	339 a, c
§ 454, al. 1	339 a
§ 456	5 (S. 12), 340, 341
§ 457	339 a, c, 347 b
§ 458	5 (S. 12), 347 a, 1374
§ 459	339 a, c, 340 b
§ 460	1450
§ 477, al. 1, Z. 5	547, 865
§ 477, al. 1, Z. 6	851
§ 499	12 b
§ 511	12 b
§ 514, al. 3	1294 a, 1341
§ 528, al. 1	851
§§ 529 fig.	19
§ 529	5 (S. 22)
§ 529, al. 1, Z. 1	5 (N. 62)
§ 529, al. 1, Z. 2 . 5 (N. 62), 865, 1005	
§§ 530 fig.	1450
§ 530	1497
§ 530, al. 1, Z. 3	871
§ 530, al. 1, Z. 6	871
§ 530, al. 1, Z. 7	871, 1450
§ 530, al. 2	871
§ 548	301, 447 a
§ 549, al. 2	1501
§ 550, al. 2	906 (N. 73)
§ 553	1438
§ 556	1450
§ 557	906 (N. 73), 1501
§§ 560 fig.	293 a, 1103, 1417 b
§§ 560 bis 575	1103
§ 560 . 10, 1096, 1098, 1109, 1116 a	
§ 560, al. 1	293 a
§ 560, al. 1, Z. 2	10, 1116 a
§ 560, al. 1, Z. 3	1116 a
§ 561, al. 2	1109 b, 1116 c
§§ 562 bis 564	1116 b

Gesetz v. 1. August 1895, R. G. Bl.		
Nr. 113 (Civilprocessordnung):		
§ 562, al. 1	1109 b	
§ 565	1116 b	
§ 565, al. 1	1116 b	
§ 565, al. 3	1116 b	
§ 565, al. 4	1116 b	
§ 566	1116 b	
§ 567, al. 1	1109 b, 1114	
§ 567, al. 2	1109 b	
§ 567, al. 4	1109 b	
§ 568	5 (S. 12), 12 b, 1098	
§ 569	1114	
§ 571	1109 b	
§ 571, al. 2	1109 b	
§ 571, al. 4	1450	
§ 572	1109 b	
§ 573	5 (S. 12), 1109 c	
§ 573, al. 1	1109 a	
§ 573, al. 2	10, 1109 a	
§ 573, al. 3	1109 a	
§ 573, al. 4	1109 a	
§ 573, al. 5	1109 b	
§ 573, al. 6	1109 c	
§ 575, al. 2	1109 b	
§ 575, al. 3	1109 b, 1114, 1491	
§ 576	1103	
§§ 577 bis 599	1391	
§ 577, al. 1	233, 1008	
§ 577, al. 3	883	
§ 579	919	
§ 593, al. 2	860 c	
§ 595, Z. 2	865	
§ 595, Z. 6	878	
§ 595, Z. 7	878	
Gesetz vom 27. April 1896,		
R. G. Bl. Nr. 70 (Ratenges-		
schäfte)		1, 5, (S. 6)
§§ 6 bis 8	5 (S. 6)	
§ 6	5 (N. 25)	
§ 6, al. 1	5 (S. 7)	
§ 6, al. 2	5 (S. 7, 8)	
§ 7, al. 1	5 (S. 8)	
§ 7, al. 2	5 (S. 9)	
§ 8, al. 1	5 (S. 9)	

Gesetz vom 27. April 1896, R. G. Bl.	
Nr. 70 (Ratengeschäfte):	
§ 8, al. 2	5 (S. 9), 887
§ 10	5 (N. 21)
§ 12	5 (S. 6)
Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.	
Nr. 78 (Einführungsgesetz zur Executionsordnung):	
Art. I, al. 2	5 (S. 13), 341, 461 b
" II	1391
" III	447 c
" III, al. 1	450 a
" IV	461 b
" V	461 b, 471 b
" VI bis X	448
" VIII, Z. 8	461 a
" IX	288, 294 b, 309 a
" IX, Z. 8	5 (S. 22)
" IX, Z. 10	5 (S. 22)
" XIII, Z. 2	455, 1393 b
" XIII, Z. 5	439 b
" XIII, Z. 6	1101 b
" XIII, Z. 7	466 b
" XIII, Z. 9	461 b
" XIV, Z. 1	443, 530
" XIV, Z. 2	447 c, 450 a
" XXI	1
" XXIV	270
" XXVI	436
" XXVII . 91, 107 c, 341, 347 a	
" XXVII, al. 1	1338 a
" XXVII, al. 2, Z. 4	1338 a
" XXVIII	469 a
" XXXI, al. 2	5 (N. 52)
" XXXII bis XXXV	5 (N. 54)
" XXXVI	5 (N. 51)
" XXXVII	5 (S. 23, 24)
Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.	
Nr. 79 (Executionsord- nung):	
§ 1	449 b, 461 b
§ 1, Z. 5	1109 c
§ 1, Z. 5	1380
§ 4	461 (N. 205)
§ 4, Z. 6	463

Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.	
Nr. 79 (Executionsord- nung):	
§ 7	1109 c, 1325, 1380
§ 7, al. 2	469 b
§ 8	1052
§ 9	12 b, 375 b, 462 b, 466, 547, 822, 1098, 1394
§ 11	12 b
§ 11, al. 1	1203
§ 11, al. 2	1203
§ 12	906 b
§ 12, al. 1	906 a
§ 12, al. 2	906 a
§ 14	5 (S. 11)
§ 15	288
§ 16	1052
§ 18, Z. 2	293 a
§ 25	1034, 1426
§ 25, al. 2 . 426, 906 a, 1034, 1052, 1424, 1426	
§ 25, al. 3	10
§ 27, al. 1	465, 906 b
§ 28	288, 294 b
§ 34	547
§ 34, al. 1	811
§ 34, al. 2	811
§ 35 . 547, 811, 906 a, 1114, 1376	
§ 35, al. 1	906 a
§ 36, Z. 2	1203
§ 37	19, 309 a, 366 b, 452, 456 a, 471 b
§ 37, al. 2	366 b
§ 39	467. 2
§ 39, al. 1, Z. 2 bis 4 . 906 a (N. 69)	
§ 39, al. 1, Z. 4	288
§ 39, al. 1, Z. 5	906 a
§ 39, al. 1, Z. 6 . 432, 467. 2, 906 a (N. 69)	
§ 39, al. 1, Z. 7	906 a
§ 39, al. 1, Z. 8	906 a (N. 69)
§ 39, al. 2	906 a
§ 39, al. 3	906 a
§ 40	906 a
§ 40, al. 1	906 a
§ 40, al. 2	906 a

Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.	
Nr. 79 (Executionsord- nung):	
§ 41, al. 2	465, 811
§ 42	1338 a
§ 42, Z. 1	1438
§ 42, Z. 3	906 a
§ 42, Z. 4	1052
§ 42, Z. 5	456 a, 906 a
§ 42, Z. 6	813
§ 43, al. 2	1374
§ 45	813
§ 45, al. 2	1052
§ 45, al. 3	906 a, 1052
§ 46	462 b, 813, 906 a
§ 46, al. 1	1052
§ 46, al. 2	429
§ 47, al. 2	458 b
§ 51	5 (S. 7, 8)
§ 54, Z. 2	906 b
§ 55, al. 3	834, 841 a, 906 a
§ 56	841 a
§ 57	841 a
§ 58	1450
§ 59	841 a
§ 62	906 a
§ 63, Z. 2	906 b
§ 65, al. 2	461 (N. 205)
§ 71	461 (N. 205)
§ 71, Z. 3	10
§ 74, al. 2	1491
§ 78 . 275, 451. 1 b, 461 a, 841 a, 853, 1005, 1294 a, 1338 a, 1374	
§ 79	449 b
§ 81, Z. 2	878
§ 81, Z. 3	4
§ 81, Z. 4	878
§§ 87 fig.	293 b, 450 b
§ 87	450 b, 451 (N. 168) 829
§ 88	451. 2 a
§ 88, al. 2	451. 2 a
§ 88, al. 3	443, 450 b
§ 89	465, 1101 b
§ 89, al. 1	465
§ 89, al. 2	443, 466 b
§ 89, al. 3	443, 450 b

Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.	
Nr. 79 (Executionsord- nung):	
§ 90, al. 1	451. 2 a
§ 90, al. 3	451. 2 a
§ 91	457 b
§ 91, al. 2	309 b
§ 94	1101 b
§ 95	10, 451, 2 a
§ 96	465
§§ 97 fig.	457 c
§ 97	968
§ 97, al. 1	829
§ 97, al. 2	457 c, 613, 642
§ 98	447 b
§ 98, al. 2	443
§ 103, al. 1	457 c
§ 105	1093, 1354
§ 108 al. 2	811
§ 109	1034
§ 109, al. 2	833
§ 109, al. 3	833
§ 109, al. 4	833
§ 110	1424
§ 111, al. 1	1121
§ 111, al. 2	1093
§ 112, al. 1	833, 834
§ 112, al. 2	811
§ 112, al. 3	834
§ 115	1338 b
§ 116	811
§ 119, al. 2	457 c
§ 119, al. 3	457 c
§ 120, Z. 3	447 c
§ 121, al. 1	447 c
§ 125	464 a
§ 125, al. 1	464 a, b
§ 125, al. 2	450 a
§ 126	464 a, d
§ 128, al. 4	12 b
§ 130	447 b
§ 131	829
§ 132, Z. 2	1093
§§ 133 fig.	1089
§ 133	1076
§ 133, al. 1, Z. 1	309 b

Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.

Nr. 79 (Executionsordnung):	
§ 133, al. 3	309b
§ 133, al. 4	1070, 1076
§ 134	447b
§ 135	443, 462b
§ 139	829
§§ 140 bis 144	304
§§ 140, al. 3	457b
§ 141	305
§ 143, al. 4	457b
§ 144, al. 2	524a
§ 144, al. 3	457b
§ 146	919
§ 146, Z. 1	457b
§ 148, al. 2	1393b
§ 149, al. 2	467b, 1374
§ 149, al. 3	151, 1b 1371
§ 150 . 5 (S. 10, N. 29), 443, 524 a	
§ 150, al. 1	524 a, b, 530
§ 150, al. 2	524 a, 1070
§ 150, al. 3	524 a, 1121
§ 151	5 (S. 21)
§ 151, al. 1	1374
§ 152	443
§ 154	331, 919
§ 154, al. 1	1417d
§ 154, al. 2	919, 1417d
§ 154, al. 4	1070, 1076
§ 155	1417d
§ 156, al. 2	426
§ 157	330, 1085, 1401
§ 157, al. 1	919
§ 158	968
§ 159	330
§ 159, Z. 4	447 c
§ 162, al. 2	270, 811
§ 126, al. 3	270, 811
§ 164	464 B
§ 168	1294 a, 1338b
§§ 169 fig.	461 a
§ 170, Z. 5 . 323, 366b, 367 a, 456 a,	
	929
§ 171	10, 1401
§ 171, al. 1	462b, 1076

Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.

Nr. 79 (Executionsordnung):	
§ 171, al. 2	1401, 1417 c
§ 172, al. 1, Z. 3	288
§ 172, al. 1, Z. 4	288
§ 172, al. 2 . 5 (S. 23), 447 c, 450 a	
§ 174	270, 811
§ 179	462 b
§ 180	293 c
§ 180, al. 1	463, 1093
§ 180, al. 2	883, 1005
§ 180, al. 3	463
§ 180, al. 5	862 a
§ 181, al. 1	862 a
§ 183, al. 1	862 b
§ 183, al. 3	436
§ 184, Z. 5	463
§ 184, Z. 7	463
§ 184, Z. 8	5 (S. 21), 464 B
§ 185	862 a
§ 185, al. 2	862 a
§ 185, al. 3	862 a, b
§ 186, al. 1	862 a
§ 186, al. 3	436
§ 190	464 B
§ 195	1085
§ 195, al. 2	1085
§ 196, al. 1	1085, 1374
§ 196, al. 2	862 a
§ 197	862 a, 1085
§ 199	436
§ 200	447 a
§ 200, Z. 1	367 a, 436, 461 a,
	919, 1089
§ 200, Z. 2	462 a, b
§ 200, Z. 3	462 b, 468
§ 200, Z. 4	462 b
§ 201 . 5 (S. 21), 461 a, 811, 1417 c	
§ 204	1417d
§ 204, al. 1	919, 1371
§ 206, al. 1	863
§ 207	447 b
§ 208	432, 447 b, 467, 2
§ 208, al. 1	450 b
§ 213	469 b

Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.

