Streifzüge

auf dem

Gebiete der Theorie und Praxis

des

provinciellen Privatrechts

von

Hermann von Lutzau
Not. publ. cand. jur.

Riga.
Verlag bei Jonck u. Poliewsky.
1902.

Berlin.
Verlag bei H. W. Müller.
1902.

V3
L90

Streifzüge

auf dem

Gebiete der Theorie und Praxis

des

provinciellen Privatrechts

von

Hermann von Lutzau
Not. publ. cand. jur.

3 1045 i
12117 vf.
R

Riga.
Verlag bei Jonck u. Poliewsky.
1902.

Дозволено Цензурою. — Юрьевъ, 25 февраля 1902 года.

Eesti raamatukogu
Bibliothèque publique de Tartu

TARTU ÜLIKOOLI
RAAMATUKOGU
I 28945256

Schnakenburg's Buchdruckerei, Jurjew.

Seiner Schwester

Frl. Luise von Lutzau

zugeeignet vom

Verfasser.

Vorwort.

Seinem Werk ein Vorwort voranzustellen, ist eine leidige Sitte, namentlich, wenn der Autor entschuldigen will, wo es nichts zu entschuldigen giebt. In den meisten Fällen ist nun freilich nicht Entschuldigung, sondern Aufklärung leitendes Motiv des Vorworts, Aufklärung über den Zweck des Buches, sowie über den in casu concreto gewählten Titel desselben. Nichts destoweniger darf man sich nicht darüber hinwegtäuschen: Fehler bleibt Fehler! Der Zweck eines Buches, das, was der Autor mit demselben zu sagen beabsichtigte, müssen sie nicht schon aus dem Buche selbst hervorgehen? Und ebenso der Titel, muss er nicht so gewählt sein, dass er zu dem Inhalt des Buches auch wirklich und in jeder Beziehung passt? Allein es ist — um nur den letzten Punkt zu berücksichtigen — in Wahrheit um die Wahl eines richtigen und in jeder Hinsicht passenden Buchtitels in manchen, ja vielen Fällen gar keine so leichte Sache, wie es wohl den Anschein haben mag. Gleichwohl wird aber auch der in der Schwierigkeit eines Unternehmens seine Ursache habende Fehler desswegen allein noch nicht entschuldbar und daher ungerügt bleiben können. Wenn ich daher die eine Frage aus dem Poschlinwesen berührende Abhandlung Nr. I. und die von der Bestätigung bäuerlicher Contrakte durch die Bauerkommissare handelnde Untersuchung sub Nr. VI in dieses mein Werk aufgenommen habe, das seinem Titel gemäss lediglich das ostseeprovincielle Privatrecht zu seinem Gegenstand hat, so beabsichtige ich mit dem Folgenden keine Entschuldigung, sondern bloss eine nähere Erklärung. Die Aufnahme der vorhin genannten beiden Abhandlungen in dieses

Buch glaube ich nämlich vom Gesichtspunkte des formellen Privatrechts aus rechtfertigen zu können, insofern sie beide als in die Lehre von der Form des Vertragsschlusses hineingehörend zu betrachten sind, eine Lehre, die von den meisten Schriftstellern recht stiefmütterlich behandelt wird. — In soweit passt also der Titel auch auf diese Abhandlungen. — So möge denn dieses Buch in die Welt hinaus gehen und nicht nur freundlich, sondern auch nachsichtig aufgenommen werden, freundlich, um dem bisher noch unbekannten Autor Muth zu weiterem Schaffen zu geben, nachsichtig, weil Fehler, die als solche schon das Vorhandensein eines Vorsatzes ausschliessen, Allen von Allen nachgesehen werden müssen. Solches bitte ich meine künftigen H. Recensenten, falls sie mein Buch lesen und nicht ungelesen mit den Worten: „was kann aus Nazareth Gutes kommen“ aus der Hand legen, zu berücksichtigen. Du aber, strahläugige, lanzenbewehrte Pallas Athene, die du der Weisheit und der Wissenschaft hold bist, neige dich mir, Gewappnete, gnädig zu und bereite dieser meiner Schrift ein nach Möglichkeit freundliches Geschick.

Geschrieben zu Lemsal in Livland,
im October 1901.

Der Verfasser.

Eesti Rahvusraamatukogu Bibliothèque Publique de l'Etat Estonien

I.

Erstreckt sich das für gewisse Fälle vorgesehene bäuerliche Privilegium der Befreiung von Krepost-Schenkungsposchlinen und Stempelsteuer auch auf eine in casu contrahierende ganze Gemeinde als solche?

Es kommt in der Praxis nicht selten vor, dass Gemeinden als solche auf Grund von Kauf- resp. Schenkungsverträgen Eigenthum an ländlichen Grundstücken erwerben oder Landstücke pachten und da fragt es sich, ob und in welchen Fällen eine Befreiung von der sonst zu erhebenden Krepostposchlin sowie der Stempelsteuer einzutreten hat? Der § 202 des Ustaws über die Poschlinen (Ausg. v. J. 1893) bestimmt nämlich, dass Bauern der drei Ostseegouvernements, die keinen Immobilienbesitz von mehr als zwanzig Dessjatinen haben, in folgenden Fällen von der Entrichtung der vierprozentigen Krepostposchlin befreit sind:

1) beim erstmaligen Kauf einer Gesindestelle auf Gehorchsarrendeland, die zu einem Privat- oder Kronsgute gehört;

2) beim Kauf oder Zukauf von Hofsland bis zum Betrag von 20 Dessjätinen, wobei jedoch derartige Vergünstigungen nur einmal für jeden Bauer einzutreten haben und ferner auch nur den Bauern ihrem persönlichen Stande nach gewährt werden, einerlei, ob der bäuerliche Käufer zur Gemeinde des Gutes, zu dem das angekaufte Gesinde gehört, angeschrieben ist oder nicht [1]).

---

1) Vide Entsch. der Plenarversammlung des Senats vom 18. Mai 1892, citiert nach Rosenthal: „Kurze Anleitung zur Anwendung der neuen Stempelsteuerordnung". (Riga, 1900) S. 50 f.

Zu genanntem Gesetz sind dann noch mehrere erläuternde Senatsukase ergangen, so vor Allem, dass diese Befreiung von der Entrichtung der Krepostposchlinen sich auch auf die Exemption von der Stempelsteuer [1]), ferner, dass auch Kaufverträge über Quotenländereien in Livland und das sog. Sechstelland in Esthland von der Krepost- und Stempelsteuer befreit sind, und endlich, dass auch alle Obligationen, die vom Käufer zur Besicherung des Kaufschillingsrestes unter Verpfändung des gekauften Gesindes dem Verkäufer ausgestellt werden, desselben privilegii theilhaftig sind [2]). Besonders wichtig ist aber die am 4. Febr. 1891 erfolgte Entscheidung der Plenarversammlung des Senats, dass auch alle Pachtverträge zwischen Bauern und Gutsbesitzern über zu den Gütern der letzteren gehörige Landparcellenin Livland von der Stempelsteuer und somit wohl auch von der Stadtsteuer (сборъ въ доходъ города) befreit sind.

Der Senat will in der angeführten Entscheidung — die aber mehr den Charakter einer Erläuterung haben dürfte — unter dem Ausdruck: „Landparcellen“ russisch: „земельные участки“, wie er sich in Art. 81 p. 4 des Ustavs über die Poschlinen, auf dem neben dem § 238 der Livl. Bauerverordn. v. J. 1860 die erwähnte Entscheidung beruhen dürfte, findet, Hofes- und Gehorchsländereien des betreffenden Gutes verstanden wissen.

Ueberall, sowohl in den Gesetzen, als auch in den Senatserläuterungen ist immer nur von Personen bäuerlichen Standes die Rede Von einer Gemeinde kann man aber wohl schwerlich sagen, dass sie zu irgend einem Stande gehört, folglich scheint es also, dass man ihr das mehrfach angeführte Privilegium der Befreiung von Stempelsteuern und Poschlinen nicht zugestehn kann, zumal da Privilegien anerkanntermaassen nicht extensiv zu interpretieren, sondern stets im engsten Sinne zu nehmen sind [3]).

---

1) Vgl. die Senatsentscheidung bei Rosenthal S. 50.

2) Vgl. Rosenthal l. c. S. 50 und den das. cit. Senatsukas.

3) Vgl. Art. XXII der Einl. zu Th III des Prov.-Rs, Vangerow Pand. B. I. § 24 S. 52, v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gemeinen Civilrechts B. I (4. Aufl.) § 14, S. 57. Regelsberger: Pandekten B. I (1893) § 37 S. 154 f. unterscheidet zwischen ausdehnender Auslegung und Analogie. Erstere sei auch bei Privilegien absolut statthaft, letztere nur in bschränktem Maasse.

Dennoch dürfte aber vielmehr das Gegentheil richtig sein, also auch die Bauergemeinde als solche in genannter Hinsicht privilegiert sein. Zwar ist es richtig, dass nach § 238 der Livländischen Bauerverordnung vom Jahre 1860 die livländischen Bauern — ausgenommen, wenn es sich um den Erwerb von städtischen Immobilien handelt — von der Stempelsteuer, den Krepost- und sonstigen Poschlinen bei von ihnen abgeschlossenen diesbezüglichen Verträgen befreit sind [1]), das Gesetz also nur von den physischen Personen und zwar eben solchen bäuerlichen Standes spricht. Allein andererseits scheint es doch mehr dem Geiste, wenigstens der livländischen Bauerverordnung zu entsprechen, wenn man das Privilegium auch den Bauergemeinden zugesteht, ohne dass man desshalb zu fürchten braucht, gegen die obenerwähnte Regel, dass Privilegien im engsten Sinn zu interpretieren seien, zu verstossen. Von besonderer Bedeutung ist nach dieser Richtung hin der § 56 der Livl. B-V. v. J. 1860, in welchem bestimmt wird, dass Bauergemeinden, die für sich bäuerliche Grundstücke käuflich erwerben, in dieser Hinsicht (d. h beim Kaufabschluss) derselben Rechte und Vortheile theilhaftig sind, welche dieserhalb den einzelnen physischen Personen bäuerlichen Standes zustehen. Dass der § 56 seine Stellung in demjenigen Kapitel (II) der Livl. B.-V. gefunden hat, das laut seiner Ueberschrift von den besonderen Bestimmungen über die Ablösung der Frohne mittelst Kaufes handelt (§ 48—60), dürfte, obwohl genanntes Kapitel in Anbetracht der allerorts in den Ostseeprovinzen längst durchgeführten Ablösung der Frohne nur noch historische Bedeutung hat, die Beweiskraft des angezogenen § 56 wohl in keiner Hinsicht abschwächen, denn einmal ist Kap. II. ein für alle Mal der Livl. B.-V. v. J. 1860 einverleibt worden, bildet also einen integrierenden Bestandtheil dieses Gesetzes, das am 13. November des Jahres 1860 in allen seinen Theilen, also auch dem mehrerwähnten Kap. II seine Allerhöchste Bestätigung erfahren und bis auf den heutigen Tag Geltung behalten hat — ausgenommen natürlich derjenigen Bestimmungen, die sich nicht anders als nur auf die sogenannte Uebergangs-

1) Betreffs der Kaufkontrakte über Gehorchsland vide § 227 der Livl. B.-V.

zeit anwenden lassen. Damit ist aber nicht gesagt, dass nun keiner der §§ 48—60 auf das heutige Recht soll bezogen werden können, vielmehr ist nicht abzusehen, wesshalb nicht der ganz allgemein von den „Rechten“ und „Vortheilen“ der Bauergemeinde beim Kauf sprechende § 56 in nahe Verbindung mit dem § 238 derselben B.-V. gebracht und dementsprechend angenommen werden soll, dass unter dem genannten allgemeinen Ausdruck: „dieselben Rechte und Vortheile“, auch die den Livländischen Bauern in dem § 238 zugestandene gesetzliche Befreiung von Poschlinen jeglicher Art sowie von Stempelsteuern miteinbegriffen ist? Es ist das um so eher statthaft, als ja der von der Ablösung der Frohne handelnde Abschnitt der Livländischen Bauerverordnung nicht etwa gesondert für sich, als selbstständiges Gesetz publiciert worden ist, sondern zusammen mit den übrigen Theilen derselben, also als Ganzes durch die Allerhöchste Bestätigung gesetzliche Kraft erlangt hat.

Weiterhin ist in Erwägung zu ziehen, dass es offenbar dem Sinn des Gesetzes und der zu vermuthenden Absicht des Gesetzgebers durchaus entspricht, wenn man ein Privilegium, das anerkanntermassen der ostseeprovinciellen Bauerschaft zusteht, auch auf die Gemeinde als juristische Person gedacht ausdehnt, zumal da diese sich ja nur aus einer Mehrheit derjenigen Personen, denen das Gesetz eben dieses Privilegium verliehen hat, zusammensetzt, nach den Grundsätzen der Logik aber das, was von jedem einzelnen Gliede einer Mehrheit gilt, offenbar auch von dieser Mehrheit selbst als Ganzes gedacht gelten muss. Eine Verletzung des berührten Grundsatzes, dass Privilegien nicht extensiv ausgelegt werden dürfen, hat man damit nicht zu befürchten, da, wie eben gezeigt, schon die Gründe der blossen Vernunft dafür sprechen, dass auch den Gemeinden das ofterwähnte Privilegium einzuräumen ist, andererseits aber von einer eigentlichen Ausdehnung dort um so weniger die Rede sein kann, wo zwingende Gründe dafür sprechen, dass das Gesetz unter den des Privilegium theilhaftigen Personen auch die Bauergemeinden als solche begreift[1]). Dem gegenüber verschlägt auch der Umstand nichts, dass die Livl. B.-V.

1) Vgl besonders die guten Ausführungen Hölder's: „Pandekten“ B. I (1891) § 13 S. 71.

in Gemässheit der §§ 234 und 235 alle Bauergemeindeglieder in zwei Klassen zerfallen lässt, nämlich erstens in diejenigen, welche sowohl ihren persönlichen Standesrechten nach als auch hinsichtlich des auf der realen Grundlage des bestehenden Gemeindeverbandes dem Bauernstande angehören und zweitens in diejenigen Gemeindeglieder, die zwar in letzterer Beziehung den Ackerbauern vollständig gleich stehen, allein ihren persönlichen Standesrechten nach einem andern d. h. nichtbäuerlichen Stande angehören, den sie durch Eintritt in einen bestimmten Bauergemeindeverband keineswegs aufgegeben haben[1]), daher man Privilegien, die für Personen von bäuerlichem Stande bestimmt sind, unmöglich auch der letztbezeichneten Klasse von Bauerngemeindegliedern gewähren dürfe. Denn diese zweite Klasse von Bauergemeindegliedern wird doch immer nur die verschwindende Minderzahl derselben bilden, die erste also jedenfalls prävalieren und der Gemeinde als solcher erst ihren eigentlichen Charakter verleihen. Ebenso, wie man wohl zu sagen pflegt, dass eine Schwalbe noch keinen Sommer mache und ebensowenig wie — um bei den bildlichen Beispielen stehen zu bleiben — ein Sack mit Gerste desshalb mit nicht weniger Recht diese Bezeichnung verdient, auch wenn sich darunter einige Roggenkörner befinden, ganz so wird man auch der Livländischen Bauergemeinde, trotzdem dass sich unter ihr Glieder befinden, die persönlich einem andern als dem Bauernstande angehören, den wesentlichen Charakter als einer Mehrheit von Personen bäuerlichen Standes keineswegs absprechen können. Trifft mithin das Privilegium der Befreiung von den Krepostposchlinen, wenn es auch auf die Gemeinde als solche ausgedehnt wird, in der Person der persönlich nicht zum Bauerstande gehörigen Gemeindeglieder solche Individuen, für die es ursprünglich nicht bestimmt zu sein scheint, so ist das allerdings ein Anomalie, die aber auf die angegebene Weise beseitigt werden muss.

---

1) Vgl. auch Рѣш. Гр. К. Д. 13/96 по д. фонъ Зоммера (citiert nach Эліясбергъ: Остзейская практика Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента, Общаго Собранія 1-го и Кассаціонныхъ Департаментовъ и Кассаціонныхъ Департаментовъ Правительствующаго Сената" за 1891—1899 г. г. (1900 г.) S. 94.).

Bedeutungslos ist auch im Grunde das gegen die hier vertheidigte Ansicht mögliche Gegenargument, nämlich dass für die Entscheidung unserer Frage der 1330[1]) der Civilprocessordung und Art. 7 Anm. des Gemeindegerichtsprocesses massgebend sein müssten, zufolge welchen die Bauergemeinde ihren Gerichtsstand nicht vor den Gemeindegerichten, sondern den allgemeinen Gerichtsinstitutionen haben soll, insofern also wenigstens was den Gerichtsstand anbetrifft, gleichfalls anders als das einzelne Gemeindeglied behandelt wird. Denn in diesem Falle haben wir es mit einer Ausnahme, einer Abweichung von der allgemeinen Rechtsregel zu thun und eine solche Ausnahme ist stets strikt zu interpetieren.

Die bisherigen Ausführungen haben besonders auf das Livl. Bauerrecht Bezug genommen. Es fragt sich, wie steht es mit dem Recht der Kurländischen und der Esthländischen Bauerverordnung? Wir schicken, bevor wir auf Letztere eingehen, zunächst voraus, dass jener Erläuterung des Senats, nach welcher die im Ustaw über die Poschlinen Art. 202 enthaltene Befreiung der Personen bäuerlichen Standes von der Entrichtung der Poschlinen einestheils auch auf die Stempelsteuer zu beziehen sei, anderentheils aber auch die Pachtverträge zwischen Gutsbesitzern und Bauern in sich schliesse, ohne Zweifel die von der Praxis befürwortete Ausdehnung auch auf Kurland und Esthland zu geben ist, zumal da jene Senatserläuterung einen Artikel des Poschlinenustavs näher erläutert, der unbestrittenermassen von allen drei baltischen Ostseeprovinzen zugleich spricht, nicht etwa bloss von Livland.

Die Annahme aber, dass auch in Esth- und Kurland die Befreiung der Bauern von der Entrichtung der Krepost- und Schenkungsposchlinen, sowie der Stempelsteuern[1]) in den vorhin genannten Fällen auch auf die einzelnen Gemeinden, die ländliche Grundstücke käuflich erwerben oder in Pacht nehmen, zu erstrecken ist, scheint insofern noch unbedenklicher zu sein, als weder die Kurländische noch die Esthländische Bauerverordnung solche bäuerliche Gemeindeglieder kennen, die trotz ihrer Aufnahme in die Bauergemeinde dennoch hinsichtlich

1) Vgl. § 20 der Kurl. Bauerverordnung für den definitiven Zustand, v. Jahre 1817.

der Gesammtheit ihrer Rechtsverhältnisse ganz und gar von jeder Wirksamkeit der Bauerveordnung eximiert bleiben[1]). Insbesondere enthält § 1 der Kurl. B.-V. die Bestimmung, dass Jeder, der als Glied in eine Bauergemeinde aufgenommen wird, aller Rechte theilhaftig wird, die bäuerlichen Gemeindegliedern als solchen zustehen, woraus folgen würde, dass auch Personen z. B. adligen Standes, sobald sie sich in eine Bauergemeinde aufnehmen lassen, aller Rechte und Vortheile der Kurländischen Bauern theilhaftig werden. Allerdings scheint in der Kurländischen Bauerverordnung immer nur von den allgemeinen Rechten der Bauergemeindeglieder, nicht auch den eng an den Stand der Person und mit diesem verknüpften Vor- und Standesrechten die Rede zu sein, sowie es andererseits auch in keiner der beiden Bauerverordnungen ausgedrückt ist, dass Personen, die höheren Standes als des bäuerlichen sind, durch Eintritt in die Bauergemeinde dieses ihres höheren Standes und der damit verbundenen Rechte und Pflichten verlustig gehen, also nicht in denselben verbleiben[2]). Art. 202 des Ustavs über die Poschlinen spricht aber, wie mehrfach gezeigt worden ist, nur von einem den Bauern der drei Ostseeprovinzen persönlich, dem Stande nach zugeeigneten Privilegium.

