

## Werk

**Titel:** Januar-December = Nr. 1-12

**Jahr:** 1863

**PURL:** <https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?746570511> | LOG\_0007

## Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

Inhalt: Der Verkauf der Pupillengüter muß vor Gericht erfolgen. — Volljährigkeitserklärung eines Ausgewanderten. — Wahrspruch und Rechtspruch bei beantragter Aufnahme in die Besserungsanstalt zu Bevern. — Die Rückfallsstrafen für Forstfrevel sind nicht anzuwenden, wenn den Verurtheilten früher nicht eröffnet ist, daß sie bei Wiederholung des Frevels eine erhöhte Strafe trifft. — Arrestanlagen auf Forderungen eines im Strafproceß Verurtheilten gegen Dritte behuf Sicherung der Strafvollziehung. — Zur Gebührenart für die Anwälte in Civilproceß. — Plenarbeschlüsse des Obergerichts zu Wolfenbüttel, die Gerichts- und Anwaltsgebühren zc. in Civilproceß betreffend. — Aus amtlichen Erlaffen.

### Der Verkauf der Pupillengüter muß vor Gericht erfolgen \*).

Als in der Röttger'schen Vormundschafts Sache der Vormund ein der Curandin gehörendes Grundstück von einem Notare hatte meistbietend verkaufen lassen, und die kreisgerichtliche Zustimmung zu der obervormundschaftlichen Genehmigung des Verkaufs erteilt war, wurde die Ertheilung der höchsten Dispensation von der gesetzlichen Vorschrift des gerichtlichen Verkaufs der Pupillengüter beantragt. Auf Veranlassung des Staatsministeriums berichtete das Obergericht zu Wolfenbüttel am 22. Januar 1862 Folgendes:

Zur Rechtsgiltigkeit der Veräußerung von unbeweglichen Gütern, welche minderjährigen Personen zustehen, ist obervormundschaftliches Veräußerungsdecret erforderlich, L. 4. C. de praed. et aliis reb. min. 5. 71, und dieses kann nach Römischem Rechte nur erteilt werden, wenn die Veräußerung als nothwendig sich darstellt, so daß lediglich der Nützlichkeit wegen das Veräußerungsdecret nicht bewilligt werden darf. L. 5. §. 14. 15. L. 13. D. de reb. eor. qui sub tut. 27. 9; L. 12. C. de praed. et aliis reb. min. 5. 71. Durch nicht erschlichene Erlaubniß des Regenten wird jedoch das obervormundschaftliche Decret ersetzt. L. 2. C. quando decreto opus non est. 5. 72; L. 2. D. de reb. eor. qui sub tut. 27. 9. — Aeltere und neuere Particularrechte in großer Anzahl — Rudorff Vorm. II. §. 141. S. 419; Kraut Vorm. II. §. 56. S. 145—147; Mittermaier D. P. R. §. 424, — haben, von Unvermeidlichkeit der Veräußerung Abstand nehmend, als hinlängliche Veräußerungsurache auch den augenscheinlichen, vorscheinenden, sonderbaren Nutzen der Bevormundeten erachtet. Da schon die Reichspolizei-Ordnung von 1577. tit. 32. (Von der Pupillen Vormündern) §. 3 zwar vorschreibt:

\*) S. Zeitschrift I. S. 112.

daß Vormünder der Pupillen Güter ohne Vorwissen, Erkenntniß und Decret der Obrigkeit nicht veräußern, verpfänden oder beschweren sollen, hierbei aber das Veräußerungsdecret der Obrigkeit für Fälle der Nützlichkeit nicht untersagt, so kann als allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht angesehen werden, daß abweichend vom Römischen Rechte die in letztem verlangte Nothwendigkeit nicht auf absolute Nothwendigkeit beschränkt, sondern auf hypothetische, relative, öconomische Nothwendigkeit, d. h. Zweckmäßigkeit der Veräußerung ausgedehnt worden sei. In den Vormundschafts-Ordnungen für die Stadt Braunschweig von 1689 §. 10, und für die Stadt Helmstedt von 1716 §. 13 sind Bestimmungen der Art getroffen, und die nämliche Ansicht ist im Landesherrlichen Rescripte an den Magistrat zu Wolfenbüttel vom 24. December 1798 — *Frederisdorf Prompt.* VII. S. 181. VIII. S. 86. *Ausg. v. Steinacker II.* S. 256, — also ausgesprochen:

Bei Veräußerung der den Minderjährigen zustehenden Grundstücke, wenn solche durch öffentliche Licitation geschehen, bedarf es keiner Landesherrlichen Genehmigung; jedoch ist von dem vormundschaftlichen Gerichte pflichtmäßig zu erwägen, ob die Veräußerung des Grundstücks den Curanden vortheilhaft sein möchte.

Solchemnach können dagegen, daß H. Kreisgericht Braunschweig im vorliegenden Falle zur Veräußerung des Gartens aus Gründen der Zweckmäßigkeit seine Genehmigung erteilt hat, rechtsbegründete Bedenken nicht erhoben werden.

Die Veräußerung selbst ist, wenn nicht gemeinrechtlich, doch nach Vorschrift der Landesgesetze durch öffentliche Versteigerung mittelst Meistgebotes auszuführen, und die Landesherrl. Verordnung vom 5. November 1763 verlangt in ausdrücklichen Worten „gerichtliche Licitation“, Auswirkung eines Versteigerungstermins „beim Gerichte“, mit der hinzugesügten Bestimmung, daß solche als Regel festgestellte Veräußerungsform nicht hintangesezt werden dürfe, es wäre denn, daß im einzelnen Falle kraft specieller Landesfürstlicher Verfügung (Dispensation) zum Besten der Pflégbefohlenen ein Anderes verordnet werden würde.

Obschon die Notare im Allgemeinen befugt sind, öffentliche Versteigerungen und Verpachtungen vorzunehmen, so sind sie doch, was Grundstücke und Grundgerechtfame der Pflégbefohlenen anlangt, hiervon durch die unzweideutigen Satzungen der Verordnung vom 5. November 1763,

welche nur über Verpachtungen disponirt, während sie auf den Verkauf der unbeweglichen Güter gleichmäßig angewendet wird und anzuwenden ist, ausgeschlossen. Jene Befugniß ist zur Zeit der Emanation der Verordnung nicht minder, als jetzt, den Notaren zuständig gewesen, und wenn gleichwohl gerichtliche Verpachtung der unbeweglichen Güter angeordnet wurde, so muß deren gerichtliche Versteigerung umsomehr für geboten erachtet werden, zumal mit der Subhastation oft eine Edictalladung der Realgläubiger zu verbinden ist, und Edictalladungen zu erlassen die Notare nicht competent sind.

Da im vorliegenden Falle die öffentliche Versteigerung des Gartens nicht vom Gerichte, sondern vom Notar geschehen ist, so schließen wir der vom Herzogl. Kreis-

gerichte Braunschweig im Rescripte vom 31. December v. J. geäußerten Ansicht, daß Dispensation von der Vorschrift gerichtlichen Verkaufes zur Rechtsbeständigkeit des Geschäftes nöthig sei, uns an.

Hierauf erfolgte am 30. Januar 1862 folgendes Höchste Rescript.

Wir eröffnen dem H. Stadtgerichte auf den Bericht vom 4. d. Mts.: daß, da durch die Landesherrliche Verordnung vom 5. November 1763, welche, wenn auch nur von Verpachtungen redend, mit gleichem und noch stärkerem Rechtsgrunde auch auf den Verkauf unbeweglicher Güter anzuwenden ist und angewendet wird, bestimmt vorgeschrieben worden, daß der meistbietende Verkauf von Gütern, bei welchen Pflög-  
befohlene theilhaftig sind, von dem competenten Gerichte vorzunehmen sei, Wir mit dem H. Kreisgerichte Braunschweig dafür halten, daß zur Rechtsbeständigkeit des in Rede stehenden Verkaufes die höchste Dispensation von der unterlassenen Beobachtung der erwähnten gesetzlichen Vorschrift erforderlich sei. Da übrigens unter den in dem Berichte vorgetragene Umständen das Interesse der bei dem fr. Verkauf concurrenden minderjährigen Röttger'schen Tochter hinlänglich gewahrt erscheint, so wollen Wir die nöthige Dispensation hierdurch ertheilen.

### Volljährigkeitserklärung eines Ausgewanderten.

Nachdem der Brauer Wolters im Jahre 1850 Schulden halber von hier nach Algier entwichen und über das Vermögen seiner hier zurückgebliebenen Tochter erster Ehe eine Curatel angeordnet war, folgten ihm seine Ehefrau und Tochter im Jahre 1856 dorthin nach. In Algier verheirathete sich im Jahre 1861 die Wolters'sche, 23 Jahre alte Tochter mit dem Kaufmann Fubert — (Gütergemeinschaft vor eingegangener Ehe vertragsmäßig ausgeschlossen, Code Nap. art. 1391. 1394. 1529. 1530 cc.) — und suchte, um in den Besitz ihres hiesigen Vermögens zu gelangen, unter Genehmigung ihres Ehemannes um Volljährigkeitserklärung nach. H. Staatsministerium rescribirt am 31. Januar 1862:

Nachdem wir über die angeregte Rechtsfrage die gutachtliche Aeußerung H. Obergerichts eingezogen haben und nach solcher, womit wir einverstanden sind, unter den sonstigen thatsächlichen Voraussetzungen ein rechtliches Bedenken, dem Gesuche zu willfahren, nicht entgegensteht, die über dieses vernommenen Familienfreunde aber der Supplicantin über ihr sittliches Verhalten bis zu ihrer vor 6 Jahren, in einem Alter von 17 Jahren erfolgten Abreise von hier ein, auch durch spätere Briefe ihrer Mutter bestätigtes günstiges Zeugniß ertheilt haben, wollen wir der Ehefrau Fubert die gebetene Volljährigkeitserklärung hiedurch ertheilen.

Der angezogene Bericht des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 22. Januar 1862 lautet:

Die Ausländerin, welche sich mit einem Franzosen verheirathet, tritt in Gemäßheit der Bestimmung des Code Nap. art. 12 in das bürgerliche Verhältniß ihres Mannes über, dem Civilstande desselben folgend. Der Civilstand eines Fran-

zosen (l'exercice des droits civils) ist aber auch unabhängig von der Eigenschaft eines Staatsbürgers (de la qualité d'un citoyen), indem letzte Eigenschaft nur nach den Vorschriften der constitutionellen Gesetze des französischen Staates erworben und erhalten wird, Code Nap. art. 7, während jeder Franzose der Civilrechte genießen soll, Code Nap. art. 8. Nach französischem Rechte würde also Wittstellerin, des Wohnsitzes ihres Ehemannes theilhaftig geworden, Code Nap. art. 108, da sie das 21. Lebensjahr überschritten hat, die Fähigkeit zu allen Handlungen des bürgerlichen Lebens (vorbehältlich der in Betreff der Ehe gemachten, hier nicht in Betracht kommenden Einschränkungen), mithin, Autorisation ihres Ehemannes vorausgesetzt, Code Nap. art. 215. 217. 1535. 1576, auch zur freien Verfügung über ihr Vermögen erlangt haben. Code Nap. art. 488.

Weil jedoch nicht erhellet, daß ihr die Genehmigung zur Auswanderung erteilt und sie aus der hiesigen Unterthanschaft entlassen worden, so ist sie, der Auswanderung (Landschafts-Ordn. von 1832 §. 27. 35) und Domicilveränderung (Gesetz v. 23. Januar 1852. Nr. 8 §. 17) ungeachtet, den hiesigen Gesetzen unterworfen geblieben, namentlich ihre Dispositionsfähigkeit über ihr in den hiesigen Landen befindliches Vermögen, wie vor, so jetzt, nach hierländischen Gesetzen zu beurtheilen.

Wittstellerin hat das 21. Lebensjahr überschritten, das 25. noch nicht zurückgelegt. Sie ist mithin rechtsgiltige Dispositionen in Ansehung ihres Capitalvermögens zu treffen, nur mit hinzukommender obervormundschaftlicher Genehmigung befugt (Verord. v. 15. Februar 1814 Nr. 31, und v. 12. April 1828 Nr. 11), daher um obervormundschaftlicher Beaufsichtigung enthoben zu werden, der Ertheilung der Rechte vollkommen Volljähriger (venia aetatis cum facultate libera de rebus suis disponendi), Landesherrl. Rescript vom 8. Juli 1803, Fredersdorf Prompt. VII. 217, Ausg. v. Steinacker II. 417, allerdings benöthigt, wie von ihr selbst und ihrem Ehemanne durch Anbringung des Gesuches anerkannt worden.

Die am Schlusse des stadtgerichtlichen Berichtes vom 25. December v. J. angeregten Bedenken stehen folglich der Gewährung solcher Bitte nicht entgegen.

Gleiche Ansichten haben wir einberichtet unterm 14. Februar 1849, Volljährigkeitserklärung der nach Amerika ausgewanderten Friederike Isensee aus Rissenbrück betr., und unterm 26. März 1859, Volljährigkeitserklärung der Ehefrau Rahmann zu Pabstorf, geb. Nabel aus Ohrleben, betr., — Bege Rep. VIII. S. 124 zc. S. 128 zc., — mit welchen Ansichten die S. Ministerialrescripte vom 19. Februar 1859 und vom 5. April 1859 einverstanden sich erklärt haben.

### Wahrspruch und Rechtspruch bei beantragter Aufnahme in die Besserungsanstalt zu Bevern.

Der Staatsanwalt zu Gandersheim beantragte die Aufnahme des Kleinföthers Neuß zu Brunfen in die Besserungsanstalt zu Bevern, weil derselbe sich seit 3 Jahren dem Trunke dergestalt ergeben, daß er sich in jeder Woche 3 bis 4 Tage im

trunkenen Zustande befinde, in Folge davon die Bewirthschaftung seines Hofes vernachlässige und leichtsinnig Schulden contrahire, im trunkenen Zustande den Gästen in den Wirthshäusern auf seine Kosten Speisen und Getränke verabreichen lasse, und auf diese Weise dem Krüger K. vom April 1859 bis August 1861 für Speisen und Getränke 200 Thlr. schuldig geworden sei; weil derselbe ferner wegen Störung der nächtlichen Ruhe am 5. März, 6. April und 20. Novbr. mit 6 Thlr. und 8 Thlr. Geldstrafe und 8 Tagen geschärftem Gefängniß belegt, auch am 23. Mai und 12. September 1861 von der Kreisdirection verwarnt und mit der Aufnahme in die Besserungsanstalt zu Bevern bedroht sei, dennoch aber seitdem wieder wegen Trunkfälligkeit bestraft und sich häufig wieder betrunken habe, namentlich in der Nacht vom 24./25. Januar 1862 im trunkenen Zustande in seinem Hause Unfug getrieben habe.

Nach verhandelter Sache erklärte das Kreisgericht Gandersheim am 8. April 1862 in dem Wahrspruche zwar für erwiesen:

1) daß der Angeklagte am 5. März, 6. April und 20. Novbr. 1861 wegen Störung der nächtlichen Ruhe im trunkenen Zustande die obigen Strafen verbüßt habe, und

2) am 23. Mai und 12. Septbr. 1861 von der Kreisdirection wegen seines schlechten Lebenswandels verwarnt und mit der Aufnahme in die Besserungsanstalt zu Bevern bedrohet sei;

3) daß derselbe in den letzten 3 Jahren sich periodisch betrunken habe, namentlich in der Nacht vom 24./25. Januar 1862 betrunken gewesen sei und in seinem Hause Unfug getrieben habe;

dagegen für nicht erwiesen, daß der Angeklagte ein in dem Maße dem Trunke ergebener Mensch sei, daß durch ihn die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet werde,

und sprach den Angeklagten von der Anklage frei.

Auf die von dem Staatsanwalte verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde das kreisgerichtliche Erkenntniß von dem ersten Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 25. Mai 1862 als nichtig aufgehoben und die Wiederholung des Hauptverfahrens angeordnet aus folgenden

#### Gründen:

Nach der Str. Pr. Ord. §. 92 soll das Gericht im Wahrspruche behuf Feststellung der Schuld des Angeklagten darüber entscheiden: welche den Thatbestand des in Frage stehenden Vergehens bildende Thatsachen als erwiesen anzunehmen seien; im Rechtspruche dagegen den Rechtspunkt und die Strafe bestimmen. Den Thatbestand des dem Angeklagten behuf seiner Aufnahme in die Besserungsanstalt zu Bevern vorgeworfenen Vergehens bilden nach dem Gesetze vom 29. Juli 1833 Nr. 19 §. 2. 3, dem Gesetze vom 14. Januar 1849 Nr. 6 §. 2, sowie dem Pol. Str. Ges. B. §. 88 theils im Allgemeinen solche Thatsachen, woraus sich ergibt, daß der Angeklagte dem Trunke in dem Maße ergeben sei, daß er die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährde, theils im Besonderen solche Um-

stände, welche den Bestimmungen im §. 3 des ersten Gesetzes entsprechen, wonach Personen erst alsdann zu denen, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden, gerechnet werden sollen, wenn bereits wiederholt andere polizeiliche Bessermittel, als Ermahnungen, verschafftes Unterkommen, Stellung unter polizeiliche Aufsicht, angedrohetes und vollzogenes Gefängniß bei ihnen angewendet und fruchtlos gewesen oder zu wiederholten Malen Straferkenntnisse wegen solcher Vergehen, die ihren Grund in einem unsittlichen Leben hatten, an ihnen vollzogen sind. Die letzterwähnten Umstände sind, wenn nicht zugleich die Gestellung unter Polizeiaufsicht erkannt worden, dem den Gesetzesworten „erst alsdann“ beizulegenden Sinne gemäß nothwendige Vorbedingungen des Thatbestandes, so daß der letztere zwar ohne dieselben nicht erschöpft werden kann, jedoch durch dieselben nicht nothwendig erschöpft wird, sondern möglicher Weise zu seiner Erfüllung noch anderweiter Thatfachen bedarf, aus denen erst im Verein mit jenen Vorbedingungen das Erforderniß eines bis zur Gefährdung öffentlicher Ordnung und Sicherheit gesteigerten Grades von Trunkfälligkeit, Bettelerei u. s. w. hervorgeht. Vergl. Ueberschrift zu dem §. 3 cit. und Pol. Str. Ges. B. §. 88 a. E. Hiernach hatte der Wahrspruch des H. Kreisgerichts von dem in der Anklage angeführten Sachverhalte mit Stimmeneinhelligkeit nicht allein diejenigen Umstände festzustellen, aus denen sich jene Vorbedingungen ergaben, sondern auch alle übrigen Thatfachen, welche im Vereine mit jenen Vorbedingungen die Prämisse zu dem Schlusse zu bilden vermochten, daß der Angeklagte in einem die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdenden Grade dem Trunke ergeben sei. Dieser Schluß enthielt dann die Entscheidung, ob und inwiefern das in Frage stehende Vergehen durch die als erwiesen angenommenen Thatfachen begründet werde, machte also den Rechtspunkt aus, welcher nebst der Strafe durch Stimmenmehrheit im Rechtspruche zu bestimmen war, nachdem die Parteien den Wahrspruch gehört und Gelegenheit gehabt hatten, über den Rechtspunkt und die Strafe das Wort zu nehmen. Str. Pr. Ord. §. 92. Das H. Kreisgericht hat aber diese wesentlichen Vorschriften über das Verfahren in zweifacher Beziehung außer Acht gelassen. Dasselbe hat

1) über die in der Anklage enthaltenen Thatfachen:

der Angeklagte befinde sich seit 3 Jahren in jeder Woche 3 bis 4 Tage in völlig betrunkenem Zustande, vernachlässige dadurch die Bewirthschaftung seines Hofes und mache Schulden zc.,

obgleich dieselben neben den Vorbedingungen den gesetzlichen Thatbestand zu erfüllen geeignet sein konnten, im Wahrspruche unter Nr. 3 nur dahin:

daß der Angeklagte sich in den letzten 3 Jahren periodisch betrunken habe, mithin, da die Perioden nicht näher bezeichnet worden, so unbestimmt und unvollständig sich geäußert, daß daraus weder auf das Vorhandensein, noch auf das Nichtvorhandensein des gesetzlich erforderlichen Maßes der Trunkfälligkeit ein Schluß gezogen werden kann.

Das H. Kreisgericht hat sodann

2. den Rechtspunkt, soweit er in diesem Schlusse besteht, nicht im Rechtspruche, sondern vermöge der Auslassung:

es sei nicht erwiesen, daß der Angeklagte ein in dem Maße dem Trunke ergebener Mensch sei, daß durch ihn die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet werde,

im Wahrspruche erledigt, ohne die Parteien über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit, aus dem Inbegriffe der im Wahrspruche festgestellten Thatfachen das dem Angeklagten zur Last gelegte Vergehen zu folgern, vorher gehört zu haben.

In beiden Beziehungen ist eine Nichtigkeit begangen, welche in formellen Verstößen im Hauptverfahren ihren Grund hat.

Nachdem das Hauptverfahren am 12. Juli 1862 wiederholt war, erklärte das Kreisgericht Gandersheim in dem Wahrspruche für erwiesen:

1) daß der Angeklagte am 5. März, 6. April und 20. November 1861 wegen Störung der nächtlichen Ruhe im trunkenen Zustande die erwähnten Strafen verbüßt;

2) daß derselbe am 23. Mai und 12. September 1861 von der Kreisdirection wegen seines schlechten Lebenswandels verwahrt sei;

3) daß zwar nicht erwiesen, daß der Angeklagte sich in jeder Woche 3 bis 4 Tage im völlig trunkenen Zustande befunden; dagegen erwiesen, daß er sich häufig mit kurzen Unterbrechungen und mehre Tage hinter einander betrunken, die Bewirthschaftung seines Hofes vernachlässigt und auf leichtsinnige Weise Schulden gemacht habe, sowie, daß er sich dem Trunke ergeben, in Folge davon Aergerniß gegeben, Personen und Sachen gefährdet und daß er die öffentliche Ordnung und Sicherheit gestört habe;

und verurtheilte den Angeklagten zur Aufnahme in die Besserungsanstalt zu Bevern, da nach dem Wahrspruche die thatsächlichen Voraussetzungen vorlägen, von denen nach §. 2 und 3 des Ges. vom 29. Juli 1833 Nr. 19 und §. 88 des Pol. Str. Ges. B.'s die Aufnahme in die fr. Anstalt abhängig gemacht, insbesondere eine Trunkfälligkeit desselben in dem Maße, daß die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet werde, vorhanden sei.

Die gegen dieses Erkenntniß vom Angeklagten verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde von dem ersten Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 16. September 1862 zurückgewiesen,

in der Erwägung:

daß der gesetzliche Thatbestand des dem Angeklagten behuf seiner Aufnahme in die Besserungsanstalt zu Bevern vorgeworfenen Vergehens allerdings unter der Vorbedingung,

daß wiederholt bereits andere polizeiliche Besserungsmittel fruchtlos angewendet oder Strafen wegen Vergehen, die ihren Grund in einem unsittlichen Leben hatten, an ihm vollzogen worden sind,

in einem bis zur Gefährdung öffentlicher Ordnung und Sicherheit gesteigerten Maße von Trunkfälligkeit besteht, Ges. v. 29. Juli 1833 Nr. 19 §. 2. 3; Pol. Str. Ges. §. 88; die Annahme dieses Maßes von Trunkfälligkeit unter den gesetzlichen Vor-

bedingungen aber auch von dem H. Kreisgerichte Gandersheim am 12. Juli d. J. richtig theils im Rechtspruche nach vorgängiger Verkündigung des Wahrspruches aus den im Wahrspruche festgestellten thatsächlichen Prämissen gefolgert und ausgedrückt, theils im Wahrspruche durch Feststellung schlusskräftiger Thatsachen begründet worden ist, indem auch die Endworte des Wahrspruchs:

daß der Angeklagte sich dem Trunke ergeben, in Folge davon Aergerniß gegeben, Personen und Sachen gefährdet, und daß er die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört habe,

noch keineswegs als Gesamtergebniß der vorher festgestellten Thatsachen jenen den Rechtspunkt bildenden Schluß ziehen, sondern andern vorher festgestellten Thatsachen nur einzelne freilich mit besonderer Gewalt zu jenem Schlusse hindrängende Thatsachen, nämlich:

a. daß der Angeklagte sich dem Trunke ergeben und in Folge davon Aergerniß gegeben,

b. Personen und Sachen gefährdet,

c. die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört habe,

hinzufügen; Thatsachen, die vielleicht nach Zeit und Ort näher zu bestimmen gewesen wären, die aber auch ohne diese nähere Bestimmung, am wenigsten im vorliegenden Falle, zur Vernichtung des Wahrspruchs keinen ausreichenden Anlaß geben.

---

**Die Rückfallsstrafen für Forstfrevel sind nicht anzuwenden, wenn den Verurtheilten früher nicht eröffnet ist, daß sie bei Wiederholung des Frevels eine erhöhte Strafe trifft. (F. Str. Ges. §. 28.)**

Der Tagelöhner Hartmann hatte eine Tracht Stuken aus der Forst entwendet, und wurde, weil er innerhalb des verflossenen Jahres wegen Forstfrevels eine 4wöchige Gefängnißstrafe abgebußt, wegen dieses Rückfalls nach §. 18 und 27 des Forst-Str. Ges. vom 26. Juli 1837 vom Amtsgerichte Blankenburg zu 4 Wochen Zwangsarbeit verurtheilt. Dieses Erkenntniß wurde am 1. Juli 1862 von dem ersten Senate des Obergerichtes zu Wolfenbüttel als Cassationshofe als nichtig cassirt und Angeklagter zu 1 Tag Strafarbeit verurtheilt,

in Erwägung:

daß weder bei der Publication noch bei der Insinuation der in Bezug genommenen früheren Straferkenntnisse vom 9. Februar und vom 13. März 1861 dem Angeklagten die in §. 28 des Forststrafgesetzes vom 26. Juli 1837 vorgeschriebene Eröffnung geschehen, diese dem Forstfrevler zu machende Eröffnung keineswegs als eine bloß den Richter für das Untersuchungsverfahren angehende Instruction anzusehen ist, sich vielmehr als eine wesentliche Bedingung für Anwendung der Wiederholungs- und Rückfallsstrafen verhält, weil durch jene Eröffnung die Willensrichtung des Frevlers sollte und musste beeinflusst werden, ihn von Wiederbegehen des Frevels

abzuhalten, und ein Frevler, der sich durch das gerichtsseitig ihm zum Selbstbewusstsein und zur Anschauung gebrachte höhere Strafübel von der That nicht abhalten lässt, unverkennbar sich subjectiv strafbarer zeigt, als wenn er ohne solche Einwirkung gefrevelt hätte, dieses Verständniß des allegirten §. 28 überdies durch §. 10 daselbst bestätigt wird,

daß diesemnach weder die Strafe des Rückfalls, noch die der Wiederholung zur Anwendung zu bringen war und nach Lage der Sache nur die gesetzliche einfache Strafe erkannt werden kann, und bei der ersichtlichen Mittellofigkeit des Frevlers in Strafarbeit zu verwandeln ist, Forststrafgesetz de 1837 §. 18 §. 5, Str. Pr. Ord. §. 158 Nr. 3, §. 168 Nr. 3 b.

### Arrestanlagen auf Forderungen eines im Strafproceffe Verurtheilten gegen Dritte behuf Sicherung der Strafvollziehung.

I. Der Staatsanwalt zu Braunschweig beantragte in der Strassache gegen Fricke bei dem dortigen Kreisgerichte, behuf Einziehung der Untersuchungskosten ein Capital von 250 Thlr., welches Meyer dem Angeklagten schulde, bis zu dem Betrage von 27 Thlr. mit Arrest zu belegen und dem Meyer bei Strafe doppelter Zahlung aufzugeben, diesen Betrag nicht an Fricke, sondern an die Gerichtscasse zu zahlen. Das Kreisgericht Braunschweig lehnte diesen Antrag am 30. Januar 1855 wegen mangelnder Competenz unter Bezugnahme auf §. 184. 186 der Str. Pr. Ord. und §. 19 des Ger. Verf. Ges. ab.

Darauf erließ das Obergericht zu Wolfenbüttel am 7. März 1855 folgendes Rescript:

Die Ansicht des H. Kreisgerichts über den Umfang seiner Rechte und Pflichten rücksichtlich der Strafvollziehung erscheint nicht zutreffend.

Aus dem im §. 3 der Str. Pr. Ord. aufgestellten Principe ergiebt sich, daß die Gerichte und Staatsanwälte nach ihrem gemeinsamen Verufe sich bei ihren gesetzlichen Handlungen gegenseitig zu unterstützen haben. Allerdings wird die kreisgerichtliche Thätigkeit in der einzelnen Strassache regelmäßig erledigt sein, sobald das Urtheil für vollstreckbar erklärt ist, weil die Vollziehung den Staatsanwälten obliegt und diese nur ausnahmsweise der richterlichen Mitwirkung bedürfen werden. Tritt aber ein solcher Fall ein, so erleidet es nach dem vorhin erwähnten Principe keinen Zweifel, daß sich der betr. Staatsanwalt an den Strafrichter zu wenden hat, dessen Urtheil vollzogen werden soll. In Uebereinstimmung hiermit schreibt der §. 187 l. c. vor, daß die Niederschlagung der wegen Unvermögens nicht beizutreibenden Kosten auf den Antrag des Staatsanwalts vom Gerichte zu verfügen sei, woraus deutlich erhellt, daß durch den §. 186 l. c. keineswegs jede Thätigkeit des Strafrichters bei Vollziehung der Straferkenntnisse hat untersagt und ausgeschlossen werden sollen.

Eine andere Frage ist es, ob nicht der Staatsanwalt befugt sei, alle zur Wei-

treibung der erkannten Kosten erforderlichen Maßregeln, also auch Beschlagnahme der dem Inculpaten zugehörigen Forderungen, selbstständig und ohne Mitwirkung der Gerichte anzuordnen. Indes dürften die überwiegenden Gründe dafür sprechen, daß der Staatsanwaltschaft nur gegen die Person des Verurtheilten und die in dessen Besitze befindlichen Sachen executive Befugnisse eingeräumt seien, daß aber, wenn Inhibitionen, z. B. Zahlungsverbote gegen dritte Personen, auf eine wirksame Weise erlassen werden sollen, hierzu eine Verfügung des Gerichts erforderlich werde. Jedenfalls könnten hierüber bei dem Mangel eines genügend bestimmten Gesetzes leicht Zweifel und erhebliche Weiterungen entstehen; sollte also die Staatsanwaltschaft auch nur in der Absicht, um derartigen Mißständen vorzubeugen, die gerichtliche Mitwirkung in Anspruch nehmen, so würde einem solchen Antrage immer zu willfahren sein.

Wenn H. Kreisgericht die Staatsanwaltschaft auf §. 19 des Organisationsgesetzes vom 21. August 1849 verweist, so ist dabei nicht beachtet, daß jener Paragraph nur von Civilstreitigkeiten redet, daß dagegen hier unzweifelhaft eine Strafsache vorliegt, indem die Verurtheilung des Schuldigen in die Kosten sowie die Beitreibung der letzteren dem Strafverfahren und nicht dem Civilproceß angehört (§. 67 der Str. Pr. Ord.). Die gerichtliche Thätigkeit, welche auch die Resolution vom 30. Januar d. J. durch die Verweisung auf den §. 19 cit. für erforderlich erklärt, kann hiernach nicht einem H. Amtsgerichte, sondern lediglich dem H. Kreisgerichte, von dem das zu vollziehende Strafurtheil abgegeben ist, schon des Zusammenhangs der Sache wegen obliegen.

Aus diesen Gründen weisen wir, dem Antrage des Oberstaatsanwaltes gemäß, das H. Kreisgericht unter Aufhebung der Resolution vom 30. Januar d. J. hiermit an, auf das Arrestgesuch des dortigen Staatsanwalts weitere sachgemäße Verfügung zu erlassen.

II. In der kreisgerichtlichen Strafsache gegen Lemcke aus Hameln wegen Gewerbesteuer-Contravention beantragte der Staatsanwalt bei dem Kreisgerichte Holzminden behuf Sicherung der Rechtsverfolgung eine dem Lemcke gegen Bolte in Grave zustehende Forderung bis zum Betrage von 50 Thlr. mit Arrest zu belegen und dem Bolte bei Vermeidung doppelter Zahlung aufzugeben, diese Schuld bis auf Weiteres inne zu behalten. Das Kreisgericht Holzminden fertigte dem Staatsanwalte einen Gerichtsbeschluß zu, durch welchen die fr. Arrestanlage verfügt wurde, die Ausführung dieses Beschlusses nach §. 5 der Str. Pr. Ord. dem Staatsanwalte überlassend. Der Staatsanwalt verlangte dagegen, daß das Gericht eine an Bolte selbst zu richtende Verfügung unter Androhung eines angemessenen Präjudizes erlasse, der Arrest angelegt und dem Bolte die Zahlung an Lemcke untersagt werde. Ueber die somit entstandene Meinungsverschiedenheit:

ob im Falle einer im Strafverfahren nöthig werdenden Arrestanlage gegen Dritte, sei es zur Sicherung der Rechtsverfolgung oder behuf der Hilfsvollstreckung für genügend zu halten sei, wenn das Gericht dem Staatsanwalte einen Gerichtsbeschluß zur Kenntniß bringt, durch welchen

der beantragte Arrest erkannt wird, dessen Ausführung unter Androhung geeigneten Präjudizes dem Staatsanwalte überlassen bleibt,

oder aber,

ob die Arrestanlage Seitens des Gerichts, unter Feststellung anzudrohenden Präjudizes durch letzteres, an den Dritten selbst zu richten und dem Staatsanwalte sodann nur die Behändigung solcher Auflage und demnächst die Sorge für deren Effectuirung zu überlassen sei?

sprach sich der Oberstaatsanwalt am 23. Septbr. 1861 für die letztere Auffassung aus, davon ausgehend, daß gegen dritte dem Strafverfahren nicht unterworfenen Personen präjudizirliche Auflagen nur von den Gerichten, nicht von der Staatsanwaltschaft gemacht werden können.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel trat am 27. Septbr. 1861 unter Bezugnahme auf das vorstehende in der Fricke'schen Untersuchungssache erlassene Rescript vom 7. März 1855 der Ansicht des Oberstaatsanwalts bei, und wies das Kreisgericht Holzminden an, demgemäß im vorliegenden und in künftigen Fällen zu verfahren.

III. Der Soldat Wille war von dem Kriegsgerichte zu einer Freiheitsstrafe und zur Bezahlung der Untersuchungskosten verurtheilt. Da an Kosten der Betrag von 10 Thlr. nicht einzuziehen war, so ersuchte der Stabsauditeur den Staatsanwalt in Helmstedt, bei dem dortigen Kreisgerichte die Verarrestirung derjenigen 400 Thlr. Stellvertretungsgelder bis zu der entsprechenden Summe zu beantragen, welche Wille von dem Ackermann B. in Volkmarisdorf zu fordern habe.

Der demgemäß von dem Staatsanwalte gestellte Antrag wurde von dem Kreisgerichte Helmstedt am 9. Mai 1862 zurückgewiesen in Erwägung, daß

1) es sich um eine Beschlagnahme nicht zum Zwecke der Untersuchung einer Strafprocesssache, sondern zum Zwecke der Vollziehung eines Straferkenntnisses handelt;

2) eine Beschlagnahme in einer Strafprocesssache nur in dem ersteren, nicht in dem letzteren Falle des Beschlusses resp. der Genehmigung des Gerichts bedarf — §. 28 Schlusssatz, §. 29 Tit. 4 und §. 5 der Str. Pr. Ord. —, vielmehr in den Strafprocesssachen die Ausführung der gerichtlichen Verfügungen, die Vollziehung der erkannten Strafen, folglich auch der Geldstrafen, und folgeweise auch die Einziehung der Untersuchungskosten, in welche der Angeklagte verurtheilt ist, zu den Attributen der H. Staatsanwälte und nicht der Gerichte gehört;

3) diese Befugniß den H. Staatsanwälten ohne alle Einschränkung und ganz allgemein beigelegt ist, und daher auch jede Art der Vollstreckung, mithin auch die, welche mittelst der Beschlagnahme einer Forderung des Schuldigen an einen Dritten auszuführen ist, und letztere selbst umfaßt, §. 5 cit.;

4) wenn es anders wäre und dennoch der Vollstreckung eines Straferkenntnisses mittelst Beschlagnahme einer Forderung ein besonderer gerichtlicher Beschluß vorgehen müßte, ein solcher Beschluß, wenn er mehr als eine ganz leere Form sein

sollte, von dem für die Sache competenten und nicht incompetenten Gerichte, folglich im Fragefalle von dem H. General-Kriegsgerichte zu Braunschweig zu fassen sein würde, und

5) wenn der Antrag von einem civilrechtlichen Standpunkte aus beurtheilt werden könnte, was indeß nicht der Fall ist, derselbe nicht zur kreisgerichtlichen, sondern nur zu der Competenz eines Amts- oder Stadtgerichts gehören könnte, Civ. Pr. Ord. §. 360; mithin

6) der Antrag in keiner Beziehung zur Competenz des H. Kreisgerichts hieselbst gehört.

Ueber diese Verfügung beschwerte sich der Stabsauditeur durch Vermittelung des Oberstaatsanwalts bei dem Obergerichte zu Wolfenbüttel, und rescribirte das Plenum des Letzteren am 25. Juni 1862 an den Oberstaatsanwalt Folgendes:

Wenngleich die Str. Pr. Ord. §. 28 nur die Beschlagnahme von Gegenständen während des Laufes der Untersuchung erwähnt und solche den Gerichten zuweist, im Uebrigen aber im §. 5 die Ausführung der gerichtlichen Verfügungen, mithin auch die Vollstreckung der erkannten Strafen und die Einziehung der Untersuchungskosten mit Ausnahme der amtsgerichtlichen Untersuchungsfachen den Staatsanwälten überträgt, so sind wir doch mit Ihnen der Ansicht, daß in Fällen, wo zur Sicherung der Untersuchungskosten ausstehende Forderungen des Verurtheilten mit Arrest belegt werden sollen, die Gerichte ihre Mitwirkung nicht versagen können: denn die wirkliche Arrestanlage erfordert eine in Ansehung der in Beschlag zu nehmenden Objecte begründete Competenz und kann nur von demjenigen Gerichte geschehen, in dessen Bezirke die zu verarrestirenden Gegenstände sich befinden, oder der Schuldner des Arrestimpetraten wohnt, d. h. von demjenigen Gerichte, dessen Anordnungen der Schuldner, bei dem Arrest angelegt werden soll, Folge zu leisten verpflichtet ist; woraus sich ergibt, daß der Schuldner des Verurtheilten nicht im Gerichtsstande des Verurtheilten, sondern in seinem eigenen Gerichtsstande zu belangen ist.

Wir sind hiernach der Ansicht, daß die in der Resolution des H. Kreisgerichts Helmstedt vom 9. Mai d. J. für die Ablehnung des Arrestantrages sub 1—4 aufgeführten Gründe nicht geeignet sind; halten jedoch den sub 5 hervorgehobenen Ablehnungsgrund für zutreffend, indem der fr. Arrestantrag bei der civilrechtlichen Natur desselben bei dem der Summe nach competenten Gerichte anzubringen war, und wird, da die mit Arrest zu belegende Summe nur 10 Thlr. beträgt, dem Stabsauditeur anheim zu geben sein, den Arrestantrag bei dem betr. Amtsgerichte zu erneuern.

### Zur Gebührentaxe für die Anwälte in Civilprocessen.

Zu Nr. 26. — Die Partei hat ihrem Anwalte, die zum Kostenersatze verurtheilte Partei der Gegenpartei die zum Betriebe des Processus nothwendig gewesenenen Kosten zu vergüten; somit muß der Ersatz aller derjenigen Auslagen wegfallen, welche

sich als nicht nothwendig herausstellen, welche unbeschadet der Aufrechterhaltung der Regelmäßigkeit des Verfahrens hätten vermieden werden können.

Wir haben beobachtet, daß bei Verwendung von Copialien sehr oft und sehr viel unnöthiger Aufwand getrieben wird, daß bei Kostenfestsetzungen der Richter die obige allgemeine Regel oft nicht beachtet; es treten deshalb starke Kostenrechnungen durch Verwendung unnöthiger Copialien hervor und die Proceffe werden auf ganz ungehörige Weise durch Copialien unmäßig vertheuert.

So oft der Inhalt der der Klagschrift oder einer sonstigen Eingabe beigelegten Anlage der Eingabe selbst füglich hätte inserirt werden können, z. B. eine wenige Zeilen haltende Rechnung, wird dafür eine besondere Copialien-Auslage nicht beansprucht werden dürfen; dies darf auch dann nicht geschehen, wenn in dem gewöhnlichen Proceßverfahren die Partei, statt sich auf die Angabe der als Beweismittel dienenden Urkunden zu beschränken, diese Urkunden in Abschrift beifügt, Civ. Pr. O. S. 61; ebenfalls nicht, wenn in der Berufungs-, Revisions- oder Cassations-Instanz der Beschwerdeführer die ihm ertheilte Ausfertigung des Erkenntnisses beifügt, oder wenn in Folge ausschweifender Höflichkeitsbezeigungen oder unnöthiger Wiederholungen oder von Rechtsausführungen die Schrift dergestalt erweitert wird, daß dadurch das Beschreiben eines zweiten oder ferneren Bogens veranlaßt wurde. Ebenfalls können wir nicht billigen, daß für Abschriften zu den Acten der Anwälte von solchen Schriftstücken, welche in der Eingabe, der diese Schriftstücke beigelegt wurden, ihrem wesentlichen Inhalte nach Erwähnung gefunden haben, dem Mandanten oder der zum Kostenersatze verpflichteten Partei Kosten berechnet werden; z. B. von dem Atteste des Staatsanwaltes über gewährtes Armenrecht, der Vormundschaftsbestellung, Insinuationsdocumente zc.

Wenn es Thatsache ist, daß gerade durch Verwendung unnöthiger Copialien, insbesondere in den amts- und stadtgerichtlichen Rechtsfachen die Kosten erheblich vergrößert werden, so hielten wir für angemessen, hiervon Erwähnung zu thun und geben den Gerichten anheim, — selbstverständlich in der loyalsten Weise — bei Feststellung der Kosten den obigen allgemeinen Rechtsgrundsatz zur Geltung zu bringen\*).

\*) Durch den mit dem K. Preussischen Gesetze, betr. den Ansatz der Gebühren der Rechtsanwälte, vom 12. Mai 1851 veröffentlichten Tarif ist die Schreibgebühr für jeden Bogen auf 2½ Gr. festgestellt, aber verordnet, daß — dieser Satz wurde bei den Berathungen über den Gesetzentwurf stark beanstandet — für ein Schriftstück, welches weniger als einen vollen Bogen enthält, Schreibgebühren regelmäßig nicht zu liquidiren, daß, wenn für mehr als einen Bogen liquidirt wird, die einzelnen Seiten der zusammenhängenden Schriftstücke, also Original, Duplicat und Anlagen, zusammengezählt und die Copialien mit 2½ Gr. für 4 Seiten berechnet, der überschießende Theil aber für einen vollen Bogen gerechnet werden solle, und endlich, daß wenn für mehr als 6 Bogen Copialien zu berechnen sind, der siebente und die folgenden Bogen nur mit 1 Gr. berechnet werden sollen, daß in allen Rechtsfachen, deren Gegenstand nur bis 50 Thlr., Schreibgebühren überall nicht und nur dann zu liquidiren sind, wenn ein Schriftstück incl. der Anlagen mehr als 2 Bogen enthält, und dann nur die überschießenden Bogen.

## Plenarbeschlüsse

des S. Obergerichts zu Wolfenbüttel, die Gerichts- und Anwaltsgebühren zc. in Civilprocessen betreffend.

I. Vom 20. Juni 1855: — zu Nr. 2 u. 14 der Gebührentaxe für die Anwälte\*).

Wenn Civilprocesssachen in erster Instanz vor Amts- und Stadtgerichten ohne Anwälte verhandelt sind, in zweiter Instanz aber mit Anwälten verhandelt werden, so soll für die Anwälte keine Informationsgebühr berechnet werden.

II. Vom 8. November 1855: — zu Nr. 19 u. 26 der Gebührentaxe für die Anwälte\*\*).

Wenn in Civilsachen Deserviten und Auslagen vom Sachführer oder Anwalte gegen den Gegner seiner Partei liquidirt werden, so soll die Gebühr nach der Gebührentaxe Nr. 19 bestimmt werden, so jedoch, daß die etwa als Anlage beigefügte Rechnung als Theil der Schrift selbst sowohl hinsichtlich des Deservits als der Copialien zu berechnen ist.

III. Vom 13. November 1855: — zu Nr. 3 der Gebührentaxe für die Anwälte.

Wenn in bestimmt oder unbestimmt summarischen Processsachen das Erkenntniß durch einen vor der Verhandlung geschlossenen Vergleich, durch ungehorsames Ausbleiben des Beklagten, durch Zugeständniß oder Sachfälligkeitserklärung desselben vermieden wird, so soll die Gebühr der Anwälte und Advocaten analog der Nr. 3 der Gebührentaxe als Anwaltstermingebühr erster Gattung unter Wegfall der Advocatengebühr nach Nr. 16 der Gebührentaxe berechnet werden.

IV. Vom 24. Januar 1856: — zur allg. Bem. B. der 2. Abth. der Gebührentaxe für die Anwälte.

Die Bestimmung der Sportel- und Gebührentaxe in Civilprocessen unter Nr. 19, Lit. B. ist nach der im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmung der Sportel- und Gebühren-Ordnung in Strassachen unter B. I. allg. Bem. a. zu erklären, so daß die Worte: „Geschieht dies nicht, so kommen die obigen Ansätze unbedingt zur Anwendung“ ausschließlich auf den unmittelbar vorhergehenden Satz: „Jedoch muß der Grund, sowie der Betrag des Absatzes an der regelmäßigen Gebühr angegeben werden,“ bezogen werden, da insbesondere über die Zeit der gerichtlichen Ermäßigung nichts angeordnet worden ist.

V. Vom 18. März 1856: — zu Nr. 26 der Gebührentaxe für die Anwälte.

Wenn die Parteien den Einführungsschriften der Rechtsmittel die Abschrift des

\*) S. Zeitschrift I. S. 195. IX. S. 112.

\*\*) S. Zeitschrift I. S. 196. VI. S. 96.

angefochtenen Erkenntnisses beifügen, so sollen die Kosten dieser Abschrift fortan in den Liquidationen der Parteien nicht abgesetzt und hiergegen erhobene Reclamationen abgewiesen werden.

VI. Vom 26. November 1856: — zu §. 403 Abs. 3 der Civ. Pr. Ord.

Die Vorschrift im §. 403 Abs. 3 der Civ. Pr. Ord. zu Gunsten einer Partei, welche einen nicht am Sitze des zuständigen Gerichts wohnhaften Advocaten oder Anwalt angenommen hat, soll nur eine von den gewöhnlichen Grundsätzen abweichende Berechnungsart der Kosten für eigene Reisen und Versäumnisse gestatten, also voraussetzen, daß die betreffende Partei, die ihre Anwälte und Rechtsbeistände ja auch häufig schriftlich oder bei gelegentlichen Zusammenkünften instruiren kann, eigene Reisen und Versäumnisse wirklich gemacht resp. gehabt habe, für welche ihr, wenn dieselben sich nach richterlichem Ermessen als nothwendig darstellen, ein Anspruch auf Vergütung wider die Gegenpartei an sich bereits zustehe, eine Voraussetzung, welche nicht zutrifft, wenn die Partei mit dem am Sitze des zuständigen Gerichts nicht wohnhaften Advocaten oder Anwalte an demselben Orte sich aufhält, so daß auf solchen Fall die obgedachte Vorschrift des §. 403 Abs. 3 der Civ. Pr. Ord. nicht auszudehnen ist.

VII. Vom 30. Juni 1862: — zu §. 145 a. E. der Civ. Pr. Ord.

In der heutigen Plenarsitzung ist, in Veranlassung eines Schreibens des Oberstaatsanwaltes vom 2. d. Mts. die Einziehung der, nach Civ. Pr. Ord. §. 145 a. E. für den vermögenden Gegner einer armen Partei angeschriebenen Sportel- und Stempel-Gebühren betreffend, über die Frage:

ob in den durch Berufung hierher gebrachten Sachen, wenn die vermögende Partei hier durch Erkenntniß zur Kostenersatzung verurtheilt, oder wenn auf Kosten-Compensation erkannt worden, die von dieser Partei zu erlegende resp. ganze oder halbe — Civ. Pr. Ord. §. 401 — Sportel-Taxe des Erkenntnisses von deren hiesigem Anwalte oder von der Partei selbst einzuziehen sei?

beschlossen, daß

da die vermögende Partei — sollte deren Anwalt zu solcher Zahlung angestrengt werden — verpflichtet erachtet werden müsse, in allen Fällen, wo der Proceßgegner das Armenrecht bewilligt erhalten hat, ihren Anwalt auch mit dem zu solcher Zahlung nöthigen Vorschusse zu versehen, folglich den wegen der übrigen Kosten zu leistenden Vorschuß entsprechend zu erhöhen, dieses aber dem Grunde und Zwecke der bewilligten Rechtswohlthat der Annotation der Sporteln nicht gemäß erscheint,

weder die ganze noch die halbe Erkenntniß-Sporteltaxe in jenen Fällen von dem Anwalte, sondern sammt den etwaigen notirten übrigen Gebühren von der vermögenden Partei selbst einzuziehen sei.

## Aus amtlichen Erlassen.

Rescript des H. Staatsministeriums vom 5. August 1862 an H. Obergericht.

Der Director eines zu Neu-Schönfeld bei Leipzig errichteten Centralbüreaus für gerichtliche u. Handschriften-Vergleichung, Adolf Henze daselbst, hat bei Uns darum nachgesucht, die betr. hiesigen Behörden zu autorisiren, in vorkommenden Fällen des Bedürfnisses dieses Instituts zu benutzen. Wir haben Uns veranlaßt gefunden, die gutachtliche Aeußerung des Oberstaatsanwalts über diesen Antrag einzuziehen, und wollen im Einverständnisse mit der darin geäußerten Ansicht die Gerichtsbehörden des Landes hiemit autorisiren, in besonderen Fällen, wo es auf eine genaue Vergleichung von Handschriften ankommt, und die Zuziehung eines auswärtigen Sachverständigen sich als zweckmäßig oder wünschenswerth herausstellen sollte, sich der Beihilfe des genannten Instituts zu bedienen.

Indem Wir dem H. Obergerichte hierbei ein Exemplar der von dem Director des gedachten Centralbüreaus veröffentlichten Druckschrift zur Kenntnißnahme mittheilen, beauftragen Wir dasselbe, die Gerichte des Landes hiernach mit Benachrichtigung und Instruction zu versehen.

Rescript des H. Staatsministeriums vom 18. November 1862 an sämtliche H. Kreisgerichte.

Die Landesgesetzgebung schreibt im §. 51 der Str. Pr. Ord. und im §. 58 der Civ. Pr. Ord. zwar vor, daß den öffentlichen Gerichtsverhandlungen nur Erwachsene, jedoch unbedeckten Hauptes und unbewaffnet beizuhören dürfen; allein diese Gesetzbestimmung, wengleich allgemein und daher ohne Zweifel auch auf Officiere anwendbar, erstreckt sich nur auf diejenigen Personen, welche solchen Sitzungen als Zuhörer oder Zuschauer beizuhören, nicht aber auf diejenigen, welche, sei es als Partei oder Auskunftspersonen, zu der Sitzung geladen oder zur Aufrechthaltung der Ordnung in das Sitzungslocal commandirt worden sind.

Ferner enthalten zwar in Betreff derjenigen Militärpersonen, welche in einer der vorgedachten Eigenschaften vor den Civilgerichten zu erscheinen haben, Unsere Rescripte vom 27. Juni 1820, 1. November 1837 und 16. Juni 1853 die Vorschrift, daß Unterofficiere und Soldaten bei Eidesleistungen vor den Civilgerichten das Seitengewehr abzulegen haben; indeß diese Vorschrift gestattet, als eine singuläre, keine analoge Ausdehnung auf Officiere, und wie auch das gemeine Recht keine Bestimmung darüber enthält, daß bei Eidesleistungen Waffen nicht geführt werden dürfen, so ergibt sich, daß beim Mangel desfalliger gesetzlicher oder reglementarischer Bestimmungen die Civilgerichte nicht befugt sind, von Officieren bei Eidesleistungen die Ablegung ihrer Waffe zu verlangen.

Da in dieser Hinsicht neuerlich Zweifel entstanden sind, so weisen Wir zur Beseitigung derselben sämtliche H. Kreisgerichte hierdurch an, in vorkommenden Fällen dem Obstehenden gemäß selbst zu verfahren und die betreffenden H. Stadt- und Amtsgerichte mit entsprechender Anweisung zu versehen.

Vertheilung der Mitglieder des H. Obergerichts zu Wolfenbüttel in die Senate für das Jahr 1863, laut der Präsidial-Bekanntmachung vom 29. November 1862.

1. Senat: D. G. Präsident Breymann; D. G. Räte Rohde, Karlowa, Borwerk, Sella und Schmid;
2. Senat: D. G. Vice-Präsident Knittel; D. G. Räte Gärtner und Schütze;
3. Senat: D. G. Vice-Präsident Henke; D. G. Räte Grotrian, v. Rosenstern und Lyncker.

Bekanntmachung des Criminal-Senats des H. Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 24. November 1862.

Im Jahre 1863 beginnen die Schwurgerichtssitzungen  
in Wolfenbüttel am 8. Januar und 1. Juli,  
in Braunschweig am 8. April und 1. October.

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

---

**Inhalt.** Gefundene Sachen sind in der Stadt Braunschweig von der Polizeidirection, sonst von den Gerichten, und nicht von den Polizeibehörden, öffentlich bekannt zu machen. — Ueber die Einziehung der Gerichtsporteln für die bei den Gerichten deponirten und auf Antrag des Staatsanwalts eröffneten Testamente, imgleichen der Legate für die Armen- und Wegebesserungscassen aus solchen Testamenten. — Dem Lehrherrn steht eine Klage auf Erfüllung des einseitig von dem Lehrlinge aufgehobenen Lehrcontractes gegen den Vater des Letzteren zu. — Die Vormünder sind in der Regel verbunden, einen ihnen deferirten Eid im Falle der Annahme abzuleisten. — Zur Stempelordnung vom 29. October 1821.

---

**Gefundene Sachen sind in der Stadt Braunschweig von der Polizeidirection, sonst von den Gerichten, und nicht von den Polizeibehörden, öffentlich bekannt zu machen.**

Es ist die Frage entstanden, ob die öffentliche Bekanntmachung gefundener Sachen allgemein den Polizeibehörden oder den Gerichten zustehe? Auf Veranlassung des Staatsministeriums hat das Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel darüber am 30. März 1861 folgenden Bericht erstattet:

In der Landesherrlichen Verordnung vom 15. April 1824 Nr. 11, gefundene Sachen betr., ist vorgeschrieben:

1) daß die Finder verlorener Sachen von anscheinend über 12 Ggr. betragendem Werthe davon binnen 8 Tagen in der Stadt Braunschweig bei der Polizeidirection und an anderen Orten im Lande entweder bei einem Gerichte unmittelbar oder bei einem Ortsvorsteher Anzeige zu thun, und letztere (die Ortsvorsteher) verpflichtet seien, solches dem ihnen vorgesetzten Gerichte baldigst zu melden (§. 1);

2) daß bei gefundenen Sachen von nicht mehr als 10 Thlr. am Werthe dem Finder erlaubt sein solle, anstatt der gedachten Anzeige die nöthige Bekanntmachung in den Braunschweigischen Anzeigen (vergl. §. 4) binnen 8 Tagen selbst zu besorgen, — daß aber diese Privatbekanntmachung den Erwerb der Sache nicht bewirken könne, sondern der Finder, wenn er darauf Ansprüche machen wolle, sich deshalb an die competente Behörde (vergl. §. 6) wenden müsse, welche sodann das dazu geeignete Verfahren einzuschlagen habe (§. 2);

3) daß der Polizeidirection zu Braunschweig oder dem Gerichte, bei dem die

Anzeige, unmittelbar oder durch den Ortsvorsteher (vergl. §. 1), geschehen, obliege, eine öffentliche Bekanntmachung und Vorladung des Verlierers und Aller, die an die Sache rechtliche Ansprüche zu haben vermeinen, mit Bestimmung einer bei Verlust des Rechts wahrzunehmenden Frist von Amtswegen zu erlassen (§. 4);

4) daß, wenn nach abgelaufener Anmeldefrist der Verlierer sich nicht angefunden habe, von der Polizeidirection in Braunschweig die stattgehabte Verhandlung zum weitem Verfahren an das Stadtgericht abzugeben sei, und alsdann von diesem, sowie im gleichen Falle von anderen competenten Gerichten des Landes, die gefundene Sache dem Finder, eventuell der Ortsarmencasse, übereignet und zugeschlagen werde (§. 6).

Da nicht bezweifelt werden mag, daß die Präclusion der Ansprüche des Verlierers und sonstiger Betheiligten, insbesondere die Uebereignung der gefundenen Sachen und deren Zuschlag an den Finder oder die Ortsarmencasse, einen gerichtlichen Act enthält und lediglich den Gerichten, nicht den Polizeibehörden zusteht, so kann den Gerichten zu den behüfigen Vorbereitungs-handlungen, d. h. der öffentlichen Bekanntmachung und Edictalladung, die Competenz nicht abgesprochen werden (L. 2 D. de iurisd. 2. 1), und wenn gleichwohl ausnahmsweise für die Stadt Braunschweig der Polizeidirection die öffentliche Bekanntmachung und Edictalladung zugewiesen worden ist, so beruhet solches augenscheinlich auf Gründen der Zweckmäßigkeit. Anderen Polizei- und Administrativ-Behörden, als der Polizeidirection zu Braunschweig, ist die Competenz zu den öffentlichen Bekanntmachungen und Edictalladungen nicht gewährt worden, indem zwar die Anzeige des Fundes bei den Ortsvorstehern geschehen kann, diese jedoch verpflichtet sind, hiervon dem betr. Gerichte baldigst Meldung zu machen (§. 1), welches sodann nach §. 4 der gedachten Verordnung weiter zu verfahren hat.

Die einschlägigen Bestimmungen des Polizei-Strafgesetzbuches von 1855, in dessen §. 311 auf die Verordnung vom 15. April 1824 Nr. 11 als maßgebend verwiesen wird, stehen damit in völligem Einklange, so daß von untergelaufenen Redactionsversetzen überall nicht die Rede sein kann, und verstehet sich also auch ohne geschehene Wiederholung von selbst, daß andere Ortspolizeibehörden als die Polizeidirection zu Braunschweig die ihnen von dem Funde gemachte Anzeige dem Gerichte zu melden haben.

Wir halten demzufolge die in den Berichten der H. Kreisdirection Helmstedt vom 2. und 15. d. Mts. aufgestellte Ansicht:

daß bei gefundenen Sachen die öffentliche Bekanntmachung zc. allgemein den Polizeibehörden und nicht den Gerichten zustehet,  
sowohl nach Beschaffenheit des Gegenstandes, als nach ausdrücklicher Anordnung der Gesetze für fehlsam und irrig.

Das H. Staatsministerium hat sich in dem Rescripte vom 9. April 1861 mit diesen Ansichten einverstanden erklärt.

Ueber die Einziehung der Gerichtsporteln für die bei den Gerichten deponirten und auf Antrag des Staatsanwalts eröffneten Testamente, imgleichen der Legate für die Armen- und Begebesserungscassen aus solchen Testamenten.

Es ist zur Sprache gekommen, wie es mit der Einziehung der Gerichtsporteln und der Legate für die Armen- und Begebesserungscassen zu halten sei, wenn gerichtlich deponirte Testamente auf Antrag des Staatsanwalts (Civ. Pr. Ord. §. 275 Nr. 7. §. 276) eröffnet werden. Das Staatsministerium hat über diese Frage den Bericht des Obergerichts zu Wolfenbüttel eingefordert, welcher am 9. Septbr. 1862 erstattet ist und also lautet:

1) Die in der Sportel- und Gebührentaxe für Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 4. Juli 1851 Nr. 28 unter Nr. 27 erwähnte Gebühr für die Eröffnung und Publicirung einer letztwilligen Verfügung und das darüber aufzunehmende Protocoll, welche bei den vor dem Erlasse obigen Gesetzes niedergelegten Verfügungen nach dem ungefähren Betrage des Vermögens, worüber testirt worden:

- |    |  |         |
|----|--|---------|
| a. | bis 500 Thlr. . . . .                    | 1 Thlr. |
| b. | über 500 Thlr. bis zu 1000 Thlr. . . . . | 2 "     |
| c. | " 1000 " " " 10,000 " . . . . .          | 5 "     |
| d. | " 10,000 " . . . . .                     | 10 "    |

und bei den nach Erlaß obigen Gesetzes niedergelegten Verfügungen:

- |    |   |         |
|----|---|---------|
| a. | bei sehr dürftigen Personen . . . . .                 | 15 Gr.  |
| b. | bei sehr wohlhabenden oder reichen Personen . . . . . | 2 Thlr. |
| c. | sonst und in der Regel . . . . .                      | 1 "     |

beträgt, — (Gesetz vom 4. Juli 1851 §. 8 in Verbindung mit theils der Sportel- und Gebührentaxe vom 10. Mai 1835 (Nr. 28), Nr. 10 pag. 512, theils der Sportel- und Gebührentaxe vom 4. Juli 1851 unter Nr. 27 und 24 pag. 104) — fällt ohne Zweifel unter den Begriff einer Erbschaftsschuld, — arg. L. 2 § 48 D. de her. vel. act. 18. 4; L. 22 §. 9 C. de iure delib. 6. 30; Weiske Rechtslexikon Bd. 10 S. 1010; — denn wenn man auch zuvörderst den Requirenten zur Zahlung der Gebühr verpflichtet erachten sollte, so würden doch Personen, welche kein eigenes Interesse an der Eröffnung haben, insbesondere Staatsanwälte, auf Eröffnung und Publicirung der letztwilligen Verfügung nur in der Eigenschaft als Geschäftsführer der Erbschaft, — L. 3 pr. §. 6 D. de neg. gest. 3. 5. — und der in derselben bis auf Weiteres als fortwirkend gedachten Persönlichkeit des Erblassers antragen, — §. 2 J. de her. inst. 2. 14; pr. J. de stipul. serv. 3. 17; L. 33 §. 2, L. 34 D. de acquir. dom. 41. 1; L. 116 §. 3 D. de legat. I. 30; L. 31 §. 1 D. de her. inst. 28. 5; L. 9 C. depos. 4. 34. — so daß die zunächst für die ruhende Erbschaft begründete Verbindlichkeit zum Ersatz der ihretwegen gemachten Auslagen oder zur Uebernahme der ihretwegen contrahirten Schulden — L. 2 D. de neg. gest. 3. 5. — später mit der Erbschaft auf die Erben überginge, — pr. J. de stipul. serv. 3. 18; L. 15 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2; L. 13 §. 5 D. quod. vi aut cl. 43. 24; L. 1 §. 6 D. de iniur. 47. 10. — und dieser Uebergang, soweit die Eröffnung auf Antrag eines Staatsanwalts geschehen, unter allen

Umständen die Staatscasse berechtigen würde, die Gebühr von der Erbmasse einzuziehen.

Allein so gewiß diese Grundsätze sind, so selten werden sie sich bei den auf Antrag eines Staatsanwalts geschehenen Eröffnungen ohne unverhältnißmäßige Weiterungen und Schwierigkeiten zur Ausführung bringen lassen, da dergleichen Eröffnungen stets alte, verlegene Dispositionen über Hinterlassenschaften betreffen, bei welchen ein in subjectiver und objectiver Beziehung schwer zu überwindendes Dunkel obzuwalten pflegt. Es wird also immerhin Acht zu haben sein, in den Bemühungen, der Staatscasse die ihr zukommende geringe Gebühr zu verschaffen, nicht zweckwidrig das rechte Maß zu überschreiten.

2) Die Abgabe an die Armen- und Begebesserungs-Cassen, welche nach dem Gesetze vom 4. Juli 1851 Nr. 28 §. 3. bei allen letztwilligen Verfügungen, welche bei einem Gerichte des Inlands niedergelegt worden sind, von dem Betrage des Nachlasses, über welchen verfügt ist, nach Abzug der darauf ruhenden Lasten nach Publication der letztwilligen Verfügung durch dasjenige Gericht, bei welchem die Niederlegung derselben stattfand, zu mindestens  $\frac{1}{6}$  Proc. eingezogen werden soll, ist ihrem geschichtlichen Ursprunge (cfr. Zeitschrift für Br. Rechtspflege III. S. 18 fg., Mittermaier Deutsches Privatrecht §. 504) und Entwicklungsgänge zufolge nach Analogie eines Vermächtnisses an milde Stiftungen zu beurtheilen. Demgemäß wird sie nach den Verordnungen vom 20. Februar 1756 und 11. Febr. 1758 (Frederisdorf II. S. 616) durch wirkliche Vermächtnisse an die genannten Cassen oder verwandte Anstalten ersetzt; nach dem Rescripte H. Cammer vom 11. März 1829 (Bege II. S. 35) von den Erben erst nach angetretener Erbschaft, und zwar nicht als eine Steuer, sondern als eine auf der Testamentserbschaft haftende Abgabe und gewissermaßen als ein nothwendiges Legat eingefordert, nach dem Circularrescripte des H. Staatsministerii vom 27. Mai 1846 (Gesetzsamml. Nr. 20 S. 176) als ein auf die Bestimmungen des Gesetzes sich gründender privatrechtlicher Anspruch an den Nachlaß Verstorbener, welcher durch ungehörige Ausmessung Extrajudicial-Appellationen und behuf Entscheidung präjudicieller Streitfragen, z. B. über die Belastung der im Auslande belegenen Theile des Nachlasses, über Anrechnung der an verwandte Anstalten hinterlassenen Vermächtnisse, zu wirklichen Civilprocessen unter den Betheiligten führen und in solchen Fällen nicht vor Erledigung der Vorfrage eingezogen werden kann, betrachtet, nach rechtskräftigen Erkenntnissen der Obergerichte (Zeitschrift III. S. 17 fg. S. 180 fg.), sowie nach den Bestimmungen der Sporel- und Gebührntaxe vom 4. Juli 1851 (S. 111) nur von demjenigen Werthe berechnet, welchen der pflichtige Nachlaß nach Abzug der darauf ruhenden Lasten und Schulden zur Zeit des Todes des Erblassers hatte. Die Einziehung des „geringen praestandi“ (Verord. vom 11. April 1758), welche das Gericht, bei dem die Niederlegung der letztwilligen Verfügung stattfand, nach dem Gesetze vom 4. Juli 1851 §. 3 besorgen soll, erscheint daher als ein Ausfluß derjenigen Rechte und Pflichten, vermöge deren die Obrigkeit überhaupt zur Aufrechthaltung und Ausführung letztwilliger Verfügungen

unter Umständen von Amtswegen beizutragen hat, L. 50 §. 1 D. de her. pet. 5. 3; L. 92 D. de condit. et demonstr. 35. 1; L. 7 fin. D. de ann. legat. 33. 1.

Wie aber die Obrigkeit von diesem Standpunkte aus vollkommen berechtigt ist, denjenigen Betheiligten, welche selbst im Stande sind, für Verwirklichung der sie betreffenden letztwilligen Anordnungen zu sorgen, diese Sorge lediglich zu überlassen, so wird dasselbe angenommen werden dürfen, wenn es sich um die den Gerichten übertragene Einziehung jener Abgabe für Armen- und Begebesserungscassen handelt. Auch das betreffende Gericht wird nicht behindert sein, sondern wohlthun, nicht bloß, wenn rechtliche Hindernisse hervortreten, die erforderliche gerichtliche Verfolgung, sondern auch, wenn sich thatsächliche Schwierigkeiten erheben, die zu deren Beseitigung nöthigen außergerichtlichen Schritte den gesetzlichen Vertretern der berechtigten Armen- und Begebesserungscassen zu überlassen, denn diese Behörden sind zu weitläufigeren Verwaltungshandlungen weit geeigneter, als die nach Verfassung und Gesetz ausschließlich zur Rechtspflege bestimmten Gerichte. Rechtliche oder thatsächliche Schwierigkeiten der Beitreibung werden aber bei letztwilligen Verfügungen, welche auf Antrag des Staatsanwalts eröffnet sind, häufig oder fast immer auftauchen, da Ungewißheit über die Berechtigten deponirter Testamente die gesetzliche Voraussetzung des Antrags bildet (Civ. Pr. Ord. §. 275 Nr. 7. §. 276), und nicht nur die Todeszeit des Erblassers und der damalige Umfang und Werth des Nachlasses, von dem die Abgabe zu berechnen ist, sondern selbst die Antretung der Testamentserben öfter ungewiß sein wird, dennoch aber die Abgabe gleich den übrigen Vermächtnissen ausfällt, so oft das Testament nichtig ist oder rumpirt, rescindirt, destitut wird, und nicht ausnahmsweise die Vermächtnisse aufrecht zu erhalten sind, weil der eingesetzte Erbe in der arglistigen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln, die testamentarische Erbschaft ausschlug, Tit. si quis omissa causa testam. Dig. 29. 4 Cod. 6. 39, oder das Testament nach Nov. 115 wegen Verletzung des Rechts der Notherben an Ungiltigkeit leidet, Nov. 115 c. 3 in fin. c. 4. in fin. In dergleichen Fällen wird also das eröffnende Gericht nicht pflichtwidrig, sondern recht und zweckentsprechend verfahren, wenn es, wie bei anderen Vermächtnissen zu milden Zwecken, — (cfr. Rechtslexikon Bd. 10 S. 1010; Pr. Landrecht Th. 1 Tit. 12 §§. 218. 222; Pr. Ger. Ord. Th. 2 Tit. 4 §§. 10. 11) — so auch bei der fraglichen Abgabe seine Thätigkeit darauf beschränkt, die betreffenden Verwaltungen der berechtigten Cassen und Anstalten von der Testamentseröffnung und den sonst erheblichen Verhältnissen in Kenntniß zu setzen und denselben die weitere gerichtliche oder außergerichtliche Verfolgung etwaiger Ansprüche an den Nachlaß lediglich zu überlassen.

Das Staatsministerium hat sich laut Rescripts vom 2. October 1862 mit den im vorstehenden Berichte entwickelten Ansichten einverstanden erklärt und verfügt, daß danach in künftigen Fällen zu verfahren sei.

**Dem Lehrherrn steht eine Klage auf Erfüllung des einseitig von dem Lehrlinge aufgehobenen Lehrcontractts gegen den Vater des Letzteren zu.**

Wenn der Kaufmann A. mit dem B. einen Lehrcontract dahin abgeschlossen hat, daß der Sohn des B. bestimmte Jahre bei dem A. die Handlung erlernen soll, und der Lehrling eigenmächtig vor Ablauf der Lehrzeit seinen Principal verläßt, so ist die Frage aufgeworfen, ob A. berechtigt sei, gegen B. auf Erfüllung des Lehrcontractts (Zurückführung seines Sohnes zu dem A.), eventuell auf Schadensersatz zu klagen. Wir theilen darüber folgende Entscheidungen mit:

I. In der Sache Meyer wider Kessler wies das Kreisgericht Braunschweig am 11. Januar 1850 beide Klagen zurück, weil der Lehrcontract seiner Natur nach theils Handlungen des Lehrherrn, theils Handlungen des Lehrlings zum Gegenstande habe, beim Abschlusse des fr. Lehrcontractts der Vater des Lehrlings als Promittent aufgetreten sei, und nach §. 3 J. de inutil. stip. und L. 38 §. 2 D. de V. O. durch das Versprechen der Handlung eines Dritten der Promittent nicht verpflichtet werde; auch der Umstand, daß des Beklagten Sohn sich noch in dessen väterlicher Gewalt befinde, ohne Einfluß auf das Rechtsverhältniß sei.

In der Berufungsinstanz ließ das Obergericht zu Wolfenbüttel am 2. October 1850 die Klage, soweit sie auf Entschädigung gerichtet war, zum Beweise zu aus folgenden

**Gründen:**

Der Grundsatz des Röm. Rechts, daß das Versprechen, daß ein Dritter etwas leisten werde, für denjenigen, welcher es giebt, keine Verbindlichkeit nach sich ziehen soll, hat nur die Bedeutung, daß eine fremde Handlung nicht das directe Object der Verträge sein und dem Promissar kein directes Zwangsrecht auf die Leistung der versprochenen Handlung zustehen soll. Indirect kann indessen auf die Erfüllung des Versprechens durch Verfolgung eines Anspruchs auf Schadloshaltung gegen den Promittenten hingewirkt werden. Dieser Anspruch wird nämlich durch obigen Grundsatz nicht unbedingt für unstatthaft erklärt, muß vielmehr nach den Gesetzen alsdann für verfolgbar gehalten werden, wenn das Versprechen nach den Worten oder dem Zwecke der Verabredung auf die Anwendung eigener Thätigkeit zur Herbeiführung der fremden Handlungen zu beziehen, namentlich dahin zu verstehen ist, daß der Promittent es bewirken oder sich bemühen wolle, daß die Handlung geleistet werde; §. 3 J. de inutil. stip., L. 14 §. 2 D. de const. pec., L. 81 pr. L. 83 pr. D. de V. O., L. 18 D. rat. rem hab. Diese Absicht liegt unverkennbar dem Vertrage alsdann unter, wenn der Vertrag im eigenen Interesse dessen, der das Versprechen geleistet hat, abgeschlossen ist, wie solches bei Lehrcontracten der Fall ist, welche die Aeltern in Betreff ihrer Kinder eingehen. Die aus der Nichterfüllung derartiger Verträge entstehende Verbindlichkeit zur Schadenerstattung ist von einem Pönalversprechen nicht abhängig, L. 81 D. de V. O. Ueberdies beziehen sich die gesetzlichen Bestimmungen über die Unverbindlichkeit der Verträge, welche Handlungen Dritter zum Gegenstande haben, nicht auf das Versprechen solcher Leistungen An-

derer, welchen der Promittent wegen der ihm zustehenden Gewalt die Vornahme derselben befehlen kann, — L. 37 D. de usufr.; L. 26 §. 12 D. de cond. indeb.; L. 3 D. de usu legato oper. lib. 38. 1. — und deshalb wird auch der Vater aus den Lehrcontracten, welche er in Bezug auf die seiner väterlichen Gewalt unterworfenen Kinder eingeht, selbst verpflichtet, und die Nichterfüllung des Vertrags durch Vorenthaltung des Sohns oder unterlassene Wiederzuführung zu seinem Lehrherrn zur Aushaltung der Lehrzeit zieht die Verbindlichkeit nach sich, den Lehrherrn für die demselben während der bedungenen Lehrzeit entzogenen Dienstleistungen des Lehrlings nach allgemeinen Grundsätzen zu entschädigen.

Als Maßstab für die dem Kläger gebührende Entschädigung sind nicht nur die Leistungen anzunehmen, welche der Kläger von dem Sohne des Beklagten nach dessen Fähigkeiten und den während der bisherigen Lehrzeit erworbenen Fertigkeiten und Kenntnissen zu erwarten hatte und die derselbe jetzt entbehren muß, sondern es ist auch die erweiterte Geschäftskennntniß, die größere Gewandtheit und Brauchbarkeit des Sohnes des Beklagten, welche dieser bei Aushaltung des Lehrcontracts während der Lehrzeit erlangt haben würde, auf die Dauer der Lehrzeit in Berücksichtigung zu ziehen. Ob nach solchen Rücksichten der Kläger, um die ihm entgehenden Dienstleistungen des Sohnes des Beklagten in seinem Geschäfte geeignet zu ersetzen, einen Commis zu engagiren genöthigt war, und wie hoch das Salair eines solchen sich beläuft, muß dem Kläger zu beweisen nachgelassen bleiben. Uebrigens bleibt es für die Ersatzverbindlichkeit des Beklagten gleichgiltig, ob der Kläger durch vermehrte eigene Thätigkeit oder durch fremde Hilfe die ihm entgehenden Leistungen des Sohnes des Beklagten ersetzt.

Nicht ganz richtig ist von dem Gerichte erster Instanz der Lehrcontract seinem Begriffe nach dahin bestimmt worden, daß derselbe theils Handlungen des Lehrherrn, theils Handlungen des Lehrlings zum Gegenstande habe; denn die Absicht der Contrahenten bei Eingehung des Lehrcontracts und der Zweck des letztern geht offenbar dahin, daß der Lehrling den erforderlichen Unterricht erhalte und sich practisch ausbilde. Letztes erfordert, daß derselbe sich allen Handlungen unterziehe, welche bei der Ausübung des Geschäfts vorkommen und dazu unmittelbar oder mittelbar in Beziehung stehen. Die Handlungen des Lehrlings sind daher nicht sowohl das Object des Vertrages, als vielmehr eine zur Erlernung des Geschäfts erforderliche Thätigkeit, welche zugleich dem Lehrherrn zum Nutzen gereicht. Der Zweck der Arbeit des Lehrlings für diesen ist die Erlernung des Geschäfts, Ausbildung für den gewählten Lebensberuf.

II. In der Sache Grassau u. Sohn wider Gräve verurtheilte das Handelsgericht Braunschweig am 9. November 1855 unter ähnlichen Verhältnissen den Beklagten, den in Betreff seines Sohnes, und zwar mitverbindlich für denselben, mit dem Kläger abgeschlossenen Lehrcontract zu erfüllen, und zu dem Ende seinen Sohn dem Kläger binnen 3 Tagen bei 5 Thlr. Strafe wieder zuzuführen und nöthigenfalls wieder zuführen zu lassen, auch dem Kläger allen aus der Unter-

brechung der Lehrzeit entstandenen und noch entstehenden Schaden, Liquidation vorbehältlich, zu vergüten, aus folgenden

Gründen:

1) Der Vater ist wie überhaupt, so insonderheit auch in Processen der gesetzliche Vertreter der in seiner väterlichen Gewalt befindlichen minorennen Kinder. Soll daher gegen ein solches Kind ein Rechtsanspruch klagend verfolgt werden, so kann und muß die Klage, wenigstens nach heutigem Rechte, gegen den Vater gerichtet werden, und es steht dem letzten, abgesehen von Fällen factischer oder rechtlicher Behinderung, — L. 18 §. 7 D. de iudic. 5. 1. — die Befugniß nicht zu, den Kläger an das Kind selbst oder einen demselben beizuordnenden Curator zu verweisen, wenn gleich sich das Kind nach Römischen Rechte, — L. 39 D. de oblig. et act. 44. 7; L. 57 D. de iudic. 5. 1. — geeigneten Falls auch ohne den Vater vertheidigen darf.

2) Was hiernächst die Sache selbst anbetrifft, so erkennt Beklagter an, mit dem Kläger den von demselben behaupteten Lehrcontract in Betreff seines in seiner väterlichen Gewalt befindlichen minderjährigen Sohnes Ernst Gräbe abgeschlossen zu haben. Ob der Contractsabschluß mit oder ohne Zustimmung des Lehrlings erfolgt ist, erscheint gleichgiltig, da dieser als der Gewalt seines Vaters unterworfen nach dessen Befehlen handeln muß, zu welchem Ende nöthigen Falls Zwangsmaßregeln gegen ihn stattfinden, — L. unic. C. de emend. propinqu. 9. 15; L. 3 C. de patr. potest. 8. 47. — und davon zum Zwecke der Erfüllung des Contracts Anwendung zu machen, ist eine aus demselben für den Beklagten hervorgehende Pflicht, der er sich durch Leistung des Interesse gegen den Willen des Klägers nicht entziehen kann, L. 11 §. 25 D. de legat. III. 32. Außerdem kommt in Betracht, daß der Vater, welcher einen Lehrcontract in Betreff des minderjährigen Haussohns abschließt, hauptsächlich für diesen zu dessen Besten handelt, wozu er kraft der väterlichen Gewalt nicht minder berechtigt, als verpflichtet ist. Denn, wie nach heutigem gemeinen Rechte der unabhängige Minderjährige bis zur Volljährigkeit nur durch seinen Vormund Verträge gültig abschließen kann, — Reichspol. Ord. von 1548 tit. 31 §. 1 und von 1577 tit. 32. §. 1, — so gilt in Bezug auf Vertragsverhältnisse jetzt auch der Haussohn bis zur Volljährigkeit für dispositionsunfähig, und es tritt hinsichtlich seiner der Vater da ein, wo für den unabhängigen Minderjährigen der Vormund zu handeln haben würde. Wer aber bei Eingehung von Verträgen durch einen der Contrahenten rechtlich repräsentirt wird, der kann bei Beurtheilung der Wirksamkeit jener Verträge nicht als Dritter betrachtet werden, D. 22 D. de pecun. constit. 13. 5; weshalb denn des Beklagten Sohn, abgesehen von einer etwaigen Genehmigung oder Ratihabition des fragl. Lehrcontracts, als durch denselben persönlich mit verpflichtet und folgeweise als zu dessen Erfüllung persönlich auch mit verbunden erscheint, ohne daß hierin die — Fälle ganz anderer Art betreffenden — Bestimmungen in §. 3 J. de inutil. stipul. 3. 20 und L. 38 §. 2 D. de verb. obligat. 45. 1 etwas zu ändern vermögen.

Wenn dagegen Beklagter befugt zu sein vermeint, von dem mit dem Kläger abgeschlossenen Lehrcontracte einseitig abzugehen, weil er zur Erhaltung seines eigenen

Hauswesens der Hilfe seines Sohnes nothwendig bedürfe, so ist es zwar richtig, daß der Vermiether eines Hauses, wenn er desselben unverhofft selbst bedarf, den Miethcontract vor Ablauf der Miethzeit einseitig aufheben kann, L. 3 C. de locat. et conduct. 4. 65. Allein eine Ausdehnung jener dem Vermiether eines Hauses eingeräumten Befugniß auf andere Vertragsverhältnisse ist unstatthaft, wie denn auch eine Gewohnheit, nach welcher der Principal zur Entlassung eines während der Lehrzeit dem Vater unerwartet nöthig werdenden Lehrlings genöthigt werden könnte, unter den Kaufleuten in hiesiger Stadt sich nicht gebildet hat, was das Gericht aus eigener Wissenschaft seiner Mitglieder auf Grund des §. 42 des, die Errichtung eines Handelsgerichts betreffenden Gesetzes vom 28. December 1850 damit erklärt.