Nr. 79 (Executionsordnung):	
§ 215, Z. 3	1371
§ 216, al. 1, Z. 2	5 (S. 11),
	447 c, 450 a
§ 216, al. 1, Z. 3	5 (S. 10) 470 a
§ 216, al. 1, Z. 3	5 (S. 11, 21),
	467 b, 470 a
§ 216, al. 1, Z. 4	1121
§ 216, al. 2	464 a, b, c, d, 1417 e
§ 217, al. 1, Z. 1	450 a
§ 217, al. 1, Z. 2	464 a
§ 217, al. 2	464 d
§ 218, al. 2	470 b
§ 218, al. 3	447 b
§ 220	897
§ 221	897
§ 222, al. 1	1417 c
§ 222, al. 2	469 b
§ 222, al. 3	12 b, 469 b
§ 222, al. 4	12 b
§ 223	443
§ 223, al. 1	1401
§ 223, al. 3	1417 c
§ 224	524 b
§ 225	443
§ 226, al. 2	443, 530
§ 227, al. 1	524 a, b, 530
§ 227, al. 2	1121
§ 229	12 b
§ 230	1501
§ 230, al. 2	469 a
§ 231	469 a
§ 232, al. 2	12 b
§ 237	436
§ 237, al. 1	426
§ 237, al. 3	469 a
§ 238	829
§ 240	293 b, 833, 834
§§ 242 fig.	1089
§ 243	443, 524 a
§ 246, Z. 1	447 c
§ 249	467, 2
§ 250	448
§ 251	448, 1354

Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.

Nr. 79 (Executionsordnung):	
§ 252, al. 1	294 b
§ 252, al. 2	293 a, 294 b
§ 253	309 b
§ 253, al. 1	451, 1 a
§ 253, al. 2	451, 1 a
§ 253, al. 3	457 b
§ 254	451, 1 a
§ 254, al. 3	451 (N. 161)
§ 255	451, 1 a
§ 256	468
§ 256, al. 1	450 b, 468
§ 256, al. 2	5 (S. 24), 468
§ 257	451, 1 a, 1101 b
§ 257, al. 1	451, 1 a
§ 257, al. 3	462 a
§ 258	447 c, 471 b, 1101 b d
§ 258, al. 1	309 a, 452, 457 b
§ 258, al. 2	452, 467 b
§ 259	1101 c
§ 259, al. 1	451, 1 a, 452
§ 259, al. 2	968
§ 259, al. 3	451 (N. 162)
§ 259, al. 7	451 (N. 161)
§ 261	426, 467 b
§ 261, al. 1	426, 461 b, 1424
§ 261, al. 4	1424
§ 262 . 309 a, 375 b, 451, 1 a, 452,	
	457 b, 471 b, 524 b
§ 263	465, 471 b
§ 264, al. 4	451 (N. 161)
§ 265	524 b
§ 266, al. 1	301
§ 267, al. 2	309 c
§ 268 . 292, 367 a, 451, 1 a, 461 a,	
	524 b, 929, 1089
§ 268, al. 1 . 292, 305, 426, 524 b	
§ 268, al. 2	305
§ 268, al. 3	305
§ 268, al. 4	305
§ 268, al. 6	292, 426, 869
§ 269	367 a, 929
§§ 270 fig.	1089
§ 270, al. 1	461 a, 524 b

Gesetz vom 27. Mai 1886, R. G. Bl.

Nr. 79 (Executionsordnung):	
§ 270, al. 2	461 a, 524 b
§ 271	367 a, 461 a, 524 b, 1089
§ 271, al. 1	462 a
§ 272	461 (N. 205), 462 a
§ 272, al. 2	462 a
§ 273, al. 1	301
§ 275	304
§ 275, al. 1	305
§ 277	5 (S. 21), 1374
§ 277, al. 2	305
§ 278	426
§ 278, al. 1	463, 524 b
§ 278, al. 2	929, 1052 (N. 161)
§ 278, al. 3	463, 919
§ 279, al. 3	451 (N. 161)
§ 280	367 a, 461 a, 1089
§ 280, al. 1	293 a, 301, 524 b
§ 282, al. 1	462 a, 468
§ 282, al. 3	451 (N. 161)
§ 283	464 d
§ 283, al. 3	367 b, 1424
§ 283, al. 4	464 d, 468
§ 285	464 d
§ 285, al. 3	468
§ 286	469 b (N. 273)
§ 286, al. 1	126, 524 b
§ 286, al. 2	464 b, 1101 d
§ 286, al. 3	1101 d
§ 286, al. 4	464 a b
§ 287, al. 3	463
§§ 290 bis 292	879, 1393 a, 1440
§ 290	448, 1354
§ 290, Z. 2	467 a
§ 291	448, 1354
§ 291, al. 1, Z. 2	1325
§ 291, al. 1, Z. 3	1325
§ 293	448, 879, 1325, 1393 a, 1440
§ 294	292, 454, 1392 b
§ 294, al. 1	1393 b
§ 294, al. 3	454, 1392 b
§ 296	292, 451, 1 a, 1371
§ 296, al. 1	426, 451, 1 a
§ 296, al. 2	451, 1 a

Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.