Trotz alledem aber müssen wir uns, auch was Kur- und Esthland anbetrifft, in Anbetracht der vorhin dargelegten Ausführungen — soweit dieselben nicht Besonderheiten der Livländischen Bauerverordnung zu ihrem Gegenstande haben — für eine Ausdehnung des Art. 202 des Gesetzes über die Poschlinen sowie der zu denselben ergangenen Senatserläuterungen auch auf die Gemeinde als juristische Person betrachtet aussprechen. So wird z. B. auch vom neuen Stempelsteuergesetz vom 10. Juni 1900 Art. 67 P. 4 das Privilegium des stempelsteuerfreien Abschlusses von Pachtverträgen über Landparcellen zwischen Gutsbesitzern und Bauern — vorausgesetzt, dass die Pachtsumme fünfzig Rubel nicht übersteigt — ausdrücklich auch auf die Gemeinde ausgedehnt, die als solche die betreffende Parcelle gepachtet hat.

---

1) Vgl. Kurl. Bauerverordnung v. J. 1817, § 1—60. Esthländische Bauerverordnung v. J. 1856, §§ 1—93, darunter besonders § 18. In § 57 der Kurl. B.-V. ist das Recht der Gemeinde ausgedrückt, Immobiliareigenthum auf Grund der bestehende Prov.-gesetze zu erwerben.

2) Eine Anwendung davon siehe in Art. 6 Th. III des Prov. Rs.

Auch das frühere Stempelsteuergesetz kannnte diese Bestimmung (vgl. Art. 81, P. 4), nur ohne die Beschränkung auf die Summe von fünfzig Rubeln. Nach der von mir vertretenen Ansicht scheint sich auch, so weit mir bekannt, die von den Bauerkommissaren beim Ankauf resp. Pachtung von Bauerland seitens einer Gemeinde befolgte Praxis zu neigen, während die Krepostabtheilung des R. W.'schen Friedensrichterplenums anderer Ansicht zu sein scheint. Dem hier vertheidigten Standpunkte steht auch, wie schon bemerkt wurde, nicht etwa der Umstand entgegen, dass in Gemässheit der Anm. zu Art. 7. B. II, A Abschnitt II der „Verordnungen über die Reorganisation des Gerichtswesens und der Bauerbehörden in den baltischen Gouvernements" die Bauergemeinde als solche hinsichtlich ihres Gerichtsstandes anders als das einzelne Bauergemeindeglied behandelt wird, insofern alle Sachen, in denen die Gemeinde Kläger oder Beklagter ist, der Kompetenz der Gemeindegerichte entzogen und den allgemeinen Gerichtsinstitutionen überwiesen werden, denn diese Abweichung beruht auf einem besonderen Gesetz und dass ein solches in dieser Beziehung überhaupt erlassen worden, dass die Gesetzgebung es für nöthig befunden hat, diesen Punkt besonders hervorzuheben, lässt auf ihre Absicht, die Bestimmung der cit. Anm. zu Art. 7 als eine Ausnahme von einer sonst bedingungslos geltenden Regel zu kennzeichnen, nicht undeutlich schliessen. Darnach würde also die betreffende Gesetzesstelle eher zu Gunsten unserer Auffassung sprechen, als ihr entgegenstehn. Ebensowenig wird Letztere durch den weitern Umstand tangiert, dass zufolge einer Senatserläuterung vom Jahre 1897 Verträge, die auf Grund Beschlusses der Gemeindeversammlung im Namen der Gemeinde geschlossen werden, der Durchsicht und Bestätigung seitens der Bauerkommissare nicht unterliegen [1]), also auch hier eine abweichende Behandlungsweise der Gemeinde als solcher zu konstatieren ist.

Die Praxis der alten Gerichte hat sich — was zum Schluss bemerkt sein möge — allgemein und unbeanstandet für eine Gleichstellung der bäuerlichen Gemeinde mit den einzelenen Gliedern derselben ausgesprochen.

1) Vgl. рѣш. Гр. К. Д. 85|97 г. по д. Фреймана (citiert nach Эліясбергъ, l. c. S. 79 f).

II.

Noch einige Worte über die juristische Natur der Reallast.

Schon seit geraumer Zeit hat in der juristischen Litteratur ein lebhafter Streit darüber bestanden, welches eigentlich die wahre rechtliche Natur der Reallast sei und ob insbesondere letztere zur Klasse der dinglichen oder der persönlichen Rechte gezählt werden müsste, und gerade der Umstand, dass auch gegenwärtig die Akten über diese Kontroverse noch keineswegs als geschlossen angesehen werden können sowie, dass die Frage auch für das ostseeprovincielle Privatrecht eine strittige ist, dürfte eine nochmalige kurz zusammenfassende Behandlung derselben an dieser Stelle gewiss gerechtfertigt erscheinen lassen.

Dabei ist zunächst vorauszuschicken, dass der ganzen Frage keineswegs eine bloss theoretische auf Spitzfindigkeiten hinauslaufende Bedeutung beigelegt werden kann, sondern dass sie auch practisch von Interesse sein muss. Ist es doch offenbar nicht gleichgültig, ob Jemand auf eine Sache unmittelbar einwirken, eine unmittelbare Herrschaft über dieselbe ausüben kann — wie das bei Annahme der dinglichen Natur der Fall wäre — oder ob er sich, wie bei dem Forderungsrecht, nur an eine bestimmte Person, seinen Schuldner halten kann, ob er gegen Jeden, der ihn in dem Genuss seines dinglichen Rechts kränkt, klagend aufzutreten berechtigt ist, oder ob er im Fall einer Verletzung seitens dritter Personen nicht unmittelbar diese in Anspruch nehmen kann, sondern zu jenem Behufe stets einer Mittelsperson, nämlich des andern Kontrahenten bedarf. Ferner: an einem dinglichen Recht ist ein Quasibesitz möglich, an Forderungsrechten ist ein solcher undenkbar, denn Besitz kann nicht sein ohne Ausübung und mit letzterer fällt ja bekanntlich das Forderungsrecht zusammen. Daher kann auch ein Forderungsrecht nicht durch Ersitzung erworben werden[1]). Endlich tangiert die vollendete Klagenverjährung den Bestand des dinglichen Rechts an sich nicht, sondern hebt nur das in casu

1) Für die Reallast wird eine solche behauptet von Windscheid Lehrb. B. II. § 302 S. 146. Note 2. und § 464 ibid. S. 674 f. Note 4.

concreto begründete Klagerecht auf, das Forderungsrecht dagegen wird — nach Prov. R. unbestritten[1]), nach gemeinem Recht wenigstens der richtigen Meinung nach — durch Verjährung vollständig, also nicht nur in seiner Klage vernichtet. Es sind hier natürlich nur die Hauptunterschiedsmerkmale zwischen dem dinglichen und dem Forderungsrecht angegeben, da das Eingehen auf die näheren Einzelheiten den Rahmen unseres Themas, so wie wir ihn uns gesteckt haben, überschreiten würde. Auch eine ausführliche Litterärgeschichte der Kontroverse zu geben, liegt uns fern, es kommt uns lediglich darauf an, die juristische Natur der Reallast des deutschen und provinciellen Privatrechts in ihrer Eigenthümlichkeit in bestimmten und knappgehaltenen Umrissen in aller Kürze zu entwickeln. Zu diesem Behufe erscheint es thunlich, mit einigen wenigen Worten die Hauptgründe, die für die Dinglichkeit der Reallast einerseits, sowie für die persönlichrechtliche Natur derselben andererseits gewöhnlich ins Feld geführt zu werden pflegen, zu entwickeln. Wir beginnen zunächst mit den Schriftstellern des deutschen Privatrechts, aus welchem das Institut der Reallast als eines ächt deutschen Rechtsinstituts auf den gemeinrechtlichen Boden verpflanzt ist.

Mittermaier[2]) definiert die Reallast folgendermassen:

„Reallast im engern Sinn ist jene Verbindlichkeit, die auf einem Gute so ruht, dass sie auf jeden Besitzer desselben ipso jure übergeht, so dass derselbe zu gewissen ständigen jährlich wiederkehrenden, in Privatrechtsverhältnissen vorkommenden Leistungen verbunden wird und für alle zur Zeit seines Besitzes fällig werdenden Leistungen haftet."

Diese gewiss zutreffende Charakteristik der Reallast seitens Mittermaiers — wie eine solche von einem so gründlichen Kenner des deutschen Rechts auch gar nicht anders erwartet werden konnte, lässt indess die Frage, zu welcher Klasse von Rechten die Reallast eigentlich zu rechnen sei, gänzlich unberührt. Weiterhin

---

1) Vgl. Art 3639 Th. III. Prov. R. Erdmann: System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Est- und Kurlands B. I, (1889), S. 325 und die das. angegebene gemeinrechtliche Litteratur.

2) „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Seerechts" (4. Ausg., 1830.), B. I, § 153, S. 376 f.

sucht nun Mittermaier diesem Mangel freilich abzuhelfen, indem er die Reallast als eine besondere Art dinglicher Rechte, die aber desswegen noch nicht den Charakter dinglicher Obligationen annähmen, bezeichnet [1]). Der Jurist ist also ein absoluter Anhänger der Dinglichkeit. Im Resultat übereinstimmend mit ihm ist Bluntschli [2]), der sich von dem Vorigen nur darin unterscheidet, dass er die Dinglichkeit der Reallast auf historischem Wege aus einer „Herrschaft oder Hoheit des Berechtigten über die Güter" erklären will

Eine ganz eigenthümliche, meines Wissens nach aber noch von Niemandem getheilte Ansicht vertritt Duncker: „Die Lehre von den Reallasten in ihren Grundzügen (18 7)". Er bemüht sich nämlich in seiner Schrift den Nachweis zu erbringen, dass das belastete Grundstück selbst als Schuldner zu betrachten sei. Mit dieser Personification des reallastpflichtigen Grundstückes — die nebenbei gesagt nicht nur als ein wahres Ungeheuer juristischer Konstruktion erscheint, sondern auch der Geschichte dieses Instituts widersprechen dürfte [3]) — versucht Duncker offenbar die ganze Streitfrage, statt sie zu erklären, zu umgehen, wobei er aber ganz zu vergessen scheint, dass, wenn von einer Verpflichtung des personificierten Grundstückes die Rede sein soll, dies offenbar zu Gunsten der obligatorischen Natur der Reallast sprechen würde [4]). Dass die Analogie der römisch-rechtlichen Realservitut, die Duncker bei seiner Lehre vorgeschwebt haben mag, hier ganz unzureichend ist, bedarf kaum eines näheren Nachweises. Ein Papinianus, ein Paulus, ein Ulpian, sie alle würden sich im Grabe umdrehen, wenn sie es heute sehen könnten, dass man auf den Einfall gekommen sei, desshalb, weil es heisst: das praedium selbst „servit" d. h. das Grundstück selbst „dient", dieses allein ist die dienende Sache, nun auch eine wirkliche Persönlichkeit des servitutpflichtigen Grundstückes anzunehmen. Dieses Meisterstück juristischer Spitzfindigkeit musste erst der Neuzeit vorbehalten bleiben.

---

1) Vgl. Mittermaier l. c. S. 377.

2) Vgl. dessen Deutsches Privatrecht (2. Aufl.) § 90. S. 255 f.

3) Vgl. bes. Eichhorn. „Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte" B. II. (3. Ausg. 1821) § 361 S. 555, § 362 S. 559 ff.

4) Wie das schon von Renaud: Beitrag zur Theorie der Reallasten (1846) S. 18 ff. richtig erkannt worden ist.

Die Duncker'sche Lehre hat nur ein kurzes Leben geführt. Sie ist heute längst vergessen [1]).

Andere, unter denen namentlich Gerber [2]) und Stobbe [3]) zu nennen sind, betonen mit aller Entschiedenheit die persönliche Natur der Reallast, wiewohl sie im Einzelnen die Eigenartigkeit dieses Rechtsinstitutes nicht verkennen. Neuerdings versucht Kohler („Substanzrecht und Wertrecht" in B. 91 des Archivs für die civil. Praxis S. 161 f.) den Begriff des Werthrechts für die Frage nach Klassifikation und Natur der Reallast nutzbar zu machen. Nach ihm ist die Reallast ein Werthrecht. „Sie geht auf bestimmte Werthleistuugen der Sache d. h. auf Leistungen nicht in dem Sinne, also ob die Sache selber etwas zu thun vermöchte, wohl aber in dem Sinne, dass in ihr ein Fond von Wert steckt, der aus ihr herausgeholt werden soll. Der herauszuholende Wert aber ist nicht, wie oben, eine einmalig fest bestimmte Summe, sondern ein periodisches Ergebniss, das immer und immer wieder aus der Sache entnommen werden muss und auch entnommen werden kann, weil die Sache sich in keinem Moment vollkommen erschöpft, sondern immer und immer wieder neue Fruchtperioden darbietet." Allein abgesehen davon, dass Kohler damit nur eine Erkläruug der Reallast von ihrer nationalökonomischen Seite aus betrachtet giebt, vergisst er, dass eine Sache, nicht ein Werththeil derselben Gegenstand der Nutzung ist. So sieht sich denn Kohler schliesslich selbst genöthigt (S. 162), in der Reallast gewissermaassen ein Mittelding zwischen dinglichem und obligatorischem Recht zu erblicken.

Das sind ungefähr die Hauptansichten. Nebenher laufen noch folgende Varianten:

1) das Recht als Ganzes genommen hat dingliche Natur,

---

3) Jedoch auch ihr hat es seiner Zeit nicht an Anhängern gefehlt, insofern nämlich kein Geringerer als Heimbach sen. in B. IX von Weiskes Rechtslexikon sub voce „Reallasten" S. 62 f. sich für dieselbe erklärte.

4) Vgl. dessen: „System des Deutschen Privatrechts" (14. Aufl.) § 168 S. 450 ff., woselbst auch die reichhaltige Litteratur nachzusehen ist.

5) Vgl. dessen: „Deutsches Privatrecht" B. II, § 100 ff.

wogegen das Recht auf die einzelne Leistung als persönliches Recht erscheinen soll [1]).

2) Friedlieb will den Schwerpunkt der ganzen Frage einfach in die Grundsätze des germanischen Rechts über den Fruchterwerb verlegen [2]).

3) Die Reallast ist nichts weiter als die Pertinenz eines dinglichen Rechts am verpflichteten Grundstücke, ähnlich wie die persönlichen Rechte des Gutsherrn neben seinen dinglichen [3]).

4) Die Reallast ist ein dingliches Recht, dessen Eigenthümlichkeit in einer Theilung des Inhalts der Gewere an einem Grundstücke besteht [4])

5) Mann will zum eigentlichen Object des Rechts bei der Reallast den bedingten Rückfall oder Anfall des Eigenthums am lastpflichtigen Grundstücke machen, wobei als Bedingung die nichterfolgte Leistung der Reallast gelten soll.[5])

Was nun die in Nr. 1—5 angeführten Nebenansichten anbetrifft, so lässt sich deren Unzulänglichkeit unschwer erweisen.

So lässt sich zunächst Förster l. c. einen groben Verstoss gegen die allereinfachsten Grundsätze der Logik zu Schulden kommen, wenn er das Recht im Ganzen als dingliches Recht, die einzelnen Leistungen aber als ebensoviele Forderungsrechte betrachtet, denn unmöglich kann aus einer Summe von einander gleichgearteten Wesenseinheiten ein ganz anderers, ja entgegengesetzt geartetes Wesen hervorgehen. Aus einer Summierung von mehreren Plus dürfte doch wohl niemals ein Minus, aus Schwarz nicht Weiss, aus einer Mehrheit von Aepfeln keine Birne hervorgehen. Auch dort, wo die Staatsgewalt die absoluteste und unbeschränkteste ist, kann und wird es der Gesetzgebung nie gelingen, die überzeugende Wahrheit wissenschaftlicher Begriffe und Kategorieen, die doch im-

1) Vgl. Förster: Theorie und Praxis des Preussischen Rechts B. III, § 188, Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts B. I (5. Aufl. 1892) § 63 S. 560.

2) Vgl. dessen Aufsatz in Ihering's Jahrbüchern, B. III S. 299 ff. (Rechtstheorie der Reallasten 1860).

3) Vgl. Albrecht Gewere S. 165.

4) Dies sucht besonders Renaud in der cit. Schrift „Beitrag zur Theorie der Reallasten" auszuführen.

5) Vgl. seine Schrift: „Untersuchungen über den Begriff der Reallasten im gemeinen Rechte" (1869) passim.

mer sieghaft ihr Feld behaupten muss, umzustürzen. Wie also soll man es sich vorstellen, dass aus einer Reihe von Personalleistungen nun plötzlich ein diesen letztern diametral entgegengesetztes dingliches Recht entstehen soll? Der Schleier, der über dem Räthselhaften und jeder juristischen Konstruktion Spottenden eines derartigen Vorganges liegen würde, ist von Förster nichts weniger als gelüftet worden.

An der sub Nr. 2 angegebenen Ansicht Friedlieb's dürfte nicht einmal soviel zuzugeben sein, dass Reallasten zu den Früchten eines Immobils zu rechnen wären.[1]) Man müsste sonst auch Realservituten zu den Früchten des praedii dominantis rechnen, was doch gewiss juristisch unzulässig erscheint. Allein auch dann, wenn man Friedlieb's Auffassung als berechtigt anerkennen wollte, so ist noch immer nicht ersichtlich, was daraus für oder gegen die Dinglichkeit der Reallast gefolgert werden kann.

Der Ansicht sub Nr. 3 lässt sich mit Gerber[2]) entgegenhalten, erstens, dass obzwar thatsächlich eine ganze Reihe von Reallasten in der Eigenschaft einer Pertinenz dinglicher Gutsrechte des Gutseigenthümers begründet worden sein mag, dies doch auf viele Reallasten nicht anwendbar erscheint, sowie zweitens, dass eine blosse Beschreibung noch keinen Anspruch auf eine systematische Aufhellung der eigenthümlichen Natur unseres Rechtsinstitutes, auf ein Eindringen in den wirklichen Kern desselben, mit einem Worte auf präcise, dabei aber erschöpfende Darlegung derjenigen besondern Merkmale, welche die Reallast von andern Rechtsinstituten unterscheiden, machen kann.

Gegen Renaud's Ansicht lässt sich im Grunde dasselbe wie gegen die vorige erinnern.

Aus Mann's eigenthümlicher Auffassung dürfte das Kuriosum zu folgern sein, das eine blosse Bedingung — nämlich der Rückfall oder Anfall des Eigenthums am lastpflichtigen Grundstücke — zum selbstständigen Rechtsobjekt erhoben wird, wogegen wohl keine weitere Polemik erforderlich ist. Von den neueren Gesetzgebungen erwähnen wir an dieser Stelle nur des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Auch dieses lässt über die eigentliche Natur der Reallast (vgl.

1) Vgl. aber Gerber l. c. § 190 S. 514 ff.

2) Vgl. dessen System l. c.

§§ 1105—1112) durchaus im Dunkeln. Denn gleich der erste dieser §§, nämlich § 1105 definiert die Reallast zwar als dingliche Belastung eines Grundstückes, allein als Belastung, gerichtet auf wiederkehrende Leistungen „aus dem Grundstücke". Auch hier wird also das persönliche Moment der Leistung, die als solche nur von einer Person, nämlich dem Eigenthümer des reallastpflichtigen Grundstückes ausgehen kann, neben der Dinglickkeit hervorgekehrt, womit man aber glücklich wieder auf den toten Punkt angelangt ist.