3) Von einer Restitution des Sohns des Beklagten gegen den fr. Lehrcontract könnte nur dann die Rede sein, wenn erster durch den Contract selbst verletzt wäre, L. 7 pr. D. de in integr. restit. 4. 1; L. 11 §. 4. 5. D. de minor. 4. 4. Eine derartige Verletzung seines Sohns hat aber Beklagter darzuthun nicht vermocht. Es sind vielmehr nach Abschluß des Contracts eingetretene zufällige Ereignisse, aus welchen er eine Verletzung desselben herzuleiten sucht, und wenn sonach dem Restitutionsgesuche eine wesentliche Vorbedingung mangelt, so steht die erbetene Restitution nicht zu ertheilen.

4) Daß der Beklagte, der es geständlich unterlassen, seinen Sohn zur Aushaltung der Lehrzeit anzuhalten, wegen dieser Contractsverletzung zur Schadloshaltung des Klägers verpflichtet sei, folgt aus dem Vorstehenden von selbst.

III. Nach denselben Grundsätzen hat das Handelsgericht zu Braunschweig am 2. November 1855 in Sachen Bieweg wider Bertram erkannt, und ist solches Erkenntniß in der Berufungsinstanz von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 17. Januar 1856 in allen Punkten bestätigt. In den obergerichtlichen Entscheidungsgründen ist bemerkt, daß die Verpflichtung des Beklagten zur ferneren Sistrung seines Sohnes in dem Atelier des Klägers nach dem von ihm selbst mit abgeschlossenen Lehrcontracte keinem Zweifel unterworfen sein könne, indem es sich dabei von selbst verstehe, daß Beklagter vermöge der ihm zustehenden väterlichen Gewalt über seinen Sohn zu dessen Sistrung nur so lange verbunden sein könne, als er jene Gewalt auszuüben im Stande ist.

**Die Vormünder sind in der Regel verbunden, einen ihnen deferirten Eid im Falle der Annahme abzuleisten.**

In der Proceßsache des Rothjassen Staff wider die Ehefrau Lehne und den Vormund ihrer Kinder erster Ehe forderte Kläger eine für den Erblasser der Beklagten gezahlte Vergleichssumme von 100 Thlr. unter Delation des Haupteides über die geschehene Zahlung. Das Kreisgericht Wolfenbüttel erkannte am 10. April 1862 in Betreff der Eidesleistung, daß selbige von dem sich weigernden

Vormunde nicht erzwungen werden könne, sondern bis zur Eidesmündigkeit seiner Mündel, die alsdann zu schwören haben, auszusetzen sei.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel hat durch Erkenntniß vom 27. September 1862 diese Entscheidung aufgehoben und den mitbeklagten Vormund zur Eidesableistung schuldig erklärt aus folgenden

Gründen:

Vormünder und Curatoren können sich der allgemeinen Verpflichtung, gleich anderen Parteien deferirte Eide entweder abzuleisten oder zurückzuschieben, wenn sie ihr Gewissen nicht durch Beweis vertreten wollen, nicht entziehen, L. 34 §. 6 u. 7, L. 38 D. de iureiur. 12. 2; L. 12 §. 1. 2 u. 4 Cod. de reb. cred. 4. 1; L. 5 Cod. eod. — Die anscheinend entgegenstehende L. 4 D. de in litem iur. 12. 3. ist nach richtiger Interpretation auf die Fälle zu beschränken, wenn für die Curanden Vortheile erstritten werden sollen, nicht aber auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn die Curanden Beklagte sind und Ansprüche gegen sie verfolgt werden sollen, indem der Gegentheil unter der Minderjährigkeit der Curanden nicht leiden kann und überhaupt kein Grund vorhanden ist, die Ableistung eines Ignoranz- und Glaubenseides bis zur Eidesmündigkeit der Curanden, welche oft noch weniger als der Vormund in der Lage sind, die nöthigen Erkundigungen einzuziehen, auszusetzen, mit diesen Grundsätzen auch die Praxis der hiesigen Obergerichte im Einklange steht. Erk. des Landesgerichts in S. Söchtig w. Vöhr vom 17. Januar 1831, Erk. des Landesgerichts in S. Leche tutor w. Becker vom 12. Juni 1837; Matthia Controversen-Vexikon Abth. 2. S. 426.

Anmerk. Es bedarf wohl kaum noch der Bemerkung, daß, wenn schon die ältere Praxis Veranlassung fand, der Regel nach den Vormund für verpflichtet zu halten, deferirte und angenommene Eide gleich anderen Parteien in Person abzuleisten, eine Abweichung von dieser Regel mit dem Geiste der gegenwärtigen Proceßordnung, deren Tendenz eben auf die möglichst rasche Beendigung der Prozesse gerichtet ist, in schweren Widerspruch treten würde.

### Zu der Stempelordnung vom 29. October 1821 \*).

I. Zu §. 11 Nr. 8. Die Stempelpflicht der bei den Kreisgerichten erhobenen Privatanklagen und der auf solche erlassenen gerichtlichen Verfügungen \*\*).

Es ist die Frage aufgeworfen, ob die Eingaben der Parteien in den kreisgerichtlichen Privatanklage-Sachen und die auf solche erlassenen gerichtlichen Verfügungen auf Stempelpapier zu schreiben, oder ob die gesetzlichen Stempelgebühren einstweilen zu notiren und erst nach dem Ausfall der Sache einzuziehen oder resp. niederzuschlagen seien. Auf Veranlassung des Staatsministeriums hat über diese Frage das Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 30. März 1861 folgenden Bericht erstattet:

Alle Privatanklagen, namentlich auch diejenigen wegen Ehrenkränkungen,

\*) S. auch Zeitschrift II. S. 110. 171. III. 157. IV. 192. V. 30. 32. VI. 128. IX. 192.

\*\*) S. Zeitschrift II. S. 128. 160.

da die ästimatorische Injurienklage, das Recht des Beleidigten gegen den Beleidiger auf Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung anzutragen, sowie jedes Verfahren im Wege des Civilprocesses abgeschafft und aufgehoben worden (Gesetz vom 12. October 1832 Nr. 34, vom 23. Februar 1837 Nr. 9),

gehören ebensowohl zu den Straf- und folglich zu den Untersuchungs-Sachen, wie öffentliche Anklagen (Str. Pr. Ord. §. 1. 2. 2 a.). Nach Vorschrift der Stempelsteuer-Verordnung vom 29. October 1821 Nr. 10 sind der Stempelsteuer nicht unterworfen alle kleineren Untersuchungs-fachen, bei welchen nur auf eine Strafe bis zu 10 Thlr. oder 14tägigem Gefängnisse erkannt wird (§. 11 Nr. 8 vergl. mit §. 2 Nr. 3), und bei allen Untersuchungs-fachen sollen die Stempelabgaben von den Verhandlungen derselben und den darauf erlassenen Verfügungen notirt, und am Schlusse des Processes, im Falle der Angeklagte zur Erstattung der Kosten schuldig erkannt wird, von ihm eingezogen und das der Stempelabgabe entsprechende Stempelpapier zu den Acten cassirt werden (§. 13). Ueber die Stempelpflichtigkeit der Privatanklagefachen entscheidet daher, im Falle der Angeklagte verurtheilt wird, nicht der Strafantrag des Anklägers, sondern das erkannte Strafmaß, je nachdem dieses auf über 14 Tage Gefängniß und auf über 10 Thlr. Geldbuße, oder auf geringeren Betrag festgesetzt wird, gleichwie der Sportelsatz nicht nach dem Strafantrage, sondern nach der erkannten Strafe zu bestimmen ist. (Sportelordnung in Strassachen A. I. 2 und 3. Anmerkungen.)

In Strassachen beginnt nicht nur die Zuständigkeit der Kreisgerichte mit 14tägiger Gefängnißstrafe (Cr. Ges. B. §. 14), sondern sie haben auch, ebenso wie die Schwurgerichte, wenn im Laufe der Verhandlung sich ergibt, daß auf ein geringeres Strafmaß, als das ihre Zuständigkeit bedingende zu erkennen ist, solches geringere Strafmaß auszusprechen (Str. Pr. Ord. §. 93. 152), und in beiden Fällen, sowohl 1) wenn die Kreisgerichte innerhalb ihrer Competenz auf eine 14tägiges Gefängniß nicht übersteigende Strafe, als 2) wenn sie auf eine Strafe unter ihrer Zuständigkeit erkennen, ist die Erhebung der Stempelsteuer nach deutlicher und unzweideutiger Vorschrift der Stempelsteuer-Verordnung (§. 2. Nr. 3, §. 11. Nr. 8), deren Wortsinne nicht verlassen werden kann (L. 56. 168. pr. L. 192. §. 1. de reg. iur. 50. 17), ausgeschlossen. Zur Zeit der Anstellung läßt sich demnach, inwiefern Privatanklagefachen der Stempelpflicht unterworfen oder nicht sind, nicht beurtheilen, und ist mithin auch bei den vor den Kreisgerichten anhängig gemachten Privatanklagen lediglich nach §. 13 der Stempelsteuer-Verordnung zu verfahren.

Was aber die Fälle anlangt, daß ein verurtheilendes Erkenntniß nicht erfolgt, sondern der Privatankläger abgewiesen wird oder seine Anklage fallen läßt und die Kosten des ganzen Verfahrens, — zu denen die Stempelgebühr allerdings mit zu rechnen ist (Str. Pr. Ord. §. 192 a.) — zu tragen hat (Str. Pr. Ord. §. 67), so müssen in solchen Fällen hinsichtlich der Stempelpflicht und des Stempelbetrages die nämlichen Grundsätze zur Anwendung kommen, welche für die Gerichtssporteln maßgebend sind (Str. Pr. Ord. §. 192 a.), so daß also die Stem-

pelpflicht und der Stempelbetrag nach dem beantragten Strafmaße, oder wenn ein bestimmter Antrag nicht gestellt worden, nach dem geringsten, in die Competenz des angegangenen Gerichts fallenden Maße sich richtet, und hiernach vom Privatankläger neben dem zu erhebenden Sportelsatze einzuziehen ist, und die Zurücknahme der Anklage vor dem Beginne des Termins zur Hauptverhandlung, wie von Sporteln, so von Stempeln befreit.

Wir geben anheim, den Kreisgerichtsdirector . . . demgemäß zu bescheiden, und verstellen zu höherem Ermessen, ob und inwieweit bei der beabsichtigten Revision der Stempelsteuer-Gesetze in Betreff der Stempelpflicht vor den Kreisgerichten angebrachter Privatanklagen abändernde Normen, leichtfertigen Privatanklagen entgegen zu treten geeignet, vorzuschreiben, angemessen und zweckdienlich erscheinen kann.

Das Staatsministerium hat sich in dem Rescripte vom 10. April 1861 mit den von dem Obergerichte entwickelten Ansichten einverstanden erklärt, und bemerkt, daß die Frage: ob etwa abändernde Bestimmungen zu treffen angemessen sei? bei einer beabsichtigten Revision der Stempelsteuer-Gesetzgebung in weitere Erwägung gezogen werden würde.

## II. Zu pos. 119 des Tarifs. Testamente.

Von Testamenten kann der Natur der Sache nach die Stempelsteuer nicht eher entrichtet werden, als bis auf erfolgtes Ableben des Testators das Testament publicirt worden. (Notar. Ord. §. 22.)

Rescript des Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 27. März 1860.

## III. Zu pos. 28 des Tarifs. Mitgift etc.

In einem notariellen Contracte verschrieb Koch seiner Tochter, der Ehefrau des Bührig jun. eine Mitgift von 3000 Thlr., und Bührig sen. versprach, seinem Sohne dessen mütterlichen Erbtheil zu 1500 Thlr. zu einer bestimmten Zeit auszuführen. Dieser Contract war dem Nr. 28 des Tarifs bemerkten, von der Gesamtsumme zu 4500 Thlr. zu berechnenden Stempelsatze zu unterziehen.

Dasselbe Rescript.

## IV. Zu pos. 84 des Tarifs. Beglaubigung von Unterschriften.

Wenn unter eine gerichtliche oder notarielle Schuldbefreiung die Quittung des Gläubigers gesetzt und dessen Unterschrift notariell beglaubigt wird, so ist ein Stempel zu 2½ Gr. zu adhibiren, laut Rescripts des Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 30. März 1860, welches also lautet:

Durch notarielle Beglaubigung der Unterschrift wird unzweifelhaft ein Notariatsdocument geschaffen, und ist daher dieses Notariatsdocument, falls nicht für die Verhandlung, auf welche die Unterschrifts-Beglaubigung durch den Notar sich bezieht, ein höherer alsdann anzuwendender Stempelsatz (z. B. für Vollmachten Nr. 136 des Tarifs) bestimmt worden, dem gewöhnlichen Stempel von 2½ Gr. nach §. 2 Nr. 4 der Stempelsteuer-Verordnung von 1821, Nr. 84 des Tarifs und §. 22 der Notariatsordnung von 1850 allerdings unterworfen, sollte auch die Verhandlung (z. B. Nr. 98 und 99 des Tarifs) ohne hinzugekommene notarielle Unterschrifts-Beglaubigung vom Stempel befreit sein.

## V. Zu Nr. 28 des Tarifs. Aelterliche Beihilfe zur Begründung eigenen Hausstandes.

In der v. Damm — v. Düring'schen Urkunde, worin die Aelteren ihrer Tochter von deren Verheirathung an bis zu unbestimmter Zeit eine jährliche Zulage von 600 Thlr. zu entrichten sich anheischig gemacht haben, ist nicht ein Leibrenten-Con-

tract, sondern die Zusicherung älterer Beihilfe behuf Begründung eigenen Hausstandes zu befinden, mithin der Stempelsatz Nr. 28 des Tarifs und zwar im Betrage von 3 Thlr. 22 $\frac{1}{2}$  Gr., da nach Billigkeit der Werth des Gegenstandes zu 3000 Thlr. anzunehmen ist, auf die Verhandlungen in Anwendung zu bringen.

Dasselbe Rescript.

#### VI. Zu Nr. 17 u. 89 des Tarifs. Bürgschaften.

Da die Beese'sche Urkunde vom 6. Januar 1859 eine besondere, dem schon im Jahre 1856 eingegangenen Darlehnsvertrage (über 300 Thlr.) später hinzugefügte Bürgschaftsleistung und Pfandverschreibung enthält, so ist ein Stempel von 9 Ggr. oder 11 Gr. 2 Pf. nach Nr. 17. 89 und 28 des Tarifs anzuwenden.

Dasselbe Rescript.

Wenn aber Bürgschaftsleistung als vom Anfange an, bei und neben Eingehung der Hauptschuld mit stipulirt erscheint, die Aufnahme der Bürgschaftsurkunde jedoch zufälliger Hindernisse wegen gleichzeitig mit Beurkundung der Hauptobligacion nicht hat bewirkt werden können und durch nachträgliche Aufnahme der Bürgschaft das verabredete Geschäft lediglich ergänzt wird, so ist zu der Bürgschaftsurkunde, sofern der Hauptvertrag schon einem höhern, als dem Bürgschaftsstempel unterworfen worden ist, nicht der speciell vorgeschriebene Bürgschaftsstempel, sondern der gewöhnliche Stempel von 2 $\frac{1}{2}$  Gr. zu verwenden.

Rescript des Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 13. April 1860.

#### VII. Zu Nr. 28 des Tarifs. Bedingte Contracte\*).

Da der Stellvertretungscontract vom 4. September 1859 hinsichtlich der Zulage von 300 Thlr. an sich vollkommen und bindend ist (Stempel-Ver. v. 1821. S. 5 Abs. 2), so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Stempelsatz Nr. 28 des Tarifs auch von solchen 300 Thlr. mit berechnet werden muß, und nicht darauf gesehen werden, ob die Bedingung, von welcher die Zahlung der Zulage abhängig gemacht worden, in Erfüllung gehen werde oder nicht.

Dasselbe Rescript vom 30. März 1860.

#### VIII. Zu pos. 28 des Tarifs. Actien\*\*).

Nach einem Schreiben der Zoll- und Steuerdirection vom 15. December 1858 ist die Frage, welchem Stempelsatze die von Actien-Gesellschaften ausgegebenen Actien unterliegen, vom H. Staatsministerium dahin entschieden:

1) daß Prioritäts-Actien als Schuldurkunden über Darlehne mit dem für schriftliche Verträge vorgeschriebenen generellen Stempel von  $\frac{1}{8}$  Proc. des Werthes zu belegen seien, und

2) daß Stamm-Actien, auf den Namen oder au porteur ausgestellt, als schriftliche Verträge gleichfalls dem generellen Contractsstempel von  $\frac{1}{8}$  Proc. des Werthes unterliegen, weil der bei Nr. 110 des Tarifs für eine gewisse Gattung der Societätscontracte vorgeschriebene specielle Satz, welcher nur für Contracte der Großhändler, der Detaillisten und anderer Gewerbetreibender, welche sich zu einem gemeinschaftlichen kaufmännischen Geschäfte generell vereinigen, bestimmt ist, keine Anwendung auf Actien-Documente finden kann.

Nach einem Rescripte des Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 28. September 1860 ist auch zu Kaufcontracten über Actien gedachter Art, möge mit dem Erwerbe solcher Actien der Erwerb von Rechten an Grundstücken verbunden sein oder nicht, nur der durch obiges Ministerialrescript festgesetzte Betrag von  $\frac{1}{8}$  Proc. an Stempelgebühren zu berechnen.

\*) cf. Zeitschrift IX. S. 192.

\*\*) S. Zeitschrift II. S. 16.

IX. Zu §. 2 Nr. 4. Stempel zu Contracten, deren Ausfertigung unterbleibt.

Die Stempelsteuer-Ver. v. 29. Oct. 1821 §. 2 Nr. 4 und die Notariats-Ordnung von 1850 §. 22 Abs. 1 u. 2 lassen deutlich ersehen, daß die Stempelabgabe in gleichem Maße, wie die Sporteltaxe (Ges. v. 4. Juli 1851 Nr. 28 §. 1) für Aufnahme des Rechtsactes zu entrichten ist, so daß also, da ein an sich stempelpflichtiger Rechtsact für den Fall der Nichtausfertigung der Urkunde von der Stempelsteuer nicht befreiet worden (Stempelst. Ver. §. 11), wenn die einem weiteren Stempel allerdings nicht unterliegende Ausfertigung unterbleibt und zu dieser der Stempel nicht genommen werden kann, das dem Betrage der Abgabe entsprechende Stempelpapier zu den Acten cassirt werden muß.

Rescript des Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 13. April 1861.

X. Zu pos. 123 des Tarifs. Uebertragung von Erbschaftsgrundstücken\*).

Die Bestimmung im §. 11 Nr. 21 der Stempelst. Ver. v. 29. Oct. 1821 ist zufolge Rescripts des vormal. Landessteuercollegiums vom 25. Januar 1830 (Bege Rep. II. S. 261. 262) auch auf den Fall anzuwenden, wenn die Aeltern schon bei ihren Lebzeiten ihr Vermögen, namentlich ihre Grundstücke, auf ihre Kinder übertragen, und ist dabei ein Unterschied zwischen Uebertragung ländlicher und städtischer Grundstücke in Gemäßheit Rescripts vormaligen H. Landesgerichts vom 16. October 1837 (Bege Rep. IV. S. 232) überall nicht zu machen. Unzweifelhaft setzt aber die Anwendung des gewöhnlichen Stempels voraus, daß, wie in dem angeführten landesgerichtlichen Rescripte (Bege Rep. IV. S. 232) bereits angedeutet worden, dem Annehmer ein Intestaterbrecht dem Abtretenden gegenüber und hinsichtlich des künftigen Nachlasses des Abtretenden zusteht.

Da nun der Bäckermeister Arnecke und dessen Ehefrau geb. Jäger gemeinschaftliche Eigenthümer der dem Sohne der Letzten, Bäckergehilfen Linde, abgetretenen Grundstücke sind, zwischen Stiefältern und Stiefkindern jedoch ein Intestaterbrecht nicht stattfindet, so unterliegt der mitübertragene Antheil des Bäckermeisters Arnecke nicht dem gewöhnlichen Stempel von 2½ Gr., sondern dem für Kaufcontracte (Stempelst. Ver. §. 5 u. Nr. 20 u. 61 des Tarifs) bestimmten höheren Stempelsatze.

Rescr. des Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 14. Juni 1862.

XI. Zu pos. 123 des Tarifs. Uebertragung von Erbschaftsgrundstücken in Form von Kaufcontracten im Kreise Blankenburg.

Im Kreise Blankenburg ist es von jeher üblich gewesen, daß diejenigen Contracte, durch welche Aeltern ihr — ländliches oder städtisches — Grundeigenthum bei Lebzeiten an eins ihrer Kinder abtreten (anticipirte Erbfolge mit Bestimmung von Leibzucht und Abfindungen), in die Form von Kaufcontracten eingekleidet werden. Die Aeltern verkaufen das Grundstück an eins ihrer Kinder, und letzteres zahlt einen Theil der Kaufgelder an die Geschwister, den Rest als sog. Tageszeitgelder in bestimmten Raten an die Aeltern. Die Amtsgerichte und Notare des Kreises Blankenburg haben zu solchen Contracten bald den Kaufcontractsstempel, bald nur 2½ Gr. Stempel nach Nr. 123 des Tarifs verwendet. Das Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel hat dieserhalb am 20. Februar 1858 an den Kreisgerichtsdirector zu Blankenburg Folgendes rescribirt:

Die Stempelverordnung macht in ihren Bestimmungen einen wesentlichen Unterschied zwischen den dem freien Verkehre unter Lebenden angehörigen Geschäften und den auf erbchaftliche Verhältnisse sich beziehenden Acten. Während bei jenen, wenn die schriftliche Errichtung eines ein Klagerrecht begründenden Vertrages stattfindet, der zu abhibirende Stempel regelmäßig  $\frac{1}{8}$  bis  $\frac{1}{2}$  Proc. vom Werthe des Gegenstandes beträgt, ist der Stempel für solche Rechtsacte, welche die Begründung und Regu-

\*) S. Zeitschrift II. S. 30.

liring erbenschaftlicher Verhältnisse betreffen, nur gering; es wird jedoch dieser Unterschied durch die Einführung der sog. Erbschafts-Stempelsteuer wiederum aufgewogen. — Auf dem hervorgehobenen Unterschiede beruht auch die Vorschrift in §. 11 Nr. 21 der Stempelord., daß die Uebertragung des Eigenthums eines Erbschaftsgrundstücks an den Erben oder an einen Miterben von dem Contractenstempel frei und zu der von den Gerichten deshalb zu ertheilenden Ausfertigung der gewöhnliche Productionsstempel von 2½ Gr. zu adhibiren sei. — Bei der Auslegung dieser gesetzlichen Bestimmung kommt es nach dem angeführten Grunde derselben nur darauf an, ob im Wege oder in Folge einer Erbschaft das Grundstück an einen Erben oder Miterben übertragen wird, ohne Rücksicht darauf, in welche Form der Rechtsact eingekleidet wird; und insbesondere muß es ohne Einfluß bleiben, daß im Kreise Bannenburg abweichend von den übrigen Landestheilen die Hofübergabecontracte regelmäßig in der Form von Kaufverträgen errichtet werden. — Die ausgehobene Vorschrift beschränkt sich ferner nicht auf den Fall einer bereits eröffneten Erbschaft und einer Vertheilung der in derselben befindlichen Grundstücke unter die mehreren Miterben; denn sie redet ausdrücklich auch von der Uebertragung des Eigenthums eines Erbschaftsgrundstücks an den Erben, und daß letztere Bestimmung sich nicht etwa nur auf eine Verichtigung des Besitztittels für den eingesetzten Erben beziehe, folgt daraus, daß der Erbe das Grundstück entweder ipso iure oder durch Antretung der ihm kraft Gesetzes oder letztwilliger Verfügung deserirten Erbschaft erwirbt; die Umschreibung des Grundstücks im Hypothekenbuche auf seinen Namen ihm mithin das Eigenthum desselben nicht erst überträgt, sondern nur declarativer Natur ist. — Es fallen deshalb, wie auch bereits in den Rescripten des vormal. Landessteuer-Collegiums vom 25. Januar 1830 und des H. Staatsministeriums vom 6. Octbr. 1837 (Bege Rep. II. 261. IV. 231) anerkannt worden ist, auch unter Lebenden eingegangene Verträge dann unter die mehrerwähnte Gesetzesvorschrift, wenn in ihnen Grundstücke im Wege der sog. eröffneten Erbfolge an den Erben des Verfügenden eigenthümlich übertragen worden. Ob dieses der Fall, oder ob ein reines Vertragsverhältniß inter vivos vorliege, ist quaestio facti, und es wird dabei nicht sowohl auf den Umstand, ob derjenige, auf welchen das Grundstück übertragen wird, der nächste Verwandte des Abtretenden ist, sondern auf den inneren Grund der Uebertragung, ob insbesondere Abfindungen an Gleichberechtigte ausgesetzt und überhaupt erbenschaftliche Regulirungen getroffen sind, das entscheidende Gewicht gelegt werden müssen. — Da das Gesetz allgemein lautet, so kann hierbei ein Unterschied zwischen der Uebertragung bäuerlicher und anderer, insbesondere städtischer Grundstücke nicht gemacht werden, wenngleich der bauerrechtliche Grundsatz, daß der zur Fortführung der Wirthschaft unfähig gewordene Hofwirth schon bei seinen Lebzeiten den Hof an einen tüchtigen Wirth abzutreten habe, dahin führen wird, daß vorzugsweise unter Bauern Fälle der eben erwähnten Art vorkommen werden. Es ist aber keineswegs jeder Rechtsact schon dann stempelfrei, wenn nur durch denselben die Uebertragung des Eigenthums eines Erbschaftsgrundstücks an den Erben oder an einen Miterben herbeigeführt wird, sondern die Stempelfreiheit findet nur insoweit und insofern statt, als dieses durch denselben geschieht; mithin muß in jedem Einzelfalle geprüft werden, ob der Rechtsact nicht auch andere Bestimmungen mit umfasse, welche dem höheren gesetzlichen Stempel unterworfen sind. Wäre also beispielsweise in demselben Rechtsacte eine Auseinandersetzung über Capitalvermögen oder aber eine Ehestiftung mit enthalten, so würden unzweifelhaft auf solche die Stempelsätze sub nr. 28 u. 39, resp. 35 des Tarifs volle Anwendung finden, und da §. 11 nr. 21 der Stempelord. sich nur auf Eigenthumsübertragung an Grundstücken bezieht, so können begreiflich Erbverträge, welche nicht sofort den Eigenthumsübergang an solchen bewirken, wie auch nr. 39 des Tarifs ergibt, von dem Contractenstempel nicht frei bleiben.

Sie werden beauftragt, die Gerichte und die Notare des dortigen Kreises von dieser Verfügung zur Nachachtung in Kenntniß zu setzen.

XII. Zu pos. 136 des Tarifs. Ueberreichte ausländische Vollmachten.

Mit inländischen Stempeln nicht versehene Vollmachten unterliegen, wenn sie behuf Aufnahme von Notariatsacten den Notaren eingereicht, beziehungsweise von diesen zu ihren Registern genommen werden, mindestens dem gewöhnlichen Stempel von 2½ Gr., dafern nicht nach Beschaffenheit des Gegenstandes ein höherer Stempelsatz anzuwenden ist. Stempelst.-Ver. von 1821 §. 2 Nr. 1. 4. 7. und Tarif Nr. 136.

Rescript des Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 25. März 1862.

XIII. Zu pos. 98 des Tarifs. Quittungen.

Einfache Quittungen sind zwar stempelfrei, §. 11 Nr. 14 der cit. Ver.; wird jedoch über die Quittirung ein besonderer Notariatsact aufgenommen, so ist die betreffende Verhandlung und Ausfertigung dem dafür bestimmten Stempelsatze allerdings unterworfen, §. 2 Nr. 24 der cit. Ver., Tarif Nr. 11 und 84, Notariats-Ord. von 1850 §. 22.

Dasselbe Rescript.

XIV. Zu pos. 1 u. 4 des Tarifs. Abschriften der Anlagen\*).

Der gewöhnliche Stempel ist auch zu den Abschriften der Vollmachten und anderer Urkunden zu nehmen, welche Notare als Anlagen der von ihnen aufgenommenen Notariatsdocumente mit diesen ausfertigen. §. 2 Nr. 7 der cit. Verord., Tarif Nr. 1 und 4.

Dasselbe Rescript.

XV. Mehrere Rechtsacte in einem Protocolle\*\*).

Wenn in einem notariellen oder gerichtlichen Protocolle vorgetragen und zugleich verabredet wird, daß die rückständigen Kaufgelder verzinlich und gegen Kündigung auf dem verkauften Grundstücke stehen bleiben sollen, so ist nur der Kaufcontractstempel (nicht auch neben demselben der Darlehnsstempel) zu abhibiren,

„da zwar alsdann, wenn zwei völlig verschiedene, durch einander nicht gegenseitig bedingte Rechtsgeschäfte in einer und derselben Urkunde in eine lediglich formelle Verbindung gebracht worden sind, für jeden dieser Rechtsacte der gesetzliche Stempel berechnet werden muß, dieses aber in dem gegenwärtigen Falle nicht zutrifft, indem hier nur eine und zwar auf den Grundstückskauf gerichtete Uebereinkunft vorliegt, und die besonderen Bedingungen über die Art und Weise der Kaufgelder-Berichtigung, wenngleich bezüglich derselben eine Creditirung, Verzinsung und Hypothekbestellung verabredet worden, doch nur als Modalitäten der in dem Kaufcontracte bedungenen Gegenleistungen sich darstellen, — für Fälle dieser Art die Abhibirung eines doppelten Stempelsatzes gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, vielmehr aus den Bestimmungen des der Stempelord. vom 29. Octbr. 1821 angehängten Tarifs, z. B. aus der Vorschrift, daß für Bürgschaften und Hypothekbestellungen in einer Schuldverschreibung (cf. nr. 17. 51. 28), sowie für Vergleiche, wenn damit eine Eigenthumsübertragung verbunden ist (cf. nr. 128), kein gesonderter Stempelsatz zu berechnen ist, das Gegentheil entnommen werden muß, dafür auch die constante Auslegung der Stempelord. und die analoge Vorschrift der Sportelord. vom 4. Juli 1851 Bem. F. spricht.“

Refer. des Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 23. Juni 1857.

\*) cf. Zeitschrift II. S. 95.

\*\*\*) cf. Zeitschrift III. S. 157.

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

---

Inhalt: Auch bei den vor der Obrigkeit verlaublichen Eheverlöbnißnissen ist die Zuziehung dreier oder zweier ehrbarer Mannspersonen als Solennitätszeugen nothwendig. — Beneficium inventarii. Müßt das von einem Erben aufgenommene Inventar dem Miterben? Wann hat der Erbe als absens eine einjährige Frist zur Inventur? Soldaten haften, auch wenn sie nicht inventirt haben, über den Bestand der Erbschaft nicht für die Schulden, wohl aber für die Legate. — Ehescheidung fremder Staatsangehörigen durch landesherrliche Machtvollkommenheit ist unthunlich. — Entehrende Freiheitsstrafe als Ehescheidungsgrund. — Trunksucht als Ehescheidungsgrund. — Trennung der Ehegatten während des Scheidungsprocesses. — Aus amtlichen Erlassen.

---

**Auch bei den vor der Obrigkeit verlaublichen Eheverlöbnißnissen ist die Zuziehung dreier oder zweier ehrbarer Mannspersonen als Solennitätszeugen nothwendig.**

Der Rothfasse Herweg, dessen Ehefrau und drei volljährige Söhne, der Ackermann Grewé, dessen Ehefrau und Tochter errichteten vor dem Amtsgerichte N. einen Hofverlaß-, Ehe- und Erbfolgecontract, zufolge dessen Herweg seinen Hof seinem ältesten Sohne unter Vorbehalt eines Altentheils und Aussetzung von Abfindungen für seine beiden anderen Söhne abtrat, der Hofannehmer mit der Grewé'schen Tochter einen Ehevertrag in üblicher Form errichtete, Beide erklärten, daß sie sich mit einander verlobt hätten, die Braut ein von ihrem Vater ihr zugesichertes Capital dem Bräutigam in den Hof zu bringen versprach, und der Bräutigam den Hof seiner Braut zur lebenslänglichen Mitbenutzung und Mitbewirthschaftung verscrieb, auch eventuelle Erbverträge für den Fall des kinderlosen Absterbens der künftigen Eheleute geschlossen wurden. Als späterhin die Grewé'sche Tochter das Verlöbniß einseitig aufhob, klagte Herweg auf Entschädigung wegen gebrochenen Eheverlöbnißes. (Ver. v. 18. Febr. 1814. Zeitschrift für Rechtspflege I. S. 175. VI. S. 159.) Die Klage wurde von dem Kreisgerichte Wolfenbüttel am 25. Juni 1862 abgewiesen, weil das Verlöbniß nicht in der vorgeschriebenen Form abgeschlossen (Zeitschrift für Rechtspflege II. S. 49. III. S. 132 in f.; Ver. v. 2. Januar 1704 und 19. Novbr. 1725), namentlich zwei Solennitätszeugen nicht zugezogen seien, indem die beiden Brüder des Klägers als solche nicht angesehen werden könnten. §. 10 J. de testam. ord. 2. 10; L. 20 pr. D. qui test. fac. 28. 1; Notariatsordn. v. 19. März 1850 §. 10.

*J. Adolph. Knechtger*

Von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel wurde am 23. October 1862 in der Berufungsinstanz diese Entscheidung bestätigt aus folgenden

Gründen:

Das Verlöbniß, die gegenseitige Zusage der künftigen Eingehung einer Ehe, bedurfte nach Röm. Rechte keiner besonderen Förmlichkeiten, begründete indessen keine Verbindlichkeit zur Schließung der Ehe, ja nicht einmal eine Klage auf das Interesse wegen einseitiger Aufhebung des Verlöbnißes. Der Rücktritt vom Verlöbniße hatte vielmehr nur den Verlust der *largitas sponsalitia* zur Folge. L. 1, L. 4 pr. de sponsal. 23. 1; L. 1, L. 5 C. de sponsal. 5. 1; L. 14 C. de nupt. 5. 4; L. 71 §. 1 de cond. et demonstr. 35. 1; L. 134 pr. de V. O. 45. 1; L. 2 C. de inutil. stip. 8. 39. Nach unserem einheimischen Rechte ist den ohne die in den Gesetzen vorgeschriebenen Förmlichkeiten eingegangenen Verlöbnißen — außer in dem hier nicht vorliegenden Falle des hinzugekommenen unehelichen Beischlafs — jede Giltigkeit und rechtliche Wirksamkeit entzogen; die gesetzlichen Förmlichkeiten müssen beobachtet sein; der Beweis, daß ein unförmliches Eheverlöbniß geschlossen sei, ist unerheblich; mithin können auch die in Bezug auf ein solches uneigentliches Verlöbniß eingegangenen Rechtsgeschäfte, Bestellung der Mitgift und Widerlage u. s. w., ein unförmliches Verlöbniß nicht in ein förmliches und rechtlich wirksames verwandeln. Aus dem in der von dem Gesetze angeordneten Weise förmlich eingegangenen Verlöbniße war nach älterem Braunschweigischen Rechte die Verbindlichkeit auf Erfüllung, die Klage auf Vollziehung der Ehe begründet. Dagegen hat das neuere Braunschweigische Recht, in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des Röm. Rechts über die Unzuträglichkeit einer gezwungenen Vollziehung der Ehe der Klage auf Vollziehung der Ehe die Klage auf Entschädigung wegen eines aufgehobenen Verlöbnißes substituirt, und dabei den Wiedereintritt der früher vor der westphälischen Usurpationsperiode gültig gewesenen Rechtsvorschriften, und daß die Grundlage der Entschädigungsklage ein eigentliches Verlöbniß sein müsse, ausdrücklich hervorgehoben. Die Gerichte des hiesigen Landes haben auch bei der Rechtsprechung stets und unverändert den Grundsatz anerkannt und ausgesprochen: daß zur Begründung der Entschädigungsklage wegen eines gebrochenen Verlöbnißes ein förmliches nach Vorschrift der Verlöbniß-Ordnungen eingegangenes Eheverlöbniß erforderlich sei. Verlöbniß-Ord. vom 2. Jan. 1704 und 19. Novbr. 1725; Ver. v. 13. Febr. 1814 Nr. 4; Zeitschrift für Rechtspflege III. S. 132 und die dort citirten Erkenntnisse.

Der Kläger hat sich zum Beweise des mit der Beklagten eingegangenen Verlöbnißes auf die vor H. Amtsgerichte N. aufgerichtete Ehestiftung vom 21. März 1861 berufen. Dieses Instrument, welches an sich als eine öffentliche glaubwürdige Urkunde erscheint, deren Kraft und Wirksamkeit dadurch, daß der Beamte zugleich das Protokoll geführt hat, nicht geschwächt wird, Civ. Pr. Ord. §. 169, Str. Pr. Ord. §. 81, enthält mehre Rechtsgeschäfte: das Verlöbniß zwischen dem Kläger und der Beklagten, die *pacta dotalia* derselben, einen Hofverlass- und Erbvertrag zwischen dem Kläger und seinem Vater, für sich, seine Ehefrau und übrige

gen Kinder, und einen Erbvertrag für den Fall des Ablebens des Brautpaares. Hier kommt allein das eingegangene Verlöbniß in Betracht. Daß die Erklärung der Brautleute in §. 1 der Ehestiftung\*) eine Verlobung nach der römisch-rechtlichen Begriffsbestimmung enthält, hat keinen Zweifel, L. 1 de sponsal.; ebenso ist die Einwilligung und Gegenwart der beiderseitigen Aeltern und eben deshalb nächsten Blutsverwandten, so wie der Obrigkeit constatirt, und die unterlassene Zuziehung des Seelsorgers nach Lage der Sache nicht für einen wesentlichen Mangel zu halten. Die sent. a qua hat auch das zu einem giltigen Verlöbniße erforderliche und fehlende Requisit lediglich in der Unterlassung der Zuziehung dreier oder zweier ehrbarer Männer als Zeugen, wie solche in der Verlöbnißordnung vorgeschrieben ist, gefunden. Der Kläger bestreitet die Nothwendigkeit dieses Requisites und behauptet eventuell dessen Vorhandensein. Allein was die erste Behauptung betrifft, so verlangen die Verlöbniß-Ordnungen mit klaren und keiner anderen Deutung fähigen Worten als eine zur Gültigkeit des Verlöbnißes unumgänglich erforderliche Form außer der Einwilligung und Gegenwart der Aeltern des Brautpaares und der Obrigkeit in den geeigneten Fällen: „über das Alles noch das Beisein dreier oder zweier ehrlicher Mannspersonen“, und diese — mindestens zwei Zeugen — kann der instrumentirende Beamte allein keinesfalls vertreten. Ebenso wenig kann der sonst zu führende und hier geführte Beweis der Eingehung eines Verlöbnißes im Sinne des Röm. Rechts den Mangel der von dem Gesetze erforderlichen Form der Anwesenheit zweier Zeugen, welche Solennitätszeugen sind und zu der christlichen Ceremonie gehören, ersetzen.

Der Kläger will eventuell diese Zeugen in den bei Errichtung der Ehestiftung am 21. März 1861 gegenwärtig gewesenen Brüdern des Klägers erblicken. Nirgends in der Urkunde ist indessen enthalten, daß dieselben als Zeugen bei dem Verlöbniße betrachtet, zugezogen und in Function gewesen sind. Vielmehr geht aus der Einleitung hervor, daß sie als Mitcontrahenten sich sistirt und den Vertrag zur gerichtlichen Aufnahme mit vorgetragen haben, und es stipulirt der Vater des Klägers für dessen Brüder in deren Gegenwart und ohne deren Widerspruch im §. 5 Abfindungen von dem abgetretenen Hofe und Erbrechte an seinem übrigen demnächstigen Nachlasse und im §. 8 Ansprüche an den Nachlaß des demnächst etwa kinderlos sterbenden Brautpaares. Es kann daher an deren Eigenschaft als Mitpactiscenten überall nicht, wohl aber mit Recht an deren Eigenschaft als Verlöbnißzeugen gezweifelt werden.

Die vom Kläger verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 16. Decbr. 1862 zurückgewiesen aus folgenden

#### Gründen:

\*) Der §. 1 lautet: „Er, Heinrich Herweg, und sie, Conrabine Grewe, hätten unter Zustimmung ihrer anwesenden Aeltern einander die Ehe zugesagt und wollten solche nächstens durch priesterliche Einsegnung vollziehen. Sie versprächen, in ihrem künftigen Ehestande einander Liebe und Treue zu erweisen.“

Die Landesherrlichen Verordnungen vom 2. Januar 1704 und 19. Novbr. 1725 bestimmen, wie ein christliches Eheverlöbniß, um rechtsbeständig erachtet werden zu können, eingegangen werden soll, und bedrohen ein Verlöbniß, bei welchem die vorgeschriebenen Solennien nicht beobachtet sind, mit Strafe der Nichtigkeit. Es genügte zu dem Eheverlöbniße als christlicher Ceremonie nicht, daß die allgemeinen Erfordernisse eines bürgerlichen Vertrages vorhanden waren, wenn es an jenen Solennien fehlte. Nach jenen Gesetzen, deren fortwährende Giltigkeit und Anwendung nicht angezweifelt werden kann, mußten bei Errichtung des der Klage zum Grunde gelegten Eheverlöbnisses außer den Aeltern des Brautpaars noch drei oder zwei ehrbare Männer als Zeugen zugezogen sein. Es sind jene Rechtsätze von dem angefochtenen Erkenntniße nicht verkannt, auch seiner Entscheidung zum Grunde gelegt. Die Parteien haben das eingegangene Verlöbniß zwar der Obrigkeit verlaublich; allein die Obrigkeit als solche konnte die gesetzlich erforderlichen Zeugen nicht ersetzen, weil diese als Solennitätszeugen und nicht bloß des Beweises wegen zugezogen werden müssen; und der eine Beamte, welcher die Obrigkeit repräsentirte, genügte ebenfalls nicht, weil wenigstens zwei Zeugen erforderlich waren. — Endlich hat das angefochtene Erkenntniß nicht unbeachtet gelassen, daß bei dem verlaublichen Verlöbniße noch zwei Brüder des Bräutigams zugegen gewesen sind; es hat aber nach richterlicher Beurtheilung und Würdigung des ganzen Sachverhalts jene Personen als geeignete zulässige Zeugen nicht angesehen und deshalb die Beobachtung der gesetzlichen Gegenwart von wenigstens zwei Zeugen bei dem fr. Rechtsgeschäfte vermisst. Eine derartige auf richterliche Beurtheilung thatsächlicher Vorgänge und Verhältnisse beruhende Entscheidung ist aber — und im vorliegenden Falle um so weniger, als nicht vorliegt, daß dabei gesetzliche Bestimmungen verletzt worden — mit dem eingeführten Rechtsmittel nicht aufsechtbar. Es stellt sich letzteres demnach überall als unbegründet heraus.

---

**Beneficium inventarii\*).** — Nützt das von einem Erben aufgenommene Inventar dem Miterben? — Wann hat der Erbe als absens eine einjährige Frist zur Inventur? — Soldaten haften, auch wenn sie nicht inventirt haben, über den Bestand der Erbschaft nicht für die Schulden, wohl aber für die Legate.

In dem Proceße der Gebrüder S. gegen ihren Bruder E. S. forderten die Kläger von dem Beklagten Ergänzung des Pflichttheils von dem väterlichen, im Besitze des Beklagten befindlichen Nachlasse. Der Beklagte forderte widerklagend von den Klägern Bezahlung der ihm gegen den überschuldeten Nachlaß zustehenden Forderungen pro rata. Von den Klägern wohnte einer in Wolfenbüttel, die beiden anderen in Braunschweig; einer der Letztern war Officier; der Beklagte und maxima

---

\*) S. Zeitschrift VIII. S. 111. IX. S. 151.

pars hereditatis war in Braunschweig. Der Beklagte, zugleich Vollstrecker des väterlichen Testaments, hatte bald nach des Vaters Tode ein Inventar über den Nachlaß errichtet und erklärt, cum beneficio legis et inventarii die Erbschaft antreten zu wollen. Die Widerbeklagten behaupteten, zwar nicht innerhalb 90 Tagen, aber doch binnen einem Jahre nach des Vaters Tode erklärt zu haben, cum beneficio die Erbschaft antreten zu wollen; und bestritten deshalb, über den Bestand der auf sie gekommenen Erbschaft hinaus für die Schulden und Legate haften zu müssen. Ein Gleiches behauptete der Officier S. wegen seiner Standesprivilegien.

Von dem Kreisgerichte Braunschweig wurde am 8. Mai 1862 die Widerklage gegen den Officier S. auf Grund seiner Standesprivilegien bezüglich der Erbschaftsschulden (nicht aber der Legate) abgewiesen, gegen die übrigen Widerbeklagten jedoch Beweis vorbehältlich für begründet erkannt, und wurden dabei folgende Rechtsgrundsätze ausgesprochen:

Es ist zweifellos, daß die Widerbeklagten durch Anstellung der Klage wegen Pflichttheilsverletzung ihre Absicht, die ihnen durch das väterliche Testament deferirte Erbschaft erwerben zu wollen, zu erkennen gegeben haben und dadurch Erben ihres Vaters geworden sind. Sie würden daher bei einer Ueberschuldung des Nachlasses nach L. 22 §. 12 C. de iure delib. 6. 30 und Nov. 1 cap. 2 §. 2 sowohl den Erbschaftsgläubigern, als auch den Legatarien, soweit die Erbschaft zu deren Befriedigung nicht ausreicht, mit ihrem eigenen Vermögen verhaftet sein, wenn anzunehmen sein sollte, daß ihnen die mit der Rechtswohlthat des Inventars verbundenen Vortheile nicht zu Gute kämen. Weiske Rechtslex. V. S. 802. Seuffert Archiv III. 79. Es steht fest, daß die Widerbeklagten weder innerhalb der durch L. 22 §. 2 C. de iure delib. 6. 30. festgesetzten Frist von 30 Tagen nach Eröffnung des betr. Testaments am 1. Februar 1861 die Errichtung eines Inventars über den fr. Nachlaß begonnen, noch solches innerhalb weiterer 60 Tage vollendet haben. Da in der cit. Codex-Stelle als ein weiteres Erforderniß der Beneficial-Erbschaftsantretung die Abgabe der Erklärung Seitens des Erben innerhalb jener Fristen, daß er die betr. Erbschaft nur mit der Rechtswohlthat des Inventars antrete, nicht aufgestellt worden, so ist eine desfallige Versäumniß den Widerbeklagten ebensowenig nachtheilig, als ihnen die in der Eingabe vom 2. Septbr. 1861 enthaltene Erklärung, daß sie für alle Fälle die fr. Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten haben wollten, Vortheile verschaffen kann. Glück Pand. Bd. 41 S. 355. Es kommt hiernach lediglich auf die Prüfung der Frage an, ob die Widerbeklagten durch Berufung auf die von dem Widerkläger rechtzeitig veranlassete Inventarisirung die Nachtheile von sich abzuwenden vermögen, welche die unterlassene Inventuraufnahme für sie im Gefolge haben würde.

Zunächst unterliegt es keinem Zweifel, daß die von einem Erben vorgenommene Inventarisirung nicht ohne Weiteres den Miterben zu Statten kommt, Sintonis Civilr. 1. Aufl. §. 185 S. 525 Note 13. 5. Glück Pand. Bd. 41 S. 398 fg., da es sehr wohl denkbar ist, daß, während der inventirende Erbe die Confusion des Vermögens seines Erblassers mit seinem eigenen Vermögen verhindern will, die

übrigen Erben solche absichtlich geschehen lassen, weil sie die auf der Erbschaft ruhenden Schulden zu ihren Antheilen zu berichtigen bereit sind. Es muß vielmehr, wenn die von einem Beneficialerben veranlassete Errichtung eines Inventars auch den übrigen Miterben Vortheile gewähren soll, ein besonderes juristisches Verhältniß zwischen diesen und jenen in Ansehung der Vornahme der fr. Maßregel obwalten; es muß jener bei der Inventarisirung zugleich als Mandatar, oder, was allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß nach der Praxis auch für zulässig erklärt ist, — Struben rechtl. Ved. Bd. 4 S. 251; Sintenis a. a. D. Note 13. 3; Glück Pand. Bd. 41 S. 427, — als negotiorum gestor der Miterben gehandelt haben. Beides liegt hier nicht vor und haben hiervon abgesehen die Widerbeklagten auch nicht innerhalb der für die Vollendung des Inventars vorgeschriebenen dreimonatigen Frist die erfolgte Inventarisirung ratihabirt, was nach Analogie der Agnition einer bonorum possessio, L. 24 pr. D. rat. rem hab. 46. 8, zur Erlangung der mit der Beneficial-Erbschaftsantrittung verknüpften Vortheile erforderlich gewesen wäre. Glück a. a. D. S. 427.

Die Widerbeklagten können nicht als absentes eine einjährige Inventarisationsfrist beanspruchen, da eine absentia heutzutage nur dann zu statuiren sein würde, wenn die Widerbeklagten nicht in demselben Obergerichtsbezirke ihr Domicil hätten, in welchem der Nachlaß belegen, Buchta Vorles. §. 156; Sintenis 1. Aufl. Bd. 1 §. 51. S. 506. N. 3; im vorliegenden Falle aber bei der geringen Ausdehnung des Herzogthums und den jetzigen raschen Communicationsmitteln der Bezirk des H. Obergerichts zu Wolfenbüttel als der in Betracht kommende Bezirk angesehen werden muß.

Dagegen ist der Officier S. wegen seiner Standesprivilegien über den Bestand der Erbschaft hinaus nicht dem Widerkläger als Erbschaftsgläubiger, sondern nur den R.'schen Kindern als Legataren mit seinem eigenen Vermögen verhaftet. L. 22 §. 15 C. de iure delib. 6. 30: Milites in tantum teneantur, quantum in hereditate intervenerint, welche Bestimmung durch Nov. 1 cap. 4 §. 2 dahin abgeändert worden, daß die milites rücksichtlich der Legate den paganis gleichgestellt werden, wenn sie nicht rechtzeitig inventirt haben. Vnde Zeitschrift für Civilrecht Bd. 10 S. 431; Archiv für civilist. Praxis Bd. 12 S. 231.

In der Berufungsinstanz wurde das kreisgerichtliche Erkenntniß von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 13. Decbr. 1862 in allen Punkten bestätigt. In den Entscheidungsgründen wurde auf die mitgetheilten Gründe des ersten Erkenntnisses Bezug genommen und außerdem Folgendes bemerkt:

Die Widerbeklagten würden das beneficium nur dann für sich in Anspruch nehmen können, wenn sie binnen 30 Tagen nach dem Tode des Vaters die Aufnahme des Inventars begonnen und solche binnen fernerweiten 60 Tagen beendigt hätten, oder wenn wenigstens binnen 90 Tagen nach des Vaters Tode ihrerseits die Aufnahme und Beendigung des Inventars stattgefunden, was nicht der Fall gewesen. Auf eine einjährige Frist können sie sich nicht berufen, weil Keiner eine absentia für sich anzuführen vermag. Dies würde nach richtigem Verständnisse des

einschlägigen Gesetzes nur dann der Fall sein, wenn diejenige Abwesenheit, auf deren Grund der Erbe die längere Inventurfrist in Anspruch nimmt, ein *impedimentum*, in der kürzeren Frist zu inventarisiren, sein könnte. Das kann hier nicht angenommen werden. Die *maxima pars hereditatis* lag in Braunschweig, wo der Widerbeklagte A. S. seinen Wohnsitz hat, und wo der in Wolfenbüttel wohnende Widerbeklagte H. S. sich nach Belieben zu jeder Tageszeit bei der Verbindung seines Wohnorts mit Braunschweig durch die Eisenbahn und bei der geringen Entfernung beider Orte von einander einfinden konnte, wo er sich auch geständiger Maßen während der zur Inventuraufnahme gestatteten kürzeren Frist aufgehalten hat, ohne behaupten zu können, daß er durch irgend etwas an der Inventuraufnahme in der kürzeren Frist, namentlich durch seine Abwesenheit von dem Orte, wo die Erbschaft befindlich, behindert gewesen wäre.

Nach der herrschenden Ansicht der Doctrin und der Praxis ist die Inventarisirung eines Nachlasses auch alsdann als eine genügende und giltige anzusehen, um darauf das *beneficium inventarii* in Anspruch nehmen zu können, wenn nur das Inventarium mit dem 90. Tage nach dem Tode des Erblassers beendigt ist, falls auch die Inventarisirung nicht schon mit dem 30. Tage nach dem Tode des Erblassers begonnen hat. Brunnemann *comm.* VI. 30 §. 3; Glück *Pand.* Bd. 41 S. 361. Note 80.

Die Begünstigung der Militärpersonen in rechtlichen Verhältnissen ist eine von dem Röm. Rechte anerkannte Regel, die auch noch in ihrer jetzigen Anwendung vielfach unbestritten anerkannt wird. Diese Begünstigung fand nicht in dem besondern Stande, sondern, wie L. 22 pr. C. 6. 30 es ausdrücklich ausspricht, in der Beschäftigung und in der Lebensweise der Militärpersonen ihren Grund. Nach dem justinianischen Codexrechte, L. 22 §. 15 C. 6. 30, steht die Regel fest, daß der Soldat bei Antretung und Uebernahme einer ihm zugefallenen beschwerten Erbschaft in keiner Beziehung über den Bestand der Erbschaft hinaus für die Lasten der Erbschaft aus eigenen Mitteln zu haften verpflichtet ist. Die diesem entgegenstehende Interpretation der L. 22 §. 15 cit., welche die Berufung des Widerklägers enthält\*), widerspricht den klaren Worten des Codex und kann zu keinem dem Wider-

\*) Widerkläger hatte seine Behauptung, daß das fr. Militärprivilegium nicht mehr gelte, folgendermaßen motivirt:

Das fr. Militärprivilegium ist schon durch Justinian aufgehoben, indem die entgegenstehende, übrigens auch nicht einmal von allen Rechtslehrern adoptirte Ansicht auf einer unrichtigen Interpretation, insbesondere auf einer fehlerhaften Uebersetzung der L. 22 §. 15 C. cit. beruht. Im Anfange dieses Gesetzes weist Justinian darauf hin, daß er selbst schon zwei Constitutionen erlassen habe, die eine, das Deliberiren über Erbschaften, die andere, die unvorhergesehenen Schulden betr., und daß auch noch eine alte Constitution des Gordianus, welche eben das fr. Militärprivilegium ausspreche, vorhanden sei. Er sagt sodann, daß er aus allen diesen Bestimmungen ein Gesetz machen, und dadurch nicht bloß den Soldaten zu Hilfe kommen, sondern das *beneficium* auf Alle ausdehnen wolle. Nachdem er hierauf eine Reihe von, ihrer Fassung nach allgemein giltigen, die Errichtung eines Inventars und das Deliberationsrecht betreffenden Bestimmungen erlassen hat, verfügt er im letzten Paragraphen, in Bestätigung des Eingangs, daß durch diese Constitution, welche *omnes casus* umfasse, die früheren, in deren einer auch der Sinn der Gordianischen enthalten sei, abgeschafft sein sollten. Er motivirt solches da-

Kläger günstigen Resultate führen. Die angeedeutete allgemeine Regel hat durch Nov. 1 eine Ausnahme erfahren insofern, daß auch der Soldat den Legataren und Fideicommissaren gegenüber, wenn er kein Inventarium über den Nachlaß des Erblassers rechtzeitig aufgenommen hat, über den Bestand der Erbschaft hinaus ex propriis haftet. Auf vorliegenden Fall hat aber die Novelle keinen Einfluß, da es sich um die Berichtigung von Erbschaftsschulden handelt, für welchen Fall die im Codex enthaltene allgemeine Regel der Begünstigung der Soldaten, weit entfernt aufgehoben zu sein, in der gemachten Ausnahme eine Bekräftigung erhalten hat. Es ließe sich gegen diese Argumentation anführen, daß, da jene Regel für den Fall der Legate und Fideicommissare eine Milderung erfahren, sie auch für den Fall vorhandener Erbschaftsschulden dieser Milderung unterliege, da in beiden Rücksichten par ratio für die Aufhebung des Gesetzes, die in der Begünstigung der Lasten der Erbschaft ihren Grund habe, vorhanden sei. Einer solchen Meinung würde aber doch nicht beigetreten werden können, da für die Aufhebung des Gesetzes in den beiden ange deuteten Beziehungen eine par ratio nicht vorhanden ist, indem bei Legaten und Fideicommissaren noch das Moment des letzten Willens des Erblassers, der wo möglich respectirt und vollzogen werden soll, vorhanden ist; diese Rücksicht aber, wo es sich lediglich um die Berichtigung der Erbschaftsschulden, ohne daß darüber besondere Bestimmung getroffen wäre, handelt, nicht zu nehmen ist. Auch würde diese Meinung neben dem, was vorhin über Regel und Ausnahme angeführt ist, keine Wurzel fassen können. — Jene Regel ist nie im Allgemeinen ausdrücklich aufgehoben, auch nicht obsolet geworden; vielmehr wird deren praktische Giltigkeit für Fälle der in Rede stehenden Art von den bewährtesten älteren und neueren Rechtslehrern befundet.

Brunnemann comm. in L. 22 §. 15 C. 6. 30; Leyser med. ad Pand. sp. 57 §. 5; Glück Pand. Bd. 41 S. 422; Goeschen Vorles. §. 938; v. Keller Pand. S. 1003.

Die entgegenstehende, übrigens nicht neue Meinung in v. Savigny System

durch, daß nach einer umfassenderen Behandlung der Sache ein einziger besserer Weg der Sicherstellung der Erben gefunden sei, welcher sowohl für die Soldaten, als für alle anderen probabel erscheine, und ordnet sodann folgerecht an, daß daher die Unterthanen nicht mehr auf Grund der früheren Verfügungen belästigt werden sollen, scilicet — (dieses entscheidende Wort ist von den Interpreten außer Acht gelassen, so augenscheinlich von Mühlensbruch in der Fortsetzung von Glück Pand. Th. 41 S. 421) — d. i. nämlich derjenigen, daß Soldaten, etsi, wenn sie auch wegen Einfältigkeit das gegenwärtige Gesetz außer Acht gelassen, doch nur bis zum Bestande der Erbschaft zu haften hätten.

Die Nov. 1 läßt aber an keiner Stelle ersehen, daß jene L. ult. Cod. bezüglich der Inventurerrichtung einen Unterschied zwischen Soldaten und anderen Personen habe bestehen lassen wollen, und solcher in Betreff der Legate wegfallen solle; vielmehr ordnet sie nur noch besondere Formlichkeiten an, welche der inventirende Erbe den Legatarien gegenüber zu beobachten habe, wenn er die *falcidia* abziehen und nicht sogar ex propriis haften will; und giebt sie sich auch in dieser Beziehung als ein allgemein giltiges Gesetz zu erkennen.

Wäre diese Ansicht aber auch unrichtig, so würde dieses Privilegium doch als antiquirt und mithin bei uns nicht recipirt zu betrachten sein, da es mit der besonderen, auch privatrechtlich ausgezeichneten Standesstellung, welche die Soldaten, anders als bei uns, bei den Römern einnahmen, zusammenhängt. Sintonis pract. gem. Civilrecht. 2. Aufl. Bd. 1 §. 9 Note 8 Nr. 2 und v. Savigny System des heutigen Röm. Rechts Bd. 3 Beilage VIII. S. 439.

Vd. 3 Beil. VIII. S. 439, wonach die Regel ihre Anwendbarkeit mit der Veränderung, die der Soldatenstand erfahren haben soll, verloren habe, ist namentlich von Leyser l. c. mit triftigen Gründen bekämpft, so daß an der jetzigen Gültigkeit der in der angeführten Codexstelle aufgestellten Regel, die durch die in Nov. 1 gemachte Ausnahme nicht aufgehoben ist, cf. Goeschen Vorles. S. 4, bezüglich des in Rede stehenden Falles nicht gezweifelt werden kann.

### Ehescheidung fremder Staatsangehörigen durch landesherrliche Machtvollkommenheit ist unthunlich.

I. Der Dekonom G. aus Ohrum im Königreiche Hannover verheirathete sich im J. 1853 mit Auguste E. zu Fümmele und lebte mehrere Jahre auf dem Ackerhose seiner Frau im letzteren Orte. Entstandener Streitigkeiten halber, welche bis zu lebensgefährlichen Sävitien führten, wandten sich die G.'schen Eheleute an die hiesige Landesregierung mit der Bitte um Trennung ihrer Ehe aus landesfürstlicher Machtvollkommenheit. In dem Berichte über dieses Gesuch bemerkte das Kreisgericht Wolfenbüttel: G. sei Hannoverscher Unterthan, in Ohrum domicilirt; der Sitz der Ehe befinde sich daher nach gemeinrechtlichen (Savigny System Vd. VIII. S. 325), durch die Landesgesetzgebung anerkannten (Ver. v. 4. Mai 1830 S. 4; Ges. v. 23. Januar 1852 S. 17 in f.), und in der auch mit dem Königreiche Hannover abgeschlossenen sog. Gothaer Convention bestätigten (Ver. v. 17. Decbr. 1851 S. 1 u. 3; Bekanntmachung v. 10 April 1852 Nr. 21) Grundsätzen nicht im hiesigen Lande; das aus der Episcopalgewalt des Landesherrn herzuleitende Dispensationsrecht erscheine daher bedenklich. N. Landsch. Ord. S. 6 und 213.

Mittels Höchsten Rescripts vom 15. Juni 1861 wurde das Gesuch abgelehnt, da G. fortwährend als Hannoverscher Unterthan zu betrachten sei, und keine Gewissheit darüber vorliege, ob der hier als einer Gnadenbewilligung kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit gewährten Ehescheidung auch im Königreiche Hannover rechtliche Wirksamkeit werde beigelegt werden.

Nunmehr baten die G.'schen Eheleute die hiesige Landesregierung in einem neuen Gesuche, sich bei dem Könige von Hannover dahin zu verwenden, daß eine von dem Herzoge von Braunschweig ausgesprochene Trennung der Ehe aus landesherrlicher Machtvollkommenheit in Hannover anerkannt werde, und überreichten zugleich eventuell ein Gesuch an den König von Hannover um Ehescheidung aus landesherrlicher Machtvollkommenheit.

Das hiesige Ministerium richtete darauf an das Hannoversche Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten die Anfrage: ob selbiges in den vorliegenden Umständen zureichenden Grund finde, das Ehescheidungsgesuch bei dem Könige von Hannover zu befürworten? — oder ob bei der, namentlich wegen der Domicilverhältnisse der Supplicanten, besonderen Beschaffenheit des Falles ein hier von dem

Herzoge zu übender Gnadenact der in Rede stehenden Art und dessen rechtliche Anerkennung jenseits Bedenken finden würde.

Der Minister der auswärtigen Angelegenheiten zu Hannover erwiderte am 28. August 1862: „Nach den strengeren, seit länger als einem Jahrzehent in Hannover befolgten Grundsätzen in Betreff der Gewährung landesherrlicher Ehescheidungen könne das Gesuch dem Könige nicht empfohlen werden. Die leitenden Grundsätze (abgesehen von den Fällen gemischter Ehen) seien in der Abhandlung: „Zur Lehre von den landesherrlichen Ehescheidungen im Königreiche Hannover“ (v. Döring's 2c. Magazin für Hannover. Recht Bd. II. 1852. S. 167 fg.) enthalten. — Anlangend sodann die Anerkennung einer Braunschweiger Seits auszusprechenden landesherrlichen Ehescheidung, so hänge die Zuständigkeit nach Ansicht der Königl. Regierung davon ab, daß der Ehemann, das Haupt der Familie, sein juristisches Domicil im Herzogthum Braunschweig habe. Dies, nämlich das juristische Domicil, und nicht der Unterthanenverband (der nur etwa mittelbar, sofern er für das juristische Domicil Bedeutung haben könne, in Betracht komme), sei nach diesseitigem Erachten das maßgebende Moment, wie für Beurtheilung der Privatrechtsverhältnisse überhaupt, so auch insonderheit für Begründung des Gerichtsstandes in Ehescheidungssachen für die an die Stelle der gerichtlichen Ehescheidung tretende landesherrliche Ehescheidung. (Die in den Acten angezogenen Bestimmungen der sog. Gothaer Convention v. J. 1851 würden dagegen eine über das öffentlich rechtliche Gebiet, auf welches sich diese Convention überhaupt nur beziehe, hinausgehende Bedeutung nicht wohl beanspruchen dürfen.) Sollte daher, was jedoch den Acten nach zu bezweifeln sei, der Dekonom G. sein juristisches Domicil jetzt wirklich im Herzogthume Braunschweig haben, so würde die Königliche Regierung eine Braunschweiger Seits ergehende landesherrliche Scheidung der G.'schen Ehe als eine von formell zuständiger Seite verfügte ansehen. — Sie würde jedoch selbst in diesem Falle eines Theils nicht verbürgen können, daß die Hannover'schen Ehegerichte, falls dieselben in die Lage kommen sollten, die Frage ihrer richterlichen Cognition zu unterziehen, dieselbe in gleicher Weise beurtheilen würden; andern Theils nicht sich von vorn herein verbindlich machen können, diejenigen Bedenken als unbegründete zu verwerfen, welche etwa von den Geistlichen und Kirchenbehörden der materiellen Zulässigkeit der verfügten Scheidung und der danach zu bemessenden Zulässigkeit einer Wiederverheirathung der so Geschiedenen entgegengestellt werden möchten.“

Auf Grund dieses Rückschreibens wurden die Bittsteller von dem hiesigen Staatsministerium am 3. Septbr. 1862 ablehnend beschieden\*).

\*) Zwar wird eine landesherrliche Ehescheidung im hiesigen Lande durch ein gerichtliches Erkenntniß ausgesprochen, und man könnte glauben, daß einem solchen Erkenntniße bei der zwischen der hiesigen und der Hannover'schen Regierung beobachteten Reciprocität gleiche Anerkennung auch im Königreiche Hannover zu Theil werden müsse. Allein das auf Grund des Circularrescripts vom 12. Februar 1835 bei landesherrlichen Ehescheidungen zu eröffnende Erkenntniß ist eigentlich nur die Publication einer landesherrlichen Dispensation, welche lediglich

II. Mit einem gleichen Gesuche um Ehescheidung aus landesherrlicher Machtvollkommenheit wandten sich unter ähnlichen Umständen der vormalige Ingenieur M. geboren zu Halle a./S., welcher längere Zeit im hiesigen Herzogthume gewohnt hatte und derzeit sich in der Strafanstalt zu Wolfenbüttel befand, und dessen Ehefrau an das H. Staatsministerium. Ueber dieses Gesuch erstattete das Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 14. Juni 1862 folgenden Bericht an H. Staatsministerium:

„In Folge seiner Geburt zu Halle a./S. gehört der Ingenieur, jetzige Sträfling M. dem Preussischen Unterthanenverbände an. Preussisches Gesetz vom 31. December 1842 §. 1. Daß er aus dem Preussischen Unterthanenverbände entlassen worden, erhellet nicht, und deshalb, weil er seit einer Reihe von Jahren im Auslande sich aufgehalten oder zeitweilige Anstellung im Auslande gefunden hat, ist er möglicher Weise etwanigen Bürgerrechts zu Halle a./S. — (Preussisches Landrecht, Th. 2. tit. 8. §. 14. 42. 43; Preussische Städteordnung von 1831. §. 22) — nicht aber seiner Eigenschaft als Preuße, — (Preussisches Gesetz vom 31. December 1842 §. 15. 23. 24. 25; Preussische Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850. Art. 3; Preussisches Landrecht. Th. 2. tit. 17 §. 127) — verlustig geworden.

Wenn M. mittelst H. Ministerial-Rescripts vom 20. September 1853 als Ingenieur für den Bau der Südbahn gegen Verwilligung von Tagegeldern zc. unter Vorbehalt halbjähriger Kündigung in hiesigen Dienst genommen worden, so hat er dadurch, weil Ausländer, beim Mangel ausdrücklicher Genehmigung H. Staatsministeriums weder das Wohnortsrecht in einer hierländischen Gemeinde, noch das Landeseinwohnerrecht im Herzogthume Braunschweig erworben. Gesetz vom 23. Januar 1852. No. 8. §. 26; Landschaftsordnung §. 24. 26 — Gleichwohl hatte M. während des Dienstes einen nothwendigen Wohnsitz an dem Dienstorte, — L. 23. §. 1. D. ad municip. 50. 1; L. 8. C. de incolis 10. 39 — und nachdem auf geschehene Kündigung jenes Dienstverhältniß und der hierdurch bedingte Wohnsitz aufgehoben war, ist späterhin für M., durch Erkenntniß des Schwurgerichts zu Gandersheim vom 7. November 1858 zu 6jähriger Zuchthausstrafe verurtheilt, von neuem ein nothwendiges Domicil am Orte der Strafvollziehung, also der Gerichtsstand vor H. Kreisgerichte Wolfenbüttel begründet worden, — L. 23. §. 3. L. 27. §. 3. D. ad municip. 50. 1; Civ. Pr. Ord. §. 25. 25, — welches Domicil mit der Wohnortsberechtigung, der politischen Heimath, der Staatsangehörigkeit nicht in Verbindung stehet, zur Zeit der Anstellung der Ehescheidungsklage (1861) vorhanden war, noch jetzt fort dauert, und conventionsmäßig von den Preussischen Staatsbehörden anzuerkennen ist. Convention mit Preußen vom Jahre 1841 Art. 8. 9. 10. Daß in dem allgemeinen persönlichen Gerichtsstande des Wohnsitzes über Ehescheidungsklagen fremder Ehegatten verhandelt und mit rechtlicher Wirkung

---

auf Grund kirchenrechtlicher Bestimmungen in die Form eines Erkenntnisses gekleidet wird, und nicht geeignet, den auf einem Gnadenacte beruhenden Grund der Ehescheidung zu beseitigen. Vergl. Rescr. H. Obergerichts v. 4. Aug. 1854 in Bege Repert. VIII. S. 98 fg.

auch für das Ausland entschieden werden könne, *Wheaton droit international Part. II. Chap. II §. 8. 19—21* (Tom. 1. pag. 118. 144—149 eol. 3) leidet namentlich in Beziehung auf den Preussischen Staat (Convention mit Preußen, Art. 1. 2. 3) keinen Zweifel, — und die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit ist nicht gleichbedeutend mit der Frage von dem anzuwendenden Gesetze. *Martin Rechtsgutachten Th. 1 S. 175 fg. 188; Convention mit Preußen Art. 22. 34.* —

Dagegen gehört Ehescheidung aus landesherrlicher Machtvollkommenheit zu den Gnadenverwilligungen und Gnadenverfügungen (*Schmid Staatsrecht 1821 §. 50 S. 69. 70*), welche Ausländern ertheilt, derjenige Staat, dessen Unterthanen die Begnadigten sind, anzuerkennen keine rechtliche Verpflichtung hat. Demnach halten wir, auf das Gesuch des M.'schen Ehepaars einzugehen, nicht für rathsam, da mancherlei unangenehme Verwicklungen entstehen müssten, falls die Königl. Preussische Regierung dem Gnadenacte ihre Anerkennung zu versagen bestimmt werden sollte.“

H. Staatsministerium, mit den Ansichten des H. Obergerichts einverstanden, richtete nunmehr, um den Wünschen der M.'schen Ehefrau thunlichste Berücksichtigung angedeihen zu lassen, an das K. Preussische Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten die Anfrage: ob, sofern die sonst erforderlichen Voraussetzungen vorlägen, der König von Preußen nicht geneigt sei, auf ein demselben von den M.'schen Eheleuten zu überreichendes Gesuch die Scheidung der zwischen den Supplicanten bestehenden Ehe aus landesherrlicher Machtvollkommenheit auszusprechen? oder ob die Anerkennung einer eventuell von dem Herzoge von Braunschweig zu verfügenden Scheidung bei der Königl. Preussischen Regierung auf Bedenken stoßen würde?

Hierauf erwiederte der Preussische Minister der auswärtigen Angelegenheiten zu Berlin am 7. August 1862 Folgendes:

„In Preußen könne eine Ehe niemals durch landesherrlichen Ausspruch, sondern ausschließlich nur durch richterliches Erkenntniß getrennt werden. Es würde daher unthunlich sein, auf ein von den M.'schen Eheleuten einzureichendes Gesuch die Scheidung ihrer Ehe aus landesherrlicher Machtvollkommenheit auszusprechen. Dieselben Gründe würden aber auch in Preußen der Anerkennung einer etwa durch den Herzog von Braunschweig erfolgenden Ehescheidung entgegenstehen. Sowohl in dem Schreiben vom 3. dieses Monats, als auch in dem Berichte des H. Obergerichts zu Wolfenbüttel wird die eventuelle Trennung der Ehe der M.'schen Eheleute durch Ausspruch Sr. Hoheit als ein Gnadenact bezeichnet. Da die genannten Eheleute preussische Unterthanen sind, so würde ein ihnen erwiesener Gnadenact nur dann in Preußen von rechtlicher Wirkung sein, wenn er die ausdrückliche Anerkennung des Königs erlangt hätte. Eine solche Anerkennung würde aber nicht ausgesprochen werden können, weil sie mit den Landesgesetzen unvereinbar wäre. Im Einverständnisse mit dem Herrn Justizminister würde ich deshalb mich außer Stande finden, eine derartige Anerkennung Allerhöchsten Ortes in Antrag zu bringen.“

Demzufolge wurden die Supplicanten mittelst Höchsten Rescripts vom 16. August 1862, da es unthunlich sei, dem Antrage der Bittsteller Folge zu geben, ablehnend beschieden.

### Entehrende Freiheitsstrafe als Ehescheidungsgrund.

Nachdem M. wegen Diebstahls zu 3½jähriger Zwangsarbeitsstrafe verurtheilt war, klagte dessen Ehefrau gegen denselben auf Ehescheidung. Das Kreisgericht Braunschweig wies am 25. October 1862 diese Klage zurück, da zwar von der Praxis als Ehescheidungsgrund die Verurtheilung zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe, mit welcher der Verlust der bürgerlichen Ehre verbunden ist, anerkannt sei (Erl. des Oberlandesgerichts von 10. Juli 1849 in S. Maseberg c. mar. wegen Ehescheidung), indessen nach hiesiger Gesetzgebung (C. G. B. §. 17) nur Ketten- oder Zuchthausstrafe diese Folgen habe, Zwangsarbeit aber nur eine Verminderung der bürgerlichen Ehre nach sich ziehe.

Von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel wurde am 14. Januar 1863 dieses Erkenntniß bestätigt,

#### in Erwägung:

daß zwar schwere Freiheitsstrafen, welche von einem Ehegatten für Verbrechen, denen Gewinnsucht oder sonst schändliche Gesinnung zum Grunde liegt, erlitten werden, durch den Gerichtsgebrauch unter die Ehescheidungsgründe aufgenommen sind; dennoch aber eine Zwangsarbeitsstrafe von nur 3½jähriger Dauer nur unter besonderen Umständen, wie sie hier nicht vorliegen, als Ehescheidungsgrund genügen könnte; auch eine Analogie zwischen der malitiosa desertio und der Verwirkung und Verbüßung einer Freiheitsstrafe nicht begründet erscheint.

Das angezogene Erkenntniß des Oberlandesgerichts vom 10. Juli 1849 spricht Folgendes aus:

Es gehört weder nach Röm. noch nach Canon. Rechte Freiheitsstrafe zu den gesetzlichen Ehescheidungsgründen; allein durch den Gerichtsgebrauch sind theils frühere Gründe abgeschafft, theils andere eingeführt, und zu diesen letzteren gehört auch die entehrende Freiheitsstrafe. Also nicht jede Freiheitsstrafe, und auch nicht allein die lebenslängliche ist als genügender Ehescheidungsgrund zu betrachten; vielmehr liegt das Charakteristische dieses Ehescheidungsgrundes gerade in dem mit gewissen Freiheitsstrafen verbundenen Verluste der bürgerlichen Ehre. Die Kettenstrafe ist nun nach unseren Gesetzen eine entehrende, und es läßt sich als feststehende Praxis annehmen, daß eine 4, 5 bis 6jährige entehrende Freiheitsstrafe zur Begründung der Ehescheidung genüge. Holzschuher Theorie und Praxis I. S. 558; Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Th. 9 Erört. 41; Glück Pand. Bd. 26 S. 460 §. 1268; Böhmer pr. iur. canon. §. 408; Leyser medit. Vol. 5 sp. 315 med. 8.

Der Ehescheidungsgrund ist nicht aus dem vom Beklagten begangenen Verbrechen der Brandstiftung herzuleiten, sondern aus der in Folge desselben erkannten Kettenstrafe von 6 Jahren; es ist demnach irrelevant, ob Klägerin um das fr. Ver-

brechen gewusst oder dasselbe gebilligt hat, und Beklagter würde höchstens, wenn auch die Klägerin zu einer Kettenstrafe verurtheilt wäre, daraus eine Einrede herleiten können \*).

### Trunksucht als Ehescheidungsgrund.

Die Ehefrau Mönckemeyer hatte sich der Trunksucht in so hohem Grade ergeben, daß dieselbe in den Jahren 1859 und 1860 wegen dieses Lasters vier Male mit Gefängniß bestraft und am 2. September 1860 auf die Dauer von 2 Jahren in die Besserungsanstalt zu Bevern aufgenommen wurde. Auf Grund dieser Thatfachen klagte ihr Ehemann im Februar 1862 auf Ehescheidung, event. auf Trennung von Tisch und Bett.

Das Kreisgericht Braunschweig wies am 20. Mai 1862 beide Klagen zurück, und wurde diese Entscheidung am 13. September 1862 von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel bestätigt,

in Erwägung:

daß, wenn auch nach protestantischem Kirchenrechte die Ehescheidung wegen jeder von einem Ehegatten begangenen Verletzung der ehelichen Treue und Pflichten, wenn selbige von solcher Bedeutung erscheint, daß dem andern Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht süßlich zugemuthet werden kann, zulässig sein sollte, wenn hiernach auch eingewurzelte Laster, wie das der Trunksucht, den Umständen nach einen Scheidungsgrund abzugeben vermögen, doch aber die Geltendmachung eines solchen Grundes von der Voraussetzung abhängig zu machen ist, daß zugleich behauptet und nachgewiesen werde, daß nicht allein Gesundheit oder Vermögen des unschuldigen Ehegatten dadurch erheblich gefährdet, sondern auch obrigkeitliche Correctionen vergeblich zur Anwendung gebracht sind, Schott Eherecht S. 321, Wieße Kirchenrecht Bd. 3 S. 421, cf. Allgem. Preussisches Landrecht Bd. 2. Tit. 1. §§. 708—710; Kläger aber in der ebengedachten Richtung die angestellte Klage in keiner Weise substantiirt hat, vielmehr selbst anführt, daß zur Zeit gerichtliche Besserungsmaßregeln gegen die Beklagte in Vollzug gesetzt worden sind, deren Resultat sich noch nicht übersehen läßt.

Die sodann von dem Kläger verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 4. November 1862 zurückgewiesen,

in Erwägung:

daß zur Begründung einer auf gänzliche Trennung der Ehe gerichteten Klage Umstände, welche von den Gesetzen oder dem Gerichtsgebrauche als Ehescheidungsursachen anerkannt sind, vorhanden sein und angeführt werden müssen; zu solchen die Trunksucht des einen Ehegatten zu rechnen ist, wenn dieselbe in einem sehr hohen

\*) Vergl. Seuffert Archiv Bd. 8 Nr. 58. Bd. 11 Nr. 49. Bd. 13 Nr. 37.

Grade sich ausgebildet hat und als unverbesserlich erscheint, auch gerichtliche Besserungs- resp. Wiederausöhnungsmittel — eine zeitweilige Trennung von Tisch und Bett — vergeblich zur Anwendung gebracht sind, Strippelmann Ehescheidungsrecht S. 196; Kläger nun selbst angeführt hat, daß die Beklagte, nachdem die gegen diese wegen Trunkfälligkeit wiederholt erkannten und vollzogenen Gefängnißstrafen ohne Wirkung geblieben sind, durch Erkenntniß des H. Kreisgerichts Braunschweig vom 20. August 1860 zu einer Detention von zwei Jahren in der Correctionsanstalt zu Bevern verurtheilt und dahin am 20. September ej. abgeführt, dieser Zeitraum aber am Tage der Anstellung der Klage noch nicht abgelaufen ist, Kläger daher zuvörderst das Resultat der Detention, welche einer Trennung von Tisch und Bett gleich zu achten ist, abzuwarten hat und ihm, wenn dadurch eine Besserung der Beklagten nicht herbeigeführt sein sollte, unbenommen bleibt, auf den Grund dieser neuen mit Beweismitteln unterstützten Thatsache und der bereits in dieser Klage hervorgehobenen Momente anderweit Klage zu erheben, ohne befürchten zu müssen, daß derselben die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache mit Erfolg entgegengesetzt werden könnte, zumal aus den Entscheidungsgründen der *sententia a qua* hervorgeht, daß eine definitive Zurückweisung der angestellten Klage nicht beabsichtigt worden.

### Trennung der Ehegatten während des Scheidungsprocesses.

Die Ehefrau K. erhob gegen ihren Ehemann eine auf Ehebruch und lebensgefährliche Sävitien gestützte Ehescheidungsklage und bat zugleich, ihr zu gestatten, während der Dauer des Processes von ihrem Ehemanne getrennt zu leben. Das Kreisgericht Braunschweig ertheilte der Klägerin diese Erlaubniß und bestätigte diese Verfügung auf die von dem Beklagten erhobene Vorstellung am 20. October 1862, da nach der von den Gerichten hiesigen Landes stets befolgten Observanz bei Ehescheidungsklagen, namentlich insofern sie auf lebensgefährliche Sävitien gestützt sind, die einstweilige Trennung der Eheleute während der Dauer des Processes ohne besondere Bescheinigung der Trennungsursache stets gestattet, und die Anstellung der Klage unter Angabe genügender Beweismittel als ausreichende Bescheinigung betrachtet sei.