Nr. 79 (Executionsordnung):	
§ 297, al. 2	467 a
§ 297, al. 3	270
§ 298	454, 455
§ 299, al. 1	457 c
§ 299, al. 2	457 a
§ 300, al. 1	451, 1 a
§ 301	1397
§ 301, al. 3	1294 a
§ 303	461 a, 467. 2
§ 304	1374
§ 305	426
§ 305, al. 1	1392 a, 1445
§ 306	1371
§ 307	1425 a
§ 308	1034
§ 308, al. 2	1034
§ 308, al. 3	1393 b
§ 309	1052 (N. 161)
§ 309, al. 2	12 b
§ 310, al. 2	12 b
§ 310, al. 3	12 b, 270, 1034
§ 310, al. 4	12 b, 270
§ 311	1444
§ 311, al. 1	467. 2
§ 312, al. 2	464 d, 1034
§ 312, al. 3	464 d
§ 313	1424
§ 313, al. 2	1426
§ 314	270, 1034
§ 315	270
§ 316	467 a, 929, 1371, 1392 a, 1397, 1445
§ 317	426, 454 (S. 128), 461 a, 524 b
§ 317, Z. 1	1052 (N. 161), 1371
§ 318	1089
§ 318, al. 1	305
§ 319	461 a, 1089
§ 319, Z. 1	454 (S. 128)
§ 319, Z. 2	1445
§ 319, Z. 4	524 b
§ 319, Z. 5	305, 524 b
§ 320	293 d, 451, 1 a, 2 a, 454

Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.

Nr. 79 (Executionsordnung):	
§ 320, al. 2	450 b, (N. 160)
§ 320, al. 4	454, 1393 b
§ 321	461 a
§ 322, al. 2	270, 435, 1034, 1426
§ 324	1392 a
§ 324, al. 2	467 a
§§ 325, flg.	293 a
§ 325	451, 1 a
§ 325, al. 1	1371
§ 325, al. 2	1371
§ 326	1371
§ 327, al. 2	467 a
§ 328	432, 968, 1089
§ 328, al. 1	432
§ 328, al. 2	467 a
§ 329	968, 1425 a
§§ 330 bis 340	293 c
§ 330	5 (S. 22), 448
§ 331	451. 1 a, 2 a, 841 b
§ 332	461 a, 1089
§ 333	843, 1212
§ 333, al. 1	1, 467. 1 a, 2, 841 b
§ 333, al. 2	467. 1 a, 2, 841 b
§ 334	968
§ 335	150
§ 337	834
§ 339	468
§ 340, al. 2	463, 1093
§ 341	293 a
§ 342	10
§ 343	1034
§§ 346 flg.	936, 1052
§ 346	292, 367 b, 426, 449 c, 451. 1 b, 456 b, 1424
§ 346, al. 2	301
§ 347	309 a, 369
§ 347, al. 1	369
§ 347, al. 2	369
§ 348	452, 869, 1392
§ 348, al. 2	1, 367 b, 426, 427
§ 349, al. 1	293 a, 457 b
§ 349, al. 2	1417 d
§ 350	431, 432, 456 b, 1052

Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl.