Unter den Schriftstellern des Provincialrechts hat sich namentlich Kupffer in der „Zeitschrift für Rechtswissenschaft, herausgegeben von der juristischen Facultät der Universität Dorpat", Jahrg. V. 1, S. 7 ff. mit Entschiedenheit für die Dinglichkeit der Reallast ausgesprochen, wogegen Erdmann in seinem System B. II, S. 510 ff. in der Reallast ein reines Forderungsrecht sehen will d. h. ein Recht auf die Leistung eines Andern, unter Hinweis darauf, dass der Grundirrthum aller die Dinglichkeit der Reallast vertheidigenden Theorieen eben in der Verwechslung des wirthschaftlichen mit dem juristischen Inhalt des Rechtsverhältnisses liege[1]. In der Praxis scheint vorübergehend die vorhin dargelegte Personificationstheorie Duncker's vertreten gewesen zu sein[2].

Unterziehen wir nun die von beiden Seiten ins Feld geführten Gründe einer näheren Prüfung, so scheint es geboten, das in der Weise zu thun, dass wir uns fragen; welches sind im Einzelnen die für die dingliche Natur der Reallasten und welches die für die obligatorische Natur derselben sprechenden Gründe, sei es nun, dass Gründe von den Vertheidigern der beiden einander entgegengesetzten Ansichten überhaupt angeführt werden oder nicht? Hierbei werden wir, was die Vertreter der obligatorischen Natur anbetrifft, nicht bei der provincialrechtlichen Litteratur stehen bleiben, sondern gelegentlich auch auf die von Gerber als eines der vorzüglichsten Vertheidiger der forderungs-

1) Vgl. Erdmann, System B. II S. 511 Note 2.

2) Vgl. das in der Zwingmann'schen Präjudikatensammlung B. V. S. 725 abgedruckte Urtheil.

rechtlichen Natur der Reallast vorgebrachten Argumente Bezug nehmen.

Zuvor ist jedoch folgender nicht unwesentliche Punkt hervorzuheben, der, obschon er sich eigentlich von selbst versteht, dennoch nicht selten übersehen zu werden pflegt. Es ist das der auch von Erdmann[1]) bei der Lehre von der Reallast hervorgehobene Satz, dass die juristische Klassification eines Rechtsinstituts weder durch den gesetzgeberischen Willen anbefohlen werden kann, noch auch sich auf historischem Wege aus den Quellen ableiten lässt. Hätte also auch — was de facto nicht der Fall ist — die Kodification v. J. 1864 die Reallast ausdrücklich als dingliches oder persönliches Recht bezeichnet oder wäre Letzteres in einer der Quellen zu den betreffenden Artikeln des Provincialrechts geschehen, so wäre doch damit an der wirklichen juristischen Natur der Reallast, sowie sie durch die Ergebnisse der Wissenschaft endgültig festgestellt ist, nichts geändert. Hat die letztere es wirklich überzeugend dargethan, dass die Reallast nur als ein Forderungsrecht aufgefasst werden kann, so bleibt sie ein Forderungsrecht, selbst wenn die Gesetzgebung sie ausdrücklich als ein dingliches Recht bezeichnet. Der Apfel bleibt eben immer Apfel, die Birne bleibt Birne, Eigenthum bleibt Eigenthum, Servitut bleibt Servitut, das Forderungsrecht — Forderungsrecht, ein dingliches Recht — dingliches Recht, trotzdem dass sich die Gesetzgebung anders dazu verhält. Wohl kann letztere z. B. anordnen, das der Apfel nunmehr eine Birne und umgekehrt die Birne ein Apfel, das Eigenthum ein Forderungsrecht und umgekehrt der Kaufvertrag ein dingliches Recht sei, aber das kann doch immer nur die Wirkung resp. den Sinn haben, dass das Forderungsrecht nunmehr nach den Grundsätzen dinglicher Rechte und das Eigenthum umgekehrt nach den Grundsätzen über Forderungsrechte zu behandeln sei. Es kann sich also in solchen Fällen höchstens darum handeln, dass nunmehr die juristische Auffassung des Rechtsinstituts seitens des Gesetzgebers klar zu Tage tritt. Allein die wahre Natur eines Rechtsinstituts kann durch kein Gesetz in der Welt geändert oder

1) Vgl. Erdmann System, B. II S. 512.

umgestaltet werden, mit andern Worten: die wissenschaftliche Wahrheit ist dem Einfluss des Gesetzgebers ein für allemal entzogen.

Nach dieser kleinen Abschweifung, die ich den Leser freundlichst zu entschuldigen bitte, wenden wir uns nun wieder unserem eigentlichen Thema zu und betrachten zunächst die für die Dinglichkeit der Reallast sprechenden Gründe.

§ 1. Vor Allem kommt hier der Umstand in Betracht, dass gleich der erste der von der Reallast handelnden Artikel[1]) die Reallast als eine dauernd auf dem Grundstück ruhende Verpflichtung bezeichnet, ein Argument, dessen Widerlegung Erdmann[2]) wohl schwerlich gelungen sein dürfte. Denn was will Letzterer damit besagen, wenn er darauf hinweist, der blosse Ausdruck „auf dem Grundstücke ruhend" gehe nur auf die Thatsache der Verknüpfung der Reallast mit dem Forderungsrecht und werde häufig auch für die Hauptforderung gebraucht, die nur durch Vermittelung des in casu zu ihrer Sicherheit bestellten Pfandrechtes mit dem verpfändeten Grundstück in Verbindung stehe? Das von Erdmann als Beispiel herangezogene Immobiliarpfandrecht oder die Hypothek spricht ja im Gegentheil eher gegen seine Anschauung und folglich für die Dinglichkeit der Reallast. Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht, es gehört zu den eigenthumsschmälernden jura in re aliena, es ist unmittelbar mit dem Grundstück verbunden, was schon die griechische Bezeichnung: „ὑποθήκα" beweist, die Forderung aber ist nicht einmal mittelbar mit dem als Pfandobjekt dienenden Grundstück verbunden, geschweige denn unmittelbar und es ist ein entschieden als falsch zu bezeichnender Sprachgebrauch, wenn man im gemeinen Leben zu sagen pflegt: „die Forderung ruht auf dem Grundstück." Das, was auf dem Grundstück ruht, ist vielmehr nur und einzig und allein das die Forderung besichernde Pfandrecht, letztere Beziehung aber d. h. die Besicherung der Forderung durch die Hypothek die einzige, in der die Forderung zum Grundstück steht. Dass aber der Jurist nicht berechtigt ist, aus dem gemeinen Sprachgebrauch

1) Art. 1297 Th. III, des Prov. Rs.: „Reallast ist die auf einem Grundstück ruhende Verpflichtung zur ewig wiederkehrenden Entrichtung bestimmter Leistungen in Geld, Naturalien oder Diensten".

2) Vgl. dessen System B. II, S. 510 f.

des täglichen Lebens irgend welche Schlüsse von Belang zu ziehen, namentlich, wenn es sich um so wichtige Dinge wie die Klassification eines Rechtsinstituts oder speciell darum handelt, ob dasselbe zu den dinglichen oder den Forderungsrechten zu zählen sei, dürfte wohl ohne Weiteres zuzugeben sein. Es führt also der Vergleich der Reallast mit dem Pfandrecht im Gegentheil eher zur Anerkennung der dinglichen Natur der Reallast. Wie das Pfandrecht, so ruht auch die Reallast direkt und unmittelbar auf dem pflichtigen Grundstücke und unterliegt wie jenes der Korroboration resp. Auftragung auf das Grundstück[1]). Damit konguriert auch Art. 1297 Th. III. des Prov. Rs., in welchem bestimmt wird, dass auf den Erwerber des mit einer Reallast beschwerten Grundstückes schon durch den Erwerb selbst die Pflichtigkeit zur Leistung derselben übergeht, ohne dass es seinerseits einer besondern Uebernahme derselben bedürfte, was sich bei einer Auffassung der Reallast als eines Forderungsrechts schlechterdings nicht konstruiren liesse, sowie der weitere Umstand, dass, wie aus Art. 1301 eventuell geschlossen werden könnte, die Reallast als untrennbarer integrierender Bestandtheil des betreffenden mit ihr beschwerten Grundstückes aufzufassen ist, wie Solches in Art. 552 für die einem Grundstücke zustehenden sogenannten Realrechte in der That ausgesprochen wird, denn wie sollte man sich, namentlich im Hinblick auf die beiden zuletzt genannten Artikel ein Forderungsrecht als untrennbaren Bestandtheil eines dinglichen Rechts denken?

§ 2. Zweitens spricht für die dingliche Natur der Reallasst, dass nach Art. 1300 Th. III des Prov. Rs das auf die Leistung der Reallast berechtigte Subjekt auch ein Grundstück sein kann, (worin allerdings eine gewisse Aehnlichkeit mit den servitutes rerum des Römischen Rechts zu erblicken sein dürfte), denn ein Grundstück, eine Sache als solche kann als subjektloses Ding nicht Gläubiger sein, wie überhaupt das Objekt nicht die Eigenschaften und Eigenthümlichkeiten des Subjekts haben kann.

§ 3. Wäre die Reallast als ein Forderungsrecht aufzufassen, so liesse sich nicht erklären, wie sich der Eigenthümer resp. Besitzer des reallastpflichtigen Grundstückes durch blosse Dereliction

1) Falls sie dritten Personen gegenüber Wirksamkeit erlangen soll, vgl. Art. 1310 Th. III des Prov. Rs.

desselben von jeder Verbindlichkeit in Beziehung auf jene freimachen kann, welches letztere Recht ihm jedoch Art. 1305 ausdrücklich gewährt.

§ 4. Desgleichen widerspricht der forderungsrechtlichen Natur der Reallast Art. 1304, wornach bei Theilung des pflichtigen Grundstückes die Reallast auf allen Theilen desselben haften bleibt, falls und solange der Reallastberechtigte nicht in die Theilung des Grundstückes und der Reallast eingewilligt hat, offenbar dasselbe Princip, welches für das Pfandrecht in Art. 1439 Th. III des Prov. Rs seinen Ausdruck in dem bekannten auch durch das Gesetz vom 9. Juli 1889 Beilage VIII (zu Art. 362) (enthaltend die zeitweiligen Regeln betreffend das Verfahren in Grundbuchsachen) Art. 10 bestätigten Satz gefunden hat, nämlich, dass jede seitens des Pfandschuldners erfolgende, den Werth des Pfandobjekts mindernde Bestellung von Rechten an demselben, sofern sie die Sicherheit des pfandgläuberischen Anspruches verletzt, nur dann Wirksamkeit erlangt, wenn der Pfandgläubiger seine Einwilligung dazu ertheilt hat.

§ 5. Gleichfalls für die Dinglichkeit der Reallast sprechend erscheint der weitere Umstand, dass die Reallastleistungen in Art. 1297 ausdrücklich als ewig wiederkehrend, also ihrer Natur nach unerschöpflich bezeichnet werden, eben weil sie mit dem Grundstück verbunden sind und auf demselben ruhen, nicht aber vorübergehend an eine Person geknüpft sind. Hier weist nun allerdings Erdmann [1]) darauf hin, dass erstens die Ewigkeit und Unerschöpflichkeit der Leistungen keineswegs immer vorhanden zu sein brauche und zweitens ja auch bei unkündbaren verzinslichen Obligationen vorkomme. Allein mit der ersten Behauptung würde sich Erdmann in strikten Gegensatz zu dem Wortlaut des Art. 1297 — wo nur von ewig wiederkehrenden Leistungen die Rede ist — setzen und die zweite dürfte insofern eines innern Grundes entbehren, als die Zinsenprästationen bei unkündbaren verzinslichen Obligationen keineswegs als Leistung im eigentlichen Sinne des Wortes angesehen werden können, denn als solche würde sie den Bestand der Obligation in jedem Fall aufheben. Es handelt sich bei den Zinsenprästationen eben nur um Nebenleistungen, die von der Hauptleistung, der Hauptobligation,

1) Vgl. dessen System B. II S. 511.

die ja auch auf irgend eine andere Art als durch Zahlung ihr Ende finden kann, wohl zu unterscheiden ist, wogegen bei der Reallast ein solcher Unterschied zwischen den Nebenleistungen und der Hauptleistung prima facie garnicht konstatiert zu werden vermag, vielmehr gerade das Eigenthümliche in dem Wesen der Reallast darin liegt, dass sie eben aus solchen ewigwiederkehrenden einzelnen auf dem Grundstücke ruhenden Leistungen besteht, andererseits aber die Erlöschungsgründe der Reallast von denen der Forderungen durchaus verschieden sind.

§ 6. Dass die leistende Person stets wechselt, während das Grundstück konstant bleibt, wird gleichfalls als ein Beweis für die Dinglichkeit der Reallast angeführt. Freilich sucht Erdmann [1]) die Beweiskraft dieses Arguments durch Vergleichung der Reallast mit dem Wechsel und den Inhaberpapieren [2]), so wie den Römischen Zustandsobligationen abzuschwächen, bei denen ja ebenfalls ein derartiger Wechsel der Person bei Konstanz der Sache stattfinde, allein offenbar übersieht er dabei den sehr bedeutsamen doppelten Unterschied, dass erstens beim Wechsel und dem Inhaberpapier doch nur die Person des berechtigten Subjekts wechselt die des ursprünglich verpflichteten dagegen unter allen Umständen dieselbe bleibt, während bei der Reallast auch die Person des Verpflichteten, nämlich der Eigenthümer des reallastpflichtigen Grundstückes nach Veräusserung oder Vererbung des letztern wechselt, und zweitens der aus dem Wechsel Berechtigte auch im Fall der durch Indossament erfolgenden Weiterbegebung desselben als Indossant dem fernern Wechselinhaber verpflichtet bleibt, aus dem Wechselnexus also nicht nur nicht ausscheidet, sondern im Gegentheil aus einem Berechtigten zum Verpflichteten wird, jedoch nicht allein, sondern neben dem eigentlichen Weehselschuldner, was bei der Reallast nicht stattfindet.

§ 7. Wäre die Reallast ein reines Forderungsrecht, so könnte sie nicht durch Gesetz und Gewohnheit begründet oder durch unvordenkliche Verjährung erworben werden, was Beides nach Artt. 1308 und 1309 Th. III. des Prov.-Rs. statthaft erscheint.

---

1) Vgl. dessen System B. II S. 511.

2) Vgl. auch Gerber System S. 454.

§ 8. Endlich spricht noch für die Dinglichkeit der Reallast, dass nach Art. 1306 die rückständigen Reallastleistungen auf den jeweiligen Rechtsnachfolger[1]) am Grundstück übergehen, ein Umstand, dem gegenüber Erdmann sich zu der ein halbes Zugeständniss der Dinglichkeit in sich schliessenden Ausflucht genöthigt sieht, dass dies zwar eine Besonderheit der Reallast sei, im Uebrigen aber die Thatsache, dass als leistungspflichtiges Subjekt nicht das Grundstück, sondern nur die Person in Frage komme, nicht zu alterieren vermöge.[2])

§ 9. Die Reallast erlischt in jedem Fall durch Untergang des belasteten Grundstückes (Art. 1314), wogegen beim Forderungsrecht der zufällige Untergang des Leistungsgegenstandes den Schuldner nur ausnahmsweise und nur beim Vorhandensein besonderer Umstände befreit.

§ 10. Es liegt nahe, auch noch den Umstand als für die Dinglichkeit der Reallast sprechend anzuführen, dass derselben ihre Stellung in dem das Sachenrecht behandelnden II. Buche des Th. III. des Prov. Rs. zugewiesen ist. Nach unserer vorherigen gelegentlichen Bemerkung kann es sich indessen hier nur um eine subjektiv-theoretische Ansicht des Gesetzgebers, die das wahre Wesen des Rechtsinstituts keineswegs zu tangieren vermag, handeln, nicht aber um eine ein für alle Mal feststehende Klassification, deren Anbefehlung, wie wir sahen, ausserhalb des gesetzgeberischen Machtbereiches liegt.

Sehen wir nun zu, welcherlei Gründe sich für die forderungsrechtliche Natur der Reallast anführen lassen und nehmen dabei vorzüglich auf die Ausführungen Gerber's[3]) Rücksicht, da sich unter den provincialrechtlichen Schriftstellern Erdmann in der Hauptsache auf eine Widerlegung der für die Dinglichkeit sprechenden Gründe beschränkt. Gerber beginnt mit einer ebenso scharfsinnigen wie ausführlichen Schilderung der eigenthümlichen Natur

---

1) Uebrigens können hier auch der Grundzinsmann, Erbpächter u. Erbpfandbesitzer in Frage kommen, Erdmann Syst. B. II S. 513.

2) Vgl. dessen System B. II, S. 511 ff. Im Gegensatz dazu könnte man andererseits darauf hinweisen, dass in mehrern Artikeln das Grundstück selbst als leistungspflichtig bezeichnet wird, so z. B. in Artt. 1309, 1303—1305, 1307.

3) Vgl. dessen System des Deutschen Privatrechts § 68 S. 450 ff.

Reallast, die wie sich nicht leugnen lässt, so Manches für sich hat, ja auf den ersten Anblick sogar bestechend wirkt. Eine Obligation kann, so beginnt er, unter Umständen so beschaffen sein, dass als Gegenstand derselben nicht die Forderung resp. Leistung des Gesammtwerths der Schuld, sondern die Forderung resp Verpflichtung zu wiederkehrenden kleinen, den Bestand der Obligation niemals erschöpfenden Leistungen in Frage kommt Es entstehen hier nicht etwa mit den einzelnen wiederkehrenden Fälligkeitsterminen eben so viele Specialobligationen, sondern es handelt sich hierbei um pulsweise Aeusserungen einer perpetuierlichen Verbindlichkeit, die den Werth der Obligation selbst nie zu erschöpfen oder auch nur zu vermindern vermögen. Statt der durch solutio erschöpflichen Obligation hat man also in der Reallast eine unerschöpfliche, durch solutio nicht tilgbare Verbindlichkeit. Die Reallast ist ein wirkliches Forderungsrecht, insofern es sich bei derselben um die Verpflichtung des Schuldners zu bestimmten wiederkehrenden Leistungen handelt, die als fortgesetzte Aeusserungen einer unerschöpflichen Verbindlichkeit erscheinen Das Eigenthümliche der Reallast ist eine Mehrheit der Leistungen bei Einheit der obligatio. Seine besondere Natur erhält das Rechtsverhältniss dadurch, dass das verpflichtete Subjekt durch die Thatsache des Besitzes eines bestimmten Grundstückes gegeben ist, an welches die Reallast dauernd geknüpft ist, die Leitungspflicht also dem jedesmaligen Besitzer des Grundstückes obliegt. Die Reallast ist Forderungsrecht, nicht dingliches Recht, weil sie Handlungen der Personen zum Gegenstand hat und nicht eine unmittelbare Einwirkung auf die Substanz gewährt. Der Unterschied zwischen der Reallast und den Servituten ist vollends klar, da bei den letztern das Grundstück als Rechtsobjekt erscheint, bei ersteren dagegen die blosse Unterlage bildet, auf welcher das in sich selbstständige Rechtsverhältniss mit eigenem Objekt ruht.

Den Th. III. unseres Prov.-Rs. anbelangend wird mehrfach von der Leistungspflicht des Besitzers des reallastpflichtigen Grundstückes gesprochen, so in den Artt. 1297 und 1298, und andererseits scheinen Artt 1317 u. 3628, aus denen die Möglichkeit des Untergangs der ganzen Reallast als solcher, nicht der einzelnen Reallastleistungen hervorgeht, wenigstens für das Prov.-R. ein schwerwiegendes Argument gegen die Dinglichkeit, also für die Persönlichkeit der Reallast darzubieten, denn bekanntlich wird

durch die erlöschende Verjährung der Bestand des dinglichen Rechts gar nicht tangiert, sondern nur die Klage vernichtet, wogegen bei Forderungsrechten, wenigstens der richtigen und vom Prov.-R. adoptierten Anschauung zufolge allerdings nicht nur das Klagerecht, sondern das ganze Obligationsverhältniss vernichtet wird [1]).