Die vom Beklagten gegen diesen Bescheid verfolgte Berufung wurde von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 4. December 1862 zurückgewiesen,

in Erwägung:

daß, wenn auch in der Regel vor dem Erlasse richterlicher Provisorien in Rechtsstreitigkeiten, vor deren endlicher Entscheidung die Bescheinigung des Rechtsanspruches und der den Antrag auf eine provisorische Verfügung veranlassenden Gefahr gefordert werden mag, dennoch die Bescheinigung, der der von der Klägerin angestellten Ehescheidungsklage untergelegte Grund des Ehebruchs und der Sävitien, wenn solche auch nicht durch den am 10. September d. J. eingetretenen unbenutzten Ablauf der

Frist zur Vernehmung nach §. 92 und §. 120 der Civ. Pr. Ord. als eingeräumt oder wenigstens für nothdürftig zum Zwecke des provisorii am Tage der erhobenen Vorstellung vom 15. October d. J. bescheinigt angesehen werden könnte, die vorläufige Vernehmung der für den Beweis des Klaggrundes selbst vorgeschlagenen Zeugen nicht ohne Bedenken, und bei den durch Eideszuschreibung zu beweisenden Thatsachen eine weitere Bescheinigung sehr schwierig, wenn nicht unthunlich sein würde und daher zur Zeit umsomehr unterlassen werden kann, als die Nachweisung einer besonderen Gefahr, wenn die factischen Gründe der Klage bescheinigt sind, hier nicht erforderlich sein dürfte, und als die während der Dauer des Processes gestattete Trennung der Klägerin von ihrem Ehemanne als die mildeste, in die Rechte des Beklagten am wenigsten eingreifende und für die Integrität der Klägerin und ihrer Rechtsverfolgung fast unabweisbare provisorische Maßregel erscheint, Gönner Proceß Th. 4 Abschn. 79. §. 12. §. 11—15. 33; Linde Proceß §. 334; Strippe mann Ehescheidungsrecht §. 99.

### Aus amtlichen Erlassen.

Rescript H. Obergerichtes zu Wolfenbüttel vom 24. Januar 1863 an das Amtsgericht H., sämmtlichen Gerichten des Landes abschriftlich zur Nachachtung mitgetheilt.

Vom H. Staatsministerium ist uns das Schreiben mitgetheilt, welches H. Amtsgericht H. unterm 18. December v. J. in Bezug auf die vom beeidigten Protokollführer S. daselbst geschehene Ausfertigung beglaubigter Abschrift eines Kirchenbuchs-Extractes an H. Consistorium gerichtet hat, und worin H. Amtsgericht zwar anerkennt, daß den beeidigten Protokollführern an sich die Befugniß zur Beglaubigung anderer Documente, als der von ihnen aufgenommenen Protokolle ohne Weiteres nicht zustehe, eine solche Befugniß auch dem S. Höhern Orts nicht besonders verliehen worden sei, Ges. über die Gerichtsverfassung von 1849 §. 16, gleichwohl erklärt, daß die Praxis bei dem Amtsgerichte H. aus Rücksichten der Förderung des Geschäftsganges über dieses formelle Bedenken bisher sich hinwegzusetzen gepflegt habe.

H. Amtsgericht H. empfängt demnach in Folge H. Ministerial-Rescripts vom 21. d. Mts. die Weisung, solche bisherige den Gesetzen widerstrebende Praxis forderjamst abzustellen und in Zukunft lediglich nach den maßgebenden Vorschriften des Circularrescripts vom 4. Februar 1833 Nr. 4 sich zu achten.

Redaction: Ed. Gotthard u. C. Koch.

Verleger: Eduard Feibrod.

Druck der Hofbuchdruckerei von Eduard Krampe.

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

Inhalt: Das Mahnverfahren im Königreiche Hannover. — Der Inhaber einer Schuldburkunde kann von dem Aussteller derselben nicht verlangen, daß dieser zum Behufe der Sicherung des Beweises der Unterschrift solche anerkenne. — Die Verabredung über ein Ansehen, wobei Schuldner sein Grundstück zur Hypothek einzusetzen sich verpflichtet, muß, um rechtsgiltig zu sein, gerichtlich oder notariell protocollirt werden. — Vergleiche, durch welche jährliche Alimente für ein uneheliches Kind von Seiten des Vaters des letzteren festgesetzt werden, bedürfen der kreisgerichtlichen Zustimmung zur obervormundschaftlichen Genehmigung nicht. — Bei der Compensation verzinslicher und unverzinslicher Forderungen hört der Zinsenlauf im Augenblicke der Coexistenz der Forderungen auf. — Die Forderungen der Landwirthe für verkaufte ländliche Producte, für ländliche Arbeiten und für geleistete Fuhrn verfahren binnen zwei Jahren. — Die Frage, ob die *exceptio quanti minoris* verjährt sei, ist nicht nach den Gesetzen des Klageorts, sondern nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, wo die betr. Obligation ihr Domicil hat. — Die Resultatlosigkeit der Einrede der fehlenden Proceßkosten-Cautio nach der jetzigen Proceßgesetzgebung. — Beweislast beim qualificirten Geständnisse. — Die Nothwendigkeit der Vorlegung der Originale der als Beweismittel angezogenen Urkunden im ersten Verfahren. (Civ. P. Ord. §. 63.) — Gerichtsgebühren in Strafsachen, namentlich Sporteln und Stempel bei kreisgerichtlichen Privatanklagen. — Aus amtlichen Erlassen.

### Das Mahnverfahren im Königreiche Hannover.

In Nr. 12 des vierten Jahrganges dieser Zeitschrift theilten wir den Inhalt des Königl. Hannoverschen Gesetzes vom 27. Juli 1852, betr. das Mahnverfahren für geringe Schuldsachen, mit. Nachdem dieses Gesetz durch die späteren Gesetze vom 31. März 1859 und 1. Mai 1860 einige Abänderungen erfahren hat, und da die Braunschweigischen Advocaten bei Beachtung des S. 64 abgedruckten Circular-Schreibens der Advocaten-Cammer häufig sich in der Lage befinden werden, bei den Königl. Hannoverschen Amtsgerichten Anträge im Mahnverfahren zu stellen, so versäumen wir nicht, unsere frühere Mittheilung ergänzend, dieses mitzutheilen.

1. Das Mahnverfahren findet statt behuf Geltendmachung persönlicher Forderungen, deren in bestimmten Geldsummen oder Quantitäten anderer vertretbaren Sachen bestehender Gegenstand den Werth von 150 Thlr. nicht übersteigt. Das Mahnverfahren findet nicht statt, wenn sich aus dem Vortrage des Antragstellers ergibt, daß die Forderung bestritten sei.

2. Der Gläubiger hat bei dem Amtsgerichte, vor welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, die Erlassung des Zahlungsbefehls zu beantragen\*); er hat, wenn er in diesem Amtsgerichtsbezirke nicht wohnhaft ist, einen Einhängungs-

\*) Der Besitz von „Ringlib Statistische Uebersicht der Eintheilung des Königreichs Hannover 3. Aufl. Hannover 1859“ ist dem vor den Hannoverschen Gerichten practisirenden Advocaten unentbehrlich.

Bevollmächtigten zu benennen. Auf seinen Antrag wird das Amtsgericht ihm einen solchen benennen und bestellen.

3. Der Antrag muß die Bezeichnung des Gläubigers und Schuldners nach Namen, Stand und Wohnort und ferner des Betrages der Forderung unter kurzer Angabe des Verhältnisses, aus welchem dieselbe herrührt, enthalten.

4. Das Amtsgericht erläßt nach Eingang des Antrages den Zahlungsbefehl dahin, daß der genannte Schuldner binnen 14 Tagen bei Vermeidung der Hilfe den Gläubiger wegen der Forderung nebst etwaigen Zinsen und wegen der Proceßkosten befriedige oder binnen derselben Frist Widerspruch erhebe.

5. Wenn nach Ablauf der Frist weder Widerspruch noch Zahlung erfolgt ist, so kann der Gläubiger unter Rückgabe des mit der Behändigungsurkunde versehenen Zahlungsbefehls beantragen, daß derselbe für vollstreckbar erklärt werde. Der Zahlungsbefehl verliert seine Wirkung, wenn seit der Behändigung desselben 6 Monate verstrichen sind, ohne daß der Gläubiger den gedachten Antrag stellte.

6. Auf den Antrag auf Vollstreckbarerklärung hat das Gericht unter dem zurückzugebenden Zahlungsbefehle die sofortige Vollstreckbarerklärung unter Berücksichtigung der neueren Kosten zu verfügen.

7. Auf Grund des dem Gerichtsvoigt vom Gerichtschreiber zu übergebenden vollstreckbaren Zahlungsbefehls hat jener die Execution auszuführen.

8. Der Bevollmächtigte bedarf bei dem Antrage auf Erlaß eines Zahlungsbefehls keiner Vollmacht; wohl aber bei dem Antrage auf Vollstreckbarerklärung. Bei beiden Anträgen sind die Kosten zu verzeichnen; die durch Mitwirkung eines Advocaten entstandenen werden dem Schuldner ebenfalls zur Last gelegt.

9. Erfolgt gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch, so wird das gewöhnliche Proceßverfahren eingeleitet.

10. Der Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls sowie der auf Vollstreckbarerklärung muß, wenn die Forderung 10 Thlr. übersteigt und nicht über 25 Thlr. geht, auf Stempelpapier zu 3 Gr., wenn die Forderung 25 Thlr. übersteigt, auf Stempelpapier zu 4 Gr. geschrieben werden; bei Sachen nicht über 10 Thlr. findet das Stempelpapier keine Anwendung. Auf desfalligen Antrag wird das Amtsgericht das Stempelpapier cassiren.

11. Die Gebühren der Advocaten berechnen sich neben der Copialgebühr zu 2½ Gr. bei dem Antrage sowohl auf Erlaß des Zahlungsbefehls als der Vollstreckbarerklärung also:

bis 5 Thlr. einschließlich . . . . .	7½ Gr.
über 5 Thlr. bis 10 Thlr. einschließlich . . . . .	11 "
über 10 Thlr. bis 20 Thlr. " . . . . .	15 "
über 20 Thlr. bis 30 Thlr. " . . . . .	19 "
über 30 Thlr. bis 50 Thlr. " . . . . .	22½ "
über 50 Thlr. bis 150 Thlr. " . . . . .	26½ "

Die Vollmacht wird berechnet in Sachen bis 10 Thlr. mit 2½ Gr., in Sachen über 10 Thlr. bis 20 Thlr. mit 6 Gr.; in den übrigen Sachen mit 7½ Gr.

### Aus der Praxis.

Der Inhaber einer Schuldburkunde kann von dem Aussteller derselben nicht verlangen, daß dieser zum Behufe der Sicherung des Beweises der Unterschrift solche anerkenne.

Die unverehelichte B. behauptete am 1. März 1848 gegen N. gerichtlich klagend, dieser habe ihr unterm 26. März 1847 das Versprechen gegeben, ihr, wenn sie ihn überleben würde, nach seinem Tode die Summe von 1000 Thlr. auszahlen zu lassen, und habe er ihr darüber einen Revers, mit seinem Namen unterzeichnet, behändigt; und forderte sie, da ihr daran gelegen sein müsse, daß der Revers, dessen Inhalt erst nach dem Tode des Beklagten realisirt werden solle, von dem Beklagten vor Gericht recognoscirt werde. Der Beklagte erklärte diesen Antrag für unzulässig und forderte Abweisung der Klage.

Durch Erkenntniß des Kreisgerichts Braunschweig vom 10. Nov. 1848 wurde die Klage als zulässig angenommen und der Beklagte verurtheilt, sich darüber zu erklären, ob der Revers von ihm ausgestellt worden, aus folgenden

#### Gründen:

Aus noch nicht betagten, oder von einer aufschiebenden Bedingung abhängenden Ansprüchen gestattet das römische Recht zwar keine Klage auf Geltendmachung des Anspruchs selbst, wohl aber Sicherungsanträge, namentlich auf die Cautionsleistung, gerichtliche Einweisung und Separation im Concurse. Der auf Bewahrheitung des durch Annahme der Handschrift des Beklagten vom 26. März 1847 mit dem Beklagten geschlossenen Vertrags gerichtete Klagantrag stellt sich nun aber als ein Antrag auf Sicherung eines bedingten Anspruchs dar und erscheint insbesondere in der Rücksicht zulässig, als zur Erörterung des Daseins eines Vertrags oder andern Rechtsverhältnisses schon bei jeder Verhandlung über einen der ebengedachten im römischen Rechte besonders gestatteten Sicherungsanträge Veranlassung gegeben wird, als mit- hin der Schluß vom Mehrern auf das Mindere eintritt. G. P. v. Bülow römisch rechtliche Abhandlungen Thl. 1 Nr. 18. Wichtig ist zwar, was Beklagter behauptet, daß die Klägerin noch keine Klage auf Erfüllung des angeblichen Vertrages als eines bedingten habe, ihr auch noch kein Antrag auf vorläufige Erörterung und Anerkennung der Verbindlichkeit des Beklagten zustehe. Allein der Gegenstand des Antrags der Klägerin ist nicht sowohl dies, als vielmehr eine Sicherungsmaßregel, Feststellung nämlich des Umstandes, daß Beklagter den behaupteten Vertrag geschlossen und namentlich die abschriftlich mit der Klagschrift eingereichte Handschrift ausgestellt habe. Insoweit für diesen zulässigen Zweck eine Erörterung des fr. Vertrags und der Verbindlichkeit des Beklagten (ohne jedoch darüber etwas rechtskräftig festzustellen) nöthig wäre, so weit müßte auch wohl diese Erörterung als Mittel zum Zwecke zulässig sein; für den Antrag der Klägerin genügt inzwischen — gleichwie bei einem Arrestantrage nur eine Bescheinigung der Forderung vorzuliegen braucht, und gleichwie eine Beweisantretung nur möglicher Weise erheblich zu sein braucht, — der allerdings vorhandene Anschein, daß Klägerin aus der angenommenen Handschrift

als aus einem Erbvertrage demnächst Ansprüche erheben dürfe. Die fernere Bestreitung des Rechtsgrundes der Klage (oder vielmehr der Wirksamkeit der fr. Handschrift) erledigt sich dadurch, daß, wie so eben gedacht, schon einige Wahrscheinlichkeit genügen muß; und die ferner in der Vernehmlassung geschehene Bezugnahme auf den Widerruf des Beklagten und die Entfagung der Klägerin enthalten Einreden, welche gegen die Geltendmachung der fr. Handschrift gerichtet und hier unerheblich sind, da jene Handschrift noch nicht geltend gemacht wird.

Auf die gegen dieses Erkenntniß verfolgte Berufung wurde dasselbe von dem vormal. Oberlandesgerichte zu Wolfenbüttel am 12. Juli 1849 aufgehoben und Klägerin mit der angebrachten Klage zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Das *iudicium a quo* hat den mittelst einer Klage geltend gemachten Antrag der Klägerin aus dem Grunde für statthaft erkannt, weil derselbe nicht schon die Geltendmachung eines betagten oder bedingten Rechts in sich schließe, sondern nur Sicherung eines solchen Rechts bezwecke, und ein derartiger Antrag den Gesetzen nach aus einem rechtmäßigen Grunde zulässig sei. — Die Richtigkeit dieses letztern, in L. 41 D. de iudiciis gegründeten Rechtsatzes läßt sich nun zwar nicht bestreiten, allein er ist im vorliegenden Falle nicht zutreffend. Es handelt sich im gegenwärtigen Prozesse nicht um Sicherstellung einer an sich zuständigen, aber nur noch zur Zeit nicht einklagbaren Forderung aus einem angeführten und bescheinigten Grunde, der die Vereitelung des zuständigen Anspruchs bis zu dessen demnächstiger Realisirung besorgen ließe, sondern um die Zuständigkeit der Forderung selbst und deren Anerkennung Seitens des Beklagten. Die von der Klägerin angestellte Klage ist offenbar nur auf Anerkennung eines ihr vermeintlich zuständigen zukünftigen Rechts gegen einen Gegner, der ihr für seine Person zu Nichts verpflichtet ist, oder, was auf Eins herausläuft, auf Anerkennung einer dasselbe vermeintlich begründenden Urkunde, nicht aber auf einen bestimmten Zweck außerhalb desselben, nicht auf Sicherstellung wegen dieses Rechts, weil ihr ein solches zuständig ist, und noch weniger gegen den demnächst Verpflichteten gerichtet. Eine darauf gerichtete Klage ist aber, wie das *iudicium a quo* selbst anerkannt, und auch den Gesetzen nach, L. 27 D. de O. et A. 44. 7, L. 35 D. de iudiciis 5. 1, keinen Zweifel leidet, unzulässig, da eine persönliche Klage ihrer Natur nach, L. 25 pr. D. de O. et A., nicht die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses, sondern nur auf Grundlage eines solchen eine Leistung zum Gegenstande haben und auch nur gegen denjenigen gerichtet werden kann, der persönlich uns verpflichtet ist, etwas zu thun oder zu geben, und die auf v. Bülow in dessen Abhandlungen l. c. gestützte Annahme in der *sententia a qua*, daß die Erörterung und gerichtliche Feststellung der Existenz eines erst künftig verfolgbaren Rechts als ein, unabhängig von dem Antrage auf Cautionsleistung, Immission oder Separation, für sich bestehendes und zu diesem als das Mindere zum Mehreren sich verhaltendes Sicherungsmittel zu betrachten sei, offenbar unrichtig, indem der Antrag auf Anerkennung des Rechts selbst sich zu dem Antrage auf Cautionsleistung zc.

nicht wie das Minus zum Plus verhält, sondern ein ganz anderer ist und es auf eine solche Anerkennung keinen rechtlichen, mittelst einer selbstständigen Klage geltend zu machenden Anspruch giebt.

Da nun auch sonst kein rechtlicher Grund vorliegt, der den Beklagten außer im Beweisverfahren zur gerichtlichen Anerkennung der mit der Klage producirten schriftlichen Erklärung verpflichten könnte, indem sich Klägerin mit derselben, wie sie ihr ertheilt und behündigt ist, begnügt, Beklagter sich zu einem Mehreren weder in solcher noch auch sonst verpflichtet hat, und auch in der in der fr. Urkunde enthaltenen Auslobung selbst, ohne deren vorangegangene Anerkennung, ein Grund dazu nicht gefunden werden kann, außer einem solchen speciellen Verpflichtungsgrunde aber Niemand gehalten ist, seinem Gegner ein besseres Beweismittel, als er bereits besitzt, gegen sich selbst oder seine Erben zu verschaffen, so erscheint die Beschwerde des Appellanten begründet.

---

**Die Verabredung über ein Anlehen, wobei Schuldner sein Grundstück zur Hypothek einzusetzen sich verpflichtet, muß, um rechtsgültig zu sein, gerichtlich oder notariell protocollirt werden.**

Im März 1861 verabredeten H. und der Gastwirth R. zu Braunschweig, daß jener aus dem Vermögen seines Mündels gegen gerichtliche Verpfändung des R.'schen Grundstückes, halbjährliche Kündigung und 4½ Procent jährlicher Zinsen dem Gastwirth R. 4000 Thlr. darlehnsweise zahlen wolle, und wurde dabei stipulirt, daß, wenn der Vormund von Seiten der Obervormundschaft dazu die Autorisation erhalten haben werde, von jener Summe 3800 Thlr. erga iura cedenda an denjenigen gezahlt werden sollten, dem wegen solcher Summe jenes Grundstück zur ersten Hypothek eingesetzt sei und der dieses Capital gekündigt habe. Nachdem die Autorisation erfolgt war, erklärte sich H. zur Zahlung bereit; R. aber hatte mittlerweile das Capital anderweit beschafft und lehnte die Annahme ab. Der Vormund H., der seit dem Tage, an welchem er dem Gastwirth R. gegenüber sich zur Realisirung des Anlehngeschäfts bereit erklärte, das Capital beim Leihhause zu 2½ Procent zinsbar belegt hatte, forderte nun klagend gegen R. Ersatz der Zinsen, welche er von jenem Tage ab bisher weniger gezogen habe, als er bei Realisirung des Geschäfts würde erlangt haben.

Durch Erkenntniß des Stadtgerichts Braunschweig vom 27. Juni 1862 wurde die Klage zurückgewiesen, weil die behauptete Vereinbarung der Parteien sich nur als eine vorläufige, beim Mangel einer gerichtlichen oder notariellen Verlautbarung nicht wirksame Verhandlung herausstelle.

Die vom Kläger verfolgte Berufung wurde durch Erkenntniß des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 19. November 1862 zurückgewiesen,

in Erwägung:

daß das in Rede stehende Darlehngeschäft und Zinsenversprechen nur für den Fall

und unter der Bedingung der Hypothekbestellung an den Grundstücken des Beklagten in's Leben treten und für den Beklagten Verbindlichkeiten begründen sollten, diese also von dem Erwerbe des erwähnten dinglichen Rechts seitens des Klägers abhängig gemacht waren, und damit im unzertrennbaren Zusammenhange standen,

daß zu dem Erwerbe solchen Rechts, mithin zur Begründung einer Verbindlichkeit des Beklagten, aus den Darlehnsberedungen und Zinsversprechen zu haften, die Beobachtung der nicht berücksichtigten im §. 1 des Gesetzes vom 19. März 1850 No. 22 vorgeschriebenen Förmlichkeiten erforderlich gewesen wäre,

daß wegen Unterlassung der bezeichneten Formalitäten dem Kläger wie in der *sententia a qua* richtig entschieden worden, ein Klagrecht aus den zwischen ihm und Beklagten stattgehabten Darlehnsverhandlungen nicht erwachsen ist, daß wegen mangelnden Klagrechts auch die erhobene Berufung als unbegründet zurückgewiesen werden muß.

Der Kläger verfolgte die Nichtigkeitsbeschwerde, welche von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 6. Februar 1863 verworfen wurde aus folgenden

#### Gründen:

Das Gesetz vom 19. März 1850, die Erwerbung dinglicher Rechte an Grundstücken betr., hat den doppelten Zweck, nicht allein die Staatsangehörigen bei den Dispositionen über ihr Grundeigenthum vor den Nachtheilen mangelhafter Gesetzkennntniß und übereilter Willenserklärungen nach Möglichkeit zu schützen, sondern auch die Rechtsverhältnisse des im Staatsgebiete liegenden Grundvermögens stets im Klaren zu erhalten und dadurch Rechtsficherheit wie Credit zu befördern. Beides würde vereitelt werden, wenn man die Bestimmung im § 1: „daß Verträge über dingliche Rechte an Grundstücken oder Grundgerechtfamen nichtig sein sollen, wenn sie nicht vor Gericht oder vor Notar und Zeugen aufgenommen und geschlossen sind“, auf Verträge, wodurch der Erwerb eines dinglichen Rechtes an Grundstücken bewirkt wird, beschränken und nicht auf Verträge, wodurch dieser Erwerb vorbereitet werden soll, anwenden wollte. Daß vielmehr der Gesetzgeber durch jene Bestimmung beide Arten von Verträgen treffen wollte, geht auch aus der Allgemeinheit des Ausdruckes Verträge über dingliche Rechte zc. hervor.

Wenn gleich nun nach heutigem Rechte das einfache *pactum de mutuo dando*, welches den eigentlichen Darlehnscontract vorbereiten soll, vollkommen Rechtsgiltigkeit hat und Klage wie Einrede erzeugt, so fällt doch auch dieser präparatorische Vertrag unter das beregte Landesgesetz, sobald derselbe, wie im vorliegenden Falle, der Zusage eines künftigen Darlehns das Versprechen einer Hypothekbestellung als Gegenleistung gegenüber stellt. Mit Recht haben die Erkenntnisse beider Instanzen angenommen, daß dieses Versprechen mit jener Zusage in unzertrennlicher Verbindung stehe und daß deshalb dem Kläger, welcher ohne die gesetzliche Vertragsform selbst durch die wirkliche Hingabe des Darlehns ein klagbares Recht auf die Bestellung der zugesagten Hypothek nicht erworben haben würde, ein Klagerecht auf Erfüllung des präparatorischen Vertrages oder Entschädigung nur unter der

— nicht vorhandenen — Voraussetzung der vor Gericht oder vor Notar und Zeugen erfolgten Aufnahme des Vertrages einzuräumen stehe.

Der Kläger wendet ein, daß es sich im Fragefalle nicht um Constituirung einer neuen, sondern um die Cession einer bereits constituirten Hypothek handle, auf welche das Gesetz vom 19. März 1850 nicht angewendet werden könne. Abgesehen davon, daß von einer Cession der B.'schen Forderung und der solcher anklebenden Hypothek nicht die Rede sein könnte, wenn der Verklagte, wie in der Klageschrift angegeben ist, das zugesagte Darlehn zur Tilgung jener Forderung verwenden sollte, weil durch die Zahlung Forderung und Hypothek erloschen sein würde, ist jene Behauptung thatsächlich unrichtig.

Denn die zur Sicherung der B.'schen Forderung constituirte Hypothek deckte keineswegs die ganze eventuelle Forderung des Klägers, es wäre vielmehr zur Sicherung sowohl des überschießenden Betrages, als des erhöhten Zinsfußes die Constituirung einer anderweiten Hypothek nothwendig geworden. Daß der Kläger hierauf habe verzichten wollen, constirt weder, noch war es zulässig, weil der Klageschrift zufolge das fragliche Darlehn nicht aus des Klägers eigenem Vermögen, sondern aus dem Vermögen seines Pupillen gezahlt werden sollte, folglich seinem ganzen Umfange nach durch Hypotheken gesichert werden mußte. Nimmt man daher auch an, daß der Verklagte für den Betrag der B.'schen Forderung zu dem Kläger in das Verhältniß des debitor cessus zum Cessionar habe treten sollen, so bedarf es unter diesen Umständen doch einer Untersuchung der Frage, ob auch der durch Cession vermittelte Erwerb einer bereits constituirten Hypothek der durch das beregte Landesgesetz vorgeschriebenen Vertragsform erheische, nicht weiter.

Hiernach erscheint der dem Appellations-Richter gemachte zweifache Vorwurf der Gesetzverletzung und des Uebersehens actenmäßiger Thatfachen gleich ungegründet.

**Vergleiche, durch welche jährliche Alimente für ein uneheliches Kind von Seiten des Vaters des letzteren festgesetzt werden, bedürfen der kreisgerichtlichen Zustimmung zur obervormundschaftlichen Genehmigung nicht.**

Für das Kind der unverehelichten Bischoff zu Thedinghausen hatte sich dessen Vater zur Zahlung von jährlich 14 Thlr. im Wege der Güte verpflichtet, und das Amtsgericht die kreisgerichtliche Zustimmung zu der obervormundschaftlichen Genehmigung dieses Vergleichs beantragt. Das Kreisgericht Braunschweig rescribirte am 24. Januar 1863, daß es solcher Zustimmung nach den bestehenden Gesetzen nicht bedürfe. Nachdem sodann das Amtsgericht die Acten dem Obergerichte zu Wolfenbüttel eingesandt hatte, rescribirte letzteres am 14. Febr. 1863:

daß, da die zur obervormundschaftlichen Cognition verstellten Vergleiche den Alimentationsanspruch der unehelichen Kinder an ihren vermuthlichen Vater nicht selbst betreffen, solcher Anspruch nicht etwa gegen Zahlung einer Aversionalsumme

aufgehoben, vielmehr, als bestehend und bestehen bleibend vorausgesetzt, lediglich das Maß der jährlichen Alimenterbeiträge vergleichsweise festgestellt worden ist,

die kreisgerichtliche Genehmigung der eingegangenen Vergleiche nicht erforderlich erscheine und die weitere Verfügung lediglich zu dem Ermessen des H. Amtsgerichts verstellt bleiben müsse.

---

**Bei der Compensation verzinslicher und unverzinslicher Forderungen hört der Zinsenlauf im Augenblicke der Coexistenz der Forderungen auf \*).**

In der Processsache Zimmer w. Gräffner hat sich das Obergericht zu Wolfenbüttel am 2. October 1862 dahin ausgesprochen:

Klägerin bestreitet nicht, daß die von ihr im J. 1858 vereinnahmten 536 Thlr. zur Compensation gegen ihre verzinsliche Forderung von 1162 Thlr. zu bringen seien. Der Zeitpunkt der Compensation wird in L. 11 D. de comp. 16. 2; L. 4 C. eod. 4. 31; L. 7 C. de solut. 8. 43 auf die Weise bestimmt, daß er im Augenblicke der Coexistenz der Forderungen eintritt, wobei als nothwendige Folge festgestellt wird, daß der Zinsenlauf bei der verzinslichen Forderung aufhört, wann und soweit ihr eine wenngleich unverzinsliche Forderung gegenüber getreten ist. Es wird dadurch nicht eine unverzinsliche Forderung zu einer zinstragenden gemacht, sondern der Zinsenlauf der verzinslichen Forderung hört auf, insoweit sie als per compensationem getilgt angesehen werden muß.

---

**Die Forderungen der Landwirthe für verkaufte ländliche Producte, für ländliche Arbeiten und für geleistete Fuhren verjähren binnen zwei Jahren.**

In der Processsache des Rothsaßen Grobe in Wendeburg wider Becker hat das Obergericht zu Wolfenbüttel am 4. September 1862 erkannt:

Insofern Landwirthe die Erträgnisse ihrer Wirthschaft verkaufen, insofern sie für Andere ländliche Arbeiten, z. B. Umpflügen von Ackerland, verrichten, und insofern sie mit ihrem Gespanne für andere Landbewohner Fuhren (Holz-, Dünger-, Aerntefuhren) verrichten, stehen sie im Sinne des Verjährungsgesetzes vom 3. Juli 1853 den Gewerbetreibenden gleich, deren Forderungen für Waaren und Arbeiten nach Nr. 1 und an Fuhrlohn nach Nr. 4 §. 2 leg. cit. in 2 Jahren verjähren.

---

**Die Frage, ob die exceptio quanti minoris verjährt sei, ist nicht nach den Gesetzen des Klageorts, sondern nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, wo die betr. Obligation ihr Domicil hat.**

Am 18. Novbr. 1859 kaufte der Ackermann Schaare in Groß-Zwülpfstedt,

\*) S. Zeitschrift I. S. 31; VII. S. 89.

derzeit Gastwirth in Tundersleben (im Preussischen), von dem Gastwirth Hobohm in Eichenbarleben (im Preussischen) ein Pferd für 55 Thlr. und eins für 24 Thlr., erhielt beide Pferde überliefert und stellte einen Schuldschein aus, in welchem er den Gesamtkaufspreis zu 79 Thlr. am 8. Januar 1860 zu zahlen versprach. Als Zahlung nicht erfolgte, verklagte Hobohm am 8. Mai 1860 den inzwischen nach Groß-Twülpstedt (im Braunschweigischen) übergestedelten Schaare bei dem Kreisgerichte Helmstedt auf Bezahlung des Kaufpreises. Beklagter behauptete einredend, daß das erstere Pferd an Stätigkeit leide, bereits zur Zeit des Contractsabschlusses an diesem Fehler gelitten habe und deshalb einen Minderwerth von 40 Thlr. habe. Kläger replicirte, daß nach dem anzuwendenden Preussischen Rechte diese Einrede verjährt sei.

Das Kreisgericht Helmstedt erkannte am 11. Juli 1861 auf den Beweis der Einrede der Stätigkeit des Pferdes und verwarf die Replik der Verjährung, da, wenn auch die formelle Giltigkeit und selbst die rechtliche Wirksamkeit des zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Rechtsgeschäfts nach dem Preussischen Rechte zu beurtheilen sein sollte, die vorgeschützte Verjährung eine Extinctiv-Verjährung sei, welche mit dem Entstehungsgrunde der Klage nicht in Verbindung stehe, und daher nach den Gesetzen des Klageorts zu beurtheilen sei. Mühlbruch Pand. Th. I. §. 73; Weber natürl. Verbindlichkeit §. 95.

In der Berufungsinstanz verurtheilte das Obergericht zu Wolfenbüttel am 22. Februar 1862 den Beklagten zur Zahlung der geklagten 79 Thlr. nebst Verzugszinsen seit dem 8. Januar 1860 unter Verwerfung der nach Preussischem Rechte verjährten Einrede der Stätigkeit,

in Erwägung:

daß nach dem zu Tundersleben ausgestellten Schuldscheine vom 18. Novbr. 1859 der Kaufcontract nicht nur in dem Gebiete des K. Preussischen Staates geschlossen, sondern auch von Seiten des Klägers durch Uebergabe der verkauften Pferde vollzogen worden, und daher, da die beiderseitige Erfüllung Zug um Zug geschehen mußte, die ertheilte Zahlungsfrist aber, ohne daß etwas darüber verabredet worden, was im Fragefalle nicht geschehen, auf den Erfüllungsort keinen Einfluß hat, auch der Beklagte seinerseits das obligatorische Verhältniß in den K. Preussischen Staaten zu erfüllen hat;

daß die aus Verträgen entstehenden obligatorischen Verhältnisse nach dem örtlichen Rechte des Gerichtsstandes und des Sitzes der bestehenden Obligation zu beurtheilen sind; beide, Gerichtsstand und Sitz der Obligation, sich aber da befinden, wo letztere zu erfüllen, gewiß aber da, wo sie entstanden und zu erfüllen ist, und die Meinung derer, daß die Gesetze des Orts der aus der Obligation erhobenen Klage darauf anzuwenden seien, durch die neuere, die obige Ansicht adoptirende Doctrin und Praxis der Gerichte verlassen und aufgegeben worden,

v. Savigny System Th. 8 S. 206. 207. 208. 210. 246—248; Wächter im Archiv für civilist. Praxis Th. 25 S. 1—66. S. 389—408; v. Keller Pand. S. 18—23; Seuffert Archiv Th. 2 Nr. 119. Th. 8 Nr. 7. 2. Th. 12

Nr. 334 S. 447. Th. 13 Nr. 5 (insbesondere auch die hier angeführte Literatur). Th. 14 Nr. 108;

daß insbesondere auch die Behauptung der Einredenverjährung, welche von dem Kläger gegen die vom Beklagten aus dem ädilitischen Edicte hergeleitete *exceptio quanti minoris* vorgebracht worden, ebenfalls nach dem örtlichen Rechte des Gerichtsstandes und des Sitzes der zwischen den Parteien hinsichtlich der geklagten Kaufgelder bestehenden Obligation zu beurtheilen ist, indem die Einredenverjährung als eine das Recht der Parteien selbst betreffende und mit dem Entstehungsgrunde des Rechts in Verbindung stehende, lediglich dem willkürlichen Gebrauche der Parteien überlassene Thatsache, nicht aber als eine den Processgang regelnde und den Richter zwingende Processvorschrift erscheint;

v. Savigny l. c. S. 273 fg.; Wächter l. c. S. 408—412; Seuffert Archiv Th. 2 Nr. 120. Th. 8 Nr. 7. 2. Th. 12 Nr. 334 S. 447. Th. 13 Nr. 5. Th. 14 Nr. 108;

daß die dem Käufer einer Sache, namentlich auch eines Thieres, aus den bei dem Verkaufe vorhanden gewesenen, die Brauchbarkeit beschränkenden Mängeln entspringenden Rechte auf Herabsetzung des bedungenen Kaufpreises sowohl klageweise, als einredenweise, dieses der Klage auf Bezahlung des Kaufpreises gegenüber, geltend gemacht werden können, v. Keller Pand. S. 629 Nr. 4;

daß indessen die desfallige Klage und Einrede an dieselbe von der Uebergabe der verkauften Sache an zu rechnende Verjährungsfrist gebunden sind, und jenes Recht als Einrede benutzt keineswegs unverjährbar ist, Unterholzner Verjährungslehre ed. Schirmer Th. 2 S. 158; v. Keller l. c. und S. 92 S. 182 u. 183;

daß auch begreiflicher Weise die Verjährung gedachter Einrede nicht durch die Erhebung der Klage auf Bezahlung des Kaufgeldes unterbrochen werden kann, sondern davon ganz unabhängig ihren begonnenen Lauf fortsetzt, v. Keller l. c. S. 92;

daß aber nach dem den obigen Grundsätzen zufolge im Fragefalle zur Anwendung kommenden, in dem K. Preussischen Staate geltigen Rechte die *actio*, wie die *exceptio quanti minoris*, da es sich um Mängel einer beweglichen Sache handelt, an eine sechsmonatige Frist gebunden ist, Allg. Landrecht für die K. Preuß. Staaten Th. 1. Tit. 5 S. 343;

daß mithin, da die Uebergabe der fr. Pferde an den Beklagten gleich bei Abschluß des Kaufgeschäfts am 18. Novbr. 1859 stattgefunden hat, die von demselben erst am 16. Juni 1860 vorgeschützte Einrede bereits verjährt, also wirkungslos geworden war; mithin bei dem Wegfalle der *exceptio quanti minoris* die Klage wie begründet, so auch völlig liquide ist, so daß eine sofortige Verurtheilung des Beklagten auf die gesammte geklagte Summe nebst Verzugszinsen stattfinden darf;

daß freilich der Kläger selber jene Verurtheilung des Beklagten noch von dem Beweise, daß dieser zur Zeit des Kaufes und der Uebergabe der Pferde sein Domicil zu Tundersleben im K. Preuß. Staate gehabt, abhängig machen will; ein solcher Beweis aber völlig überflüssig ist, indem im Fragefalle, wie oben angegeben, nicht das Domicil des Beklagten, sondern das der Obligation entscheidend ist,

v. Savigny System Th. 8 S. 247 Nr. 3 u. 4, und es im richterlichen Officio liegt, zweck- und wirkungslose Processweiterungen abzuschneiden, wenn dadurch die Parteien, wie im Fragefalle, in ihren Interessen nicht verletzt werden können.

### Die Resultatlosigkeit der Einrede der fehlenden Processkosten-Caution nach der jetzigen Processgesetzgebung \*).

In der Processsache Matermann wider Rudolph wegen Forderung opponirte Beklagte unter Andern die Einrede der fehlenden Sicherheit für die Processkosten. Nach verhandelter Sache erkannte am 6. Februar 1861 das Stadtgericht Wolfenbüttel, daß Kläger vor weiterer Fortsetzung des Processes, insonderheit binnen 14 Tagen bei Strafe der Zurückweisung der Klage der Beklagten eine reelle Kostencautio im Betrage von 12 Thlr. zu bestellen habe. Zugleich wurde in der Sache selbst auf Beweis erkannt. Die Beklagte verfolgte Berufung und beantragte in dem Verhandlungstermine vor dem Kreisgerichte, den Anwalt des Klägers zur Verhandlung auf die Rechtfertigung der Berufung nicht zuzulassen, weil die rechtskräftig erkannte Kostencautio vom Kläger nicht bestellt sei. Das Kreisgericht Wolfenbüttel wies in dem Erkenntnisse vom 4. April 1861, und nachdem Beklagte die Nichtigkeitsbeschwerde verfolgt hatte, auch der Cassationshof zu Wolfenbüttel in dem Erkenntnisse vom 17. September 1861 diesen Antrag zurück aus folgenden

#### Gründen:

Durch die dem Kläger im Erkenntnisse erster Instanz gemachte Auflage, vor Fortsetzung des Processes eine Caution für die Processkosten zu bestellen, ist, so lange nicht in erster Instanz das angedrohte Präjudiz realisirt worden, dessen Recht, über die von der Beklagten eingewandte Berufung Gehör zu verlangen, in keiner Weise alterirt worden. In zweiter Instanz erscheint die Beklagte als angreifender und den Proceß fortsetzender Theil, gegen welchen der Kläger sich vertheidigte und nach §. 226 u. 227 der Civ. Pr. Ord. wie geschehen gehört werden mußte.

Nachdem so der Proceß in drei Instanzen verhandelt, der Beklagten nicht unerhebliche Kosten verursacht und die Acten an die erste Instanz zurückgelangt waren, bestellte Kläger die Kostencautio nicht und wurde deshalb die Klage zurückgewiesen. Somit war in diesem Falle das der Beklagten gesetzlich zustehende Recht, durch die Einrede der fehlenden Kostencautio unbegründete, vielleicht chicanöse Angriffe eines vermögenslosen Klägers von sich abzuwenden, rein illusorisch geworden, — ein Resultat, welches, da ähnliche Fälle sich leider in der Praxis sehr oft wiederholen, der Beachtung von Seiten der Processgesetzgebung zu empfehlen sein dürfte.

\*) S. Zeitschrift VII. S. 17.

### Beweislast beim qualificirten Geständnisse \*).

Die Handlung Rosenbaum verklagte den Buchbinder Boffe auf Bezahlung des Kaufpreises für gekauftes und geliefertes Papier. Der Beklagte entgegnete: er habe 14pfündiges Papier bestellt, aber 11pfündiges erhalten; und habe ferner weißes Postpapier bestellt, aber blaues erhalten. Das Kreisgericht Wolfenbüttel legte am 23. April 1862 dem Beklagten den Beweis dieser als Einreden zu betrachtenden Behauptungen auf, und bestätigte das Obergericht zu Wolfenbüttel am 19. Juni 1862 diese Entscheidung aus folgenden

#### Gründen:

Wenn ein auf Zahlung des Kaufpreises belangter Käufer bei Bestreitung seiner Verpflichtung das Fehlen gewisser Eigenschaften des Kaufobjects geltend macht, so kann hierin eine negative Litiscontestation nach deren Begriff nur dann gefunden werden, wenn entweder der Kläger ausdrücklich die vermifften Eigenschaften als bedungen behauptet hat, oder aber wenn sie als stillschweigend mitbehauptet anzusehende nothwendige Qualitäten des Kaufgegenstandes sind. Verlangt dagegen der Beklagte mit Berufung auf ein specielles dictum promissum die Leistung von Eigenschaften des Kaufgegenstandes, welche weder vom Kläger erwähnt sind, noch zu einer vollständigen Substantiirung der Klage in Rücksicht auf das Klagobject erforderlich erscheinen, so gestaltet sich das Vorbringen zu einer eigentlichen Einrede, cf. Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Hamburger Rechtsfachen Bd. II. Nr. 66 S. 559; Kletke Sammlung von Präjudizien in Handelsfachen Nr. 894; Treitschke der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel §. 82; Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung §. 27; und der Beklagte kann sich der Verpflichtung nicht entziehen, die vertragsmäßige besondere Zusicherung, welche er behauptet, zu beweisen.

### Die Nothwendigkeit der Vorlegung der Originale der als Beweismittel angezogenen Urkunden im ersten Verfahren. (Civ. Pr. Ord. §. 63.)

Die Ehefrau Voß geb. Bührig klagte als Erbin ihrer Mutter, der weil. Ehefrau Bührig geb. Bornthal, gegen den Bäcker Horenburg eine Darlehnsforderung ein, und bezog sich behuf ihrer Legitimation als Erbin ihrer Mutter auf ein vor dem Stadtgerichte Braunschweig publicirtes solennes Privat testament der Letzteren, indem sie mit der Klagschrift eine beglaubte Abschrift dieses Testaments und des Publications-Protocolls producirte. Der Beklagte bestritt die Erbwerdung auf Grund des Testaments unter Andern deshalb, weil die 7 Zeugen nicht rogirt seien, weil die unitas actus bei der Testaments-Errichtung nicht beobachtet, auch Notherben übergegangen seien.

\*) S. Zeitschrift I. S. 77. IX. S. 142. 213.

Die Klage wurde in der Berufungsinstanz von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 7. Juli 1862 angebrachter Maßen abgewiesen aus folgenden Gründen:

Um den zur Activlegitimation erforderlichen Beweis zu führen, daß die Ehefrau Bührig so testirt habe, wie in der Klage angegeben ist, hat sich Klägerin allein auf das Original der letztwilligen Verfügung vom 9. December 1859 berufen. Beklagter hat dagegen in der Vernehmlassung geläugnet, daß die Klägerin, wie angegeben, zur Universalerin eingesetzt sei und dabei erklärt, daß er das zum Beweise in Bezug genommene Original des Testaments nicht anerkenne. Eine Beibringung des Originals zu den Gerichtsacten hat weder bei der Replik noch überhaupt stattgefunden, vielmehr hat es Klägerin bei Annectirung einer Abschrift an die Klage, welche freilich mit einer stadtgerichtlichen Beglaubigungsclausel versehen ist, bewenden lassen. Beklagter macht hingegen geltend, daß gegen §. 63 der Civ. Pr. Ord. gefehlt sei, nach welcher bei seinem Läugnen das Original mit der Replik hätte zu den Gerichtsacten überreicht werden müssen.

Was zunächst die unter der beigebrachten Abschrift befindliche Beglaubigungsclausel betrifft, so kann dieselbe natürlich nicht das Document zu einem Originale machen, dessen Beibringung die Civ. Pr. Ord. ausdrücklich verlangt. Außerdem aber auch kann man der beglaubigten Abschrift hier den Werth des Originals um so weniger beilegen, weil es sich um die Copie eines solennen, angeblich vor 7 Zeugen errichteten Privattestaments handelt, bei welchem die Constatirung der Echtheit außerhalb der Absicht und Zuständigkeit des bei der Beglaubigung lediglich als Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelnden Stadtgerichts lag, so daß die Beglaubigung wohl den vor H. Stadtgerichte ergangenen Publicationsact beweisslich attestiren, nie aber die beigegebene Abschrift der letztwilligen Verfügung mit einer Glaubwürdigkeit versehen konnte, welche in contradictorio die Vorlegung des Originals zu ersetzen vermöchte. Daß hiernach gegen die angegebene Processvorschrift gefehlt sei, liegt klar vor, hat von der Klägerin auch nicht bestritten werden können; die Ausrede aber, daß eine laxer Praxis die unzweifelhaft lautende Processvorschrift verlassen habe, verdient begreiflicher Weise keine Beachtung. Was die Folge der stattgehabten Unterlassung betrifft, so ist Folgendes hervorzuheben:

Die in §. 63 der Civ. Pr. Ord. enthaltene Vorschrift, nach welcher bei beabsichtigtem Urkundenbeweise neben der der Gegenpartei zuzustellenden Abschrift die Originale der zum Beweise zu benutzenden Documente mit der Replik, beziehungsweise der Duplik dem Gerichte übergeben werden sollen, wenn die Thatfachen, deren Beweis durch sie intendirt wird, geläugnet wurden, enthält eine Fristbestimmung für eine behuf Führung des Urkundenbeweises nothwendige Parteihandlung. Diese Vorschrift steht auf völlig gleicher Stufe mit den in §§. 61. 62 enthaltenen Bestimmungen über Angabe der Beweismittel, und wenn in jenen einzelnen Gesetzparagraphen hier auch kein Präjudiz für die Unterlassungen der Parteien ausgesprochen ist, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die in §. 120 der Civ. Pr. Ord. enthaltene allgemeine Vorschrift: „Die Versäumniß der zur Vor-

nahme einer bestimmten Handlung bestimmten Fristen oder Gerichtstage hat ohne Weiteres den Verlust des Rechts zur Vornahme der Handlung zur Folge," Anwendung finden muß. Die Vorschrift des §. 63 hängt auf das Innigste mit dem durch die Civ. Pr. Ord. eingeführten Beweisysteme zusammen, nach welchem die in dem älteren Proceffe von der Beweisantretung bis zur Beweisaufnahme vorkommenden Handlungen mit dem, dem ersten Erkenntniße vorangehenden Verfahren verbunden und namentlich auch etwaige Beweiseinreden — mit alleiniger Ausnahme von Einwendungen gegen Auskunftspersonen im kreisgerichtlichen ordentlichen Verfahren (§. 194 der Civ. Pr. Ord.) — vor dem ersten Erkenntniße instruiert werden sollen. Die Civ. Pr. Ord. gestattet für Anbringung von Beweiseinreden bei Urkunden nach dem ersten Erkenntniße keinen Raum, und es ist eine sehr wesentliche Vorschrift für die ganze Processleitung, daß dem Producten Gelegenheit gegeben wird, die zu benutzenden Urkunden nach Inhalt und Form vor dem ersten Erkenntniße kennen zu lernen und danach seine Vertheidigung einzurichten, welche sehr wesentlich beeinträchtigt wird, wenn ihm die zeitige Einsicht behuf Formirung von Beweiseinreden oder genügenden etwaigen Beweisanträgen, cfr. §. 182 der Civ. Pr. Ord., nicht gestattet ist. Da Klägerin zum Beweise der in Rede stehenden letztwilligen Verfügung andere Beweismittel, als die präcludirte Testamentsurkunde nicht angegeben hat, der zur Vollständigkeit der Activlegitimation erforderliche betreffende Beweis mithin in diesem Proceffe nicht herzustellen ist, wird die Zurückweisung der Klage in angebrachter Weise nothwendig.

Die gegen dieses Erkenntniß fernerweit verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde unterm 17. October 1862 von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel zurückgewiesen

in Erwägung:

daß die Gründe des angefochtenen Erkenntnisses nicht widerlegt sind, insbesondere

- a. bei dem Streben der Civ. Pr. Ord., vom Beweis-Verfahren möglichst viel im ersten Verfahren zu erledigen, nach den §§. 63 und 120 der Civ. Pr. Ord. das in der Klagschrift ausdrücklich in Bezug genommene Privattestament der Ehefrau Bührig vom 9. December 1859, wenn das Recht zur Vornahme der Handlung nicht verloren gehen sollte, mit der Replik im Originale dem Gerichte zu überreichen war, mochte vom Beklagten überhaupt das Dasein des Testaments oder nur das Dasein eines giltigen Testaments verneint worden sein, weil der Beklagte in beiden Fällen an der Einsicht des Originals Interesse haben konnte;

- b. von dieser Pflicht auch der Umstand nicht zu entbinden vermochte, daß die Urschrift des Testaments bei dem H. Stadtgerichte Braunschweig sich befand, da theils nicht unmöglich war, durch zeitige Anträge bei dem H. Stadtgerichte die Mittheilung der betreffenden Acten an das H. Kreisgericht zu erwirken, theils selbst die Unmöglichkeit zeitiger Original-Production angesichts der Vorschrift, daß das gegen einen Dritten angebrachte Gesuch um Herausgabe einer als Beweismittel zu benutzenden Urkunde den Fortgang des Hauptprocesses nicht hemmen soll, Civ. Pr. Ord. §. 284, den Eintritt der in den §§. 63 und 120 der Civ. Pr. Ord. gedrohten Nachtheile am wenigsten bei der Klägerin verhindert haben würde, die vor Anstellung des Processes das Erforderliche vorbereitet haben mußte, L. 42. D. de reg. iur. 50. 17;

- c. die Vorschriften der §§. 63 und 120 der Civ. Pr. Ord. durch Nichtgebrauch nicht abgeschafft sind und selbst in dem Falle nicht abgeschafft sein würden, wenn sich einzelne Entscheidungen der Gerichte eigenmächtige Abweichungen erlaubt haben sollten, dergleichen Abweichungen aber in der That nicht haben angeführt werden können, da das allein genannte Erkenntniß des H. Obergerichts 2. Senats vom 12. April 1860 in Sachen Poten wider von Lauringen, wegen Faustpfands, neben der Bemerkung, daß mit dem Entgegenhandeln gegen den §. 63 der Civ. Pr. Ord. der Verlust der Beweismittel an sich nicht ohne Weiteres verbunden sei, Gewicht

darauf legt, daß der Beweispflichtige, gegen welchen der Inhalt der Beweisdocumente erst in der Duplik der Vorlage, beziehungsweise Replik der Widerklage geläugnet worden war, theils vor der öffentlichen Verhandlung weder durch Ansetzung eines Termins (Civ. Pr. Ord. §. 66), noch durch Gestattung fernerer Wechselschriften (Civ. Pr. Ord. §. 65) zur Production der Original-Urkunden Gelegenheit erhalten, theils in der spätern Beweisantretung mit einem Restitutionsgesuche das etwa Versäumte bereits nachgeholt hatte.

### Gerichtsgebühren in Strassachen, namentlich Sporteln und Stempel bei kreisgerichtlichen Privatanklagen.

Rescript des Plenum des H. Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 3.  
März 1863 an sämtliche H. Kreisgerichte.

Nach einer Mittheilung des Oberstaatsanwalts bestehen bei den H. Kreisgerichten verschiedene Ansichten über einige Fragen der in Strassachen zu berechnenden Stempel, Sportel und sonstigen Kosten. Zur Herbeiführung des richtigen und gleichmäßigen Verfahrens eröffnen wir den H. Kreisgerichten das Nachfolgende:

1. In einem gutachtlichen Berichte des unterzeichneten Obergerichts an H. Staatsministerium vom 30. März 1861 ist aus der Stempelsteuer-Verordnung vom 29. October 1821 (§. 13) nachgewiesen, daß auch in kreisgerichtlichen Privatanklagefachen die Stempelgebühr von den Eingaben der Parteien einstweilen zu notiren und nur dann zu erheben sei, wenn ein verurtheilendes Erkenntniß erfolge und die Strafe über 10 Thlr. Geld oder über 14 Tage Gefängniß betrage. Hiermit ist die in den obergerichtlichen Rescripten vom 9. Juni 1855, 14. Juli 1855 und 8. September 1855 (Bege Repert. VIII. S. 261. 266; Zeitschrift für Rechtspflege II. S. 128. 160) geltend gemachte Ansicht, wonach Privateingaben in kreisgerichtlichen Untersuchungs-, namentlich Privatanklage-Sachen dem gewöhnlichen, s. g. Productions-Stempel unterworfen wären (Stempelsteuer-Verordnung vom 29. October 1821. §. 2 Nr. 1) verlassen.

H. Staatsministerium hat sich laut Rescripts vom 10. April 1861 mit dem Inhalte des obergerichtlichen Gutachtens vom 30. März 1861 einverstanden erklärt. Indem wir auf die Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogth. Braunschweig Jahrg. X. S. 26—28, wo beide, Gutachten und Rescript, abgedruckt zu finden, verweisen, veranlassen wir die H. Kreisgerichte, auch in Privat-Anklagesachen weder die Verwendung des gewöhnlichen Stempels zu 2½ Gr. für die Anklagen und sonstigen Eingaben der Parteien zu verlangen, noch ferner, wenn solches geschehen sein sollte, nach erfolgter Zurücknahme der Anklage vor dem Beginne des Termins zur Hauptverhandlung eine Stempelgebühr zu berechnen.

2. Der Sportelsatz für das Verfahren soll nach §. 1 des Gesetzes vom 11. September 1851 dann nicht erhoben werden, wenn die Zurücknahme der Privatanklage vor dem Termine zur Hauptverhandlung erfolgt. Derselbe ist also zu erheben, wenn die Zurücknahme im Verhandlungstermine, wiewohl noch vor Abgabe des Erkenntnisses erklärt wird, da das Gesetz nur unterscheidet, je nachdem die Anklage vor oder im Termine zur Hauptverhandlung aufgegeben wird und kein Gewicht darauf legt, in welchem Momente innerhalb dieses Termins solches geschieht.

Wir müssen bei dieser Gelegenheit missbilligen, wenn ein H. Kreisgericht sofort auf die Anklage einen Gerichtstag zur Hauptverhandlung ansetzt, dann aber vor Eröffnung der letzteren in diesem Termine durch einen committirten Richter die Güte versuchen läßt, und, wenn sie erreicht wird, den Sportelsatz für das Verfahren nicht erhebt. Diese Procedur entspricht nicht dem §. 1 des Gesetzes vom 8.

März 1861, welcher den Kreisgerichten nur die Befugniß erteilt, vor Ansetzung des Gerichtstages zur Hauptverhandlung einen Güteversuchs-Termin vor einem committirten Richter anzuberaumen, nicht aber den allein angeetzten Hauptverhandlungstermin in zwei verschiedene Abschnitte theils vor einem Einzelrichter, theils vor dem Collegium zu zerlegen; sie erscheint auch ungehörig und unzweckmäßig, theils weil bei erreichter Güte die mitgeladenen Auskunftspersonen durch eine vergebliche Reise oder doch Versäumniß, die Parteien aber und eventuell die Gerichtscasse durch vermeidliche Kosten belastet werden, theils weil, wenn die Anwesenheit der Auskunftspersonen die Erreichung der Güte nicht erschweren, sondern befördern sollte, dieselben nur mißbräuchlich mit zu diesem Zwecke geladen und in Anspruch genommen werden würden.

3. Wir berühren hierbei zwei andere gleichfalls angeregte Punkte, worüber verschiedene Ansichten sich geltend gemacht haben und welche in allen Strassachen vorkommen können.

a. Für Bescheide, durch welche in Strassachen Kosten festgesetzt werden und dem Verpflichteten deren Zahlung an die Gerichtscasse aufgegeben wird, sind Schreib- und Zufertigungsgebühren nicht zu berechnen. Eine analoge Anwendung der Taxe für Civilprocesssachen auf dergleichen Bescheide erscheint unzutreffend, weil sie einen integrierenden Theil des Strafverfahrens bilden, in welchem Schreibgebühren in der Regel nicht und Zufertigungsgebühren gar nicht erhoben werden.

b. Die für Erledigung von Requisitionen in Strassachen durch ausländische Gerichte erhobenen Gebühren sind den diesseitigen Gerichtscassen und Parteien gegenüber als baare Auslagen zu betrachten und deshalb nicht von dem Pauschsatz für das Verfahren abzuziehen, auch nicht soweit, als sie Gebühren enthalten, welche von inländischen Gerichten nicht noch neben dem Pauschsatz zu berechnen wären; sondern unbedingt und unterschiedslos neben dem Pauschsatz von demjenigen einzuziehen, welcher die Kosten des Strafverfahrens zu übernehmen hat.

Wir geben den H. Kreisgerichten auf, in obiger Weise zu verfahren und die ihnen unterstellten H. Stadt- und Amtsgerichte mit gleicher Anweisung zu versehen.

### Aus amtlichen Erlassen.

Circularschreiben der Advocaten-Cammer zu Wolfenbüttel an die Obergerichts-Advocaten, Advocat-Anwälte und Advocaten des Herzogthums Braunschweig vom 14. März 1863.

Nach Maßgabe eines uns zugegangenen Schreibens des Herrn Ober-Staatsanwaltes Rhamm hieselbst eröffnen wir den Obergerichts-Advocaten, Advocat-Anwälten und Advocaten des Herzogthums wiederholt, daß Inhalts einer uns in Abschrift mitgetheilten Zuschrift des Königlich Hannoverschen Ministers der auswärtigen Angelegenheiten, Herrn Grafen v. Platen-Hallermund, an das Herzoglich Braunschweig-Lüneb. Staatsministerium d. d. Hannover, den 4. Februar 1863, die Braunschweigischen Advocaten nach §. 36 des Hannov. Gesetzes vom 31. März 1859, betr. verschiedene Abänderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, in Zukunft zur Praxis im Königreich Hannover nur insoweit berechtigt seien, als denselben die Erlaubniß hierzu von dem Königl. Justizministerium gewährt worden, daß indessen das Königl. Hannoversche Justizministerium in den geeigneten Fällen gern geneigt sein wird, Braunschweigischen Advocaten auf deren Ansuchen die Erlaubniß zur Betreibung von Advocaturgeschäften bei den Hannoverschen Gerichten unter gleichen Voraussetzungen und Bedingungen zu gestatten, unter denen von dem Herzogl. Braunschw. Staatsministerium den Hannoverschen Advocaten die Praxis im Herzogthume Braunschweig gestattet worden ist.

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

**Inhalt.** Auch bei den vor der Obrigkeit verlautbarten Eheverlöbniſſen iſt die Zuziehung der Aeltern der Verlobten nothwendig. Rückforderung der sponsalitia largitas und der Contractskosten. — Actio ex lege Aquilia. — Wann verjähren die Forderungen der Landwirthe für verkaufte ländliche Producte, für ländliche Arbeiten und für geleistete Fuhrn? — Die Berechtigung der Herrschaft zur sofortigen Dienstentlassung des Gesindes (Ges. Ord. §. 31) begreift die Berechtigung, den Dienst außer der Zeit aufzukündigen (Ges. Ord. §. 29), nicht in sich. — Ist eine contractlich beim Abzuge des Abfindlings vom Hofe fällige Abfindung alsdann zu zahlen, wenn der Abfindling den Haushalt des Hausherrn verläßt, um bei seiner Mutter in deren Altentheilswohnung zu verbleiben? — Der Hofbesitzer, welcher contractlich seine Altmutter auf seine Kosten beerdigen zu lassen verpflichtet ist, muß die Beerdigungskosten auch dann zahlen, wenn die Altmutter vom Hofe wegzieht und an einem andern Orte verstirbt, selbst wenn hier die Begräbnißkosten mehr betragen, als in dem früheren Wohnorte. — Die selbstständige Weitervererbung des Auerbenrechts setzt die Realisirung der Hofesannahme voraus. — Rechtsirrtum bei Auslegung verwickelter Contractsverhältnisse schadet dem Irrenden nicht, wenn es sich um Abwendung eines Schadens handelt. *Morae purgatio* durch Annahme einer späteren Leistung. — Zur Substantirung der Klage auf Entschädigung pro deforatione und wegen gebrochenen Eheversprechens gehört nicht die Behauptung, daß der Beklagte die Vollziehung der Ehe verweigert habe. — Klagen aus Wechſeln sind als dringliche Sachen auch während der Ferien zur Verhandlung zu ziehen. — Restitution gegen Eideszurückziehung. — Einträge im Hypothekenbuche, welche Dritte beeinträchtigen, und Proteste gegen dieselben. — Zur Gebührenaxe für die Anwälte im Civilproceſſe.

**Auch bei den vor der Obrigkeit verlautbarten Eheverlöbniſſen iſt die Zuziehung der Aeltern der Verlobten nothwendig. \*)** — Rückforderung der sponsalitia largitas und der Contractskosten.

Der Ackergehilfe Sührig hatte mit der Wittve des Rothſaffen Siemann vor dem Amtsgerichte Schöningen einen Ehe- und Interimswirthschafts-Contract abgeschlossen, welcher obervormundschaftlich genehmigt wurde. Als hernach die Wittve

\*) Vergl. Zeitschrift I. S. 175, II. S. 49, VI. S. 156, X. S. 33; insbesondere III. S. 131 sub 3, indem die Verlöbnißordnung im Eingange also lautet:

„Alle und jede Manns- und Frauenspersonen, wes Alters, Standes, Würden und Wesens sie auch sind, welche in den hiesigen Landen in Städten, Flecken und Dörfern sich zu verheirathen gemeinet, und zwar, wenn sie annoch Aeltern oder Vormünder haben, sollen anders nicht, als mit derselben Rath und vorhergehender ausdrücklicher Bewilligung, auch, wenn die Aeltern oder Vormünder nicht zu weit entseſſen, in deroselben Gegenwart oder an deren Statt ihrer ordentlichen vorgeſetzten Obrigkeit, und über das Alles noch im Beisein dreier oder zweier ehrlicher Mannspersonen als Zeugen, wenn sie aber keine Aeltern oder Vormünder haben, zum wenigsten in Gegenwart ihrer nächsten Anverwandten und auch dreier oder zweier ehrbarer Männer und Zeugen, die Leute auf dem Lande aber mit Zuziehung ihres Pastoris und Seelsorgers in einige Eheverlöbniſſe sich einlassen etc.“

Siemann die Vollziehung der Ehe verweigerte, klagte Sühlig auf Entschädigung wegen gebrochenen Eheverlöbnißes und auf Rückgabe der der Beklagtin behändigten und als sponsalitia largitas zu betrachtenden 20 Thlr., so wie der von Sühlig bezahlten Kosten des Contracts zu 13 Thlr. 22 $\frac{1}{2}$  Gr.

Das Kreisgericht Helmstedt wies am 22. Mai 1862 die erste Klage ab, weil bei der gerichtlichen Aufnahme des Verlöbnißes die noch lebenden Aeltern der Braut nicht zugegen gewesen seien, und legte rücksichtlich der zweiten Klage dem Kläger den Beweis auf: „daß nach Aufnahme des Ehecontracts die Beklagtin erklärt habe, den Kläger aus Abneigung gegen ihn nicht nehmen zu wollen“, weil die Beklagte zum Ersatze jener 20 Thlr. nur dann schuldig sei, wenn sie, statt die Zustimmung ihrer Aeltern zu suchen, die Vereitelung des Verlöbnißes verschuldet haben sollte.

In der Berufungsinstanz bestätigte das Obergericht zu Wolfenbüttel am 10. Juli 1862 diese Entscheidung, jedoch mit Streichung der Worte des Beweissatzes: „aus Abneigung gegen ihn“, aus folgenden

Gründen:

1. Nach den Verlöbniß-Ordnungen vom 2. Jan. 1704 und 19. Novbr. 1725 ist als ein unerlässliches Requisit der Giltigkeit eines Eheverlöbnißes die vorgehende ausdrückliche Bewilligung und die Gegenwart der Aeltern bei demselben vorgeschrieben, und jedes Verlöbniß bei dem Mangel dieses Requisits für nicht rechtsbeständig und unwirksam erklärt. Diese unzweideutige Vorschrift der Gesetze ist von den Gerichten des hiesigen Landes bei der Rechtsprechung stets befolgt und nur die Zuziehung solcher Anverwandten, denen kein Respect und Gehorsam gebührt, z. B. der Geschwister, nach dem in den Gesetzen angegebenen Grunde der Bestimmung für nicht wesentlich erforderlich erklärt.

2. Die Rückforderung der sponsalitia largitas und der von dem Kläger in Bezug auf den gerichtlich aufgenommenen Eheveredungs-Vertrag ausgelegten Gebühren ist nur unter der von der Beklagtin geläugneten Voraussetzung statthaft, daß Beklagtin das Verlöbniß widerrufen hat. In der Anfechtung des Verlöbnißes als formwidrig und deshalb ungiltig von Seiten der Beklagtin zum Schutz gegen die Klage liegt nicht ein Eingeständniß des von dem Kläger behaupteten und von ihm zu beweisenden Widerrufs der Beklagtin. L. 16 Cod. de episcop. aud. 1. 4; L. 5 C. de sponsal. 5. 1; arg. L. 10 §. 1 de neg. gest. 5. 1; coll. arg. L. 134. §. 1. L. 203. de R. J. 50. 17; L. 43 §. 1 ibid. Kläger ist aber nur verpflichtet, soviel zu beweisen, als zur Begründung seines Anspruchs erforderlich ist; er braucht daher nur zu beweisen, daß Beklagtin von dem Verlöbniße zurückgetreten, nicht aber, daß dieser Rücktritt aus einem gesetzlich nicht gebilligten Grunde erfolgt sei, indem es Sache der Beklagtin war, was von ihr unterlassen ist, die gehörig substantiierte und mit Beweismitteln unterstützte iusta causa repudii aufzustellen. Aus dem dem Kläger nachgelassenen Beweise sind daher die Worte: „aus Abneigung gegen ihn“ zu streichen.

Auf die von dem Kläger verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde von dem 1.

Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 24. October 1862 die Beklagte zur Zahlung der 20 Thlr. und der Hälfte der Contractskosten zu 6 Thlr. 26 Gr. 2½ Pf. verurtheilt, im Uebrigen aber die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen aus folgenden

Gründen:

1. Die zur Giltigkeit eines Verlöbnißes absolut erforderliche „vorhergehende ausdrückliche Bewilligung“ der Aeltern — Verlöbn. Ord. v. 2. Januar 1704 u. 19. Novbr. 1725 — soll nach des Querulanten Ansicht in substrato durch der Querulatin frühere Verheirathung entbehrlich geworden sein. Wäre auch der älterliche Consens nach gemeinem Rechte bei emancipirten und nicht in das älterliche Haus zurückgekehrten Kindern — J. H. Böhmer ius eccles. prot. lib. IV. tit. II. §. 16 — nicht als erforderlich anzusehen, so gilt doch nach hiesigem Landesrechte jene Vorschrift von „allen und jeden Manns- und Frauenspersonen, wes Alters, Standes, Würden und Wesens sie auch sind“, und der als ratio legis miterwähnte „den Aeltern schuldige Respect“ steht der gedachten Beschränkung noch außerdem entgegen. Auch handelt es sich hierbei keineswegs um eine Einrede de iure tertii, wie bei nicht consentirten Ehen, sondern um eine zur Verhütung von Winkelverlöbnißes aufgestellte Formvorschrift, deren Nichtbeobachtung die Contrahenten selbst und ohne dolus geltend machen können, wie bereits wiederholt (Erk. in S. Ebbecke w. Hagemann v. 16. Juli 1830; in S. Basterling w. Pape v. 29. Novbr. 1833) von den hiesigen Obergerichten ausgesprochen ist.

2. Wenn nun ein unförmliches Verlöbniß jenen Verordnungen zufolge „für kein Eheverlöbniß geachtet“, nicht „für gültig erkannt, sondern sofort zurückgewiesen“ werden soll, und die Contravenienten mit Strafe und Kirchenbuße bedrohet sind, so ist ein solches Geschäft als reprobirt anzusehen und nicht einmal geeignet, eine natürliche Verbindlichkeit (also auch nicht eine gegen die Rückforderung des wegen des Verlöbnißes Empfangenen gerichtete Einrede) zu erzeugen. Erkenntn. in S. Milte w. Helmke v. 22. Decbr. 1834; in S. Bethmann w. Müller v. 23. Juli 1843. — Es kann deshalb weder von einem Rücktritte der Beklagtin im Rechtsinne die Rede sein, noch dem Kläger, soviel die Condictierung der sponsalitia largitas betrifft, der Beweis eines solchen Rücktritts abverlangt werden. Wenn in dieser Beziehung die sent. a qua als nichtig aufgehoben werden muß, so kann ein Gleiches nicht auch bezüglich der sämtlichen Kosten des Eheverordnungs-Vertrages geschehen, weil Kläger keinen Grund angeführt hat, aus welchem Beklagte ihm Ersatz derjenigen Hälfte der Contractskosten schuldete, welche er nach §. 8 des Contracts zu seinem Antheile erlegt, während er die andere Hälfte in Vertretung der Mitcontrahentin gezahlt hat; weshalb, um nicht in peius zu reformiren, es hinsichtlich einer Hälfte der mehrgedachten Kosten bei der sent. a qua bewenden muß. Daß aber die mitgeklagten und geständlich empfangenen 20 Thlr. in Aussicht auf den Ehebund gegeben wurden, mußte den Umständen nach ohne Weiteres angenommen werden.

### Actio ex lege Aquilia.\*)

In Sachen Schestag w. Böwig und Ehlers hat der 1. Senat des Obergerichts zu Wolfenbüttel als Revisionshof am 27. Februar 1863 erkannt:

Nach den Grundsätzen der lex Aquilia begründet die Thatsache der Beschädigung ohne Weiteres die Verpflichtung zum Erfatze des angerichteten Schadens nicht; diese tritt vielmehr erst dann ein, wenn die Beschädigung durch ein positives Verschulden des Handelnden, mag solches auch ein noch so geringes gewesen sein, oder durch die Unterlassung der Erfüllung einer Verbindlichkeit widerrechtlich veranlaßt ist. §. 3. 7. 14. J. de lege Aquil. 4. 3; L. 5 §. 1. 2. L. 8. L. 44. L. 52 ad leg. Aquil. 9. 2; v. Bangerow Pand. Th. 3 S. 575. Es gehört daher die Angabe, daß und inwiefern der Beklagte in Verschuldung sich befinde, zur thatsächlichen Substantiirung der Klage, und der Beklagte hat, um die Ersatzpflicht von sich abzuwenden, darzuthun, daß er mit der Vorsicht und Ueberlegung, die billiger Weise verlangt werden konnte, gehandelt habe, oder daß der Beschädigte in gleicher Verschuldung sich befinde. L. 29 §. 4. L. 30 §. 3 D. ad leg. Aquil. 9. 2; Schweppe Röm. Privatrecht Th. 1 §. 142; v. Wenning-Engenheim Handbuch des gem. Civilrechts Th. 2 §. 193. (15.)

### Wann verjähren die Forderungen der Landwirthes für verkaufte ländliche Producte, für ländliche Arbeiten und für geleistete Fuhrten?\*\*)

In der Processsache der Wittve des Handelsmanns Zäger zu Meinkoth gegen die Wittve des Anbauers Ehlers daselbst forderte im Jahre 1862 Klägerin Bezahlung des Kaufpreises für im Jahre 1858 geliefertes Heu und Stroh; die Ehlers dagegen widerklagend den Lohn für das Umpflügen von 8 Morgen Acker, das Einfahren von Rocken und Kartoffeln, und den Kaufpreis für gelieferten Torf aus dem Jahre 1859. Die Parteien opponirten diesen Forderungen gegenseitig die Einrede der zweijährigen Verjährung, welche jedoch von dem Kreisgerichte Helmstedt am 26. Juni 1862 verworfen wurde, weil beide Theile nicht zu den Handel- und Gewerbetreibenden gehörten, deren Forderungen für Gegenstände ihres Handels oder Gewerbes nach §. 2 des Ges. vom 3. Juli 1853 Nr. 35 einer zweijährigen Verjährungszeit unterliegen. Auf die von der Klägerin verfolgte Berufung bestätigte das Obergericht zu Wolfenbüttel am 22. October 1862 diese Entscheidung,

in Erwägung:

daß diejenigen, welche, wie die Beklagte thun soll, sich ihren Unterhalt durch ländliche Beschäftigungen und Verkauf ländlicher Producte zu verschaffen suchen, zu den Handelsleuten und Gewerbetreibenden im engeren Sinne, bei welchen Verkauf und

\*) S. Zeitschrift II. S. 41. 51. 70. III. S. 28. VII. S. 129.

\*\*) Vergl. Zeitschrift X. S. 56.

Arbeit auf Credit üblich ist, worauf §. 2 Nr. 1 des Ges. v. 3. Juli 1853 sich bezieht, nicht zu rechnen sind.

**Die Berechtigung der Herrschaft zur sofortigen Dienstentlassung des Gesindes (Ges. Ord. §. 31), begreift die Berechtigung, den Dienst außer der Zeit aufzukündigen (Ges. Ord. §. 29), nicht in sich.**

In der Proceßsache des Schäfers Buchholz wider den Ackermann Brünig wegen einseitiger Aufhebung des Dienstcontracts hatte der Beklagte einredend behauptet, daß der Kläger ihn bei der Schaffsur 1861 geschimpft und daß er, Beklagter, dem Kläger deshalb auf Michaelis den Dienst gekündigt habe. Das Kreisgericht Helmstedt verstellte im Erkenntnisse vom 19. Juni 1862 diese Einrede zum Beweise, da die gegen den Dienstherrn gebrauchten beleidigenden Worte nach §. 31 Nr. 1 der Gesindeordnung den Beklagten berechtigt haben würden, den Kläger sofort ohne vorherige Aufkündigung zu entlassen, und ihn um so mehr berechtigt hätten, den Dienst auf Michaelis zu kündigen.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel verwarf indessen am 5. Novbr. 1862 diese Einrede,

in Erwägung:

daß nach §. 31 Nr. 1 der Gesindeordnung der Beklagte wegen der gedachten Beschimpfung zur sofortigen Dienstentlassung des Klägers zwar berechtigt war, diese Befugniß indessen ihrer Natur nach ganz verschieden ist von der Befugniß, den Dienst außer der Zeit aufzukündigen, und damit die Meinung der sent. a qua,

daß die Berechtigung zur Dienstentlassung die Berechtigung, den Dienst außer der Zeit aufzukündigen, in sich begreife, widerlegt wird, auch eine analoge Ausdehnung der im §. 29 der Gesindeordnung mit Dienstaufkündigung außer der Zeit bedachten Fälle auf die im §. 31 gedachten Fälle eben aus dem Grunde, weil diese eine andere rechtliche Wirkung, die Dienstentlassung, in Folge haben sollen, nicht in Anwendung kommen kann.

**Ist eine contractlich beim Abzuge des Abfindlings vom Hofe fällige Abfindung alsdann zu zahlen, wenn der Abfindling den Haushalt des Hausherrn verläßt, um bei seiner Mutter in deren Altentheilswohnung zu verbleiben?**

In dem Täger'schen Hofverlasscontracte war dem Heinrich Täger eine Abfindung ausgesetzt, zahlbar 3 Monate nachdem der Abfindling sich verheirathet oder aus der Mühle fortgezogen. Heinrich Täger hatte nun seit längerer Zeit das Hauswesen des Hofbesizers, Müllermeisters Andreas Täger, verlassen und sich bei seiner Mutter in einem Nebenhause in deren Altentheilswohnung aufgehalten. Derselbe klagte gegen Andreas Täger auf Bezahlung der, Mahnung ungeachtet, nicht berich-

tigten Abfindung. Das Kreisgericht Helmstedt erkannte am 27. Februar 1862 auf Beweis dahin: daß Kläger 3 Monate nach seiner Entfernung von der Mühle den Beklagten zur Leistung der Abfindung aufgefordert und wenigstens 3 Monate vor der Klageanstellung die Mühle verlassen habe. Die Behauptung des Beklagten, daß die Altentheilswohnung mit zum Pertinenzverbande des Hofes gehöre, wurde zum Gegenbeweise verwiesen.

In der Berufungsinstanz verurtheilte das Obergericht zu Wolfenbüttel am 26. April 1862 den Beklagten ohne Weiteres zur Zahlung,

in Erwägung:

daß Kläger seit 2 Jahren geständig bei seiner Mutter auf deren Altentheile, nicht aber in dem Hauswesen und der Familie des Beklagten sich aufhalte,

daß in diesem Absondern des Abfindlings von der Familie und dem Haushalte des Hofwirths und in dem Ausscheiden aus der desfallsigen Gemeinschaftlichkeit bezüglich des Grundstücks, von dem die Abfindung zu geben, ein Verlaß desselben, der zur Forderung der Abfindung berechtigt, zu finden ist, und es solche Forderung nicht berührt, wenn die Mutter des Klägers durch die Gestattung, daß dieser sich bei ihr in ihrer Altentheilswohnung aufhalte, etwa das ihr zustehende Altentheil überlastet.

In der Revisionsinstanz stellte der 1. Senat des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 20. Juni 1862 das kreisgerichtliche Erkenntniß wieder her, aus folgenden

Gründen:

Die entscheidenden Worte im §. 4 des Verlasscontracts vom 18. März 1851: „wenn der Abfindling sich verheirathet oder aus der Mühle wegzieht,“ sind vom Richter erster Instanz zu Gunsten des Beklagten ausgelegt, insofern dessen Behauptung, daß der Kläger, welcher eingeräumter Maßen in der Altentheilswohnung seiner Mutter sich aufhält, in Pertinenz der Mühle wohnen geblieben sei, zum Gegenbeweise verwiesen, also für relevant erklärt wurde. Der Appellationsrichter hat dagegen der Ansicht des Klägers Beifall gegeben, und in der Uebersiedelung desselben in die Leibzuchtswohnung, weil damit eine Absonderung von der Familie und dem Haushalte des Hofwirthes verbunden sei, ein Wegziehen im Sinne der Vertragsstipulation erkannt. Bei der Prüfung dieser verschiedenen und zu entgegengesetzten Resultaten führenden Auslegungen ist zunächst zu beachten, daß eine bauerrechtliche Abfindung in Frage steht, wie aus dem Schlusssatz des §. 4 cit. lautend:

„Die Abfindung des lebenslänglich in der Mühle verbleibenden und darin versterbenden Abfindlings bleibt im Hofe und fällt allein an den Hausannehmer.“

unzweifelhaft erhellet. Nach den Grundsätzen des Bauernrechts und der auch in hiesigen Landen herrschenden allgemeinen Gewohnheit kann aber die Abfindung erst dann gefordert werden, wenn der Abfindling durch Verheirathung oder sonstigen Beginn eines eigenen Haushalts in die Lage tritt, derselben zu seiner häuslichen Einrichtung zu bedürfen. Pfeiffer Meierrecht S. 260. 269 fg.; Steinacker Br. Priv. R. §. 245 S. 554 mit Note 10; Hagemann pract. Erört. III. Nr. 16

§. 106. V. Nr. 33 §. 2 §. 166. Die gesetzliche Interpretationsregel, daß im Zweifel dasjenige für beabsichtigt zu halten sei, wofür die Gewohnheit und insbesondere der Gebrauch der Gegend, in welcher das Rechtsgeschäft vorgenommen ist (quod in regione in qua actum est, frequentat) spricht, L. 50 §. 3 D. de legat. I.; L. 34. L. 114 D. de R. J. 50. 17, muß daher zu dem Ergebnisse führen, daß die den fr. Verlasscontract schließenden Parteien unter dem „Wegziehen“ ein gänzlich und immerwährendes Verlassen der Mühle, d. h. nicht bloß des Mühlengebäudes, sondern des gesammten Anbauerwesens, zum Zwecke der Errichtung einer separirten Oekonomie verstanden haben, worauf auch die Gleichstellung dieses Wegziehens mit der Verheirathung des Abfindlings deutet; daß daher der Ueberzug des Klägers in die von seiner Mutter bewohnte Altentheilswohnung, insbesondere wenn diese Zubehör der Mühle sein sollte, kein Abzug ist, welcher die Fälligkeit der Abfindung begründet.