Nr. 79 (Executionsordnung):	
§ 350, al. 2	432
§ 350, al. 3	432
§ 350, al. 5	435
§ 351	841 a, 843, 851, 853
§ 352	843
§ 354	936
§ 355, al. 2	449 c
§ 364, al. 1	294 b
§ 367	367 b, 435, 452. 2 b, 869, 936, 1392 a
§ 367, al. 2	936, 1052
§ 368	936
§ 368, al. 1	1294 b
§ 368, al. 2	1294 b
§§ 370 flg.	439 b, 822
§§ 370 bis 373	449 b
§ 371 Z. 1	1376
§ 372	468
§ 374	450 b, 822
§ 374, al. 1	453
§ 375, al. 2	468
§ 376, al. 1, Z. 1	1294 a
§ 376, al. 1, Z. 2	467, 1 b
§ 376, al. 1, Z. 3	1294 a
§ 376, al. 1, Z. 4	1294 a
§ 376, al. 2	1294 a, 1438
§ 377, al. 2	468
§§ 378 flg.	5 (S. 12), 340 b, 341, 458, 1101 c
§ 378	341, 458 a, 471 a
§ 378, al. 1	1101 c
§ 378, al. 2	1101 c
§ 379, al. 1	471 b
§ 379, al. 2	1101 c, 471 b
§ 379, al. 3, Z. 1	367 c, 456 c, 471 a, 968, 1101 c
§ 379, al. 3, Z. 2	355 a, 367 c, 879
§ 379, al. 3, Z. 3	355 a, 471 a, 1393 b
§ 379, al. 4	355 a, 458 a, 471 a, 1101 c
§ 381	91, 107 c, 347 a, 458 a, 471 a, 520, 1101 c

Gesetz vom 27. Mai 1896, R. G. Bl. Nr. 79 (Executionensordnung):

§ 382 91, 347 a, 355 a, 520

§ 382, Z. 1 471 a, 968, 1101 c

§ 382, Z. 2 447, 458 a, 1101 c

§ 382, Z. 3 471 a, b

§ 382, Z. 4 355 a

§ 382, Z. 5 355 a

§ 382, Z. 6 355 a, 1393 b

§ 382, Z. 7 355 a, 1393 b

§ 382, Z. 8 91, 92 c

§ 383, al. 1 968

§ 384, al. 2 355 a, 1393 b

§ 384, al. 3 355 a, 1393 b

§ 385 355 a

§ 385, al. 2 1393 b

§ 385, al. 3 1393 b

§ 389 341

§ 391 355 a

§ 391, al. 1 1374

§ 394, al. 1 1294 a

§ 394, al. 2 1294 a

§ 399 335 a

Gesetz vom 6. Juli 1896, R. G. Bl. Nr. 144 (Meliorationsdarlehen)

§ 1 5 (S. 10)

§ 5, al. 1 5 (S. 11)

§ 5, al. 2 5 (S. 10), 530

§ 6, al. 1 5 (S. 10)

§ 6, al. 2 5 (S. 10, N. 31)

§ 7 5 (S. 12)

§ 8, al. 2 5 (S. 10)

§ 8, al. 3 5 (S. 10)

§ 8, al. 4 5 (S. 11)

§ 9, al. 1 5 (S. 12)

Gesetz vom 7. Juli 1896, R. G. Bl. Nr. 140 (Nothwege)

§ 17, al. 2 451, 2 b

§ 20 5 (S. 9, 10), 524 a

§ 21 5 (S. 9, 10)

Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896:

§ 264 906 (N. 68)

§ 482 926

Gesetz vom 27. November 1896, R. G. Bl. Nr. 217 (Gerichtsorganisation)

§ 37, Z. 6 5 (S. 12)

§ 89 339 b

§ 98 5 (S. 12)

Gesetz v. 11. Januar 1897, R. G. Bl. Nr. 30 (Patentgesetz)

§ 121 13

Gesetz vom 17. März 1897, R. G. Bl. Nr. 77 (Grundbuchsrechtliche Sonderbestimmungen für Tirol)

524 a (N. 287)

Justiz-Ministerial-Verordnung vom 5. Mai 1897, R. G. Bl. Nr. 112 (Geschäftsordnung):

§ 118 865 (N. 14)

§ 161 1497

§ 289 1497

§ 379, al. 4 1052

§ 392, al. 4 426 (N. 102)

Justiz-Ministerial-Verordnung v. 12. Juli 1897, V. Bl. Nr. 26 (Instruction für die Vollzugsorgane):

Abschn. I, P. 31, al. 5 1052

" II, " 13 294 a

" II, " 22 309 c

" II, " 56, al. 1 426 (N. 102)

" II, " 56, al. 2 426 (N. 103)

" II, " 56, al. 3 426 (N. 103)

" II, " 86 426 (N. 105)

Ministerial-Verordnung v. 25. Juli 1897, R. G. Bl. Nr. 175 (Real-schätzordnung)

§ 21, al. 2 1121

§ 21, al. 4 530

§ 33 304 (N. 17)

Justiz-Ministerial-Verordnung vom 7. October 1897, Z. 22891 (Formularienbuch):