Sehen wir auf unsere bisherigen Ausführungen zurück, so ergiebt sich uns, dass mindestens ebenso gute Gründe für die Dinglichkeit der Reallast, wie für deren forderungsrechtliche Natur sprechen, dass also keine dieser beiden Auffassungen sich als einwandsfrei herausstellt. So haben sich denn auch unter den Vertheidigern der forderungsrechtlichen Natur Gerber und für das Prov.-R. Erdmann genöthigt gesehen, der Dinglichkeit der Reallast gewissermassen Koncessionen zu machen, indem ersterer zugiebt, dass die Reallasten zwar Obligationen seien, allein vermöge ihres besonders gestalteten Inhalts und im Hinblick auf ihre dauernde Verknüpfung mit einem Grundstück sich den Rechten an Sachen näherten [2]) und der zweite trotz Betonung der forderungsrechtlichen Natur Folgendes ausführt [3]):

„Da aber dieselben unzweifelhaft mit den Schicksalen der betroffenen Sache im engern Zusammenhang stehen als mit denen der verpflichteten Person, da sie ferner den Werth der Sache aufs Wesentlichste belasten, so erscheint es nicht unangemessen, nach dem Vorgang anderer Schriftsteller trotz der persönlichen Natur des Rechtsinstituts dasselbe im Anschluss an die Sachenrechte zu erörtern. Das Bild der rechtlichen Beziehungen der Sachen, insbesondere der Grundstücke, wird erst dann ein vollständiges, wenn neben den unmittelbaren auch die mittelbaren Rechtsverhältnisse, von welchen dieselben beeinflusst werden, zur zusammenhängenden Darstellung gelangen."

Die Reallast ist ein dingliches Recht, also ein Recht an einer Sache. Allein andererseits ist sie doch auch ein Forderungsrecht, denn es ist eine Person, die zu einem Thun ver-

---

1) Vgl. Art. 3689 Th. III des Prov.-Rs. — Der hier mögliche Einwand, dass die Reallast in diesem Falle einer exceptionellen rechtlichen Behandlungsweise unterworfen werde, ist zu dürftig, um ihn einer näheren Widerlegung zu würdigen.

2) Vgl. dessen System S. 451.

3) Ctr. dessen System B. II. S. 512.

pflichtet wird, vorhanden. Zwei unauflösliche Widersprüche! Wohin also soll man sich wenden, nach welcher Richtung hin sich entscheiden?

Es ist unser alter, schon von Jhering[1]) gerügter Fehler, Alles stets über die römischen Leisten schlagen zu wollen und sofort rathlos dazustehen, sobald ein Rechtsinstitut auftaucht, dass sich nicht in die altgewohnte, bequeme Schablone des römischen Rechts zwängen lässt. Freilich, die Römer waren nun einmal so rücksichtslos gewesen, nur den Unterschied zwischen Obligation und dinglichem Recht zu kennen. Allein sollte das wirklich für uns ein Freibrief sein, auf Grund dessen wir uns jedes selbstständigen, einmal nicht auf römischer Unterlage beruhenden logischen Denkens zu entschlagen vermöchten? Wollen wir doch nicht gleich den Kopf verlieren und blindlings in die Abtheilung: „dingliches Recht" oder die Abtheilung „Forderungsrecht" hineinrennen, ohne uns zuvor im Ernst die Frage vorzulegen, ob ein solches Ding, wie die Reallast auch wirklich in eine dieser beiden Abtheilungen hineingehört und nicht am Ende besser ausserhalb beider zu bleiben hat? Man vergisst eben bei der blinden Verehrung des Römischen Rechts auf das diesem in vielfacher Beziehung entgegengesetzte deutsche Recht hinzusehen, welches letztere neben vielen andern, nicht hierher gehörenden Eigenthümlichkeiten auch die aufweist, dass „mit dem Grundbesitz nur zu viele Verbindlichkeiten, auch zum Thun, verknüpft wurden, wie sich zeigt beim Lehen und der Leihe, bei Zehnten und Grundzinsen, Frohnen und Bauerrechten, beim Nachbar- und Näherrecht, aber auch bei Grundsteuern und Enteignungsgesetzen, diesen Kindern der neuen Zeit[2])".

Möchten wir doch endlich den Muth finden, besondersgeartete, eigenthümliche, nicht dem römischen Boden entsprossene Rechtsgebilde auch in dieser ihrer Besonderheit und Eigenthümlichkeit zu erfassen und darzustellen, möchten wir doch endlich dazu kommen, dass wir sagen: hier haben wir es mit einem besonders gearteten Rechtsinstitut zu thun, das auf germanischrechtlichem Boden entsprossen eben desswegen auch nicht nach den Grundsätzen des Römischen Rechts beurtheilt werden kann

1) Vgl. dessen „Geist des römischen Rechts", Th. III Abth. 1. (4. Aufl., 1888) § 59, S. 321.

2) Vgl. Röder: Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts (Leipzig, 1855) S. 49

und darf. Um es kurz zu sagen: will man nicht gänzlich da rau verzichten, die eigenthümliche Natur der Reallast wissenschaftlich in das richtige Licht zu rücken, so hat man nur die eine, allerdings aber auch ausreichende Möglichkeit, dieselbe als ein ganz besonders geartetes Mittelding zwischen einem dinglichen und einem Forderungsrecht aufzufassen, das in der einen Hinsicht (vgl. die für dingliche Natur sprechende Gründe) als dingliches Recht zu behandeln ist, wogegen in der andern Hinsicht (vgl. die für die forderungsrechtliche Natur sprechenden Gründe) die forderungsrechtliche Natur hervortritt.

Die Reallast wäre mithin weder ausschliesslich als ein Forderungsrecht, noch ausschliesslich als ein dingliches Recht zu bezeichnen, es hat von beiden etwas gemein, es erscheint als ein auf dem Wege germanischer Rechtsentwickelung gezeitigtes Zwitterwesen, ein Wesen, das in keine der beiden römisch-rechtlichen Klassen: „jus in re“ und „obligatio“ hineinpasst. So dem Prinzip der aurea mediocritas folgend kann man die ganze, langlebige Streitfrage, über die so viele Ströme von Tinte aufgegangen sind, mit einem Schlage abthun, ohne den Vorwurf der Gewaltsamkeit fürchten zu müssen. Und auch dem andern Vorwurf, nämlich dem des Abtrünnigwerdens vom Dogma des Römischen Rechts können wir getrost ins Angesicht blicken, denn Letzteres, nämlich die Lossagung von der knechtischen Abhängigkeit, mit welcher wir bei jeder Einzelheit unseres wissenschaftlichen Forschens auf etwaige römisch-rechtliche Muster und Vorbilder hinblicken, ist es ja gerade, was uns so noth thut, insbesondere, wenn, wie im vorliegenden Fall, System und Begriff unseres Vorbildes uns schlechterdings im Stich lassen und sich ohne Schaden für die richtige Erkenntniss des Wahren in der Wissenschaft nicht in der Weise vergewaltigen lassen, dass man in dieselben Elemente hineinzwängen will, die ihrer Natur nach völlig fremdartig erscheinen. So sehr auch die Arbeiten und Denkresultate der römischen Juristen für uns zu allen Zeiten mustergiltig sein werden, so wenig können sie es in jedem einzelnen Fall ohne jegliche Ausnahme. Es sei, das römische Recht hat uns zum Vorbild zu dienen, muss es das darum in jedem Fall thun? Verliert es seine innere Macht, seine geistige Autorität, wenn wir der modernen Rechtsentwickelung Rechnung tragend zuweilen auch nichtrömische Seitenpfade ein-

schlagen und in selbstständigem Denken uns über dasselbe erheben? „Das Leben ist nicht der Begriffe wegen da, sondern umgekehrt die Begriffe des Lebens wegen. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postulirt, hat zu geschehen, möge es logisch deducirbar oder unlogisch sein[1])". Die Begriffe sind dazu da, die verschiedensten Zwecke des menschlichen Lebens zu fördern, zur Aufhellung und Aufklärung gegebener Dinge beizutragen. Ebenso: die Rechtsentwickelung und die Erkenntniss des historisch gewordenen Rechts können nicht vom System abhängig gemacht werden, sondern im Gegentheil das System muss den Zwecken der Rechtsentwickelung dienstbar sein, es muss nach Möglichkeit darnach streben, sich dem vielfach gewundenen Lauf derselben anzuschmiegen, sie auf allen ihren Pfaden, auf Höhen und Tiefen zu begleiten und wo sich ein neues fremdartiges Institut zeigt, da muss es, wenn zur Klassificierung desselben die bisherigen Ordnungen nicht ausreichen, ohne sich zu scheuen eine neue besondere Ordnung für dasselbe herrichten und seiner Aufgabe gemäss dieses Neue wissenschaftlich analysiren und zur Darstellung bringen.

Wahrlich, es wäre um das Rechtsleben eines jeden Staates traurig bestellt, wenn System und Entwickelung, Theorie und Praxis nicht in der geschilderten Weise zusammenwirkten! Um es also zu wiederholen: nichts liegt dem Verfasser vorliegender Zeilen, der sich gewiss nicht weniger zu den Verehrern des römischen Rechts und seiner Kulturarbeit zählt, als die Romanisten vom reinsten Wasser, ferner, als in pietätloser Weise die grosse Bedeutung des römischen Rechts für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft zu verkennen! Gewiss, es wäre schlimm, wenn der Erzogene seinen Erzieher, der den Kinderschuhen entwachsene und selbstständig gewordene Sohn den Vater vollständig vergessen und es unterlassen sollte, ihm die nöthige Achtung zu erweisen. Allein folgt daraus, dass der Sohn desshalb, weil er durch die Bande des Blutes an den Vater gefesselt ist und ihm so viel zu verdanken hat, folgt daraus, sage ich, dass er auch nicht einen Schritt in seinem Leben solle selbstständig machen dürfen, ohne sich nach dem Willen des Vaters zurichten? Wir sind in juristischer Hinsicht durch die Schule des

1) Vgl. Jhering, Geist, l. c. S. 321.

römischen Rechts gegangen, wir haben sie vielleicht heute noch nicht ganz absolviert. Aber sollen wir nicht endlich einmal dieser Schule wenigstens soweit entwachsen sein, dass wir, was das Rechtsleben anbelangt, uns frei und selbstständig bewegen, dass wir, anstatt uns knechtisch an Sätze des römischen Rechts zu halten und wie ein Ertrinkender nach dem Strohhalm stets darnach zu greifen, wenn uns Alles sonst in Stich lässt, auch endlich einmal uns über das römische Recht erheben d. h. unabhängig und selbstständig darüber reflectieren?

Es giebt und wird eben immer Leute geben, die sich nun einmal nicht zufrieden geben können, wenn sie auf ein Rechtsinstitut stossen, das sie nicht in altgewohnter Weise entweder der Klasse der dinglichen oder der der Forderungs-rechte einfügen können und immer noch begegnen wir der Ansicht — wie sie z. B. für das Provincialrecht von Erdmann[1]) mit besonderer Beziehung auf die Reallast vertreten wird — dass die Konstruktion eines Mitteldinges zwischen dinglichem und persönlichem Recht juristisch undenkbar sei, ein sogenanntes dinglich-persönliches Recht mithin eine contradictio in adjecto in sich schliesse.

Fragt man aber, wesshalb denn soll es, wie überall in der Welt, so auch hier kein Mittelding, kein Ausgleichendes zwischen zweien sonst einander strict entgegengesetzten Dingen geben, wesshalb nur Licht und Schatten, Schwarz und Weiss, warum nicht auch verschiedene Abstufungen und Abtönungen zwischen den einzelnen Gegensätzen, warum nicht auch ein Mittelding zwischen persönlichem und dinglichem Recht, ein sogenanntes dinglich-persönliches Recht, ohne dass man gezwungen ist, das fragliche Recht entweder absolut der einen oder der andern Kategorie von Rechten zuzuweisen, so wird die Antwort darauf gewöhnlich schuldig geblieben. Es ist das um so sonderbarer, als gerade auch das römische Recht in dieser Hinsicht eine gar nicht so fernliegende Analogie darbietet. Ich nehme mir hier nicht sowohl die sog. actiones mixtae (actio communi dividundo, a. familiae herciscundae und a. finium regundorum), die bekanntlich theils die Natur einer actio in personam theils die einer actio in rem haben, als insbesondere die actio in rem scripta

1) Vgl. dessen System B. I, S. 179.

und zwar speciell die actio quod metus causa zum Ausgangspunkte. Persönlich, in personam ist die Klage insofern, als sie auf Grund eines aus der widerrechtlich erregten Furcht hervorgehenden Forderungsrechts gegeben ward und daher auch wohl in der für eine personalis actio vorgeschriebenen äussern Form geltend gemacht werden musste und zwar gegen den, der die Furcht in uns erregt und demzufolge durch ein erzwungenes Rechtsgeschäft uns etwas abgepresst hat. Dinglich, in rem, ist dagegen die Klage insofern, als sie nicht nur gegen den Urheber der Furcht, sondern ebenso auch gegen den Dritten geht, der von demselben das Eigenthum an der Sache erwarb [1]).

Kennt also das Römische Recht selbst ein Mittelding zwischen persönlicher und dinglicher Klage, wesshalb sollten wir nicht auf demselben Wege noch weiter gehen können und nicht auch unter den Rechten ein Mittelding zwischen dinglichen- und Forderungsrechten, ein dinglich-persönliches Recht, als welches sich gerade die Reallast herausstellt, statuieren? [2])

III.

Ist das Testament des Selbstmörders nach ostseeprovinciellem Privatrecht ungültig?

In der Zeit, als ich nach kürzlich beendigtem Universitätsstudium am Mitauschen Bezirksgericht als jüngerer Justizamtskandidat auskultierte, wurde unter mehreren praktischen Juristen in Veranlassung eines besondern Falles die Frage diskutiert, ob das Testament eines Selbstmörders nach ostseeprovinciellem Privatrecht gültig sei oder nicht? Umstände verschiedenster Art verhinderten mich damals dieser Frage in Form einer besondern Bearbeitung näher zu treten, bis ich neuerdings wieder in die Lage kam, mich mit derselben eingehender zu beschäftigen.

1) Vgl. besonders Sohm: Institutionen (Leipzig 1898, 7 Aufl.) § 52, S. 257. — Mittermaier: Grundsätze B. I, S. 377 will in der Heranziehung der Römisch-rechtlichen actio in rem scripta keine Aushilfe erblicken.

2) Vgl. auch Bekker „System des heutigen Pandektenrechts“ (1886) S. 79.

Der Hauptgrund, wesshalb in der Praxis nicht selten die Ungültigkeit der von Selbstmördern verfassten Testamente auch nach Prov. R. behauptet wird, ist in dem Art. 1472 der „Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ“ zu suchen, wo geradezu jegliche letztwillige Willenserklärung des Selbstmörders für wirkungslos erklärt wird und da nun, so meint man, das Strafgesetzbuch für das ganze Reich, wozu auch die baltischen Provinzen gehörten, gilt, so muss die in Art. 1472 ausgedrückte Regel zweifellos auch auf den Th. III des Provincialrechts bezogen werden, mithin gleichfalls zu den in Art. 2789 Th. III. des Prov.-Rs. aufgezählten Nichtigkeitsgründen eines Testaments gehören.

Der bezogene Art. 1472 unseres Strafgesetzbuches lautet in der russischen Fassung:

„Лишившій себя жизни съ намѣреніемъ и не въ безуміи, сумашествіи или временномъ отъ какихъ-либо болѣзненныхъ припадковъ безпамятствѣ, признается неимѣвшимъ право дѣлать предсмертныя распоряженія, и потому какъ духовное завѣщаніе его, такъ и вообще всякая какимъ бы то ни было образомъ, въ отношеніи къ дѣтямъ, воспитанникамъ, служителямъ, имуществу, или къ чему либо иному, изъявленная имъ воля не приводятся въ исполненіе и считаются ничтожными . . . . . .“

Zu deutsch:

„Wer sich vorsätzlich und nicht in einem Zustande von Blöd- oder Wahnsinn oder zeitweiliger, durch irgend welche Krankheitsfälle herbeigeführter Besinnungslosigkeit das Leben genommen hat, wird als ein solcher betrachtet, der nicht berechtigt war, Verfügungen für den Todesfall zu treffen und aus diesem Grunde wird sowohl sein Testament, als auch überhaupt jede von ihm, auf welche Weise es auch sei, gemachte Willensäusserung in Bezug auf Kinder, Zöglinge, Dienstboten, Vermögen oder sonst irgend welche Verhältnisse, nicht zur Ausführung gebracht und als null und nichtig angesehen . . . . .“

Ganz im Einklang mit dieser rein strafgesetzlichen Bestimmung steht Art. 1017 B. X des Св. зак. (Ausg. v. J. 1887), woselbst die Testamente der Selbstmörder gleichfalls für ungültig erklärt werden.

Setzen wir uns nun zunächst mit Art. 1472 des Strafgesetzbuches auseinander und sehen uns zunächst nach der Quelle, auf welcher derselbe beruht, um. Als solche finden wir angeführt den Art. 1943 der уложеніе vom 15. August 1845. Dieses war das

Jahr, in welchem der die Grundlage unseres heute geltenden Strafgesetzbuches bildende Kriminalkodex durch die vereinigten Versammlungen des Rechtsraths sanktioniert und gleichzeitig auch auf die baltischen Ostseeprovinzen ausgedehnt wurde [1]). Die nachher erfolgten weiteren Ausgaben des Strafustavs beschränkten sich meist nur auf Ergänzungen, in Folge deren die Zahl der §§ zuerst bis auf 2304 wuchs, bis endlich die 3. Ausgabe vom J. 1866 die Zahl der §§ endgültig auf 1711 Artikel fixierte [2]). Hält man obige Daten, namentlich aber den Umstand, dass das eigentliche Entstehungsjahr unseres Strafkodex und damit auch des Art. 1472 das Jahr 1845 ist, wogegen der Th. III. des Prov.-Rs. erst nachher, nämlich 1864 seine Allerhöchste Sanktion erhalten hat, zusammen, so ergiebt sich schon daraus die absolute Unmöglichkeit, die in Art. 1472 ausgedrückte Regel über Ungültigkeit des von einem Selbstmörder errichteten Testamentes auf das ostseeprovincielle Privatrecht, das keine derartige Bestimmung enthält, auszudehnen, denn lex posterior derogat legi priori, d. h. das neuere Gesetz hebt das ältere auf. Nun pflegt man aber freilich zu lehren: ein specielles älteres Gesetz wird durch ein generelles neueres Gesetz nicht berührt: lex posterior generalis non derogat legi priori speciali. Allein bei ruhiger Betrachtung wird es wohl kaum zweifelhaft sein können, dass, wenn man bei zwei so verschiedenen Rechtszweigen, wie das Strafrecht und Privatrecht überhaupt von einem speciellen und einem generellen Gesetz sprechen will, doch höchstens unser Kriminalkodex vom J. 1845 als generelles, der das Privatrecht enthaltende Th. III des Prov. Rs. v. J. 1864 dagegen als specielles Gesetz bezeichnet werden kann, nicht etwa umgekehrt, denn der Kriminalkodex gilt für das ganze Russische Reich, inclusive die Ostseeprovinzen, der Th. III des Prov.-Rs. einzig und allein für die drei baltischen Ostseeprovinzen.

Man möge es entschuldigen, wenn wir dem Verlaufe unserer Abhandlung ein wenig vorgreifen und schon an dieser Stelle den Satz aufstellen, dass der Th. III des Provincialrechts keine einzige Bestimmung enthält, aus der man die Ungültigkeit der von Selbst-

1) Vgl. hier А. Ф. Федоровъ: Введеніе въ курсъ гражданскаго права прибалтійскихъ губерній (1898) S. 28.