---

**Der Hofbesitzer, welcher contractlich seine Altmutter auf seine Kosten beerdigen zu lassen verpflichtet ist, muß die Beerdigungskosten auch dann zahlen, wenn die Altmutter vom Hofe wegzieht und an einem andern Orte verstorbt, selbst wenn hier die Begräbnisskosten mehr betragen, als in dem früheren Wohnorte.**

Der Halbmeier Arste zu Deensen hatte zufolge Vertrages vom 22. Januar 1848 unter Andern die Verpflichtung übernommen, die auf dem Hofe lebende Altmutter Niemeher auf seine Kosten beerdigen zu lassen. Letztere zog von dem Arsteschen Hofe weg zu ihrem Schwiegersohne Böker in Dohnsen und verstarb daselbst. Böker forderte nunmehr den Arste auf, die Niemeher beerdigen zu lassen, und besorgte dann selbst das Begräbniß, als Arste solches ablehnte. Böker forderte klagend von Arste Ersatz der aufgewandten standesmäßigen Kosten der Beerdigung zu Dohnsen zu etwa 28 Thlr., während Arste nur die geringeren Kosten zu etwa 8 Thlr. zugestand, welche das Begräbniß in Deensen gekostet haben würde, weil der Vertrag vom 22. Januar 1848 stillschweigend voraussetze, daß die Altmutter auf der ihr in Deensen ausgesetzten Leibzucht verbleibe und versterbe; die durch deren Umzug nach Dohnsen und den dort erfolgten Tod entstandenen Mehrkosten aber die Erben zahlen müßten. Das Amtsgericht Stadtdendorf verwarf am 7. Juli 1862 diese Einrede und ließ die Klage zum Beweise zu, weil die ausdrückliche oder stillschweigende Contractsbestimmung, durch welche Jemand an einen bestimmten Sterbeort gefesselt werden sollte, eine unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit enthalten würde.

In der Berufungsinstanz wies das Kreisgericht Holzminde am 3. October 1862 die Klage ab, weil beim Abschlusse des Vertrages vom 22. Januar 1848 die Contractanten nur daran gedacht haben könnten, daß die Altmutter auf ihrer Leibzucht zu Deensen versterbe, und die Verpflichtung des Beklagten sonst auf etwas ganz

Ungewisses, was beim Abschlusse des Vertrages gar nicht zu übersehen gewesen wäre (ad incogitata autem non datur obligatio), gegangen sein würde.

Auf die vom Kläger verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel als Cassationshofe am 21. Novbr. 1862 das kreisgerichtliche Erkenntniß als nichtig aufgehoben und das erstinstanzliche Erkenntniß im Wesentlichen wieder hergestellt aus folgenden

Gründen:

Der Verklagte hat im §. 3 des Vertrags vom 22. Januar 1848 die Verpflichtung, die Mitcontrahentin Leibzüchterin Niemeher auf seine Kosten beerdigen zu lassen, ohne irgend eine Bedingung oder Einschränkung übernommen. Wenn die Contrahenten, wie der Appellationsrichter annimmt, dabei nur an die Kosten einer in Deensen stattfindenden Beerdigung gedacht haben sollten, so ist dieser Gedanke unausgesprochen geblieben und durch keinerlei Form der Willensäußerung kund gegeben, obwohl bei der völligen Ungewissheit des Orts, wo der Tod eines Menschen erfolgen wird, für den Verklagten die dringendste Veranlassung vorgelegen hätte, seine etwanige Absicht, unter allen Umständen nur die in Deensen üblichen Begräbnisskosten übernehmen zu wollen, irgendwie kund zu geben und erkennbar zu machen. Eine in klaren Worten ausgedrückte Vertragspflicht kann selbstverständlich durch bloße Gedanken nicht beeinträchtigt oder modificirt werden. — Ohne Zweifel stand dem Verklagten, welchem die Beerdigung oblag, das Recht zu, die Leiche der zu Dohnsen verstorbenen Wittve Niemeher von dort abzuholen und in Deensen nach dortigem Ortsgebrauche bestatten zu lassen, in welchem Falle auch die Kosten der Ueberführung von ihm zu bestreiten gewesen wären. L. 14 §. 34. D. de relig. 11. 7. Es steht aber actenmäßig fest, daß derselbe, als ihm durch die Aufforderung des Klägers Gelegenheit gegeben war, in dieser Hinsicht seine Interessen wahrzunehmen, erklärte, nicht zu wissen, wer die Niemeher begraben lassen müsse, und es geschehen ließ, daß Kläger seinem Erbieten gemäß unter Vorbehalt der dadurch entstehenden Kosten die Beerdigung besorgte. Will man dieses Verfahren des Verklagten auch nicht geradezu als arglistig bezeichnen, weil es, wenn auch unwahrscheinlich, doch immerhin denkbar ist, daß Verklagter sich seiner contractlichen Verpflichtung augenblicklich nicht erinnert hat, so ist doch soviel klar, daß ihm eine grobe Nachlässigkeit zur Last fällt, daß er selbst die Beerdigung in Dohnsen verschuldete, und daß der Kläger im besten Glauben handelte, als er die Wittve Niemeher auf dem Kirchhofe des Orts, wo sie gestorben war, beerdigen ließ. G. v. Böhmcr pr. iur. canon. §. 607; Glück Pand. Bd. XI. §. 769 S. 404. Unzweifelhaft erfüllte der Kläger damit eine dem Verklagten obliegende Pflicht und ist berechtigt, von demselben den Ersatz aller zu diesem Zwecke gemachten Aufwendungen, sofern sie nicht nachweisbar oder nach richterlichem Ermessen das Maß der Billigkeit überschreiten, zu fordern. L. 12 §. 2. 5. D. de relig. Das Appellations-Erkenntniß, welches hiernach nicht allein auf actenwidrige Voraussetzungen gebaut ist, sondern auch erhebliche actenmäßige Thatsachen übersehen hat, ist daher als nichtig zu beseitigen.

## Die selbstständige Weitervererbung des Anerbenrechts setzt die Realisirung der Hofesaunahme voraus.\*)

Der Anbauer Schulze zu Groß-Denkte verstarb und hinterließ als Erben seine zweite Ehefrau, eine Tochter erster Ehe und eine Tochter zweiter Ehe, beide minderjährig. Als nun die Schulzesche Tochter erster Ehe starb, behauptete deren Großmutter mütterlicher Seits, unverehelichte Hoppe, daß ihre verstorbene Enkelin Anerbin des Anbauerwesens geworden sei, daß ihr, als Erbin ihrer Enkelin, nunmehr das Anbauerwesen zustehe, und verlangte dessen Herausgabe von der Wittve Schulze.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel sprach sich im Erkenntnisse vom 8. Januar 1862 dahin aus:

Bei dem Ableben des Colonen wird unzweifelhaft dessen gesammte Descendenz, auch wenn ein bestimmtes Anerbenrecht feststehen sollte, zur Nachfolge berufen. Steinacker Privatrecht S. 548; Pfeiffer Meierrecht S. 226; Scholz Zeitschrift für Landwirthschaftsrecht Bd. 1 Heft 2 S. 42. Sind die Descendenten unmündig und ist namentlich noch keiner derselben zur Annahme des Hofes befähigt, so verbleibt derselbe in der gemeinsamen Wehr sämmtlicher Erben. Die aufgeheirathete Wittve, welcher ein eigentliches Recht der Succession in den Hof nicht zusteht, hat dafür das Recht der Fortbewirthschaftung desselben bis zur Majorannität der Kinder mit der Verpflichtung, für die Erhaltung des Hofes nach Kräften zu sorgen, die Abgaben und Lasten desselben zu tragen und die Erziehung und Unterhaltung der Kinder zu übernehmen. Steinacker Privatrecht S. 562; Gerber Deutsches Privatrecht 4. Ausg. S. 141; Pfeiffer Meierrecht S. 290. 302. 311. 416. Stirbt einer der Erben vor der wirklichen Annahme des Hofes, so treten die Miterben in die Stelle desselben ohne Weiteres ein, indem sie von den Rechten der gemeinsamen Wehr Gebrauch machen. Das Recht des zuerst berufenen Erben (Anerben) ist hiernach ein *ius futurum*, und setzt dessen selbstständige Weitervererbung die Realisirung der Hofesaunahme voraus. Nach diesen Grundsätzen würde Klägerin, deren Großtochter in den Jahren der Unmündigkeit verstorben ist, ein Recht auf das Anbauerwesen überall nicht geltend machen dürfen.

Will man aber auch die Vererblichkeit des Anerbenrechts der Großtochter der Klägerin nicht beanstanden, so ist die erhobene Klage doch jedenfalls als verfrüht zu betrachten. Der Beklagten gebührt nach vorstehenden Ausführungen das Recht der Bewirthschaftung des Hofes während der Minderjährigkeit der Kinder, und kann dasselbe durch den Tod eines der Kinder nicht beeinträchtigt werden. Es ist daher nicht abzusehen, aus welchem Rechtsgrunde Klägerin schon jetzt die Beklagte aus dem Besitze des Hofes zu verdrängen vermeint.

\*) Vergl. Zeitschrift IX. S. 154.

**Rechtsirrtum bei Auslegung verwickelter Contractsverhältnisse schadet dem Irrenden nicht, wenn es sich um Abwendung eines Schadens handelt. —**  
**Morae purgatio durch Annahme einer späteren Leistung.**

Das von den Fabrikanten R. und D. gemeinschaftlich betriebene Geschäft wurde im Jahre 1860 durch Uebereinkunft aufgelöst in der Weise, daß D. das ganze Geschäft mit allen activis und passivis vom 20. Novbr. 1860 an übernahm und ein Capital an R. in bestimmten Raten, die letzte Rate von 2000 Thlr. am 1. Novbr. 1865 auszahlten und bis zur Zahlung mit  $4\frac{1}{2}$  Proc. in quartaligen Terminen zu verzinsen versprach. Es wurde verabredet, daß, wenn die Zinsen und Abschlagszahlungen nicht prompt, d. h. binnen vier Wochen nach den einzelnen Fälligkeitsterminen, entrichtet würden, auch die letzten Capitalraten als fällig betrachtet werden sollten.

Behuf Berichtigung der auf die letzte Rate von 2000 Thlr. am 20. Februar 1861 fälligen Zinsen zu  $22\frac{1}{2}$  Thlr. übersandte D. an R. am 1. März 1861 baar 5 Thlr. mit der schriftlichen Mittheilung, daß er die übrigen  $17\frac{1}{2}$  Thlr. compensiren wolle, weil R. eine nach den Büchern des Compagniegeschäfts noch ausstehende und von D. mit übernommene Forderung von  $17\frac{1}{2}$  Thlr. incassirt habe. Da R. diese Compensation nicht gestatten wollte, so zahlte D. den Zinsenrest von  $17\frac{1}{2}$  Thlr. an R. — jedoch erst nach Ablauf der vierwöchigen Frist — baar aus, und verklagte den R. auf Erstattung der incassirten Geschäftsforderung zu  $17\frac{1}{2}$  Thlr., verlor aber diesen Proceß. Die am 20. Mai und 20. August 1861 fälligen Zinsen zahlte D. rechtzeitig, und nahm R. dieselben an.

Am 4. Decbr. 1861 erhob R. eine Klage gegen D. auf Bezahlung des vertragsmäßig erst am 1. Novbr. 1865 fälligen Restcapitals von 2000 Thlr., indem er behauptete, daß dieses Capital schon jetzt fällig sei, weil D. die am 20. Novbr. 1860 fällig gewesenenen Zinsen nicht prompt, d. h. binnen vier Wochen nach dem Fälligkeitstermine bezahlt habe. Das Kreisgericht Braunschweig wies die Klage am 24. Mai 1862 ab,

in Erwägung:

daß die Nichtzahlung des größeren Theils der am 20. Febr. 1861 fälligen Zinsen innerhalb der dafür bestimmten und durch die Strafe der sofortigen Zahlung der sonst erst im Jahre 1865 fälligen Schuld gesicherten Zeit von Seiten des Beklagten nach dem, was dieserhalb unbestritten vorliegt, nicht auf einer absichtlichen Verzögerung oder auf Nachlässigkeit oder auch nur auf Zahlungsunfähigkeit, sondern darauf beruhte, daß Beklagter nach seinem contractlichen Verhältnisse mit dem Kläger sich für berechtigt hielt, dem Kläger den nicht gezahlten Theil der Zinsen in Anrechnung zu bringen;

daß diese Ansicht nach den früheren Processacten zwar nicht rechtlich begründet war, dabei jedoch der Fehler des Beklagten nicht etwa in einer ignorantia iuris, also in Unkenntniß von Gesetzen oder Rechtsgrundsätzen (iuris in thesi), sondern in einer mangelhaften Anwendung von Rechtsgrundsätzen auf den vorliegenden Fall

oder in irriger Auslegung der Contractsverhältnisse zwischen den Parteien lag, welche Verhältnisse dormalen verwickelt und in ihren rechtlichen Folgen zweifelhaft waren, daß selbst die gebotene und geschehene Zuziehung eines Rechtsverständigen die Ermittlung dessen, was als rechtliche Folge anzusehen sei, nicht sicher stellen konnte,

daß, wenn es auch richtig sein mag, daß wirkliche ignorantia iuris selbst vor positivem Schaden nur in Ausnahmefällen schütze, doch einer solchen Unkenntniß ein entschuldbarer Fehlschluß in Auslegung verwickelter Contractsverhältnisse keineswegs gleichgestellt werden kann, vielmehr auf letzteren der Irrende wenigstens zur Abwendung von Schaden sich stets mit Recht berufen darf, Buchta Pand. 8 Aufl. §. 57; Vorlesungen dazu 4. Aufl. S. 131; mithin im vorliegenden Falle, wo es sich um Abwendung eines Schadens, einer Strafe handelt, der Beklagte mit Grund die klar vorliegende Einrede des Irrthums geltend macht;

daß ferner zwischen den Parteien feststeht, wie Kläger nicht nur später jenen zurückbehaltenen Theil der am 20. Febr. 1861 fälligen Zinsen, sondern auch noch vor Anstellung der jetzigen Klage die am 20. Mai und 20. August 1861 wiederum fällig gewordenen stipulirten Zinsen auf das Capital vom Beklagten angenommen hat, ohne daß er dabei irgend einen Vorbehalt wegen des Capitals oder der Zinsen gemacht hätte;

daß gerade da, wo es sich um eine für rechtzeitige Leistung bedungene Strafe handelt, die Gesetze, wenn auch vielleicht im Gegensatze zu sonstigen Regeln über Verzichte, das stillschweigende Annehmen der Leistung nach der Verfallzeit für eine Renunciation des Gläubigers auf die Strafe oder, was dasselbe ist, für eine purgatio morae von Seiten des Schuldners durch Erlaß des Gläubigers erklären;

L. 10 D. de eo quod certo. 13. 4: tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam etiam remisisse poenam videtur. — L. 23. pr. D. de recept. 4. 8: sin autem oblatum accepit, poenam petere non potest: doli exceptione removendus. — L. 8 C. de usur. 4. 32;

daß dieser Grundsatz selbst dann gilt, wenn nur ein Theil der schuldigen Leistung angenommen ist, L. 6 §. 2 D. de lege commiss. 18. 3: si post statutum diem reliquae pecuniae venditor — partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a commissoria;

daß er mithin auch im vorliegenden Falle, wo die für die Schuld stipulirten Zinsen noch in einer späteren Zeit und für eine spätere Zeit tacite angenommen wurden, als zu welcher die Strafe verwirkt gewesen sein würde, zur Anwendung gebracht werden muß, und zwar um so mehr, als der Gläubiger, wollte er zur gehörigen Zeit die Strafe wirklich geltend machen, sich von da an mit den stipulirten Zinsen nicht mehr zu begnügen brauchte, sondern höhere — Verzugszinsen — zu fordern berechtigt war, wie er denn auch solche, jetzt indessen selbstverständlich von einem spätern Zeitpunkte an, in der Klage gefordert hat;

daß also auch aus diesem Grunde die Klage auf sofortige Zahlung des Capitals unzulässig erscheint.

In der Berufungsinstanz wurde die kreisgerichtliche Entscheidung von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 5. Januar 1863 bestätigt,

in Erwägung:

daß Beklagter die Zinszahlung vom 20. Febr. 1861 dadurch zu beschaffen versucht, daß er dem Kläger 5 Thlr. baar übersandt und in Betreff des Restes zu 17½ Thlr. eine Forderung gleichen Betrages zur Compensation gebracht, damit aber der ihm obliegenden Verbindlichkeit zur Zahlung der Zinsen in der That Genüge geleistet hat, da Compensation im Erfolge der wirklichen Zahlung gleichsteht, L. 4. 5. 12. C. de comp. 4. 31; L. 11 D. de comp. 16. 2; L. 7 C. de solut. 8. 42; §. 30. 39 J. de actt. 4. 7; auch der Umstand hieran nichts ändert, daß Beklagter per errorem iuris eine nicht zur Compensation geeignete Forderung in Anrechnung gebracht, da untaugliche Zahlungsmittel, wenn dieselben bona fide gebraucht worden, den Act der Zahlung selbst nicht aufheben und ein Rechtsirrthum, wenn, wie in concreto, die Auslegung schwieriger, contractlicher und gesetzlicher Bestimmungen in Frage steht, dem Irrenden behuf Abwendung eines Schadens unnachtheilig sein soll, Savigny System Bd. 3 S. 337; Keller Band. S. 108; L. 9 §. 3 D. de iur. et facti ignor. 22. 6, cf. L. 7 et 8 eod.;

daß die Ansicht des Klägers, daß ihm im Falle der verzögerten Zinszahlung neben dem Rechte der sofortigen Capitalsforderung ein ununterbrochener Anspruch auf die stipulirten Zinsen zustehe, nicht als richtig anzuerkennen ist, vielmehr Kläger dadurch, daß er die ferner fälligen Zinsrenten vom 20. Mai und 20. Aug. 1861 ohne Reservation angenommen, auf die Geltendmachung seines Kündigungsrechts Verzicht geleistet und in die Fortsetzung des bisherigen contractlichen Verhältnisses stillschweigend consentirt hat, wie in der sent. a qua in unwiderlegter Weise genügend ausgeführt worden, Sintenis Civilrecht II. §. 88. Note 32; Madai Verzug S. 506; L. 6 §. 2 L. 7 D. de leg. com. 18. 3.

---

**Zur Substantiirung der Klage auf Entschädigung pro defloratione und wegen gebrochenen Eheversprechens gehört nicht die Behauptung, daß der Beklagte die Vollziehung der Ehe verweigert habe.**

Die unverehelichte Schlein forderte von Blumann Entschädigung pro defloratione, weil Letzterer sie nach vorgängigem Eheversprechen zur Vollziehung des Beischlafs verleitet habe. Beklagter entgegnete, daß er sich nicht geweigert habe, die Ehe mit der Klägerin zu vollziehen, daß diese im Gegentheil sein Haus mit der Erklärung verlassen habe, ihn nicht heirathen zu wollen.

Das Stadtgericht Braunschweig erachtete am 1. Mai 1862 die letztere zum Beweise verstellte Behauptung für nicht erwiesen und verurtheilte den Beklagten zu einer angemessenen Entschädigung der Klägerin.

In der Berufungsinstanz wies das Kreisgericht Braunschweig am 17. Juni 1862 die Klage zurück, da die Entschädigung wegen nicht erfüllten Eheversprechens

nur dann gefordert werden könne, wenn Beklagter die Vollziehung der Ehe verweigert habe; solche Behauptung aber von der Klägerin nicht aufgestellt, also die Klage nicht substantiirt sei.

Von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel wurde die kreisgerichtliche Entscheidung am 14. October 1862 als nichtig cassirt,  
in Erwägung:

daß die von der Klägerin erhobene Entschädigungsklage auf die Behauptung gegründet ist, daß Beklagter ihr die Ehe versprochen und mit ihr den Beischlaf vollzogen habe, Beklagter diese Thatfachen zugestanden hat und hiernach die Klage an und für sich rechtlich substantiirt erscheint; dem Beklagten zwar die Befugniß zugestanden hat, durch das Erbieten, die Klägerin ehelichen zu wollen, den dieser gesetzlich gebührenden Entschädigungsanspruch zu beseitigen; in dem vorliegenden Falle jedoch von dem Beklagten diese Befugniß nicht ausgeübt ist, indem derselbe nicht zu behaupten vermocht, daß er vor Anstellung der Klage die Klägerin zur Vollziehung der Ehe aufgefordert, diese aber die Vollziehung verweigert habe, und auch während des Processus von ihm seine Bereitwilligkeit zur Ehelichung der Klägerin nicht erklärt ist, da das Vorbringen desselben, er habe sich nicht geweigert, die Ehe einzugehen, als zu allgemein unberücksichtigt bleiben muß und hierin der erforderliche bestimmte Antrag nicht gefunden werden kann;

daß die durch die sent. a qua geschene Zurückweisung der Klage einen Verstoß gegen allgemein anerkannte Rechtsätze und wesentliche Vorschriften des Processus, Civ. Pr. Ord. §. 130 Nr. 1 und 2, enthält, indem einestheils das behauptete Eheversprechen, sobald dasselbe mit dem Beischlase verbunden gewesen ist oder dieser später stattgefunden hat, nur die Folge hat, daß die Entschädigung höher bestimmt wird, daß daher, wenn auch nach dem Ausspruche des Berufungsrichters das Eheversprechen unbeachtet bleiben mußte, jedenfalls die Forderung der Klägerin wegen Defloration bestehen geblieben, theils zur Begründung der Klage die Angabe, daß Beklagter sich geweigert habe, mit ihr die Ehe zu vollziehen, nicht nothwendig gewesen ist;

daß der Beklagte behuf Elidirung der libellirten Forderung die Einrede, daß die Klägerin die Eingehung der Ehe verweigert habe, vorgeschützt hat, und über solche ein Beweisverfahren eröffnet ist, in dem Erkenntnisse H. Stadtgerichts der Beweis für nicht geführt, und über die desfallige Beschwerde mithin vom Berufungsrichter jetzt noch zu erkennen ist &c.

**Klagen aus Wechselfn sind als dringliche Sachen auch während der Ferien zur Verhandlung zu ziehen.**

Am 12. August 1862 beantragte Kaufmann J. Gehrich gegen die Handlung B. beim Handelsgerichte Braunschweig aus einem protestirten Accepte Klage erhebend und unter Bezugnahme auf die bekannten unregelmäßigen finanziellen Ver-

hältnisse der Beklagten, die Sache als eine dringliche anzunehmen und Termin während der Ferien anzuberaumen. Durch Bescheid vom 12. August 1862 wurde dieser Antrag zurückgewiesen, weil Wechselsachen durch das Gesetz für dringlich nicht erklärt sind, missliche Vermögensumstände aber nur dann, wenn es sich um Sicherheitsmaßregeln handelt, als Dringlichkeitsgrund angesehen werden können.

Auf den verfolgten Recurs wurde durch Bescheid des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 27. August 1862 der handelsgerichtliche Bescheid beseitigt, die Sache für dringlich erklärt und die Einleitung des Verfahrens angeordnet,

in Erwägung:

daß nach der Wechselordnung und den Bestimmungen der Civ. Pr. Ord. §§. 253 bis 267 nicht der mindeste Zweifel obwalten kann, daß die richterliche Feststellung wechselfähiger Verpflichtungen in dem Wechselproceß in einem thunlichst beschleunigten Verfahren unter Vereinfachung der Formen, Verkürzung der Fristen u. stattfinden soll, daß die ungesäumte Entscheidung aller über wechselfähige Verpflichtungen entstandenen Differenzen so sehr in der Natur der Sache und den in der in ganz Deutschland geltenden Wechselordnung ausgesprochenen Principien liegt, daß die Annahme, das Feriengesetz vom 4. Juli 1851 habe Einleitung des Wechselprocesses, wenn der Wechselschuldner den acceptirten Wechsel am Verfalltage nicht bezahlt hat und deshalb Protest erhoben ist, für die Zeit der Dauer der Gerichtsferien suspendiren und dem säumigen Wechselschuldner dadurch eine aus der Wechselordnung in keiner Weise zu begründende Frist zur Erfüllung seiner wechselfähigen Verpflichtungen gewähren wollen, überall nicht gerechtfertigt erscheint.

### Restitution gegen Eideszurückziehung.

In der Processsache Wulff wider Luther und Peters hatte Beklagter den ihm über den Klaggrund deferirten Eid zurückgeschoben, und war unter der Voraussetzung der Ableistung dieses Eides rechtskräftig erkannt. Hiernächst erklärte Beklagter unter dem Erbieten zum iuramentum novorum, daß er, nachdem er verschiedene neue Thatsachen ermittelt, nunmehr die Eidesrelation zurücknehmen und den angetragenen Eid acceptiren wolle, und bat, ihn im Wege der Restitution mit dieser Eidesannahme annoch zuzulassen.

Das Handelsgericht zu Braunschweig verwarf am 4. Juli 1862 diesen Antrag, weil die Rechtskraft des früheren Erkenntnisses entgegenstehe, das iuramentum novorum hier unzulässig, eine Läsion nicht nachgewiesen und die neuen Thatsachen nicht behuf des Angriffs oder der Vertheidigung, sondern lediglich zur Motivirung seiner negativen Litiscontestation angeführt seien.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel bestätigte am 10. November 1862 diese Entscheidung aus folgenden

Gründen:

Es handelt sich bei dem klägerischen Antrage nicht etwa um Nachholung einer

versäumten Processhandlung, sondern um Beseitigung einer solchen — der Eideszurückschiebung — zu dem Zwecke, um eine andere Processhandlung, die ursprünglich zur freien gewissenhaften Wahl des Klägers mit verstellt war — die Eidesacceptation — noch möglich zu machen. Der hierauf gerichtete Antrag wird lediglich dadurch zu begründen versucht, daß Kläger erst nach geschehener Relation über die zum Eide verstellte Thatsache genauere Kunde erlangt haben will, nach deren Erlangung es seiner Ansicht nach für ihn jetzt möglich ist, den referirten Eid, welcher für ihn ein Glaubenseid sein würde, selbst zu leisten. Der Grund der Restitution könnte hiernach nur in einem Irrthume rücksichtlich der geringeren oder größeren Unwahrscheinlichkeit der von der Beklagten behaupteten, zu beschwörenden Thatsache gefunden werden. Wenn ein solcher Irrthum stattfand, so bezog er sich indeß nicht auf die dem Kläger zuständigen Processhandlungen als solche, sondern nur auf die Motive, welche ihn in seinem Gewissen veranlassen konnten, von der einen oder der andern, der Eides-Acceptation oder Relation, Gebrauch zu machen. So wenig nun aber ein Irrthum in den Beweggründen bei obligatorischen Verhältnissen zu berücksichtigen ist, L. 3. §. 7. D. de condict. causa data 12. 4; L. 52. 65. §. 2. D. de condict. indeb. 4. 6; §. 31. J. de legatis 2. 20; L. 17. §. 2. L. 72. §. 6. D. de condict. et demonstr. 35. 1; ebenso wenig kann er bei Processhandlungen der vorliegenden Art, welche zur freien gewissenhaften Wahl verstellt sind, Beachtung finden und läßt sich überhaupt der vorliegende Fall unter die in der Civilprocessordnung enthaltenen Restitutions-Gestattungen nicht subsumiren. Ueberdies ist eine nähere Prüfung der Sache gar nicht einmal möglich, weil die Relevanz der angeblich erhaltenen Mittheilungen des Brauers Thies, insofern es sich um deren Einfluß auf die individuelle gewissenhafte Ueberzeugung des Klägers handelt, so wenig zu ermitteln ist, als die Gesamtheit der Gründe, welche den Kläger zur Eideszurückschiebung veranlassen.

### Einträge im Hypothekenbuche, welche Dritte beeinträchtigen, und Proteste gegen dieselben.

Wie wir in dieser Zeitschrift IX. S. 152 mitgetheilt haben, hatte das Amtsgericht Helmstedt im J. 1862 für die superficiarischen Rechte, welche der Amtmann Hänichen an seinem Ackerplane dem Kaufmann Abry und dessen Cessionaren behuf Abbaue mineralischer Brennstoffe eingeräumt hatte, ein eigenes Folium im Hypothekenbuche angelegt und auf solches eine an dem Grubensfelde constituirte Hypothek eingetragen. Da nun Hänichen dem M. aus einem Darlehen ein Capital schuldete, welches im J. 1859 bereits auf die sämmtlichen Grundstücke des Schuldners eingetragen war, so protestirte M. gegen die Anlegung des neuen Foliums, weil auf solches seine ältere Hypothek nach der ihr gebührenden Priorität nicht mit übertragen sei, Circ. Rescr. v. 3. März 1842 Nr. 50 §. 14 u. 13, und bat, seine ältere Hypothek auf das neue Folium zu übertragen, event. diesen Protest ins Hypotheken-

buch einzutragen. Das Amtsgericht und Kreisgericht Helmstedt lehnten diesen Antrag ab; das Obergericht zu Wolfenbüttel verfügte jedoch am 23. Januar 1863 die Eintragung der Protestation auf das neue Folium des Hypothekenbuchs aus folgenden

Gründen:

Bei der Lage der Sache könnte dem Antrage des M., die an den Hänichen'schen Grundstücken ihm zuständige Hypothek nach der ihr gebührenden Priorität auf das für die Superficies angelegte Folium zu übertragen, im außergerichtlichen Verfahren nur gewillfahrt werden, wenn die betheiligten Superficiarien und deren Hypothekgläubiger dazu eingewilligt hätten, und muß in Ermangelung nachgewiesener Einwilligung dem Recurrenten überlassen bleiben, seine bezüglichen Ansprüche im Rechtswege auszuführen.

Anlangend dagegen den Antrag, auf dem für die Superficies im Hypothekenbuche angelegten besonderen Folium wider diese geschehene Anlegung eines Foliums und Inscription von Hypotheken auf demselben, Protest einzutragen, so ist der Eigenthümer an sich nicht gehindert, die verpfändete Sache mit Servituten und anderen dinglichen Lasten zu beschweren (L. 205 D. de R. J. 50. 17), der Pfandgläubiger jedoch, dafern er nicht eingewilligt hat oder seine Einwilligung nicht als ertheilt anzunehmen ist (L. 4. §. 1. L. 8 §. 11. 15 D. quib. mod. pign. solv. 20. 6; L. 6. 8. C. de remiss. pign. 8. 26), sein Pfandrecht ungeschmälert auch an dem abgetrennten Theile zu verfolgen (L. 15 C. de pign. 8. 14; L. 2 C. si unus ex plur. 8. 32), und einstweilen behuf Erhaltung seiner Rechtszuständigkeiten und Abwendung der durch die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs begründeten Gefahren (Ver. v. 26. März 1823 Nr. 14 §. 2. 3. 5; Ges. v. 19. März 1850 Nr. 22 §. 3. 5. Nr. 4) Protest zu erheben (L. 10 §. 3 D. quae in fraud. cred. 42. 8; L. 17 C. de rei vind. 3. 32; L. 14 §. 4 C. de non num. pec. 4. 30; Nov. 100 c. 1. L. 2 C. de annali exc. 7. 40) und die Einschreibung der in Hypothekensachen ohne Beobachtung solcher öffentlichen Form (Schweppe Röm. Pr. R. Th. 1. §. 181) unwirksamen Protestation zu verlangen befugt, als welcher provisorischen Maßregel, da sie den Rechtsstand unberührt läßt, wenn wie im vorliegenden Falle Rechtsanspruch und Gefahr bescheinigt sind, von der Hypothekenbehörde ohne Weiteres Statt zu geben ist.

Zur Gebührentaxe für die Anwälte im Civilproceffe.

Zu Nr. 19. Bei Vollmachten ist der Pauschsatz zu 7 Gr. 5 Pf. als Deservit für die Ausfüllung der zu den gerichtlichen Acten einzureichenden Original-Vollmacht anzusehen, und sind daher sowohl für die dem Gegner mitzutheilende, als die zu den Manualacten zurückzubehaltende Abschrift der Vollmacht Copialien zuzubilligen, — laut Bescheides des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 10. December 1862 in Sachen Bland w. Rudeloff. Vergl. Zeitschrift VI. S. 96.

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

Inhalt: Wann hat der Erbe als absens eine einjährige Frist zur Inventur? — Ehescheidung aus landesherrlicher Machtvollkommenheit unter dem Vorbehalte, daß sich der schuldige Theil nicht wieder verheirathe, ist nicht statthaft. — Die mit der Vermittelung von Bestellungen beauftragten Mandatare der Fabrikanten sind zur Empfangnahme des Kaufpreises nicht legitimirt. — Erwerb einer Erbschaft für einen minderjährigen Haussohn gegen den Willen des Hausvaters; insbesondere mit Beziehung auf die Verord. vom 6. Mai 1828. — Daß edictum Divi Marci ist nicht anzuwenden, wenn Miterben Erbschaftsgegenstände an sich nehmen. — Wann ist wegen des von den Anbauern und Häuslingen einer Gemeinde beanspruchten Rechtes zum Laubholen aus einer Privatwaldung eine Negatorienklage gegen die politische Gemeinde zulässig? — Schadensersatzpflicht der Anwälte wegen culpoſer Proceßführung. — Zur *actio negotiorum gestororum*. — Eideszuschreibung als Beweismittel der Fehlerhaftigkeit und Unbrauchbarkeit eines Pferdes. — Wann ist eine Arrestanlage wegen einer betagten Forderung, insbesondere wegen erkannter, noch nicht fälliger Alimente zulässig? — Gerichtsgebühren in Strafsachen, namentlich bei Privatanklagen.

### Wann hat der Erbe als absens eine einjährige Frist zur Inventur?

In der S. 36 fg. mitgetheilten Rechtsſache der Gebrüder S. hat der in Wolfenbüttel wohnhafte Widerbeklagte H. S. gegen das obergerichtliche Erkenntniß vom 13. Decbr. 1862 die Nichtigkeitsbeschwerde verfolgt, und ist dieses Erkenntniß vom 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 14. April 1863, insoweit dem H. S. das *beneficium inventarii* versagt worden, cassirt und dem H. S. die erbetene Rechtswohlthat des Inventars bewilligt,

in Erwägung:

daß dem Querulanten H. S. das in L. 22 §. 3 C. de iure delib. angeordnete *spatium* und damit die Rechtswohlthat des Inventars versagt worden, weil Querulant durch sein Wohnen zu Wolfenbüttel nicht behindert gewesen sei, das Inventar zeitig (binnen 90 Tagen) zu errichten, der Querulant zeitweilig zu Braunschweig gewesen als dem Orte, *ubi res hereditariae vel maxima pars positae*, der Begriff der Abwesenheit den Aufenthalt in einem andern Obergerichtsbezirke erheische, dieses hier nicht zutreffe, Querulant auch nicht zugleich ein Inventar wirklich errichtet habe;

daß nun aber der Deutung, welche dem angezogenen Gesetze in voriger Instanz gegeben ist, nicht beizupflichten steht, indem was unter Abwesenheit „*abesse*“ zu verstehen, durch L. 12 C. de praeser. longi temp. 7. 33 nicht absolut, sondern le-

diglich in Bezug auf die Verjährungsfrage vorbestimmt ist, und diese Vorschrift im vorliegenden Falle, wo andere Rücksichten und Umstände in Betracht kommen, nicht maßgebend sein kann, der Begriff von „abesse“ im Sinne der L. 22 cit. in einem weiteren Sinne zu nehmen und der Aufenthalt in einer, einem andern Gerichtsbezirke angehörenden Stadt, welcher auf die Vornahme des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts nicht ohne Einfluß sein konnte, schon darunter zu begreifen ist,

L. 173 §. 1. L. 199 D. de verb. signif.; Buchholz in Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. 10 S. 402. 406; Glück Erl. der Pand. Bd. 41 S. 356;

das Gesetz zu seiner Anwendung: daß durch das „abesse“ die zeitigere Errichtung des Inventars unthunlich geworden sei, beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen desselben, nicht erfordert, solches vielmehr, ohne hierauf Rücksicht zu nehmen, zur Anwendung zu bringen ist,

L. 1 §. 3 D. de minor. 4. 4; L. 1 pr. §. 3 D. ad Set. Maced. 16. 6;

L. 12 §. 1. D. qui et quib. ex caus. 40. 9; L. 4. 5. 6. D. de legib. und die Einwirkung der Abwesenheit dadurch, daß Querulant einige Male in Braunschweig anwesend gewesen, nicht ausgeschlossen wird, L. 32 L. 35 §. 7 D. ex quib. caus. 4. 6; endlich Querulant in seiner Eingabe vom 2. Septbr. 1861 bei Beansprechen der Rechtswohlthat des Inventars zwar ein solches nicht beigebracht, jedoch zur Vervollständigung des Antrags das von dem Querulanten zu gleichem Zwecke aufgenommene und eingereichte Inventar über die väterliche Nachlassenschaft in Bezug genommen und dadurch sich zu beregtem Zwecke angeeignet hat, diese noch binnen Jahresfrist nach dem Tode des Erblassers abgegebene Erklärung als Genügeleistung der bezüglichen Gesetzesvorschriften angesehen werden muß;

daß diesennach durch die vorinstanzliche Verwerfung des Anspruches des Querulanten auf die fr. Rechtswohlthat die L. 22 §. 3 cit. für verletzt zu achten ist.

### **Ehescheidung aus landesherrlicher Machtvollkommenheit unter dem Vorbehalte, daß sich der schuldige Theil nicht wieder verheirathe, ist nicht statthaft.**

1. Als die Eheleute S. um Trennung ihrer Ehe aus landesherrlicher Machtvollkommenheit nachsuchten und zur Sprache gekommen war, daß der eheliche Frieden hauptsächlich dadurch gestört worden, daß der S. ein ärgerliches Verhältniß mit einer Wittve M. unterhalte, forderte das H. Staatsministerium von dem H. Obergerichte zu Wolfenbüttel ein Gutachten über die Frage:

ob für zulässig zu halten sei, die Scheidung der zwischen dem S. und dessen Ehefrau bestehenden Ehe unter dem Vorbehalte eintreten zu lassen, daß dem S. als des Ehebruchs schuldigen Theile die Wiederverheirathung überhaupt oder doch mit der Wittve M. untersagt sei?

Das Plenum des Obergerichts erstattete am 28. Novbr. 1859 folgenden Bericht:

Durch landesherrliche Dispensation kann die Ehe nicht anders getrennt werden, als wenn beide Theile einverstanden sind, da einem Theile wider dessen Willen landesherrliche Dispensation nicht aufgedrungen werden kann; so daß mithin die beiderseitig begehrte Trennung als unter Autorität der obersten Staatsgewalt eingegangener Vergleich aufzufassen ist (Verordn. vom 3. Februar 1814 Nr. 27 §. 7, Abs. 2). Hieraus ergibt sich, daß die Ehegatten auch über Bedingungen und Folgen der Trennung einverstanden sein müssen, die landesherrliche Dispensation also nicht von Vorbehalten abhängig gemacht und nicht unter Hinzufügung von Folgen ausgesprochen werden kann, denen derjenige Eheheil, welchen dies betrifft, sich nicht im voraus freiwillig unterworfen hat, weil er im entgegengesetzten Falle dergestalt modificirte landesherrliche Dispensation abzulehnen vermöchte. Hierzu kommt, daß nicht mit Sicherheit zu bestimmen ist, ob und welche Rechtswirkungen einer von dem S. etwa noch abzugebenden Erklärung, sich nicht wiederverheirathen zu wollen, beizulegen sein würden, und daß derselbe ein unumwundenes Eingeständniß getriebenen Ehebruchs zu den verhandelten Acten nicht gemacht hat. Landesherrliches Dispensationsrecht in Ehetrennungssachen, an sich unzweifelhaft, setzt gleichwohl behuf der Anwendung voraus, daß erhebliche, jedoch zur richterlichen Scheidung nicht genügende Ursachen vorhanden und daß die Bittsteller der Einwirkung landesherrlicher Gnade nicht unwürdig seien. Sollte nun in dem landesherrlichen Gnadenrescripte den Bittstellern oder einem von ihnen, als (muthmaßlich) schuldigen Theile, die Wiederverheirathung untersagt werden, so wäre damit der Sache nach zugleich erklärt, daß er, oder beide gegenseitig, Vergehungen sich zu Schulden kommen lassen, welche Gewährung landesherrlicher Gnade hätten ausschließen, vielmehr Verweisung zum Rechtswege hätten zur Folge haben müssen.

Demnach halten wir die Scheidung der Ehe aus landesherrlicher Machtvollkommenheit unter obgedachtem Vorbehalte eintreten zu lassen nicht für statthast, jedenfalls nicht für rathsam.

2. Die D.'schen Eheleute baten in einem dem Amtsgerichte Schöppenstedt zu Protocoll vorgetragene Gesuche um Scheidung ihrer Ehe aus landesherrlicher Machtvollkommenheit, weil der eheliche Frieden dauernd dadurch gestört sei, daß die D.'sche Ehefrau von einem andern Manne schwanger sei. Das zu erwartende Kind werde von D. nicht anerkannt, solle von ihm weder Alimente, noch demnächst etwas aus seinem Nachlasse erhalten, und verzichte die Ehefrau als schuldiger Theil auf das Recht der Wiederverheirathung.

Mittels Höchsten Rescripts vom 3. Januar 1862 wurde dieses Gesuch abgelehnt, nachdem das Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 25. Novbr. 1861 folgenden Bericht erstattet hatte:

Bedingungen und Zusagen, deren Gegenstand unmöglich, guten Sitten zuwider oder durch Gesetz verboten ist, sind nichtig; sie machen den davon abhängigen Vertrag ungiltig, L. 123. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1, und letztwilligen Verordnungen hinzugefügt, werden sie für nicht geschrieben erachtet, so daß die Erbeinsetzungen und Legate als unbedingte bestehen. L. 9. 14. 27. pr. D. de cond. inst. 28. 7;

L. 5 Cod. de inst. et substit. 6. 25. Der von der Ehefrau D. zum Protocolle vom 24. Octbr. d. J. abgegebenen Erklärung, im Falle die Ehe aus landesherrlicher Machtvollkommenheit geschieden werden würde, auf das Recht der Wiederverheirathung verzichten zu wollen, kann daher, weil Willenserklärungen dieses Inhaltes den Gesetzen nach unkräftig, L. 22. 62. §. 2, L. 63 §. 1, L. 72 §. 5 D. de condit. et dem. 35. 1, und auch von Conventionalstrafen nicht zu erreichen sind, L. 134 pr. D. de V. O. 45. 1, L. 2 Cod. de inutil. stipul. 8. 39, rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden.

Außerdem hat der Ehemann kein civilrechtliches Interesse und keinen privatrechtlichen Anspruch, daß um seinetwillen der (geschiedenen) Ehefrau die Freiheit, eine anderweite Ehe einzugehen, genommen werde. Denn die dem schuldigen Eheheile, namentlich dem Ehebrecher in der gerichtlichen Scheidungssentenz abzuerkennende oder aberkannte Befugniß der Wiederverehelichung hat die Natur einer Strafe, G. L. Boehmer pr. iur. can. §. 411: ad novas nuptias transeundi facultas nocenti in poenam negatur, und einer solchen Strafe ohne erfolgte gerichtliche Verurtheilung dazu sich zu unterziehen oder nicht zu unterziehen, muß dem freien, wandelbaren und alle Zeit widerruflichen Entschlusse lediglich anheim gestellt bleiben.

Im Uebrigen erlauben wir uns auf den Bericht Bezug zu nehmen, den wir über das S.'sche Ehescheidungs-gesuch unterm 28. Novbr. 1859 erstattet haben, und sind der Ansicht, daß die von den D.'schen Eheleuten zum Protocolle vom 24. v. Mts. vorgetragene Vereinbarung kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit bestätigt zu werden schon deshalb nicht geeignet ist, Landschafts-Ord. v. 1832 §. 6, weil dasjenige Kind, mit welchem die Ehefrau D. jetzt schwanger geht, vom Ehemanne D. als sein Kind nicht anerkannt werden soll. Einem innerhalb des gesetzlichen Zeitraums nach Eingehung oder nach Auflösung der Ehe geborenen Kinde ist hinsichtlich seiner Legitimität im Verhältnisse zu dem durch die Ehe nachgewiesenen Vater, L. 5 D. de in ius vocando 2. 4, Geständniß oder sonstiger Beweis eines Ehebruchs der Ehefrau unschädlich, L. 29 §. 1 D. de probat. 22. 3, L. 11 §. 9 D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5, mithin demselben die Rechte ehelicher Geburt zu entziehen nicht genügend, L. 6 D. de his qui sui 1. 6.

### Die mit der Vermittelung von Bestellungen beauftragten Mandatare der Fabrikanten sind zur Empfangnahme des Kaufpreises nicht legitimirt.

Der Kaufmann Carl Schmidt zu Braunschweig hatte von dem Kaufmann Ernst Bänisch in Berlin am 1. Juli 1862 durch Vermittelung des H. Schumburg eine Partei Cigarren käuflich erhalten; er zahlte den Kaufpreis am 15. Juli 1862 an den genannten Schumburg, der ihm eine Vollmacht vorlegte, also lautend:

Hierdurch bevollmächtige ich den Inhaber dieses, meinen Vertreter H. Schumburg in Braunschweig, Bestellungen für mich aufzunehmen und Ge-

schäfte für mich abzuschließen. Ich werde Alles, was derselbe in seiner Eigenschaft als Vertreter für mich thut, als von mir selbst geschehen anerkennen u.

Magdeburg, den 1. Juni 1862.

Ernst Bänisch.

Am 8. Novbr. 1862 forderte Bänisch klagend von dem Kaufmann Schmidt den Kaufpreis; Beklagter opponirte die Einrede der Zahlung. Durch Erkenntniß des Handelsgerichts zu Braunschweig vom 2. Januar 1863 wurde die Einrede der Zahlung verworfen und Beklagter verurtheilt, indem angenommen wurde, daß die Befugniß zur Empfangnahme von Zahlungen für den Kläger aus der durch die vorgelegte Vollmacht dem Schumburg ausschließlich erteilten Ermächtigung, Bestellungen aufzunehmen und Geschäfte abzuschließen, um so weniger hergeleitet werden könne, weil Handelsbevollmächtigte von der Art des Schumburg zur Eincaßirung von Ausständen im Allgemeinen nicht benutzt zu werden pflegen.

Auf erhobene Berufung wurde durch Erkenntniß des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 28. Februar 1863 das handelsgerichtliche Erkenntniß aufgehoben und Kläger mit der Klage zurückgewiesen,

in Erwägung:

daß für die aufgestellte Beschwerde: daß wie geschehen erkannt und nicht vielmehr die Klage zurückgewiesen ist, zunächst entscheidet:

ob der Bevollmächtigte des Klägers Schumburg zur Empfangnahme der Kaufgelder der von ihm für den Kläger an den Beklagten verkauften fraglichen Cigarren legitimirt war?

nach Inhalt der zu den Acten gegebenen, von dem Kläger auch anerkannten Vollmacht de dato Magdeburg, den 1. Juni 1862 aber Schumburg zur Annahme von Bestellungen und zum Abschlusse von Geschäften für den Kläger befugt war, und der Kläger Alles, was Schumburg in seiner Eigenschaft als sein Vertreter für ihn thun werde, als von ihm selbst geschehen im Voraus anerkannt hat;

daß diese, wenn auch nicht formell, doch materiell wegen ihrer Allgemeinheit der eigentlichen Procura sehr nahe stehende Vollmacht, Brinkmann Handelsrecht §. 120, den Schumburg als einen Handlungsbevollmächtigten, namentlich als den Handlungsreisenden des Klägers mit ausgedehntester Befugniß erscheinen läßt, und Schumburg damit für die von ihm contrahirten Geschäfte zu Vergleichen jeder Art, zu Nachlass- und Stundungsverträgen, Brinkmann Handelsrecht §. 120, Thöl Handelsrecht in Verbindung mit dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche Bd. 1 §. 31 und 31 a., Kletke Zeitschrift für Handelsgesetzgebung und für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe 1. Jahrgang S. 250, Schletter Jahrbücher Bd. 5 S. 345 Nr. 12, 13 u. 14, Strippelmann Entscheidungen des Obergerichts in Cassel Th. 1 Entscheidung 45, also auch zur Ermäßigung der ursprünglich creditirten Kaufsumme gegen sofortige Zahlung legitimirt war, und diese ausgedehnteste Befugniß des Schumburg zur Vertretung des Klägers der Natur der Sache nach dessen Legitimation zur Einziehung und Empfangnahme der fraglichen Kaufgelder begreift;

daß hiervon abgesehen, die vorgebachte Vollmacht zu Magdeburg unterm 1. Juni 1862, zu einer Zeit, in welcher das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch in dem Königreiche Preußen bereits eingeführt war, Einführungs-Gesetz zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche d. d. Berlin den 24. Juni 1861 (Nr. 27), ausgestellt ist, also dieselbe in Gemäßheit der Artikel 47 und 49 des gedachten Gesetzes, nach welchen Handlungsbevollmächtigte und speciell Handlungsreisende für ermächtigt gelten, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen, ausgesetzt werden muß, und selbst abgesehen von der preussischen Legislation die gedachten Artikel im Verweis auf die Entstehung und den Zweck des Gesetzbuches und die Zusammensetzung der zu der Bearbeitung des Gesetzbuches zusammengetretenen Commission, als die auch mit dem gemeinen Rechte übereinstimmende, L. 172 pr. D. de reg. iur., L. 99 pr. D. de verb. oblig., Rechtsmeinung des deutschen Kaufmannsstandes aussprechend, als eine bedeutende Autorität für die fragliche Legitimation des Schumburg berücksichtigt werden müsse.

Auf das von dem Kläger gegen dieses Erkenntniß verfolgte Rechtsmittel der Revision wurde vom 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel unterm 21. April 1863 das angefochtene Erkenntniß aufgehoben und das handelsgerichtliche wieder hergestellt:

in Erwägung:

daß nach der producirten, vom Kläger ausgestellten Vollmacht der in solcher als Vertreter aufgeführte, zu Braunschweig wohnhafte Schumburg für einen eigentlichen Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsreisenden, welcher stets in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu dem Principal steht, nicht gehalten werden kann, der Schumburg vielmehr als Agent des Klägers erscheint und in dieser Eigenschaft bloß Bestellungen entgegenzunehmen und demgemäß Geschäfte abzuschließen befugt gewesen ist, um solche unmittelbar von demjenigen, für welchen er als Agent gehandelt hat, ausführen zu lassen;

daß einem solchen Agenten aber an und für sich die Befugniß zur Empfangnahme der für die verkauften Waaren verabredeten Kaufgelder nicht zusteht, Brinkmann Handelsrecht S. 300 Note 7, daß die in der sententia a qua hervorgehobenen Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, abgesehen davon, daß dasselbe in den hiesigen Landen noch keine Gesetzeskraft erlangt hat, schon deshalb auf die abzugebende Entscheidung nicht einwirken kann, weil die Stellung des Schumburg der eines in den Artikeln 47 und 49 des gedachten Gesetzes erwähnten Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsreisenden nicht entspricht;

daß daher die von dem Beklagten an den Schumburg geleistete Zahlung wegen fehlender Legitimation des Letztern zur Empfangnahme der Gelder für den Kläger unverbindlich gewesen ist.

**Erwerb einer Erbschaft für einen minderjährigen Haussohn gegen den Willen des Hausvaters; insbesondere mit Beziehung auf die Verord. vom 6. Mai 1828.**

Die Ehefrau Bührig, Eigenthümerin eines Vermögens von etwa 22,000 Thlr., setzte in ihrem Testamente ihre Tochter, verhehelichte Bock, zu ihrer einzigen Erbin ein, mit der Auflage, ihrem (der Erblasserin) minderjährigen Sohne Wilhelm Bührig 100 Thlr., ihren Großkindern je 100 Thlr. und ihrem nachbleibenden Chemanne 100 Thlr. auszusahlen, „im Uebrigen aber nach ihren mündlichen Anweisungen zu verfahren.“ Der Chemann der Erblasserin erkannte nach deren Tode dieses Testament an; das Stadtgericht Braunschweig aber, zufolge seiner Oberaufsicht über das Muttergut des Wilhelm Bührig, gab demselben auf, — da durch jenes Testament die Pflichttheilsrechte seines Sohnes schwer verletzt seien, und nach den in der Verord. vom 6. Mai 1828, die Verwaltungs- und Nutznießungsrechte des Vaters an dem Vermögen seiner Kinder betr., anerkannten Bestimmungen des gemeinen Rechts dem Vater die Verwaltung des Mutterguts seiner Kinder wegen übler Wirthschaft entzogen werden könne und solle, als eine solche aber betrachtet werden müsse, wenn der Vater die Rechte seiner Kinder nicht verfechte und die denselben von Rechtswegen zukommenden Vortheile zu erwerben unterlasse, — binnen 4 Wochen nachzuweisen, daß und welche Maßregeln er ergriffen habe, um die Rechte seines Sohnes an dem Vermögen seiner verstorbenen Mutter zu sichern, widrigenfalls die Verwaltung des Mutterguts seines Sohnes ihm entzogen und einem zu diesem Zwecke zu bestellenden Curator übertragen werden würde.

Auf erhobene Beschwerde bestätigte das Kreisgericht Braunschweig am 13. Decbr. 1862 diese Verfügung,

da bei der augenscheinlichen Pflichttheilsverletzung des Bührig'schen Sohnes die Anerkennung des fr. Testaments von Seiten des Vaters von dem H. Stadtgerichte mit Recht als üble Wirthschaft — L. 13 §. 2 Cod. 9. 51 — angesehen ist, und dem H. Stadtgerichte daher oblag, nach §. 3 der Verord. vom 6. Mai 1828 dem Bührig die Verwaltung des Vermögens seines minderjährigen Sohnes zu entziehen und einen Curator für denselben zu bestellen, um so dessen gekränkte Pflichttheilsrechte, nöthigenfalls im Wege des Processus wahren zu lassen.

Eine fernere Beschwerde des Bührig wurde von dem Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 14. Februar 1863 zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Die Verord. vom 6. Mai 1828 handelt von dem, dem väterlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechte unterworfenen Vermögen der Kinder, und auch speciell von der Entziehung der Verwaltung an einem solchen Vermögen wegen kundbarer Insufficienz des Vermögens oder ungetreuer Verwaltung des Vaters; und es mag dahin gestellt sein: ob in einem Falle, wenn dem Vater die ihm kraft seiner väterlichen Gewalt zustehende Verwaltung an einem solchen seiner Administration unterliegenden Vermögen seiner Kinder wegen ungetreuer Verwaltung entzogen werden soll, nicht das im §. 209 fg. der Civ. Pr. Ord. vorgeschriebene Verfahren bei An-

ordnung von Curatelen über Großjährige zur Anwendung zu bringen ist, worauf auch die L. 13 §. 2 Cod. 9. 51, welche in der Verord. vom 6. Mai 1828 allegirt ist, hindeutet; allein von einem solchen, in den Gesetzen vorausgesehenen Falle ist hier nicht die Rede.

Es ist hier von dem Erwerbe der, dem minderjährigen Haussohne des Queralanten und zwar als Notherben kraft des Gesetzes deferirten Erbschaft seiner verstorbenen Mutter, der Ehefrau des Queralanten, die Frage. Ueber den Erwerb einer dem Haussohne angefallenen Erbschaft enthalten die Gesetze — L. 8 pr. §. 1 Cod. de bon. quae lib. — besondere Bestimmungen. Es wird zu dem Erwerbe der übereinstimmende Wille des Vaters und des Hauskinds erfordert; indessen auch die Berechtigung eines Jeden derselben, wider den Willen des Anderen die Erbschaft allein für sich anzutreten, anerkannt; und es hat eine solche einseitige Erbschaftsantrittung die Rechtsfolge: daß dieselbe für den Antretenden allein allen aus dem Erwerbe sich ergebenden Vortheil und Schaden herbeiführt; für den die Antretung Verweigernden aber völlig unmachtheilig ist; und namentlich geht eine von dem Hauskinde allein wider den Willen des Vaters erworbene Erbschaft in dessen peculium adventitium irregulare über. In L. 8 §. 1 cit. ist ferner geordnet: daß, wenn der minderjährige Haussohn wider den Willen des Vaters eine ihm deferirte Erbschaft antreten will, ihm von der Obrigkeit ein Curator in Bezug auf die angefallene Erbschaft zu erbitten gestattet ist; und nach der Reichs-Pol.-Ord. Tit. 32 §. 1. 3 kann es keinen Zweifel haben, daß, wenn der Vater eine dem Hauskinde angefallene Erbschaft nicht antreten will, das vormundschaftliche Gericht, wenn es eine solche Erklärung für das minderjährige Hauskind nachtheilig findet, von Amtswegen einen Curator zu bestellen befugt und verpflichtet ist, welcher zu prüfen hat, ob es im Interesse des minderjährigen Hauskinds liegt, von dem gesetzlich demselben zustehenden Rechte der Antretung der Erbschaft wider den Willen des Vaters Gebrauch zu machen und eventuell das Erbrecht seines Curanden gerichtlich zu verfolgen und in jeder Weise zu wahren.

Im vorliegenden Falle hat der Beschwerdeführer wiederholt erklärt, die Intestat- und Notherbenrechte seines Sohnes nicht geltend machen zu wollen und versichert, daß er das Testament anerkannt habe. Bei dieser Sachlage hatte das vormundschaftliche Gericht eine genügende Veranlassung und Pflicht, zu prüfen, ob die von dem Vater rückfichtlich seines minderjährigen Sohnes erklärte Weigerung, dessen gesetzliche und Notherben-Rechte geltend zu machen, nicht dem Interesse des Sohnes zuwiderlaufe; und bei den anscheinend vorhandenen formellen Mängeln des Testaments und der materiellen Benachtheiligung in Hinsicht auf die gesetzliche bez. Pflichttheils-Berechtigung des Wilhelm Bührig durch das mütterliche Testament ist der Beschluß des vormundschaftlichen Gerichts: dem Wilhelm Bührig einen Curator behuf der Wahrnehmung seiner Erbansprüche an die mütterliche Erbschaft zu bestellen, — an sich gesetzlich statthaft und durch die obwaltenden Verhältnisse gerechtfertigt.

**Das edictum Divi Marci ist nicht anzuwenden, wenn Miterben Erbschaftsgegenstände an sich nehmen.**

In der Processsache Forth w. Behrens hatten die Klägerinnen ihre Schwester, die Beklagte, auf Manifestation des angeblich in deren Besitze befindlichen älterlichen Nachlasses und auf Herausgabe ihrer Intestaterbtheile belangt. Die Beklagte behauptete u. A., daß sich die Klägerinnen verschiedene Nachlassgegenstände gewaltsam angeeignet, auch den gesammten übrigen beweglichen Nachlaß auf eine Kammer gebracht und dort verschlossen hätten; durch diese Selbsthilfe hätten sie sich ihres Erbrechts verlustig gemacht. Das Obergericht zu Wolfenbüttel wies am 1. März 1862 diesen Einwand zurück,

in Erwägung:

daß die Einrede der unerlaubten Selbsthilfe einestheils nicht genügend substantiirt ist, da Beklagte eine violenta invasio oder usurpatio der Klägerinnen, wie die Gesetze zur Anwendung des edictum Divi Marci erfordern,

L. 13 D. quod metus causa 4. 2; L. 7 L. 10 C. unde vi 8. 4; L. 4 C. fin. regund. 3. 39; Nov. 60 c. 1 u. 2; Holzschuher Casuistik Bd. 1 S. 82; Thibaut Pand. 8. Ausg. Th. 1 S. 50,

nicht zu behaupten vermocht hat; anderntheils aber auch den Klägerinnen überhaupt nicht opponirt werden darf, da die Parteien zu einander nicht im Verhältnisse von creditor und debitor, L. 7 D. ad Leg. Jul. de vi 48. 7, sondern in dem von Miterben stehen, welche den Erblasser gleichmäßig zu vertreten berufen sind und durch die Hinnahme von Erbschaftsstücken, wenn dabei keine Gewalt concurrirt, nur von einer rechtmäßigen Befugniß Gebrauch machen, welche von dem edictum Divi Marci nicht berührt wird.

**Wann ist wegen des von den Anbauern und Häuslingen einer Gemeinde beanspruchten Rechtes zum Laubholen aus einer Privatwaldung eine Negatorienklage gegen die politische Gemeinde zulässig?**

Als die Anbauer und Häuslinge zu Bessingen das Recht beanspruchten, aus dem dem Gräflich v. Metternich'schen Gute Bisperode zugehörigen Forstorte: Bessinger Berg Streulaub zu holen, erhob der Eigenthümer dieses Gutes eine actio negatoria gegen die politische Gemeinde Bessingen, davon ausgehend, daß die betr. Anbauer und Häuslinge nicht ein persönliches Recht für Einzelne, sondern ein Recht für sämtliche Häuslinge und Anbauer in Bessingen in deren Eigenschaft als solche behauptet hätten, ein solches Recht aber nur in dem Gemeindeverbande seinen Grund und Ursprung haben könne, also die Vertretung solchen Rechtes Gemeindefache sei. Auf Grund der von der beklagten Gemeinde vorgeschützten Einrede des unrechten Beklagten, indem die Gemeinde das beanspruchte Recht als Gemeindefache nicht anerkenne, wurde die Klage von dem Kreisgerichte Holzminden am 14. Januar

1862 angebrachter Massen abgewiesen, und diese Entscheidung von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 15. März 1862 bestätigt aus folgenden

Gründen:

1. Dem deutschen Rechte und insbesondere auch dem Gerichtsgebrauche ist die Existenz solcher Servituten oder servitutähnlichen Rechte bekannt, bei denen als Rechtssubject nicht ein praedium dominans, sondern eine Gemeinde, oder eine gewisse Classe von Einwohnern eines Orts, ja selbst einzelne Familien erscheinen. Mittermaier deutsches Privatrecht, 7. Auflage, 1. Band §. 166; Seuffert Archiv, Bd. 8 Nr. 113; Matthiae Controv. Lex. Bd. 2 S. 142.

2. Zu solchen Gerechtsamen kann, neben manchen andern, namentlich das Recht, in dem Walde eines Gutsherrn Laub zu sammeln, gehören. Matthiae l. c. S. 141 Präj. 1.

3. Eine derartige Gerechtsame ist nicht nur da als einer Gemeinde zuständig anzunehmen, wo diese, die Gesamtheit der Mitglieder als Einheit gedacht, als Subject des Rechtsverhältnisses handelt, sondern auch da, wo alle Gemeindeglieder als solche oder als Besitzer von Grundstücken in der Markung der Gemeinde die Gerechtsame exerciren, ja selbst da, wo die Gemeinde die Uebung der Gerechtsame gewissen Classen der Einwohner des Orts der Gemeinde überlassen hat, Pfeiffer Prakt. Ausführungen Bd. 8 S. 197 und 212; Matthiae l. c. S. 141; und es fehlt einer solchen Gerechtsame deshalb noch nicht der Charakter als Gemeindefache, wenn selbige weder der Gemeindecasse unmittelbar zu Gute kommt, noch allen einzelnen Gemeindegliedern, sondern vielmehr nur gewissen Einwohnerclassen. Es läßt sich das häufig vorkommende Interesse der Gemeinden als Gesamtheit bei ihrer Verpflichtung zur Armenunterstützung und aus andern mannigfachen naheliegenden Gründen nicht verkennen, die Uebung derartiger ihnen als Rechtssubject zustehenden Gerechtsame gewissen Einwohnerclassen allein einzuräumen, Matthiae l. c. S. 142.

4. Hat eine Gemeinheit die Gerechtsame, z. B. die Gerechtsame an dem Walde des Gutsherrn zum Streusammeln, als ein Recht erworben, oder behauptet sie ein solches Recht zu haben, so liegt es im Zwecke des Gemeindeverbandes, in gemeinsamen Angelegenheiten solcher Art als eine Person zu handeln, und es entspricht daher der Natur der Sache, wenn die Praxis hier die Vertretung der Interessen aller Einzelnen oder der die Gerechtsame ausnutzenden Einwohnerclassen durch die Gemeinde als solche gestattet. Pfeiffer l. c. S. 197. Matthiae l. c. S. 141.

5. Anders verhält sich dagegen die Sache, wenn bei einer derartigen Gerechtsame nicht eine Gemeinde, sondern eine gewisse Classe der Einwohner des Orts der Gemeinde (s. oben Nro. 1) sich als Rechtssubject zeigt, oder sich als solches gerirt. Alsdann ist die Gerechtsame nicht Gemeindefache, sondern Genossenschaftsache, Gemeinheitsfache, §. 119 der Landgem. Ordn. vom 19. März 1850, die nicht von der Gemeinde, sondern von den sämtlichen einzelnen Genossen zu vertreten ist. §§. 121 und 122 der Landgem. Ordnung; Verordn. vom 22. Juni 1792 (Frederics-

dorf Promt. Th. 6. S. 171), Pfeiffer l. c. S. 197; Matthiae l. c. S. 142. 2. Spalte Abs. 2.

6. Eine auf Gesetz sich stützende Rechtsnothwendigkeit, daß die Beklagte im vorliegenden Falle als Rechtssubject angesehen werden müsse, worauf der Kläger sich beruft, ist nicht vorhanden; in dem Vorstehenden ist vielmehr gezeigt, daß ein anderes Rechtssubject bezüglich der streitigen Gerechtsame möglich sei.

Es fragt sich daher, ob die von dem Kläger hervorgehobenen, oder sonst actenfundig gewordenen Handlungen der beklagten Gemeinde zu dem Schlusse berechtigen, daß sie die streitige Gerechtsame als ihr Recht in Anspruch nehme, ob sie sich als Rechtssubject gerirt habe, und ob etwa dieserhalb die erhobene Klage gegen sie stattnehmig sei? In den Acten sind derartige Handlungen der Bekl. nicht angeführt u.

### Schadensersatzpflicht der Anwälte wegen culpofer Processführung. \*)

In der Processsache Reiber wider den D.=G.=Adv. L. wegen culpofer Processführung, ad acta Reiber wider Krehe hat das Obergericht zu Wolfenbüttel in dem Erkenntnisse vom 10. Novbr. 1862 sich dahin ausgesprochen:

Kläger fordert von dem Beklagten die Erstattung eines Schadens, welchen er durch den Verlust eines gegen Krehe als Kläger geführten Processes erlitten haben will, und welchen Beklagter als sein Anwalt durch Unterlassung pflichtmäßiger Benachrichtigung über eine präjudicielle gerichtliche Verfügung und dadurch bewirkten Verlust eines Beweismittels — einer Zeugin — veranlaßt haben soll. Ein Proceß ist für den Gegner rücksichtlich der in Anspruch genommenen Forderung kein modus acquirendi, sondern nur die gesetzlich regulirte Form, in welcher das behaupteter Mafsen bereits zuständige Recht zu verfolgen ist. Der Verlust eines Processes ist deshalb für den Kläger nicht ohne Weiteres ein Vermögensschaden, sondern er ist dieses nur unter der Voraussetzung, daß ihm das betr. Forderungsrecht materiell in der That zustand, und daß ihm zugleich durch den Processverlust die Mittel entzogen sind, dasselbe geltend zu machen. Wenn deshalb einem Anwalte zur Last gelegt wird, daß er den Verlust eines Processes, — in welchem ja möglicher Weise eine unbegründete Forderung verfolgt werden konnte, — durch irgend welche Versehen veranlaßt habe, so gewährt diese Behauptung allein weder einen Schluß auf die Existenz eines Vermögensschadens überhaupt, noch auf die nur in Folge eines solchen anzunehmende Schadensersatz-Verbindlichkeit. Kori im Archiv für civilist. Pr. Bd. 5 S. 399; Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 39.

Darf nun auch Kläger bei dem in dieser Beziehung unvollständigen Inhalte der Klage für sich anführen, daß Beklagter bei Gelegenheit der vorgeschügten Einrede der Zuvielforderung erklärt hat: „der Kläger hatte auch nicht mehr als 200 Thlr.

\*) S. Zeitschrift IX. S. 173; Seuffert Archiv Bd. 1 Nr. 210; Holzschuber Bd. 3 S. 1051, Nr. 8; dub. camerale v. 1786 in Emminghaus c. i. germ. II. S. 502.

an die Kreheschen Erben zu fordern“, so erscheint doch jedenfalls im Uebrigen sein Vorbringen mangelhaft. In dieser Beziehung ist zunächst hervorzuheben, daß der von dem Kläger gegen die Kreheschen Erben geführte Proceß durch Leistung eines Credulitätseides von Seiten der Beklagten beendet ist, und daß er als abgeschlossenes factisches Verhältniß vorliegt. Eine Wiederholung oder Fortsetzung desselben behuf Ermittlung des etwaigen Resultats für den Fall, daß die unzulässig gewordene Zeugin abgehört worden wäre, beruht demnach in der Unmöglichkeit. Der jetzt angestellte Entschädigungs-Proceß ist durchaus für sich bestehender selbstständiger Natur, und mußte Kläger, um eine Entscheidung der Frage herbeizuführen: ob ihm Beklagter durch seine Nachlässigkeit die nach Lage des früheren Processes zulässigen und behuf der beantragten Verurtheilung der Kreheschen Erben ausreichenden, vorhanden gewesenen Mittel entzogen habe? — den Proceßvorschriften gemäß vollständiges factisches Material in dem jetzigen Proceße zum Vortrage bringen, wobei ihm unbenommen blieb, die Acten des Kreheschen Processes als Beweismittel zu benutzen. Kläger hat dieses nicht gethan, sich vielmehr darauf beschränkt, die Fortsetzung des Kreheschen Processes, in welchem nunmehr der Beklagte eine Rolle der Kreheschen Erben übernehmen sollte, anzubieten. Dieses Verfahren ist an sich und, da es eine vollständige Proceßverwirrung herbeiführen würde, unzulässig. Kläger hat überdies durch die allgemeine Verweisung auf Fortsetzung des abgemachten Kreheschen Processes veranlaßt, daß der jetzige Beklagte sich in der Unmöglichkeit befand, die für den gegenwärtigen selbstständigen Proceß nothwendige, in die Sache eingehende Vernehmlassung vollständig zu verhandeln, und kann auch deshalb in der Sache selbst nicht entschieden werden. — Daß in der dem Beklagten vorgeworfenen Nachlässigkeit — abgesehen von den vorgebrachten Exculpationsgründen — eine Verschuldung würde gefunden werden müssen, kann nicht wohl zweifelhaft sein. Ob es dem Kläger bei richtig formirter Klage eventuell möglich sein wird, den voraussichtlich ihm zur Last fallenden schwierigen Beweis dem Beklagten gegenüber zu liefern, darüber kann nach jetziger Proceßlage nicht entschieden werden.

Die Klage wurde angebrachter Massen abgewiesen.

### Zur actio negotiorum gestorum.

Der Schuhmacher Rakebrandt hatte einen Umbau seines Hauses vorgenommen und dabei einzelne Arbeiten dem Maurer Bornecke, andere aber gegen eine Accordsumme von 1100 Thlr. dem Zimmermeister L. übertragen. Bornecke hatte nun außer den ihm übertragenen noch andere Arbeiten an dem Hause vorgenommen, und forderte klagend deren übliche Bezahlung von Rakebrandt unter der Behauptung, daß diese Arbeiten zur Erhaltung resp. Herstellung des Hauses nothwendig gewesen seien. Der Beklagte bestritt Letzteres und behauptete überdies, daß L. nach dem mit ihm abgeschlossenen Contracte diese Arbeiten für die Accordsumme hätte mit vornehmen müssen. Die Klage wurde von dem Stadtgerichte zu Braunschweig am 5. Novbr.

1862 und von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 19. Januar 1863 abgewiesen aus folgenden

Gründen:

In Bezug auf Einmischung in fremde Angelegenheiten gilt zunächst die allgemeine in L. 36 D. de R. J. ausgesprochene Regel: *culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti*. Wenn die Gesetze im Interesse solcher Personen, welche nicht in der Lage gewesen sind, ihre Angelegenheiten selbst wahrzunehmen, unter Annahme eines quasi Contracts mit der *negotiorum gestio* auch Verbindlichkeiten derjenigen Person, für welche auftraglos gehandelt wurde, verknüpfen, so setzen sie hierbei naturgemäß und, wie nach Beschaffenheit der in den Rechtsquellen entschiedenen Fälle nicht bezweifelt werden kann, solche Verhältnisse voraus, in welchen vernünftiger Weise anzunehmen ist, daß derjenige, für welchen gehandelt wurde, mit der vorgenommenen Handlung einverstanden sein werde. L. 10 §. 1 D. de negot. gest. 3. 5. Ob dieses der Fall sei, ist *quaestio facti*, und dem *negotiorum gestor*, welcher Forderungen aus seiner Geschäftsführung geltend macht, liegt es ob, nachzuweisen, daß Verhältnisse obgewaltet haben, welche nach dem angeedeuteten Gesichtspunkte geeignet gewesen sind, denjenigen, für welchen gehandelt wurde, quasi *ex contractu* verbindlich zu machen. —

Wenn Beklagter in einem Baue begriffen war, bei welchem er dem Kläger einzelne bestimmte Arbeiten übertragen hatte, bei welchem aber ein anderer Handwerker in umfänglicherer Art vertragsmäßig beschäftigt war, so erscheint es als völlig ungerechtfertigte Willkür, wenn Kläger sich hierbei Arbeiten anmaßte, zu denen er nicht ausdrücklich aufgefordert war. Beklagter als Bauherr brauchte sich etwaige Nützlichkeits-Ansichten des Klägers augenscheinlich nicht aufdrängen zu lassen, und da es auf der Hand liegt, daß es zu einer unerträglichen Confusion und zum Nachtheile des Bauherrn führen muß, wenn die zu bestimmten Arbeiten bei einem Baue engagirten Handwerker ihnen nicht aufgetragene Bauarbeiten unternehmen, konnte Kläger nicht ungewiß darüber sein, daß er gegen den Willen des Beklagten handelte, wenn er sich ohne Einholung der ausdrücklichen Bestimmung desselben, welche augenscheinlich jeder Zeit zu bewirken war, Uebergriffe erlaubte.

Beklagter beruft sich nun zwar auch auf vorhandene Nothwendigkeit zur Erhaltung resp. Herstellung des fr. Hauses. Aus der Beschreibung der streitigen Arbeiten in der eingeklagten Rechnung ist eine solche nicht ersichtlich, indem nur gewöhnliche Maurerarbeiten aufgeführt sind, welche bei jedem Neu- oder Umbaue eines Hauses vorkommen können. Insofern es sich hierbei um Herstellung des Hauses, also einen Theil des Neubaues handelte, kann von einer Nothwendigkeit, welche dritte Personen zum Eingriff durch *negotiorum gestio* berechtigt, nicht die Rede sein. Hierbei auch so wenig, als in Bezug auf die angebliche Nothwendigkeit der Erhaltung des Hauses sind factische Momente beigebracht, welche ersehen lassen, daß und in welcher Weise überhaupt die Nothwendigkeit, welche Kläger geltend zu machen versucht, eingetreten sei.

Es fehlen hiernach in dem Vorbringen des Klägers überall die Voraussetzungen einer den Beklagten verbindlich machenden negotiorum gestio.

Kläger glaubt seinen Klaganspruch noch auf die Angabe des Beklagten stützen zu können: „daß die fr. Arbeiten von L. zu beschaffen gewesen seien und daß Kläger ohne Zweifel von diesem beauftragt sei,“ indem er mit Bezugnahme auf L. 14 C. de negot. gest. 2. 19. für diesen Fall die actio negotiorum gestorum gegen den Beklagten zu haben vermeint. Abgesehen von dem Umstande, daß Kläger die Beauftragung durch L. geläugnet hat, ergibt sich indessen aus L. 46 pr. D. de neg. gest. 3. 5 das Irrige dieser Ansicht. Wenn nämlich Kläger auf Grund eines Mandats des L. handelte, fehlte ihm die für die negotiorum gestio wesentliche Absicht, für den Beklagten thätig zu werden; ob er eventuell aus dem mit L. abgeschlossenen Accorde des Beklagten hätte klagen können, mag dahin gestellt sein; jedenfalls hat er in dieser Beziehung, wie ihm obgelegen hätte, das factische Verhältniß aufgeklärt.

### Eideszuschreibung als Beweismittel der Fehlerhaftigkeit und Unbrauchbarkeit eines Pferdes.

Der Halbspänner Masche hatte von der Wittve des Ackermanns Beckmann 2 Pferde für 300 Thlr. gekauft und geliefert erhalten, und behauptete in einer gegen die Verkäuferin erhobenen Klage, daß die Pferde zur Zeit des Verkaufs sog. Strangschläger und daher für den landwirthschaftlichen Gebrauch untauglich gewesen seien; Beweis: Eidesdelation. Kläger forderte Erstattung des Kaufpreises gegen Rücknahme der Pferde. Die Klage wurde von dem Kreisgerichte Helmstedt am 10. Juli 1862 und von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 22. November 1862 angebrachter Massen wegen Untauglichkeit des Beweismittels abgewiesen,

in Erwägung:

daß die Eideszuschreibung, wenn sie auch sonst in ihren rechtlichen Wirkungen sich mehrfach als Vertrag zu erkennen giebt, doch insofern als eigentliches Beweismittel erscheint,

v. Savigny System Bd. 7 S. 86 u. 90; Strippelmann der Gerichtseid, Abth. 3 die Eideszuschreibung S. 33 fg.; Dr. Schmid Handbuch des gem. D. Civilproc. Bd. 2 S. 162;

daß der zugeschobene Eid an und für sich relevant und zugleich geeignet sein muß, im Falle der Ausschwörung dem Richter über die Wahrheit der betr. Behauptungen Ueberzeugung zu gewähren; in vorliegendem Falle aber die Klage ganz allgemein darauf gestützt wird: „daß die fr. Pferde zur Zeit ihres Verkaufs sog. Strangschläger und daher für den landwirthschaftlichen Gebrauch untauglich gewesen seien;“

daß hiernach die über gedachten Klaggrund von dem Kläger zur Hand genommene Eidesdelation specielle, an und für sich gemein verständliche Thatfachen und einen aus dem Vorhandensein solcher Thatfachen ohne weitere Sachkenntniß zu machenden Schluß nicht begreift; vielmehr der gedachte Eid nur eine erst nach vor-

gängiger Constatirung der betr. speciellen Thatumstände in ihrem Umfange und in ihrer rechtlichen Bedeutung nur für Sachverständige erkennbare Eigenschaft der fr. Pferde behauptet, insbesondere nicht angenommen werden kann, daß die Beklagtin selbst als Sachverständige über die relevanten Thatfragen und über den aus denselben zu entnehmenden Schluß zu urtheilen im Stande ist.

### **Wann ist eine Arrestanlage wegen einer betagten Forderung, insbesondere wegen erkannter, noch nicht fälliger Alimente zulässig?**

In der Proceßsache des Tagelöhners Hartmann als Vormundes des unehelichen Thiele'schen Kindes gegen den Dienstknecht Ehlers gen. Krebs wegen Alimente war Beklagter verurtheilt, für das Thiele'sche Kind von dessen Geburt an bis zu dessen vollendetem 14. Lebensjahre jährlich 14 Thlr. Alimente zu zahlen, und war die gegen den Beklagten wegen der bereits fälligen Alimente erkannte Execution wegen Mangels an Executionsobjecten erfolglos geblieben. Sodann war auf Antrag des Klägers auf eine dem Beklagten zustehende Forderung von Stellvertretungsgeldern nicht bloß wegen der bereits fälligen, sondern auch wegen der künftigen Alimente vom Amtsgerichte Schöppenstedt Arrest angelegt, und diese Arrestanlage am 19. Novbr. 1862 vom Kreisgerichte Wolfenbüttel bestätigt, „da diese Arrestverfügung selbst bei der ungewissen Fortdauer des Lebens des Kindes und bei der Ungewissheit der Fälligkeit der künftigen Alimenten-Raten deshalb keinem Bedenken unterworfen sei, weil nach der von Ulpian in L. 68 pr. D. ad leg. Falc. aufgestellten Mortalitätstabelle für die Fortdauer des Lebens, woran bis zu einem gewissen Lebensalter schon im Voraus ihrer Quantität nach bestimmte Rechte geknüpft sind, die Vermuthung streitet, cf. Schweppe R. Priv. Recht Bd. I. S. 61 (4. Ausg.), mithin gerade die Bestimmung des §. 232 der Civ. Pr. Ord., wonach die Erkennung des Arrestes bei wahrscheinlich gemachter dringender Gefahr des Verlustes eines zur Forderung einer Caution berechtigenden Klaganspruchs zulässig ist, hier vollkommen zutrifft.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel 1. Senat hob am 20. Januar 1863 dieses Erkenntniß, insofern wegen noch nicht fälliger Alimente Arrest angelegt ist, als nichtig auf aus folgenden

#### **Gründen:**

Daß auch bedingte und betagte Ansprüche bei vorhandener iusta causa zur Forderung einer Caution berechtigen können, geht aus L. 41 de iudic. 5. 1; L. 6 pr. quib. ex caus. in poss. 42. 4; L. 14 ut legat. serv. 36. 3; L. 38 pro socio 17. 2 deutlich hervor; und wegen aller zur Forderung einer Caution berechtigenden Klagansprüche kann bei wahrscheinlich gemachter dringender Gefahr des Verlustes Arrest beantragt werden. Civ. Pr. Ord. §. 232 nebst Motiven, cf. Degener Justizorganisations-Gesetze Bd. II. S. 162. Daß ferner Verlustgefahr vorhanden sei, ist in beiden vorigen Erkenntnissen ausgesprochen und dieser auf Thatfachen gestützte Anspruch in der Nichtigkeitsinstanz nicht anzusechten. Es kommt demnach nur noch

darauf an, ob eine *iusta causa* vorliegt, welche den Kläger wegen der noch nicht fälligen Alimente zur Forderung einer Caution berechtige. Abgesehen von den speciellen Fällen, in welchen das gemeine Recht *iustam causam interponendae cautionis* annimmt, ist eine solche im Allgemeinen dann vorhanden, wenn der Verpflichtete nach eingetretener, wenn auch noch betagter oder bedingter Verpflichtung durch eigenes Verschulden den Berechtigten in den Zustand der Unsicherheit zu versetzen anfängt. Dieser Rechtsatz folgt aus der *ratio* der in den Quellen unterschiedenen Beispiele. L. 22 §. 8 *soluto matrim.* 24. 3; L. 21 §. 3 *de appellat.* 49. 1; Schweppe *Röm. Pr. R.* §. 187 (4. Ausg.); v. Holzschuher *Theorie* 2c. I. S. 100 (2. Ausg.). Ueberall, wo nicht ein specieller Cautionssfall oder die allgemeine *iusta causa satisfactionis* eintritt, bleibt es bei der Regel, daß bloßer Verfall der Vermögensumstände ohne Schuld des Verpflichteten nicht zur Caution verbindet. Dieser gerechteren Theorie haben sich der laxeren Ansicht gegenüber — cf. Seuffert *Archiv* IV. 196 (wo Glück statt S. 442 — S. 443 hätte citirt werden sollen) — von jeher Theoretiker und Praktiker vorzugsweise zugewendet,

cf. Böhmmer *introd. in ius dig.* II. 8 §. 10; Hellfeld *iurispr. for.* §. 245; Glück *Erläut. zu Hellfeld* Th. 3 S. 443; Thibaut *Band.* ed. 6 §. 1267; Reinhardt *Handb. des Proc.* II. §. 301; Martin *Proc.* ed. 12 §. 310; Gensler *Commentar zu Martin* ed. Guhet ad §. 300; Bayer *Verträge* ed. 7 S. 80; Vinde *Proceß* §. 121; Buddens in *Weiske Rechtslex.* II. S. 621; Schweppe l. c., Holzschuher l. c.; Seuffert *Archiv* VI. Nr. 137,

und auf die Stimme der Praxis kommt es bei gegenwärtiger Frage hauptsächlich an. Schlager in *Zeitschr. für Civilr. u. Proc. R. F.* IX. S. 256.