Form. Nr. 43 107 a

" " 121 811

" " 124 467, 2

" " 150 465 (N. 240)

" " 151 465 (N. 240)

Ministerial-Verordnung v. 24. October 1897, R. G. Bl. Nr. 249 (Execution auf vinculierte Obligationen)

451 (N. 164)

Justiz-Ministerial-Verordnung vom 3. December 1897, V. Bl. N. 44 (Fragenbeantwortung)

8

Zu E. G. z. J. N., Art. XVIII 1425 b

Zu J. N. § 11, P. 7 466 a (N. 248)

" " § 11, P. 7, al. 1 466 a (N. 244)

" " § 11, P. 7, al. 2 466 a (N. 247)

" " § 83 293 a

" " § 88, al. 2 863

" " § 113 181

" " § 119 1417 b

C. P. O. § 9 282 (N. 192)

" " § 33 1018

" " § 35 1024

" " § 38 1035

" " § 49 1017 b

" " § 146 1450

" " § 205, P. 2 1380

" " § 268 1338 a

" " § 391, P. 3 1438 a

" " § 409 1417 e

" " § 411 1438 a

" " § 454 339 b

" " § 567 1109 b

" " § 573 1109 c

E. O. § 39 906 a (N. 69)

" " § 42, P. 1 813

" " § 131 829

" " § 156, P. 1 862 b

" " § 157 919

" " § 157, P. 2 1401

" " § 168 1294 a

" " § 191 464 B

" " § 200 1039

" " § 216, P. 5 464 a

" " § 222 469 b

" " § 223 1401

" " § 268 929

" " § 271 1089

" " § 283 464 d

Justiz-Ministerial-Verordnung vom 3. December 1897, V. Bl. N. 44 (Fragenbeantwortung):

Zu E. O. § 294 1294 a

" " § 307 1425 a

" " § 375 468

" " § 377 468

Justiz-Ministerial-Verordnung vom 9. December 1897, R. G. Bl. Nr. 283 (Ehestreitigkeiten)

§ 9, al. 1 97 c

§ 9, al. 2 97 c

§ 10, al. 1 97 c

§ 10, al. 2 97 c

Justiz-Ministerial-Verordnung vom 13. December 1897, R. G. Bl. Nr. 285 (Ungar. Executionstitel)

878

Finanz - Ministerial - Erlass vom 23. December 1897, Z. 58.418 (Pfändungsregister)

451 (N. 161)

K. Verordnung vom 26. December 1897, R. G. Bl. Nr. 305 (Gerichtsgebühren):

§ 9 447 (N. 113)

K. Verordnung vom 30. December 1897, R. G. Bl. Nr. 308 (Verhältnis zur österr.-ungar. Bank)

11

Justiz-Ministerial-Verordnung vom 30. December 1897, Z. 30.327, V. Bl. Nr. 50 (Pfändungsregister)

451 (N. 161)

Verordnung v. 14. Februar 1898, L. G. Bl. Nr. 7 für Niederösterreich (Besichtigung von Bestandgegenständen)

1096

Civilprocessordnung für das deutsche Reich, neue Fassung vom 17. Mai 1898:

§ 76 309 a, 375 b

§ 83, al. 2 1011

§ 84 1011

Civilprozessordnung für das deutsche Reich, neue Fassung vom 17. Mai 1898:		Justiz - Ministerial - Erlass vom 27. Mai 1899, Z. 11.687 (Executionsaufschiebung) 813, 1052 (N. 158)
§ 265	355 <i>b</i>	
§ 287	966	Justiz-Ministerial-Verordnung vom 26. Juli 1899, R. G. Bl. Nr. 141 (Notariatszwang für Salzburg) 883 (N. 25)
§ 293	11	
§ 302, al. 4	1438	
§ 322, al. 2	1438	
§ 415, al. 2	164	Justiz-Ministerial-Verordnung vom 21. December 1899, R. G. Bl. Nr. 253 (Deutsche Executionstitel) 878
§ 600	1438	
§ 610	107 <i>a</i>	
§ 753	1034 (N. 147)	
§ 777	465 (N. 235, 238)	Justiz-Ministerial-Verordnung vom 5. Januar 1900, V. Bl. Nr. 2 (Concursverfahren) 1002 (N. 105)
§ 805	447 <i>c</i>	
§ 893	1294 <i>b</i>	



REV15

ÚK PrF MU Brno



3 1 2 9 S 3 3 1 3 7