2) Vgl. darüber Таганцевъ: Лекціи по русскому уголовному праву (Allg. Th. I. Ausgabe v. 1887) S 177 f.

mördern verfassten Testamente deducieren könnte, dass vielmehr solche Testamente ebenso wie die von Nichtselbstmördern errichteten gültig sein können.

Es liegt gewiss nahe, dem Grunde nachzuforschen, der die Russische Gesetzgebung zu jener eigenthümlichen Bestimmung veranlasst haben mag. In Beziehung auf den Art. 1472 des Strafcodex scheint die Sache ziemlich klar zu sein: weil der Selbstmörder gefehlt hat, weil er, indem er sich selbst entleibte, ein Verbrechen beging, desshalb werden an dieses sein Verbrechen gewisse Straffolgen geknüpft, in sofern der Selbstmörder denjenigen Personen gleichgeachtet wird, die nicht berechtigt sind, Verfügungen auf den Todesfall über ihr Vermögen zu treffen. Also, weil verbrochen worden ist, darum wird gestraft und zwar in der Weise, dass das von dem Verbrecher errichtete Testament für ungültig erklärt wird, wobei indess freilich die merkwürdige Inkonsequenz stattfindet, dass Strafe eintritt, trotzdem dass ein Mensch, also das eigentliche Strafobjeckt physisch überall nicht mehr vorhanden ist.

Art. 1017 des B. X des Св. зак. beruht auf eben derselben Quelle, wie Art. 1472 des Strafgesetzbuches, nämlich dem Art. 1943 der Улож. v. 15 August 1845. Ausserdem werden noch angeführt ein Gesetz vom 1 Okt. 1831 und ein Reichsrathsgutachten vom 15. April 1842. Dessenungeachtet scheint es, als ob sich die Gesetzgebung hier von andern Motiven hat leiten lassen. Es geht das aus Art. 1016 das B. X. des Св. зак. hervor, woselbst die allgemeine Regel aufgestellt wird, dass alle Testamente bei voller Vernunft („въ здравомъ умѣ и твердой памяти" — so lautet auch die in den Testamenten gebrauchte stehende Phrase) errichtet sein müssen. Daran anknüpfend fährt der mehrerwähnte Art. 1017 fort: daher sind ungültig 1) die von Blödsinnigen, Wahnsinnigen und Verrückten, sowie 2) die von Selbstmördern errichteten Testamente. Es ist — obwohl der Schein dafür spricht — schwerlich anzunehmen, dass die Gesetzgebung der Ansicht gewesen sein kann, jeder Selbstmörder sei als solcher bei der Testamentserrichtung nicht bei voller Vernunft gewesen. Dagegen fragt es sich, kann hier nicht die Absicht des Gesetzgebers dahin gegangen sein, überhaupt nur diejenigen Testamente von Selbstmördern für ungültig zu erklären, bei deren Errichtung letztere nachweislich nicht bei voller Vernunft waren, so dass dann alle bei ruhiger Ueberlegung und im Vollbesitz der Verstandeskräfte errichteten Testamente der

Selbstmörder ihre Gültigkeit behalten, oder wollte er abgesehen von einer solchen Unterscheidung ausnahmslos jedes Testament eines Selbstmörders, auch das bei vollem Verstande errichtete als ungültig hinstellen? Lässt sich das Erstere wirklich nachweisen, so würde die Folge davon sein, dass auch nach dem in den innerrussischen Gouvernements geltenden Privatrecht nur diejenigen Testamente der Selbstmörder ungültig sind, bei deren Abfassung der Testator nachweislich nicht bei voller Vernunft war. Allein da sich ein solcher Nachweis nicht mit Sicherheit führen lässt, so bleibt wohl kaum etwas Anderes übrig, als sich an den strikten Wortlaut des Art. 1017 zu halten und dieser besagt ganz allgemein ohne jegliche Einschränkung und Unterscheidung, dass Testamente von Selbstmördern ungültig seien, also auch die bei voller Vernunft errichteten. Möglich ist es noch, dass der Gesetzgeber von der allerdings irrthümlichen Ansicht ausgegangen ist, dass jeder Selbstmord nur in einem gewissen Zustande geistiger Unzurechnungsfähigkeit und Benommenheit verübt wird. Wollte man das auch zugeben, so kann doch die Thatsache der eventuell längere Zeit vor dem Selbstmorde bei vollem Verstande erfolgten Testamentserrichtung nicht mehr rückwärts tangiert werden, auch wenn der Selbstmord nachher z. B. im höchsten Grade der Trunkenheit, nervösen Erregung oder gar in einem Fieberanfalle erfolgte. Endlich würde es aber auch dem Art. 1472 des Strafkodex, auf dessen Quelle sich ja auch Art. 1017 des B. X. des Св. зак. stützt, widersprechen, wenn man für das in letzterem enthaltene Privatrecht die Gültigkeit des vom Selbstmörder bei voller Vernunft, vielleicht sogar notariell errichteten Testaments annehmen wollte, denn Art. 1472 lässt die Straffolge abgesehen davon ausdrücklich dann eintreten, wenn der Selbstmord bei voller Ueberlegung geschah. Art. 1472 will eben weiter nichts als eine Strafe aussprechen, auf den Geisteszustand bei der Testamentserrichtung wird weiter kein Gewicht gelegt, sondern einzig und allein auf den Geisteszustand bei erfolgtem Selbstmorde. Kann also nachgewiesen werden, dass der Selbstmord in einem Zustande der geistigen Unzurechnungfähigkeit erfolgte, so muss auch nach Russischem Strafrecht und nach dem Privatrecht des B. X. des Св. зак. Gültigkeit des Testaments angenommen werden, sobald es sich nur erweisen lässt, dass der Testator im Augenblick der Testamentserrichtung im Vollbesitz seiner Verstandeskräfte war.

Soweit das Strafrecht und das innerrussische Privatrecht. Ganz anders steht es mit dem Th. III des Provincialrechts. Hier ist es ganz unzweifelhaft, dass auch das Testament eines Selbstmörders aufrecht erhalten werden muss, wofern es nur nachweisbar von letzterem bei voller Vernunft errichtet und abgefasst wurde. Den besten Beweis dafür liefert uns Art. 2789 Th. III des Prov.-Rs., woselbst alle Nichtigkeitsgründe eines Testaments mit geflissentlicher Vollständigkeit aufgezählt werden; und zwar werden genannt:

1) Die Unfähigkeit des Testators zur Testamentserrichtung[1]).

2) Nichtbeobachtung der wesentlichen Form.

3) Durch Zwang, Betrug oder wesentlichen Irrthum veranlasste Testamentserrichtung.

4) Nichtübereinstimmung aller testamentarischen Verfügungen mit dem Gesetz, auch bei Beobachtung der äusseren Form.

5) Vollständige Unverständlichkeit und Sinnlosigkeit, oder Widerspruch der einzelnen Bestimmungen unter einander.

6) Nichtvollendung der testamentarischen Verfügung.

Der Ungültigkeit des von einem Selbstmörder errichteten Testamentes wird somit nirgend gedacht, wir sind daher, da es sich hier um eine strikte Aufzählung handelt, nicht berechtigt, die Ungültigkeitsfälle auch nur um einen einzigen zu vermehren.

Auch die Justiznovelle vom 8 Juli 1889 hat daran ausdrücklich nichts geändert, wir müssen daher die Weiterexistenz der diesbezüglichen provincialrechtlichen Bestimmungen schon auf Grund des Art. 72, des B. I des Swods der Reichsgesetze annehmen, welcher besagt: „законъ сохраняетъ свое дѣйствіе, доколѣ не будетъ отмѣненъ силою новаго закона". Ebenso wenig lässt sich eine stillschweigende Statuierung der Ungültigkeit der von den Selbstmördern verfassten Testamente durch die Justiznovelle v. 8. Juli 1889 behaupten, und zwar schon im Hinblick auf den cit. Art. 79 des

---

1) Die Gründe, aus denen mangelnde testamenti factio activa angenommen wird, werden in dem auch vom Art. 2789 p. 1 als Quelle citierten Art. 1984 Th. III des Prov.-Rs ganz kurz angedeutet, wenn es in letzterm Art. heisst: „Zur Errichtung eines Testaments ist jeder befugt, der im vollen Gebrauch seiner Verstandes- und Geisteskräfte und zugleich fähig ist, über sein Vermögen gültig zu verfügen und seinen Willen deutlich zu äussern." Vgl. auch die ff. Art. 1985—1992, sowie Artt. 2106—2109 Th. III des Prov.-Rs.

B. I der Swods der Reichsgesetze, dee stets eine ausdrückliche Aufhebung (ebenso auch wohl Abänderung) vorschreibt.

Noch liesse sich folgender Einwand denken: es gilt nämlich, wie sich nicht wohl bestreiten lässt, als Regel — und soweit mir bekannt, wird sie auch in praxi anerkannt — dass wo eine Lücke in unserem Provincialrecht vorhanden ist und eine solche sich weder unter Zuhilfenahme des Römischen, noch des Deutschen Privatrechts ausfüllen lässt, das in B. X des Св. зак. enthaltene Reichscivilrecht als Hilfsrecht einzutreten hat. Allein einer solchen Argumentation würde für unsern Fall entgegenstehen, dass es sich hier um gar keine Lücke handelt. Das Provincialrecht enthält, wie wir gesehen haben, sehr genaue Bestimmungen über die verschiedenen Gründe, aus denen Ungültigkeit eines Testaments angenommen werden soll, es zählt dieselben ausführlich auf und da es der Ungültigkeit des von einem Selbstmörder errichteten Testaments mit keiner Silbe Erwähnung thut, so ist aus dieser geflissentlichen Uebergehung eben mit Nothwendigkeit zu schliessen, dass nach stillschweigender Absicht des Gesetzgebers Testamente der Selbstmörder nach Provincialrecht aufrecht erhalten bleiben sollen. Nicht-erwähnung und -Aufzählung eines einzelnen Punktes ist eben noch keine Lücke; von einer solchen kann man nur da sprechen, wo für einen ganzen Theil des Rechts oder mindestens ein ganzes Rechtsinstitut gar keine Bestimmungen vorhanden sind, so z. B., wenn das Prov.-R. gar keine Vorschriften über Ungültigkeit der Testamente enthielte. Wenn man in allen solchen Fällen, wo das Gesetz, wie in unserm Fall, über einen einzelnen Punkt schweigt, gleich eine Lücke im Recht annehmen wollte, so müsste nach ostseeprovinciellem Recht auch die vierte Ehe ungültig sein, denn das Provincialrecht, insbesondere das evangel.-lutherische Kirchengesetz schweigt über die vierte Ehe, während Art. 21, B. X des Св. зак. eine solche ausdrücklich für unwirksam erklärt — was aber wohl Niemand behaupten wird. Im Gegensatz zu diesem Beispiel enthält das Prov.-R. keinerlei Vorschriften über Lieferungsverträge von Privatpersonen der Krone, hier ist eine wirkliche Lücke vorhanden, allein Art. 4024, Th. III des Prov.-Rs. verweist in dieser Beziehung selbst ausdrücklich auf die Zuhilfenahme der in B. X der Reichsgesetze[1]) diesbezüglich geltenden

1) Vgl. Art. 1—242 der »положеніе о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ« Ausg. v. J. 1887, mit den Forts. von 1896 u. 1891, als Beilage zu B. X d. Св. зак.

Bestimmungen. Dasselbe ist der Fall mit der näheren Bestimmung der Sachen, die nach Prov.-Recht als im Eigenthum des Staates stehend zu betrachten sind, in welcher Beziehung die Anmerkung zu 592, Th. III des Prov.-Rs ausdrücklich auf das Reichscivilgesetzbuch verweist, das uns im Art. 406 (B. X des Св. зак.) hierüber die nähere Auskunft ertheilt.

Als Endresultat ergiebt sich uns mithin, dass Testamente von Selbstmördern nach ostseeprovinciellem Privatrecht auf derselben Grundlage, wie die von andern Personen errichteten Testamente Gültigkeit beanspruchen können und in diesem Sinne hat sich auch die Theorie ausgesprochen.[1]) Nur einen Fall giebt es, wo auch nach Provincialrecht Ungültigkeit solcher Testamente behauptet werden muss, nämlich, wenn der Testator, der sich nachher entleibte, zur Zeit der Testamentserrichtung nicht bei voller Vernunft war, mit andern Worten also die Voraussetzungen der Artt. 2789 P. 1. und 1984 Th. III des Prov.-Rs. cessierten. Dann ist aber der Ungültigkeitsgrund nicht in der Thatsache des Selbstmordes, sondern in der mangelnden testamenti factio activa zu suchen, woher denn dieser Fall eigentlich gar nicht hierher gehört.

IV.

Ist die Nichtangabe der Verpflichtung zur Zinsenzahlung resp. der Höhe des Zinsfusses bei Immobiliarpfandverschreibungen ein genügender Grund für die Verweigerung der Korroboration seitens der zuständigen Krepostbehörde?

Soweit mir bekannt geworden, neigt sich die von den baltischen Krepostbehörden befolgte Praxis grösstentheils der bejahenden Ansicht zu, ja, in meiner eigenen Praxis ist es mir sogar vorgekommen,

---

1) Vgl. Erdmann, System, B. III, § 268, S. 347. In B. I, § 2, S. 10 f. Anm. 3 spricht letzterer sich dagegen dahin aus, dass es in casu darauf ankomme, ob die russisch-rechtliche Norm eine rein privatrechtliche oder nicht sei.

dass die Krepostabtheilung des X.'schen Friedensrichterplenums in Y. die Korroboration einer von mir attestierten Pfandverschreibung verweigert hat, bloss weil die Termine der Zinsenzahlungen in dem zur Korroboration vorgestellten Dokumente nicht angegeben waren, als worüber mein Klient noch eine besondere umständliche Aufschrift auf der Obligation machen musste. So spasshaft nun auch eine derartige, nicht gerade von grosser juristischer Auffassungskraft zeugende Praxis erscheinen mag, von so grossem Ernst ist auf der anderen Seite der gewiss unleugbare Umstand, dass Rechtsleben und Rechtswissenschaft durch die in den Behörden immer mehr umsichgreifende Handwerksmässigkeit und einen oft genug von kompetenter Seite gerügten, häufig bis zum unerträglichen Drucke gesteigerten Formalismus („формализмъ") in erheblichem Masse leiden müssen[1]), insbesondere in Fällen, wo, wie in dem eben angeführten, ein derartiger Formalismus nicht nur nicht dem Gesetz entspricht, sondern ihm im Gegentheil strickt widerspricht. Das zu zeigen, soll der Zweck vorliegender Zeilen sein und zwar wollen wir an dieser Stelle zunächst nur nachzuweisen suchen, dass auch solche Pfandverschreibungen, in denen der Verzinsung überhaupt keine Erwähnung gethan wird, von der Krepostbehörde unweigerlich zur Eintragung in die Hypothekenbücher anzunehmen sind, denn ist letzteres richtig, brauchen in dem zur Korroboration vorgestellten Dokument überhaupt keine Zinsen angegeben zu sein, so folgt daraus ipso jure, dass die Nichtangabe des Zinsfusses oder vollends gar des Termines, zu welchem die Zinsen vom Pfandschuldner zu zahlen sind, unmöglich einen rechtlichen Grund abzugeben vermag, aus welchem die Krepostbehörde die Auftragung einer solchen Pfandverschreibung auf das verpfändete Immobil zu verweigern berechtigt wäre.

An die Spitze ist der Satz zu stellen, dass die Verbindlichkeit zur Zinsenentrichtung sich keineswegs von selbst versteht, also niemals, auch beim Darlehn nicht präsumiert werden darf, vielmehr nur auf zweierlei Weise begründet werden kann, nämlich erstens durch Privatwillkühr (Vertrag, Testament) und zweitens durch gesetzliche Vorschrift (z. B. im Falle des Verzuges). Das

1) Vgl. Муравьевъ: „кандидаты на судебныя должности" (Москва 1886) S. 113.

gilt nicht nur für das gemeine Recht [1]), sondern auch den Th. III des Prov.-Rs, der in Art. 3408 die eben erwähnte Regel enthält [2]). In obigem Satz wie auch insbesondere in Art. 3408 Th. III des Prov.-Rs. liegt aber offenbar der andere Satz enthalten, dass wenn in casu weder eine gesetzliche Vorschrift [3]) zur Zinsenvergütung vorliegt, noch auch eine solche durch Uebereinkunft der Partheien verabredet worden ist, eben überall keine Zinsen gefordert werden dürfen, mit andern Worten: es steht den Partheien frei, entweder ausdrücklich oder stillschweigend unter sich ein unverzinsliches Obligationsverhältniss zu begründen. Jede Beschränkung in der Willenssphäre Privater nach dieser Seite hin würde eben dem Geist des Privatrechts, das ja nur die Rechtsbeziehungen der Privaten unter einander regeln soll, strikt widersprechen, ja, sich als ein ganz unerlaubter Eingriff in dieselbe herausstellen. Es wäre daher fast überflüssig, für das Provincialrecht noch auf Art. 3427, wo der Fall, dass keine Zinsen ausbedungen worden sind, ausdrücklich vorausgesetzt wird, sowie auf den mit diesem Art. übereinstimmenden Art. 3668 hinzuweisen, welcher ausdrücklich besagt, dass Zinsen von einem Darlehn nur dann gefordert werden können, wenn sie ausdrücklich ausbedungen worden sind oder der Schuldner im Verzuge ist.

Wichtig ist aber ferner für unsere Zwecke der Art. 3411. Derselbe besagt nämlich, dass wenn über das Mass der Zinsenverbindlichkeit gar nichts verabredet worden ist, der landesübliche Zinsfuss als stillschweigend gewollt vorausgesetzt werde, wobei ausdrücklich auf Art. 3426 hingewiesen wird. Letzterer Art.

---

1) Vgl. Wächter „Pandekten" B. II (Leipzig 1881) § 173 S. 292, Sintenis: das pract. gemeine Civilrecht (1847) B. II § 87 S. 95.

2) Vgl auch Erdmann System B. IV S. 20 f.

3) Die einzelnen Fälle (vier an Zahl), in denen nach Prov.-R. eine Zinsenverbindlichkeit durch das Gesetz begründet wird, sind: 1) der Verzug (mora) (Art. 3416), 2) Haftung für die Verzinsung fremder im eigenen Besitz befindlicher oder zu eigenem Nutzen verwandter Gelder (Art. 3418), 3) Verpflichtung, für die von Bevollmächtigten wie überhaupt jedem Verwalter fremder Sachen gemachten baaren Vorschüsse Zinsen zu entrichten (Art. 3419) und 4) falls beim Verkauf von Waaren von Kaufleuten oder andern Gewerbetreibenden an Nichtkaufleute die Zeit, in welcher nach dem Ortsgebrauch die Zahlung der den Käufern übermittelten Rechnungen erfolgen muss, verstrichen ist (Art. 3420).

bezeichnet aber als solche landesübliche Zinsen sechs vom Hundert jährlich, über welchen Betrag hinaus der unerlaubte Wucher seinen Anfang nimmt (Art. 3432). Auch daraus ersehen wir, dass eine Verpfändungsschrift selbst dann gültig sein kann, wenn die Höhe des Zinsfusses in derselben nicht angegeben ist, denn letzterer wird dann eben stillschweigend nach Massgabe des Art. 3411 ergänzt. Ganz verfehlt wäre es aber, den cit. Art. 3411 etwa so aufzufassen, als ob in jedem Falle, auch wenn gar keine Zinsen verabredet worden ein Zinsfuss von 6% jährlich als stillschweigend von den Partheien gewollt anzunehmen wäre, denn das Gesetz geht eben nur von dem Falle aus, dass Zinsen überhaupt ausbedungen worden sind, allein nur ganz allgemein und ohne jede Angabe des Zinsfusses. Nur dann sollen 6% angenommen werden.