Um den Arrestantrag wegen der nichtfälligen Alimente zuzulassen, genügte also der Entscheidungsgrund der *sent. a qua*: Mangel an Zahlungsmitteln außer den Stellvertretungsgeldern — nicht; und daß Beklagter durch eigenes Verschulden den Kläger gefährde, ist von Letzterem bislang nicht einmal behauptet.

## Gerichtsgebühren in Strafsachen, namentlich bei Privatanklagen.

Zur Erläuterung des Rescripts vom 3. März 1863 (s. *Zeitschrift* X. S. 63) sub Nr. 3a. hat auf die Anfrage eines Kreisgerichtsdirectors das Obergericht zu Wolfenbüttel am 18. April 1863 Folgendes rescribirt:

Wir erwidern auf Ihren Bericht vom 28. v. M. Folgendes:

Unser Rescript vom 3. v. M. beschäftigt sich unter 3a. nur mit solchen Bescheiden, durch welche in Strafsachen Kosten festgesetzt und dem Verpflichteten deren Zahlung an die Gerichtscasse aufgegeben wird. Es gehören dahin also nicht die in Ihrem Berichte gedachten Bescheide, wodurch in Strafsachen überhaupt die Kosten des Vertheidigers oder Rechtsbeistandes seinem Clienten gegenüber, und in Privatanklagensachen insbesondere die Kosten des obsiegenden Theiles dem unterliegenden gegenüber festgesetzt werden. Die Kosten für dergleichen Bescheide, welche „einen integrierenden Theil des Strafverfahrens“ nicht wie die in unserm Rescripte gedachten bilden und auf Gründen des Privatrechts beruhen, sind nach der deshalb analog anwendbaren Taxe für Civilproceßsachen zu berechnen, wie bisher auch allseitig geschehen sein wird.

Nach dem in unserm Rescripte vom 3. v. M. hinzugefügten Entscheidungsgrunde halten wir nicht für erforderlich, eine fernere Weisung zu erlassen.

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

Inhalt: Uebersicht der Braunschweigischen Partikulargesetzgebung, vornämlich auf dem Gebiete des Civilrechts, Strafrechts und Processes, vom 1. Januar 1860 bis 30. Juni 1863. — Holzberechtigungen, ob Servituten oder Realkasten? — Wenn ein Erkenntniß einen Zahlungsbefehl bezüglich der Processkosten enthält, so wird deren Feststellung durch den Eintritt der Gerichtsferien nicht gehindert. — Städtische Feldhüter sind nicht Beamte im Sinne des Criminalgesetzbuches. — Die Entscheidung der Frage: ob ein Zeuge im Strafprocesse als testis in propria causa unzulässig sei? kann mit der Richtigkeitsbeschwerde nicht angefochten werden. — Der dritte Diebstahl, dessen Werthbetrag 2 Thlr. übersteigt, ist criminell zu bestrafen.

### Uebersicht der Braunschweigischen Partikulargesetzgebung, vornämlich auf dem Gebiete des Civilrechts, Strafrechts und Processes, vom 1. Januar 1860 bis 30. Juni 1863.

Es sind in unserer Zeitschrift mehrfach Rechtsfragen wissenschaftlich abgehandelt und richterliche Entscheidungen über Streitfragen mitgetheilt, welche hernach im Wege der Gesetzgebung ihre endliche Regelung gefunden haben. Es erscheint daher angemessen, unseren geehrten Lesern, namentlich denen, welchen die officiële Braunschweigische Gesetz- und Verordnungs-Sammlung nicht zugänglich ist, auch den Abschluß dieser wissenschaftlichen Erörterungen, welche die Gesetzgebung denselben gegeben hat, in diesen Blättern mitzutheilen, überhaupt aber halbjährlich im Januar- und Juli-Hefte eine gedrängte Uebersicht der Fortschritte unserer Partikular-Gesetzgebung, vornämlich auf dem Gebiete des Civilrechts, Strafrechts und Processes, zu liefern und, soweit es der Raum gestattet, deren Inhalt mitzutheilen. Beim Beginne dieser Uebersichten haben wir für zweckmäßig erachtet, bis auf den 1. Januar 1860 zurückzugehen.

1. Plenarbeschuß H. Obergerichts, den Handel der Schneider mit selbst angefertigten Kleidungsstücken betr. d. d. Wolfenbüttel, 13. April 1860. (Ges. u. Ver. S. Nr. 11 S. 29.)\*

Den hinsichtlich des Gewerbebetriebes bestehenden Einrichtungen zufolge steht der Handel mit selbst angefertigten Kleidungsstücken den durch Meisterbrief oder Gewerbechein

\*) S. Zeitschrift VI. 174. VIII. 33.

*H. Winterger*

zur Betreibung ihres Gewerbes legitimirten Schneidern zwar ohne Lösung anderweiten Gewerbescheines zu; ist jedoch von besonderer Concession abhängig und in Ermangelung geschעהner Erwirkung einer solchen Concession als unbefugter Gewerbebetrieb (Ges. v. 4. April 1837 Nr. 19 §. 50) zu beurtheilen.

2. Gesetz, die Errichtung von Erbverträgen betr. d. d. Brschw. 16. Octbr. 1860. (Ges. u. Ver. S. Nr. 33 S. 121.)\*)

Erbverträge über den künftigen Nachlaß oder über einzelne Bestandtheile des künftigen Nachlasses der Contrahenten oder eines derselben sind nichtig, wenn sie nicht vor Gericht oder vor Notar und Zeugen aufgenommen und geschlossen, oder wenn sie nicht unter Beobachtung der für schriftliche Testamente vorgeschriebenen Förmlichkeiten errichtet sind, und erzeugen daher, insoweit dieses nicht der Fall ist, weder ein Recht der Klage noch der Einrede (§. 1). Gleiche Vorschriften gelten für Verträge über den künftigen Nachlaß oder über einzelne Bestandtheile des künftigen Nachlasses dritter Personen (§. 2). Dergleichen vor Erlaß dieses Gesetzes geschlossene Verträge werden nichtig, wenn sie nicht binnen 6 Monaten nach Erlaß dieses Gesetzes in den jetzt vorgeschriebenen Formen errichtet werden (§. 3).

3. Gesetz, die Abänderung des Verfahrens und der Gebührentaxe für die Rechtsbeistände in Privat-Anklagesachen betr. d. d. Braunschweig, 8. März 1861. (Ges. u. Ver. S. Nr. 11 S. 57.)\*\*)

Güteversuchstermine in kreisgerichtlichen Privatanklagen, mit deren Abhaltung die Stadt- und Amtsgerichte committirt werden können (§. 1). Kreisgerichtliche Privatanklagen können durch Compromiß an die Stadt- und Amtsgerichte gelangen (§. 2). Gebühren der Rechtsbeistände, namentlich Einführung von Pauschätzen (§. 3—7).

4. Gesetz, die Kosten der Obduction und Section der Leichen von Selbstmördern betr. d. d. Br. 8. März 1861. (Ges. u. Ver. S. Nr. 12 S. 63.)

Diese Kosten sind aus dem Nachlasse des Selbstmörders einzuziehen (§. 1). Verfahren dabei (§. 2 u. 3).

5. Gesetz, die Bestrafung der von Kindern unter 14 Jahren verübten Forstfrevel betr. d. d. Br. 16. März 1861. (Ges. u. Ver. S. Nr. 15 S. 71.)\*\*\*)

Haftpflicht der Aeltern (§. 1). Straffreiheit der Kinder, wenn sie nicht aus Muthwillen oder Bosheit gefrevelt haben (§. 2). Nur polizeiliche Maßregeln: Verweis, körperliche Züchtigung und Einsperrung bis zu 4 Wochen sind gegen die zu bestrafenden Kinder anzuwenden (§. 3).

6. Gesetz, betr. Aenderungen im System der für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und für Strassachen bestehenden Rechtsmittel, sowie bezüglich der Entscheidungs-Competenz über Recusationen, Syndicats- und Nichtigkeitsklagen. d. d. Br. 28. März 1861. (Ges. u. Ver. S. Nr. 19 S. 83.)\*\*\*\*)

\*) S. Zeitschrift I. 73. V. 85. VI. 121. VII. 25. 87. 113.

\*\*) S. Zeitschrift IV. 126. VII. 166. VIII. 1. vergl. X. 63. in f.

\*\*\*) S. Zeitschrift VII. 160.

\*\*\*\*) S. Zeitschrift III. 49. IV. 81. IX. 63.

Lebenslängliche Mitglieder des 1. Senats des Obergerichts, welcher als Cassationshof und in Civilprocessen auch bez. in dritter Instanz als Revisionshof entscheidet, zc.

7. Gesetz, die Ergänzung des Ges. v. 5. März 1850, die Errichtung einer Commission zur Prüfung der Candidaten der Rechte zc. betr. d. d. Br. 10. April 1861. (Ges. u. Ver. S. Nr. 22 S. 99.)

Die Rechtsandidaten haben behuf der Zulassung zum juristischen Staatsexamen auch ein Maturitätszeugniß zu produciren.

8. Landtagsabschied, den 10. ordentlichen Landtag betr. d. d. Braunschw. 15. October 1861. (Ges. u. Ver. S. Nr. 60 S. 291.)

9. Gesetz, die Befugniß zum Betriebe von Mahlmühlen betr. d. d. Brschw. 6. Februar 1862. (Ges. u. Ver. S. Nr. 7 S. 13.)\*

10. Gemeiner Bescheid H. Obergerichts: das hinsichtlich der Notare bestehende Verbot der Advocatur und Procuratur in solchen Rechtsangelegenheiten, in welchen sie als Beamte der freiwilligen Gerichtsbarkeit thätig gewesen sind, betr. d. d. Wolfenbüttel, 12. April 1862. (Ges. u. Ver. S. Nr. 21. S. 115.)\*\*

Das Verbot bleibt bestehen, jedoch ist nicht mit äußerster Strenge zu verfahren, sondern stets zu erwägen, von welcher Bedeutung die vorgenommenen Notariatshandlungen gewesen, und ob durch die Proceßführung wegen solcher Angelegenheiten für die Verhandlung und Entscheidung der Sache Nachtheile zu besorgen sind.

11. Gesetz, die im Besitze von Pflegbefohlenen befindlichen Werthpapiere betr. d. d. Br. 27. Decbr. 1862. (Ges. u. Ver. S. de 1863 Nr. 1 S. 1.\*\*\*)

Werthpapiere, welche den Pflegbefohlenen durch Erbschaft oder auf sonstige Weise zugefallen sind, sind außer Cours zu setzen oder bez. nebst den Talons in gerichtliche Verwahrung zu nehmen (§. 1). Werthpapiere, welche nicht auf hiesige Landescaffen ausgestellt sind, sind in der Regel sofort zu veräußern und nur unter besonderen Verhältnissen beizubehalten (§. 2). Die beizubehaltenden Werthpapiere hat H. Leihhaus aufzubewahren (§. 3). Depositengebühr 1 pro Mille (§. 4). Die Declaration der Ver. v. 8 Novbr. 1703, die Belegung der Capitalien der Pupillen betr., vom 12. Juli 1844 bleibt bestehen (§. 5).

12. Gesetz, die Ergänzung der allgemeinen Deutschen Wechselordnung betr. d. d. Br. 30. April 1863. (Ges. u. Ver. S. Nr. 12 S. 85.)\*\*\*\*)

Execution gleichzeitig gegen die Person und in das Vermögen †) (§. 1). Gegen welche Personen Arrest nicht zulässig (§. 2). Nur eine Geldsumme (§. 3). Zinsversprechen

\*) S. Zeitschrift V. 49.

\*\*\*) S. Zeitschrift VI. 56. VII. 64. VIII. 114. 128.

\*\*\*\*) S. Zeitschrift V. 75. IX. 126.

\*\*\*\*\*) S. Zeitschrift VII. 163.

†) Eine Vorschrift, die bereits in der Civ. Pr. D. §. 261 enthalten ist.

gilt als nicht geschrieben \*) (§. 4). Der Zusatz „ohne Protest“ ist wirkungslos (§. 5). Sicherheitsbestellung von dem Acceptanten (§. 6). Fälligkeit auf Anfang oder Ende Monats (§. 7). Bei nicht domicilirten eigenen Wechseln zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Aussteller keine Präsentation und kein Protest (§. 8).

13. Gesetz, die Abänderung der §§. 266 u. 267 der Civ. Pr. Ord. v. 19. März 1850 betr. d. d. Br. 30. April 1863. (Ges. u. Ver. S. Nr. 13 S. 89.)  
Enthält die durch die vorbemerkten Ergänzungen des Art. 2 der Wechselordnung bedingten Aenderungen der Civ. Pr. Ord.

14. Gesetz, die Unwirksamkeit eidlicher Bestärkung von Rechtsgeschäften und die bei einzelnen Geschäften an die Stelle der eidlichen Bestärkung tretenden Formen betr. d. d. Br. 16. Mai 1863. (Ges. u. Ver. S. Nr. 15 S. 183.)\*\*)

Eidliche Bestärkung solcher Geschäfte, welche, nach dem bestehenden Rechte ungiltig und anfechtbar, durch dieselbe Giltigkeit erlangen oder vor Anfechtung gesichert werden sollen, wird verboten, und ist jeglicher zu solchem Zwecke abgeleistete Eid als unwirksam und unkräftig anzusehen (§. 1). — Bürgschaftsleistungen, Bestellung von Pfändern oder Hypotheken oder andere Intercessionen von Frauenzimmern für fremde Verbindlichkeiten, imgleichen Entfagungen der Frauenspersonen auf ihnen zustehende Pfand-, Hypotheken- oder Vorzugsrechte, soweit deren Giltigkeit nach dem bisherigen Rechte durch eidliche Bekräftigung bedingt ist, sind giltig, wenn die Verpflichtung oder Entfagung vor Gericht oder vor Notar und Zeugen erklärt und darüber eine gerichtliche oder Notariats-Urkunde aufgenommen wird (§. 2). Gleichfalls sollen Veräußerung und Verpfändung unbeweglicher Dotalgüter und Dotalgerechtfame auch für die Ehefrau wirksam und verbindlich sein, wenn diese ihre Einwilligung vor Gericht oder vor Notar und Zeugen erklärt hat und darüber eine gerichtliche oder Notariats-Urkunde errichtet worden ist (§. 3). Die Bestimmungen des Ges. v. 19. März 1850, Erwerbung dinglicher Rechte an Grundstücken betr., bleiben unverändert (§. 4). Gegen Geschäfte, welche für Minderjährige oder unter Curatel stehende Personen von den bestellten Vertretern unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften und mit hinzugekommener Genehmigung der obervormundschaftlichen oder Obercuratel-Behörden abgeschlossen sind, kann wegen erlittener Verletzung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht weiter ertheilt werden (§. 5).

## Aus der Praxis.

### Holzberechtigungen, ob Servituten oder Reallasten?\*\*\*)

(Eingesandt.)

In einem unlängst verhandelten Rechtsfalle ist vorstehende Frage Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen geworden. Die ausführliche Mittheilung dieses Rechts-

\*) S. Zeitschrift I. 21. 44. 53. 97. II. 153. 190. III. 90. 169. Ges. u. Ver. Samml. 1856. Nr. 39 S. 195.

\*\*) S. Zeitschrift I. 181.

\*\*\*) S. Zeitschrift III. S. 163; VI. S. 166; VIII. S. 27; IX. S. 11. 208. 212.

fallendes wird um so mehr auf ein allgemeineres Interesse rechnen dürfen, als in neuerer Zeit von Seiten der Forstverwaltung auf die Beseitigung der die Forstcultur oft wesentlich beeinträchtigenden Holzberechtigungen im Wege der Ablösung hingestrebt wird. Der Modus der Ablösung ist bekanntlich verschieden, je nachdem dabei die Vorschriften der Ablösungsordnung oder Gemeinheits-Theilungsordnung zur Anwendung kommen. Holzberechtigungen, wenn sie die Natur von Reallasten an sich tragen, sollen den Bestimmungen der Ablösungsordnung unterliegen, während servitutrechtliche Holzberechtigungen dem Gebiete der Gemeinheits-Theilungsordnung anheimfallen. Ob dieser von H. Landesökonomie-Commission aufgestellte Unterschied gesetzlich gerechtfertigt ist, soll an diesem Orte nicht untersucht werden. Die gerichtliche Cognition hat sich auf die Beantwortung der vorangestellten Frage, deren hohe Bedeutung hiernach auf der Hand liegt, zu beschränken.

Der Rechtsfall ist folgender:

Dem Ackermann Langebartels und Genossen in Neuhoß stehen in den Forsten des ehemaligen Klosters Niddagshausen gewisse Berechtigungen auf Brennholz zu, welche auf Betrieb des verpflichteten Klostergrundes zur Ablösung gebracht werden sollen. H. Cammer, Direction der Forsten, hat in Vertretung des Klosters den desfallsigen Antrag gestellt und hat H. Landesökonomie-Commission darauf das gesetzliche Ablösungsverfahren eingeleitet. Im Laufe der Verhandlungen haben die Berechtigten gegen die Zulässigkeit der Ablösung Einsprache erhoben, worauf von der Fortsetzung des Ablösungsverfahrens Abstand genommen und die Berechtigten unter Feststellung der Streitfrage dahin:

Beruhend die in Rede stehenden Holzberechtigungen auf einem Miteigenthum an den pflichtigen Forsten oder auf einem Servitutrechte?

zum Rechtswege verwiesen sind. Die Berechtigten haben sich für verpflichtet gehalten, die Parteirolle der Kläger zu übernehmen und in dem hierauf erhobenen Proceß ein ihnen zustehendes Servitutrecht in Anspruch genommen.

H. Kreisgericht Braunschweig hat im Erkenntnisse vom 28. October 1862 das Servitutrecht der Kläger anerkannt, und zwar aus folgenden

Gründen:

Kläger haben in der angestellten Klage allerdings nichts angeführt, woraus hervorgeht, daß sie oder ihre Vorfahren die in Rede stehenden Holzberechtigungen als Servituten erworben hätten. Beklagte hat aber auch Thatsachen, nach welchen dieselben als Reallasten angenommen werden müßten, nicht angegeben. So wenig der Beklagte der Beweis zugemuthet werden kann, daß jene Berechtigungen Reallasten seien, ebenso wenig liegt den Klägern der Beweis ob, daß selbige Servituten seien. Demnach muß, abgesehen von aller Beweislast, aus der Beschaffenheit der den Klägern zustehenden Holzberechtigungen und nach den Ansichten, welche sich über die rechtliche Natur von dergleichen Berechtigungen in der Doctrin und Praxis gebildet, die zur Entscheidung stehende Frage beantwortet werden.

Wenn nun auch unter den Parteien feststeht, daß sich der Berechtigte in Betreff der Anweisung und Fällung des ihm zu verabfolgenden Holzes den Anordnungen

gen des Verpflichteten fügen müsse, so unterliegt doch das Recht ungeachtet solcher nur die Form der Ausübung desselben regelnden Vorschriften den allgemeinen Vorschriften des Römischen Rechts. Auf die deutschrechtliche Natur solcher Berechtigungen ist aus jenen Beschränkungen um so weniger ohne Weiteres zu schließen, als selbige in forstpolizeilichen Maßregeln ihre genügende Begründung finden und kann daher, da eine sonstige deutschrechtliche Entstehung der hier in Frage stehenden Berechtigungen und somit deren Natur als Reallasten hier nicht ersichtlich ist, von deren Subsumtion unter den Römischrechtlichen Begriff der Servituten nicht abgesehen werden. Holzberechtigungen als Servituten sind schon dem Römischen Rechte nicht fremd und haben selbst Servituten, bei welchen einige Thätigkeit des dienenden Grundstücks hervorgetreten, Schutz und Anerkennung gefunden.

In der gegen dies Erkenntniß verfolgten Appellationsinstanz hat das Obergericht zu Wolfenbüttel am 16. Februar 1863 das Erkenntniß erster Instanz pure bestätigt aus folgenden

#### Gründen:

Es ist nicht zu verkennen, daß die Verfügung der H. Landesökonomie-Commission vom 1. October 1861 auf das processualische Verhältniß der Parteien nicht ohne materiellen Einfluß bleibt. Beide Theile haben in dem eingeleiteten Ablösungsverfahren über die rechtliche Bedeutung der in Rede stehenden Holzberechtigungen bestimmte Behauptungen aufgestellt, welche von der Gegenpartei bestritten sind. Beklagtin hält die Holzberechtigungen der Kläger für Reallasten, während diese selbige als Servituten angesehen wissen wollen. Es konnte zunächst in Frage gestellt werden, ob Holzberechtigungen überhaupt — einerlei ob Reallasten oder Servituten — ablösbar sind d. h. den Bestimmungen der Ablösungsordnung unterliegen. Der gerichtlichen Cognition ist diese Frage entzogen, da H. Landesökonomie-Commission nach §. 5 des Organisationsgesetzes über die Zulässigkeit der Ablösungen zu entscheiden hat. H. Landesökonomie-Commission hat den Ablösungsantrag der Beklagtin nicht zurückgewiesen und damit zu erkennen gegeben, daß Holzberechtigungen, wenn sie den Charakter von Reallasten an sich tragen, der Ablösung unterworfen sind. Kläger haben auch nicht absolut, sondern nur mit der Beschränkung gegen die Ablösung protestirt, daß ihre Berechtigungen als Servituten der Ablösung entzogen seien. Bei der Feststellung der Streitfrage konnte H. Landesökonomie-Commission die Beklagtin zum Rechtswege verweisen, indem sie von der Voraussetzung ausging, daß der Beklagtin zur Beschaffung ihrer Legitimation der Nachweis obliege, daß die fr. Holzberechtigungen unter den Begriff der Reallasten zu subsumiren seien. Dies ist nicht geschehen, vielmehr sind die Berechtigten zur Anstellung der Klage genöthigt. In dem einen und andern Falle war und ist die klagende Partei der Gefahr ausgesetzt, daß ihre Klage erfolglos bleibt, falls es nicht gelingen sollte, die Natur der Berechtigungen als Reallasten oder Servituten zur Klarheit zu bringen. Weiter ist indeß die Einwirkung der Entscheidung H. Landesökonomie-Commission nicht auszudehnen und insbesondere nicht zuzugeben, daß Kläger durch ihre processualische Stellung verpflichtet seien, den Erwerb ihrer Berechtigungen als Servituten darzuthun. Nicht der Erwerb

der Berechtigungen, sondern die rechtliche Bedeutung derselben ist von H. Landesökonomie-Commission in Frage gestellt. Beiden Parteien war in dem stattgehabten rechtlichen Verfahren gleichmäßig Gelegenheit geboten, alles vorzubringen, was darauf berechnet sein konnte, die rechtliche Natur der fr. Holzberechtigungen ins Klare zu setzen. Eine bestimmte Verpflichtung lag so wenig den Klägern, als der Beklagten ob. Mit Unrecht hat letztere der angestellten Klage die Einrede der mangelnden Substantiirung opponirt. Die thatsächlichen Grundlagen der klägerischen Berechtigungen genügen deshalb vollständig und dreht sich die Streitfrage nur um die rechtliche Bedeutung derselben.

Die *sententia a qua* hat hiernach bei ihren Erwägungen den richtigen Weg eingeschlagen, wenn sie aus der Beschaffenheit der klägerischen Berechtigungen die rechtliche Natur derselben festzustellen sucht. Wenn nun die *sententia a qua* nach Prüfung der in Betracht kommenden Verhältnisse die klägerischen Berechtigungen nicht für Reallasten, sondern für Servituten erkannt hat, hat auch das Gericht zweiter Instanz nach wiederholter Erwägung aller Umstände zu einem anderen Resultate nicht gelangen können.

Servituten und Reallasten haben die gemeinsame Eigenschaft dinglicher Rechte an fremden Grundstücken. Sie unterscheiden sich aber in mehreren Punkten wesentlich von einander. Als charakteristisches Merkmal der Servituten tritt ein Mitbenutzungsrecht am dienenden Grundstücke hervor, welches bei Reallasten ausgeschlossen ist. Dagegen repräsentirt die Reallast ein Obligationsverhältniß d. h. die Verpflichtung des dienenden Grundstücks und für dasselbe dessen Besitzers zu bestimmten Handlungen und Leistungen, was dem Begriffe der Servituten fremd ist (*servitus in faciendo consistere nequit*). Holzberechtigungen als Servituten sind schon dem Römischen Rechte nicht völlig unbekannt. L. 3 §. 1. L. 6 §. 1 D. de serv. pr. rust. 8. 3. Eine *servitus lignandi* findet sich zwar in den Quellen nicht ausdrücklich benannt; allein diese enthalten überhaupt nur die wichtigeren Servituten beispielsweise, besonders solche, deren rechtliche Existenz contentiös gewesen ist. Lunden Servituten S. 59; Rechtslexikon Band 10 S. 195. Allerdings hat der Verpflichtete bei Holzberechtigungen in der Regel etwas zu leisten; indessen wird der Begriff der Servitut dadurch allein nicht ausgeschlossen. Schon in den späteren Zeiten der Römischen Rechtsbildung haben Servituten, bei denen von Seiten des dienenden Grundstücks einige Thätigkeit erfordert wurde, Schutz gefunden. L. 9 D. de serv. pr. rust. 8. 3; L. 2 D. comm. praed. 8. 4. Ueberdem ist die Anweisung, Vorrichtung und Fällung des Holzes von Seiten des Verpflichteten, wofür der Berechtigte regelmäßig eine Vergütung zu entrichten hat, als eine den Begriff der Servitut ausschließende Thätigkeit nicht zu betrachten. Jedenfalls erkennt das einheimische Recht die Holzberechtigungen oder das Beholzungsrecht d. h. das durch ein bestimmtes festgesetztes Maß oder den individuellen Bedarf beschränkte Recht auf Brenn- und Bauholz aus fremden Waldungen, wobei dem Verpflichteten aus polizeilichen oder wirthschaftlichen Gründen das Recht der Vorrichtung und Anweisung zusteht, als Servitut an Waldungen an. Eichhorn Deutsches Privatrecht §. 283 (2. Ausgabe); Gerber Deutsches Privatrecht §. 148 (4. Ausgabe).

Die Rechtsprechung der hiesigen Obergerichte hat sich dieser Ansicht angeschlossen und erklärt namentlich die auf ein gewisses Holzquantum bemessene Berechtigung, insofern dieselbe auf bestimmten Waldungen beruht und bestimmten Grundstücken zuständig ist, als *servitus rustica*, cf. Erf. H. Obergerichts vom 11. April 1859 in Sachen Holtershausen c. Cameram, Erf. H. Cassationshofes in derselben Sache vom 17. December 1859. \*) Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die klägerischen auf den Forsten des Klosters Niddagshausen speciell radicirten Holzberechtigungen als Servituten betrachtet werden müssen.

Beklagtin verfolgte gegen vorstehendes Erkenntniß die Nichtigkeitsbeschwerde, welche jedoch durch Erkenntniß des 1. Senates des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 22. Mai 1863 als unstatthaft zurückgewiesen ist aus folgenden

Gründen:

Die Kläger beziehen als Eigenthümer einzelner Höfe zu Neuhoß verschiedene feste Holzabgaben aus den Forsten des Reviers Niddagshausen, deren Aufhebung gegen Entschädigung in baarem Gelde die Beklagtin verlangt, während Kläger die Ablösbarkeit bestreiten, indem jene von einer Reallast, diese von einem Servitutsrechte ausgehen. Die H. Landesökonomie-Commission ist dadurch veranlaßt, den Streit zur gerichtlichen Entscheidung zu verweisen und hat die Streitfrage in die Formel aufgenommen: ob die Berechtigung der Provocaten auf einem Miteigenthum oder Servitutsrechte an den belasteten Forsten beruhe. Diese Fassung ist dadurch veranlaßt, daß die Provocaten, statt sich darauf zu beschränken, die Reallastnatur der Berechtigung zu bestreiten, dieselbe als ein Servitut dargestellt haben. Sie geht von einer Präsumtion für die Reallast-Eigenschaft aus, während, wenn nicht im Zweifel die Vermuthung mehr für die Servituten-Natur streiten sollte, — Häberlin *Servitut oder Reallast?* in *Schletters Jahrb. der Deutschen Rechtswissenschaft* Band 8. Hft. 4 S. 272 — mindestens zu behaupten ist, daß dafür, ob eine Berechtigung gegen eine Entschädigung in Geld oder in Grund und Boden resp. in beständiger Holzrente aufzuheben sei, keine gesetzliche Präsumtion besteht. Nach der Neuen Landschaftsordnung §. 36 und nach der Ablösungsordnung §. 1 sollen alle privatrechtlichen Reallasten der Ablösung unterworfen sein. Die Ablösbarkeit ist hiernach Regel; aber sie setzt nicht allein privatrechtliche Reallasten, sondern schon Reallasten überhaupt voraus, und für diese Voraussetzung streitet keine Vermuthung. Vom rechtswissenschaftlichen Standpunkte aus hätte die Fassung der Streitfrage also dahin lauten sollen: ob die Berechtigung auf einer privatrechtlichen Reallast beruhe; und die gerichtliche Anregung dieser Frage würde dann der Provocatin zur Last gefallen sein, wieder nach der Regel, daß der Provocant, um das eine oder andere der gedachten beiden Enteignungsgesetze zur Anwendung zu bringen, die geläugneten thatsächlichen Bedingungen und Voraussetzungen desselben nachweisen muß.

\*) S. Zeitschrift IX. S. 208.

Die Feststellung der gerichtlich zu entscheidenden Fragen gehört nun aber zum Wirkungskreise derjenigen Behörde, welche allein die Consequenzen der Entscheidung vorauszusehen vermag und auszuführen hat: der H. Landesökonomie-Commission. Ges. v. 20. December 1834, die Organisation der H. L. u. E. betr. §. 7. Ob und in wiefern dergleichen Streitfragen von ihr richtig formulirt sind, ist der gerichtlichen Entscheidung nicht unterworfen, sondern im Wege des Recurses an H. Staatsministerium zu erledigen. Ges. cit. §§. 2. 15. 30. Ebenso hat die gedachte Behörde — im Interesse der Förderung und Beendigung des Ablösungs- und Theilungsverfahrens — denjenigen Interessenten zu bezeichnen, welcher die festgestellte Frage gerichtlich anhängig machen soll. Allein diese Verweisung des betreffenden Interessenten zum Wege Rechts und die Auflage, seine „Anträge“ bei der Gerichtsbehörde anzubringen, geht nicht über den Zweck gerichtlicher Anregung hinaus und hat keinen Einfluß auf die Art der bei dem Gerichte zu machenden Anträge, ob in Form der Provocation oder Klage \*), noch weniger auf die Beurtheilung der Zulässigkeit der gemachten Anträge und auf die Vertheilung der Beweislast, welches Alles der gerichtlichen Entscheidung anheimfällt. Schon aus dem Vorbehalte „gerichtlicher Cognition“ im §. 6 des citirten Gesetzes darüber, „welche Rechte den Interessenten zustehen“, folgt im Allgemeinen die Absicht des Gesetzes, den Parteien und Gerichten innerhalb des Processgebietes freien Raum zur Verfolgung, Vertretung und Feststellung jener streitigen Rechte und ihrer Natur zu gestatten, weil ohne solchen eine gerechte Entscheidung unmöglich ist. Minist. Rescript vom 23. November 1840 in Sachen der Pfarre zu Samleben c. v. Gramm wegen Deputats. — In ähnlicher Weise ist durch Bundesbeschluß v. 15. Sept. 1840 bestimmt, daß, „da die Zutheilung der Parteirolle des Klägers in Streitigkeiten, welche nach Art. 30 der Wiener Schlussacte zur Verhandlung kommen, die Bedeutung nicht hat, wie im gewöhnlichen Processverfahren, an diese uneigentliche Bezeichnung auch keinerlei rechtliche Folgen und namentlich nicht in Beziehung auf Beweislast geknüpft werden können.“

Die Kläger haben sich nun freilich bei der von H. Landesökonomie-Commission formulirten Streitfrage und dabei, daß sie zum Wege Rechts verwiesen wurden, beruhigt, auch nicht eine Provocation, sondern sofortige Klage erhoben. Gleichwohl ist die erste Beschwerde unbegründet. Die Natur eines streitigen Rechtsverhältnisses kann in der Regel zwar nur aus seiner Entstehung abgeleitet und muß eben diese daher zum Vorwurfe der Beweisführung gemacht werden. Allein in substrato ist die Berechtigung selbst zugestanden, eine actio confessoria oder negatoria zu dem Zwecke einer Verurtheilung oder Freisprechung zu oder von einer Leistung und eine Beweisaufgabe zu diesem Ende würde also nicht mehr stattfinden können, weil dazu kein praktisches Bedürfniß vorliegt. Die H. Landesökonomie-Commission verlangt auch nur zu wissen, ob die Berechtigung auf einem Servitutrechte beruhe

\*) Diese Ansicht möchte bei dem subsidiären Charakter der Provocation, Civ. Pr. Ord. §. 268, nicht festzuhalten sein. Der Einsender.

und die Gerichte, welche sonst die Aufgabe haben, nicht allein zu entscheiden, sondern auch zu verurtheilen, sind nach §. 6. leg. cit. angewiesen, unter Umständen gleichsam auf eine Klage wegen Ablösbarkeit oder Nichtablösbarkeit den nur theoretischen Ausspruch zu thun, „von welcher Beschaffenheit“ streitige Rechte seien. Bei dieser Sachlage war von einer Beweisaufgabe an die Kläger über die Erwerbung einer Servitut abzusehen, vielmehr nach den Umständen des Falles und nach Beschaffenheit der Gerechtsame, deren Aufhebung verlangt wird, von den Gerichten zu entscheiden.

Zur zweiten Beschwerde geht Beklagtin von dem Satze aus: *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat is — — — sed ut aliquid patiat aut non faciat.* L. 15 D. de servit. 8. 1. Dieses Princip ist das noch jetzt geltende Haupt-Unterscheidungsmerkmal zwischen Servituten und Reallasten. An der Hand desselben führt Beklagtin verschiedene Momente an, welche für diese und gegen jene zeugen sollen. Sie legt Gewicht auf das Holz-Sortiment der Berechtigung: Abschlagswesen, zu deren Gewinnung eine Thätigkeit, das Fällen von Bäumen nöthig werde. Allein auch von stehen bleibenden Bäumen können Wasen abgeschlagen und immerhin noch von Stammwasen unterschieden werden. Außerdem darf bei Errichtung einer Servitut vorausgesetzt werden, daß in ausgedehnten Forsten Bäume gezogen und gefällt werden. Endlich kennen schon die Römer die Verpflichtung des Eigenthümers einer lasttragenden Mauer, dieselbe zur Erfüllung einer Dienstbarkeit herzustellen. L. 8 §. 2 D. si serv. vind. 8. 5; Weiske Rechtslexikon Bd. 10 S. 165; und das Deutsche Recht dehnt diesen Satz dahin aus, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks dinglich verpflichtet werden dürfe, die Sache in solchem Zustande zu erhalten, daß sie sich zur Ausübung der nicht in einem Thun bestehenden Dienstbarkeit eignet. Bluntschli Deutsches Privatrecht I. §. 86. Anal. Gem. Theil. D. §. 194. — Beklagtin legt ferner Gewicht darauf, daß der Eigenthümer der belasteten Forsten das abzugebende Holz fällen, zur Empfangnahme zu richten und bereit legen zu lassen habe. Sie deducirt daraus, daß ihre Verpflichtung in einem *facere praestare* bestehe und jenseits nachzuweisen sei, daß ihre zunächst vorliegende positive Thätigkeit auf polizeilichen Vorschriften beruhe oder ihr Interesse zum Zwecke habe. Es wird aber von allen Germanisten gelehrt und ist in zahlreichen Fällen erkannt, daß die Zubereitung der Holzabgaben Seitens des Verpflichteten mit der Servituten-Eigenschaft der Berechtigung verträglich sei. Aus dem von der Beklagtin selbst producirten Protocolle des Local-Commissarius vom 26. October 1860 geht hervor, daß die Kläger die Bereitelöhne erstatten müssen und sich bereit erklärt haben, den in den letzten 10 Jahren durchschnittlich bezahlten, von der Beklagtin nachzuweisenden Betrag dieser Löhne, also nicht etwa eine Gegenleistung, sich absetzen zu lassen. Dieser Umstand spricht laut für die Servituten-Natur, denn er reducirt die Verpflichtung des Forsteigenthümers im letzten Erfolge auf ein *pati*, weil die zum Bezuge der Holzabgabe erforderliche gesammte Thätigkeit zwar (aus wirthschaftlichen oder polizeilichen Gründen) von ihm, aber doch nur, gleichsam vermöge gesetzlichen Mandats, für den Berechtigten und gegen dessen Vergütung, mithin nach juristischem Begriffe von Letzterem geleistet wird.

Daß es in benachbarten deutschen Gebieten und im Herzogthum Braunschweig selbst Holzberechtigungen geben kann, welche als Reallasten zu betrachten sind, mag nicht bestritten werden. Andererseits ist die Einflusslosigkeit der Ansicht von Verwaltungsbehörden, worauf Beklagtin ein weiteres Gewicht legt, und des Ausfalles von nicht streitig gewordenen Ablösungsfällen auf die nach erschöpfender gegenseitiger Discussion erforderliche richterliche Beurtheilung streitiger Gerechtfame außer Zweifel. In dem (bei der heutigen Verhandlung verlesenen) Ministerialrescripte vom 27. November 1846, die Ablösung der Holzcompetenz des Rittergutes Kl. Vahlberg betreffend, wird zwar deducirt, daß unter den von dem Umfange der Ablös. Ord. (§. 4 Nr. 2) ausgenommenen „Holzberechtigungen“ und unter den in der Gemeinh. Theil. Ord. §. 2 gedachten „Holzberechtigungen irgend einer Art“ nach §. 1 *ibid.* nur die auf Miteigenthum oder Servitut beruhenden zu verstehen seien, um so mehr, als es sonst in der Gem. Th. Ord. an allen Specialbestimmungen über Holzrenten anderer Art fehle. Wird dagegen berücksichtigt, daß jene allgemeinsten Ausdrücke einer Beschränkung bedurft hätten, daß der Entwurf zur Ablösungs-Ord. die Holzberechtigungen schlechtthin der Gemeinh. Th. Ord. zuweist und nach den Redactionsbemerkungen hieran materiell nichts geändert werden sollte; cf. ständische Verhandlungen, Gesetz-Entwurf 183<sup>3</sup>/<sub>4</sub> Anl. B.; Red. Bemerk. 1834. 102. Anl. I.; — daß die Ablös. Ord. keine Specialbestimmungen über Holzrenten enthält, wie dergl. z. B. in den §§. 92 u. 93 zu erwarten wären, so muß angenommen werden, daß die Gesetzsammlung entweder alle Holzberechtigungen aus Miteigenthum oder Servitut ableitete oder sie alle — aus materiellen Gründen — den Regeln der Separation unterwerfen wollte\*).

Neuester Zeit wurde in zwei hiesigen Processen über eine ungemessene und eine gemessene Holzberechtigung in oberster Instanz ausgesprochen, daß die in Frage stehenden Gerechtfame nicht Reallasten, sondern (deutsch resp. römischrechtliche) Servituten seien;

Erk. des Cassationshofes v. 5. Juli 1859 in S. Cramer v. Clausbruch c. Cameram, cf. Zeitschrift f. Rechtspf. Jahrg. 1859 S. 166; Erk. desselben Gerichtshofes v. 17. Dec. 1859 in S. Holtershausen c. Cameram, cf. Zeitschrift f. Rechtspflege Jahrg. 1862 S. 208—12; Seufferts Archiv Bd. 14 S. 185;

und in beiden Fällen auf eine allgemeine Rechtsansicht und constante Praxis der hiesigen Gerichte hingewiesen.

Für die Auffassung der Kläger sprechen noch einige andere Momente.

\*) Die exceptionelle Stellung von Holzberechtigungen, anderen Berechtigungen gegenüber, läßt sich vom legislatorischen Standpunkte leicht rechtfertigen. Während sonstige ländliche Producte in regelmäßig wiederkehrenden kurzen Zeiträumen sich mit Leichtigkeit erzeugen lassen und ihrer Werthermittlung Schwierigkeiten nicht entgegenstellen, nimmt nicht allein die Holzcultur sehr lange Perioden in Anspruch, sondern der Werth des Holzes unterliegt auch beträchtlichen Schwankungen und ist der Berechtigte nicht selten außer Stande, den Ausfall desselben durch ein anderweites Aequivalent zu decken.

Auch die sonstige hierländische Gesetzgebung hat bei Behandlung der Holzabgaben mehr die Servitut als die Reallast vor Augen: laut §. 129 des Forststrafgesetzes v. 26. Juli 1837 wird — als Regel — dem Berechtigten die freie Disposition über die Abgabe ganz allgemein, also auch über die gemessene, entzogen: eine Beschränkung, welche bei der Reallast nicht gerechtfertigt sein dürfte, bei der Prädialservitut dagegen in der Ordnung ist. L. 5 §. 4 D. de serv. pr. rust. 8. 3 (quatenus ad eum ipsum fundum opus sit); Pufendorf observ. 124.

Der ursprüngliche Zweck und historische Kern der Reallasten: Anerkennung irgend eines Herrschaftsverhältnisses oder Gewährung eines Aequivalents für die Benutzung eines Gutes — Mittermaier Deutsches Priv. Recht ed. 6. I. §. 172; Eichhorn D. Pr. R. §. 159; Bluntschli D. Pr. R. I. §. 89; Häberlin und Schletter loc. cit. — ist in dem Verhältnisse der klägerischen Bauerhöfe als Berechtigten zu der Forstherrschaft als Verpflichteten im Geringssten nicht wahrzunehmen; und wenn auch spätere Bildungen jenen Zweck und Kern verlassen haben mögen, so fehlt doch in concreto mit seinem Mangel ein sonst entscheidendes Criterium für die Annahme einer Reallast.

Andererseits widerspricht die Gemessenheit der streitigen Berechtigung ihrer Servituten-Natur nicht. Die ursprünglich gemessen verliehene oder später ohne Novation fixirte Servitut ist doch nicht unveränderlich, wie eine Reallast, da sie nach der Regel von der Erhaltung der Substanz des belasteten fundus — L. 10 D. de usufr. 7. 1 — bei abnehmender Leistungsfähigkeit des fundus serviens einer Beschränkung unterliegt.

Wenn auch die deutschrechtliche Prädialservitut an der Stelle des fundus dominans eine Corporation, Genossenschaft oder ähnliches Rechtssubject als Berechtigten kennt und andererseits der Reallast-Berechtigte der jeweilige Besitzer eines fundus sein kann, so ist doch Beides eine mehr zufällige als regelmäßige Erscheinung. Werden die bestehenden Rechtsverhältnisse als regelmäßige Bildungen angesehen, was im Zweifel geschehen muß, so weisen die fundi dominantes dem fundus serviens gegenüber zunächst auf die Römische Prädialservitut hin, Bluntschli l. c. §. 86. §. 90; Pfeiffer pract. Erört. Bd. 8 S. 174. 176. Dabei verschlägt es nicht, daß der fundus serviens nicht aus einem bestimmten Walde oder Waldtheile, sondern aus einem Forstreviere besteht, Häberlin u. Schletter loc. cit.

---

**Wenn ein Erkenntniß einen Zahlungsbefehl bezüglich der Processkosten enthält, so wird deren Feststellung durch den Eintritt der Gerichtsferien nicht gehindert.**

In der Processsache Saamkopf w. Braumers wurde Beklagter mittelst Erkenntnisses vom 12. Juli 1862 verurtheilt, der Klägerin die Processkosten praev. liquid. zu erstatten. Klägerin liquidirte diese Kosten am 16. Juli, also während der Gerichtsferien. Das Stadtgericht Braunschweig setzte die Kosten am 9.

August fest, erließ Zahlungsaufgabe an Beklagten und verfügte am 8. September die Execution. Der Beklagte behauptete die Nichtigkeit der Bescheide vom 9. August und 8. September, weil ersterer während der Ferien erlassen sei, und verfolgte Berufung, welche jedoch von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 31. Januar 1863 verworfen wurde,

in Erwägung:

daß das Erkenntniß vom 12. Juli v. J. einen Zahlungsbefehl bezüglich der Proceßkosten für den Beklagten enthält und daher die auf Grund desselben gestellten Anträge und die auf diese zu erlassenden und erlassenen Verfügungen durch den Eintritt der Gerichtsferien nicht gehindert worden, §. 4 des Gesetzes vom 4. Juli 1851 Nr. 24, und wenn dies nicht richtig wäre, dem Beklagten dagegen nicht das Rechtsmittel der Berufung, sondern allenfalls nur das des Recurses zugestanden haben würde.

### **Städtische Feldhüter sind nicht Beamte im Sinne des Criminalgesetzbuches.**

Der Staatsanwalt zu Helmstedt hatte bei dem dortigen Kreisgerichte den Feldhüter Meyer zu Schöningen wegen Eidesbruchs angeklagt, weil Meyer sich von dem Viehhändler Sack 5 Thlr. habe versprechen lassen und auch angenommen habe damit er mehre von dem Sack auf Schöninger Feldmark begangene Hundefrevel, welche er wahrgenommen und als beeidigter Feldhüter der Stadt Schöningen bei der Behörde zum Zwecke der Bestrafung zur Anzeige zu bringen hatte, nicht anzeige. Das Kreisgericht Helmstedt erklärte sich am 23. Juli 1862 für incompetent, Str. Pr. Ord. §. 84 Nr. 1,

in Erwägung:

1) daß als Beamte im Sinne des Cr. Ges. B. auch diejenigen Personen zu betrachten sind, welche nach der Städte-Ord. zu den Beamten 2. Classe gehören, C. G. B. §. 78 Abs. 2, die städtischen Beamten 2. Classe, die Hilfs- und Unterbeamten in der Weise zu bestellen sind, daß der Magistrat drei taugliche Personen den Stadtverordneten präsentirt, diese aus den Präsentirten Einen auswählen und der Gewählte von dem Magistrate in Eid und Pflicht genommen und zu seinem Dienste angewiesen wird, Städte-Ord. v. 4. Juni 1834 §. 110; revidirte Städte-Ord. v. 19. März 1850 §. 122. 123, und der Angeklagte in dieser Weise als Feldhüter der Stadt Schöningen gewählt, bestellt, eidlich verpflichtet und zu seinem Dienste angewiesen, mithin derselbe zu den Unterbeamten der Stadt Schöningen zu zählen ist;

2) überdem auch die Feldhüter rücksichtlich der Feldwrogen Beamte der gerichtlichen Polizei sind, Ges. v. 19. März 1850 Nr. 15, die gerichtliche Polizei betr. §. 3b.;

3) die Bestimmungen über die Amtsverbrechen auf alle Gemeindebeamte, E. G. B. §. 248. 4, mithin auch auf die städtischen Beamten 2. Classe (cf. E. G. B. §. 274. 276. 281) anzuwenden sind;

4) demgemäß die Anschulldigung des Angeklagten unter den Begriff der Bestechung als Verletzung der Dienstpflicht fällt, welche mit Dienstentsetzung und Gefängniß bis von einem Jahre zu bestrafen ist, E. G. B. §. 256, und

5) über Amtsverbrechen, welche mit Dienstentsetzung oder Dienstentlassung als selbstständigen Strafen bedrohet sind, oder über Amtsverbrechen oder über gemeine Verbrechen, deren Bestrafung Dienstentsetzung oder Dienstentlassung zur Folge hat, das Obergericht zu erkennen hat, Ges. v. 4. Mai 1858 Nr. 25 §. 1.

Dieses Erkenntniß wurde von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 23. Septbr. 1862 als nichtig beseitigt und das Kreisgericht angewiesen, anderweit zu erkennen,

in Erwägung:

daß der Angeklagte von dem Magistrate der Stadt Schöningen in der bei Anstellung von städtischen Hilfsbeamten und Gemeindedienern in den §§. 122 u. 123 der revid. Städte-Ord. vorgeschriebenen Weise zum Feldhüter erwählt, zu diesem Dienste angewiesen und eidlich verpflichtet ist; diese Anstellung aber nur ein Privatdienstverhältniß zwischen dem Magistrate und dem Angeklagten begründet hat, und der letztere in der Eigenschaft als Gemeindediener denjenigen Personen nicht beizuzählen ist, welche nach der im §. 78 des E. G. B. gegebenen Werterklärung als städtische Beamte 2. Classe zu betrachten sind; dieser Ausnahme der §. 3 b. des Ges. v. 19. März 1850, die gerichtliche Polizei betr., welcher die Feldhüter rücksichtlich der Feldwrogen als Beamte der gerichtlichen Polizei bezeichnet, nicht entgegensteht, indem dieselben lediglich in Folge des von ihnen eingegangenen Dienstverhältnisses mit der Flurpolizei beauftragt sind, und die in dem gedachten Paragraphen erwähnte amtliche Eigenschaft diesem Privatdienste nur accessorisch hinzukommt, insbesondere auch §. 307 des Pol. Str. Ges. B.'s, wonach der mit der Flurpolizei Beauftragte, wenn derselbe die bei der Verübung von Feldpolizei-Contraventionen betroffenen Frevler nicht zur Anzeige bringt, oder von diesen zu solchem Zwecke Geschenke annimmt, nur polizeilich zu bestrafen ist, jener Annahme entspricht und der öffentliche Ankläger zur Verfolgung des bei Verrichtung eines Privatdienstes begangenen Eidesbruchs befugt erscheint;

daß hiernach die Bestimmungen des E. G. B.'s über Amtsverbrechen auf das zur Anzeige gebrachte Verbrechen keine Anwendung leiden und daher das kreisgerichtliche Erkenntniß vom 23. Juli 1862 nach §. 84 der Str. Pr. D. zu beseitigen ist.

Die Entscheidung der Frage: ob ein Zeuge im Strafproceſſe als testis in propria causa unzuläſſig ſei? kann mit der Nichtigkeitſbeſchwerde nicht angefochten werden.

(Eingekandt.)

Der Muſicus Gerlach hatte gegen den Rothſaffen Schölecke bei dem Kreisgerichte Helmſtedt Anklage wegen Verläumdung erhoben, weil Angeklagter am 26. Juli 1861 ihm und der unverehelichten Kaufmann, ſowie der verheiratheten Gerlach gleichzeitig vorgeworfen habe: ſie alle drei hätten in einer vor dem Amtsgerichte Schöningen verhandelten Privat-Anklagesache der Ehefrau Gerlach gegen den Angeklagten einen falſchen Eid geſchworen. In dieſer Sache war indessen die Gerlach als Anklägerin, die Kaufmann aber als Zeugin wegen Eidesunmündigkeit nicht beeidigt worden, nur der Ankläger war als Zeuge mit dem geſetzlichen Zeugeneide belegt. Zum Beweiſe der kreisgerichtlichen Anklage hatte Ankläger u. a. auf das Zeugniß dieſer beiden Perſonen und die vor dem Amtsgerichte Schöningen ergangenen Privat-Anklageacten Bezug genommen. Im Verhandlungs-Termine am 28. Februar 1862 wies das Kreisgericht Helmſtedt auf vorgängigen Proteſt von Seiten des Vertheidigers des Angeklagten die genannten beiden Zeuginnen als testes in propria causa zurück, weil dieſe die der Anklage zum Grunde liegende Beleidigung in demſelben Maße treffe, als den Ankläger. Außerdem wurden, nach Ausweis des betr. Sitzungs-Protocolls, die vom Ankläger in der Anklage ſpeciell bezeichneten Actenſtücke aus den zum Beweiſe angezogenen Unterſuchungs-Acten nicht verlesen. Nach beendeter Beweiſeaufnahme erklärte der Anwalt des Anklägers, nachdem ihm das Wort verſtattet worden: „nichts weiter anführen zu können.“ Der Angeklagte wurde darauf durch das ſofort publicirte Erkenntniß freigeſprochen.

Gegen dieſes Erkenntniß verfolgte Ankläger auf Grund der §§. 158 und 168 a. der Str. Pr. Ord. die Nichtigkeitſbeſchwerde,

- 1) weil die Zeuginnen Kaufmann und Gerlach als testes in propria causa zurückgewieſen ſeien, indem es ſich hier um Ahndung eines Vergehens im öffentlichen Intereſſe handle, ein etwaiges verurtheilendes Erkenntniß für die Sache der Zeuginnen nicht präjudiciell ſein würde, und letztere um ſo unverdächtiger ſeien, als ſie von dem Vorwurfe des Anklägers weniger getroffen würden, cf. Görz Strafrechtſfälle, 2. Bd. Nr. 120;
- 2) weil die als Beweiſemittel angegebenen Acten nicht vorgelegt resp. im Verhandlungstermine die Actenſtücke u. aus denſelben nicht verlesen ſeien, was aus den unſerm Strafproceſſe zum Grunde liegenden Principien mit Nothwendigkeit folge und durch §. 90 der Str. Pr. Ord. auch vorgeschrieben ſei.

Von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel als Caſſationshofe wurde am 8. April 1862 die Nichtigkeitſbeſchwerde zurückgewieſen

in Erwägung:

daß H. Kreisgericht die weſentliche Proceſſvorschrift, daß vorgeschlagene Zeugen, wenn ſie nicht, wie testes in propria causa, als unzuläſſig erſcheinen, zu ver-

nehmen seien, nicht verletzt hat; die Frage aber, ob Zeugen wegen zu erwartenden Vortheils oder Nachtheils, auch Ehren halber, ein unmittelbares Interesse für ihre eigene Person bei der Sache, in welcher sie deponiren sollen, haben,

L. 10 D. de test. 22. 5; L. 10 C. eod. 4. 20; L. 1 §. 11 D. quando appell. 49. 4; Bayer Civilproceß S. 809 (8. Aufl.); Mittermaier das Deutsche Strafverfahren 2. Abth. S. 254; Derselbe: die Lehre vom Beweise im Deutschen Strafverfahren S. 319,

nach Würdigung thatsächlicher Umstände, welche einer weiteren Beurtheilung in der Nichtigkeitsinstanz sich entzieht, beantwortet werden muß und beantwortet ist, wenigstens gegen den Rechtsbegriff der Zeugniß-Unzulässigkeit nicht verstoßen worden;

daß Ankläger bei der Hauptverhandlung die Vorlesung der in Bezug genommenen Urkunden nicht weiter verlangt und den Schluß der Verhandlung, ohne daß dieselben verlesen sind, hat geschehen lassen; daraus aber seinerseits ein Verzicht auf die Urkunden als Beweismittel anzunehmen ist;

daß hiernach eine Verletzung wesentlicher Vorschriften über das Verfahren — Str. Pr. Ord. §. 158 Nr. 2 — nicht nachgewiesen ist.

---

### **Der dritte Diebstahl, dessen Werthbetrag 2 Thlr. übersteigt, ist criminell zu bestrafen.**

Nach dem C. Ges. B. §. 216 Nr. 2 B. ist der Diebstahl criminell zu bestrafen, wenn der Werth des Gestohlenen 2 Thlr. übersteigt und der Dieb bereits zwei Male wegen Diebstahls polizeilich bestraft ist.

Von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel ist am 5. Mai 1863 in der Untersuchungssache gegen Bundhöler erkannt:

daß nach dem Sinne und dem Grunde der im §. 216 Nr. 2 B. enthaltenen Bestimmung die strengere Abndung, welche ein Dieb deshalb verwirkt, weil er bereits wegen gleicher Vergehen zwei Male eine polizeiliche, also die gesetzlich geringste Strafe erlitten hat, auch in dem Falle eintreten muß, wenn beide Strafen Criminalstrafen, oder nur eine der erlittenen Strafen eine polizeiliche, die andere aber eine härtere Strafe gewesen, da in dem, was mehr ist, immer auch das Wenigere enthalten ist, L. 110 pr. D. de R. J. 50. 17.

---

Redaction: Ed. Gotthard u. C. Koch.

Verleger: Eduard Feibrock.

Druck der Hofbuchdruckerei von Eduard Krampe.

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

Inhalt: Der Sola-Wechsel ohne Zinsversprechen und die Exceptio non numeratae pecuniae. — Der Entwurf des Gesetzes, die Anordnung eines Mahnverfahrens für Schuldsachen betreffend. — Der §. 9 des Gesetzes vom 3. Juli 1853, betr. die Verjährung persönlicher Klagen und die Einführung kurzer Verjährungsfristen für dieselben. — Rückforderung der dos. — Die Kosten für Anschaffung der Trauerkleider der Angehörigen gehören zu den Begräbnisskosten. — Unbestellt überfandte Waaren hat im kaufmännischen Verkehre der Empfänger dem Ueberfender zur Disposition zu stellen. — Der Trassant und Inhaber eines Wechsels ist zur Ausklagung der Wechselsumme gegen den Acceptanten legitimirt, auch wenn die Indossamente nicht gelöst sind. — Bei geschenkten Forderungen geht das Recht auf deren Einklagung mit Perfection der Schenkung sofort auf den Beschenkten als Gessionar über. — Qui tacet consentire videtur. — Das Gesetz vom 29. August 1858, den Gerichtsstand der bei den Amtsgerichten angestellten Richter zc. betr., bezieht sich auch auf Vormundschaftssachen. — Hausfriedensbruch. Zurücknahme der öffentlichen Anklage. — Zur Sportels- und Gebührentaxe der Gerichte und Anwälte in Civilproceffen.

### Der Sola-Wechsel ohne Zinsversprechen und die Exceptio non numeratae pecuniae.

Nachdem der Wechsel seiner ursprünglichen Bestimmung entgegen in Form eines Sola-Wechsels im gewöhnlichen bürgerlichen Verkehre einmal Eingang gefunden hatte, ist die Weise, durch Unterzeichnung eines Sola-Wechsels Verbindlichkeiten, welche auf Geld lauten, insbesondere Darlehen schriftlich festzustellen, immer mehr gebräuchlich geworden, und dieses hatte seine guten Gründe. Denn ein gewöhnlicher Schuldschein war ein Papier, welches dem Gläubiger nicht die gewünschte Sicherheit gewähren konnte; gegen denselben war die Einrede des nicht gezahlten Geldes während des enormen Zeitraums von zwei Jahren statthast; im Schuldscheine verbrieftene Bürgschaften der Frauen hatten keine Gültigkeit; der Executivproceß aus einem noch nicht zweijährigen Schuldscheine war misslich, weil, wenn der Schuldner die exceptio non numeratae pecuniae vorbrachte, Abweisung der Klage die Folge sein mußte. Da nun die Rechtslehrer — wengleich ohne zutreffenden Grund — die Einreden aus dem Senatusconsultum Velleianum und der Authentica si qua mulier gegen Wechsel nicht zuließen, auch gestattet war, durch Prolongationen die Wechselkraft beim eignen Wechsel zu erhalten, und Niemand daran zweifelte, daß im Sola-Wechsel die Verzinsung der schuldigen Summen versprochen werden konnte,

so hat im Laufe der Zeiten der Sola-Wechsel im gewöhnlichen bürgerlichen Verkehre eine solche Verbreitung gefunden, daß, wenn man denselben außer Anwendung setzen oder den Verkehr mit demselben durch Zulassung der den Frauen aus Bürgschaften zustehenden Einreden oder durch das Verbot der Prolongationen oder der Zinsenzusage erschweren wollte, dadurch dem Verkehre ganz erhebliche Schwierigkeiten bereitet werden mußten.

Wenngleich nach unserm Dafürhalten ein genügender Grund fehlte, um bei Sola-Wechseln die Prolongationen behuf Erhaltung der Wechselkraft und das Zinsenversprechen auszuschließen, — das Herzoglich Braunschweigische Patent, die Einführung der allg. Deutschen W. D. für ganz Deutschland betr. v. 11. Januar 1849 setzt im §. 7 die Wirksamkeit der Prolongationen voraus — so hat die allg. Deutsche W. D. dennoch, wenigstens nach Ansicht der Gerichte, auch der Braunschweigischen Gerichte, Prolongationen der Sola-Wechsel als unwirksam und — nach Ansicht der meisten Deutschen Obergerichte — ein Zinsenversprechen als müßig oder die Wechselkraft aufhebend angenommen. Nachdem durch das Braunschweigische Gesetz vom 30. April 1863 in Uebereinstimmung mit den übrigen Regierungen der Deutschen Bundesstaaten, in welchen die allg. Deutsche W. D. zur Anwendung kommt, verordnet ist, daß das in einem Wechsel enthaltene Zinsenversprechen als nicht geschrieben betrachtet werden solle, und dadurch die seither in der Braunschweigischen Rechtsprechung bestandene und durch den Plenarbeschluß des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 4. Oct. 1856 sanctionirte Praxis — nach welcher die Zinsenversprechen wirksam in dem Sola-Wechsel enthalten — außer Anwendung gesetzt und somit dem Publicum der Gebrauch eines Sola-Wechsels an Stelle eines Schuldscheins verleidet und auf's Aeußerste erschwert und das Publicum genöthigt ist, fortan statt des Sola-Wechsels sich des Schuldscheins zu bedienen, wird es nothwendig, daß die Gesetzgebung nicht ferner zögere, durch Entfernung der vollständig und durchaus ungerechtfertigten privilegirten Einrede des nicht gezahlten Geldes dem Publicum die Möglichkeit des Gebrauchs eines Schuldscheins an Stelle des Sola-Wechsels zu gewähren, und wiederholen wir um so dringender den Antrag, den wir in dieser Zeitschrift 1858 Nr. 2 S. 19 an die Herzogliche Landesregierung richteten, um Beseitigung der erwähnten privilegirten Einrede.

---

### Der Entwurf des Gesetzes, die Anordnung eines Mahnverfahrens für Schuldsachen betreffend.

Wiederholt haben wir in dieser Zeitschrift auf die Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit der Einführung eines s. g. Mahnverfahrens behuf Beseitigung einer bedeutenden Masse von Civillagen, durch welche ganz unnöthiger Weise Jahr aus Jahr ein die Zeit der Richter und der Anwälte und das Geld des Publicums in Anspruch genommen wird, aufmerksam zu machen versucht. Wir freuen uns nunmehr berichten zu können, daß die Herzogliche Landesregierung den Entwurf eines Gesetzes, betr.

die Einführung des Mahnverfahrens, hat ausarbeiten lassen, und liegt dieser Entwurf derzeit dem Ausschusse der Landesversammlung vor.

Der vorgelegte Entwurf harmonirt im Allgemeinen mit demjenigen Entwurfe, den wir auf Grund bereits durch die Erfahrung geprüfter und bewährter Gesetze über denselben Gegenstand in dieser Zeitschrift 1858 Nr. 3 vorzulegen uns erlaubt haben. Wir dürfen es uns gestatten, zu dem Regierungsentwurfe diese wenigen Bemerkungen hier niederzulegen.

Dem Gläubiger bleibt nach dem Entwurfe die Wahl, gegen den Schuldner processualisch zu verfahren oder gegen ihn einen Zahlungsbefehl zu erwirken. Diese Bestimmung ist nothwendig; ein Zwang des Gläubigers, zunächst durch dieses Verfahren die Realisirung seines Anspruches zu versuchen, würde ihn, der regelmäßig weiß, ob er Widerspruch zu erwarten habe oder nicht, und der begreiflich sich auf kürzestem und auf dem am wenigsten kostspieligen Wege sein Recht zu verschaffen suchen wird, an rascher Verfolgung seines Anspruches hindern.

Der Entwurf ordnet das Verfahren an behuf Geltendmachung aller persönlichen Forderungen, deren Gegenstand in bestimmten Geldsummen oder Quantitäten anderer vertretbaren Sachen besteht. Nach unseren Erfahrungen, die wir in einer langjährigen umfangreichen Praxis, in der wir Ansprüche Braunschweigischer Landeseinwohner gegen Hannoversche Landeseinwohner vor den Hannoverschen Amtsgerichten zu realisiren strebten, gemacht haben, wird die Bestimmung, daß auch wegen Quantitäten anderer vertretbarer Sachen das Mahnverfahren stattfindet, ohne Bedeutung bleiben; denn so oft nicht Geld Gegenstand des Anspruches ist, wird entweder der Anspruch vom Schuldner beanstandet, oder es wird bei Verfolgung von Quantitäten anderer vertretbarer Sachen als Geld zugleich die Qualität von Erheblichkeit und in Folge davon ein weiteres Verfahren erforderlich sein. Indes ist die Beibehaltung jener Bestimmung ebenso wenig nützlich als schädlich.

Der Entwurf limitirt den Betrag der Forderungen nicht. In der That liegt kein Grund vor, den Gläubiger einer größeren Summe nicht an den Wohlthaten des Mahnverfahrens Theil nehmen zu lassen; der Entwurf ergiebt sich in dieser Beziehung als vollständig gerechtfertigt.

Der Entwurf gestattet dem Schuldner, bei Zustellung des Zahlungsbefehls den Widerspruch dem Gerichtsdienere mündlich zu erklären. Wir halten dies nicht für angemessen, es werden dadurch leicht Unordnungen herbeigeführt; wir empfehlen die Bestimmung: der Schuldner kann bei Zustellung des Zahlungsbefehls dem Gerichtsdienere den Widerspruch erklären; dies kann jedoch wirksam nur schriftlich unter dem Zahlungsbefehle geschehen und hat Schuldner die betreffende Erklärung mit seinem Namen zu unterzeichnen.

Der Entwurf bestimmt, daß der Bevollmächtigte behuf Erwirkung des Zahlungsbefehls eine schriftliche Vollmacht nicht vorzulegen brauche. Diese Bestimmung könnte unangemessen erscheinen. Indessen wir können bezeugen, daß die gleiche Vorschrift in dem Hannoverschen Gesetze, betr. die Einführung des Mahnverfahrens, vom 27. Juli 1852, keine Inconvenienzen herbeigeführt hat, und da bei dieser Be-

stimmung Zeit und Geld gespart wird, so empfehlen wir die Beibehaltung dieser Bestimmung.

Wenn der Entwurf vorschreibt, daß bei dem Antrage auf Vollstreckbarkeitsklärung der Mandatar eine schriftliche Vollmacht vorzulegen habe, so ist dieses gewiß gerechtfertigt; die Vorschrift aber, daß die Vollmacht beglaubigt sein müsse, steht im Widerspruch mit den Bestimmungen der Civ. Pr. Ord., nach welchen der Mandatar bei den Amts- und Stadtgerichten einer beglaubigten Vollmacht nicht bedarf. Dieser Widerspruch darf nicht bestehen bleiben. Da nun, wie die Erfahrung gelehrt hat, aus den Bestimmungen der Civ. Pr. Ord. Inconvenienzen bisher nicht entstanden sind, so geben wir anheim, von der Beglaubigung dann abzusehen, wenn ein Anwalt als Mandatar auftritt.

Der Entwurf bestimmt, daß die Kosten, die durch Vertretung eines Anwaltes entstehen, der in die Kosten verurtheilten Partei nicht zur Last zu legen sind. Wir halten diese Vorschrift an sich für gerechtfertigt; diese Bestimmung harmonirt aber nicht mit den Vorschriften der Civ. Pr. Ord. und würde die berechtigten Interessen der Anwälte beeinträchtigen, daneben auch die Wirksamkeit des Gesetzes gefährden, und deshalb erachten wir diese Bestimmung für jetzt nicht gerechtfertigt. Gerechtfertigt ist an sich die Bestimmung, weil die Thätigkeit, welche der Mandatar im Mahnverfahren zu entwickeln hat, keineswegs zum Ressort des Anwaltes gehört; der gewöhnliche Geschäftsmann wird die Interessen der Partei im Mahnverfahren vollständig vertreten können. Nach der Civ. Pr. Ord. aber ist die Bearbeitung aller Rechtsfachen, die vor den Gerichten verhandelt werden, zum Ressort des Anwaltes verwiesen, wenigstens derjenigen, deren Gegenstand einen Werth von über 50 Thlr. repräsentirt, und in allen Sachen ist die zum Kostenersatz verpflichtete Partei verpflichtet, die Kosten des Anwaltes zu vergüten. Da nun erfahrungsmäßig der bei weitem größte Theil der Rechtsfachen, welche vor den Gerichten verhandelt werden, liquide Forderungen betreffen, da der größere Theil dieser Rechtsfachen bisher durch Anwälte bearbeitet wurde, und diese nach Maßgabe der bestehenden Gesetzgebung dadurch einen nicht unbeträchtlichen Theil ihres Einkommens erzielten, so würden, wenn jene Bestimmung im Gesetze beibehalten und was zum Mahnverfahren gehört, in solchem bearbeitet würde, die Braunschweigischen Anwälte einen namhaften Theil ihres Einkommens einbüßen müssen; sie würden genöthigt werden, so oft — was von Jahr zu Jahr seltener der Fall sein wird — ihnen die Ordnung liquider Forderungen anvertraut würde, das Mahnverfahren außer Acht zu lassen und die Forderungen durch gerichtliche Klagen zu verfolgen; gleichzeitig würde das Institut der Winkeladvocaten mit allen seinen schädlichen Wirkungen entstehen. Eine weise Gesetzgebung wird jederzeit bei Herstellung neuer Institutionen die berechtigten Interessen derer ins Auge fassen, welche von diesen neuen Institutionen berührt werden, und wird Sorge tragen, daß die neue Aera, soweit thunlich, ohne Verletzung solcher Interessen beginne. Da aber die Braunschweigischen Anwälte durch die bestehende Gesetzgebung wesentlich darauf hingewiesen wurden, durch Bearbeitung liquider Rechtsfachen ihren Lebensunterhalt zu erwerben, in Aussicht darauf unsere Anwälte der

anwaltlichen Praxis sich widmeten, da durch Entziehung eines großen Theils derjenigen Geschäfte, welche bisher zum Ressort der Anwälte gehörten, das Territorium, auf dem die Anwälte sich bewegen könnten, ein so geringes werden würde, daß kaum die Hälfte der jetzt lebenden Anwälte — wenn anders sie auf gewissenhafte Weise arbeiten — eine genügende Beschäftigung finden würden, so glauben wir, wird die Gesetzgebung in der Lage sein, dieser Bestimmung im Entwurfe die größte Aufmerksamkeit widmen zu müssen, und geben wir anheim, in Uebereinstimmung mit dem Hannoverschen Gesetze, welches die Kosten der Vertretung des Anwaltes im Mahnverfahren der zum Kostenersatze verpflichteten Partei auferlegt, eine gleiche Vorschrift anzuordnen.

Was aber die Gebühren der Anwälte betrifft, so werden solche dann im eigenen Interesse der Anwälte mäßig festzusetzen sein, auf der anderen Seite aber wieder in einer Weise, daß der Anwalt für seine Thätigkeit eine entsprechende Vergütung und genugsame Veranlassung findet, sich, so oft muthmaßlich liquide Forderungen in Frage stehen, des Mahnverfahrens zu bedienen.

Wenn dereinst die Zahl der Anwälte sich also vermindert hat, daß diejenigen Rechts Sachen, deren Bearbeitung die Thätigkeit eines rechtskundigen Vertreters nothwendig machen, ausreichend sind, um den dann lebenden Anwälten ein genügendes Auskommen zu sichern, dann wird die Zeit sein, daß die Gesetzgebung, welche im Jahre 1832 die Anwälte aus den Stadt- und Amtsgerichten entfernte, im Jahre 1850 aber den Anwälten nicht bloß die Entfaltung ihrer Thätigkeit vor allen Gerichten überließ, sondern das Publicum, sogar den Rechtskundigen und sogar den Richter nöthigte, bei Verfolgung illiquider und liquider Ansprüche, wenn solche einen Werth von über 50 Thlr. haben, sich der Vertretung durch einen Anwalt zu bedienen, das Gesetz betr. das Mahnverfahren einer Revision unterwerfe und dann in Erwägung ziehe, ob ohne Verletzung berechtigter Interessen die allegirte Bestimmung in dem Gesetze aufzunehmen sei.

### **Der §. 9 des Gesetzes vom 3. Juli 1853, betr. die Verjährung persönlicher Klagen und die Einführung kurzer Verjährungsfristen für dieselben.**

Nachdem, wie wir dafür halten, mit dem 22. Juli 1863 der §. 9 des allegirten Gesetzes in Betreff der zehnjährigen Verjährung bei solchen Forderungen (rect. Klagen), welche zur Zeit der Publication des Gesetzes (am 14. Juli 1853), bereits fällig waren, in Wirksamkeit getreten ist, haben sich Zweifel erhoben, ob in der That der 21. Juli 1863 der letzte Tag der laufenden zehnjährigen Verjährung sei und nicht vielmehr als solcher der 31. December 1863 angenommen werden müsse. Wir halten diese Zweifel für nicht begründet. Das Gesetz schreibt vor: Alle rein persönlichen Klagen verjähren binnen zehn Jahren, nur die Klagen aus gewissen genau bezeichneten Forderungen verjähren bereits mit dem Ablauf von 2 und 4 Jahren oder in kürzerer Zeit. Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an

welchem die Forderung klagbar wurde; nur bei den der 2- und 4jährigen Verjährung unterliegenden Klagen beginnt die Verjährung erst mit dem letzten Tage desjenigen Jahres, in welchem die Forderung klagbar wurde, oder wie das Gesetz sich ausdrückt, in welchem die Klage entstanden ist. Der §. 9 verordnet:

Gegen solche Forderungen (rect. Klagen), welche zur Zeit der Publication des Gesetzes bereits fällig waren, können die in demselben vorgeschriebenen kürzeren Fristen nur vom letzten December 1853 an gerechnet werden.

Wenn man anzunehmen berechtigt wäre, daß der Ausdruck „kürzeren Fristen“ im Gegensatz zu der früheren dreißig- oder mehrjährigen Verjährung gebraucht sei, so würde nothwendig die Ansicht richtig sein, daß die neue zehnjährige Verjährung für solche Forderungen, welche bereits vor dem 22. Juli 1853 klagbar waren, erst vom letzten December 1853 an gerechnet werden könne. Jene Annahme ist aber nicht gerechtfertigt. Das Gesetz schreibt als Regel die zehnjährige Verjährung vor, bei gewissen Klagen stellt das Gesetz eine kürzere Frist, nämlich eine 4- und 2jährige fest und bestätigt die bereits gesetzlich bestehenden noch kürzeren Fristen; es kann mithin mit den kürzeren Fristen nur die 2- und 4jährige Verjährung gemeint sein.

Würde die gegentheilige Ansicht richtig sein, so würde das auffallende Resultat hervortreten, daß diejenigen Klagen, welche der zehnjährigen Verjährung unterliegen, insofern sie vor dem 22. Juli 1853 bereits entstanden waren, erst mit dem 31. December 1863, dagegen diejenigen Klagen, die erst nach dem 21. Juli 1853 entstanden sind, z. B. am 1. September 1853 bereits mit Ablauf von 10 Jahren, also bereits am 1. September 1863 der Verjährung anheimfallen.

Um so mehr wird die hier vertheidigte Ansicht gerechtfertigt erscheinen, da das Gesetz sich selbst als Gesetz ankündigt, welches kurze Verjährungsfristen einführt, nämlich als Regel gegenüber der bisher bestandenen Verjährung die zehnjährige Verjährung, in besonderen Fällen aber noch kürzere Fristen vorschreibt.

Dabei dürfen wir aber nicht verschweigen, daß der §. 9 ferner dieses vorschreibt:

Bedarf es zur Vollendung der bereits angefangenen Verjährung nach den bisherigen gesetzlichen Vorschriften nur noch einer kürzeren Frist als der in diesem Gesetze bestimmten, so hat es bei jener kürzeren Frist sein Bewenden, woraus hervorzugehen scheint, daß in diesem zweiten Theile des §. 9 der Ausdruck „noch kürzere Frist“ im Gegensatze zu der 10-, 4- und 2jährigen Verjährung gebraucht sei. Da man indessen viel eher in der Lage ist, dem Gesetze den Vorwurf einer mangelhaft präcisen Fassung, als den einer inconsequenten Bestimmung zu machen, so wird das durch Beachtung des zweiten Theiles des §. 9 erregte Bedenken sich dennoch als grundlos erweisen.

## Aus der Praxis.

### Rückforderung der dos.

In Sachen Koch w. Kircher hat das Obergericht zu Wolfenbüttel am 23. October 1862 erkannt:

Das Recht der Ehefrau zur Rückforderung der dos tritt nach den Gesetzen bei Vermögensverfall des Ehemannes ein, aber nicht nur dann, wenn bereits Concurſ erkannt ist, sondern auch dann, wenn überhaupt der Ehemann in Armuth geräth. L. 29. 30. Cod. de iure dot. 5. 12; Nov. 97 cap. 6; Puchta Pand. §. 416; Seuffert Archiv Bd. IV. Nr. 57.

### Die Kosten für Anschaffung der Trauerkleider der Angehörigen gehören zu den Begräbniskosten. \*)

In der Rechtsſache Ebert w. Ebert wegen Erbtheilung sprach sich das Obergericht zu Wolfenbüttel am 7. Januar 1863 dahin aus:

Da die Klägerin als Ehefrau des gemeinschaftlichen Erblassers von diesem Kleidung und Unterhalt in Anspruch zu nehmen hatte, so kann dieselbe, wenn auch nicht nach gesetzlichen Vorschriften, so doch nach der Praxis der hiesigen Gerichte den Ersatz der Kosten der bei dem Tode ihres Ehemannes angeschafften Trauerkleider aus dessen Nachlasse verlangen. Auf dieses Recht ist sowenig der Umstand, ob die Klägerin selbst begütert ist oder nicht, als der, ob Concurſ über den Nachlaß ihres Ehemannes ausgebrochen ist oder nicht, als endlich der, ob die Trauerkleider auf Credit angeschafft oder von der Klägerin bereits bezahlt worden, von irgend einem Einflusse. Auch kann bei Ersatz des Anspruches aus der Nachlassmasse von einer Begünstigung der zweiten Ehefrau vor den Kindern erster Ehe nicht die Rede sein, indem sie als Miterbin ihren Antheil zu der Schuld mit beiträgt\*\*).

### Unbestellt übersandte Waaren hat im kaufmännischen Verkehre der Empfänger dem Ubersender zur Disposition zu stellen.

Der Kaufmann Kaiser klagte gegen den Kaufmann Teichmann in Hasselfelde auf Bezahlung des Preises für 2 Sack Kleesamen. Der Beklagte gestand den Empfang zu, behauptete aber, nur einen Sack bestellt und den zweiten dem Kläger zur Disposition gestellt zu haben.

Dem Erkenntnisse des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 30. März 1863 entnehmen wir Folgendes:

\*) S. Zeitschrift VI. S. 59.

\*\*\*) Die Klägerin war die zweite Ehefrau des Erblassers; die Beklagten dessen Kinder aus erster Ehe.

Wenn es auch in der Doctrin und Praxis streitig ist, ob ein Kaufmann, welcher die ihm unbestellt übersandte Waare annimmt, bloß weil er dazu schweigt, als einwilligend in den proponirten Kauf anzunehmen sei, oder ob die kaufmännische Ordnung verlange, daß der Empfänger, falls er die übersandte Waare nicht zu behalten geneigt ist, dem Absender mit umgehender Post anzeige, er lasse die Waare zu seiner Disposition stehen, Treitschke Kaufcontract S. 67; Brinkmann Handelsrecht S. 300, so wird doch eine solche Verpflichtung alsdann allgemein anerkannt, wenn Absender und Empfänger mit einander in einem dauernden Verkehre stehen. Wird die Anzeige in diesem Falle unterlassen, so liegt darin nach kaufmännischen Grundsätzen eine Genehmigung der Offerte, indem es unter Kaufleuten Gebrauch ist, die Mißbilligung der Handlungen eines Geschäftsfreundes alsobald nach erhaltener Kunde davon auszusprechen. Seuffert Archiv Bd. 1 Nr. 40, Bd. 8 Nr. 36; Treitschke l. c. S. 67; Brinkmann l. c.

Die Behauptung der Remission der übersandten und nicht angenommenen Waare oder deren Stellung zur Disposition involvirt eine wahre Einrede, deren Beweis dem Beklagten obliegt.

Die Disposition des Empfängers über die Waare gilt unbestritten als eine solche concludente Handlung, aus welcher auf die Genehmigung des Kaufs geschlossen werden muß.

---

**Der Trassant und Inhaber eines Wechsels ist zur Ausklagung der Wechselsumme gegen den Acceptanten legitimirt, auch wenn die Indossamente nicht gelöscht sind.**

Die Handlung G. v. Halfern aus Burtscheid legte am 27. Februar 1863 beim Stadtgerichte Braunschweig ein Accept des Commis Hagemann zu Braunschweig vor, Inhalts dessen dieser den von Franz Kolojowsky an eigne Ordre ausgegebenen Wechsel über 60 Thlr. per 5. Nov. 1862 acceptirt, der Aussteller aber den Wechsel an die Klägerin, diese an Peter Steinärts und dieser weiter indossirt hatte, und forderte gegen den Acceptanten Hagemann klagend Zahlung. Auf den Einwand des Beklagten, daß Klägerin nicht legitimirt sei, weil der Wechsel von ihr an einen Dritten begeben worden, wies das Stadtgericht Braunschweig unterm 4. April 1863 die Klage zurück.