Auf Grund der vorherigen Ausführungen muss man also daran festhalten: Immobiliarverpfändungsschriften, in denen gar keiner Zinsenverbindlichkeit oder wenigstens nicht der Höhe des Zinsfusses gedacht wird, stellen sich als vollkommen rechtswirksame, juridisch unanfechtbare Dokumente dar. Ist aber das der Fall, so müssen sie sich auch zur Ingrossation eignen und ist die Weigerung der Krepostbehörde, die Ingrossation eines solchen Dokumentes vorzunehmen, einfach widergesetzlich. Besonders klar wird das auch durch den Art. 1580 Th. III des Prov.-Rs. und zwar in der Form, die letzterer durch die Justiznovelle vom 8. Juli 1889 erhalten hat. Derselbe lautet nämlich:

„Ипотеки вносятся въ публичныя (крѣпостныя) книги не иначе, какъ въ размѣрѣ опредѣленной суммы денегъ и на опредѣленное недвижимое имущество, коего собственникомъ или пользователемъ на правахъ собственности залогодатель значится въ сихъ книгахъ."

D. h. „Die Grundschulden werden in die öffentlichen (Krepost-) Bücher nicht anders als auf den Betrag einer bestimmten Summe und auf ein bestimmtes Immobil eingetragen, als dessen Eigenthümer oder Nutzungseigenthümer der Verpfänder in diesen Büchern verzeichnet steht."

Also auch hier wird nur erfordert eine bestimmte Schuldsumme und ein bestimmtes Immobil. Ist Beides vorhanden und erweist sich der Verpfänder als grundbuchmässiger Eigenthümer des zu verpfändenden Immobiles, so steht der Ingrossation der betreffenden Hypothek nichts mehr im Wege. Von dem Erforder-

niss einer Angabe über Zinsenvergütung, über die Höhe des Zinsfusses oder vollends gar über die Termine, wann die Zinsen gezahlt werden sollen, ist überall nicht die Rede.

Ebensowenig wird des Erfordernisses der Zinsenangabe in Art. 1570 Th. III des Prov.-Rs (Forts. v. J. 1890) Erwähnung gethan, obschon hier sonst alle Erfordernisse für die Gültigkeit einer Ingrossation aufgezählt werden, als nämlich:

1) Vornahme der J. bei der kompetenten Krepostbehörde.
2) Ingrossationsfähigkeit der Forderung.
3) Fähigkeit des Immobils, auf das ingrossiert wird.
4) Vollziehung der J. zur gehörigen Zeit.
5) Beobachtung der gehörigen Form..

So weit wäre nun Alles ganz schön und gut. Da will es aber das Unglück, dass die Justiznovelle vom 8. Juli 1889 in der Beilage VIII (zu Art. 362) über „die zeitweiligen Regeln betreffend das Verfahren in Grundbuchsachen“ Artt. 23 und 24 bestimmt, dass jeder Vermerk in dem Grundbuchfolium bestehen müsse: 1) aus dem Text und 2) aus der Angabe des Jahrganges des Grundbuches, des Grundbuchjournals und der Nummer, unter welcher das Gesuch um Vollziehung des Vermerkes in das Journal eingetragen ist. Der Text aber muss enthalten: 1) die Angabe der Urkunde, auf Grund deren die Korroboration vollzogen ist und 2) die Bezeichnung des korroborierten Rechts selbst, seines Inhaltes und seiner wesentlichen Requisite, wobei was die Sicherstellung von Geldforderungen durch Pfandrechte anbetrifft, unter Anderem insbesondere auch der Zinsfuss, sowie die Termine der Zinsenzahlungen anzugeben sind.

Nun kombinierte man diese Bestimmungen mit Art. 1570 P. 3, woselbst gefordert wird, dass die zu ingrossierende Forderung sich auch zur Ingrossation eigene und glaubte nunmehr annehmen zu können, dass letzterem Erforderniss hier offenbar nicht Genüge geleistet werde, eine ingrossationsfähige Forderung mithin eben in dem Falle nicht vorliege, wenn in der Verpfändungsschrift entweder überhaupt keine Zinsen oder nicht die Höhe derselben oder endlich nicht die Zahlungstermine der Zinsen angegeben seien, denn Art. 24, P. 1. d. der Grundbuchregeln besage ja ausdrücklich, dass im Text des Foliums der Zinsfuss, sowie die Zinszahlungstermine angegeben sein müssten, worin ausgesprochen liege, dass die zu ingrossierende Pfandforderung unbedingt

die Verpflichtung zur Zinsenzahlung enthalten müsse. Sei das nicht beobachtet worden, sei auch nur der Zinsfuss oder der Zahlungstermin der Zinsen nicht angegeben, so liege, da nunmehr die obligatorischen Vermerke nicht gemacht werden könnten, eine direkte Verletzung des Art. 24, P. 1. d. und des Art. 1570 P. 3, Th. III des Prov.-Rs vor, die Pfandforderung ermangele der Ingrossationsfähigkeit, es sei mithin der zuständigen Krepostbehörde in Anleitung des Art. 51, P. 3. der genannten Grundbuchregeln zur Pflicht gemacht, die Korroboration solcher Dokumente zu verweigern.

Eine derartige Argumentation ist für den an handwerksmässigen gedankenlosen Formalismus gewöhnten Praktiker natürlich gefundene Speise. Der Art. so und so schreibt vor, in der und der Stelle des Grundbuches muss das und das stehen, muss das und das eingetragen werden. Das ist aber nicht möglich, wenn in dem zu ingrossierenden Dokument sich die nöthigen Angaben nicht finden. Und mag die Verpfändungsschrift auch sonst mit noch so grosser juridischer Feinheit ausgearbeitet, mag sie sonst noch so fehlerlos abgefasst sein, fort mit ihr, sie kann zur Eintragung nicht angenommen werden, sie ist „неправильно“ abgefasst!

Allein bei ruhiger Prüfung des eigentlichen Sinnes der Artt. 23 und 24 unserer Grundbuchregeln ist es wahrlich nicht schwer, zu erkennen, auf wie oberflächlicher und voreiliger Argumentation eine solche Praxis beruht. Sind nach Provincialrecht auch unverzinsliche pfandrechtlich besicherte Forderungen gesetzlich statthaft — und dass sie es sind, glauben wir nachgewiesen zu haben —, brauchte also von der Zinsenvergütung in dem betreffenden Dokumente überhaupt keine Rede zu sein, ohne dass letzteres dadurch an seiner Gültigkeit auch nur das Geringste einbüsst, so muss es auch ingrossationsfähig sein d. h. die Krepostbehörde ist nicht berechtigt, die Korroboration zu verweigern. Art. 24, P. 2, d. ist nur auf den Fall zu beziehen, wo in der zur Ingrossation vorgestellten Verpfändungsschrift der Zinsfuss resp. die Zinstermine de facto angegeben sind. Es handelt sich hierbei eben nur um eine rein formelle Instruktion für die betreffenden Krepostbeamten, vermöge deren sie in den Stand gesetzt sein sollen, sich einer sichern Handhabe bei Beurtheilnng der Frage zu bedienen, was von dem Inhalt der Verpfändungsschrift eigentlich in den Text des Foliums und speciell in welche Rubrik einzutragen sei. Sind im Forderungsdokumente gar keine Zinsen angegeben, so können und dürfen

solche ganz natürlich auch in dem Grundbuchfolium nicht vermerkt werden, die für die Zinsen bestimmte Stelle, muss dann eben leer, unausgefüllt bleiben. Ist von einer Zinsenverpflichtung die Rede, es ist aber der Zinsfuss nicht angegeben, so kann entweder das gesetzliche Mass eingetragen werden (6 %) oder die betreffende Stelle muss in derselben Weise wie vorhin leer bleiben. Ist der Zinsfuss angegeben, allein nicht der Zahlungstermin, so muss die Rubrik: „Zinszahlungstermin" wiederum unausgefüllt bleiben. [1])

Kurzum: die Bestimmung des Art. 24, P. 2, d. gilt nur bedingt d. h. nur für den Fall, dass das zur Ingrossation vorgestellte Forderungsdokument jene Angaben wirklich enthält, sie will nur sagen: an der und der Stelle wird das und das eingetragen, z. B. Zinsfuss, Zinszahlungstermin, Konventionalstrafe etc., d. h. natürlich nur, wenn Derartiges in dem Dokument angegeben ist. Ist das nicht der Fall, so können eben jene Vermerke in dem Text des Foliums nicht gemacht werden. Anderenfalls müsste der Krepostbehörde das Recht zugestanden werden, den Gläubiger vielleicht entgegen seinem Willen zu zwingen, sich Zinsen oder z. B. Konventionalstrafen vom Schuldner ausbedingen zu lassen, was doch zu den grössten Ungereimtheiten führen dürfte. Man braucht nicht gerade Philosophie und Logik studiert zu haben, um einzusehen, dass es doch wahrlich nicht dasselbe ist, wenn das Gesetz sagt:

„Von dem einzutragenden Dokument muss das und das dort und dort im Krepostbuch vermerkt werden" oder wenn es sagt: „das einzutragende Dokument muss das und das enthalten, denn entgegengesetzten Falls können diese und diese Vermerke nicht gemacht werden und ist daher die Ingrossation zu verweigern". Ich glaube, dass sind doch zwei ganz von einander verschiedene Dinge.

In dem Sinne, wie es hier geschehen ist, hat sich daher auch der Senat in einer Entscheidung dahin ausgesprochen, dass es kein genügender Grund für die Ingrossationsverweigerung sei,

1) Für diesen Fall wird die Bestimmung des Art. 3669 in Anwendung kommen müssen, wonach bei Nichtbestimmung der Zeit der Zinsenzahlung die Zinsen jährlich postnumerando und zwar am Jahrestage der Schuldkontrahierung zu entrichten sind, bei Darlehen von kürzerer Dauer dagegen gleichzeitig mit der Rückzahlung des Kapitals, eine Regel, die sich übrigens von den Darlehnsverhältnissen auch auf andere analoge Rechtsverhältnisse ausdehnen lassen dürfte.

wenn in der zur Ingrossation vorgestellten Forderung entweder überhaupt keine Zinsen oder doch wenigstens die Höhe des Zinsfusses (wir fügen hinzu: auch der Termin der Zinszahlungen) nicht angegeben seien [1]).

Wir schliessen diese Zeilen, indem wir nicht ohne Bedauern die in der Praxis mancher Krepostabtheilungen immer mehr um sich greifende geistlos-formalistische und handwerksmässige Behandlnng und Entscheidung juristischer Fragen, wovon das eben Dargelegte ein beredtes Zeugniss ablegt, konstatieren. Worin der tiefere Grund dieser sich immer mehr verbreitenden Handwerksmässigkeit, die froh ist, wenn sie den in Frage stehenden Fall in die wenn auch nur scheinbar und oberflächlich passende Schablone eines Gesetzesparagraphen („статья") zwängen kann, liegt, ob es die übergrosse Arbeitslast („множество дѣлъ"), die auf den Schultern der Krepostbehörde liegt, die eine eingehende Untersuchung im einzelnen Fall zur Unmöglichkeit macht, ob es Mangel an Nachdenken, an juristischer Bildung und Befähigung ist, der hier in Frage kommt, oder endlich, ob der unselige Brodneid [2]) nicht auch mitwirken mag, das zu untersuchen ist hier nicht der Ort.

---

1) Vgl. Эліясбергъ: Остзейская практика гражданскаго кассаціоннаго Департамента, Общаго Собранія 1-го и Кассаціонныхъ Департаментовъ Правительствующаго Сената за 1891—1899 г. (С.-Петербургъ, 1900) № 72, S. 63 f. (Рѣш. Гр. К. Д. 82/98).

2) Der Ausdruck „Brodneid" bedarf einer näheren Erklärung: der Krepostsekretär sowie sein Gehilfe beziehen nämlich nicht nur ihre Gage, sondern sie können ähnlich den Notaren sich bestimmte Sporteln für die von ihnen notariell errichteten und beglaubigten auf Immobilien bezüglichen Rechtsgeschäfte berechnen, in Grundlage der Notariatstaxe oder freier Uebereinkunft mit den Partheien. Die Notare und Krepostabtheilung machen einander nun natürlich in dieser Hinsicht Konkurrenz. Es ist daher verständlich, wenn die Krepostabtheilung, insbesondere der Krepostsekretär bestrebt ist, möglich viel „Praxis" an sich zu reissen. Ein bequemes Mittel bietet dazu möglichst häufige Abweisung der von Notaren beglaubigten Urkunden unter irgend welchen Vorwänden, resp endlose Verzögerung der Ingrossationen. Denn es ist klar, dass das Publikum durch solche Manipulationen abgeschreckt wird, weiter in solchen Angelegenheiten die Notariatskanzleien aufzusuchen, denn in der Krepostabtheilung kann man es „ebenso gut, ja, besser, schneller und — was die Hauptsache ist — billiger haben". Das hört man vom Publikum oft genug. So rechtfertigt es sich, wenn ich oben im Text vom Brodneid der Krepostbeamten sprach.

V.

Einiges über die Bedeutung der Senatsentscheidungen, insbesondere das Verhältniss der Artt. 813 und 815 der Civilprocessordnung und der Artt. 930 u. 933 der Criminalprocessordnung zu Art. XXVI der Einleitung zu Theil III des Provincialrechts, nebst verschiedenen Vorschlägen.

Art. XXVI der Einleitung zu Th. III des Provincialrechts besagt wörtlich:

„Die in einzelnen Fällen ergangenen Urtheile selbst der höchsten Justizbehörden haben nicht die Kraft eines Gesetzes und können daher für andere Fälle nicht massgebend sein. Insofern jedoch die Richter verpflichtet sind, in ihren Urtheilen, unter ganz übereinstimmenden Verhältnissen, folgerecht zu bleiben, ist es den rechtssuchenden Parteien nicht verwehrt, zur Begründung ihrer Ansprüche sich auf früher ergangene, rechtskräftig gewordene, übereinstimmende Erkenntnisse des Gerichts zu beziehen [1])".

Es hat nun — und dieser Umstand ist für den späteren Verlauf dieser Untersuchung von vorzüglicher Wichtigkeit und daher stets im Auge zu behalten — eine Aufhebung oder auch nur Abänderung dieses Artikels durch die Justiznovelle vom 8. Juli 1889, die ja bekanntlich, wenn auch nur in sehr geringem Maasse, auch den Th. III unseres Provincialrechts berührt,

---

1) Aehnlich die Theorie des gemeinen Rechts, vergl. Keller, Pandekten, B. I (2. Aufl., 1867), § 4. S. 15, ferner Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, B. I, (1900), S. 86, ff.: „Gleichmässige richterliche Erkenntnisse können auf die Dauer zur Bildung gewohnheitsrechtlicher Normen führen, indem das Volk sie zu sich aufnimmt und sich ihnen anbequemt; aber für sich allein ist der Gerichtsgebrauch noch keine Rechtsquelle. Sehr oft wird er vom Volke kritisirt, und auch das Gericht kann seine Praxis ändern. Die Aufgabe der Gerichte ist überhaupt nicht die, Recht zu erzeugen, sondern das Recht anzuwenden . . . . .."

nicht stattgefunden [1]). Scheinbar im Gegensatz dazu bestimmt Art. 815 des durch die Justiznovelle vom 8. Juli 1889 auf die Ostseeprovinzen ausgedehnten Reichscivilprocesses wie folgt:

„Всѣ рѣшенія и опредѣленія Кассаціонныхъ Департаментовъ Сената, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ, публикуются во всеобщее свѣдѣніе, для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію онныхъ", was in deutscher Uebersetzung heissen würde: „Alle Entscheidungen und Urtheile der Kassationsdepartements des Senats, durch die der genaue Sinn der Gesetze erläutert wird, werden behufs allgemeiner Kenntnissnahme zur Richtschnur zwecks gleichförmiger Erklärung und Anwendung derselben publiciert." Dementsprechend lautet der Anfang des Art. 813 der C. P. O.: „Въ разъясненіи точнаго разума закона судебныя установленія обязаны подчиняться сужденію Сената, и кассаціонныя жалобы противъ постановленнаго на семъ основаніи втораго рѣшенія ни въ какомъ случаѣ не пріемлются". Mit diesem Artikel fast wörtlich übereinstimmend ist Art. 933 der Kriminalprocessordnung für das Russische Reich, womit auch noch Art. 930 derselben Processordnung zu vergleichen ist, auf welchen letztern wir noch bei einer spätern Gelegenheit näher zurückkommen werden.

Also offenbar hat man es hier mit einem flagranten Widerspruch zu thun, insofern nach Provincialrecht auch die Urtheile der höchsten Justizbehörden keine Gesetzeskraft beanspruchen können, wogegen die Processordnung vorschreibt, dass die Gerichte sich die publicierten Senatsentscheidungen bei der Urtheilsfällung zur Richtschnur zu nehmen hätten, also genau so, wie eine Gesetzesvorschrift. Eine in der Theorie wie auch in der Praxis, besonders der Ostseeprovinzen sehr verbreitete Ansicht nimmt daher auch in der That an, dass es sich hier um die stillschweigende Aufhebung eines ältern Gesetzes durch ein demselben direkt widersprechendes neueres handele [2]) und ich

---

1) Vgl. die officielle Ausgabe der Fortsetzung zu unserem Prov. kodex unter dem Titel: „Продолженіе свода гражданскихъ узаконеній губерній прибалтійскихъ" (Petersburg, 1890), S. 14—15.

2) Vgl. z. B. A. Ossipow: „Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft im russischen Civilverfahren nebst einigen einschlagenden Lehren,"

selbst bin bis vor Kurzem ebenderselben Ansicht gewesen [1]). Dass im Senat selbst die Artt. 813 u. 815 der Processordnung in dem angegebenen Sinne aufgefasst werden, dass mithin dieser unser höchster Gerichtshof seinen Entscheidungen Gesetzeskraft vindiciert und solches gelegentlich auch ausdrücklich ausgesprochen hat, dürfte aus besondern später näher zu erörternden Gründen vielleicht noch verständlicher erscheinen.

Dessenungeachtet fehlt es besonders unter den Theoretikern nicht an solchen — ja, dieselben bilden vielleicht noch die Mehrzahl — von denen eine derartige gesetzliche Kraft der Senatsentscheidungen [2]) mit Entschiedenheit geläugnet wird [3]) und dass nur diese Ansicht die richtige sein kann, das zu zeigen, soll der Zweck nachstehender auf einer genaueren Analyse der Artt. 813 u. 815 der Reichscivilprocessordnung sowie in Verbindung damit der inhaltlich mit diesem verwandten Artt. 930 und 933 der Kriminalprocessordnung gegründeten Zeilen sein. Die Methode, deren wir uns hierbei bedienen werden, soll eine dreifache sein. Erstens fragen wir uns, ob die Vorschrift des Art. XXVI der Einl. zu Th. III des Prov.-Rs überhaupt als durch den Art. 815 der Reichscivilprocessordnung und die Artt.

Dorpat, 1868) § 4, S. 38; Nolken, in seiner (nichtofficiellen) russischen Ausgabe des Th. III des Prov.-Rs (Petersburg, 1891), mit den Fortsetzungen bis zum J. 1890, S. 5, Anm. zu Art. XXVI der Einleitung zu Th. III des Prov.-Rs.

1) Vgl. meine Schrift: „Der gegenwärtige Zustand des Studiums der Jurisprudenz (Riga, 1898), S. 12. Ganz unbestimmt lässt Федоровъ: „Введеніе", S. 43.

2) Wir meinen hier vorzugsweise die Senatsentscheidungen auf dem Gebiete des Civilrechts, insbesondere des Th. III des Prov.-Rechts, obschon sich unsere Ausführungen ebensowohl auf die andern Rechtszweige, z. B. den Process, das Kriminalrecht u. s. w. anwenden lassen.

3) Vgl. Таганцевъ: „Лекціи по русскому уголовному праву" Allg. Th. Lief. I, Petersburg, 1887), S. 370 f., Шершеневичъ: наука гражданскаго права въ Россіи (Казань, 1893), S. 237 ff und die daselbst in Note 1 angegebene beiderseitige Litteratur, Erdmann, System, B. IV, S. 86, Anm. 4, dazu noch Engelmann in seinem neuerschienenen Werke über den russischen Civilprocess unter dem Titel: „Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства" (Юрьевъ, 1899), § 62, S. 306, ff., woselbst auch auf S. 309, Note 1 die nähere Litteratur verzeichnet ist.

930 und 933 der Kriminalprocessordnung aufgehoben angesehen werden kann? Zweitens soll untersucht werden, ob sich überhaupt ein Widerspruch zwischen Art. XXVI der Einl. zu Th. III des Prov.-Rs einerseits und den Artt. 813 und 815 der Reichscivilprocessordnung sowie der Artt. 930 und 933 der Kriminalprocessordnung nachweisen lässt, ob also Art. XXVI durch die drei letztgenannten Artt. überhaupt tangiert, geschweige denn insbesondere in seinem ersten Absatz stillschweigend aufgehoben wird und drittens wollen wir den Nachweis versuchen, dass eine sorgfältige Analyse der citt Artt. 813, 815, 930 und 933 jene die Gesetzeskraft der Senatsentscheidungen vertretende Ansicht hinfällig macht, mithin also von einer Gesetzeskraft der Senatsentscheidungen weder für das ganze Russische Reich, noch speciell für die Ostseeprovinzen die Rede sein kann. Hierbei wird P. 2 in Verbindung mit P. 3 abgehandelt werden, während den Schluss Betrachtungen allgemeiner Natur über die unheilvollen Folgen der citt Artt. 813 und 815 für das Rechtsleben des Russischen Reiches und neuerdings auch der Russischen Ostseeprovinzen sowie über die nach Ansicht des Verfassers zur Beseitigung resp. Abschwächung derselben geeigneten Massnahmen bilden sollen. Der erste Punkt erledigt sich ziemlich einfach. Freilich hat die Justiznovelle vom 8. Juli 1889 später als der Theil III des Provincialrechts Gesetzeskraft erhalten, allein letzterer ist zweifellos ein specielles, nur für die Ostseeprovinzen geltendes Gesetz, während die den Russischen Reichsprocess bei uns einführende Justiznovelle insofern als generelles Gesetz zu betrachten ist, als sie nur eine Ausdehnung des für das übrige Russische Reich schon früher in Geltung gewesenen Processrechts auch auf die Ostseeprovinzen involviert, somit also gegenwärtig der Reichsprocess für das ganze Russische Reich, inbegriffen auch die Ostseeprovinzen gilt. Ein generelles neueres Gesetz hebt aber, wie wir in der Abhandlung Nr. III angedeutet haben, ein specielles früheres eo ipso d. h. stillschweigend noch nicht auf, insbesondere wenn — wie das hier der Fall ist — eine solche Aufhebung oder Abänderung des betreffenden Rechtssatzes seitens des Gesetzgebers nicht namentlich und ausdrücklich erfolgt ist. Da nun die Justiznovelle diejenigen Gesetzesbestimmungen des Th. III unseres Provincialrechts, die als aufgehoben oder abgeändert zu gelten haben, insbesondere wo eine solche Aufhebung resp. Abänderung durch Einfüh-

rung des dem ostseeprovinciellen Rechtsorganismus ziemlich heterogenen Reichscivilprocesses geboten schien, ausdrücklich angiebt, so würde sich die Annahme, es sei hier dem Gesetzgeber etwas Menschliches passiert und er habe in Folge dessen den so einschneidenden Art. XXVI der Einl. zu Th. III des Prov.-Rs ausdrücklich aufzuheben oder den Artt. 813 und 815 der Civ. P. O. anzupassen verabsäumt, wohl als eine ganz willkührliche, durch nichts gerechtfertigte Supposition herausstellen. Allein es mag sein, man will unsere Auffassung der Justiznovelle als generelles Gesetz nicht gelten lassen, so lässt sich die Aufrechterhaltung des Art. XXVI cit. doch immer noch mit gutem Grunde halten, wenn man nämlich in Erwägung zieht, dass genau genommen bei so verschiedenen Rechtszweigen, wie es das Civilrecht und der Civilprocess sind, weder von dem Verhältniss der Generellität und Speciellität, noch auch überhaupt davon die Rede sein kann, dass irgend ein Satz des einen Gesetzbuches durch einen Satz des andern, einen ganz heterogenen Rechtszweig enthaltenden Gesetzbuches stillschweigend aufgehoben oder auch nur abgeändert zu werden vermag, eine direkte, ausdrückliche Aufhebung oder Abänderung jedoch in unserem Fall, wie bemerkt, überall nicht vorliegt. Wie sollte man sich auch eine stillschweigende Abänderung eines Gesetzes zu denken haben? Worin denn soll sie bestehen?

Etwas länger müssen wir beim zweiten Punkt verweilen. Vor Allem und bevor wir auf den eigentlichen Kern dieser Untersuchung übergehen, ist aber noch eine andere Frage zu erledigen, die für unsere weitere Untersuchung von nicht zu unterschätzender Bedeutung sein muss. Es ist das die Frage, ob nach den Grundsätzen des Russischen Staatsrechts das Recht, Gesetze zu geben oder auch nur authentisch zu erläutern, das der Senat wohl in Grundlage der citierten Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. (und Artt. 930 und 933 der Crim. P.-O.) für sich in Anspruch nimmt, letzterer Behörde in der That zusteht oder nicht? Wir glauben darauf mit einem strikten „nein“ antworten zu können: ein solches Recht des Senates lässt sich aus den Grundgesetzen des Russischen Reichs (Св. зак. B. I Artt. 1—4, 67, 197 und 203) keineswegs ableiten [1])

1) Vgl. besonders Engelmann: Das Staatsrecht des Kaiserthums Russland (in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts), Freiburg 1889) § 35 S. 46 f. und § 36 S. 51.

und schon desshalb müssen daher die Artt. 813, 815, 930 und 933 einen andern als den in der Praxis angenommenen Sinn haben. Das ist näher auszuführen. Aus den angeführten Artikeln des I-ten Bandes des Св. зак. erfahren wir, dass die Aufgabe des Senats als der höchsten Behörde in der bürgerlichen Ordnung des Gerichts, der Verwaltung und der Ausführung in Folgendem besteht:

1) in der Oberaufsicht über alle Behörden des Reichs, ausgenommen die der Unterordnung unter den Senat ausdrücklich entzogenen Behörden;

2) in der obersten Aufsicht über Verwaltung und Exekutive, daher er auf allgemeine, gleichmässige und genaue Befolgung, Bewahrung und Beobachtung der Gesetze seitens aller Behörden zu sehen, alle widergesetzlichen Handlungen der untergeordneten Behörden aber zu verhindern hat;

3) in der Aufsicht über Erhebung der Abgaben und etatmässigen Ausgaben, Auffindung von Mitteln zur Erleichterung von Volksnöthen, zur Erhaltung der allgemeinen Ruhe und Stille;

4) in der obersten, unpartheiisch zu übenden Revision in Civil-, Straf- und Vermessungssachen[1]).

Damit sind die Machtbefugnisse des Senats, seine Kompetenzen erschöpft. Von einem Recht desselben, neue Gesetze zu erlassen, Lücken oder Unklarheiten der Gesetze durch authentische Interpretation von sich aus aufzuheben, ist überall nicht die Rede, es wäre also die Annahme eines solchen Rechts absolut unzulässig[2]). Art. 201 (B. I des Св. зак.) sagt sogar ausdrücklich, dass der Senat, da er seine Entscheidungen überall auf das Gesetz gründen muss, in den Fällen, wo letzteres schweigt, also eine Lücke vorhanden ist, nicht berechtigt ist, von sich aus eine solche Lücke auszufüllen, (vgl. arg. Art. 51 des B. I des Swods der Reichsgesetze: „Никакое мѣсто или правительство въ государствѣ не можетъ само собою установить новаго закона, и никакой законъ не можетъ имѣть своего рѣшенія безъ утвержденія Самодержавной власти"), sondern seinen diesbezüglichen Antrag durch den Reichsrath an den Kaiser zu bringen hat[3]), eine Regel, die um so mehr auch

1) Vgl. Artt. 189 und 801 der Civ. P.-O.

2) Vgl. Энгельманъ, учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства § 620, S. 307.

3) Vgl. Engelmann, l. c. S. 57.

auf den schon erwähnten Fall einer Unklarheit im Gesetz auszudehnen ist, als ja der Erlass neuer Gesetze, Abänderung, Ergänzung, Beschränkung und authentische Interpretation bestehender Gesetze gerade in den Geschäftskreis des Reichsraths gehört[1]). Nur das ist Gesetz und nur das kann Anspruch auf die Bezeichnung: „authentische Interpretation" machen, was im Reichsrath durchberathen ist und dann an den Kaiser gelangt[2]), sei es nun, dass dieser den Majoritätsbeschluss oder den Minoritätsbeschluss bestätigt (im erstem Fall spricht man von einem „Allerhöchst bestätigten Reichsrathsgutachten„, im zweiten, sowie dann, wenn der Kaiser eine eigene Entscheidung fällt, von einem namentlichen Ukas). Die Aufgabe des Senats besteht aber vielmehr bloss in der obersten Aufsicht über die Gesetzmässigkeit des Verfahrens und der Entscheidungen der ihm untergeordneten Behörden, nicht in der Gesetzgebung. Er hat darauf zu achten, dass die Gesetze von allen Gerichten des Reichs richtig und insofern auch, wenn man will, gleichmässig angewandt werden, er hat mit einem Worte die oberste Kontrolle über die Gesetzmässigkeit des Verfahrens, nichts mehr und nichts weniger. Ausserdem ist er oberste Gerichtsinstanz und hat in allen Civil- und Kriminalsachen seine Kassationsurtheile zu sprechen und eben in dieser Beziehung sind seine Entscheidungen insofern von Bedeutung, als sie — wir deuten es schon hier an — den Gerichten eine ungefähre Handhabe zu der vom Senat zu erstrebenden, jedoch abgesehen davon schon in Art. XXVI der Einl. zu Th. III des Prov.-Rs für die Ostseeprovinzen gesetzlich vorgeschriebenen Gleichförmigkeit bei Auffassung und Anwendung der Gesetze darbieten, eine Handhabe, aus der sich

---

1) Vgl. Art. 55 des B. I des Swods der Reichsgesetze, Engelmann, l. c. S. 39. Daher bestimmt auch Art. 65 der Reichsgrundgesetze (B. I des Св. зак.), dass keine, auch nicht die höchste Behörde auch nur einen einzigen Buchstaben des fraglichen Gesetzes ohne Unterbreitung an Seine Majestät den Kaiser abzuändern befugt sein solle, sondern in allen ihren Verordnungen, Erlassen und Urtheilen sich strengstens nach dem buchstäblichen und genauen Sinn des Gesetzes zu richten resp. darauf ihre Verordnungen zu gründen hätte.

2) Vgl. Artt. 48, 49, 50 und 55 des B. I des Swods der Reichsgesetze

der Richter jederzeit bei etwa zweifelhaften Fällen seinen Rath holen kann[1]). Auch sind die Kassationsdepartements nur eine Abtheilung des Senats. Wenn nun selbst den vereinigten Departements des Senats, also dem ganzen Senat nicht einmal das Recht, Gesetze zu erlassen, aufzuheben, zu ändern, oder authentisch zu interpretieren zusteht, um wieviel weniger kann es dann nur einer Abtheilung des Senats, nämlich den beiden Kassationsdepartements zustehen?!

Wollte man ferner dem Senat wirklich das Recht zugestehen, von sich aus Gesetze zu diktieren oder dieselben authentisch auszulegen, so würde man dadurch in Widerspruch mit den in den Artt. 67, 207, 209 und 212 des B. I des Св. зак. enthaltenen Vorschriften des Reichsgrundgesetzes treten, denn in diesen Artikeln ist gesagt, dass der Senat seine Entscheidungen und Ukase nicht selbst von sich aus aufheben oder abändern darf, sondern dazu stets der Kaiserlichen Erlaubniss bedarf. Thatsächlich aber kommt es häufig vor, dass die Senatsentscheidungen in gleichen Fällen sich einander strikt widersprechen, die eine also gewissermaassen die andere, wenigstens stillschweigend aufhebt. In solchen Fällen soll man sich, wie der Senat vorgeschrieben hat, nach der neuesten Entscheidung richten[2]). — Ferner, wenn wirklich alle Gerichte an die Auslegung seitens des Senats gleichsam wie an ein Gesetz gebunden sein sollen, so müsste jede Abweichung des Gerichts von jener Auslegung einen entsprechenden Kassationsgrund abgeben, der vom Senat gemäss dem von ihm selbst vertretenen Princip gar nicht unberücksichtigt gelassen werden darf. Damit bindet sich aber der Senat selbst die Hände, denn er muss nunmehr der Kassation Folge geben, auch wenn er inzwischen hinsichtlich des betreffenden Streitpunktes nach reiflicher Ueberlegung anderer Ansicht geworden sein sollte[3]).

Also, wir wiederholen es: das Recht, Gesetze zu geben, zu ändern oder authentisch zu erläutern steht dem Senat nach den Grundgesetzen des Russischen Reiches nicht zu. Der Senat ist nur oberste Jnstanz in Civil-, Kriminal-, und -Messsachen und dient

---

1) Vgl. auch Шершеневичъ: „Наука“ S. 237.

2) Vgl. Энгельманъ, „учебникъ“, § 62, S. 310 und die das. in Note 3 angegeb. Entscheidungen.

3) Siehe hierzu Энгельманъ, „учебникъ“, S. 308

als Regulator für die gesetzmässige und möglichst gleichförmige Anwendung der Gesetze seitens der ihm unterstellten Gerichte. Dass eine Senatsentscheidung Gesetzeskraft erlangt, kann allerdings in praxi vorkommen, allein doch immer nur in der Weise, dass der Senat — wie vorhin erwähnt — seinen diesbezüglichen Antrag durch den Reichsrath an den Kaiser gelangen lässt. Dann ist es aber nicht der Senat mit seiner Entscheidung, sondern die allendliche Kaiserliche Bestätigung, was der Entscheidung in casu Gesetzeskraft verleiht. —

Es geht aus dem Bisherigen also hervor, dass der Senat sich eine Gesetzwidrigkeit zu Schulden kommen lassen würde, insofern er sich ein Recht anmasste, das ihm nicht zukommt. Ganz besonders klar und — soviel mir bekannt — auch in der Praxis anerkannt ist das, wenn gegebenen Falls die betreffende Senatsentscheidung gegen den klaren ausdrücklichen Sinn eines Gesetzes verstösst; eine solche ist für Niemanden verbindlich und kann daher noch weniger Gesetzeskraft für sich in Anspruch nehmen. Wenn also in solchen und andern Fällen der Senat dennoch für seine Entscheidungen in casu concreto Gesetzeskraft in Anspruch nimmt und sogar den Unterbehörden strikt vorschreibt, sich stets nach seinen Entscheidungen, nicht aber nach der „sogenannten Theorie“ zu richten, so begeht er damit eine Gesetzwidrigkeit, die durch den Justizminister, dessen Aufsicht der Senat seinerseits unterliegt, zu rügen und baldigst abzustellen ist. Es lassen sich noch weitere Gründe anführen, aus denen die Unrichtigkeit der Ansicht, als ob die Senatsentscheidungen gesetzliche Kraft hätten, erhellt. Sollte Letzteres nämlich in der That der Fall sein, so müssten ja die betreffenden Entscheidungen, auch wenn sie nur eine authentische Interpretation enthalten, in dem officiellen Gesetzesblatte („собраніе распоряженій и узаконеній Правительства“) publiciert werden, damit ein Jeder sich über sie instruieren und Niemand sich mit Unkenntniss der Gesetze entschuldigen kann[1]). Thatsächlich aber geschieht das nicht, folglich können solche principielle Fragen zum Austrag bringende Senatsentscheidungen nicht Gesetzeskraft für sich beanspruchen. Ferner würde die Thatsache, dass in die Sammlungen der Senats-

1) Vgl Artt. 57, 61 und 62 des B I des Swods der Reichsgesetze.

entscheidungen durchaus nicht alle, sondern (wenigstens seit dem J. 1877) nur die eine Gesetzerläuterung seitens des Departements enthaltenden Entscheidungen [1]) und auch unter diesen nur diejenigen aufgenommen werden, die der Departementsvorsitzende hierzu als passend ausgewählt hat, zu dem theoretisch wie praktisch gleich unhaltbaren Resultat führen, dass mit der Auswahl der zu publicierenden Entscheidungen auch die Frage nach der Gesetzeskraft derselben dem Ermessen des Departementsvorsitzenden anheimgestellt werden würde, worauf insbesondere Taganzew [2]) aufmerksam macht. Freilich also werden die Senatsentscheidungen in den vorher bezeichneten Grenzen publiciert und im Druck veröffentlicht, aber eben in besonders dazu angelegten Sammlungen und das Halten dieser ist besonders für die Justizbeamten nicht obligatorisch, während beim Reichsgesetzblatte das allerdings der Fall ist [3]).

Wie man aber zu Gunsten der von uns bekämpften Ansicht den Art. 813 der Civ. P.-O. und den Art. 930 [4]) der Crim. P.-O. anführen kann, erscheint wahrhaft unbegreiflich, denn dieser Artikel besagt weiter nichts, als dass in dem einzelnen Kassationsfalle das Untergericht, an das die Sache zur erneuten Prüfung gelangt, was den Sinn des fraglichen Gesetzes anbetrifft, sich strikt an die vom Senat in diesem Fall (nicht etwa in andern, wenn auch ähnlichen Fällen) ergangenen Erläuterungen und Erwägungen zu halten habe. Hiernach erscheint als das Aeusserste, was man zugeben kann, dieses, dass in dem einzelnen Kassationsfall die betreffende Senatsentscheidung für das Untergericht, an das die

1) Vgl. Энгельманъ, „учебникъ", § 1, S. 8.

2) Vgl. dessen „лекціи", S. 371.

3) An dieser Stelle ist jedoch zu bemerken, dass thatsächlich in der Praxis auch ungedruckte, schriftlich aufgezeichnete Senatsentscheidungen den gerichtlichen Urtheilen zu Grunde gelegt werden, was nicht möglich und erlaubt sein könnte, wenn die Senatsentscheidungen Gesetzeskraft haben sollten. Der Senat selbst hat sich gegen die unbedingt verbindliche Kraft der nicht publicierten Senatsentscheidungen ausgesprochen, vgl. Энгельманъ, „учебникъ", § 62 S. 310.

4) Der erstere lautet: Въ разъясненіи точнаго разума закона судебныя установленія обязаны подчиняться сужденію Сената . . . Beim zweiten heisst es im Eingange: „Судъ, въ который обращено дѣло для новаго рѣшенія, обязанъ, въ изъясненіи точнаго разума закона, подчиниться сужденіямъ Правительствующаго Сената . . ."