Auf die von der Klägerin verfolgte Berufung wurde unterm 30. April 1863 von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel das stadtgerichtliche Erkenntniß aufgehoben und der Beklagte schuldig erkannt,

in Erwägung:

daß, wenn schon der Wechsel nicht den Inhaberpapieren beizuzählen ist, welche ohne Weiteres den Besitzer zur Einforderung legitimiren, doch aus den Artikeln 23, 29 und 36 der Deutschen Wechselordnung folgt, daß der Besitz ein entscheidendes Moment, sowohl bei Lösung der Wechselverbindlichkeit durch den Bezogenen, als auch bei der diese Lösung herbeiführenden Wechselklage ist,

daß ferner, wenn eine Begebung stattgefunden, den Wechselgläubiger eben der Besitz des Wechsels in Verbindung mit einer auf dem Wechsel befindlichen bis auf den Kläger heruntergehenden zusammenhängenden Giroreihe legitimirt;

daß indeß im Falle der Einlösung des nothleidenden Wechsels durch den Aussteller oder einen der Giranten eine derartige Begebung in der Regel nicht stattfindet, der Einlösende vielmehr einfach gegen Befriedigung des Wechselgläubigers durch Aushändigung in den Besitz des Wechsels gelangt und da eine solche Aushändigung der Natur der Sache nach nur gegen volle Befriedigung geschieht, sich mit dem Besitze des Wechsels in der Hand des Einlösenden die Vermuthung der Befriedigung verbindet, somit im Falle der Einlösung der Besitz des Wechsels das bezüglich der Legitimation des Einlösenden gegenüber dem Acceptanten allein entscheidende Moment ist, Borchardt allgem. Deutsche Wechselordnung S. 108; Hoffmann Erläuterung der Deutschen Wechselordnung S. 424 und 429; ferner der einlösende Vormann zwar berechtigt ist, sein eigenes Indossament und die Indossamente seiner Nachmänner auszustreichen, ohne dazu indeß verpflichtet zu sein, Borchardt l. c. S. 37, da der Acceptant jedenfalls aus seinem Accepte verpflichtet bleibt und daher im vorliegenden Falle nichts darauf ankommt, daß das Original des geklagten Wechsels vom 5. September 1862 außer dem auf die Klägerin lautenden Indossament noch das nicht durchstrichene folgende Indossament auf Peter Steinärts enthält.

—

**Bei geschenkten Forderungen geht das Recht auf deren Einklagung mit Perfection der Schenkung sofort auf den Beschenkten als Cessionar über.**

Die Ehefrau des Bergmanns Berger geb. Käse zu Seesen behauptete gegen ihren Bruder, den Ackerbürger Käse daselbst klagend: daß Letzterer, als ihr Vater aus dem Hause desselben fortgezogen sei, 161 Thlr. baar besessen habe, und daß der Verklagte diese 161 Thlr. dem Vater weggenommen und an sich genommen habe hernach habe der Vater ihr, der Klägerin, diese 161 Thlr. geschenkt und sie verlange deshalb vom Verklagten deren Herauszahlung. Die Klägerin wurde von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 18. Juni 1861 für legitimirt zur Klageerhebung betrachtet,

in Erwägung:

daß, die Sachlegitimation betr., die hiesige Rechtsprechung der von bewährten Autoritäten, v. Savigny Obl. Recht. I. S. 243; Arndt Pand. S. 255; Seuffert Pand. S. 298; Puchta Pand. S. 281, vertretenen Ansicht, welcher zufolge die erzwingbare Cession als geschehen zu fingiren ist, so daß der Cessionar für seine Klage gegen den Schuldner schon durch die Nachweisung der dem eigentlichen Gläubiger obliegenden Verpflichtung zur sofortigen Cession ad causam legitimirt wird, sich angeschlossen hat;

daß die Schenkung nicht minder, wie der Kauf die Verpflichtung zur Tradition des

Vertrags-Objectes erzeugt, bei jener wie bei diesem daher die Regel gilt, daß der zur Leistung einer Sache Verpflichtete auch die solche betreffenden Forderungen abtreten muß, in welcher Beziehung die Gesetze namentlich die Verbindlichkeit des Verkäufers, die ihm wegen Diebstahls (*vindicatio, actio furti, cond. furtiva*), Raubs, gewaltthamer Besitzentziehung, geschehener oder zu befürchtender Beschädigung, Evictionsleistung zustehenden Klagen dem Käufer abzutreten, erwähnen, Mühlenbruch Cess. S. 406; L. 14 pr. D. de furt. 47. 2; L. 13. §. 12 L. 31 pr. D. de act. E. V. 19. 1; L. 38. D. de evict. 21. 2;

daß insbesondere bei geschenkten oder gekauften Forderungen das Recht mit Perfection der Schenkung bez. des Kaufs sofort auf den Beschenkten resp. Käufer als Cessionar übergeht und mittels der *actio utilis* verfolgt werden kann, Mühlenbruch Pand. 4. Ausg. §. 441; L. 33 C. de don. 8. 54. vergl. mit L. 8. 9. C. de hered. vel act. vend. 4. 39; weil hier sogar die Absicht des Donators bez. Verkäufers, die ihm obliegende Cession zu leisten, aus der Natur des Contracts sich ergibt;

daß mithin die Klägerin, sofern sie ihre Behauptung:

daß ihr Vater die in der Klagschrift erwähnten 161 Thlr. ihr geschenkt und

daß sie diese Schenkung acceptirt habe,

erweist, für legitimirt zur Erhebung der ihrem Vater in Betreff der fr. Geldsumme gegen den Verklagten zustehenden Klagen zu achten, entgegengesetzten Falls aber wegen mangelnder Legitimation abzuweisen ist.

### Qui tacet consentire videtur.

Der im Canon. Rechte ausgesprochene Satz: *qui tacet consentire videtur*, c. 43 de R. J. in 6to, kann allerdings nicht als Regel gelten und findet schon in c. 44 eod. durch Aufnahme der L. 142 D. de R. J. 50. 17. *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare* seine genügende Einschränkung. Allein es finden sich zahlreiche Beispiele in den Gesetzen aufgeführt, aus denen hervorgeht, daß auch dem Stillschweigen unter Umständen rechtliche Wirkung beigelegt werden soll. L. 6 u. 8 Cod. de rem. pign. 8. 26; L. 12 pr. D. de spons. 23. 1; L. 7 §. 1 eod.: L. 5 D. de adopt. 1. 7; L. 5 in f. C. de emanc. 8. 49; L. 4 §. 3 D. de fid. et nom. 27. 7.

Es läßt sich hieraus die allgemeine Regel ableiten, daß eine stillschweigende Willenserklärung da anzunehmen steht, wenn sich ein sicherer Schluß von der vorzunehmenden Handlung oder Unterlassung auf die Existenz des Willens ziehen läßt, wenn mithin *facta concludentia* vorliegen, welche die Annahme des stillschweigenden Willens zu rechtfertigen geeignet sind. v. Keller Pand. S. 110; Seuffert Archiv Bd. 5 S. 117. Dazu gehört aber vorzugsweise eine Verpflichtung, sich zu erklären, mag nun dieselbe in der besonderen Wichtigkeit des Rechtsverhältnisses oder

in dem Zusammenhange des gegenwärtigen Schweigens mit früheren Willenserklärungen ihren Grund haben. v. Savigny System Bd. 3 S. 249.

Ob und inwiefern in concreto das Schweigen eines Contrahenten als Zustimmung gelten kann, muß hiernach immer quaestio facti bleiben.

Erk. des Obergerichts zu Wolfenbüttel v. 9. Febr. 1863 in S. Rössing Cur. w. Rössing'schen Güterpfleger.

### Das Gesetz vom 29. Aug. 1858, den Gerichtsstand der bei den Amtsgerichten angestellten Richter zc. betr., bezieht sich auch auf Vormundschaftsachen.

Für den Sohn des Maurers Reese zu Holzminden war der Schreiber Fätke vom dortigen Amtsgerichte zum Vormunde bestellt. Nachdem dieser zum besoldeten Schreiber und Protocollführer bei dem Amtsgerichte Holzminden ernannt war, verfügte das Kreisgericht, daß nach §. 1 u. 2 des Ges. v. 29. Aug. 1858 Nr. 50 das Amtsgericht Eschershausen die Führung der Obervormundschaft zu übernehmen habe. Als letzteres Gericht gegen diese Verfügung remonstrirte, rescribirte das Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 27. März 1863 an das Kreisgericht Holzminden:

Wir ersehen aus den Acten, daß der Schreiber Fätke zu Holzminden, jetzt besoldeter Schreiber und Protocollführer bei dem dortigen Amtsgerichte, am 24. April 1858 als Vormund des minorennen Reese verpflichtet wurde und seitdem an verschiedenen contractlichen und vormundschaftlichen Verhandlungen vor dem gedachten Amtsgerichte Theil nahm. Nach dem Gesetze Nr. 50 vom 29. Aug. 1858 §. 1 und 2 und da zu den dort erwähnten Rechtsachen „allen“ auch die Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Vormundschaften gehören müssen, leidet es keinen Zweifel, daß, seitdem der Fätke als besoldeter Schreiber bei dem Amtsgerichte Holzminden angestellt war, die Competenz zu jenen Verhandlungen von diesem Gerichte auf das Amtsgericht Eschershausen überging. Wenn letztes dagegen vorstellt, daß das fr. Gesetz nur von eigenen Angelegenheiten der bei den Amts- und Stadtgerichten angestellten Beamten und ihrer Angehörigen handelte und als Beispiel anführt, daß ein als Mandatar oder Anwalt eines Dritten auftretender Angehöriger die gerichtliche Competenz nicht alterire, so betrafen die mehrgedachten Verhandlungen theils eigene Angelegenheiten des angehörigen Mündels, theils die der Obervormundschaft verantwortliche Verwaltung des bei ihr angestellten Vormundes, also eine eigene Angelegenheit auch dieses; das gewählte Beispiel und der Einwand sind also gleich unzutreffend.

Neben den Bestimmungen des Ges. v. 29. August 1858, wonach S. Amtsgericht Eschershausen die Reese'sche Vormundschaft zu leiten hat, so lange Fätke angestellter Schreiber des Amtsgerichts Holzminden ist und als Vormund fungirt, resp. soweit er aus der geführten Vormundschaft dem Staate verantwortlich ist, bleiben nun aber die in unserm Circularrescripte an die S. Kreisgerichte vom 20. Februar

1858 (Bege Rep. VIII. S. 27) und in unserm Berichte an S. Staatsministerium vom 15. eiusd. (Bege Rep. VIII. S. 112) entwickelten Vorschriften in voller Kraft. Sie wollen deshalb mittelst geeigneter Verfügungen veranlassen:

1) daß der Fäthe seine weitere Thätigkeit in der Reese'schen Vormundschaft unverzüglich einstelle und praestitis praestandis von dem dazu competenten Amtsgerichte Eschershausen dechargirt werde;

2) daß dem Mündel unverzüglich ein anderer Vormund beigeordnet und mit demselben vor dem wieder competenten Amtsgerichte Holzminden das Weitere verhandelt werde;

3) daß hierbei die Bedenken, welche gegen die Legalität der von dem Fäthe selbst expedirten Autorisation vom 25. Octbr. 1862 und der von demselben protocollirten Vernehmung der Reese'schen Familienfreunde vom 12. December 1862 sich ergeben, gehoben werden.

### Hausfriedensbruch. — Zurücknahme der öffentlichen Anklage.

Der Staatsanwalt zu Holzminden erhob eine Anklage wegen Hausfriedensbruchs gegen Schütte und Börries dahin: daß die Angeklagten, nachdem sie sich eigenmächtig in den innerhalb der Wohnung des Großköthers Rick belegenen Pferdestall begeben, um dort ein von Schütte an Rick verkaufttes Pferd, über welches Beide im Proceße mit einander liegen, zu besichtigen, der Aufforderung des Rick, den Stall und sein Haus zu verlassen, durch Verweilen im Stalle und nachher auf dem Hofe resp. durch die Erklärung, sie brauchten nicht zu gehen, sowie durch Schelten und Raisonniren getrogt hätten. Das Kreisgericht Holzminden wies die Anklage am 23. Mai 1862 ohne Verfahren ab, da die den Angeklagten zur Last gelegten Handlungen gegen kein Strafgesetz verstießen, insbesondere eine Störung des Hausfriedens im Sinne des §. 180 des Cr. Ges. B.'s, wobei nach den Motiven, dem Commissionsberichte und den landständischen Verhandlungen zu §. 105 l. c. eine Art von gewaltsamer Widersetzlichkeit, also eine positive Thätigkeit, welche in dem angeblich nur negativen Verhalten der Angeklagten, selbst in Verbindung mit den von denselben gesprochenen Worten nicht liege, vorausgesetzt werde, nicht darin gefunden werden könne.

Auf die vom Staatsanwalte erhobene Beschwerde wurde dieser Beschluß von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 27. Juni 1862 als nichtig aufgehoben und das Kreisgericht angewiesen, das Hauptverfahren zu eröffnen, aus folgenden

#### Gründen:

Obgleich die Störung des Hausfriedens unter den Verbrechen wider die Freiheit der Person aufgeführt ist, mithin zu den Vergewaltigungen einer Person gehört (Motive zu §. 169) und insofern zum Thatbestande gleich dem Burgfriedensbruche (§. 106) „eine Art von Gewaltsamkeit“ selbst dann voraussetzt, wenn sie nicht durch

Eindringen in die Wohnung eines Andern, sondern durch Verweilen in derselben begangen wird, so nimmt doch das Gesetz (§. 180) eine Art von Gewaltthat schon als vorhanden an, sobald Jemand nur in die Wohnung eines Andern oder den dazu gehörigen, geschlossenen Bezirk widerrechtlich eindringt, oder wider das Verbot des Berechtigten darin verweilt, zumal (unter Nr. 1) als eine besondere Qualification hervorgehoben wird, wenn dabei Gewalt an Personen oder Sachen verübt worden ist. Es erhellt daraus, daß der Gesetzgeber, welcher auch nicht gefährliche Drohungen als eine Art persönlicher Vergewaltigung behandelt (§. 179), bei dem Hausfriedensbruche zwar irgend einen dem Willen des Berechtigten auferlegten Zwang (*necessitatem impositam contrariam voluntati* L. 1. pr. D. *quod vi metusve* c. 4. 2), nicht aber gerade wirkliche Thätigkeiten und gefährliche Drohungen zur Strafbarkeit erfordert, vielmehr das Hinzutreten der letzteren als einen Straferhöhungsgrund betrachtet, und den in den Motiven und landständischen Verhandlungen als eine Art von Gewaltthat bezeichneten Begriff allgemein erforderlichen Zwanges von der als Auszeichnung hervorgehobenen Gewalt an Personen oder Sachen in derselben Weise unterscheidet, wie das römische Recht die *vis* im weitern Sinne, als jede gegen den Willen eines Andern durchgesetzte Handlung, L. 1 §. 5—9. L. 20 pr. §. 1. 2 D. *quod vi aut* cl. 43. 24, der auch als *atrox* specificirten *vis* im engeren Sinne, als einer im stärkeren Grade wider Personen oder Sachen bethätigten Gewalt, entgegensetzt, L. 1 in f. L. 2. L. 3 D. *quod met.* c. 4. 2; L. 1 §. 3. 29 D. *de vi* 43. 16; daß der Gesetzgeber mit anderen Worten, um alle Beunruhigungen der Staatsbürger in ihren Wohnungen zu verhindern, im Anschlusse an das gemeine Recht, cf. Tittmann Strafrecht §. 540, überhaupt jede unrechtmäßige Störung der dem Einzelnen in seiner Wohnung zukommenden Freiheit zu kräftigerem Schutze des wichtigen Hausrechts mit Strafe bedrohet. Hiernach ist schon der einfache Ungehorsam, womit Jemand auch ohne „positive Thätigkeit“ wider das ernste Verbot des Berechtigten in dessen Wohnung verweilt, zur Herstellung des verbrecherischen Thatbestandes ausreichend und der vom Staatsanwalte in der Anklage angeführte Sachverhalt als eine unzweifelhafte Bethätigung solchen Ungehorsams zur Begründung des gestellten Untersuchungs- und Strafantrages geeignet; der Beschluß des H. Kreisgerichts hingegen, welcher die erforderliche Art von gewaltthätiger Widersetzlichkeit in einer positiven Thätigkeit erblickt und wegen Mangels der letztern die beantragte Einleitung des Hauptverfahrens ablehnt, als eine Verletzung des Strafgesetzes nichtig.

Als diese obergerichtliche Entscheidung publicirt, eine weitere Verfügung aber von dem Kreisgerichte Holzwinden noch nicht abgegeben war, nahm Rief seinen Strafantrag gegen Börries und Schütte zurück, weil er sich mit denselben verglichen habe. Das Kreisgericht Holzwinden verfügte am 2. August 1862, daß dieser Antrag annoch zulässig und somit die Sache erledigt sei, da die Einleitung des Hauptverfahrens gegen die Angeklagten formell noch nicht verfügt sei, indem das obergerichtliche Erkenntniß nur eine Anweisung für H. Kreisgericht enthalte, das Haupt-

verfahren zu eröffnen, und dem Anklagebeschlusse selbst, welcher von dem zuständigen Gerichte ausgehen und dem Angeklagten nach §. 85 der Str. Pr. Ord. abschriftlich mitgetheilt werden müsse, nicht gleichgeachtet werden könne; die Sache vielmehr durch jenes Erkenntniß erst in dasselbe Stadium gekommen sei, als wenn eine Anklage vorläge, worauf vom Kreisgerichte nach eigener Ueberzeugung, welcher hier die obige Anweisung gleichstehe, sofort die Einleitung des Hauptverfahrens zu verfügen sein würde, mithin auch die Zurücknahme der zur Erhebung der Anklage erforderlichen Anzeige und folgeweise der Anklage selbst jetzt noch zulässig erscheine (Str. Pr. Ord. §. 49).

Die vom Staatsanwalte gegen diesen Beschluß erhobene Beschwerde wurde von dem 2. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 6. September 1862 zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Eine in der Cassations- oder Beschwerdeinstanz abgegebene Entscheidung, durch welche eine vom Kreisgerichte nach §. 84 der Str. Pr. Ord. ausgesprochene Verweigerung des mündlichen Hauptverfahrens beseitigt und dahin, wie in dem angeführten Erkenntnisse des 1. Senats geschehen ist, abgeändert wird, daß auf die erhobene Anklage das Hauptverfahren vom Kreisgerichte zu eröffnen sei, enthält freilich in der That und wörtlich die im §. 49 der Str. Pr. Ord. gedachte Verfügung der Einleitung des Hauptverfahrens, so daß, nachdem die in der Cassations- oder Beschwerdeinstanz abgegebene Entscheidung, wie auch im vorliegenden Falle geschehen, dem Angeklagten, wenn auch nur in contumaciam, schon eröffnet ist, die nochmalige Fassung eines besondern Beschlusses der Eröffnung des Hauptverfahrens abseiten des Kreisgerichts unnothwendig erscheint, und es genügen müßte, auch bei der in den §§. 85 und 90 der Str. Pr. Ord. vorgeschriebenen abschriftlichen Mittheilung und Verlesung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens die in der höheren Instanz ergangene Entscheidung zu benutzen. Indem daher die in der Cassations- oder Beschwerdeinstanz ergangene Verfügung der Einleitung des Hauptverfahrens derjenigen, welche vom Kreisgerichte zu erlassen gewesen wäre, in der Bedeutung gleichsteht, so kann freilich dem §. 49 der Str. Pr. Ord. gemäß die Zurücknahme einer Anklage auch schon nach dem Erlassen jener nicht mehr zulässig sein. Allein nachdem die vom Kreisgerichte wegen eines oder mehrerer der im angeführten §. 84 aufgeführten Gründe geschehene Ablehnung des Hauptverfahrens in der höheren Instanz abgeändert worden, ist es möglich, daß nun die Ablehnung aus einem der übrig bleibenden oder dem übrig bleibenden erfolgen müsse, und da eine Entscheidung der höheren Instanz nur die schon erkannte und angefochtene Ablehnung zum Gegenstande hat, so gilt das Obengesagte nicht in den Fällen, wenn ein anderer Grund, aus welchem nach §. 84 das Hauptverfahren verweigert werden kann, noch übrig ist. Und so ist es im vorliegenden Falle; denn nachdem das Kreisgericht über den rechtlichen Grund der Anklage, daß ein solcher nämlich nicht vorliege, entschieden und somit auch seine Zuständigkeit anerkannt hat, jene Entscheidung aber abgeändert ist, bleibt zulässig (ob auch begründet, gehört zur Entscheidung des Kreisgerichts),

daß das Kreisgericht nunmehr wegen Mangels in den Beweismitteln oder in der Instruction der Sache das Hauptverfahren ablehne. Indem daher eine Beschlussfassung über Zulassung des Hauptverfahrens abseiten des H. Kreisgerichts, und zwar nicht als bloße Form, noch erforderlich ist, steht auch der §. 49 einer Zurücknahme der Anklage noch nicht entgegen.

## Zur Sportel- und Gebührentaxe der Gerichte und Anwälte in Civilprocessen.

### 1. Pauschsatz für einen Editionsstreit.

In der Processsache Lührig wider Tornedde wegen Forderungen verband Kläger mit der Klage einen Editionsantrag auf Vorlegung und Herausgabe einer gemeinschaftlichen Urkunde. Nachdem über diesen Antrag in einem Zwischenverfahren verhandelt und erkannt war, daß Beklagter den Besitz zc. der Urkunde eidlich abzuläugnen habe, und diesen Eid geschworen hatte, wurde Kläger in die Kosten des Zwischenverfahrens verurtheilt. Den von dem Anwalt des Beklagten liquidirten Pauschsatz zu 6 Thlr. setzte das Kreisgericht Sandersheim am 15. März 1859 ab, weil die in §. 4. des Ges. vom 3. December 1855 für die regelmäßige Durchführung des ganzen Processses festgesetzte Pauschsumme, wengleich der Antrag auf Edition von Urkunden formell wie eine Klage zu behandeln sei, nur ein Mal für jede Partei zuerkannt werden könne. Auf erhobene Beschwerde billigte das Obergericht zu Wolfenbüttel am 1. April 1859 den Pauschsatz zu,

in Erwägung:

daß das Gesuch um Herausgabe einer Urkunde nach Theil IV. Titel 6 der Civ. Pr. Ord. zu einer besonderen, durch Erkenntniß auf vorgängiges Hauptverfahren abzuschließenden Zwischenverhandlung führt, also zu einem selbstständigen Rechtsstreite Veranlassung bietet, daß deshalb für Durchführung des Editionsstreites nach §. 4 des Ges. vom 3. December 1855 ein von der Durchführung des Hauptprocesses gesonderter Pauschsatz von dem Sachführer berechnet werden darf, um so mehr, als in jener Gesetzesstelle bestimmt worden ist, daß, wenn die Hauptverhandlung von dem Sachführer einem Advocaten übertragen gewesen, dem Letztern in Anrechnung auf das gesammte Honorar eine bestimmte Vergütung zu Theil werden solle; die Annahme des Gerichts der ersten Instanz aber, daß für Durchführung des Editionsverfahrens, wenn mit dem Antrage auf Herausgabe einer Urkunde die Hauptklage in eine lediglich formelle Verbindung gebracht sei, gar kein Pauschsatz berechnet werden dürfe, dahin führen würde, die oben ausgehobene Gesetzesbestimmung völlig illusorisch zu machen, ohnehin auch die Analogie der Sportel- und Gebühren-Taxe in Civil-Processen Nr. 18 darauf, daß für das Verfahren über selbstständige, als Klagen zu behandelnde Anträge, wie für die Gerichtscasse, so für den Anwalt eine Gebühr zu berechnen sei, schließen läßt.

## 2. Sporteln für einen Kompetenzstreit.

In der bei dem Stadtgerichte Braunschweig anhängig gemachten Processsache Pietsch wider Weidner opponirte Beklagter die Einrede des incompetenten Gerichts. Nachdem die Acten an das Kreisgericht eingesandt waren und dort die Hauptverhandlung über die Kompetenzfrage stattgefunden hatte, verglichen sich die Parteien in dem zweiten, zur Eröffnung eines Erkenntnisses angeetzten Termine unter Zustimmung des Gerichts dahin, daß sie die kreisgerichtliche Kompetenz anerkannten. Da der Kompetenzstreit in einem spätern, als dem ersten Termine durch Vergleich beendet war, so erhob das Kreisgericht von den Parteien nach Bem. c. bb. sub B. der Sportelordnung die Hälfte der Erkenntnißsportel. Auf die deshalb von der Klägerin erhobene Beschwerde verfügte das Obergericht zu Wolfenbüttel am 4. Juni 1863 die Rückzahlung dieser Sportel an die Parteien aus folgenden

### Gründen:

Die Verpflichtung zur Zahlung der im kreisgerichtlichen Verfahren zu entrichtenden Sportelsätze ist regelmäßig an die Voraussetzung der Erkenntnißabgabe geknüpft, indem die Sportel- und Gebührentaxe Anl. 1 der Civ. Pr. Ord. bestimmt, daß die ausgeworfenen Sätze für jedes in Folge der Hauptverhandlung in der Sache selbst abgegebene Erkenntniß — wohin nach der Verweisung auf §. 97 der Civ. Pr. Ord. auch ein solches über die Kompetenz gehören würde — erhoben werden sollen. Nur ausnahmsweise soll nach der Bemerkung c. sub. B. in Processsachen, deren Werth 50 Thlr. übersteigt, die Hälfte der Erkenntnißsportel dann entrichtet werden, wenn der Rechtsstreit vor dem ersten sportelspflichtigen Erkenntniße durch Vergleich oder Sachfälligkeitserklärung beendet wird und bereits näher angegebene gerichtliche Verhandlungen stattgefunden haben. Dieser Fall liegt gegenwärtig nicht vor, weil durch den Vergleich über die Kompetenzfrage der Rechtsstreit, d. h. derselbe in seinem gesammten Umfange, nicht beendet ist, und eine Ausdehnung des gesetzlich bestimmt begrenzten Ausnahmefalles nicht statuiert werden kann.

## 3. Beglaubigung der Processvollmacht armer Parteien.

Die Beglaubigung der Processvollmacht erfolgt für die arme Partei gebührenfrei. Sportel- und Gebührentaxe in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Nr. 9 a. Indessen liegt kein Grund vor, dem Gegner, wenn er zur Kostenerstattung verurtheilt worden, die dem Notar für Beglaubigung der Vollmacht des armen Klägers zukommenden Gebühren zu erlassen, und kann daher der obliegende Kläger solche nebst den übrigen Processkosten vom unterliegenden Beklagten fordern.

Bescheid des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 15. Juni 1863 in Sachen Fließ c. mar. wegen Ehescheidung.

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

**Inhalt:** Competenz der Gerichte in Ehescheidungsprocessen hier wohnhafter Ausländer. — Ehescheidung vom Tische und Bette wegen Trunksucht und Sävittien. — Unversöhnlicher Haß und Abneigung der Ehegatten als Ehescheidungsgrund. — Zulässigkeit der Eideszuschreibung zum Zwecke der Ehescheidung. — Im Ehescheidungsprocesse ist dem schuldigen Theile die Wiederverheirathung von Amtswegen zu untersagen und das Erziehungsrecht der Kinder zu entziehen. — Bei einer Klage auf Ehescheidung kann der Richter auch auf Trennung vom Tische und Bette erkennen. — Die in der Ver. v. 19. Juli 1827 verbotene Auslobung eines Mäckerlohnes ist nichtig, auch wenn sie in der Form einer Schenkung geschieht. — Wenn nach dem Tode einer Hofeigenthümerin deren Ehemann die Hofwirthschaft fortsetzt, und dann den Hof an den Anerben abtritt, so sind behuf Feststellung der Abfindungen die Kräfte des Hofes zur Zeit der Abtretung an den Anerben, nicht die Kräfte des Hofes zur Zeit des Todes der Eigenthümerin zu berücksichtigen. Wann ist ein Miterbe zur eidlichen Specification des Nachlasses verpflichtet? — Ueber Bauten und Reparaturen an geistlichen Gebäuden. — Das Näherrecht bei Meiergütern ist landesgesetzlich nicht begründet. — Zu der pro herede gestio genügt nicht das Ansehen von Nachlassgegenständen, sondern ist der Wille eigenen Erwerbes erforderlich. Bekannte Rechtsbegriffe können in die Eidesnorm aufgenommen werden. — Im Wechselprocesse ist die Beglaubigung der Vollmacht des Anwaltes durch einen Preussischen Notar auch ohne Zuziehung von Zeugen und ohne Aufnahme eines Recognitionss-Protocolls genügend.

### Competenz der Gerichte in Ehescheidungsprocessen hier wohnhafter Ausländer.

Der Dekonom G. aus Dhrum, Hannoverscher Unterthan, lebte mehrere Jahre auf dem Hofe seiner Ehefrau Auguste G. zu Fümmele im Braunschweigischen, trennte sich ehelicher Mißhelligkeiten wegen von seiner Ehefrau und hielt sich wieder in Dhrum auf. Als der Versuch der Trennung dieser Ehe durch landesherrliche Machtvollkommenheit mißlang — cf. Zeitschrift X. S. 41 — klagte G. beim Kreisgerichte Wolfenbüttel auf Ehescheidung. Dieses Gericht erklärte sich am 5. Novbr. 1862 für competent,

in Erwägung:

daß, wenn auch die rechtliche Wirksamkeit einer landesherrlichen Ehescheidung als eine Gnadenverwilligung von der Unterthanenqualität und dem politischen Wohnortsrechte des Ehemanns als des Hauptes der Ehe abhängig ist, die gerichtliche Competenz zur Verhandlung und Entscheidung von Ehescheidungsklagen fremder Ehegatten auf rechtlicher Wirkung für das Ausland lediglich durch den Grundsatz, wonach der allgemeine persönliche Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten entscheidet, bedingt wird,

daß Ehefrauen zwar regelmäßig sowohl nach gemeinem, wie nach Landesrecht vom Augenblicke ihrer Verheirathung an nicht nur das politische Wohnortsrecht,

Verord. vom 4. Mai 1830 §. 4; Gesetz vom 23. Jan. 1852 §. 4, sondern auch den Wohnsitz ihres Ehemannes theilen und an diesem Orte ihr nothwendiges Domicil haben, L. 65 in f. D. de iudic. 5. 1; L. 32. 38 §. 3 D. ad annic. 50. 1; L. 9 C. de incol. 10. 39; L. 13 C. de dignit. 12. 1; cap. 3 de sepult. in 6to 3. 12; daß jedoch vertragsweise abweichende Bestimmungen, insbesondere, daß der Ehemann die Wohnung der Frau beziehen solle, stipulirt werden können, Glück Comm. Bd. 6 S. 279; Wiese Handb. des Kirchen-Rechts II. S. 674; Pfeiffer pract. Ausf. V. S. 98. 99; abgesehen davon auch die Möglichkeit eines mehrfachen Domicils der Ehefrau, namentlich dann, wenn beide Ehegatten mit gegenseitiger Uebereinstimmung an verschiedenen Orten wohnen, nicht ausgeschlossen ist, und in Berücksichtigung der Bestimmung des §. 25 der Civ. Pr. Ord., — wonach der allgemeine persönliche Gerichtsstand eines Jeden nicht nur da ist, wo er sein Wohnortsrecht, sondern auch da, wo er seinen bleibenden oder selbst einen längeren vorübergehenden Aufenthalt hat, — nicht selten eintreten kann; daß im vorliegenden Falle beide Theile darin übereinstimmen, daß beim Beginn ihrer Ehe eine Verabredung, wonach der Kläger, welcher anerkannter Maßen Hannoverscher Unterthan und in Ohrum domicilirt ist, zu der Beklagten nach Fimmelse ziehen solle, getroffen sei, und auch darüber allseitiges Einverständnis herrscht, daß die Beklagte, welche in Fimmelse geboren ist und dort Grundbesitz hat, auch nach ihrer Verheirathung mit dem Kläger im Mai 1854 eben diesen Ort zu ihrem bleibenden Aufenthalte und zum Mittelpunkte ihrer Rechtsverhältnisse gemacht habe,

daß zwar der Kläger beim Vorhandensein triftiger Gründe, Pfeiffer a. a. D., weder an seinen Vertrag, noch an den freigewählten Wohnsitz der Beklagten gebunden sein würde, daß derselbe jedoch von dieser Befugniß keinen Gebrauch gemacht hat, und daher auch das Gericht nicht in der Lage ist, sich von Amtswegen für incompetent zu erklären. Civ. Pr. Ord. §. 44.

Auf die von der Beklagten erhobene Berufung wurde unterm 28. Febr. 1863 vom Obergerichte zu Wolfenbüttel das kreisgerichtliche Erkenntniß bestätigt,  
in Erwägung:

daß, wie die Acten ergeben, der Kläger für seine Person ohne Vermögen, im Mai 1854 aus dem elterlichen Hause in Ohrum ausheirathend, in Fimmelse auf den Höfen seiner Frau und seines Schwiegervaters getroffener Verabredung gemäß seinen ehelichen Hausstand gegründet und Jahre lang fortgeführt, nach und nach aber seinem Familiensitze sich entfremdet hat, ohne jedoch denselben ausdrücklich aufzugeben oder sich anderwärts häuslich niederzulassen, und hiernach kein Zweifel sein kann, daß der Kläger zur Zeit der Klageanstellung, welche Zeit allein entscheidet, sein von seinem Unterthanenverbande und seinem Wohnortsrechte ganz unabhängiges, von seiner Ehefrau aber getheiltes, auch für diese die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte begründendes juristisches Domicil zu Fimmelse gehabt hat; L. 7 C. de incolis 10. 39; L. 7 §. 1 D. ad municip. 50. 1; L. 28 §. 3 D. eodem; L. 65 D. de iudic. et ubi quis agere 5. 1; Schmid Handbuch des gem. Deutschen Civ. Proc. Bd. 1 §. 43; Gesterding Beiträge zur Lehre von den Gerichtsständen im Archiv für civi-

listische Praxis Bd. 7 Nr. 22 S. 412; Glück Commentar Bd. 6 S. 244, v. Savigny Röm. Recht Bd. 8 S. 337; ferner hiervon abgesehen der §. 25 der Civ. Pr. Ord. jeden, welcher in hiesigen Landen sein Wohnortsrecht oder seinen bleibenden Aufenthalt hat, der Competenz der hiesigen Gerichte unbedingt unterwirft, und selbst angenommen, daß die Beklagtin durch ihre Verheirathung mit einem Ausländer das ihr bis dahin in Fülle zuständige Wohnortsrecht verloren hätte (§. 17 des Ges. vom 23. Januar 1852 Nr. 8), dieselbe bis jetzt ihren bleibenden Wohnort daselbst gehabt hat, und diesennach, wie auch die H. Ober=Staatsanwaltschaft in dem heutigen Verhandlungstermine gutachtlich anerkannt, der §. 44 der Civ. Pr. Ord.:

die Gerichte können sich in jeder Lage des Processes, wenn ihre Unzuständigkeit klar vorliegt, von Amtswegen für incompetent erklären, nicht in Anwendung kommen kann.

### **Scheidung vom Tische und Bette wegen Trunksucht und Sävitien.**

Die von der Ehefrau Herbst gegen ihren Ehemann wegen Scheidung vom Tische und Bette erhobene Klage, gestützt auf den unordentlichen Lebenswandel ihres Ehemannes und verschiedene Mißhandlungen, wurde von dem Kreisgerichte Wolfenbüttel am 31. Decbr. 1862 zurückgewiesen und dieses Erkenntniß vom Obergerichte daselbst am 26. März 1863 bestätigt,

in Erwägung:

1) daß nach protestantischem Kirchenrechte die Trennung vom Tische und Bette als Versuch betrachtet wird, die entfremdeten Ehegatten wieder zu nähern und mit einander auszuföhnen und daher dem richterlichen Ermessen bei Beurtheilung der einschlagenden Umstände und Verhältnisse ein freierer Spielraum gewährt ist, Holzschuher Casuistik I. Ausg. Th. 1 S. 559;

2) doch aber nicht unberücksichtigt bleiben darf, daß die Trennung vom Tische und Bette, wenn der Versuch der Sühne misslingt, die definitive Scheidung der Ehe regelmäßig zur Folge hat, Strippelmann Ehescheidung S. 339; Holzschuher l. c., und daher in Anbetracht der hohen Bedeutung des ehelichen Bandes nur solche Gründe geeignet erscheinen, eine Trennung vom Tische und Bette zu rechtfertigen, woraus eine wesentliche und dauernde Hinderung des ehelichen Zusammenlebens abgeleitet werden kann, Strippelmann l. c. S. 355 u. 361;

3) Klägerin zur Begründung ihrer Klage

a) auf verschiedene Mißhandlungen des Beklagten und

b) auf dessen Trunksucht und unordentliche Lebensart und die damit zusammenhängende Vernachlässigung seiner Erwerbsverhältnisse

Bezug genommen hat, nun aber

ad a) mit der sent. a qua in den wenigen durch weite Zeiträume von einander entfernten geringen Thätlichkeiten des Beklagten ein zur Trennung vom Tische und Bette ausreichender Grund um so weniger zu erfinden steht, als Klägerin nicht zu

behaupten vermocht hat, daß ihre Gesundheit darunter gelitten habe, Strippelmann l. c. S. 355 u. 357;

ad b) der behauptete Hang zur Trunksucht und die unordentliche Lebensart des Beklagten ohne Anführung specieller Thatsachen nicht die nöthigen Anhaltspunkte gewähren, um daraus auf die dem Beklagten zur Last gelegte Vernachlässigung seiner Erwerbsverhältnisse mit Sicherheit schließen zu können;

4) Klägerin auch zur Abhilfe ihrer Beschwerden obrigkeitliche Hilfe bislang nicht in Anspruch genommen hat, es daher für jetzt nicht constirt, daß obrigkeitliche Correctionen angedrohet, zur Anwendung gekommen und erfolglos geblieben sind. Wiese Kirchenrecht Th. 3 S. 421; Strippelmann l. c. S. 196 u. 336 \*).

### Unversöhnlicher Haß und Abneigung der Ehegatten als Ehescheidungsgrund.

1. In der Sache Gifhorn c. ux. wegen Ehescheidung erkannte das Kreisgericht Wolfenbüttel am 5. November 1862:

Unversöhnlicher Haß und Abneigung der Ehegatten kann nach Theorie und Praxis eine Scheidung des Bandes der Ehe ohne Weiteres nicht bewirken, insofern das protestantische Kirchenrecht die Zulässigkeit einer solchen im Allgemeinen nur auf die schriftmäßigen Gründe des Ehebruchs und der bösslichen Verlassung beschränkt, diese zwar analog auch auf solche Vorgänge, welche jenen nach ihrem Grunde und nach ihren Wirkungen gleich geachtet werden müssen, ausdehnt, eine Scheidung wegen unüberwindlicher Abneigung und Feindschaft aber erst dann statuirt, wenn zuvor kraft richterlichen Erkenntnisses eine temporäre Trennung erfolgt und dadurch die Gewissheit, daß der Hoffnung auf Wiederveröhnung kein Raum zu geben sei, herbeigeführt war. S. H. Böhmer J. E. P. Lib. IV. tit. 19 S. 379; Glück Comm. Th. 26 S. 460 fg.; Richter Kirchenrecht §. 269; Strippelmann Ehescheidungsgr. §. 22 S. 169; Seuffert Archiv II. 298. III. 67. IV. 58. VIII. 144. XIII. 260.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel bestätigte am 11. Februar 1863 diese Entscheidung.

2. In der Sache Friede c. mar. wegen Ehescheidung erkannte das Obergericht zu Wolfenbüttel am 16. Mai 1863:

Sofortige Trennung der Ehe kann nicht auf Grund wörtlicher Beleidigungen oder einfacher Thätlichkeiten, vielmehr nur auf Grund solcher Mißhandlungen, welche für das Leben oder die Gesundheit des verletzten Ehegatten gefährlich sind, erkannt werden. Dahingegen erscheint eine zeitweise Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett dann begründet, wenn unter denselben eine so feindselige und gehässige Gesinnung vorwaltet, daß die eheliche Lebensgemeinschaft moralisch unmöglich wird und die thatsächlich erzwungene Fortsetzung der Ehe als unsittlich und zum Aergerniß gereichend sich herausstellen würde. Die zeitweise Trennung, wenn mit Ablauf der-

\*) S. Zeitschrift X. S. 46.

selben die Stimmung der Ehegatten gegen einander sich nicht gebessert hat, pflegt die Ehescheidung in Folge zu haben.

### Zulässigkeit der Eideszuschreibung zum Zwecke der Ehescheidung.

Daß im Ehescheidungsprocesse zum Beweise des Ehebruchs der Schiedeseid ein zulässiges Beweismittel ist, wenn kein Verdacht der Collusion vorliegt, ist außer dem in unserer Zeitschrift IX. S. 84 mitgetheilten Falle erkannt vom vormaligen Landesgerichte zu Wolfenbüttel in S. Oppermann w. Oppermann am 18. März 1831, in S. Gödecke w. Gödecke am 17. Juli 1838; vom Obergerichte daselbst in S. Frohbart w. Frohbart am 14. Januar 1858; vom Kreisgerichte daselbst in S. Gifhorn w. Gifhorn am 5. November 1862; cf. Scholz jurist. Magazin I. Heft 3. S. 45 fg.

**Im Ehescheidungsprocesse ist dem schuldigen Theile die Wiederverheirathung von Amtswegen zu untersagen und das Erziehungsrecht der Kinder zu entziehen,**

nach den Vorschriften des Canon. Rechts c. 12 C. 33 qu. 2; c. 12 i. f. X. de praes. 2. 23; c. 1 X. de eo qui duxit in matr. 4. 7, cf. Nov. 117 c. 7, welche, wie in das protestantische Kirchenrecht überhaupt,

J. H. Böhmer J. E. P. Lib. IV. tit. 19 §. 45; Eichhorn Kirchenr. II. S. 491; Strippelmann Ehescheidungsrecht §. 75;

so in die einheimische Praxis übergegangen sind und durch anderweit, erlassene Vorschriften Anerkennung gefunden haben:

Fürstl. Rescript v. 19. Mai 1707 (Frederisdorf Promt. I. S. 214); Wege Rep. I. S. 207; II. S. 195; V. S. 93; Zeitschrift f. Rechtspf. VI. S. 82;

und zwar, weil diese Maßregeln im öffentlichen Interesse geboten sind, Seuffert Arch. I. Nr. 379, von Amtswegen ungeachtet des mangelnden Antrages der Klage. — Erk. des Kreisgerichts Wolfenbüttel in S. Gifhorn c. Gifhorn v. 5. Nov. 1862.

**Bei einer Klage auf Ehescheidung kann der Richter auch auf Trennung vom Tische und Bette erkennen.**

In Sachen Spengler zu Trautenstein c. mar. wegen Ehescheidung hat das Obergericht zu Wolfenbüttel am 15. September 1862 erkannt:

Bei einer auf gänzliche Scheidung gerichteten Klage steht dem Richter nach den Umständen die Befugniß zu, anstatt auf die beantragte Ehescheidung auf das Mindere, eine zeitweilige Trennung von Tisch und Bett, zu erkennen, Seuffert Archiv

Vb. 7 Nr. 325 und war hiernach der Klägerin auch unbenommen, replicando eventuelle Anträge auf solche temporäre Trennung zu stellen.

**Die in der Ver. v. 19. Juli 1827 verbotene Auslobung eines Mäklerlohnes ist nichtig, auch wenn sie in der Form einer Schenkung geschieht.**

## 1.

Der Halbspänner Boges zu Börsum klagte gegen den Ackermann Rosenthal zu Rissenbrück auf Bezahlung von 500 Thlr., welche dieser ihm für den Fall versprochen habe, daß er, Rosenthal, mit Schwabe über den Verkauf seines Ackerhofes handelseinig werde. Ueber solchen Verkauf war eine Privatübereinkunft aufgenommen; vor deren gerichtlicher Verlautbarung jedoch waren beide Contrahenten oder wenigstens Rosenthal von dem Handel zurückgetreten. Das Kreisgericht Wolfenbüttel wies die Klage am 31. Januar 1861 zurück, weil der äußeren Form nach ein bedingtes Schenkungsversprechen vorliege, welches seinem innern Wesen nach als die Auslobung eines Mäklerlohnes für die Vermittelung des Verkaufs eines Grundstücks angesehen werden müsse, und deshalb unter das Verbot in §. 2 der Verord. vom 19. Juli 1827 (Ver. Sammlung S. 48) vergl. mit der Declaration v. 11. Februar 1832 (Ver. Samml. S. 8) sowie §. 93 des Pol. Str. Ges. B's von 1855 (S. 351) falle, zumal diese Gesetze als Prohibitivgesetze dem ius publicum angehörten und die als in fraudem legis geschehen aufzufassende abweichende Contractsform einer bedingten Schenkung nichtig sei.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel bestätigte am 22. März 1861 diese Entscheidung,

## in Erwägung:

daß zwar die in Aussicht gestellte Zuwendung der geklagten 500 Thlr. als eine Schenkung im Rechtsinne nicht angesehen werden kann, schon weil bei dem Rechtsgeschäfte der Auslobung des Geldes der Verklagte nicht die Bereicherung des Klägers, sondern vielmehr sein eigenes Interesse bezweckte, nämlich über sein Bauergut ein — seiner damaligen Ansicht nach — vortheilhaftes Kaufgeschäft abzuschließen strebte, daher nicht eine Schenkung zu errichten beabsichtigte, v. Savigny System Bd. 4 §. 152, die Thätigkeit jedoch, deren sich der Kläger zu unterziehen hatte, wenn er die Bedingung der Auslobung erfüllen und insoweit einen Anspruch auf die fr. Geldsumme gegen den Verklagten erlangen wollte, darin bestand, zu bewirken, daß der Verklagte über den Verkauf seines Bauerhofes mit dem als Kauflustigen aufgetretenen Schwabe handelseinig werde; der Kläger, indem er sich dieser Thätigkeit unterzog, daher sich zu dem Kaufgeschäfte als Vermittler desselben verhielt und die ausgelobten Gelder als stipulirte Vergeltung oder Belohnung seiner Dienste in Anspruch nahm;

daß nun aber nach der Ver. vom 19. Juli 1827 Nr. 16 §. 1. 2. und deren Declaration vom 11. Febr. 1832, welche zwar in Ansehung der darin angedroheten Strafbestimmungen durch das Pol. Str. Ges. B. vom 18. Aug. 1855 §. 2. 3 Nr. 1

vergl. mit §. 93 aufgehoben, im Uebrigen aber in ungeschwächter Wirksamkeit geblieben sind, dem Kläger nicht gestattet, ihm vielmehr aus landespolizeilichen Rücksichten verboten war, sich einer derartigen Vermittelung gegen Annahme oder Zusage von Belohnung zu unterziehen; dem Kläger daher aus seiner gesetzwidrigen Thätigkeit ein klagbarer Anspruch gegen seinen Mitpactiscenten nicht erwachsen konnte, L. 26 D. de verb. obl.; L. 6 C. de pact.; L. 134 §. 1 de reg. iur.; L. 12 §. 1 D. de furt.; Sintonis pract. Civilr. §. 10. 24; Weber von der natürlichen Verbindlichkeit (5. Ausg.) §. 67 S. 216. 219. 225. 265. 284; das wiederholte Versprechen des Beklagten dabei auch nicht von Erheblichkeit war, wenn auch sonst, daß der Vertrag zum gerichtlichen Abschlusse nicht gelangte, den Beklagten — weil solches durch dessen Verschulden verhindert worden — nicht würde schützen können, L. 24. L. 81 §. 1 D. de condit. et demonstr.; L. 85 §. 1 D. de verb. obl. L. 39. L. 161 de reg. iur. \*)

## 2.

Der Commissionair Brandes klagte gegen den Brauer Häge auf Bezahlung von 50 Thlr., welche dieser ihm für den Fall zu schenken versprochen, daß er mit seiner Hilfe ein gewisses Grundstück erwerben würde.

Das Kreisgericht Wolfenbüttel wies am 4. Juni 1862 die Klage ab in der Erwägung, daß obige als fundamentum actionis angeführte Behauptung trotz des gebrauchten Ausdrucks nicht als ein Schenkungsversprechen im strengen Rechtsinne aufzufassen sei, da der Beklagte sich zur Zahlung von 50 Thlr. lediglich unter der Voraussetzung eines für ihn vortheilhaften Kaufs verpflichtet, mithin nicht die Bereicherung des mitcontrahirenden Klägers, sondern seine eigene beabsichtigt habe, ohne jenen animus donandi aber von einer Schenkung nicht die Rede sein könne; daß vielmehr die fr. 50 Thlr. vom Beklagten für eine Thätigkeit des Klägers ausgelobt seien, wodurch der fr. Kauf habe zum Abschlusse kommen sollen, daß dieselben mithin als ein Aequivalent für eine vom Kläger zur Erreichung dieses Zweckes verwandte Mühe, somit als eine Belohnung seiner Dienste sich darstelle; daß eine Vermittelung von Contracten über Immobilien unter Ausbedingung einer Provision nur gewissen Personen gestattet sei, zu denen Kläger nicht gehöre u.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel bestätigte am 22. Novbr. 1862 diese Entscheidung,

## in Erwägung:

daß, wenn auch den Ausführungen der sent. a qua, daß die der Klage zum Grunde liegende Behauptung nicht als ein Schenkungsversprechen im gesetzlichen Sinne anzusehen sei, nicht beizupflichten steht, da der Begriff der Schenkung durch eine dabei concurrirende eigennützige Absicht des Schenkgebers nicht nothwendig ausgeschlossen wird, vielmehr nur erforderlich ist, daß die Bereicherung des Schenknehmers in der Reihe der Zwecke des Schenkgebers liege, namentlich auch die zu dieser

\*) Vergl. dagegen Seuffert Archiv Bd. 10 Nr. 43 S. 57.

Kategorie gehörende remuneratorische Schenkung nicht aus dem Gebiete der Schenkungen ausscheidet, obwohl dabei den Schenkgeber Zwecke selbstfuchtiger Natur regelmäßig zu leiten pflegen, v. Savigny System Bd. 4 S. 86 fg., doch aber im vorliegenden Falle die Annahme gerechtfertigt ist, daß die beliebte Form der Schenkung die Hülle für ein verbotenes Geschäft gewähren sollte und daher der nach den Angaben des Klägers zum Abschlusse gekommene Vertrag in seiner wahren Natur gegen Prohibitivgesetze verstößt und sich als in fraudem legis eingegangen charakterisirt, woraus Rechte nicht abgeleitet werden können. L. 7 §. 7 D. de pact. 2. 14; cf. L. 29. 30 D. de leg. 1. 3; L. 44 pr. D. de aed. ed. 21. 1; L. 64 §. 1 D. de cond. 35. 1; L. 6 §. 3 D. de iure patr. 37. 14; L. 7 §. 1 D. qui et a quib. 40. 9; L. 103 D. de legat. 30; L. 123 §. 1 D. eod.; L. 18 pr. D. de his quae ut ind. 34. 9; L. 3 pr. §. 1. 2 D. de iure fisci 49. 14; L. 27 D. ad leg. Falc. 35. 2.

**Wenn nach dem Tode einer Hofeigenthümerin deren Ehemann die Hofwirthschaft fortsetzt, und dann den Hof an den Anerben abtritt, so sind behuf Feststellung der Abfindungen die Kräfte des Hofes zur Zeit der Abtretung an den Anerben, nicht die Kräfte des Hofes zur Zeit des Todes der Eigenthümerin zu berücksichtigen. — Wann ist ein Miterbe zur eidlichen Specification des Nachlasses verpflichtet?**

Die Ehefrau des Brinkfizers Heimann zu Harlingerode, Johanne geb. Willigerodt, ist eine uneheliche Tochter der Marie Sophie Willigerodt (Eigenthümerin des Rothhofes nr. ass. 20 daselbst), welche sich im Jahre 1818 mit Conrad Landwehr verheirathete und in der mit dem Letzteren errichteten Ehestiftung bestimmte, daß ihre uneheliche Tochter mit den in der bevorstehenden Ehe erfolgenden, abzufindenden Kindern eine ganz gleiche Abfindung von dem Hofe Nr. 20 erhalten sollte. In dieser Ehe erfolgten zwei Töchter und ein Sohn, von denen eine Tochter vor der Mutter verstarb. Die Ehefrau Landwehr, Marie Sophie geb. Willigerodt, verstarb im J. 1848, und setzte deren Ehemann die Hofwirthschaft bis zum Jahre 1860 fort. In diesem Jahre trat Conrad Landwehr sen. den Hof an seinen Sohn, Conrad Landwehr jun., derzeit 29 Jahre alt, ab. Als nun im Jahre 1861 die Heimann'sche Ehefrau ihren Halbbruder Conrad Landwehr jun.

I. auf Bezahlung einer angemessenen Hofesabfindung und

II. auf Herausgabe des dritten Theiles des Mobiliarnachlasses ihrer Mutter, dessen Bestand durch eine vom Beklagten aufzustellende und eidlich zu bestärkende Specification zu ermitteln sei,

verklagte, entstand

ad I.

zwischen den Parteien Streit darüber, ob bei der Ausmittelung der Kräfte des Hofes behuf der Feststellung der Abfindung der Zustand des Hofes im Jahre 1848 (als die

gemeinschaftliche Mutter und Erblasserin gestorben), oder im Jahre 1860 (als deren Hof an den Auerben abgetreten, also zur Theilung des Nachlasses geschritten sei) maßgebend sei.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel entschied am 20. März 1862 für die letztere Ansicht aus folgenden

Gründen:

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Umfang der erbchaftlichen Rechte mehrerer neben einander stehender Erben zunächst nach dem Zeitpunkte der mit dem Tode des Erblassers eintretenden Delation der Erbschaft zu bestimmen ist. Bei einer einstweilen nicht getheilten angefallenen Erbmasse bleibt auch nach der Natur der Sache, der durch das Delations-Verhältniß gegebene Maßstab unverändert und weder die Art und Weise der Theilung, noch die Beschaffenheit des Theilungsobject's kann begreiflicher Weise, als zufälliger Natur, den materiellen Bestand der deficirten Rechte verändern. Eine während des Zeitraums der Ungetheiltheit der Erbmasse eintretende Vermehrung oder Verminderung derselben vermehrt oder vermindert deshalb nur das zur Theilung zu ziehende Object, L. 16 §. 3, L. 56 D. familiae hercisc. 10. 2; L. 9, L. 19 Cod. eod. 3. 38, ohne den Maßstab der Antheile zu verändern, und wenn bei besonderer Art der Theilung z. B. eine nicht reell zu theilende Erbmasse nach Anleitung von L. 55 D. fam. hercisc. 10. 2 einem Erben mit der Verpflichtung, die Miterben durch Geldzahlung abzufinden, zugeschlagen wird, dürfte Niemand auf den Gedanken kommen, daß bei der Theilungsberechnung diejenige Werthveränderung, von welcher die adjudicirte Erbschaft nach der Delation und vor der Theilung betroffen ist, allein demjenigen Erben zu Gute komme, beziehungsweise zum Schaden gereiche, welcher das reell untheilbare Object zu übernehmen hat.

Wendet man diese Grundsätze auf die bei Bauergütern vorzunehmenden Erbauseinandersetzungen an, so ist zunächst festzuhalten, daß die Regel, nach welcher nur ein Erbe das Gut bekommen kann, wogegen die Miterben durch Abfindungen zu befriedigen sind, Folge der aus der besonderen Beschaffenheit des Theilungsobject's entspringenden Unzulässigkeit einer andern Art der Theilung ist. Mag deshalb auch immerhin der bei der Delation berufene Auerbe vor der wirklichen Erbauseinandersetzung — Uebernahme des Hofes für eigene Rechnung und Bestimmung der Abfindungen — sein Auerbenrecht als wirkliches übertragbares Recht erwerben, so ist es doch einstweilen ideeller Natur und seinem Wesen nach von einem Quoten-Anspruche nicht verschieden. Wenn die Realisirung dieses Rechtes, wie im vorliegenden Falle, z. B. durch das den Genuß und die Verwaltung des ganzen Guts-complexes umfassende väterliche Nießbrauchsrecht, gehemmt ist, auch nicht etwa in zwischen eine Auseinandersetzung vorgenommen ist, welche möglicher Weise dahin führen kann, daß der Vater lediglich als Nießbraucher des mit bestimmten ausgewiesenen Abfindungen beschwerten Hofes des Auerben anzusehen ist, dann bleibt das Gut als Theilungsmasse für alle Erben in unveränderter Gemeinschaft. Folge davon kann nur die sein, daß die während der väterlichen Verwaltung eintretenden Aenderungen am Werthe und Bestand des ungetheilten Gutes die Antheile aller Be-

theiligten gleichmäßig afficiren, daß mithin derjenige Gutswerth zu berücksichtigen ist, welcher bei der wirklichen Theilung, dem reellen Eintritte des Anerben in den Hof, vorhanden ist.

Die besonderen bäuerlichen Erbschaftsverhältnisse enthalten keine Momente, aus denen ein Grund gegen das dargelegte Princip hergenommen werden könnte; im Gegentheil, sie rechtfertigen dasselbe nur. Da nämlich bei Bestimmung der Abfindungen auf Conservirung der Bauerhöfe im öffentlichen Interesse Rücksicht zu nehmen ist, und es unzulässig sein würde, Abfindungen festzustellen, welche der Hof zur Zeit der Delation zwar zu tragen vermocht hätte, deren Uebernahme ihm aber nach eingetretener Werthverminderung zur Zeit der Feststellung unmöglich ist, würde bei anderer Annahme eine allein die Abfindlinge verletzende principlose Ungleichheit der Behandlung herauskommen, welche zu offener Ungerechtigkeit ausschläge. Es kann hiernach nur der 8. September 1860, als der Tag, an welchem der Beklagte den Hof kraft seines nicht bestrittenen Anerbenrechts übertragen erhielt, für die Werthschätzung entscheidend sein.

Diese Entscheidung wurde in der Revisionsinstanz von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 1. Juli 1862 bestätigt, aus folgenden

Gründen:

Die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urtheils sind nicht widerlegt, werden vielmehr durch die analogen Bestimmungen des Gesetzes vom 20. Mai 1858 Nr. 29 über die Vererbung der zur Untheilbarkeit erhobenen Ritter-, Schrift-, Freisassen- und sonstigen Landgüter, namentlich in den §§. 18. 21. 22. 23. 30 unverkennbar bestätigt, wenn man erwägt, daß das Bauernrecht dem Stiefvater der Klägerin nach seiner Ehefrau Tode einerseits an dem ihm von seiner Ehefrau zum Brautschlag gegebenen Großkothhose in Concurrrenz mit den eigenen Kindern und mit der Klägerin als Stieftochter das Erbrecht versagt, andererseits wie bei Lebzeiten der Ehefrau an dem ganzen Hofe einschließlich des der Klägerin als Miterbin ihrer Mutter zugefallenen Erbtheils, welcher in eine Geldabfindung umzusetzen ist, lebenslänglich den ungeschmälerten Nießbrauch beläßt.

Denn nach den angeführten Gesetzesbestimmungen soll der Erbtheil der Abzufindenden zwar in der Regel nach den zur Zeit des Todes des Erblassers bestehenden Verhältnissen, insbesondere, was die Größe betrifft, nach dem Werthe, welchen das Gut sammt Inventar zur Zeit des Todes des Erblassers hatte, festgestellt werden, selbst wenn der überlebende Ehemann zum Nachlasse seiner Ehefrau mit eigenen Kindern und Stiefkindern concurrirt und ein eigenes Kind desselben Anerbe wird, er selbst jedoch den väterlichen Nießbrauch auch nur an den, seinen eigenen Kindern gebührenden Erbtheilen, nicht auch an der Abfindung des Stiefkinds erhält, sondern letzterm vom Tode der Erblasserin zu verzinsen hat; allein gerade für den hier zutreffenden Fall, daß nach des Erblassers Tode die Erbtheile aller, auch der auf Abfindungen beschränkten Miterben, einem Nießbrauche unterworfen sind, ist die Ausnahme gemacht worden, daß behuf Erbtheilung der Gutswerth erst zur Zeit des Erlöschens des Nießbrauchs zu ermitteln sei.

## Ad II.

wurde die Klage auf eidliche Manifestation und Herausgabe des mütterlichen Mobiliarnachlasses von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 20. März 1862 angebrachter Maßen abgewiesen, aus folgenden

## Gründen:

Es ist zu prüfen: ob dem Beklagten mit Recht rücksichtlich des mütterlichen Mobiliarnachlasses an Betten, Leinen, Drell u. s. w. die Leistung des vom Kläger geforderten Manifestationseides angesonnen werden kann?

Das angefochtene Erkenntniß bejahet diese Frage, weil Beklagter als Besitzer des mütterlichen Hofes und da er stets mit der Erblasserin in häuslicher Gemeinschaft gelebt, hinreichend Gelegenheit gehabt habe, die fraglichen Effecten in Verwahrung zu nehmen oder sich in deren Detention zu setzen. Dagegen ist indeß hervorzuheben, daß bei der Beschaffenheit der in Anspruch genommenen Effecten (Betten, Leinen, Drell u. s. w.) bei dem Umstande, daß die Erblasserin im Jahre 1848, zu einer Zeit, als der Beklagte nach Ausweis der Acten erst 16 bis 17 Jahre alt war, verstarb, und da der Hof nebst dem Inventarium, mit welchem die mütterlichen Nachlasseffecten vermischt sein mußten, zunächst auf den Vater des Beklagten überging, von welchem Beklagter Alles erst im Jahre 1860, also 12 Jahre später, erhielt, die Ausrede wohl begründet erscheint, daß dem Beklagten die Kunde darüber fehle, ob mütterliche Nachlasseffecten der fraglichen Art, eventuell welche, im Hofe vorhanden seien.

Die in Anknüpfung an die Bestimmungen der L. 22 §. 10 Cod. de iure deliberando 6. 30 und Nov. 1 cap. 2 §. 1 durch die Natur der Sache, die Lehre der Schriftsteller und den Gerichtsgebrauch ausgebildete Theorie über die Verpflichtung zur Leistung des Manifestationseides, cf. Seuffert Archiv Bd. 12 Nr. 212, statuirt allerdings eine Ausnahme von der allgemeinen Regel: daß es Sache des Klägers ist, diejenigen Gegenstände, welche er glaubt in Anspruch nehmen zu können, erkennbar und speciell zu bezeichnen. — Wenn man indessen unter Miterben die Verpflichtung zur eidlichen Specification für denjenigen, welcher sich denkbarer Weise in den Besitz von Nachlasssachen setzen konnte, anerkannt hat, so hat man hierbei doch nach der Natur der Sache stets nur von der Voraussetzung ausgehen können, daß der belangte Miterbe sich in einem Verhältnisse befinde, in welchem es für ihn möglich sei, die verlangten Angaben zu machen, und es erscheint höchst bedenklich, die angenommene Verpflichtung, abgesehen von Fällen des dolus, hierüber hinaus auszudehnen. Eigenthümlich gestaltet sich die Sache in den Fällen, in welchen sich bereits der Erblasser in den Besitz der streitigen Nachlassgegenstände gesetzt haben muß, welche dergestalt mit seinen eigenen Sachen vermischt sind, daß der nach Jahren in den Gesamtbesitz gelangende Miterbe, welchem eigene Kunde nicht beiwohnt, nicht anzugeben vermag: ob, eventuell welche Gegenstände der fraglichen Art in der Masse stecken, welche ihm überkommen ist. Die Zulässigkeit eines Manifestationseides de veritate ist in solchen Fällen durch die Natur des Sachverhältnisses ausgeschlossen, und da sich Beklagter nach Lage der Sache in der That auf völlig un-

verschuldetes Nichtwissen berufen kann, da auch sein Vater auf durchaus rechtmäßige Weise in den Besitz gelangt sein würde, da überdies der Beklagte seinerseits durch das Erbieten, alle im Hof befindlichen Sachen der bezeichneten Art vorzulegen, nach Analogie der L. 3 §. 7 D. ad exhibendum 10. 4 Alles gethan hat, was er zur Aufklärung der Sache beitragen konnte, — so wird man ihn von der Verpflichtung, den geforderten Manifestationseid de veritate zu leisten, freisprechen müssen.

Es ist hierbei nur noch zu bemerken, daß die sent. a qua irret, wenn sie annimmt, daß der Beklagte in der Duplik eine Specification der streitigen Sachen edirt habe, da er an dieser Stelle nur ein Verzeichniß aller derjenigen Effecten gegeben hat, unter welchen die vom Kläger beanspruchten Sachen denkbarer Weise stecken könnten. Man kann übrigens auch dem Beklagten nicht zumuthen, ein aufzustellendes Verzeichniß durch einen Glaubenseid zu bestärken. Abgesehen von dem Gewissenszwange, welcher hierdurch ausgeübt werden würde, wäre es eine Abnormität, wenn man die Verbindlichkeit zur Herausgabe von Nachlasssachen auf das schwankende Glauben und Meinen des Beklagten stützen und dadurch dem Kläger von seiner Pflicht, specielle Angaben dem angeblichen Besitzer gegenüber zu machen, befreien wollte; cf. Renaud zur Lehre vom Glaubenseide im Archiv für civilistische Praxis Bd. 43 Nr. 9 S. 206. Wenn nach dem Zeugnisse von Renaud l. c. die Praxis die Ablehnung eines de credulitate zu leistenden Manifestationseides von der Leistung eines iuramentum ignorantiae — also der eidlichen Erhärtung, daß Beklagter nicht wisse, ob und welche fremde Sachen er besitze — abhängig zu machen scheint, so kann doch solche zweifelhafte Praxis bei uns aus dem Grunde keine Berücksichtigung finden, weil jenes iuramentum ignorantiae als Calumnien-Eid erscheint, welcher durch §. 93 der Civ. Pr. Ord. abgeschafft ist.

### Ueber Bauten und Reparaturen an geistlichen Gebäuden \*).

Die Gemeinde Twieflingen beantragte klagend, die Gemeinde Woback, deren Pfarre im Jahre 1858 durch Höchstes Rescript mit der Twieflinger Pfarre verbunden war, schuldig zu erkennen, zu den Bauten und Reparaturen der Pfarre und des Pfarrwittwenhauses zu Twieflingen nach dem Fuße der Grundsteuer oder in einem andern durch Rechtspruch festzustellenden Verhältnisse beizutragen. Das Kreisgericht Helmstedt erkannte der Klagebitte gemäß und nahm die Grundsteuer als den Norm gebenden Repartitions-Fuß an. Das Obergericht zu Wolfenbüttel beseitigte am 31. December 1862 dieses Erkenntniß insoweit, als dasselbe den Repartitions-Fuß hinsichtlich der beiderseitigen Baulast feststellt, wies die Klägerin mit dem Antrage auf Feststellung dieses Repartitions-Fußes a limine iudicii zurück, wobei der Klägerin jedoch vorbehalten bleibe, im Falle eines eingetretenen Bedürfnisses die Repartition der Baulast zwischen ihr und der Beklagtin auf dem

\*) S. Zeitschrift III. S. 37.

geeigneten (administrativen) Wege zu beantragen; und bestätigte im Uebrigen die kreisgerichtliche Entscheidung. Wir entnehmen Folgendes den

Entscheidungsgründen:

Die Pflicht der Bauten und Reparaturen an den Pfarrgebäuden liegt, wo nichts Anderes angeführt zu werden vermag, den Kirchengemeinden ob, Erneuerte Kirchenordnung de 1709 cap. XVI. §. 10. cap. XIX. §. 10, entweder allein, oder nur subsidiarisch bei Erschöpfung der Kirchenmittel. Gesetz vom 30. November 1851 Nr. 52. §. 27; v. Reinhard, kirchliche Baulast §. 67 und 87; Richter Kirchenrecht, 2. Aufl. §. 303; Conc. Trid. Sess. 21. cap. 7. Bei unirten Pfarrgemeinden haben die sämtlichen unirten Gemeinden die Kosten der Bauten hinsichtlich der Wohnung des gemeinschaftlichen Pfarrers zu tragen, ganz besonders dann, wenn der Pfarrer in der Kirche der einen Gemeinde so gut, als in der andern, den vollständigen Gottesdienst zu verwalten hat. Richter l. c. §. 303; Erkenntniß des 1. Sen. H. Obergerichts in S. Gemeinde Engelnstedt wider Kirche zu Engelnstedt, wegen Erstattung von Vorschüssen, vom 29. Juni 1852. Die Last ist nicht auf das Pfarrwohngebäude beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die sämtlichen zur Existenz der Pfarre und des Pfarrinhabers erforderlichen sonstigen, namentlich die bei mit nutzbaren Grundstücken dotirten Pfarrstellen nothwendigen Wirthschaftsgebäude.

Die Baulast des Pfarrwittwenhauses hat die betreffende Gemeinde, und ist bei combinirten Pfarrgemeinden von diesen gemeinschaftlich zu tragen, ohne daß das Kirchenärarium in irgend einer Weise dazu zu concurriren hätte. Beide combinirte Gemeinden haben daher im Fragfalle wie nur ein Pfarramt, so auch nur ein Pfarrwittwenthum, welches, aus dem Pfarramte seinen Ursprung nehmend, wie dieses beiden Gemeinden angehört und darin seine Existenz findet, ohne daß der Ort, wo das Pfarrwittwenhaus steht, da dieses nur eine einzelne Prästation des Pfarrwittwenthums ist, auf die Freiheit der einen Gemeinde von dem Pfarrwittwenthume und auf die alleinige Belastung der andern von irgend einem Einflusse sein könnte. Kirchenordnung des Herzogs Julius vom Jahre 1569, cap. Immunitates §§.: „Do aber zwo Wittwen“ ic., „Weil auch“ ic., „Und sollen unsere Ampten“ ic. Ern. Kirchenordnung de 1709 XVI. §. 2.

Die Beschwerde ist daher grundlos, insoweit sie eine Aenderung des Erkenntnisses erster Instanz hinsichtlich des Umfanges der Baulast der Beklagten bezüglich der zu bauenden und zu bessernden kirchlichen Gebäude bezweckt.

Was dagegen den Repartitionsfuß hinsichtlich der Baulast in den beiden Kirchengemeinden anbelangt, so ist der Antrag, solchen festzustellen, für jetzt nicht motivirt, da ein Baubedürfniß nicht behauptet worden, mithin auch die Größe desselben nicht angegeben ist. Es erscheint aber auch der Antrag deshalb nicht motivirt, weil eine Festsetzung bis zum Erscheinen des \*) versprochenen den Repartitionsfuß ordnenden Gesetzes unter den obwaltenden Verhältnissen den betreffenden competenten Gemeinde-

\*) in dem Gesetze vom 30. November 1851, die Errichtung von Kirchenvorständen betr. §. 30, wonach die Ausbringung der Parochiallasten durch ein Gesetz geregelt werden, bis dahin aber nach dem bisher üblichen Fuße geschehen soll.

behörden zu überlassen und die Repartition und Festsetzung des Fußes bei diesen zu beantragen sein würde. Der Antrag muß daher a limine iudicii zurückgewiesen werden.

Jedenfalls ist das abgegebene Erkenntniß des Erstinstanzrichters den Gesetzen nicht entsprechend, soweit es den Repartitionsfuß der in Rede stehenden Baulast zum Gegenstande hat. Von einem üblichen Repartitionsfüße, und ein solcher darf nur in Betracht kommen, kann nicht die Rede sein, und dann ist die Baulast von den combinirten verpflichteten Gemeinden als solchen zu tragen; §. 30 des Ges. vom 30. November 1851 Nr. 52; die Repartition nach dem Fuße der Grundsteuer steht dieser Bestimmung entgegen, da die älteren Bestimmungen aus der Zeit, wo die einheimische Gesetzgebung zwischen politischer Gemeinde, Parochialgemeinde und durch gemeinschaftliches Besizthum zu einer Gemeinheit, Interessentschaft, verbundenen Mehrzahl von Bewohnern eines Orts noch nicht unterschied, vielmehr die Grundbesitzer nur als Mitglieder der Gemeinde galten, keine Geltung mehr haben können.

### Das Näherrecht bei Meiergütern ist landesgesetzlich nicht begründet.

Der Halbmeier Dröge zu Lichtenhagen verstarb mit Hinterlassung dreier Söhne, Heinrich, August und Georg Dröge, und mehrerer Töchter. Als Heinrich Dröge nach Amerika auswandern wollte, während sich der väterliche Hof noch in interimswirtschaftlicher Nutzung befand, verkaufte er sein Anerbenrecht an Heinrich Stöcker. Hiernächst einigte sich dieser mit August Dröge, indem er demselben eine Abfindung zahlte, und erhob nun eine Klage gegen Georg Dröge auf Herausgabe des Hofes. Bei seiner Vertheidigung machte Georg Dröge u. A. auch ein „landesgesetzlich bestehendes“ ius retractus in bonis avitis ex capite consanguinitatis geltend, indem er sich bereit erklärte, dem Kläger Alles zu ersetzen, was dieser für sein vermeintliches Recht aufgewandt habe. Dieses Retractrecht wurde von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 8. März 1859 für unbegründet erkannt,

in Erwägung:

daß ein von dem Verklagten als „landesgesetzlich“ bestehendes in Anspruch genommenes Retractrecht nicht begründet ist, weil die Heinrichstädtischen Statuten vom 25. Januar 1602, welche zwar in Art. 13 darüber Bestimmung enthalten, nur örtliches Recht bilden, und die landesherrliche Verordnung v. 15. April 1752 dadurch, daß sie das ius retractus gentilitii bei subhastationibus necessariis für unanwendbar erklärt, keineswegs zu erkennen giebt, daß ein solches Recht bei anderen Veräußerungen allgemein stattnehmig sei oder sein solle, vielmehr anzunehmen ist, daß diese Verordnung für die Fälle hat Bestimmung treffen wollen, wo aus besondern Gründen die Uebung des Retractrechts hätte eintreten können; — ebensowenig aber auch Verklagter sich auf ein nach Landesgewohnheit in den hiesigen Ländern bestehendes Retractrecht (Erblosung) stützen kann, theils weil solches gemeinrechtlich nicht zu begründen steht, Mittermaier D. Pr. R. §. 285. 286; Eichhorn

D. Pr. R. §. 99. 101; Leyser med. ad Pand. sp. 193 med. 2; dann aber, soviel die hiesigen Lande anlangt, die allegirten Atteste der ehemaligen Fürstl. Regierung zu Blankenburg v. 13. Jan. 1710 u. 2. Aug. 1717, sowie des Magistrats zu Braunschweig vom 21. April 1711 nur auf örtliche Rechtsübung, nicht auf die Ausübung in den übrigen Landestheilen bezogen werden können, und das Attest der Fürstl. Justizkanzlei vom 6. September 1713 nicht mit zulänglicher Sicherheit ersehen läßt, daß jenes Rechtsinstitut im hiesigen Herzogthume als allgemeines Landes-Gewohnheitsrecht Giltigkeit habe, umsoweniger, als jene hohe Behörde selbst im J. 1720 in einem wegen Retractes verhandelten Rechtsstreite in S. Schliephake w. v. Broke es zum Beweise verstellte: daß das Näherrecht bei Meiergütern in hiesigen Landen hergebracht sei; — übrigens Verklagter auf eine örtliche Observanz sich nicht berufen und weitere Beweismittel über sein Vorbringen nicht beigebracht hat.

**Zu der pro herede gestio genügt nicht das Ansichnehmen von Nachlassgegenständen, sondern ist der Wille eigenen Erwerbes erforderlich. — Bekannte Rechtsbegriffe können in die Eidesnorm aufgenommen werden.**

In der Sache Pillmann w. Beese hatte das Obergericht zu Wolfenbüttel im Erkenntnisse vom 19. November 1862 die Erbenqualität des Beklagten daraus gefolgert, daß derselbe nach der Behauptung des Klägers gewisse Nachlassgegenstände seines (des Beklagten) verstorbenen Sohnes an sich genommen haben sollte, und hatte dem Beklagten auferlegt, solches eidlich abzuläugnen. Der 1. Senat des Obergerichts zu Wolfenbüttel beseitigte am 30. Januar 1863 diese Entscheidung als nichtig aus folgenden

Gründen:

Die Gesetze verlangen zur stillschweigenden Erbschaftsantretung (pro herede gestio) eine Handlung, welche nothwendig auf den Willen zurückzuführen ist, Erbe oder — wie es auch ausgedrückt werden kann — Eigenthümer der Erbschaft zu sein, §. 7 J. de hered. qualit. 2. 19. Ein bloßes Ansichnehmen der Nachlasssachen kann aber ebensowohl in der Absicht der Bewahrung für andere Erben, als in der Absicht eigenen Besitzes und Erbschaftserwerbes vollzogen sein. L. 20 pr. §. 1 D. de acquir. hered. 29. 2. Erst das vom Kläger nicht einmal behauptete Hinzutreten des Willens, Erbe zu werden, würde das Ansichnehmen zu einer stillschweigenden Erbschaftsantretung erheben. Relevant ist daher nicht das Ansichnehmen, sondern der gleichfalls vom Kläger behauptete Ge- oder Verbrauch der Sachen, welchen der Beklagte sich oder Andern erlaubt haben soll; denn abgesehen von der durch nichts gerechtfertigten Annahme eines Diebstahls läßt sich diese Handlung nicht denken, ohne Erbe zu sein. Der dem Beklagten hinsichtlich der stillschweigenden Erbschaftsantretung obliegende Eid muß also nicht das Ansichnehmen, sondern das Ge- und Verbrauchen oder das Ge- und Verbrauchenlassen der fr. Gegenstände verneinen, wenn er den Gesetzen entsprechen soll.

In demselben Erkenntnisse heißt es ferner:

Der Eid wird füglich dahin gefasst werden können, daß die fr. Gegenstände zum Nachlasse des N. gehören, weil der Rechtsbegriff des Nachlasses oder der Erbschaft bekannt genug ist, und nichts hindert, bekannte Rechtsbegriffe, z. B. daß eine Sache gekauft, gemiethet, geliehen worden, unmittelbar zum Eide zu verstellen.

**Im Wechselproceße ist die Beglaubigung der Vollmacht des Anwaltes durch einen Preussischen Notar auch ohne Zuziehung von Zeugen und ohne Aufnahme eines Recognitions-Protocolls genügend.**

Meyer in Halberstadt klagte gegen Rickenstorf im Wechselproceße. Da die Vollmacht des klägerischen Anwaltes von einem Notar in Halberstadt ohne Zuziehung von Zeugen und ohne Aufnahme eines Recognitions-Protocolls beglaubigt war, so bestritt Beklagter die Processlegitimation des Anwaltes des Klägers. Das Kreisgericht Helmstedt wies aus diesem Grunde am 15. Januar 1863 die Klage ab, da die dem Gerichte bekannten Bestimmungen in der allg. Preuß. Gerichtsordnung Th. 3. Tit. 7 §. 75 und 76 und in dem Ges. v. 11. Juli 1845 über das Verfahren bei Aufnahme von Notariatsinstrumenten §. 7. 10. 13—15. 21 für die Recognitionsatteste der Notare die Aufnahme eines Protocolls über die geschehene Recognition der Unterschrift mit Zuziehung eines zweiten Notars oder zweier Zeugen und zwar nach §. 41. 42 mit der Folge, daß das Instrument sonst nicht die Kraft einer Urkunde hat, vorschreiben.

In der Berufungsinanz hob das Obergericht zu Wolfenbüttel am 11. Februar 1863 diese Entscheidung auf und verwarf die Einrede, da die fr. Vollmacht den Vorschriften der Civ. Pr. Ord. §. 7, Anl. A, vergl. Notariatsordn. §. 16; Civ. Pr. Ord. §. 253. 255 Abs. 2; Wechsel Ord. 8 art. 85. 87 entspricht und daher an sich als genügend angenommen werden muß; die Einwendung des Beklagten, daß die durch das Gesetz erforderte öffentliche Beglaubigung der Unterschrift nach den Bestimmungen des Preuß. Rechts nicht rechtbeständig sei, weil mit Beweismitteln überall nicht unterstügt, nicht zu beachten steht, indem der Richter das einheimische Recht zwar kennen muß, das in einem fremden Lande geltende Recht aber als eine Thatsache zu betrachten und von dem Behauptenden zu beweisen ist; die nach den Auslassungen in den Gründen des Erkenntnisses dem Gerichte erster Instanz beiwohnende Kenntniß des Preuß. Rechts, auf welche auch der Beklagte provocirt hat, jedenfalls nicht zu den im Wechselproceße zulässigen Beweismitteln gerechnet werden kann. Hofger. Ord. Tit. V (Vergl. Tit. X. Es sollen auch i. f.) Allg. D. Wechsel-Ord. art. 85. Civ. Pr. Ord. §. 258.

Von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel wurde am 3. März 1863 die vom Beklagten verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen, da nach den Bestimmungen unserer Civ. Pr. Ord. im Wechselproceße aus denselben Gründen, aus welchen Wechselproteste in Deutschland gültig durch einen Notar ohne Zuziehung von Zeugen aufgenommen werden können, D. Wechs. Ord. art. 87, auch Proceßvollmachten mit einer von einem deutschen Notare ohne Zuziehung von Zeugen geschehenen Beglaubigung der Parteiunterschrift als ausreichend erachtet werden dürfen. Civ. Pr. Ord. §. 253. 255; Ges. über den Wechselproceß vom 11. Januar 1849. §. 5.

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

---

Inhalt: Das Gesetz, die Unwirksamkeit eidlicher Bestätigung von Geschäften und die bei einzelnen Geschäften an die Stelle der eidlichen Bestätigung tretenden Formen betr. vom 16. Mai 1863. — Zur Lehre von der Arrogation. — Klagbarkeit der locatio conductio operarum. — Zulässigkeit der Mandatare als Zeugen. Abschluß von Kaufcontracten auf Grund zugespandter Preiscourante. — Zur Sportel- und Gebührenart der Gerichte und Anwälte in Civilprocessen. — Aus amtlichen Erlassen.

---

### Das Gesetz, die Unwirksamkeit eidlicher Bestätigung von Geschäften und die bei einzelnen Geschäften an die Stelle der eidlichen Bestätigung tretenden Formen betr. vom 16. Mai 1863.

Das allegirte Gesetz hat sofort nach seiner Verkündigung bei seiner Anwendung zu verschiedenen Auslegungen Veranlassung gegeben. Je wünschenswerther es ist, daß bei Aufnahme von Acten über Intercessionen von Frauen Seitens der Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit übereinstimmend verfahren werde, und je gefährlicher der Irrthum bei Anwendung des allegirten Gesetzes ist, desto mehr wird es gerechtfertigt sein, wenn wir in den folgenden Zeilen versuchen, das, was das Gesetz will, zu erörtern und die erregten Zweifel zu beseitigen.

Nachdem vordem durch das Gesetz nur den Ehefrauen verboten war, für ihre Ehemänner zu intercediren, ordnete das Sctum Velleianum im Allgemeinen an, daß die Frauenzimmer überhaupt das Recht haben sollten, sich den Folgen der übernommenen Intercessionen durch Widerspruch zu entziehen. Durch spätere gesetzliche Bestimmungen wurde in einzelnen Fällen den Frauenzimmern dieses Recht des Widerspruchs entzogen. Justinian bestimmte hiernächst, daß Intercessionen der Frauenzimmer überhaupt nichtig sein sollten, wenn dieselben nicht in einer öffentlichen Urkunde verlautbart worden; was zur Folge hatte, daß auch diejenigen Intercessionen, gegen welche nach früherer Gesetzgebung Widerspruch unstatthaft war, wenn solche nicht in einer öffentlichen Urkunde verlautbart, unwirksam waren, daß übrigens dennoch alle Intercessionen der Frauen, wenn solche auch in einer öffentlichen Urkunde verlautbart, mit Ausnahme der nach früheren Gesetzen ausnahmsweise ohne Widerspruch gültigen, durch erfolgten Widerspruch entkräftet werden konnten. Ein späteres Gesetz,

die Auth. si qua mulier, verordnete rücksichtlich der Intercessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner, daß solche absolut ungiltig sein sollten, auch wenn solche in einer öffentlichen Urkunde verlaublich worden. In Folge der Lehre des Canonischen Rechts über die Heiligkeit und Kraft des Eides wurde es in den deutschen Gerichtshöfen, insbesondere auch hier zu Lande\*) feststehende Gerichtspraxis, daß, wenn das intercedirende Frauenzimmer den Wohlthaten der rücksichtlich der Intercessionen der Frauenzimmer bestehenden Gesetze eidlich entsagt hatte, die Intercession, auch die der Ehefrau, wirksam und jede Berufung auf die bestehende Gesetzgebung ausgeschlossen war; eine vorgängige Belehrung der Intercedentin über das schützende Gesetz war unnöthig; wohl aber wurde — obwohl inconsequenter Weise — die Verlaublichkeit der Intercession in einer öffentlichen Urkunde für wesentlich gehalten.

Das Gesetz vom 16. Mai 1863 hält dafür, daß durch eidliche Bestärkung weder die gesetzliche Form der Geschäfte ersetzt, noch innere Mängel derselben gehoben werden können, und verbietet deshalb eidliche Bestärkung solcher Geschäfte. Gleichzeitig hält das Gesetz dafür, daß einzelne Geschäfte, welche nach dem bestehenden Rechte ungiltig oder anfechtbar, unter Beobachtung geeigneter Formen gestattet werden können, und erklärt sodann die Intercessionen von Frauenzimmern, soweit deren Giltigkeit nach dem bisherigen Rechte durch eidliche Befestigung bedingt ist, für giltig, wenn die Intercession vor den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit verlaublich worden.

Da das Gesetz die Intercessionen der Frauen unter Beobachtung geeigneter Formen gestatten will, das Gesetz nur die Verlaublichkeit vor einem Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorschreibt, so ist selbstverständlich weder eine Belehrung über die Folgen der Intercession, noch ein Verzicht auf die durch die frühere Gesetzgebung geschaffenen Beneficien erforderlich. Offenbar bezieht sich das Wort im §. 2 des Gesetzes: Entsagung nur auf das vorangegangene Wort: Entsaugungen, und der §. 2 lautet bei Trennung der darin erwähnten Geschäfte also: Bürgschaftsleistungen, Bestellung von Pfändern oder Hypotheken oder andere Intercessionen von Frauenzimmern für fremde Verbindlichkeiten, soweit deren Giltigkeit nach dem bisherigen Rechte durch eidliche Befestigung bedingt ist, sind giltig, wenn die Verpflichtung vor Gericht oder vor Notar und Zeugen erklärt und darüber eine Urkunde aufgenommen ist; imgleichen sind Entsaugungen der Frauenspersonen auf ihnen zustehende Pfand-, Hypotheken- oder Vorzugsrechte, soweit deren Giltigkeit nach dem bisherigen Gesetze durch eidliche Befestigung bedingt ist, giltig, wenn die Entsagung vor Gericht oder vor Notar und Zeugen erklärt und darüber eine Urkunde aufgenommen ist.

Da das Gesetz nur insofern die Rechtsbeständigkeit der Intercessionen der Frauen von der Verlaublichkeit in einer öffentlichen Urkunde abhängig macht, als bislang nach der bestehenden Gesetzgebung oder der herrschenden Praxis die Intercession nur durch eidliche Bestärkung zu einem giltigen Geschäfte wurde, so versteht es sich, daß

\*) S. Zeitschrift I. S. 31.

sofern nach früheren Gesetzen oder bisheriger Praxis die Intercession auch ohne Verstärkung gültig war, es der Verlautbarung der Intercession in einer öffentlichen Urkunde auch jetzt nicht bedarf. Es gilt somit auch ohne solche Verlautbarung die Intercession pro dote und die bezahlte Intercession, d. h. für welche die Intercedentin sich eine Vergütung geben oder versprechen läßt, — vorausgesetzt, daß, was streitig ist, diese beiden Intercessionen von Justinian selber von der Nothwendigkeit schriftlicher Verlautbarung ausgenommen sind.

Da das Gesetz Intercessionen der Frauen überhaupt, soweit deren Gültigkeit nach dem bisherigen Rechte durch eidliche Bekräftigung bedingt ist, dann als gültig annimmt, wenn die Intercession in einer öffentlichen Urkunde verlaublich worden, so wird es keinem Zweifel unterliegen können, daß das Gesetz die Intercessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner nicht habe ausschließen wollen. Denn abgesehen davon, daß im Verkehre die Intercessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner nicht entbehrt werden können, daß nicht angenommen werden kann, daß das Gesetz der bestehenden Nothwendigkeit ungeachtet den Ehefrauen die Intercedirung für ihre Ehemänner habe unmöglich machen wollen, so muß man, wenn gleich nach Justinian's Gesetzgebung die Intercessionen der Frauen überhaupt ohne schriftliche Verlautbarung absolut ungültig, die Intercessionen der Frauenzimmer, nur nicht der Ehefrauen für ihre Ehemänner, dann an sich wirksam sind, wenn solche in einer öffentlichen Urkunde verlaublich worden und so lange sie nicht von der Intercedentin Widerspruch erfahren, dennoch um deswillen die Intercessionen der Ehefrauen in dem §. 2 mitenthalten annehmen, weil in diesem Paragraphen den Intercessionen überhaupt, soweit deren Gültigkeit nach dem bisherigen Rechte durch eidliche Bekräftigung bedingt war, Rechtsgültigkeit zugesagt worden, und die Intercessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner nach der bestandenen Praxis in gleicher Weise wie die Intercessionen der Frauen im Allgemeinen dann als gültig betrachtet wurden, wenn die eidliche Bekräftigung hinzugetreten war.

Aus diesen Gründen halten wir dafür, daß von den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vollkommen gesetzmäßig verfahren wird, wenn bei Aufnahme von Acten, betr. die Intercessionen der Frauen, auch der Ehefrauen für ihre Ehemänner, von der Frau einfach die Erklärung abgegeben wird: „Ich verbürge mich für die obenbemeldete Schuld.“

## Aus der Praxis.

### Zur Lehre von der Arrogation.

#### I.

Vor dem Amtsgerichte Salber erklärte der kinderlose Häusling Neusche, daß er das einjährige uneheliche Kind der verstorbenen Vogel damit arrogiren und ihm alle Rechte eines ehelichen Kindes in Bezug auf seinen Stand, Namen und Ver-

mögen einräumen, auch dasselbe bis dahin, daß es sich selbst erhalten könne, versorgen wolle. Der Vormund des Kindes überwies dagegen dem Neusche zu Eigenthum die dem Kinde gehörenden Bettstücken, die ausgeklagte Alimenten- und Deflorationsforderung gegen dessen natürlichen Vater und die Zinsen eines Capitals von 25 Thlr., während dieses Capital selbst einstweilen vorbehalten blieb, weil die Gemeinde zunächst auf 5 Jahre einen Alimentenbeitrag von jährlich 2 Thlr. zu zahlen versprochen habe. Auch räumte Neusche dem Kinde für den Fall, daß ihm noch Kinder geboren werden sollten, die Rechte eines ehelichen Kindes an seinem demnächstigen Nachlasse unter der Voraussetzung ein, daß die Blutsverwandten des Kindes (Schwestern der Mutter desselben), falls solches vor ihm (Neusche) versterben würde, auf das hinterlassene Vermögen desselben Ansprüche nicht machen sollten.

Als dieser Vertrag dem H. Staatsministerium zur Bestätigung vorgelegt wurde, machte das Amtsgericht das Bedenken geltend, daß dem Kinde dadurch, daß ihm nur das vertragsmäßige Erbrecht zu Kindesheil eingeräumt sei, eventuell der gesetzliche absolute Anspruch auf die Quarta Divi Pii entzogen sei, und daß die eventuellen Erbansprüche der Blutsverwandten nicht sichergestellt seien.

Das Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel sprach sich am 30. Juni 1862 in dem vom H. Staatsministerium eingeforderten Berichte folgendermaßen aus:

Da das Vermögen arrogirter Kinder, insofern es nicht castrensischer oder quasi-castrensischer Erwerb ist, als adventitium zu behandeln ist, an welchem dem arrogirenden Vater der Nießbrauch zusteht, §. 2 J. de acquisitione per arrogationem 3. 11; und da die Alimentations-Verbindlichkeit, welche für den Arrogirenden Folge der Annahme an Kindesstatt ist, nur in dem Maße eintritt, als nicht bereits anderweit für die Unterhaltung des Kindes gesorgt ist, L. 5. §. 7 D. de agnosc. et alend. lib. 25. 3; L. 8. §. 5 Cod. de bonis quae liberis 6. 61; erscheint die Ueberweisung der fr. Alimentengelder und Capitalzinsen als gesetzliche Consequenz des Arrogationsverhältnisses, und kann es sich deshalb nur noch um eine Prüfung der Rechtmäßigkeit der Abtretung des geringfügigen Mobiliars und der Deflorationsforderungsraten handeln.

Es läßt sich zur Genüge übersehen, daß die für Erhaltung der p. Vogel vorhandenen eigenen Mittel binnen einiger Zeit consumirt sein werden, auch ist nach Lage der Verhältnisse anzunehmen, daß der p. Neusche die fr. Ueberlassungen nicht aus gewinnstüchtiger Absicht, sondern in Berücksichtigung seiner eignen Mittellosigkeit, als billigen Beitrag zur Tragung der von ihm übernommenen Alimentationslasten in Anspruch nimmt. Wenn nun gleich nach der im L. 3. §. 1 D. ubi pupillus educari etc. debeat 27. 2 enthaltenen Regel die Vormünder zur Erhaltung der Pupillen nur die Revenüen des Vermögens derselben auf mäßige Weise verwenden sollen, so kann doch diese Regel der Natur der Sache nach keine Anwendung finden, wenn das vorhandene Vermögen so geringfügig ist, daß selbst durch Verzehren der Substanz genügende Alimente nicht zu beschaffen sind, und wird hier nur die in Nov. 72 cap. 8 den Vormündern gegebene Anweisung: ut, ad Deum re-

spicientes, administrationem tanquam in suis rebus peragant zu berücksichtigen sein. Da unter obwaltenden Umständen die Möglichkeit, auf andere als die vorgeschlagene Weise passend für die Unterhaltung der p. Vogel zu sorgen, nicht zu ersehen ist, auch bei vorhandenem, hier nicht zu bezweifelndem Nothstande als gerechtfertigt anzunehmen ist, daß selbst das ganze Vermögen aufgewandt wird, wenn dadurch für angemessene Unterhaltung des Pflēgbefohlenen in bestimmten Verhältnissen gesorgt werden kann, Schweppe Röm. Privatrecht Bd. 4. §. 749 S. 322; so erscheinen die in dem Arrogations-Vertrage vorgenommenen Veräußerungen, zu welchen übrigens bei Geringfügigkeit des Objects kreisgerichtliche Cognition nicht erforderlich ist, vollkommen zulässig.

In Bezug auf die gegenseitigen erbchaftlichen Verhältnisse enthält die getroffene Uebereinkunft weitere Bestimmungen nicht, als die von Seiten des p. Reusche an die Einräumung voller Kindesrechte angeknüpfte wörtlich dahin gehende Erklärung:

„Indessen will ich für den Fall, daß mir aus meiner gegenwärtigen oder einer künftigen anderweiten Ehe noch Kinder sollten geboren werden, der p. Vogel die gesetzlichen Erbrechte eines ehelichen Kindes an meinem künftigen Nachlasse nur unter der Voraussetzung einräumen, daß die Blutsverwandten der Curandin (der p. Vogel), falls selche vor mir versterben sollte, auf das hinterlassene Vermögen derselben Anspruch nicht machen sollten.“

Es enthält diese Erklärung, ihrer Fassung nach, augenscheinlich einen inneren Widerspruch, indem der Eintritt der Bedingung, von welcher Reusche bei etwa noch erfolgter Geburt ehelicher Kinder das Kindeserbrecht der p. Vogel abhängig macht, nach der Natur der Dinge nicht zu ermitteln ist, da in diesem Falle der p. Vogel ein gesetzliches Erbrecht an dem Nachlasse des Reusche nicht deserirt worden, auch Niemand wissen kann: ob die Blutsverwandten der p. Vogel, wenn dieselbe vor Reusche gestorben wäre, an deren Nachlaß Ansprüche erhoben haben würden. Wenn gleich hienach die obige Erklärung in der vorliegenden Form als unwirksam und die Rechte des zu arrogirenden Kindes nicht gefährdend angesehen werden darf, so möchte doch angemessen sein, die Betheiligten zu einer klaren Regulirung des in Rede stehenden Punktes zu veranlassen. Es ist in dieser Beziehung Folgendes zu bemerken:

Einem arrogirten Kinde stehen während der Dauer des Arrogationsverhältnisses die völligen Erbrechte eines suus heres, gleich den natürlichen ehelichen Kindern zu, Glück Lehre von der Intestaterbfolge §. 110; Mühlēbruch in Glücks Erläuterungen Bd. 35. S. 166; Puchta Pandecten 8. Auflage §. 454; und der arrogirende Vater handelt keineswegs, wie der amtsgerichtliche Bericht sub 1 anzunehmen scheint, gegen gesetzliche Vorschrift, wenn und insoweit er das arrogirte Kind durch letzten Willen oder vertragsmäßig den in der Ehe geborenen natürlichen Kindern erbrechtlich gleichstellt. Nur in dem besondern Falle, daß ein arrogatus impubes ohne gerechten Grund emancipirt — also das Arrogationsverhältniß mit seinen Folgen aufgehoben — oder enterbt wird, steht ihm die als Schuld auf dem Nachlasse haftende und gegen die Erben geltend zu machende (L. 8. §. 15 D. de inoff. test. 5. 2) Forderung der Quarta D. Pii auf den vierten Theil des Nach-

lasses des arrogirenden Vaters zu, §. 2 J. de adoptionibus 1. 11; es wird indessen augenscheinlich diese Forderung in keiner Weise alterirt, wenn letztwillig eine Gleichstellung des arrogirten mit etwa nachgeborenen natürlichen ehelichen Kindern stattgefunden hat.

Was die erbenschaftlichen Rechte des arrogirenden Vaters am Vermögen des arrogirten Kindes betrifft, so geht die herrschende Ansicht dahin, daß dieselben, und zwar jedenfalls alsdann, wenn das arrogirte Kind natürliche Eltern nicht mehr hat, den Erbrechten des natürlichen parens gleichstehen, Glück Intestaterbfolge §. 114; Mühlbruch in Glücks Erläuterungen Bd. 35. S. 223 ff.; Puchta l. c.; jedoch mit der auf besonderer Gesetzesvorschrift beruhenden Einschränkung, daß bei Arrogation eines Unmündigen der Arrogirende verpflichtet ist, das an ihn gelangte Vermögen des Arrogirten an Diejenigen, welche es ohne stattgehabte Arrogation erhalten haben würden, herauszugeben, wenn der Arrogirte in der Unmündigkeit verstorben ist; §. 3 J. de adoptionibus 1. 11; L. 17 §. 1. 2; L. 18—20 D. eod. 1. 7. Die cit. Gesetze schreiben hiebei noch vor, daß zur Sicherung der gedachten Vermögensherausgabe Cautio bestellt werden soll.

In Bezug auf diejenigen Bedenken, welche der Bericht des H. Amtsgerichts Salder rüchichtlich dieser Vermögensherausgabe und Sicherstellung anregt, ist zunächst hervorzuheben, daß Reusche eventuell nicht verpflichtet sein könnte, diejenigen Objecte wieder auszuliefern, welche ihm jetzt vermöge des bei der Arrogation abgeschlossenen Alimentations-Vertrages definitiv zu Eigenthum abgetreten werden, da die Herausgabe sich nach der in L. 18 D. de adopt. 1. 7 enthaltenen Bestimmung nur auf das beziehen kann, was im Eigenthum des Kindes verblieben und durch die Arrogation zur väterlichen Verwaltung in seine Hände gekommen ist. Es geht nun die Intention des Reusche nach seiner oben erwähnten unwirksamen Erklärung offenbar dahin, die Blutsverwandten des zu arrogirenden Kindes mit ihren beschränkten erbenschaftlichen Ansprüchen auszuschließen; es wird indeß kaum zu erreichen sein, diese gesetzlichen Erbrechte zu beseitigen. Einem etwaigen Verzicht der demaleinst Berechtigten steht factische Ungewissheit des ganzen Verhältnisses und sehr wahrscheinliche Weigerung der Betheiligten entgegen und eine letztwillige Zuwendung von Seiten der p. Vogel wird durch das Fehlen der testamenti factio verhindert, welche auch den wirksamen Abschluß eines Erbvertrages nicht zulassen wird; Beseler Erbverträge Thl. 2. S. 254 ff.; Hartmann Lehre von den Erbverträgen S. 31. Die von dem Arrogirenden zu bestellende Cautio, welche sich übrigens in dem vorliegenden Falle nur auf den Betrag des in die Verwaltung des Reusche übergehenden Leihhauscapitals von 25 Thlr. beziehen könnte, wird zwar in L. 18 D. cit. gebietend vorgeschrieben; da sich indeß aus der gesetzlichen Aeußerung in L. 17. §. 5 D. cit. satis datio autem in his casibus dari solet und der in L. 19 §. 1 D. cit. enthaltenen Gestattung einer actio utilis für den Fall, daß keine Cautio bestellt wurde, entnehmen läßt, daß die Cautionsbestellung kein nothwendiges Requisit einer wirksamen Arrogation ist, überdies auch weder Veranlassung zur Aufrechterhaltung von Pupillar-Substitutionen vorliegt (L. 19 pr. D. cit.), noch

Veranlassung zu der in L. 2 Cod. de adoptionibus 8. 48 geäußerten Besorgniß: ne sub copulandae adoptionis obtentu in facultates ejus, quae ei diligenti provisione servandae sunt, irruas vorhanden ist, dürfte nach Lage der Sache von dem Verlangen der Cautionsbestellung um so mehr abgegangen werden können, als die betreffende Vorschrift gleich anderen in den Gesetzen bei der Arrogation für beachtenswerth erklärten Punkten mehr als Fingerzeig für die causae cognitio des Richters, dann als absolute Vorschrift aufzufassen ist. Gengler Lehrbuch des deutschen Privatrechts Bd. II. S. 193 Nr. 2.

Unter der Voraussetzung anderweiter, den gesetzlichen Vorschriften entsprechender Regulirung in Bezug auf die erbenschaftlichen Ansprüche für den Fall des während der Impubertät erfolgenden Todes der p. Vogel möchte der vorliegenden Arrogation, rücksichtlich der zur gutachtlichen Erwägung verstellten Punkte, ein deren Rechtsbeständigkeit betreffendes Bedenken nicht entgegenstehen.

Nachdem die hervorgehobene Stelle des Vertrags über die erbenschaftlichen Ansprüche von den Contrahenten ganz beseitigt war, wurde mittelst Höchsten Rescripts vom 16. Aug. 1862 der Arrogation die Bestätigung ertheilt.

## II.

Nachdem der Mühlenbauer Chr. Bode zu Wolfenbüttel, 53 Jahre alt, im Mai 1863 beim Stadtgerichte Wolfenbüttel die Vermittlung der landesherrlichen Bestätigung der Arrogation des von ihm an Kindesstatt angenommenen, am 14. Octbr. 1835 außerehelich geborenen Sohnes der unverehelichten Schell aus Zellerfeld und um Höchste Dispensation von dem Alterserfordernisse gebeten, und das Stadtgericht Wolfenbüttel mit dem Berichte, daß der Arrogandus nach Angabe des Bittstellers dessen natürlicher Sohn, daß die Mutter verstorben sei und der Arrogandus mit dem Gesuche sich einverstanden erklärt und der Magistrat in Wolfenbüttel gegen das Gesuch in wohnortsrechtlicher Beziehung nichts zu erinnern gefunden habe, die Genehmigung des Gesuchs anheimgegeben hatte, wurde, nachdem über das Gesuch der Bericht des Obergerichts erfordert war, am 18. Juli 1863 die nachgesuchte Genehmigung unter Dispensation vom gesetzlichen Alterserfordernisse Höchsten Orts ertheilt.

Der Bericht des Plenum des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 13. Juli 1863 spricht sich im Folgenden aus:

Nach dem Rescripte des H. Staatsministeriums vom 3. v. Mts. haben wir uns darüber gutachtlich zu äußern:

ob es gesetzlich zulässig sei, daß ein Vater ein von ihm anerkanntes natürliches Kind adoptire, um demselben erst dadurch die bürgerlichen Kindschaftsrechte zu verleihen,

oder

ob zur Ertheilung solcher Rechte nicht ausschließlich eine Legitimation des Kindes durch landesherrliches Rescript erforderlich sei?

und versehen wir nicht, das geforderte Gutachten in Folgendem zu erstatten:

Freiwillige Anerkennung eines unehelichen Kindes von Seiten seines Vaters giebt nach den Bestimmungen des Preuß. Landrechts Thl. 2. tit. 2. §. 597, 652—656

und Anhang §. 97 u. 98 und des Code Napoléon art. 334 cc., 756 cc. dem Kinde gewisse Rechte auf den Nachlaß des Vaters, und nach Justinianischem Rechte erben im Concubinate erzeugte *liberi naturales*, wenn sie als solche anerkannt sind, beim Vorhandensein gewisser Umstände ein Sechstheil von der Intestaterbschaft des Vaters. Nach Maßgabe der landesherrlichen Verordnung v. 9. April 1770, Schneider Repert. I. 414. 415, Steinacker Privatrecht §. 17 Nr. 2, kann aber solcher freiwilligen Anerkennung keine andere Wirkung beigelegt werden, als daß dadurch dem Kinde der Anspruch auf Verabreichung von Alimenten erworben wird, während der Vater auf solche Weise überall keine klagbar zu verfolgenden Rechte, insonderheit keine Rechte der väterlichen Gewalt in Beziehung auf das anerkannte Kind erlangt.

Zum Erwerbe der väterlichen Gewalt über das uneheliche Kind und damit dieses die Rechte ehelich geborener Kinder erlange, ist erforderlich:

entweder

Adoption, sofern das uneheliche Kind von seinem Vormunde oder durch sich selbst bereits einem andern in Arrogation gegeben worden, und Arrogation, falls das Kind *sui iuris* geblieben war,

oder

Legitimation.

1. Im neuern Römischen Rechte ist dem Vater die früher erlaubt gewesene (L. 6 Cod. de natur. lib. 5. 27) Adoption und Arrogation seiner *liberi naturales*, d. h. seiner Concubinentkinder, so lange noch die Legitimation eines solchen Kindes durch nachfolgende Ehe möglich ist, verboten; L. 7 Cod. de natur. lib. 5. 27. Das Verbot ist auf im Concubinate erzeugte Kinder beschränkt und liegt demselben der Zweck der Beförderung der Legitimation durch nachfolgende Ehe zum Grunde.

Demnach kann bezweifelt werden, ob das Verbot auch

- a. bei unehelichen Kindern anderer Art, bei *spuriis*, *vulgo quaesitis* und
- b. in Fällen zur Anwendung zu bringen sei, in denen die Legitimation durch nachfolgende Ehe, insonderheit wegen eingetretenen Todes der Mutter, nicht zu bewirken ist.

Das erste Bedenken anlangend, kann freilich umgekehrt gesagt werden, da heut zu Tage die Legitimation auch bei anderen als Concubinentkindern vorkommt, so ist jetzt das Verbot auf uneheliche Kinder überhaupt und nicht bloß auf Concubinentkinder anzuwenden; Holzschuher I. S. 607. 609 Nr. 8, v. Bangerow §. 249 Note 5. Hierdurch wird aber das zweite Bedenken in den einschlägigen Fällen nicht beseitigt.

Außerdem kommt in Betracht, daß zwar eine Adoption im engeren Sinne vor der competenten Obrigkeit vorgenommen werden kann; L. 4 D. de adopt. l. 7; L. 10 Cod. eod. 8. 48; zur Gültigkeit der Arrogation eines *hominis sui iuris* aber landesherrliche Genehmigung erforderlich ist; §. 1 J. de adopt. l. 11; L. 2 pr. D. eod. l. 7; L. 2 Cod. eod. 8. 48; und daß, wenngleich die Obrigkeiten bei Confirmation der Adoptionen an die in den Gesetzen gegebenen Vorschriften gebunden sind, der Landesherr in Bestätigung vorkommender Arrogationen Abweichungen von der Regel

mittelft Dispensation eintreten lassen kann, wenn dadurch keines Dritten Recht geschmälert wird. Weber Erl. d. Pand. §. 155 S. 74; Strube rechtl. Bedenken II. 62; Thibaut §. 486; Braun zu §. 486. Th. 2. S. 417; Neue Land=schaftsordn. §. 6.

Daß der Mühlenbauer Bode verheirathet ist und seiner Ehefrau ein Intestat=erbrecht an dem Nachlasse desselben, und zwar in Ermangelung von Descendenten und Ascendenten, ein ausschließliches Intestaterbrecht zusteht, kann ein Hinderniß um so weniger abgeben, als das landesgesetzliche Intestaterbrecht der Ehegatten kein Noth=erbenrecht begründet und durch anderweite Dispositionen beschränkt und aufgehoben werden kann.

2. Hiernächst die Legitimation anlangend, können nach Röm. Rechte nur Concubinenkinder, §. 13 J. de nupt. 1. 18; Nov. 74 c. 6; Nov. 89 c. 15, gegenwärtig aber alle Arten der unehelichen Kinder sowohl durch nachfolgende Ehe des Vaters mit der Mutter als durch landesherrliches Rescript, Nov. 74 c. 1 u. 2; Nov. 89 c. 9, legitimirt werden. C. 1. 6. X. Qui filii sint legit. 4. 17; c. 1. 3. 6. De eo qui duxit 4. 7. Streitig ist nur, ob auch die im Inceste und die im Ehe=bruche erzeugten Kinder legitimationsfähig seien, solches jedoch anzunehmen, wenn Dispensation zur Ehe ertheilt worden ist oder ertheilt werden konnte, c. 13. X. Qui filii sint legit. 4. 17, und die im Röm. Rechte enthaltene Verheißung, daß die Legiti=mation durch Rescript nicht ertheilt werden solle, wenn der Vater die Concubine hei=rathen könne und eheliche Kinder habe, würde auch im letzten Falle die landesherr=liche Dispensationsgewalt nur insoweit beschränken, als dadurch die Rechte der vor=handenen Kinder verletzt werden sollten.

Die Wirkungen der Legitimation und der Adoption (Arrogation) sind in der Hinsicht verschieden, daß die Legitimation dem Kinde die vollen Rechte ehelich gebo=rener Kinder (Successionsrechte in Lehngüter, II. F. 26 §. 10, Landschaftl. Privile=gien art. 32, Familienstammgüter, Gesetz vom 20. Mai 1858 Nr. 30 §. 6. Nr. 7 u. dgl. ausgenommen) ertheilt, während die adoptirten und arrogirten der richtigeren Ansicht zufolge wider ihren Willen emancipirt werden können und nach der Eman=cipation die Agnationsrechte verlieren, abgesehen von dem Rechte arrogirter Unmün=diger auf die sog. Quarta D. Pii, L. 10 pr. Cod. de adopt. 8. 48; Vangerow §. 257 Anm. 2; Mackeldey §. 565 Note 9; Arndt Pand. §. 427 Anm. 2; Schweppe Pand. §. 621 Th. 4. S. 98. Da die Bestätigung der Arrogation ebenso wie die Legitimatio per rescriptum principis durch ein landesherrliches Rescript erfolgt und sich obiger Erörterung zufolge behaupten läßt, daß die Arrogation unehelicher Kinder nicht mehr verboten, sondern nur in gewisse Grenzen eingeschlossen sei, Mühlenbruch Pand. §. 557 Note 4; da ferner im vorliegenden Falle die Legiti=mation durch nachfolgende Ehe nicht mehr möglich ist, der p. Bode auch keine ehe=lichen Kinder hat, so halten wir die gewählte Form der Arrogation, um dem Bode'schen unehelichen Sohne die Rechte eines ehelichen zu verleihen, für zulässig, insofern von der Vorschrift, daß der Arrogirende das 60. Lebensjahr zurückgelegt haben müsse, da der p. Bode erst 53 Jahre alt ist, zugleich landesherrliche Dispensation ertheilt wird.

## Klagbarkeit der locatio conductio operarum.

### I.

Als der Vogelhändler Nagel zu Kaierde ein neues Wohnhaus erbaut und gerichtet hatte, behauptete der Tischler Reichhardt gerichtlich klagend, daß zwischen ihm und Nagel vereinbart worden, daß Kläger in dem vom Beklagten unternommenen Neubau eines Wohnhauses sämtliche Tischlerarbeiten, welche zur Herstellung desselben erforderlich sein würden, gegen Bezahlung des üblichen Tagelohns von 15 Gr. pro Tag anfertigen solle und wolle. Kläger habe sich zur Beschaffung der Arbeiten bereit gehalten, Beklagter aber solche einem andern Tischler übertragen, welcher diese Arbeiten auch bereits begonnen habe. Kläger verlangte Erfüllung des Contracts, daß ihm also Beklagter die Fertigung der Arbeit gegen den bemerkten Tagelohn überlasse; wenn aber Beklagter solches Jenem verweigere, Berichtigung jenes Lohnes für soviel Arbeitstage, wie nach Vollendung des Hauses von Sachverständigen zur Fertigung der darin vorhandenen Tischlerarbeit, als nöthig gewesen, würden angegeben werden, wobei er sich einen Absatz für die mit der Arbeit verbundene Abnutzung seiner Werkzeuge und Kleidung gefallen lassen wolle.

Das Kreisgericht Gandersheim erkannte am 20. December 1861 auf Beweis des Klaggrundes und bestätigte das Obergericht zu Wolfenbüttel am 26. März 1862 diese Entscheidung aus folgenden

### Gründen:

Das behauptete Rechtsgeschäft involvirt eine genügend substantiirte locatio conductio operarum, wobei nur der Gesamtbetrag des Lohnes nach der Anzahl der geleisteten Arbeitstage der demnächstigen Feststellung unterliegt, Beklagter daher mit Unrecht die Einrede der mangelnden Fundirung opponirt, da eine auf Tagewerk basirte locatio operarum in den Gesetzen ausdrücklich gebilligt und die Specialisirung der einzelnen Arbeiten nicht erfordert wird. L. 30 §. 3, L. 36, L. 51 §. 1 D. loc. cond. 19. 2. Dem Beklagten ist mithin nicht beizupflichten, wenn er in dem geklagten Vertrage nur ein pactum de contrahendo erblicken will; vielmehr ist ein wirklicher Vertrag unter den Parteien zum Abschlusse gekommen, dessen Bestimmtheit um so weniger in Zweifel gezogen werden darf, als eines Theils schon ein aufgebaumtes und gerichtetes Wohnhaus in Frage steht, und anderen Theils die Arbeiten selbst, wie angegeben, nach Tagelöhnen vergütet werden sollen, wobei die Art der einzelnen Arbeiten nicht weiter in Betracht kommt.

Auch die Einrede der Verfrühung, weil Kläger nicht zu behaupten vermocht habe, daß die ihm übertragenen Tischlerarbeiten innerhalb einer bestimmten Frist begonnen und ausgeführt werden sollten, erscheint unzutreffend, insofern Beklagter, wie in der Klage ohne Widerspruch behauptet worden, den Bau des Hauses unternommen und mit dessen Ausführung bereits den Anfang gemacht, derselbe daher verpflichtet ist, die ferneren Arbeiten bei ermangelnder entgegenstehender Verebdung ohne willkürliche Verzögerung in derjenigen Reihenfolge anfertigen zu lassen, wie die Angemessenheit des Baues mit sich bringt; sich hiernach aber die Zeit, wann mit den fr. Tischlerarbeiten zu verfahren sei, leicht feststellen lassen wird; Kläger

überdies principaliter beantragt, den Beklagten zur Erfüllung des libellirten Verdingcontractes zu verurtheilen und nur eventuell verlangt, denselben zur Bezahlung des durch Sachverständige näher zu eruirenden Gesamtbetrages der einzelnen Tagelöhne anzuhalten, die Klage hiernach zunächst die Erfüllung und Anerkennung des vom Beklagten in seiner Existenz bestrittenen Vertrages verfolgt, und der eventuelle Antrag erst dann Erfolg und Bedeutung gewinnt, wenn Beklagter den Vertrag selbst nicht erfüllen will oder kann.

Kläger zeigt sich fortwährend bereit, die ihm contractlich übertragenen Arbeiten auszuführen und ist daher berechtigt, den stipulirten oder üblichen Lohn von dem Beklagten als conductor operarum in Anspruch zu nehmen, da nicht einmal der Zufall Letzteren von dieser Verbindlichkeit befreiet, L. 19 §. 9. 10. L. 38 pr. D. loc. cond. 19. 2. Es kommt mithin die Ermittlung eines Interesses im vorliegenden Falle überall nicht weiter in Frage, und fällt übrigens das Interesse des Klägers jedenfalls mit dem geforderten Arbeitslohne so lange zusammen, als nicht Beklagter, wie ihm obgelegen, nachzuweisen vermocht, in welcher gleichen und angemessenen Art Kläger für den Fall, daß ihm die zugesicherte Arbeit nicht zu Theil werden sollte, Gelegenheit haben würde, seine Arbeit zu verwerthen.

## II.

Der Schmiedemeister Steinmann klagte gegen den Rothsassen Grobe: Er habe mit dem Beklagten einen Contract dahin geschlossen, daß Kläger einen neuen Ackerwagen des Beklagten mit der vollständigen Schmiedearbeit versehen solle und wolle gegen Empfang von 33 Thlr. und Ueberlassung des alten Ackerwagens des Beklagten im Werthe von 9 Thlr. Da der Beklagte Erfüllung dieses Vertrages verweigere, so bitte Kläger, den Beklagten zur Erfüllung dieses Contracts, eventuell zur Entschädigung des Klägers, Liquidation vorbehältlich, zu verurtheilen. Nachdem Beklagter den Contractabschluß geläugnet hatte und der Beweis aufgenommen war, erkannte das Amtsgericht Wechelde am 14. November 1862, daß Beklagter schuldig sei, den fr. Contract dahin zu erfüllen, daß er dem Kläger den fr. neuen Ackerwagen zur Herrichtung der an demselben befindlichen Schmiedearbeit, unter gleichzeitiger Ueberlassung des alten Ackerwagens überliefere, oder aber dem Kläger den durch die Nichterfüllung des fr. Contracts entzogenen, in einer besonderen Liquidationsinstanz geltend zu machenden Gewinn zu ersetzen habe.

Das Kreisgericht Braunschweig bestätigte am 10. Februar 1863 diese Entscheidung

in Erwägung:

1. daß der Verdingungsvertrag zu seiner Perfection nichts weiter, als Uebereinstimmung der Contrahenten über das zu fertigende Werk und den zu zahlenden Lohn erfordert;

2. daß der Giltigkeit und Klagbarkeit eines Vertrages der Mangel einer Verabredung über die Zeit der Prästation der den Contrahenten obliegenden Leistungen nicht entgegensteht, L. 14. L. 41. §. 1. L. 60. L. 73 pr. L. 98 §. 1. L. 137. §. 1.

2. D. de V. O. 45. 1; §. 27. J. de inutil. stip. 3. 20; L. 105 D. de solut. 46. 3; für die Beurtheilung der Leistungen des Einzelnen aber der Vertrag die nächste Grundlage bildet und aus dem fr. Vertrage die Verpflichtung des Beklagten zur Uebergabe des zu beschlagenden Wagens an den Kläger ohne Weiteres sich ergibt;

3. daß aus rechtsgiltigen Verträgen jedem Contrahenten ein durch die Contractsklage verfolgbares Recht auf Præstation alles dessen, was der Mitcontrahent zu geben oder zu thun verbunden ist, erwächst, pr. J. de act. 4. 6; §. 1. 15. J. eod., einseitiges völliges Abgehen von solchen Verträgen dagegen im Allgemeinen nur aus besondern Gründen zulässig ist und derartige Gründe in dem vorliegenden Falle von dem Beklagten überall nicht vorgebracht sind;

4. daß, wenn auch bei Verträgen der vorliegenden Art der locator operis auf das opus zu verzichten und dadurch die Ausführung des Vertrages zu vereiteln in der Lage sein möchte, doch der Beklagte einen solchen Verzicht bislang nicht erklärt, sondern darauf sich beschränkt hat, das Zustandekommen resp. die Rechtsgiltigkeit des fr. Verdingungscontracts in Abrede zu stellen; die Meinung aber, daß jener Vertrag als unter der Suspensivbedingung der Anschaffung eines Wagens, dessen Beschlagen erfolgen könne, abgeschlossen anzusehen sei, eines actenmäßigen Anhalts entbehrt;

5. daß nach diesem Allen und da Beklagter den fr. Vertrag zu erfüllen sich weigert, die auf Vertragserfüllung gerichtete Principalklage sich als begründet und statthaft darstellt, und mit Rücksicht hierauf bei der Ungewissheit, ob nicht noch Erfüllung des Vertrages an Seiten des Beklagten erfolgen werde, die specielle Liquidation des eventuell von ihm zu vergütenden Schadens einem besondern Verfahren vorbehalten werden durfte.

Die vom Beklagten verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 1. Mai 1863 verworfen aus folgenden

#### Gründen:

1. Die Verabredung unter den Parteien, wonach Kläger einen neuen Wagen des Beklagten beschlagen sollte, brauchte nicht deshalb in den Gränzen bloßer Tractate zu verharren, weil der Wagen sich noch nicht in der Disposition des Verdingenden befand, vielleicht überall noch nicht vorhanden war. Die Existenz des zu beschlagenden Wagens und die Macht des Beklagten darüber zu verfügen, konnte nur subjectiv ungewiß sein und war einer objectiven Unmöglichkeit enthoben. Ebenso wenig war in der Nichtexistenz des Gegenstandes, woran die Arbeit gemacht werden sollte, die Bedingung der Existenz stillschweigend enthalten; solche bedurfte vielmehr des ausdrücklichen Vorbehalts. Daß vielmehr die Meinung der Contrahenten des noch fehlenden Daseins des Wagens ungeachtet bis zu wirklich unbedingungslos abgeschlossenem Vertrage gegangen sei, ist von den vorigen Richtern angenommen und einer weiteren Untersuchung in dieser Instanz nicht zu unterwerfen.

2. Nachdem der Vertrag abgeschlossen war, hatte zunächst Beklagter den zu

beschmiedenden Wagen dem Kläger behuf der daran vorzunehmenden Arbeit zu stellen. Auf diese Handlung konnte Kläger nicht klagen, weil nicht sie, sondern die Zahlung der Verdingsumme den Inhalt der klägerischen actio bildete. Die Unterlassung der Handlung machte aber die Leistung des Klägers unmöglich und berechtigte denselben, wenn sie dem Beklagten zu imputiren war, zu Entschädigungs-Ansprüchen, sei es ohne Weiteres, sei es nachdem auf den Lohn unter dem Erbieten zur Beschaffung des opus vergeblich geklagt war. Beim Mangel einer verabredeten Frist war jene Unterlassung dem Beklagten nur im Falle seines Verzugs zur Last zu legen, und die Handlung selbst nachzuholen, so lange sie nicht zu spät kam. — Zu diesen allgemeinen Rechtsätzen — conf. unter Anderen Sintenis Civilrecht ed 2. Thl. II. §. 118. S. 669 bis 674, insbesondere not. 157. 168. — verhält sich nun der Inhalt der Klage und der sent a qua folgender Gestalt:

a. Unter der in der Klage gedachten „Erfüllung des Vertrages“ durch den Beklagten ist die Stellung des zu beschmiedenden Wagens zu verstehen. Hat der Beklagte dieselbe verweigert, worüber der Eid zugeschoben worden, so ist die Contractsverletzung liquide und er dem Kläger entschädigungspflichtig. Auf jenen Eid kommt es aber nicht mehr an, weil Beklagter diese Weigerung selbst vorträgt und aufrecht hält. Das petitum, den Beklagten zur Erfüllung des Vertrages (im Sinne der Klage), eventuell zur Entschädigung des Klägers zu verurtheilen, ist nicht correct und kann nur dahin verstanden werden, den Beklagten zur Entschädigung zu verurtheilen, wenn er nicht noch den zu beschmiedenden Wagen stelle.

b. Wenngleich die unter 2 u. 3 der sent. a qua benutzten Rechtsätze in concreto nicht zutreffen, und die Handlungsweise des Beklagten nicht einen Verzicht auf das Opus, sondern eine zur Entschädigung des Unternehmers verpflichtende Vereitelung desselben enthält, so erscheint eben deshalb die Verurtheilung des Beklagten zu jener Entschädigung dennoch gerechtfertigt, da, wenn auch zunächst unter dem Erbieten zur Vorleistung des Klägers auf die contractliche Gegenleistung des Beklagten geklagt werden mußte, bereits gewiß war, daß es zu Beidem nicht kommen sollte. Außerdem ward Beklagter dadurch nicht verletzt, daß ihm die Ueberlieferung des zu beschmiedenden Wagens u. binnen 14 Tagen unter dem Präjudiz der Entschädigung aufgegeben ist, weil es ihm überlassen bleibt, von dieser Befugniß keinen Gebrauch zu machen.

3. Zweifel könnte nur der Umstand erregen, daß die Klage über die Art und Höhe des verursachten Schadens oder entgangenen Gewinns keine Angaben und Beweismittel enthält, von dieser Seite also nicht substantiirt erscheint, vielmehr auf eine sog. Liquidations-Instanz verweist; daß ferner die sent. a qua, darauf eingehend, gegen die Bestimmungen der L. 3. 4 Cod. de sent. quae sine certa quant. 7. 46 zu verstößen scheint. Der Richter hat allerdings nicht nur an reus debeat, sondern auch quantum debeat zu entscheiden; L. 3. 4 cit. §. 32 J. de action. 4. 6; von dieser Regel giebt es indessen Ausnahmen, worauf schon §. 32 cit. (Curare autem debet iudex, ut omnino quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum sit) hinweist, und zwar nicht bloß, wo noch Nebenleistungen an Zinsen, Früchten, Kosten u. festzustellen sind, oder wo die Natur der Klage es mit sich bringt, cf. Gensler Dictate zu Martin ed. Guyet ad §. 254—258, sondern auch in anderen Fällen, wo auf Klagen aus Delicten oder Vertragsverletzungen zunächst die Zuerkennung des Interesses oder der Entschädigung und sodann die Feststellung des Betrages in einem besonderen Verfahren, dem sog. Liquidationsverfahren gestattet, — anal. L. 3. 6 §. 2 L. 7 de confess. 42. 2; L. 25 §. 1. 2 ad leg. Aquil. 9. 2; Weßell System des ordentl. Civilproc. §. 46. S. 405 fg. — ein solches Verfahren wenigstens nicht in gleicher Art für ungiltig erklärt wird, wie die Verurtheilung zu einer völlig unbestimmten Leistung, L. 2 Cod. de sent. quae sine 7. 46. cf. L. 3. 4. eod.

Wetzell l. c. — Die Praxis pflegt eine solche Scheidung nach Zweckmäßigkeitsgründen zuzulassen, und im vorliegenden Falle war dazu, weil die vorbehaltene Stellung des Wagens den Beweis des Interesse entbehrlich macht, Veranlassung; wenigstens wurde ein Gesetz nicht verletzt und eine Nichtigkeit nicht begangen.

### Zulässigkeit der Mandatare als Zeugen \*). — Abschluß von Kaufcontracten auf Grund zugesandter Preiscurante.

Der Domainenpächter Küster zu Sillium schickte den Stellmacher Meißel zu dem Holzhändler Giesecke in Kirchberg mit dem Auftrage, von dem Letzteren gewisse Bauhölzer anzukaufen. Hernach entstand Streit über die Frage, ob der Kaufcontract zwischen Meißel und Giesecke zum Abschlusse gekommen sei, und berief sich Küster auf das Zeugniß des Meißel, dessen Zulässigkeit Giesecke bestritt.

Nachdem das Kreisgericht Gandersheim den Meißel für einen unzulässigen Zeugen erklärt hatte, ließ das Obergericht zu Wolfenbüttel am 22. December 1862 denselben zu aus folgenden

#### Gründen:

Die Parteien sind darüber einverstanden, daß Meißel im Auftrage des Klägers am 24. März 1862 vom Beklagten die fr. Hölzer kaufweise angefordert hat, und würde der Zeuge wesentlich nur über den streitig gebliebenen Punkt auszusagen haben: ob darauf der Beklagte die fr. Hölzer zu den bemerkten Preisen verkaufweise zugesagt hat, wobei sich der Zeuge allerdings voraussichtlich auch über die Art und Weise der Ausrichtung seiner Bestellung würde auslassen müssen, weil ohne solche Auslassung die angebliche verbindliche Gegenerklärung schwerlich genügend verständlich sein würde.

Was die Zulässigkeit der Bevollmächtigten als Zeugen in Bezug auf das von ihnen besorgte Geschäft betrifft, so enthalten die Gesetze eine allgemeine Vorschrift darüber, daß Mandatare als Zeugen unzulässig seien, nicht. Es werden zwar in Nov. 90 cap. 8 *mediatores* (*μεσῖται*) und in L. 25 D. de test. 22. 5. *executores negotiorum* erwähnt, deren Zeugniß überhaupt beziehungsweise ohne Zustimmung der streitenden Theile unzulässig sein soll; welche Art von Vermittlern man aber auch unter den viel bestrittenen *mediatoribus* zu verstehen hat, daß ein Bote, welcher eine Kaufbestellung ausrichtet, nicht darunter gedacht werden darf, ist zweifellos, und daß unter *executoribus negotiorum* nur gewisse gerichtliche Hilfsbeamten zu verstehen sind, leuchtet bei Vergleichung der L. 8 C. de officio rect. prov. 1. 40. genügend ein. Seuffert Archiv Bd. 14. Nr. 175. 176. Da es unzulässig ist, aus den angeführten besonderen gesetzlichen Vorschriften eine allgemeine Regel für Bevollmächtigte überhaupt abzuleiten, bleibt bei Beurtheilung der Fähigkeit eines Bevollmächtigten zur Zeugniß-Ablage nur die in L. 10 D. de test. 22. 5, L. 10 C. eod. 4. 20. ausgesprochene Rücksicht entscheidend, ob die Sache, auf welche sich das Zeugniß bezieht, als *propria causa* des Zeugen anzusehen ist. Seuffert Archiv Bd. 3 Nr. 287. Bd. 6 Nr. 275. Bd. 7 Nr. 120. Bd. 9 Nr. 90. Bd. 14 Nr. 175. 176. In dem vorliegenden Falle ist solches eigene Interesse des Zeugen nicht ersichtlich, da über den Punkt: ob der Zeuge den ihm gegebenen Auftrag überhaupt oder richtig besorgt habe, kein Streit ist, und es wesentlich nur auf die Ermittlung gewisser Gegenerklärungen des Beklagten ankommt. Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß der Zeuge nach der Stellung, welche er

\*) Vergl. Zeitschrift VI. S. 174.

zur Sache einnimmt, insbesondere da seine Auffassung der Erklärungen des Beklagten und deren Mittheilung an den Kläger zur Anstellung des gegenwärtigen Processes mitgewirkt hat, nicht als völlig unbefangenen erscheint; indessen ist dieses Verhältniß nicht als Selbstbetheiligung am Prozesse aufzufassen, indem hierzu, wie auch aus L. 1 §. 11 D. quando appell. 29. 4: „eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet“ abzunehmen, unmittelbarer Antheil vorausgesetzt wird.

In demselben Erkenntnisse spricht sich das Obergericht über Abschluß von Kaufcontracten auf Grund zugesandter Preiscourante folgendermaßen aus:

Kläger vermeint, daß ihm nach Empfang des Preiscourants des Beklagten (im Sommer 1861) und zwar noch am 24. März 1862 die Berechtigung zugestanden habe, gewisse Holzquantitäten der in dem Preiscourante verzeichneten Art als gekauft zu acceptiren, und daß der Handel durch solche Acceptation perfect geworden sei. Es enthält indessen die Uebersendung eines Preiscourants, welcher gewisse Waaren nach den Einheitspreisen verzeichnet, wie schon nach der Natur des täglichen Verkehrs nicht zu bezweifeln ist, keine Offerte, bei welcher durch einfache Acceptation ein Handelsabschluß zu bewerkstelligen wäre, indem dadurch bestimmte Quantitäten, welche doch nur den Gegenstand des Handels ausmachen können, nicht angeboten sind.

Abgesehen davon, und wenn eine gewisse Waaren-Quantität angeboten sein sollte, steht die Acceptation von Verkaufs-offerten nicht für beliebige Zeit offen. Es kommt vielmehr behuf Bestimmung der zulässigen Acceptationszeit auf die begleitenden Umstände, den Gebrauch im Geschäftsverkehre und die Erwägung an: auf wie lange der Offert, welchem eine Pflicht zu der Angabe, wie lange er gebunden sein wolle, überall nicht obliegt, bei Annahme verständiger Denk- und Handlungsweise dessen, dem die Offerte gemacht wurde, zu erwarten hatte, daß die nöthige Erklärung erfolgen werde. Vender Handelsrecht §. 77. S. 179; Sintenis Civilrecht. 2. Ausg. S. 96. S. 245. Die Umstände sind im vorliegenden Falle augenscheinlich der Art, daß Beklagter annehmen durfte, Kläger habe das Geschäft aufgegeben, nachdem er sich im Laufe eines halben Jahres, bis zum 24. März 1862, nicht erklärt hatte, und eine einfache Acceptation an diesem Tage, selbst wenn sie früher von Bedeutung gewesen sein sollte, wirkungslos.

### Zur Sporel- und Gebührentaxe der Gerichte und Anwälte in Civilprocessen. (Eingesandt.)

Zur Sporel- und Gebührentaxe der Gerichte und Anwälte in Civilprocessen liefert Nr. 8 des X. Jahrgangs dieser Zeitschrift S. 127 eine Entscheidung H. Obergerichts vom 1. April 1859, wonach für die Durchführung eines Editionsstreites in Sachen unter 200 Thlr. neben dem für die Hauptsache bestimmten Pauschsatz nochmals der Pauschsatz berechnet werden darf.

So sehr wir die Ansicht billigen, daß für Zwischenverhandlungen — Arrestanträge, Antrag auf Herausgabe von Urkunden — auch wenn sie mit der Hauptklage in Verbindung gebracht sind, neben dem Pauschsatz für die Hauptsache (und in gleicher Weise in Sachen über 200 Thlr. neben der Gebühr für die Verhandlung in der Hauptsache) noch eine besondere Vergütung zu berechnen sei, so müssen wir doch Bedenken tragen, die Ansicht für richtig anzuerkennen, daß für die Durchfüh-

zung eines derartigen Zwischenverfahrens in Sachen unter 200 Thlr. nochmals der Pauschsatz berechnet werden dürfe.

Der §. 4 des Gesetzes vom 3. Decbr. 1855, Abänderungen und Ergänzungen der Civilprocessordnung betreffend, stellt den Pauschsatz fest für alle vor den Kreisgerichten im ordentlichen Verfahren in erster Instanz zu verhandelnden Civilprocesssachen von 50 bis 200 Thlr.; die Civilprocessordnung selbst aber rechnet in ihrem 4. Theile Tit. 1 u. 6 den Arrestproceß und das Verfahren wegen Herausgabe von Urkunden zu den außerordentlichen Arten des Verfahrens, welche auch in einem anhängigen Rechtsstreite mittelst eines Nebenantrags resp. als Zwischenverhandlung angebracht werden können.

Erscheint aber hiernach die Anwendung des für das ordentliche Verfahren bestimmten Pauschsatzes für diese zu den außerordentlichen Arten des Verfahrens gerechneten Zwischenverhandlungen mit dem §. 4 des Gesetzes vom 3. Decbr. 1855 im Widerspruch, so dürfte solche auch aus dem Grunde bedenklich sein, weil derartige Zwischenverhandlungen regelmäßig zu einfach sein werden, als daß nicht die Höhe des Pauschsatzes außer Verhältniß stehen sollte zu der von den Anwälten aufzuwendenden Thätigkeit.

Die Honorirung der von Anwälten und Sachführern in derartigen Zwischenverhandlungen entwickelten Thätigkeit dürfte demnach lediglich auf Grund der allgemeinen Gebührentaxe zu geschehen haben.

## Aus amtlichen Erlassen.

Rescript des H. Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 27. August 1863.

Bei Revision der von den H. Kreis-, Stadt- und Amtsgerichten aufgestellten Nachweisungen über den Umfang ihrer Geschäfte im Jahre 1862 ist vom H. Staatsministerium in Gemäßheit Rescripts vom 7. d. M. bestimmt: daß in Folge stets die Zahl der für uneheliche Kinder angeordneten Vormundschaften besonders zu bemerken, auch auf rechtzeitige Anmeldung der unehelichen Geburten behuf Anordnung der Vormundschaften mit Strenge zu halten sei.

Wir setzen H. Kreisgericht von vorstehender Verfügung mit der Anweisung in Kenntniß: die untergebenen H. Amtsgerichte resp. das H. Stadtgericht daselbst mit specieller Instruction versehen und die Befolgung der erlassenen Vorschrift überwachen zu wollen.

Bekanntmachung des Vorsitzenden der Advocaten-Cammer zu Wolfenbüttel vom  
18. August 1863.

Mit dem Ablaufe dieses Jahres erlöschen die amtlichen Befugnisse der jetzigen Mitglieder der Advocaten-Cammer des Landes und sind deshalb für die nächstfolgenden drei Jahre wiederum Mitglieder resp. deren Stellvertreter der Advocaten-Cammer zu wählen. — Zur Vornahme dieser Wahl, zur Berichterstattung über die Geschäftsführung der Cammer, zur Vorlage der Cassen-Rechnung und Erledigung sonstiger Geschäfte berufe ich hiemit eine General-Versammlung der Advocaten und Anwälte des Landes auf den 24. October d. J., Morgens präcise 10 Uhr.

Mit Hinweisung auf §. 19 der Advocaten-Ordnung und den Cammer-Erlaß vom 3. December 1853 fordere ich die Advocaten und Anwälte des Landes auf, sich zu der angegebenen Zeit im Schwurgerichts-Saale des Herzoglichen Obergerichts hieselbst einzufinden.

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

**Inhalt:** Verliert die beweispflichtige Partei im Civilproceffe, wenn sie einer wegen Meineides bestraften Partei gegenübersteht, das Beweismittel des Eidesantrages? — Das Reglement vom 5. März 1835 über die Anforderung forstzinsfreien Bauholzes aus den vormaligen Communion-Harzforsten hat verbindliche Kraft. — Zu der Lehre von der Auslegung von Testamenten. — Legate, verbunden mit der Verpflichtung des Legatars, auf gewisse Ansprüche an den Onerirten Verzicht zu leisten. — Das ädilittische Edict gewährt dem redhibirenden Käufer das volle Interesse. — Ein Verzicht auf die *exceptio non numeratae pecuniae* im Schuldscheine ist unwirksam. — Die beweispflichtige Partei darf, wenn die Gegenpartei wegen des verschuldeten Verbrechens des Meineides außer Stande ist, einen Eid zu schwören, sich des Beweismittels des Eidesantrages nicht bedienen. — Jedes in Erfüllung einer Rechtspflicht vom Erben aufgenommene Inventar muß eidlich bestärkt werden. Nur diejenige Partei hat das Rechtsmittel der Revision, gegen welche in zweiter Instanz reformirt ist. — Wenn ein Mitglied einer Interessenschaft sein Sonderrecht durch corporative Einrichtungen verletzt hält, so kann es seine Ansprüche nur im Schoße der Corporation ausführen. — Die Vertretung der Landschulen u. in den die Vermögensrechte derselben betreffenden Proceffen ist den Organen der Landgemeinden durch die Landgem. Ord. v. 19. März 1850 nicht übertragen.

### Verliert die beweispflichtige Partei im Civilproceffe, wenn sie einer wegen Meineides bestraften Partei gegenübersteht, das Beweismittel des Eidesantrages?

In Theorie und Praxis bestehen darüber verschiedene Ansichten, ob im Civilproceffe die eine Partei gegen die andere, wenn diese wegen des Verbrechens des Meineides schuldig erkannt und deshalb nach Maßgabe der bestehenden gesetzlichen Vorschrift zur Ableistung eines Eides unfähig ist, sich zum Beweise des Eidesantrages bedienen dürfe.

Bernünftiger Weise, sollte man denken, muß diese Frage bejaht werden; wir sind aber auch der Meinung; daß diese Antwort durch allgemeine Rechtsgrundsätze gerechtfertigt wird.

Nach §. 88 der Civ. Pr. Ord. kann jede Partei über die von ihr zu beweisenden Thatsachen der andern den Eid antragen. Längnet die Gegenpartei die behauptete Thatsache, so hat sie die Befugniß, entweder den Eid anzunehmen oder denselben zu referiren oder sich der Gewissensvertretung zu bedienen. Kann sie den Eid nicht annehmen, etwa weil sie durch Richterspruch zur Ausschwörung eines Eides für unfähig erklärt ist, so bleibt ihr nur die Wahl, den Eid zu referiren oder sich der Gewissensvertretung zu bedienen, oder wenn sie etwa nicht in der Lage ist, den Eid

referiren zu dürfen, Civ. Pr. Ord. l. e., sich lediglich der Gewissensvertretung zu bedienen, oder wenn sie selber den Beweis der Nichtexistenz der behaupteten Thatsache nicht führen kann, sich für sachfällig zu erklären. Denn an sich steht der beweispflichtigen Partei das Recht zu, den Eid anzutragen; dieses Recht kann nicht verkümmert oder aufgehoben werden durch die einseitige, noch dazu schändliche Handlungsweise des Gegners, non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri; L. 74. D. de reg. iur. 50. 17; die Gegenpartei kann in Folge ihrer verbrecherischen Handlungsweise ihre rechtliche Stellung nicht günstiger gestalten; nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest; L. 134 §. 1 l. c.; die beweispflichtige Partei bringt allerdings, indem sie sich des Eidesantrages bedient, den Gegner in eine schwierige Lage, aber sie macht nur von einem ihr zustehenden Rechte Gebrauch; nemo damnum fecit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet, L. 151. ibid.; und der Gegner hat keinen Grund, sich darüber zu beklagen, sich dadurch für beeinträchtigt zu halten, quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire, L. 203 ibid.; und endlich würde es ja unbillig und ungerecht sein, wenn, weil der Gegner nicht schwören darf, der beweispflichtigen Partei ein Beweismittel, — welches obendrein häufig nur das einzige ist — entzogen und sie, sobald der Gegner die behauptete Thatsache abläugnet, wegen mangelnden Beweises genöthigt würde, sich für sachfällig zu erklären; in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est. L. 90 ibid. Es ist allerdings richtig, daß, wenn die eine Partei der andern, welche in Folge ergangenen Richterspruchs nicht zum Eide gelassen werden darf, den Eid anträgt, von derselben etwas verlangt wird, was sie nicht leisten kann; aber ihr steht ja die Befugniß zu, den Eid zu referiren, Gewissensvertretung zu wählen; jedenfalls muß sie die nachtheiligen Folgen davon tragen, daß sie sich in die Lage versetzt hat, den Eid nicht annehmen zu dürfen. Unrichtig aber ist das Argument, daß, wenn man der beweispflichtigen Partei das Recht einräumen wollte, den Eid anzutragen, obwohl die Gegenpartei den Eid nicht annehmen darf, man jene in die Lage brächte, aus dem Verbrechen der Gegenpartei Vortheile für sich abzuleiten; denn abgesehen davon, daß, wenn man der Gegenpartei die Befugniß einräumen wollte, den angebotenen Eid als ein unzulässiges Beweismittel zurückzuweisen, man mit demselben Rechte behaupten müßte, daß die Gegenpartei in Folge ihres Verbrechens der beweispflichtigen Partei Nachtheile, sich selber aber Vortheile bereiten würde, so setzt jenes Argument voraus, daß die beweispflichtige Partei, wenn ihr der Eid referirt würde, diesen, wenn sie ihn ausschwört, nicht mit gutem Gewissen ausschwören könne, — eine Voraussetzung, zu welcher jeder Grund fehlt.

## Aus der Praxis.

**Das Reglement vom 5. März 1835 über die Anforderung forstzinsfreien Bauholzes aus den vormaligen Communion-Forstforsten hat verbindliche Kraft.**

Dem Kothsassen Hellemann zu Wittelde steht für seinen Hof das Recht auf forstzinsfreie Lieferung des den Bedürfnissen entsprechenden Bauholzes zu Neubauten aus den vormaligen Communion-Forstforsten zu. Als Hellemann gegen H. Cammer, Direction der Forsten, eine Klage auf Lieferung des zu dem Neubau eines Scheunen- und Stallgebäudes nöthigen Bauholzes erhob, opponirte die Beklagte, daß die Klage verfrüht sei, weil Kläger das in dem Reglement des H. Staatsministeriums vom 5. März 1835 (Bege Rep. IV. S. 62) vorgeschriebene Verfahren über die Anforderung des Bauholzes und Ausmittelung des Bedarfs nicht beobachtet habe. Kläger bestritt die verbindliche Kraft dieses Reglements. Die Klage wurde von dem Kreisgerichte Sandersheim am 15. Decbr. 1854 angebrachter Massen abgewiesen und diese Entscheidung vom Obergerichte zu Wolfenbüttel am 5. März 1855 bestätigt

in Erwägung:

daß 1. der Anspruch des Klägers unbestritten darin besteht, Bauholz nach Bedürfniß zu erhalten,

2. eine etwaige Vereinbarung unter den Parteien, „solches Bedürfniß ohne Proceß jedes Mal zuvor durch Dritte ausmitteln zu lassen, und über das dabei zu beobachtende Verfahren,“ von den Parteien zu halten, und einer davon abweichenden, sofort den Weg Rechts mit Umgehung jenes Ausmittlungsverfahrens beschreitenden Klage eine begründete einstweilige Ablehnung entgegenstehen würde; arg. L. 75—79 D. pro socio 17. 2; L. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1; L. 24. pr. L. 25. pr. D. locati 19. 2; L. ult. C. de contr. emt. 4. 38; L. 3 C. de dote prom. 5. 11; L. 22 §. 1. D. de R. J.

3. dasselbe aber gelten muß, wenn ein solches Ausmittlungsverfahren statt durch Vereinbarung unter den Parteien durch die Regierungsbehörden auf gesetzlichem Wege festgestellt ist;

4. letztes hier stattfindet, indem nicht nur in dem Hildesheimischen Reccesse vom 12. Mai 1649, dem Burgdorfer Conferenzprotocolle vom 3. September 1736 und der Landesherrlichen Verordnung vom 20. Junius 1761, „daß dergleichen Leistungen von Bauholz an Holzberechtigte durch die Beamten und Forstbedienten zuvor festgestellt werden sollen,“ angeordnet, sondern auch in weiterer Ausführung dieser Bestimmungen das zu beobachtende Verfahren in dem Reglement des Staatsministeriums vom 3. März 1835 vorgeschrieben ist;

5. die Behauptung des Klägers, daß dieses Reglement keine verbindende Kraft habe, für unbegründet gehalten werden muß, weil aus dem §. 127 des Forststrafgesetzes vom 26. Junius 1837, in Verbindung mit den im Druck erschienenen und

herausgegebenen landständischen Verhandlungen vom Jahre 1837, Anlage III zu Nr. 66. S. 30; Anlage I. zu Nr. 69. S. 7; Protocoll vom 7. Juni 1837 S. 758. ersichtlich ist, daß das erwähnte Reglement bei den Verhandlungen über das Forststrafgesetz von den damaligen Landständen berücksichtigt, folglich auch genehmigt sein müsse, wodurch dasselbe jedenfalls verbindliche Kraft für die Unterthanen erlangt hat;

6. abgesehen hiervon aber auch jenes Reglement — von dessen verbindlicher Kraft übrigens bei zahlreichen früheren Entscheidungen der Gerichte ausgegangen ist, — eine aus dem Verwaltungs- und Obergewaltrechte der Regierung hervorgehende, auf die Eingeseffenen dreier Aemter beschränkte Verfügung ist, welche nach dem §. 101 der neuen Landschaftsordnung weder der Mitwirkung der Stände, noch der in der Landesherrlichen Verordnung vom 5. Januar 1814 vorgeschriebenen Publicationsform bedurfte, von welcher aber nach bekannter Präsumtion für legales Verfahren anzunehmen ist, daß sie von den betreffenden Aemtern in den berechtigten Gemeinden gehörig bekannt gemacht sei; wie denn

7. die combinirten Acten der Oberforstbehörde zu Seesen ergeben, daß, — worauf jedoch nicht einmal etwas ankommen würde, — das fragliche Reglement auch dem Kläger bekannt sein müsse, weil dasselbe bei einer Holzanforderung im Jahre 1853 auf ihn angewandt ist, und resp. er sich nach demselben gerichtet hat;

8. das reglementmäßige Verfahren daher jedenfalls erst vom Kläger eingeschlagen werden mußte, und erst wenn er auf demselben nicht nach Billigkeit zu seinem Ansprüche gelangen konnte, der Weg Rechts von ihm zu beschreiten war, dann aber auch solcher ihm nicht zu verschließen sein würde, L. 79 D. pro socio 17. 2; die Klage mithin angebrachter Maßen zu verwerfen ist.

### Zu der Lehre von der Auslegung von Testamenten.

Der weil. Gastwirth Descourance ernannte seine beiden Kinder zu seinen Erben und verfügte im §. 5 seines Testaments:

„Ich verordne zum Wohl meiner Kinder, daß sowohl mein Sohn als meine Tochter von meinem Nachlasse nur die Einkünfte sollen zu genießen haben; das Capital selbst aber soll den künftigen Kindern meines Sohnes und meiner Tochter erhalten werden, und diesen meinen Enkeln, welche ich als Fideicommissarverben damit substituiren, nach erlangtem Alter von 25 Jahren zur freien Disposition überlassen und verabsolgt werden.“

Die Tochter des Testators verheirathete sich nach dessen Tode mit dem Kaufmann Braunes und gebar diesem sieben Kinder. Als der älteste Sohn der Letzteren das 25. Lebensjahr zurückgelegt hatte, verklagte derselbe seine Mutter auf Herausgabe des siebenten Theils des auf sie gekommenen großväterlichen Nachlasses. Die Beklagte, Wittve Braunes, verweigerte die Herausgabe, weil sie für sich den

Lebenslänglichen Nießbrauch in Anspruch nahm. Das Kreisgericht Braunschweig wies die Klage am 19. Mai 1863 zurück aus folgenden

Gründen:

Es handelt sich nur allein um die Auslegung des allegirten §. 5. In diesem Paragraphen verordnet der Testator zum Wohle seiner Kinder, daß sowohl sein Sohn als seine Tochter — die eingesetzten Erben — von dem Nachlasse, soweit es sich hier darum handelt, nur die Aufkünfte sollen zu genießen haben, das Capital selbst aber den künftigen Kindern seines Sohnes und seiner Tochter erhalten werden soll. Bis hierher, da der Dauer des angeordneten Nießbrauches eine Grenze nicht gesetzt ist, würde es keinen Zweifel leiden, daß derselbe bis zum Tode der Usfructuare währen und daß erst nach dem Tode der eingesetzten Erben der Nachlaß event. an deren Kinder gelangen soll. — Der Testator bestimmt aber ferner, daß diesen seinen Enkeln nach erreichtem Alter von 25 Jahren das fragliche Capital zur freien Disposition überlassen und verabfolgt werden soll, und hierauf gestützt hat Kläger seinen Klagantrag gestellt. Allein einmal bezweckt nach der erklärten Absicht des Testators die in Frage stehende Bestimmung das Wohl seiner Kinder, und damit wäre es schwer vereinbar, wenn der Testator hätte die Möglichkeit voraussehen müssen, daß diesen seinen Kindern, sobald deren Kinder 25 Jahre alt geworden, vom Nachlasse nichts verbleibe. Dieses wäre aber der Fall, wenn nicht die Beklagte sieben Kinder, sondern nur den einen, als Kläger aufgetretenen Sohn hätte. — Sodann ordnet der Testator nicht ohne Weiteres die Herausgabe des Nachlasses an seine demnächstigen Enkel an, sondern er fügt die Bemerkung hinzu, daß er dieselben als Fideicommisserberben substituirt. Fideicommisserberben aber können die Enkel vor dem Tode der eingesetzten (Fiduciar) Erben ebenso wenig werden, wie, abgesehen von den besonderen, hier nicht in Betracht kommenden Fällen, der substitutus an die Stelle des eingesetzten Erben treten kann, nachdem der Letztere Erbe geworden ist. Daß dieser Bedeutung der angeordneten Substitution der Testator sich vollkommen bewußt gewesen, geht aus den ferneren Bestimmungen des citirten §. 5 hervor, in denen bestimmt wird, daß falls der eine der eingesetzten Erben ohne erbfähige Descendenz versterben würde, dem Ueberlebenden der mit Fideicommiss belegte Nachlaß zufallen solle, welcher, falls beide Kinder des Testators ohne Descendenten versterben würden, nach deren Tode dem Bruder des Testators als für diesen Fall substituirtes Fideicommisserberben, falls aber auch dieser und dessen Descendenz ausgestorben sein sollte, des Testators Schwester oder deren Descendenten als substituirtes Fideicommisserberben zu fallen soll.

Diesemnach erscheint die Auslegung, welche die Beklagte dem §. 5 des fragl. Testaments giebt, die richtige. Die eingesetzten Erben sollen die Aufkünfte des Nachlasses zu genießen haben, und zwar bis an ihren Tod; hiernächst sollen auch die Enkel bis dahin, daß sie 25 Jahre alt sein werden, nur die Aufkünfte zu genießen haben, nach zurückgelegtem 25. Lebensjahre aber die Substanz zur freien Disposition

erhalten, und stellt sich danach die erhobene Klage als im Widerspruche dar mit den testamentarischen Bestimmungen, auf welche dieselbe sich stützt.

Die gegen dieses Erkenntniß verfolgte Berufung wurde unterm 24. September 1863 vom Obergerichte zu Wolfenbüttel zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Das der Klage beigelegte Testament des Vaters resp. Großvaters der Parteien, Gastwirths Descourance, vom 29. Nov. 1831 läßt ersehen, daß Beklagtin und deren Bruder zu Erben eingesetzt worden sind. Nach dem kurz vorher erfolgten Tode ihres Vaters hat Beklagtin am 3. August 1836 das väterliche Testament anerkannt, die Erbschaft angetreten und den Nachlaß, soweit ihr derselbe angefallen war, in Besitz genommen. Der Erblasser hat nun nach Maßgabe des §. 5 des gedachten Testaments die Absicht gehabt, einen gewissen Theil seines Nachlasses den künftigen Kindern seiner Kinder zu erhalten und deshalb die Bestimmung getroffen, daß seine beiden Kinder von dem fr. Theile seines Nachlasses nur die Aufkünfte genießen sollen und das Capital den künftigen Kindern derselben als substituirtes Fideicommissarben nach erlangtem Alter von 25 Jahren zur freien Disposition überlassen und verabsolgt werde.

Es kommt hiernach, wie auch die *sententia a qua* erkennt, lediglich auf die Interpretation dieser Bestimmung und insbesondere darauf an, ob diejenige Auslegung, welche Kläger zur Geltung zu bringen sucht, gerechtfertigt erscheint.

Die Grundlagen für die Interpretation jeder Willenserklärung bilden zunächst die gebrauchten Worte, und ist diese Regel auch bei Auslegung testamentarischer Dispositionen festzuhalten. Die Bedeutung derselben ist daher dem Willen des Testators, wie sich derselbe in dem Wortlaute des Testaments kundgegeben hat, anzupassen. Auf der andern Seite haben die Worte doch nur insofern Bedeutung, als sie den Willen des Sprechenden auch wirklich enthalten. L. 3 Cod. de lib. praet. 6. 28. Sind die Worte zweifelhaft und zweideutig, so ist die Operation der Auslegung darauf gerichtet, den mangelhaften, zweideutigen und dunkeln Ausdruck im Interesse der Aufrechterhaltung der Verfügungen so unschädlich als möglich zu machen und den wahren Willen des Sprechenden auch an der unvollkommenen Erklärung zur Erkenntniß zu bringen. L. 24 Dig. de reb. dub. 34. 5; Puchta Pand. §. 66; Keller Pand. §. 114. Es handelt sich im vorliegenden Falle unzweifelhaft um die Errichtung eines Familienfideicommisses, welches schon in der zweiten Generation wieder untergehen soll. Dergleichen *fideicommissa successiva familiae relicta* waren schon dem Römischen Rechte nicht fremd; L. 120 §. 1 Dig. de legat. I; L. 77 §. 27 Dig. de legat. II; L. 11. L. 32. Cod. de fideic. 6. 42; Nov. 159 cap. 2 u. 3; und haben im deutschen Rechte ihre vollständige Entwicklung gefunden. Eichhorn Deutsches Privatr. §. 368; Gerber Deutsches Privatr. §§. 83 u. 84. Die Unveräußerlichkeit ist als erste und wesentlichste Folge der Errichtung des Fideicommisses zu betrachten. Dem zeitweiligen Inhaber desselben verbleibt der lebenslängliche Genuß, sowie die Ausübung aller sonstigen Proprietätsrechte mit alleiniger Ausnahme der Veräußerungsbefugniß unverkürzt. Das vorliegende Fideicommiss

hat eine weitere Bedeutung nicht, wenn es auf Gültigkeit Anspruch machen will. Folgt man der Intention des Klägers, so nimmt die in Rede stehende Disposition den Charakter einer Resolutiv-Bedingung an, welche mit der Rechtsregel: „semel heres, semper heres“ im Widerspruche steht und als nicht geschrieben angesehen werden soll. §. 9 Inst. de her. inst. 2. 14; L. 34 Dig. de her. inst. 28. 5; L. 88 Dig. eod. Wird dagegen der lebenslängliche Besitz und Genuß der instituirten Erben nicht beeinträchtigt, so sind die Enkel demnächst als Fideicommissarben berechtigt, die Substanz des Nachlasses für sich in Anspruch zu nehmen. Daß der Erblasser ungeachtet der dunkeln Fassung nur diese Absicht gehabt hat, beweist eben die im §. 5 des Testaments gewählte Bezeichnung der Enkel als Fideicommissarben. Es spricht ferner dafür, daß erst nach dem Tode der eingesetzten Erben mit Sicherheit übersehen werden kann, welche Enkel als berechtigt anzusehen sind. Dem Kläger steht jedenfalls die Einrede der verfrüheten Klage entgegen, da es zur Begründung seines Anspruches auf den siebenten Theil des Nachlasses nicht genügt, daß jetzt sieben Kinder vorhanden sind, sondern daß überhaupt nur sieben Kinder concurriren können. Es kommt aber hauptsächlich der Umstand in Betracht, daß mit dem Tode des Erblassers die Substanz des Nachlasses auf die eingesetzten Erben unbedingt übergegangen ist. Die im §. 5 des Testaments ausgesprochene Beschränkung auf den Genuß der Aufkünfte kann jene Einsetzung und deren Folgen nicht rückgängig machen. Erblasser war überall nicht in der Lage, die Substanz seines Vermögens den einmal eingesetzten Erben bei Lebzeiten derselben zu entziehen und auf ihre Kinder zu übertragen. Eine solche Verfügung würde, falls sie wirklich errichtet worden, eine unzulässige Beschränkung der Erbeinsetzung ad certum tempus involviren. §. 9 Inst. de her. inst. 2. 14; L. 34 Dig. eod. 28. 5.

Für den Kläger würde die Verfügung schon deshalb keinen Effect haben, weil er actenmäßig etwa 19 Monate nach dem Tode des Erblassers geboren ist und daher im Testamente desselben überhaupt nicht unmittelbar bedacht werden konnte. L. 3 Dig. de bon. poss. sec. tab. 37. 11.

### **Legate, verbunden mit der Verpflichtung des Legatars, auf gewisse Ansprüche an den Dnerirten Verzicht zu leisten.**

Der Kaufmann Henze in Bornhausen war zuerst verheirathet mit der Wittwe des Krämers Wollerssen, welche ihm zwei Töchter, Johanne und Henriette Wollerssen, zubrachte, und in zweiter Ehe mit Auguste Bertram. Beide Ehen blieben kinderlos. Nach dem Tode des Henze errichtete dessen Wittwe geb. Bertram ein Testament, in welchem sie eine Tochter der Henriette Wollerssen, verehelichten Siburg, Namens Emma Siburg, zur Erbin ernannte, und der Johanne Wollerssen, verehelichten Schütte, ein Legat von 850 Thlr. aussetzte. Da nun der Henze den Kaufpreis für ein verkauftes Wollerssen'sches Grundstück zu 135 Thlr. an sich genommen und mit seiner zweiten Ehefrau, der Testirerin, andere

Wollersfen'sche Grundstücke eine Reihe von Jahren genutzt hatte, so wurde in dem fr. Testamente der Legatarin, Frau Schütte, zugleich die Verpflichtung aufgelegt, gegen Empfang des Legats auf Ersatz der gedachten Kaufgelder zu 135 Thlr. und der gezogenen Nutzungen Verzicht zu leisten. Emma Siburg erklärte sich nach dem Tode der Wittwe Henze vor dem Amtsgerichte Seesen bereit, der Frau Schütte die legirten 850 Thlr. auszuzahlen, wenn diese auf alle weitem Ansprüche an die Erbschaft der Wittwe Henze und deren Ehemanns Verzicht leiste, und zahlte die 850 Thlr. ins gerichtliche Depositum, als Frau Schütte diese Verzichtleistung verweigerte. Nunmehr klagte Frau Schütte gegen Emma Siburg auf Bezahlung des Legats und erwirkte in der Berufungs-Instanz bei dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 25. Januar 1855 die Verurtheilung der Beklagten aus folgenden

Gründen:

Das Testament der Wittwe Henze enthält zwei Legate, nämlich das von 850 Thlr. für die Klägerin und ein legatum liberationis für die Beklagtin, bei welchen beiden Legaten die Parteien wechselseitig als die Honorirten resp. Onerirten erscheinen. Da Jeder, der aus dem Vermögen des Erblassers etwas als freie Gabe erhält, onerirt werden kann und Klägerin jene 850 Thlr. erhält, so konnte ihr das legatum liberationis, vermöge dessen Beklagtin von der Forderung der Klägerin auf 135 Thlr. Kaufgelder für verkauftes Land und Nutzungen von den Wollersfen'schen Grundstücken liberirt wird, auferlegt werden. L. 1 §. 6 L. 2. 3. pr. §. 3 D. de leg. III; L. 77. 94. pr. D. de leg. I. Ein eigentlich bedingtes Legat ist das der Klägerin vermacht, nicht, wengleich durch die Bestimmung in dem Henze'schen Testamente, daß der Klägerin die Verpflichtung auferlegt werde, gegen das Vermächniß auf die 135 Thlr. Kaufgelder und Wollersfen'schen Nutzungen Verzicht zu leisten, die beiden Legate in eine gewisse Abhängigkeit von einander, wie quasi contractliche Leistung und Gegenleistung, gebracht sind. Vermöge dieser Abhängigkeit würde Beklagtin das Legat der 850 Thlr. retiniren können, bis sie von der Klägerin wegen jener 135 Thlr. und Wollersfen'sche Nutzungen liberirt ist, denn in diesem natürlichsten Sinne ist der Ausdruck „Verzicht leisten“ nach allgemeinen Interpretationsregeln zu verstehen, weil keine besondere Form der Verzichtleistung im Testamente vorgeschrieben ist, und daher die leichteste und für die dazu verpflichtete Klägerin bequemste angenommen werden muß. L. 7 §. 2 D. de suppell. leg. 33. 10; L. 9. 56 D. de R. J. 50. 17. Klägerin hat nun aber auf jene 135 Thlr. und Wollersfen'sche Nutzungen nicht nur stillschweigend durch Annahme des Legats der 850 Thlr. Verzicht geleistet, indem durch solche Annahme Beklagtin von obigen Schulden liberirt ist und eine Einrede dagegen erlangt hat, — L. 3 §. 3. L. 22. 24. D. de liber. leg. 34. 3 — sondern Klägerin hat solchen Verzicht auch in der Replik ausdrücklich erklärt und dadurch ihrer Obliegenheit als Onerirte durch Leistung des ihr auferlegten Legats vollkommen Genüge geleistet. Zur Zeit des abgegebenen Erkenntnisses war daher das Legat der Klägerin von 850 Thlr. zahlbar geworden, und hätte daher Beklagtin auch nach der von der Praxis der L. 16

pr. D. de hered. pet. 5. 3. gegebenen Deutung zur Bezahlung verurtheilt werden müssen.

In der sent. a qua ist Klägerin abgewiesen, weil sie vor dem Amtsgerichte Seesen nicht auf alle Ansprüche an dem Nachlasse der Wittve Henze hat Verzicht leisten wollen, und daher Beklagtin von der Klägerin Caution wegen der Erfüllung dieses Liberations=Legats fordern und als solche das Legat der 850 Thlr. zurückhalten könne. Allein zu einem so umfassenden Verzicht „auf alle weitem Ansprüche an dem Nachlasse der Wittve Henze und deren Chemanns,“ als von der Klägerin gefordert wurde, war sie weder überhaupt, noch nach dem Testamente der Wittve Henze verbunden, sondern nur zu einem Verzicht auf obige 135 Thlr. und die Wollersfen'schen Nutzungen. Wegen einer so allgemeinen Verzichtleistung durfte daher Beklagtin auch keine Caution verlangen und statt derselben das Legat der 850 Thlr. zurückhalten. Ja selbst wenn sie zu einem so allgemeinen Verzicht der Klägerin berechtigt gewesen wäre, so würde sie außer dem in der Annahme des Legats der 850 Thlr. ab Seiten der Klägerin enthaltenen stillschweigenden Verzicht keine Caution haben fordern können, sondern das Legat von 850 Thlr. an Klägerin zu zahlen verpflichtet gewesen sein, weil sie nur die Erfüllung eines legati liberationis beanspruchen konnte, und wegen der Leistung solcher legata liberationis vom Dnerirten überhaupt keine Caution prästirt zu werden braucht. L. 1 §. 2 D. ut in poss. legat. 36. 4: si debitori liberatio sit legata, non exigenda est cautio, quia habet penes se legatum, quippe si conveniatur exceptione doli mali uti possit.

### Das ädilitische Edict gewährt dem redhibirenden Käufer das volle Interesse. \*)

Ermiş klagte gegen Brauwers, daß er am 25. Februar 1862 von dem Beklagten ein Pferd gekauft habe, welches in Folge einer zur Zeit des Kaufs vorhandenen Lungenkrankheit am 13. April ej. gestorben sei, und verlangte Rescission des Kaufgeschäfts, Restitution des gezahlten Kaufpreises mit Zinsen und Ersatz der aufgewendeten Kosten. Das Kreisgericht Braunschweig nahm im Erkenntnisse vom 3. März 1863 an, daß dem Kläger im Allgemeinen das ädilitische Edict zur Erreichung des gedachten Endzweckes zur Seite stehe, und es daher auf dicta und promissa des Beklagten, die Zusicherung der Fehlerfreiheit des Pferdes, so wie auf einen dolus des Beklagten nicht weiter ankomme; es beschränkte jedoch die Anwendung des Edicts auf die Restitution des Kaufpreises nebst Zinsen, und meinte, daß dasselbe zur Geltendmachung der Impensen nur ein Retentionsrecht nach L. 29. §. 3. L. 31. de Aed. ed. gewähre, welches im vorliegenden Falle wegen des erfolgten Todes des Thieres nicht mehr ausgeübt werden könne. Das Erkenntniß ging daher rücksichtlich der Impensen=Forderung auf die Contractsklage

\*) Vergl. Zeitschrift VII. 132. IX. 57. 97.

zurück, deren Begründung ein dictum und promissum oder ein Wissen des Verkäufers voraussetze, legte also in dieser Beziehung dem Kläger den Beweis auf, daß der Beklagte zur Zeit des Contractsabschlusses für die Fehlerfreiheit des Pferdes ausdrücklich Gewähr geleistet und die Lungentrankheit desselben gekannt habe.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel beseitigte am 18. Juni 1863 diesen Beweis aus folgenden

#### Gründen:

Man kann davon absehen, ob Kläger nicht schon als negotiorum gestor auf Ersatz der aufgewandten Curkosten Anspruch hat, da er dieselben nicht sowohl im eigenen Interesse, als für den Beklagten zur Abwendung eines denselben bedrohenden Schadens verausgabt hat. — Das ädilische Edict gewährt dem redhibirenden Käufer das volle Interesse, wie mit klaren Worten in den Gesetzen ausgesprochen ist. L. 27. L. 31 pr. D. de Aed. ed. 21. 1. Dieses Recht ist keinesfalls an die Rückgabe des verkauften Objectes untrennbar gebunden, und stehen die dafür citirten Gesetze: L. 29 §. 3 L. 31 de Aed. ed. nicht entgegen. Allerdings räumen die Gesetze dem Käufer, welcher auf die zu restituirende Sache Verwendungen gemacht hat oder dadurch in Schaden gekommen ist, anscheinend nur ein Retentionsrecht ein, und versagen demselben nach geschעהener Restitution eine auf Ersatz der Impensen gerichtete selbstständige Klage. Es finden indeß diese Bestimmungen in der L. 23 §. 8 L. 58 pr. eod. ihre genügende Beschränkung. Es erhellt daraus, daß dem Verkäufer die Befugniß zusteht, nach Analogie der Moralklagen den Ersatz eines dem Käufer durch die Sache (den Sklaven) zugefügten Schadens dadurch von sich abzulehnen, daß er auf deren Restitution Verzicht leistet. Ein solcher Verzicht ist aber nicht denkbar, wenn das Verkaufsobject untergegangen ist. Die Ausübung des dem Käufer zugebilligten Retentionsrechts setzt daher die Existenz des Verkaufsobjectes selbstverständlich voraus. Zahlreiche Gesetze verfügen, daß das Recht des Käufers durch den „ohne seine Schuld“ erfolgten Untergang der gekauften Sache nicht alterirt wird, L. 38 §. 3 L. 44 §. 2 L. 47 §. 1 L. 48 pr. D. eod., und stimmen hiermit auch die bewährtesten Rechtslehrer überein. Sententis Civilr. 1. Ausg. Bd. 2 S. 617; Holzschuher Casuistik. 1. Ausg. Bd. 2 Abth. 2 S. 318; Keller Pand. S. 628; Arndt Pand. §. 304; Rechtslexikon Bd. 6 S. 29.

#### Ein Verzicht auf die exceptio non numeratae pecuniae\*) im Schuldscheine ist unwirksam.

Der Rothsach Meyer aus Bollstedt stellte am 2. März 1862 zu kl. Lafferde für den dortigen Commissionair Holland einen Schuldschein über ein an demselben Tage empfangenes Darlehn von 525 Thlr. aus, in welchem Scheine Meyer

\*) S. Zeitschrift. IV. S. 96; V. S. 19; VI. S. 31. S. 124; VIII. S. 150; X. S. 113.

der Einrede des nicht empfangenen und in seinen Nutzen nicht verwendeten Geldes ausdrücklich entsagte und Rückzahlung nach 3 Monaten versprach. Am 27. Februar 1863 erhob Holland im Executivproceſſe Klage auf Rückzahlung des Darlehns. Beklagter opponirte die *exceptio non num. pec.* Das Kreisgericht Braunschweig verwarf diese Einrede, weil Beklagter auf dieselbe im Schuldscheine verzichtet habe (Puchta Vorles. §. 305 Nr. 2) und verurtheilte den Beklagten zur Zahlung.

In der Berufungsinstanz wies das Obergericht zu Wolfenbüttel am 13. Juli 1863 die Klage auf Grund der vorgeschätzten *exc. non num. pec.* zurück:

da die Absicht, welche den römischrechtlichen Bestimmungen, nach welchen die über die Zahlung eines Darlehns vom Schuldner ausgestellte, noch nicht 2 Jahre alte Urkunde durch die der Darlehnsklage entgegengesetzte *exc. n. n. pec.* zu einem unzulässigen Beweismittel gemacht wird, zum Grunde liegt und auf Schutz der anlehnsbedürftigen Personen, welche leicht schon vor der Auszahlung des Geldes und um diese zu bewirken zur Aushändigung der Schuldburkunde veranlaßt werden, gerichtet ist, durch Zulassung des in derselben Urkunde ausgedrückten, fast zum stehenden Typus in solchen Urkunden gewordenen Verzichts auf jene Einrede vereitelt werden würde; ein solcher Verzicht daher nicht für wirksam gehalten werden kann, wofür sich auch die große Mehrzahl der Schriftsteller, auch die Hannoverische Gesetzgebung (Bürgerl. Proc. Ord. v. 1850 §. 342), in deren Gebiete die geklagte Schuldburkunde errichtet worden, ausgesprochen haben.

---

**Die beweispflichtige Partei darf, wenn die Gegenpartei wegen des verschuldeten Verbrechens des Meineides außer Stande ist, einen Eid zu schwören, sich des Beweismittels des Eidesantrages nicht bedienen.**

In der bei dem Stadtgerichte Braunschweig anhängigen Rechtsache des Zimmermanns Brandes, Klägers, wider den Gärtner Hinze, Beklagten, hatte der Kläger in der Klage gemeldet, daß Beklagter früher wegen Meineides schuldig erkannt und bestraft worden und deshalb nicht fähig sei, einen ihm angetragenen Eid auszuschwören, und hatte sich Kläger deshalb bereit erklärt, die Wahrheit der der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen eidlich zu versichern, eventuell aber dem Beklagten darüber den Eid angetragen.

Durch Erkenntniß des Stadtgerichts Braunschweig vom 10. April 1863 wurde der Kläger mit der Klage angebrachtermaßen zurückgewiesen, da der Kläger zum Beweise seiner auf Aufhebung eines Pachtcontractes gerichteten Klage sich der Eidesdelation bedient, dieses Beweismittel aber in Erwägung, daß Beklagter wegen Meineides bestraft worden, sich als unzulässig darstellt, indem nach klarer Vorschrift der Gesetze ein solches Individuum absolut unfähig ist, vor Gericht einen Eid zu leisten; nun aber, wenn beim Längnen des Beklagten der Kläger außer Stande

sein sollte, den Grund der Klage auf andere Art darzuthun, dies doch lediglich dem Mangel an gewöhnlicher Vorsicht zuzuschreiben ist, indem dem Kläger oblag, vor Abschluß eines langjährigen und zwar mündlichen Pachtcontractes über die Persönlichkeit des Pächters geeignete Erkundigung einzuziehen, was dem Kläger um so weniger schwer fallen musste, als die Bestrafung der Meineidigen öffentlich bekannt gemacht wird und im Publico als notorisch zu betrachten ist; das Erbieten des Klägers aber, den Klaggrund zu beschwören, allen Processregeln widerspricht und daher nicht statuiert werden kann.

Auf die vom Kläger verfolgte Berufung wurde unterm 22. Juni 1863 vom Obergerichte zu Wolfenbüttel das stadtgerichtliche Erkenntniß bestätigt, aus folgenden

#### Gründen:

Daß die in c. 14 caus. XXII qu. 5 enthaltene Vorschrift, nach welcher ein Meineidiger nicht zum Eide gelassen werden darf, sich auch auf im Prozesse zugeschobene Eide bezieht, kann bei der allgemeinen Fassung des vorliegenden Verbots nicht bezweifelt werden. Claproth Einleitung in den ordentlichen Proceß §. 321 Nr. XVIII; Martin Proceß 12. Ausg. §. 224 Nota r; Schmid-Handb. des Processes Bd. II §. 260 in fine; Richter Kirchenrecht §. 275 Nota 9. 10.

Ebensowenig kann darüber ein Zweifel obwalten, daß die Eidesleistung eines Meineidigen durch eigne Vereiterklärung, beziehungsweise durch Gestattung des Deferenten, bei der verbietenden Natur des Gesetzes, Puchta Vorlesungen Bd. I S. 111, und seiner auf Erreichung allgemein sittlicher und religiöser Zwecke gerichteten Intention nicht zulässig werden kann.

Wenn trotzdem in einem Prozesse einem Meineidigen der Eid zugeschoben ist, so muß consequenter Weise diese Processhandlung völlig erfolglos bleiben, weil die Erfüllung des in ihr ausgesprochenen Verlangens — daß der Delat einen Eid leiste — in solche Unmöglichkeit fällt, welche, als auf verbietender Gesetzesvorschrift beruhend, der physischen Unmöglichkeit gleich zu achten ist; L. 137 §. 6; cf. L. 35. pr. D. de verborum obligationibus 45. 1. Die von dem Kläger in Bezug genommene, von Bayer Vorträge 4. Aufl. S. 338 aufgestellte Ansicht, daß in einem Falle der vorliegenden Art der Delat sich der Eides-Zurückschiebung oder Gewissensvertretung bedienen müsse, hat weder in Theorie noch Praxis irgend Zustimmung gefunden, und sie ist offenbar unbegründet, weil kein Gesetz angeführt werden kann, auf welches man eine solche, den bestehenden Processregeln abnorm widersprechende besondere Verpflichtung stützen könnte.

Wenn Kläger die ungünstigen Wirkungen hervorhebt, welche diese Consequenz möglicherweise für die Rechtsverfolgung Desjenigen haben kann, welcher sich mit einem Meineidigen in Geschäftsverbindung eingelassen hat, so ist dieser Gesichtspunkt, welcher mitbeachtet werden könnte, wenn es sich de lege condenda handelte, nicht geeignet, die nothwendigen Folgen des bestehenden Gesetzes zu beseitigen.

Für Beurtheilung der Sache ist es übrigens völlig gleichgiltig, ob Kläger durch eigenes Verschulden oder durch Zufall sich in der Lage befindet, nicht beweisen zu

können, weil niemals der zufällige Verlust oder das zufällige Nichtvorhandensein eines Beweismittels den Beweispflichtigen von den rücksichtlich der Beweisführungs-Pflicht bestehenden Gesetzen eximirt.

Endlich kann in Bezug auf das vorliegende Verhältniß der streitenden Theile zu einander nicht die Ansicht aufgestellt werden, daß Beklagter schuldvoller und deshalb verantwortlicher Weise dem Kläger ein Beweismittel entzogen habe, weil nicht zu behaupten ist, daß er sich diesem gegenüber und um ihm ein Beweismittel zu rauben, in die Lage der Eidesunfähigkeit versetzt habe. Die Verminderung der processualischen Rechtsfähigkeit des Beklagten ist allgemeine Folge des früherhin begangenen Verbrechens des Meineides, und Kläger kann aus dem Entstehungsgrunde der ihm gegenüber lediglich objectiv vorhandenen Unfähigkeit für sich besondere Rechte nicht ableiten. Schäffer in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß. N. F. Bd. XI. S. 287. Es hat sich aus diesen Gründen auch die Praxis überwiegend für die von der *sententia a qua* vertretene Ansicht entschieden. Seuffert Archiv Bd. VII Nr. 128, Bd. XIV Nr. 258; Schäffer in der Zeitschrift f. C. u. P. I. c. S. 289.

Die von dem Kläger verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde unterm 6. October 1863 von dem 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel verworfen, aus folgenden

#### Gründen:

Die Fälle, wo Deferent oder Delat als Meineidige eidesunfähig sind, haben in Theorie und Praxis die verschiedenste Beurtheilung gefunden. Seuffert Archiv II 338, VII 128, XIV 258; Matthiä Controv. Lex. III p. 253—257. Berücksichtigt man vorzugsweise den vergleichsartigen Charakter der Eidesdelation, L. 26 pr. de iureiurando, so verlegt man bei unbedingter Zulassung derselben das Verbot in c. 14 Caus. XXII qu. 5. Folgt man dem von Einigen beliebten, auf angebliche Billigkeit gestützten Auswege, den meineidigen Delaten auf Gewissensvertretung oder Relation zu beschränken, so verwandelt man die Befugniß in einen Zwang; nicht zu gedenken, daß bei der Mannigfaltigkeit der Fälle die Nachteile der Eidesunfähigkeit den Meineidigen eben so oft treffen als den Gegner und dieser nicht berechtigt erscheint, aus dem Verbrechen Jenes Vortheile für sich abzuleiten.

Am consequentesten gestattet sich die Ansicht, welche, von der Natur der Eidesdelation als eines Beweismittels — *iudici fit probatio* — ausgehend, den Eidesantrag an einen Meineidigen zurückweist. Diese Ansicht hat bisher in Theorie und Praxis den meisten Beifall gefunden; Schäffer in Linde Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. XI p. 280 sqq.; Seuffert und Matthiä l. c. Erkenntniß des vormaligen Oberlandesgerichts in S. Böhme c. Bonhagen vom 19. Februar 1846; und war hier um so mehr zu befolgen, nachdem Delat von der Befugniß der Zurückziehung oder Gewissensvertretung nicht, wie ihm zustand, Gebrauch gemacht hatte.

Zu den nicht widerlegten Gründen der *sent. a qua* kommt in concreto hinzu, daß in dem unter denselben Parteien über dieselbe Streitfrage am 20. Januar c. abgegebenen rechtskräftigen Erkenntnisse bereits ausgesprochen ist, Kläger habe sich

erst von Michaelis 1863 an das Recht den Contract aufzulösen, falls bis dahin das Land nicht in guten Stand gesetzt sein sollte, vorbehalten, daß also in so weit das streitige Sachverhältniß feststeht.

**Jedes in Erfüllung einer Rechtspflicht vom Erben aufgenommene Inventar muß eidlich bestärkt werden. — Nur diejenige Partei hat das Rechtsmittel der Revision, gegen welche in zweiter Instanz reformirt ist. \*)**

Der Nagelschmiedemeister Häbecker hatte in seinem Testamente seine Ehefrau zur Universalerin eingesetzt und bestimmt, daß sie nur den lebenslänglichen Nießbrauch mit freier Verwaltung haben, nach ihrem Tode oder bei ihrer Wiederverheirathung aber sein Nachlaß an seine vier Geschwister fallen solle. Die Erbin sollte über den Nachlaß ein Inventarium aufnehmen, aber von Cautionsleistung und Rechnungsablage befreit sein. Die Geschwister Häbecker forderten nun von der Wittwe Häbecker u. A. klagend eidliche Erhärtung des aufgestellten Inventars. Dieser Antrag wurde von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 2. Februar 1863 für begründet erkannt aus folgenden

#### Gründen:

Der von den Klägern geforderte Manifestationseid findet seine gesetzliche Begründung in L. ult. §. 10 C. de iure delib. 6. 30, wo den Erben, Legataren und Fideicommissaren, si maiorem esse substantiam putaverint a defuncto derelictam, die Befugniß zugesprochen wird, von dem inventarisirenden Erbschaftsbesitzer die Ableistung des Manifestationseides zu verlangen. Thibaut System 8. Ausg. §. 876; Lehser spec. 364 med. 6 u. 7. Es liegt kein Grund vor, die Kläger von der Kategorie derjenigen Personen auszuschließen, welche den gedachten Eid zu fordern berechtigt sind, und kann sich Beklagtin der Ableistung desselben, da sie vom Erblasser nicht eximirt worden, nicht entziehen.

Bestätigt in der Revisionsinstanz vom 1. Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 24. April 1863 verbis:

Daß jedes in Erfüllung einer Rechtspflicht aufgestellte Inventar, namentlich Fideicommissaren gegenüber, vom Erben eidlich bestärkt werden muß, ist zweifellos. L. 22 §. 10 C. de iure delib. 6. 30; L. 2 C. quando et quibus quarta pars. 10. 34; L. 6 §. 4 C. de his qui ad eccles. confug. 1. 12; Wegel Proceß S. 181 fg.

In demselben Erkenntnisse ist ferner ausgesprochen:

Der Beschwerde der Revidentin steht formell entgegen: daß das erstinstanzliche Erkenntniß durch die angegriffene Entscheidung der sent. a qua zu Gunsten der Revidentin abgeändert ist, nach dem durch Usualinterpretation festgestellten Sinne des Gef. vom 28. März 1861 Nr. 19. §. 4. Nr. 2 aber nur ungünstige Abänderungen geeignet sind, für eine Partei das Rechtsmittel der Revision zu begründen.

\*) S. Zeitschrift IX. S. 63.

**Wenn ein Mitglied einer Interessenschaft sein Sonderrecht durch corporative Einrichtungen verlegt hält, so kann es seine Ansprüche nur im Schoße der Corporation ausführen. \*)**

Die 41 Reihewohner zu Ildhausen sind Eigenthümer verschiedener Waldungen und bilden als solche eine Gemeinheit mit corporativer Verfassung. Mittelst Corporationsbeschlusses ist der Rothsaß Schaper beauftragt, ihre Forsten zu verwalten, das gewonnene Holz meistbietend zu verkaufen, die Kaufgelder zu erheben, nöthigenfalls einzulagen und über Einnahme und Ausgabe der Corporation alljährlich in bestimmt vorgeschriebenen Formen Rechnung abzulegen. — Bei einer im Jahre 1854 von Schaper abgehaltenen Holzauktion kaufte der Rothsaße Kolle zu Ildhausen Holz für 287 Thlr., bezahlte diese Summe nicht, und opponirte der von Schaper gegen ihn auf Bezahlung der fr. 287 Thlr. erhobenen Klage einredend: Schaper habe im J. 1853 für etwa 9000 Thlr. Holz verkauft und darüber bisher weder Rechnung abgelegt, noch ihm Kolle den ihm als Mitinteressenten zukommenden 41. Theil herausgezahlt; er wolle deshalb die geklagte Schuld mit seinem Antheile an den fr. 9000 Thlr. compensiren.

Diese Einreden wurden in der Berufungsinanz von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 31. Mai 1855 zurückgewiesen und Kolle zur Bezahlung der 287 Thlr. verurtheilt aus folgenden

#### Gründen:

Es kann zwar bei Gemeinheiten nicht nur die Corporation selbst, sondern gleichzeitig auch der einzelne Interessent in Bezug auf dasselbe Object selbstständig berechtigt sein (Beseler D. Priv. R. I. §. 68 fg.) und so mag dem Beklagten ein *ius singuli* an den Gemeinheitswaldungen zustehen; allein

1. rechnungspflichtig ist Kläger nur seiner Mandantin, der Corporation, welches sofort einleuchtet, wenn man den Fall denkt, daß *monita* einzelner Interessenten mit einander in Widerspruch gerathen.

2. Das *ius singulare* wird sowohl durch die corporative Waldwirthschaft und Material-Verwerthung modificirt, als auch durch die in Folge des obigen Corporationsbeschlusses darüber abzulegende Rechnung schlechthin bedingt, so daß es geltend gemacht werden kann erst wenn die Rechnung abgelegt und abgenommen ist, und nur in dem Maße, als die festgestellte Rechnung gestattet.

3. Hält ein Interessent sein Sonderrecht durch corporative Einrichtungen verletzt, so kann er seine Ansprüche nur im Schoße der Corporation, also den Genossen gegenüber, klagend oder einredend, ausführen; nach außen — und Beklagter kaufte nicht als Interessent, sondern als Dritter — müssen dergleichen corporative Einrichtungen des Widerspruchs einzelner Interessenten ungeachtet rechtliche Anerkennung finden nicht nur, wenn ihre formelle Entstehung nachgewiesen wird, sondern schon wenn und so lange sie sich nur in anerkannter Wirksamkeit befinden, bis daß dieser — gleichsam als Besitzstand anzusehende — Zustand durch einen Beschluß oder Rechtspruch innerhalb der Corporation aufgehoben wird. Diese Sätze ergeben sich aus der Natur und Autonomie der Corporation mit Nothwendigkeit.

Hiernach kann so wenig wie von einer Einrede, daß Kläger zuvor Rechnung abzulegen habe, eben so wenig von einer Compensation die Rede sein, da sich der dieser zum Grunde gelegte Anspruch nicht auf eine Rechnungsablage des Klägers stützt.

\*) S. Zeitschrift IX. S. 139.

Die Vertretung der Landschulen *cc.* in den die Vermögensrechte derselben betreffenden Processen ist den Organen der Landgemeinden durch die Landgem. Ord. v. 19. März 1850 nicht übertragen.

Der Gemeinde Wolfschagen steht das Recht auf forstzinsfreie Lieferung von Bauholz aus den herrschaftlichen Forsten zu. Der von den holzberechtigten Hofbesitzern erwählte Syndicus klagte Namens derselben und Namens der gleichfalls berechtigten Schulen, Kirche und des Pfarrwittwenhauses gegen H. Cammer auf Anerkennung dieser Holzberechtigung. Die von der Beklagten vorgeschützte Einrede, daß die Gemeinde Wolfschagen zur Mitanstellung der Klage für diese geistlichen Stiftungen nicht legitimirt sei, wurde von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 20. Septbr. 1855 für begründet erkannt:

da, wenn auch zufolge des Cap. 16 §. 10 der erneuerten Kirchenordnung vom 1. Mai 1709 und der Grundsätze der Praxis die Gemeinden in subsidium zu Bauten und Reparaturen an den geistlichen Gebäuden verpflichtet sind, dennoch durch diese eventuelle Verpflichtung und durch die klagerer Seite in Bezug genommenen andern Verhältnisse der Gemeinden in Ansehung solcher Gebäude nach den Bestimmungen der Landgemeinde-Ordnung vom 19. März 1850 das aus dem Inhalte der Verordnung vom 14. April 1814 insonderheit §. 14 daselbst zu entnehmende, stets anerkannte Recht des H. Consistorii, die gedachten *pia corpora* klagend und überhaupt bei Rechtsstreitigkeiten über deren und die sie mitinteressirenden Gerechtsame zu vertreten, resp. für dieselben einen Anwalt zu bestellen, so auch in Betreff der hier erhobenen Klage wegen der Holzberechtigung, wie sie in Anspruch genommen worden, sich zu betheiligen, nicht abgeändert wird.

Die gegen diese Entscheidung erfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde von dem Cassationshofe zu Wolfenbüttel am 3. Septbr. 1856 zurückgewiesen  
in Erwägung,

daß die Vertretung der Landschulen in den die Vermögensrechte derselben betreffenden Rechtsstreitigkeiten auf die Organe der Landgemeinden durch die Landgemeinde-Ordnung vom 19. März 1850, vergl. die Gesetze vom 30. November 1851 Nr. 52 §. 26 und 8. December 1851 Nr. 53 §. 13 und 22 Nr. 12, nicht übertragen sind; die Schulen in Wolfschagen unbestritten von den Parteien als für sich bestehende, an sich holzberechtigte, juristische Personen in diesem Prozesse angesehen sind, mithin ein selbstständig, von ihnen zu verfolgendes Recht auf die Holzberechtigung ihnen ebensowenig wie der Kirche im Allgemeinen abgesprochen werden kann, und die Zurückweisung der Legitimation der klagenden Gemeinde zur Geltendmachung dieses Rechts an sich und auf die Verfolgung dieses Rechts in diesem Prozesse von Einfluß sein, nicht aber den Verlust des Rechts selbst zur Folge haben kann; die Frage aber, ob die klagende Gemeinde, der die Bau- und Besserungspflicht der Schulen obliegt, die den Schulen etwa erworbenen Berechtigungen zur Erleichterung der Bau- und Besserungspflicht für sich in eigenem Interesse geltend machen kann, in diesem Prozesse von dem Kläger nicht rechtzeitig und gehörig substantiirt zur Erörterung vorstellt ist.

# Zeitschrift für Rechtspflege

im

## Herzogthume Braunschweig.

---

Inhalt: Drei Aufsätze über das Gesetz vom 16. Mai 1863, die Unwirksamkeit eidlicher Bestärkung von Geschäften *cc.* betr. — Wechselklagen sind ohne Weiteres nicht als dringliche, in den Gerichtsserien zu verhandelnde Rechtsachen anzunehmen. — Bösslichkeit bei Fälschungen. Thatfrage und Rechtsfrage. — Die Schneidermeister sind berechtigt, zu den bei ihnen bestellten Kleidungsstücken auch den Hauptstoff zu liefern. — Feststellung der auf die Staatscasse zu übernehmenden Vertheilungsgebühren.

---

### Das Gesetz vom 16. Mai 1863, die Unwirksamkeit eidlicher Bestärkung von Geschäften *cc.* betr.

Vom Herrn Obergerichtsadvocaten Häusler zu Braunschweig.

Das vorbezeichnete Gesetz hat, wie bereits in dem Aufsätze in Nr. 10 dieser Zeitschrift angeführt und noch neuerdings in verschiedenen Fällen constatirt ist, hinsichtlich der Bestimmungen über die Bürgschaften der Frauen bei den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine verschiedene Auslegung gefunden und zu einer abweichenden Behandlung derartiger Rechtsacte geführt. Während die einen Gerichte und Notare für die Frauenbürgschaften lediglich die Befundung zu gerichtlichem oder notariellem Protocolle für nothwendig erachtet haben, ist von anderen auch jetzt noch ein Verzicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten aus dem S. C. Velleianum und der Auth. si qua mulier theils mit theils ohne vorgängige Belehrung für erforderlich gehalten. Allerdings giebt die Fassung des Gesetzes zu derartigen Zweifeln Veranlassung, die auch durch den vorgedachten Aufsatz nicht vollkommen beseitigt sind. Sie haben eine gewisse Berechtigung darin, daß während im §. 1 des Gesetzes die eidliche Bestärkung solcher Geschäfte, welche — nach dem bestehenden Rechte ungiltig oder anfechtbar — durch dieselbe Giltigkeit erlangen oder vor Anfechtung gesichert werden sollen, verboten wird, im §. 2 Bürgschaftsleistungen *cc.*, soweit deren Giltigkeit nach dem bisherigen Rechte durch eidliche Bekräftigung bedingt ist, für giltig erklärt werden. Es liegt nahe, hierbei in der Auslassung des Begriffs der Nichtanfechtbarkeit eine Absicht zu finden und da die Vorschriften des S. C.

Velleianum und der Auth. si qua mulier gerade die Anfechtbarkeit der Bürgschaften durch eine den Frauen als beneficium gegebene Einrede herbeiführen, so könnte man allerdings versucht sein, diese Anfechtbarkeit durch die vorgeschriebene Form der Bürgschaft nicht als beseitigt anzusehen. Dieser Zweifel ist indeß aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes vollständig zu beseitigen und werden daher die nachstehenden auf den landständischen Acten beruhenden Mittheilungen am Platze sein.

In der Sitzung der Abgeordnetenversammlung vom 1. Februar 1850 beantragte der Abgeordnete Lilly, das H. Staatsministerium um Vorlage eines Gesetzes darüber zu ersuchen, daß die Renunciationseide bei Verbürgungen von Frauen aufgehoben, und für genügend erklärt werde, wenn die sich verpflichtende Frau oder Ehefrau ihre Verpflichtung wiederholt, nachdem ihr vom Gerichte oder vom instrumentirenden Notar ihre Rechte und Zuständigkeiten aus dem Verbürgungsverbote bekannt gemacht sind, und wurde der Antrag noch bei der Motivirung dahin erweitert, daß auch der Eid der Ehefrauen bei Verpfändungen oder Veräußerungen von Dotalgrundstücken in demselben Maße abgeschafft werden möge. Der Antrag wurde auf den empfehlenden Bericht der Justizcommission von der Abgeordnetenversammlung in der Sitzung vom 14. December 1850 zum Beschlusse erhoben.

In der Sitzung vom 15. December 1860 wurde von dem Abgeordneten Helmutz der Gegenstand wiederholt angeregt, indem er den Antrag stellte, die Landesregierung zu ersuchen, eine gesetzliche Bestimmung darüber vorzulegen, daß Bürgschaften der Frauen überhaupt, insbesondere auch der Ehefrauen für deren Ehemänner, gültig und rechtsverbindlich seien, sofern sie nach vorgängiger Belehrung über die rechtlichen Folgen der Bürgschaft in einem öffentlichen Instrumente vor Gericht oder Notar und Zeugen verlaublich sind, und die hiermit im Widerspruche stehenden Bestimmungen des Röm. Rechts im S. C. Vell., in der Nov. 134 c. 8 und der Auth. si qua mulier aufzuheben. Der von der Justizcommission erstattete Bericht empfahl folgende Fassung des Antrags, mit welcher der Abgeordnete Helmutz sich einverstanden erklärte: Die Landesregierung um Vorlage eines Gesetzesentwurfs des Inhalts zu ersuchen, daß

a. Verzichte der Weiber auf die ihnen in Betreff der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten durch das S. C. Vell. und die Auth. si qua mulier verliehenen Rechtswohlthaten fortan ohne eidliche Bestärkung gültig sein sollen, wenn sie in einer öffentlichen vor Gericht oder vor Notar und Zeugen aufgenommenen Urkunde erklärt werden und aus dieser Urkunde erhellt, daß die Verzichtende vom Richter oder vom Notar ausdrücklich darüber belehrt worden ist, in welchem Umfange sie aus dem eingegangenen Rechtsgeschäfte verpflichtet werde, wie sie ohne Verzicht durch die ihr gesetzlich eingeräumten Rechtswohlthaten den Folgen des Geschäfts sich zu entziehen im Stande sei, durch den Verzicht aber den gesetzlichen Schutz unwiederbringlich verliere;

b. unter denselben Formen fortan auch eine Ehefrau zu Gunsten bestimmter Gläubiger auf das ihr wegen des Eingebrachten zustehende Pfand- und Vorzugsrecht ohne Eid soll gültig verzichten können, daß endlich ebenfalls

c. die Einwilligung der Ehefrau in die Veräußerung oder Verpfändung von Totalgrundstücken fortan gültig sein soll, wenn sie in einer öffentlichen vor Gericht oder vor Notar und Zeugen aufgenommenen Urkunde erklärt wird und aus dieser Urkunde erhellt, daß die Ehefrau vom Richter oder vom Notar ausdrücklich belehrt worden ist, welche Rechte sie durch die Einwilligung aufgibt, wie die Einwilligung gesetzlich unverbindlich sein würde, aber durch deren förmliche Niederschrift verbindlich wird und eine Anfechtung der geschehenen Veräußerung oder Verpfändung völlig ausschließt.

Die Commission brachte ferner zur Sprache, daß es an der Zeit sein dürfte, die Recht und Moral ermangelnden Grundsätze des Canonischen Rechts über die rechtliche Wirksamkeit der Verpflichtungseide überhaupt zu verlassen und zu den geläuterten Ansichten des Röm. Rechts zurückzukehren, und beantragte, das Staatsministerium zu ersuchen, die geltenden Grundsätze, die rechtliche Wirksamkeit der Verpflichtungseide nach der angeedeuteten Richtung überhaupt einer Revision zu unterziehen und demnächst einen auf Abschaffung und angemessene Ersetzung aller Verpflichtungseide abzielenden Gesekentwurf vorzulegen\*).

Der unterm 21. März d. J. vom Staatsministerium dem Ausschusse der Abgeordneten-Versammlung mitgetheilte, von einem Berichte des H. Obergerichts begleitete Gesekentwurf, von welchem das erlassene Gesetz nur in einzelnen Stellen abweicht, lautete im §. 2 folgendermaßen:

„Geschäfte, wodurch Frauenspersonen der Bürgschaftsleistung, Bestellung von Pfändern und Hypotheken oder anderer Intercessionen für fremde Verbindlichkeiten sich unterziehen, oder ihnen zuständigen Pfand-, Hypotheken- oder Vorzugsrechten, sei es allgemein dem Schuldner oder einem andern Gläubiger gegenüber entsagen, sind gültig und verbindlich, wenn die Uebnahme oder Entsagung vor Gericht oder vor Notar und Zeugen erklärt und darüber eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen worden ist.“

Der Bericht des H. Obergerichts bemerkt zu diesem Paragraphen:

„In mehreren neueren Gesetzgebungen ist als Form jener Geschäfte die Errichtung einer öffentlichen Urkunde nach vorgängiger Belehrung über die Folgen der gemachten Zusage und der geleisteten Verzichtung ausgeschrieben und diese Form auch von der Landesversammlung beantragt. Unsere Ansicht ist, daß öffentliche Verkündung genüge und von vorgängiger Belehrung Abstand zu nehmen sei.“

Der Fall, daß Frauenspersonen nicht eine fremde Verbindlichkeit auf sich nehmen, sondern lediglich ihnen zustehenden Pfand-, Hypotheken- und Vorzugsrechten entsagen, wird im Römischen Rechte nicht als Intercession behandelt, möge der Verzicht dem Schuldner oder einem andern Gläubiger gegenüber erfolgt sein, obschon der einem andern Gläubiger gegenüber erklärte Verzicht mitunter der Kategorie der Intercessionen auf den Grund der L. 17 §. 1 D. ad S. C. Vellei. 16. 1 zugezählt worden ist.

\*) Dasselbe Desiderium ist auch in den Aufsätzen dieser Zeitschrift Bd. I. S. 181 und Bd. VIII. S. 17 wiederholt ausgesprochen.

Nicht zu verkennen ist aber, daß Verzichtleistungen auf Pfandrechte zc. den eigentlichen Intercessionen nahe genug stehen und ebenso nachtheilige Folgen haben können, als diese, demnach zweckmäßig, die für Intercessionen festzusetzenden Formen auch bei ihnen zu erfordern. Nothwendig erscheint solches überdies, wenn eine Ehefrau auf das ihr am Vermögen ihres Ehemannes zustehende Dotalspfandrecht verzichten will, da hinsichtlich der das die rechtliche Lage der Ehefrau zu ihrem Nachtheile vertragsmäßig nicht geändert werden kann, ausgenommen, wenn es mit Rücksicht auf die Kinder dieser Ehe geschieht.“

Bei der Prüfung des Gesetzentwurfs durch den Ausschuß der Abgeordneten-Versammlung wurde von einem Mitgliede desselben zu §. 2 bemerkt gemacht, daß der Satz „oder ihnen zuständigen Pfandrechten zc. entsagen“, insofern die unter diesen Begriff fallenden Geschäfte an die weiterhin vorgeschriebene Form gebunden würden, zu weitergehenden Dispositionsbeschränkungen der Frauenzimmer führe, als das jetzt geltende Recht mit sich bringe. Da nun aber eine Ausdehnung der rechtlich bestehenden Beschränkungen der Dispositionsrechte der Weiber nicht zu vertreten sein würde, schein es nothwendig, eine Aenderung des Entwurfs vorzunehmen, durch welche eine gerichtliche oder notarielle Aufnahme des Actes nur für diejenigen Fälle vorgeschrieben werde, in denen nach dem jetzigen Rechte, um den Act rechtlich wirksam und unanfechtbar zu machen, eidliche Befräftigung erforderlich sein würde. Der Ausschuß trat diesem Bedenken bei und wurde die jetzige Fassung des §. 2 des Gesetzes beantragt und vom Ministerium genehmigt.

Aus dieser Sachdarstellung ergibt sich folgendes Resultat.

Während die Anträge der Abgeordneten-Versammlung nur auf Abschaffung des Renunciationseides gerichtet waren, dagegen den Grundsatz des S. C. Vellei. und der Auth. si qua mulier, sowie die vorgängige Belehrung beibehielten, ging der Gesetzentwurf unzweifelhaft von der Absicht aus, nicht nur die Nothwendigkeit der Belehrung, sondern auch die Vorschriften jener Gesetze zu beseitigen, denn er erklärt die Intercessionshandlung ausdrücklich für „giltig und verbindlich“, wenn sie in der vorgeschriebenen Weise verlautbart ist. Die von dem Ausschusse vorgeschlagene Fassung sollte hierin nichts ändern, vielmehr verhüten, daß nicht die Beschränkungen der Bürgschaftsleistungen und diesen rechtlich gleichstehender Geschäfte auf andere durch das bisherige Recht ihnen nicht unterliegende Acte ausgedehnt würden, wogegen bei den Bürgschaften die notarielle Aufnahme für diejenigen Fälle eintreten sollte, in denen nach dem jetzigen Recht durch die eidliche Befräftigung der Act rechtlich und unanfechtbar gemacht wurde. Es kann daher nur einem Uebersehen zugeschrieben werden, wenn in der vorgeschlagenen und in das Gesetz übergegangenen Fassung der bezeichnende Ausdruck „Unanfechtbarkeit“ neben dem Worte Giltigkeit fortgeblieben ist, um so mehr, als neben der adoptirten Fassung von dem Referenten des Ausschusses zwei andere Wortfassungen als gleichbedeutend zur Auswahl vorgelegt waren, die den Begriff der Nichtanfechtbarkeit in jener Wortverbindung enthielten. Es kann hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß durch die notarielle oder gerichtliche Aufnahme der Bürgschaften der Frauen nicht bloß die Giltigkeit dieser

Acte, sondern auch deren Sicherung gegen die Einreden aus den besonderen, die Frauen privilegirenden Gesetzesbestimmungen erreicht wird, daß mithin, was allerdings ausdrücklich auszusprechen am einfachsten gewesen wäre, diese Bestimmungen überall wirkungslos geworden und durch die Vorschrift der besondern Form jener Rechtsgeschäfte ersetzt sind.

Daß, wenngleich in dem Gesetze der Ehefrauen nicht speciell erwähnt wird, doch unzweifelhaft auch jene unter dem allgemeinen Begriffe der Frauen zu verstehen sind, ist schon in dem früheren Aufsatze über diesen Gegenstand überzeugend ausgeführt und wird durch die obigen Mittheilungen über die Entstehung des Gesetzes nur bestätigt.

### **Das Gesetz vom 16. Mai 1863, die Unwirksamkeit eidlicher Bestärkung von Geschäften u. betr.**

Vom Herrn Obergerichtsrath Lyncker zu Wolfenbüttel.

Im letzten Octoberhefte dieser Zeitschrift ist das eben erwähnte Gesetz einer Besprechung unterzogen, mit deren Ergebnis wir im Wesentlichen einverstanden sind. Wenn wir hiernach auf dasselbe Gesetz noch einmal zurückzukommen uns erlauben, so halten wir dafür, daß es nicht unzweckmäßig sein möchte, Tragweite und Bedeutung desselben möglichst klar darzulegen, um dadurch Missverständnissen und irrigen Auslegungen vorzubeugen, welche hie und da aufgetaucht sind und zu Erörterungen Veranlassung gegeben haben. Es wird sich durch die folgenden Bemerkungen herausstellen, daß das erlassene Gesetz in der Hauptsache correct präcisirt ist und einer gesetzlichen Nachhilfe nicht bedarf.

Die Einleitung des Gesetzes stellt den Grundsatz an die Spitze, daß nach geläuterten Rechtsbegriffen durch eidliche Bestärkung weder die gesetzlichen Formen der Geschäfte ersetzt, noch innere Mängel derselben gehoben werden. Dieser Standpunkt ist der des Römischen Rechts, L. 7 §. 16 D. de pactis 2. 14; L. 112 §. 4 D. de legatis I. 30; L. 5 §. 1 C. de leg. 1. 14; Nov. 51 praef.; Nov. 82 cap. 11; der erst durch die Authentica sacramenta puberum, L. 1 C. si advers. vend. 2. 28; II. Feudor. tit. 53 §. 3, und die Bestimmungen des Canonischen Rechts, cap. 8. 9. 15 u. 28 X. de iureiur. 2. 24; cap. 2 de iurei. in VIto 2. 11; cap. 2 de pactis in VIto 1. 18; cap. 18 X. de test. et attest. 2. 20; cap. 4 X. de test. cog. X. 2. 21, dahin modificirt worden ist, daß jeder Versprechungseid gehalten werden müsse, welcher nicht gegen das Staatswohl verstoße und ohne Benachtheiligung der ewigen Seligkeit oder ohne Beeinträchtigung eines Dritten gehalten werden könne.

In Gemäßheit des in der Einleitung aufgestellten Grundsatzes erklärt das Gesetz im §. 1 eidliche Bestärkung solcher Geschäfte, welche nach dem bestehenden Rechte ungiltig und anfechtbar sind, und durch dieselbe Giltigkeit erlangen oder vor Anfechtung gesichert werden sollen, für verboten und jeglichen zu solchem End-

zwecke abgeleisteten Eid für ungiltig und unwirksam. Mit dieser Bestimmung ist der wichtigere Theil der dem Gesetze gemachten Aufgabe erfüllt. Die ferneren Vorschriften haben keine principielle Bedeutung, verdanken vielmehr ihre Entstehung lediglich und allein Rücksichten der Zweckmäßigkeit. Es war in Erwägung zu ziehen, ob Intercessionen von Frauen und Verpfändung oder Veräußerung von Dotalgütern, welche nach Römischen Rechte zu den verbotenen oder anfechtbaren Geschäften gehören, nach Abschaffung des Bestärkungseides ferner zulässig sein sollen. Man überzeugte sich, daß der gegenwärtige Verkehr dergleichen Rechtsacte nicht entbehren könne. Man hielt es aber für angemessen, das Schutzmittel der eidlichen Bestärkung nicht ohne Ersatz aufzugeben und schuf deshalb das Gebot der öffentlichen Verlautbarung. Die §§. 2 und 3 des Gesetzes enthalten die desfalligen Vorschriften resp. die Modalitäten, deren Beobachtung erfordert wird, um den Intercessionen von Frauen und den Veräußerungen und Verpfändungen von Dotalgütern Wirksamkeit zu gewähren. Insbesondere verlangt das Gesetz, daß alle dergleichen Rechtsacte vor Gericht oder Notar und Zeugen vorgetragen werden sollen. Der Schluß des Gesetzes (§. 5) geht über die ursprüngliche Tendenz desselben hinaus. Er bestimmt, daß gegen alle Geschäfte, welche für Minderjährige oder unter Curatel stehende Personen von den bestellten Vertretern unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften und mit hinzugekommener Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörden abgeschlossen sind, wegen erlittener Verletzung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht weiter ertheilt werden soll. Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die §§. 2 und 3 mit dem §. 5 in keiner unmittelbaren Verbindung stehen, und daß namentlich bei Rechtsacten Minderjähriger Aufnahme einer öffentlichen Urkunde nur dann erfordert wird, wenn selbige aus anderen Gründen nöthig ist.

Es haben nun bei Anwendung und Auslegung des Gesetzes die Worte im §. 2: „so weit deren Giltigkeit nach dem bisherigen Recht durch eidliche Befräftigung bedingt ist“ — Schwierigkeiten hervorgerufen. Wir wollen diese Worte etwas genauer in's Auge fassen.

Allerdings spricht das Gesetz nach seinem Wortlaute nur von solchen Intercessionen und Entfagungen von Frauen, deren Giltigkeit nach dem bisherigen Rechte durch eidliche Befräftigung bedingt ist und scheint diejenigen Rechtsacte von seiner Herrschaft auszuschließen, welche nach dem bisherigen Recht ohne eidliche Befräftigung Giltigkeit erlangt haben. Dahin gehören die Intercessionen pro dote und libertate — was jedoch streitig ist — und wenn die Intercedentin eine Belohnung erhalten hat. In diesen Fällen cessirt daher die Verpflichtung zur Aufnahme einer öffentlichen Urkunde. Findet selbige doch statt, so kann die Unanfechtbarkeit der Intercession um so weniger in Zweifel gezogen werden.

Schwieriger dagegen ist die Beantwortung der Frage, ob nach dem Gesetze vom 16. Mai d. J., einer öffentlichen Urkunde gegenüber, von der *exceptio S. C. Vellei*. Gebrauch gemacht werden kann. Justinian hat bekanntlich in der L. 23 §. 2 C. ad S. C. Vellei. 4. 29 vorgeschrieben, daß Intercessionen von Frauen in der Regel nur dann rechtsgiltig sein sollen, wenn sie in einer öffentlichen Urkunde vorgetragen

sind, daß sie aber auch dann noch in der Regel durch Opponirung der *exceptio S. C. Vellei.* unwirksam gemacht werden können. Dieser Einrede kann entsagt werden und wird alsdann die Intercession unanfechtbar. Hat aber keine Entsagung stattgefunden, so fragt es sich, ob nach Beseitigung des Bestärkungseides die Einrede wieder auflebt. Diese Frage hängt mit der Form der Entsagung zusammen. Genügt nach dem bisherigen Rechte eine einfache Entsagung oder wird eidliche Bestärkung derselben erfordert?

Bei Intercessionen von Ehefrauen für ihre Ehemänner unterliegt es keinem Zweifel, daß eine Entsagung auf das *Senatus consult.* ohne eidliche Bestärkung des Rechtsacts selbst bedeutungslos ist, da nach der *Auth. si qua mulier* überhaupt alle Intercessionen der Frauen für ihre Männer ohne Rücksicht auf die Form unwirksam sein sollen. Ob aber sonstige Intercessionen von Frauen eine nicht eidliche Entsagung zulassen, darüber gehen die Ansichten der Rechtslehrer sehr auseinander.

Insofern die Gesetze in einzelnen Fällen die Zulässigkeit eines einfachen Verzichts anerkennen, *L. 32 §. 4 D. ad S. C. Vellei. 16. 1; L. 3 C. quando mulier 5. 35; Nov. 118 cap. 5*, leiten mehre Rechtslehrer den allgemeinen Satz hieraus ab, daß jede nicht eidliche Entsagung rechtsgiltig sei, wenn die Intercedentin über die ihr zustehende Rechtswohlthat zuvor Belehrung erhalten habe. Puchta *Pandecten §. 408; Arndt Pandecten §. 361; Heimbach im Rechtslexikon Bd. 3 S. 796; Mackeldey Lehrbuch §. 635; Holzschuher Casuistik Bd. 2 Abth. 2 S. 903; Vangerow Pandecten Bd. 3 S. 157.* Letzterer billigt indeß aus inneren Gründen die Ansicht der Gegenpartei, welche nur der eidlichen Entsagung Wirksamkeit beilegt. Diese Meinung vertheidigen namentlich *Sintenis Röm. Recht Bd. 2 S. 846; Thibaut Pandecten §§. 603 u. 606; Wening-Ingenheim Pandecten §. 355; Schweppe Röm. Recht Bd. 3 S. 360; Keller Pandecten S. 563; Seuffert Pandecten §. 381; Mühlenbruch Pandecten §. 488; Götschen Pandecten §. 572.*

Es ist hier nicht der Ort, den Werth der beiderseitigen Meinungen gegen einander abzuwägen. Es mag genügen, wenn wir uns auf die Bemerkung beschränken, daß nach unserer Erfahrung die hiesige Gerichtspraxis derjenigen Meinung den Vorzug gegeben hat, welche eine eidlich bekräftigte Entsagung für nothwendig zu deren Wirksamkeit hält. Sei dem nun, wie ihm wolle, so scheint uns jedenfalls das Gesetz vom 16. Mai d. J. die Streitfragen dahin entschieden zu haben, daß Bürgschaften und Intercessionen aller Art von Frauen dann nicht angefochten werden können, wenn darüber eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen ist. Damit ist zugleich das im Octoberhefte der Zeitschrift aufgeworfene Bedenken über die fernere Giltigkeit der Intercessionen von Ehefrauen für ihre Männer, welche allerdings nach Römischem Rechte unbedingt verboten sind, erledigt. Die Gründe unserer Ansicht stützen sich auf die bestimmte Absicht des Gesetzgebers, die im Verkehre unentbehrlichen Intercessionen der Frauen nach Abschaffung des Bestärkungseides beizubehalten. In diesem Sinne spricht sich §. 2 des Gesetzes allgemein dahin aus, daß Bürgschaften und Inter-

cessionen von Frauen, welche zu ihrer Rechtsgiltigkeit des Bestärkungseides bedurften, fortan in öffentlicher Urkunde verlautbart werden sollen. Es würde damit in einem unauflöselichen Widerspruche stehen, wollte man nun doch noch die exceptio S. C. Velleiani zulassen oder wohl gar die Intercession der Ehefrauen für ihre Ehemänner für unkräftig halten.

Eine andere Frage ist die, ob es nicht cautelarisch sei, eine Entfagung in den Intercessionsact aufzunehmen, um damit künftigen eventuellen Weiterungen vorzubeugen.

Vielleicht wäre es selbst rathsam gewesen, die immer etwas bedenklichen Worte im §. 2, welche zu vorstehenden Ausführungen Veranlassung gegeben haben, aus dem Tenor des Gesetzes fortzulassen. Wenigstens dürfte folgende Fassung dem Sinne des Gesetzes entsprechen:

„Bürgschaftsleistungen, Bestellung von Pfändern oder Hypotheken oder andere Intercessionen von Frauen für fremde Verbindlichkeiten, imgleichen Entfagungen der Frauen auf ihnen zustehende Pfand-, Hypotheken- oder Vorzugsrechte sind giltig, wenn die Verpflichtung oder Entfagung vor Gericht oder vor Notar und Zeugen erklärt und darüber eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen wird.

Intercessionen von Frauen, welche nach dem bisherigen Recht die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde zu ihrer Giltigkeit nicht erfordern, bleiben auch ohne öffentliche Verlautbarung in Kraft.“

Was den Standpunkt der neueren codificirten Landesgesetzgebungen anbetrißt, so enthält das Preußische Landrecht Th. 1 Tit. 5 §. 199 die ausdrückliche Vorschrift, daß kein Vertrag durch eidliche Bestärkung mehr Kraft gewinnt, als ihm die Gesetze an sich beilegen. Das Oesterreichische Gesetzbuch und der Code Napoléon kennen den promissorischen Eid bei Rechtsgeschäften nicht und legen demselben mithin auch bürgerliche Wirkung nicht bei.

### Aus der Praxis.

#### Das Gesetz vom 16. Mai 1863, die Unwirksamkeit eidlicher Bestärkung von Geschäften *re. betr.*

Als unterm 3. August 1863 H. Amtsgericht Kiddagshausen über das Gesuch der 23jährigen Ehefrau Bollmohr um Volljährigkeitserklärung an H. Staatsministerium Bericht erstattete, bat dasselbe, weil es nach dem Gesetze vom 16. Mai 1863 zweifelhaft erscheine, ob ein minderjähriges Frauenzimmer bei Beobachtung der vorgeschriebenen gerichtlichen Form an sich und ohne weitere Concurrenz der Obervormundschaft rechtsgiltig Bürgschaften übernehmen resp. Verpfändungen vornehmen könne, und gegen derartige abgeschlossene Geschäfte ihm nur das

Rechtsmittel der *in integrum restitutio* zustehe, oder ob, falls das fragliche Geschäft wegen darin enthaltener Veräußerung oder Verpfändung von Grundstücken, Bestellung von Hypotheken nach dem bisherigen Rechte die obervormundschaftliche Genehmigung voraussetzt, auch noch diese Genehmigung jetzt nach Beseitigung des Eides, welcher bisher alle Mängel, mithin auch die mangelnde obervormundschaftliche Genehmigung ersetzte, zur Rechtsbeständigkeit des Geschäfts eingeholt werden müsse, — um eine declaratorische Entscheidung dieser angeregten Zweifel.

Auf Veranlassung des H. Staatsministeriums erstattete unterm 16. October 1863 H. Obergericht zu Wolfenbüttel den folgenden Bericht, mit welchem unterm 28. desselben Monats H. Staatsministerium sich einverstanden erklärte.

Der Bericht lautet also:

Zufolge hohen Beschlusses vom 6. August c. erstatten wir das verlangte Gutachten über die darin angeregte Rechtsfrage im Folgenden gehorsamst.

Das Gesetz vom 16. Mai c. Nr. 15 verbietet im §. 1 allgemein die eidliche Bestärkung ungiltiger oder anfechtbarer Geschäfte, um dieselben zur Geltung zu bringen, und versagt dergleichen Eiden jede Wirkung. In den folgenden Paragraphen werden drei Gattungen von Rechtsgeschäften hervorgehoben, bei denen jene eidliche Bestärkung häufiger vorzukommen pflegte, und eine Ausfüllung der durch das Verbot derselben entstehende Lücke beabsichtigt ward. Nach §. 2 soll bei Intercessionen der Frauenzimmer für fremde Verbindlichkeiten, und nach §. 3 bei Veräußerungen oder Verpfändungen unbeweglicher Dotalgüter die gerichtliche oder notarielle Abschlussform die abgeschaffte eidliche Bestärkung des Geschäfts ersetzen, im §. 5 endlich wird die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *ex capite minorenmitatis* gegen solche Geschäfte versagt, welche für Minderjährige oder unter Curatel stehende Personen von den bestellten Vertretern unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften und mit Genehmigung der obervormundschaftlichen oder Ober-Curatelbehörden abgeschlossen sind.

Das H. Amtsgericht trägt zunächst den Inhalt des Gesetzes unrichtig vor, wenn es denselben dahin angiebt: „auch soll bei Beobachtung dieser Förmlichkeit“ — worunter das Amtsgericht den gerichtlichen oder notariellen Geschäftsabschluß versteht — „bei Minderjährigen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung wegsfallen, wenn deren Vertreter unter obervormundschaftlicher Genehmigung den Contract abgeschlossen haben.“ Der §. 5 *leg. cit.* gedenkt aber des gerichtlichen oder notariellen Geschäftsabschlusses überall nicht, und unter der darin vorkommenden „Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften“ ist nur die Vernehmung der Familienfreunde und sonstige *causae cognitio* zu verstehen. Es kann vorkommen, daß die gedachten gesetzlichen Vorschriften beobachtet sind und die obervormundschaftliche Genehmigung erteilt ist, sodann aber das Geschäft *privatim* abgeschlossen wird, z. B. ein Verkauf von Werthpapieren nach dem Gesetze vom 27. December 1862, während anderer Seits bei Veräußerung von Grundstücken Minderjähriger außer der *causae cognitio* und dem obervormundschaftlichen Decrete nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 19. März

1850 Nr. 22, Erwerbung dinglicher Rechte an Grundstücken betr., noch die gerichtliche oder notarielle Form hinzukommen muß.

Das Amtsgericht setzt nun den Fall, daß ein minderjähriges Frauenzimmer ohne Concurrency der Obervormundschaft gerichtlich oder notariell sich verbürge resp. eine Verpfändung vornehme, und fragt: ob gegen eine solche Bürgschaft nur das Rechtsmittel der *in integrum restitutio* zustehe, oder ob zur Giltigkeit des Geschäfts (wegen darin enthaltener Veräußerung oder Verpfändung von Grundstücken) noch die obervormundschaftliche Genehmigung erforderlich sei. Dasselbe bekennt sich zu der ersten Alternative, weil die Absicht des Gesetzes sei, den gerichtlichen oder notariellen Vertragsabschluß ganz in die Stelle des Eides treten zu lassen, so, daß diejenigen Geschäfte, welche früher durch den Eid Giltigkeit erlangt hätten, jetzt nur der gerichtlichen Verlautbarung bedürften, weil ferner bei Veräußerung von Dotalgütern insbesondere das Geschäft vom Ehemanne ausgehe und die Ehefrau nur *consentire*, weil endlich für Minderjährige umsoweniger Nachtheil zu befürchten sei, da ihnen bei vorhandener Läsion immer noch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zustehe, deren sie sich früher nach geleistetem Eide nicht hätten bedienen können.

Diese Ansicht ist offenbar falsch. Die in den §§. 2. 3. 5 *legis cit.* bemerkten anfechtbaren resp. ungiltigen Geschäfte konnten bisher, wenn sie concurrirten, durch einen Eid wirksam gemacht, oder genauer, die mehrfachen Anfechtungs- und Ungiltigkeitsgründe eines Geschäfts konnten durch einen Eid gehoben werden. Nachdem aber jener Eid abgeschafft ist, treten die verschiedenen Anfechtungs- und Ungiltigkeitsgründe wieder unabhängig von einander und selbstständig in Kraft, soweit sie nicht durch die im Gesetze nachgelassenen verschiedenen Hilfsmittel beseitigt werden, was rücksichtlich des weiblichen Geschlechts, der Conjugal- und Dotaleigenschaft durch öffentliche Verlautbarung, rücksichtlich der Minderjährigkeit durch Cognition und Decret geschieht. In dem vom Amtsgerichte gesetzten Falle, wozu beiläufig zu bemerken ist, daß der Consens der Ehefrau in die Veräußerung des Dotalgrundstücks als Veräußerungsact betrachtet werden muß, würde das ganze Geschäft nicht sowohl der Restitution unterworfen als vielmehr nichtig bleiben, wenn nicht die obervormundschaftliche Cognition und Genehmigung hinzukäme.

Wäre die Ansicht des Amtsgerichts richtig, so würde in allen in den §§ 2 und 3 *legis cit.* gedachten Fällen die gesammte vormundschaftliche Fürsorge für die Erhaltung des pflegschaftlichen Vermögens, welche übrigens nicht bloß bei Veräußerung oder Verpfändung von Grundstücken, sondern bei Verbindlichkeitsübernahmen überhaupt einzutreten hat, durch notarielle zc. Form umgangen werden. Nur darin ist dem Amtsgerichte beizustimmen, daß unvollkommen Volljährige (über 21 bis 25 Jahre alte) auf Restitution wegen Minderjährigkeit keinen Anspruch haben, Declaration vom 28. April 1828, dem §. 5 *legis cit.* mag Genüge geleistet sein, oder nicht. Dieser Rechtsatz hat aber insofern hier keinen praktischen Werth, als Verfügungen solcher Personen über die Substanz ihres unbeweglichen und Capitalvermögens ohne Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts sogar nichtig sind. Verordnung vom 15. Februar 1814 Nr. 31.

Wir erlauben uns schließlich eines in Nr. 10 der Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthume Braunschweig Jahrgang 10 abgedruckten Aufsatzes zu gedenken, wonach das in Rede stehende Gesetz sofort nach seiner Publication bei seiner Anwendung zu verschiedenen Auslegungen Veranlassung gegeben haben soll.

Nach gemeinem Rechte ist theils die Intercession der Ehefrau für den Ehemann, theils die wegen mangelnder öffentlicher Beglaubigung unförmliche Intercession der Weiber überhaupt ungiltig. In beiden Beziehungen giebt es Ausnahmen. Die förmliche Intercession ist an sich giltig, aber durch eine Einrede aufsechtbar, wovon wieder Ausnahmen stattfinden. Für jede Einrede endlich bestehen Formvorschriften. Wurde die Intercession selbst oder der Verzicht auf die Einrede eidlich bekräftigt (und Erstes enthält auch Letztes), so war das Geschäft giltig resp. unanfechtbar. Weil aber über die obigen Ausnahmen und Formvorschriften viel Streit in der Theorie besteht, so wollte sich das Gesetz qu. auf eine Untersuchung der Fälle, wo eidliche Bekräftigung erforderlich und nunmehr durch gerichtliche oder notarielle Beglaubigung zu ersetzen, nicht einlassen und bediente sich der Formel: „so weit deren (der Intercessionen) Giltigkeit (addé oder Unanfechtbarkeit) nach dem bisherigen Rechte durch eidliche Bekräftigung bedingt ist (§. 1).“

Wenn also, wie uns nicht bekannt geworden, Zweifel darüber vorgekommen sind, in welchen Fällen die eidliche Bekräftigung der Intercession oder des Verzichts auf die Einrede nöthig gewesen, jetzt also die öffentliche Verlautbarung nöthig sei, so betreffen diese Zweifel nicht das neue Gesetz, welches deutlich genug spricht, sondern eine freilich sehr bestrittene Materie des gemeinen Rechts, deren Klärung das neue Gesetz nicht beabsichtigte.

Wir halten hiernach eine Interpretation des Gesetzes vom 16. Mai nicht für erforderlich, weder in Folge des Berichts des H. Amtsgerichts Middagshausen, noch in Veranlassung des gedachten Aufsatzes.

### **Wechselklagen sind ohne Weiteres nicht als dringliche, in den Gerichtsferien zu verhandelnde Rechtsfachen anzunehmen. \*)**

Am 27. Juli 1863 überreichte Eduard Finzenhagen beim Kreisgerichte Helmstedt gegen den Ackermann Chr. Schaare Klage aus einem Accepte und bat um Einleitung des Wechselverfahrens während der Gerichtsferien. Durch Bescheid des Kreisgerichts Helmstedt vom 29. Juli 1863 wurde der Dringlichkeitsantrag verworfen, da während der Ferien nur in solchen Sachen, bei denen Gefahr im Verzuge, Termin angesetzt oder eine Verfügung erlassen werden darf, das Gesetz als Sachen, welche ohne Weiteres als solche gelten sollen, die Streitigkeiten im jüngsten B. s. tze ausdrücklich, §. 3 des Gesetzes vom 4. Juli 1851, andere Sachen aber nicht benennt, und hieraus unzweifelhaft hervorgeht, daß alle anderen und

\*) cf. Zeitschrift X. S. 77.

folglich auch Wechselfachen, nicht ohne Weiteres, sondern nur dann, wenn Gefahr im Verzuge, als dringliche Sachen angesehen und behandelt werden sollen.

Der gegen diesen Bescheid vom Kläger verfolgte Recurs wurde unterm 10. August 1863 vom Obergerichte zu Wolfenbüttel, Feriensenat, verworfen, weil nicht der Gegenstand des Civilprocesses, sondern lediglich die aus der Gefahr im Verzuge entspringende Dringlichkeit der Sache die Anwendung des Feriengesetzes vom 4. Juli 1851 für die gesetzlich bestimmte Ferienzeit ausschließt, Kläger aber in der eingereichten Klage für die Dringlichkeit der Sache keinen Grund und keinen Nachweis angegeben hat.

### Böslichkeit bei Fälschungen. — Thatfrage und Rechtsfrage.

Als im Januar 1862 die Fabrikarbeiter Meyer, Börn, Sandvoß und Carl auf der Seeliger'schen Zuckerfabrik ein Fässchen Bier zusammen austranken, goß Meyer einen Schoppen Bier in eine Flasche und stellte diese zur Seite, um sich das Bier zum Abendbrot aufzuheben. Einer aus der Gesellschaft trank dem Meyer heimlich das Bier aus, und Meyer, solches gewahr werdend, beschuldigte nunmehr den Carl, ihm sein Bier gestohlen zu haben. Carl entgegnete dem Meyer, daß er ihn wegen dieser Beleidigung verklagen werde, und verfasste nun einige Tage darauf eine Anklage wegen Ehrenkränkung in Form eines stadtgerichtlichen Protocolls, unter welches er einen Terminsbescheid zur Verhandlung der Sache mit der Unterschrift eines Stadtrichters setzte. Dieses Schriftstück schickte Carl versiegelt durch eine dritte Person an Meyer mit der Bestellung, daß es in seiner Abwesenheit ein Gerichtsdieners für ihn abgegeben habe; auch erzählte Carl dem Sandvoß, daß er dem Meyer einen Forderzettel zugeschiekt habe, um ihm wegen der angeschuldigten Bierentwendung einen kleinen Schrecken zu machen. Meyer ließ sich wirklich durch die Schrift täuschen und begab sich an dem bezeichneten Terminstage auf's Stadtgericht, wo er erfuhr, daß man sich einen Scherz mit ihm gemacht habe. — Meyer zeigte die Sache der Staatsanwaltschaft an, und diese erhob eine Anklage gegen Carl wegen Fälschung nach §. 131 Nr. 3 des Cr. Ges. B.'s, weil derselbe bösslich oder in gewinnstüchtiger Absicht eine Vorladung für Meyer verfertigt und durch dieselbe dem Letzteren einen Vermögensschaden von 12½ Gr. — soviel habe nämlich Meyer durch den vergeblichen Weg nach dem Stadtgerichte an seiner Arbeit versäumt — zugesüßt habe; und beantragte eine Zwangsarbeitsstrafe von einem Monate.

Das Kreisgericht Braunschweig erklärte am 28. Februar 1862 zwar für erwiesen, daß Carl die fr. Schrift geschrieben habe, jedoch für nicht erwiesen, daß dieselbe eine öffentliche Urkunde im Sinne des Gesetzes, und insonderheit im Sinne des §. 131 Nr. 3 des Cr. Ges. B.'s sei; — und sprach den Angeklagten frei.

Die Staatsanwaltschaft beruhigte sich nicht bei dieser Entscheidung, sondern verfolgte die Nichtigkeitsbeschwerde, worauf der erste Senat des Obergerichts

zu Wolfenbüttel als Cassationshof am 28. März 1862 wegen Nichtbeobachtung wesentlicher Vorschriften über das Verfahren auf Grund der §§. 158 Nr. 2 u. 167 der Str. Pr. Ord. das angefochtene Erkenntniß nebst dem ganzen Hauptverfahren für nichtig erklärte und die Wiederholung des letzteren anordnete aus folgenden

Gründen:

Die erste Beschwerde besteht darin, daß H. Kreisgericht den Ausspruch: nicht erwiesen, daß die Scriptur eine öffentliche Urkunde im Sinne des Gesetzes, und insbesondere des §. 131 Nr. 3 des Cr. Ges. B.'s ist, in den Wahrspruch aufgenommen habe, während er in das Erkenntniß gehöre. Die Versetzung von Rechtspunkten in den Wahrspruch und von Thatpunkten in das Erkenntniß ist zwar ungesetzlich; da jedoch die Natur solcher Punkte auch auf ungehörigem Platze recht wohl erkannt und geltend gemacht werden kann, so tritt — (wenn nicht zugleich etwa das Gehör über den Rechtspunkt, Str. Pr. Ord. §. 92 Abs. 3, versagt ist, worauf im gegenwärtigen Falle die Beschwerde sich nicht mit erstreckt) — ein Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Verfahren, Str. Pr. Ord. §. 158 Nr. 2, also Nichtigkeit erst ein, wenn aus dem Platze, den der Ausspruch gefunden hat, nicht auf die für denselben erforderliche Richterstimmenzahl geschlossen werden kann. Letztes ist nun bei dem obigen Ausspruche der Fall. Wiewohl Rechtsbegriffe, welche zugleich als gemeine Begriffe betrachtet werden können, von dem Bereiche der Thatfachen, welche den Thatbestand eines Verbrechens bilden, nicht ausgeschlossen sind, so erscheint doch die Frage, ob die in Rede stehende Schrift eine öffentliche Urkunde sei, lediglich als Rechtsfrage; und während die Nichtannahme einer Thatfache des Thatbestandes auf einer Stimme beruhen kann, muß jeder Rechtspunkt durch mindestens zwei Stimmen festgestellt werden.

Außerdem ist, wie die zweite Beschwerde will, der Wahrspruch deshalb als unvollständig zu betrachten, weil er sich nicht auch über die in der Anklage behauptete bössliche oder gewinnsüchtige Absicht ausläßt; wie er sich denn nach Lage der Sache über den Thatbestand der Privatfälschung (Cr. Ges. B. §. 228. 230) hätte verbreiten sollen, um eventuell über dieses Verbrechen ein Erkenntniß abgeben zu können.

Wie es nun auch dem angefochtenen Erkenntniße an Gründen, deren Maß dem Gerichte überlassen war, nicht völlig gebricht; und wenn, während nach vorgelegter Scriptur und auf Grund derselben zugelassenem Hauptverfahren ein anderer Ausspruch als der gethane hätte erwartet werden können (cf. Str. Pr. Ord. §. 84 Nr. 1. 2), andererseits die richterliche Urtheilsherrschaft nicht durch Voraussetzungen, auf denen die Zulassung des Hauptverfahrens beruht, beengt wird, so mußte doch auf die beiden ersten Beschwerden wie geschehen erkannt werden.

Es dürfte von Interesse sein, schließlich noch mitzutheilen, daß bei dem am 15. Mai 1862 wiederholten Hauptverfahren das Kreisgericht Braunschweig für erwiesen erklärte, daß Carl die fr. Schrift in einer Form, als sei sie vom H. Stadtgerichte aufgenommen und erlassen, selbst verfaßt und dem Meyer zugesandt habe; für nicht erwiesen, daß er dieses bösslich oder in gewinnsüchtiger Absicht, oder um

dem Meyer einen Vermögensschaden zuzufügen, gethan habe; dagegen für erwiesen, daß er dieses gethan, um sich mit seinem Bekannten Meyer einen Scherz zu machen, von welchem er nicht annehmen konnte, daß derselbe irgend eine ernste Folge haben werde. Nach diesem Wahrspruche wurde der Angeklagte freigesprochen aus folgenden Gründen:

Nach obigem Wahrspruche leidet es keinem Zweifel, daß der Angeklagte eine unächte Sache verfertigt und davon als von einer ächten Gebrauch gemacht hat. Ob die unächte Sache eine falsche öffentliche Urkunde sei oder nicht, bedarf keiner Untersuchung, indem in beiden Fällen ein Verbrechen nicht vorliegt. Wäre die Schrift keine öffentliche Urkunde, so würde das Verbrechen der Fälschung zwar indicirt, jedoch deshalb nicht vorhanden sein, weil zum Thatbestande dieses Verbrechens die Absicht auf Gewinn oder doch auf den Vermögensschaden eines Andern erforderlich ist, C. Ges. B. §. 228, eine solche Absicht aber nach dem Wahrspruche dem Angeklagten fehlte. Wäre dagegen die Schrift eine öffentliche Urkunde, so würde das Verbrechen der Fälschung öffentlicher Urkunden doch nur dann vorhanden sein, wenn entweder die Absicht auf Gewinn gerichtet war, was nicht der Fall ist, oder wenn die Anfertigung der Urkunde bösslich geschah, Cr. Ges. B. §. 131. Nach dem Wahrspruche ist nun aber die Schrift vom Angeklagten nur angefertigt und gebraucht, um damit einen unschädlichen Scherz gegen einen Bekannten auszuüben, und eben deshalb hat als nicht erwiesen angenommen werden müssen, daß eine Böswilligkeit vorliege. Denn wenn das Wort bösslich im §. 131 des Cr. Ges. B.'s nicht als müßig angesehen werden darf, so kann damit nur gemeint sein, daß zu der sich von selbst verstehenden Absicht noch etwas Verwerfliches, Niederträchtiges hinzukomme. Ergäbe dieses das Wort nicht selbst, so würde es die angedrohte Strafe ergeben, die eine infamirende ist und die also auf einen unschädlichen Scherz zwischen Bekannten schwerlich passen würde. — Unter den Schlusssatz des §. 131 cit. läßt sich das, was gegen den Angeklagten vorliegt, deshalb nicht subsumiren, weil es sich dabei, auch angenommen, daß dort Bösslichkeit nicht zum Thatbestande gehörte, um eine Verfälschung eines ächten Documents handelt, die hier nicht vorliegt, weil dort unter „dergleichen“ nur solche Documente gemeint sein können, deren, gleichwie der Pässe, Reiserouten oder Zeugnisse, Jemand in seinem Interesse und zu ernsthaften Zwecken bedarf; nicht aber solche ganz nutzlose Schrift, wie die hier vorliegende.

**Die Schneidermeister sind berechtigt, zu den bei ihnen bestellten Kleidungsstücken auch den Hauptstoff zu liefern.**

Durch den Plenarbeschuß des H. Obergerichts vom 13. April 1860 (Zeitschrift für Rechtspflege X. S. 97) ist festgestellt, daß die Schneider zu dem Handel mit selbstgefertigten Kleidungsstücken einer besonderen Concession bedürfen. Es ist nun die fernere Frage entstanden, ob die Schneider, welchen diese Concession nicht erteilt

ist, berechtigt sind, ein Lager von Kleidungsstoffen, z. B. Tuchen, Buckskins 2c. zu halten und ihren Kunden zu den von diesen bestellten Kleidungsstücken außer den sog. Zuthaten (Unterfutter, Knöpfe u. dergl.) auch den Hauptstoff aus eigenem Waarenvorrathe und auf eigenes Conto zu liefern. Als wegen eines solchen Falles von der Staatsanwaltschaft zu Holzminden gegen den Schneidermeister Pfannkuche eine auf Gewerbesteuer=Contravention gerichtete Anklage erhoben war, sprach das Kreisgericht Holzminden am 21. November 1860 den Angeklagten frei aus folgenden

#### Gründen:

Wenn in der vom Schneider bei Anfertigung bestellter Kleidungsstücke geschehenen Lieferung der geringeren Zuthaten ein unbefugter Handel mit dergleichen Waaren, wie anerkannt wird, nicht zu befinden ist, so ist nicht abzusehen, daß es einen unbefugten Handel ausmache, wenn der Schneider, was gleichfalls notorisch häufig geschieht, auch den Hauptstoff, der oftmals geringer an Werthe ist, als die übrigen Zuthaten, liefert. Bei der Anfertigung von Kleidern erscheint die Form, anders als bei den Arbeiten eines Goldarbeiters, von größerer, wenigstens von gleicher Bedeutung, als der Stoff, so daß dafür gehalten werden muß, daß der Schneider, welcher die Zuthaten und auch den Hauptstoff liefert, die Grenzen eines Miethvertrages nicht überschreite. Einem derartigen Geschäftsbetriebe des Schneiders fehlt aber auch die Eigenschaft der Gewerbmäßigkeit eines Handels mit Schnittwaaren, indem der Schneider von den fr. Waaren nicht jedem Kauflustigen, sondern nur denen, welche Kleider bei ihm bestellen, und zur Ausführung der von ihm übernommenen Arbeit liefert.

Die von dem Oberstaatsanwälte im Interesse des Gesetzes gegen dieses Erkenntniß verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde von dem ersten Senate des Obergerichts zu Wolfenbüttel am 11. Februar 1861 zurückgewiesen,

#### in Erwägung:

daß es im Allgemeinen Aufgabe des Handwerkers als Gewerbsmannes ist, kunstmäßig nach mechanischen Regeln rohe oder auch schon verbesserte Naturalien zu Befriedigungsmitteln menschlicher Bedürfnisse auf Kauf oder um Lohn zu bearbeiten, Runde u. Danz D. Privatrecht §. 465; Mittermaier D. Privatrecht §. 507; Ortloff Recht der Handwerker §. 1, und dabei insoweit nicht wesentlich ist, ob er die zu bearbeitenden Stoffe aus eigenen Mitteln hergiebt, oder ob er solche vom Arbeitgeber oder von seinem Abnehmer zur Bearbeitung erhalten hat; das Schneidergewerbe daher an sich die Befugniß umfaßt, das bestellte Kleidungsstück aus den von dem Besteller dazu behändigten Stoffen zu fertigen, wie auch solches aus lediglich von ihm, dem Werkmeister, dazu hergegebenen Materialien und Stoffen herzustellen, und eine Beschränkung des derartigen Gewerbebetriebes dahin: „daß der Schneidermeister zu den bestellten Kleidungsstücken den Hauptstoff aus eigenen Mitteln nicht entnehmen und zuthun dürfe, solche Befugniß vielmehr nur die sog. Zuthaten, wie Unterfutter 2c. umfasse,“ besonders zu begründen ist, sei es durch bestehende gesetzliche Bestimmungen, durch Verfügungen dazu befugter Administrativ-Be-

hörden oder durch rechtsbeständige Observanzen, v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Bd. 1 Nr. 17 S. 109 flg.;

daß der Angeklagte zum Betriebe des Schneidergewerbes nach dem Gewerbesteuer-Gesetze vom 14. April 1837 §. 17 anerkanntermaßen befugt ist, und die vorgedachte Beschränkung weder aus den erlassenen Gesetzen und Verordnungen zu entnehmen steht, noch durch Verfügungen von Verwaltungsbehörden oder durch gewisse Einrichtungen hat nachgewiesen werden können, noch insbesondere daraus: daß in den Gewerbebefugnissen der Schneidermeister das Recht, mit selbstgefertigten Kleidungsstücken Handel zu treiben, oder deren Anfertigung zum feilen Verkaufe nicht enthalten erachtet worden, — und zwar wegen früherhin erlassener gewerbepolizeilicher Regulative, — auf jene Beschränkung gefolgert werden darf, — *leges correctoriae stricte interpretandae*; — endlich eine Norm gebende Observanz darin noch nicht gefunden werden mag, daß die Arbeitgeber meistens den Hauptstoff zu den gewünschten Kleidern dem Schneidermeister verabreichen, indem ein solches Verfahren in der Convenienz des Ersteren, — der wenigstens in der Regel eine bequemere und bessere Auswahl der Stoffe bei einem Kaufmann erwarten durfte, — seine zulängliche Erklärung findet, ohne dabei irgend welche Nothwendigkeit anzunehmen; übrigens es nicht von Einfluß ist, ob das zwischen beiden Theilen eingegangene Rechtsgeschäft im Einzelfalle nach den Rechtsgrundsätzen von Kauf oder Miethen zu beurtheilen sei, Mittermaier l. c. S. 524;

daß endlich der Richter bei Anwendung der Gesetze nicht zu untersuchen hat und nicht berücksichtigen darf, ob durch Ausübung wohlerworbener Rechte des Einen ein anderer Gewerbetreibender in seinem Nahrungsbetriebe Einbuße erleidet, oder welche anderweite Anordnungen und Regulative zu treffen, bei fortschreitender Industrie durch staatswirthschaftliche und gewerbepolizeiliche Rücksichten angemessen zu erachten sein könne; diesem Allen nach durch Freisprechung des Angeklagten das Strafgesetz nicht verletzt worden.

### **Feststellung der auf die Staatscasse zu übernehmenden Vertheidigungsgebühren.**

In der Untersuchungssache gegen Casse war das kreisgerichtliche Erkenntniß von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel für nichtig erklärt und verfügt, daß die Kosten des ersten Verfahrens, soweit dasselbe als nichtig aufgehoben sei, auf die Staatscasse zu übernehmen seien. Nach der Schwere des Verbrechens war die Vertheidigung des Angeklagten nothwendig gewesen. Der Vertheidiger liquidirte seine Gebühren und Auslagen nach den einzelnen Mühwaltungen, und setzte demgemäß das Kreisgericht Wolfenbüttel die Kosten fest; das Obergericht zu Wolfenbüttel hob jedoch am 12. September 1863 diese specielle Feststellung der berechneten Kosten auf und stellte die Vertheidigungsgebühr in Eins auf 20 Thlr. fest,

da in den Fällen, in welchen die Vertheidigung des Angeklagten aus der Staatscasse zu honoriren ist (Neue Red. der Str. Pr. Ord. S. 385), deren Gebühren nicht nach den einzelnen Mühwaltungen und Kosten, welche für die Vertheidigung mehr oder weniger nothwendig aufgewendet sind, vielmehr nach dem §. 384 der Neuen Red. der Str. Pr. Ord. aufgeführten Pauschsätze — in den kreisgerichtlichen Untersuchungssachen zwischen 2 und 40 Thlr. — selbstverständlich in allgemeiner Berücksichtigung der Sachlage bestimmt werden sollen.