Sache zur nochmaligen Verhandlung gelangt — aber auch nur für dieses — sowie für die dabei betheiligten rechtsuchenden Partheien — aber auch nur für diese — allerdings die Kraft und Bedeutung eines Gesetzes hat[1]), insofern es sich strikt nach den in derselben angegebenen Gesichtspunkten zu richten hat, allein das ist nichts mehr und nichts weniger als das, was auch schon die Römer in dem bekannten Satze: „judicium jus facit inter partes" lehrten. Dass aber eine Senatsentscheidung auch abgesehen von dem einzelnen Fall Gesetzeskraft haben soll, steht in Art. 813 der Civ. P.-O. und Art. 930 der Crim. P.-O. nirgends drin und würde ausserdem dem strikten Wortlaut der Artt. 68 und 69 des B. I des Swods der Reichsgesetze widersprechen, der einfach besagt, dass alle gerichtlichen Entscheidungen, also auch die des höchsten Gerichtshofes nur für die Sache, in der sie ergangen sind, die Kraft eines Gesetzes haben. Gehört demnach das Recht, Gesetze zu geben, zu ändern oder authentisch zu interpretieren nicht in den Kompetenzenkreis des Senats hinein, können somit auch die Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. sowie die Artt. 930 und 933 der Crim. P.-O. ein solches Recht nicht enthalten, so muss der Sinn derselben nothwendig ein anderer sein, als er von den Vertheidigern der Gesetzeskraft angenommen wird. In Kürze ist er

---

1) Wie das auch schon aus dem Schlusssatz des Art. 813, der eine deutliche Bezugnahme bloss auf den einzelnen Kassationsfall enthält, hervorgehen dürfte. Insbesondere macht noch Engelmann учебникъ русск. гражд. судопр. S. 308 geltend, dass der Gebrauch der Mehrrheit („судебныя установленія) in Art. 813 der Civ. P.-O., wie aus der Quelle, aus der dieser Art. geschöpft ist, nämlich Art. 78 der полож. осн. преобр. суд. ч., sowie aus Art. 930 der Crim. P.-O. hervorgehe, auf ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen sei. In jenem Art. 78 heisse es nämlich „судъ" und nicht „судебныя установленія" und eben dieser Art. werde von den Motiven ausdrücklich als Quelle des Art. 813 der Civ. P.-O. denominiert.

Mit ebendemselben Recht beruft man sich ferner auch auf die dem Art. 813 der Civ. P.-O vorhergehenden Artt. 811 und 812, welche Bestimmungen darüber enthalten, wie sich das Gericht, dem die Sache zur erneuten Durchsicht und Entscheidung übergeben wurde, zu seiner früheren Entscheidung, insbesondere hinsichtlich des faktischen Sachverhaltes zu verhalten habe, während Art. 813 das Verhalten zur juristischen Seite des Processfalles regeln will (Siehe Энгельманъ l. c. Seite 307).

bereits früher angedeutet worden, es erübrigt aber noch einer etwas näheren Ausführung unserer früheren Bemerkung.

Im Grunde genommen besagen Artt. 815 der Civ. P.-O. und 933 der Crim. P.-O. übereinstimmend dieses, dass man sich auf die publicierten Senatsentscheidungen berufen könne, nicht, dass man sich auf sie berufen müsse, zwei Dinge, die doch gewiss sehr von einander verschieden sind: in Frage kommen hier nur Richter und Partheien. Die Richter können sich auf die publicierten Senatsentscheidungen berufen, sie sind aber nicht dazu gezwungen. Die Senatsentscheidungen sollen in casu concreto bei unklaren Gesetzen, bei „Lücken" in denselben u. s w. den Richtern als Wegweiser dienen, letztere sollen sich auf diese Entscheidungen in ihren Urtheilen berufen, eventuell sie diesen zu Grunde legen können,[1]) ganz abgesehen von der grossen theoretischen wie praktischen Bedeutung, die in der Kenntniss der Praxis des obersten Gerichtshofs für die Gerichte liegen muss. Bei dem Einfluss und Ansehen des Senats, bei der büreaukratischen Abhängigkeit der niedern Gerichte von ihm muss es sich dann, namentlich angesichts positiver Gesetze, wie der Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. und 933 des Crim. P.-O., ganz von selbst machen, dass jene niederen Gerichte in ihren Urtheilen eine möglichst strenge Anlehnung an die Senatsentscheidungen und deren Motive suchen, um von sich aus für die vom Senat selbst erstrebte Gleichförmigkeit in den Urtheilen beizutragen.[2]) Letzteres, d. h. die Herbeiführung grösstmöglichster Gleichförmigkeit in den Entscheidungen der Gerichte, das ist ohne Zweifel der Zweck gewesen, der dem Gesetzgeber bei Schaffung der Artt. 813, 815 und 933 vorgeschwebt haben mag. Für die rechtsuchenden Partheien ist die Kenntniss der Senatsentscheidungen aber auch von der grössten Wichtigkeit. Sie sind durch Veröffentlichung der Entscheidungen in die Lage versetzt, sich von der jeweiligen Ansicht des Senats über eine streitige Frage Kenntniss zu verschaffen und daraus eventuell für ihr weiteres processua-

1) Vgl. Энгельманъ учебникъ S. 308.

2) Vgl. Энгельманъ l. c. S. 310. — Auch die Wissenschaft wird auf die Senatsentscheidungen Rücksicht nehmen müssen, wofern sie nur innern Werth haben und sich nicht etwa über von der Theorie allgemein annerkannte Grundsätze oder gar über strikte Gesetzesaussprüche hinwegsetzen.

lisches Vehalten Nutzanwendung zu ziehen. Häufig wird beispielsweise ein Rechtsanwalt, wenn ihm mehrere auf seinen Processfall passende Senatsentscheidungen entgegenstehen, eine hoffnungslose Kassationsklage unterlassen, wodurch erstens Kosten vermieden werden und zweitens Zeit erspart wird und andererseits kann einer schon halbverlorengegebenen, de facto aber gerechten Sache dennoch zum Siege verholfen werden, wenn die betreffende Parthei nach Auffindung von mehrern auf ihren Fall passenden und für sie sprechenden Senatsentscheidungen die Kassationsklage beim Senat anstellt und mit dieser durchdringt, ganz zu geschweigen davon, dass im ersten Fall die Arbeitslast der Gerichte durch Fallenlassen so mancher Processe beträchtlich gemindert werden muss.

Es soll gewiss nicht geleugnet werden, dass möglichste Gleichförmigkeit und Gleichmässigkeit der gerichtlichen Urtheile bei gleichen oder doch ähnlichen Fällen für die gedeihliche Entwickelung des Rechtslebens von der äussersten Wichtigkeit sein muss, allein ebenso sehr muss man es andererseits zugeben, dass der Weg, den der Gesetzgeber zur Erreichung dieser gewiss hohen Ziele mit Erlassung der Artt. 813, 815 der Civ. P.-O. und des Art. 933 der Crim. P.-O. eingeschlagen hat, ein sehr gefährlicher, ja verderbenbringender werden musste und geworden ist, insbesondere für die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der richterlichen Ueberzeugung und Auffassung, wodurch denn die Wissenschaftlichkeit der Praxis nothgedrungen leiden musste.

Art. 815 der Civ. P.-O. besagt nur, dass die den genauen Sinn eines Gesetzes erläuternden Senatsentscheidungen zum Behufe dessen, dass die Gerichte sich damit bekannt machen und dieselben auf diese Weise gleichförmig anwenden könnten, publiciert werden, nicht werden müssen:[1])

„Публикуются во всеобщее свѣдѣніе, для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію оныхъ“. Dieser Artikel giebt also nur den Zweck an, der mit der Publication der Senatsentscheidungen erreicht werden soll, nichts mehr und nichts weniger. Dasselbe spricht Art. 933 der Crim. P.-O. aus, der wie wir sahen, mit Art. 815 cit. fast ein und denselben Wortlaut hat. Alles dies hat der Senat, indem er sich, insbesondere auch wohl

1) Vgl. Энгельманъ l. c. S. 308.

gestützt auf Art. 813 der Civ. P.-O. und Art. 930 der Crim. P.-O. — der indess, wie wir gezeigt zu haben glauben, einen ganz andern Sinn hat — für seine Entscheidungen die Gesetzeskraft vindicierte, ganz entschieden verkannt. Der Satz: „bei sich gleichbleibenden Fällen müssen auch die Urtheile der Gerichte gleich sein", der dem Gesetzgeber bei Erlass von Gesetzesartikeln wie der Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. und des Art. 933 der Crim. P.-O. vorgeschwebt haben mag, konnte ganz klar und direkt so in dieser Form und Gestalt gesetzlich fixiert und ausgesprochen werden, während die vom Gesetzgeber de facto gewählte Form wohl nur als eine höchst unglückliche, verhängnissvollen Missverständnissen Raum gebende bezeichnet werden kann. Denn auch das Weitere haben sowohl der Senat als auch die andern Vertheidiger der Gesetzeskraft der Senatsentscheidungen gänzlich ausser Acht gelassen, dass der obige zwar im gemeinen Recht begründete Satz: „in gleichen Fällen müssen sich die gerichtlichen Urtheile gleich bleiben", noch durchaus einer nähern Bestimmung und Einschränkung unterliegt, insofern derselbe zunächst davon zu verstehen ist, dass das einzelne, in Frage kommende Gericht bei übereinstimmenden Fällen verpflichtet ist, in seinen Urtheilen mit den von ihm früher in derartigen gleichen Fällen gefällten Urtheilen in grösstmöglichster Uebereinstimmung zu bleiben, nicht aber davon, dass die Gerichte gezwungen sein sollen, sich womöglich gegen ihre eigene bessere Ueberzeugung den von dem obersten Revisionsgerichtshof gefällten principiellen Entscheidungen unterzuordnen [1]) oder gar sich nach den seitens der übrigen Gerichte in gleichen Fällen konstant erfolgten Urtheilen d. h. nach dem Gerichtsgebrauch (usus fori) zu richten. Denn zugegeben auch, dass der konstante Gerichtsgebrauch als eine Art des Gewohnheitsrechts neue Rechtssätze ins Leben rufen kann und dass sowohl Theorie wie auch Praxis bei ihren wissenschaftlich-logischen Operationen diesem Faktor Rechnung tragen müssen, mithin also den Gerichtsgebrauch nicht unberücksichtigt lassen dürfen, so darf doch andererseits eine solche Konstanz, so wünschenswerth sie auch immerhin im Interesse einer gedeihlichen Rechtsentwickelung sein mag, nicht auf Kosten der

1) Siehe l. 13 C. VII, 45, Keller: Pandekten B. I (1867) § 4 S. 15. Anders dagegen Thibaut: System des Pandektenrechts B. I (8. Ausg.) Seite 15

Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Gerichte in der Rechtssprechung befürwortet werden. Das wäre doch aber der Fall, wenn ein Gesetz existierte, das den Richter, der nur auf das zu erkennen hat, was nach dem Gesetz Rechtens ist, veranlasste, sich mit seinem Urtheil in einer streitigen Frage wider seine innerste Ueberzeugung einem von ihm als unrichtig und andern positiven Gesetzen widersprechenden Gerichtsgebrauch anzupassen. Das Urtheil des Richters ist nicht minder das Resultat einer logisch-wissenschaftlichen Operation als die wissenschaftliche Forschung des Theoretikers, woher nicht abzusehen ist, wesshalb bei jenem eine zwangsweise Beeinflussung der wissenschaftlichen Ueberzeugung statthaft sein soll, bei diesem dagegen nicht? Welche Achtung könnte das Publikum vor den Gerichten und ihrer Thätigkeit haben, wenn die Glieder derselben jeder Selbstständigkeit beraubt zu blossen mechanischen Werkzeugen eines von oben her z. B. dem höchsten Gerichtshofe diktierten Willens herabgesunken sind?

Auch fragt sich noch sehr, ob von den zwei Uebeln, nämlich leichtes Aufgeben früherer Präjudicien und dadurch veranlasste Ungleichmässigkeit in der Rechtssprechung eines Bezirkes und dem zähen eigensinnigen Festhalten an von der Wissenschaft längst überwundenen und als unrichtig verworfenen Sätzen [1]), letzteres wirklich das kleinere ist? Wie könnte sich auch ausserdem ein neuer Gerichtsgebrauch bilden, wenn die Gerichte immer und immer wieder denselben Gerichtsgebrauch befolgen sollen? Von irgend einem Gericht muss doch einmal der Anstoss zu einem neuen Gerichtsgebrauch ausgehen. Wir gehen aber noch weiter und nehmen an, dass ein Gericht sogar zu einer seinen eigenen früheren Entscheidungen widersprechenden Urtheilsfällung berechtigt ist, falls es nämlich seine wissenschaftliche Ueberzeugung betreffs einer streitigen Frage geändert hat und für diese seine Meinungsänderung Gründe anführen kann. Ja in solchem Falle dürfte es sogar zu letzterer verpflichtet erscheinen, insofern nämlich das Rechtsprechen nach bestem Wissen und Gewissen der oberste Grundsatz eines jeden Rechtsstaates ist und sein muss. Es braucht daher dieser letzte Satz den Einwand, dass in derartigen Fällen der Willkühr in der Rechtsprechung Thür und Thor geöffnet werde,

1) Vgl. Dernburg: Pandekten B. I (1896) S. 64.

nicht zu fürchten. Aus dem bisher Gesagten geht aber natürlich noch das Weitere hervor, dass, selbst wenn der Richter gezwungen sein sollte, sich bei seinen Urtheilen nach analogen Senatsentscheidungen zu richten oder genauer ausgedrückt: selbige seinen Urtheilen zu Grunde zu legen, letzterem doch einerseits unter mehrern in derselben Frage einander widersprechenden Senatsentscheidungen die freie Auswahl je nach seiner Ueberzeugung zustehen dürfte, dieser also immerhin noch ein gewisser Spielraum eingeräumt bliebe; andererseits aber könnte man allendlich dahin gelangen, dass man so schliesst: wenn die streitige Fragen regelnden Senatsentscheidungen ipso jure wirklich gleich den Gesetzen sein sollen, in der Auslegung der letztern jedoch schon nach allgemeinen Grundsätzen die richterliche freie Ueberzeugung nach keiner Seite hin Einschränkungen erfahren darf, so muss es auch dem Wissen und Gewissen der Richter anheimgestellt bleiben zu beurtheilen, weniger ob in casu die in der Senatsentscheidung entwickelten Principien für richtig zu halten sind oder nicht, als vielmehr ob sie auf den konkreten Fall passen, mit andern Worten, ob das fragliche Gesetz hier anzuwenden sei oder nicht?[1]) Wollte also der Gesetzgeber mit dem Erlass von Gesetzen wie den Artt. 813 u. 815 der Civ. P.-O. und den Artt. 930 u 933 der Crim. P.-O. auf eine gleichmässige Anwendung und Auslegung der Gesetze hinwirken, so waren Artikel, wie die ebenerwähnten nicht nur nutzlos, sondern mussten auch, wie später gezeigt werden soll, für die weitere Gestaltung des Rechtslebens, insbesondere der Ostseeprovinzen nothwendig verderblich werden. Es war nicht nur ein gefährliches, sondern auch ein verfehltes Mittel, zu dem der Gesetzgeber damit griff.

Es bedurfte aber — was wir schon früher angedeutet haben — gar nicht der oben genannten Artikel, um eine Gleichförmigkeit in der Urtheilssprechung und sonstigen Gerichts- resp. Rechtspraxis herbeizuführen. Denn wenn eine Gerichtsinstitution in so grossem Ansehn steht, wie der mit büreaukratischen Machtbefugnissen ausgestattete Senat des Russischen Reiches, so muss es auch ohne Gesetze, wie die Artt. 813, 815, 930 und 933 mit Nothwendigkeit dahin kommen, dass die Gerichte sich unwillkührlich durch die von ihm ausgehenden Entscheidungen beeinflussen lassen, wie das ja auch in Frank-

1) Vgl. Энгельманъ учебникъ S. 310.

reich [1]) und ebenso in Deutschland mit den Reichsgerichtsentscheidungen der Fall ist, von denen die wichtigsten gleichfalls gesammelt und publiciert werden, ohne dass man hieraus irgend welche weitere Konsequenzen zu Gunsten der Gesetzeskraft dieser Entscheidungen zieht. — Geschieht nun das, bedienen sich die Gerichte bei Beurtheilung schwieriger Rechtsfragen als Handhabe allgemein der Senatsentscheidungen, so kann damit in der That die oft erwähnte Gleichförmigkeit in der Anwendung und Auslegung der Gesetze erzielt werden, obschon das nicht regelmässig und immer der Fall zu sein braucht, da die Senatsentscheidungen einander zuweilen direkt widersprechen, ja sogar die eine die andere nicht selten aufhebt.

Noch ein anderer Punkt darf hier nicht übersehen werden, auf den besonders Scherschenewitsch [2]) aufmerksam macht. Es ist das die in unserem Reiche allgemein beliebte Methode der häufigen Versetzung der Justizbeamten von einem Ressort in das andere. Es ist eine sehr gewöhnliche Erscheinung, dass Untersuchungsrichter oder Prokureursgehülfen Gerichtsglieder und zwar nicht der Kriminal- sondern der Civil-Abtheilung des Bezirksgerichts werden, wo es denn natürlich ist, dass sie in ihrer häufig langjährigen kriminalistischen Thätigkeit jede Fühlung mit dem Civilrecht verloren, das auf der Universität Gelernte längst vergessen haben und nun von vorn anfangen müssen, gewiss zum Nachtheil einer gleichmässigen Anwendung und Auslegung der Civilgesetze, deren Verständniss ihnen abhanden gekommen ist. Aber auch innerhalb des einzelnen Gerichts sind häufige Versetzungen und schneller Wechsel der Gerichtsglieder an der Tagesordnung. Das Gericht A. z. B. befolgt die und die Praxis. Jetzt wird ein Glied desselben, nachdem es sich kaum „eingearbeitet“ hat, an das Gericht B. versetzt, wo vielleicht eine ganz andere Ansicht über gewisse Rechtsfragen herrscht. Die übrigen Gerichtsglieder theilen nun vielleicht die Ansicht des neu Hinzugekommenen und sofort bildet sich eine neue, der bisherigen entgegensetzte Praxis. Das haben besonders auch die Bezirksgerichte der Ostseeprovinzen erfahren. Der Th. III des Prov.-Rs. erfordert ein besonderes Studium, auf das — dem frühern juristischen Lehrplan auf unserer Landesuniversität zufolge — Insti-

1) Vgl. Энгельманъ учебникъ S. 310.

2) Vgl. dessen наука S. 239 f.

tutionen und Pandekten, sowie das germanische Privatrecht [1]) gleichsam vorbereiteten. Auf den innerrussischen Universitäten wurde das ostseeprovincielle Privatrecht nur so nebenbei behandelt, die Vorlesungen darüber wurden häufig mit den Vorlesungen über den X. B. des Swod verbunden. Viel anders ist das auch jetzt nicht geworden, obwohl besondere Lehrstühle für provincielles Recht errichtet worden sind, denn das Hören dieser Vorlesungen sowie die Kenntniss des Provincialrechts soll nur für die Personen obligatorisch sein, die Justizämter in den Ostseeprovinzen zu bekleiden wünschen. Dazu kommt, dass das germanische Recht als besonderer specieller Unterrichtsgegenstand vom Lehrplan der Landesuniversität gestrichen, auf den übrigen russischen Universitäten aber überhaupt niemals vorgetragen worden ist, trotzdem, dass es einen Theil der Grundlagen des Th. III des Prov. Rs bildet. Wird nun ein Justizbeamter aus dem Innern des Reiches in die Civilabtheilung eines baltischen Bezirksgerichts versetzt, so kann es nicht Wunder nehmen, wenn seine Kenntnisse des Provincialrechts nur ungenügende sind. Hat er sich nun aber durch fleissiges Studium nothdürftig mit dem letztern bekannt gemacht und sich über diese oder jene Fragen bestimmte Ansichten gebildet, so wird er flugs an ein anderes Gericht, häufig sogar in ein anderes Gouvernement versetzt. An seine Stelle treten andere, die natürlich auch andere Ansichten haben. In dem Masse, wie sich solche Versetzungen wiederholen, ist ein unheilvolles Schwanken in der Gerichtspraxis gegeben. Hier müsste der Staat eingreifen und einen andern Modus finden. Die schnellen und häufigen Versetzungen müssen aufhören, die Ueberführung eines Justizbeamten aus dem Kriminalressort ins Civilressort oder umgekehrt für unstatthaft erklärt werden. Auch das muss zur Herbeiführung einer gewissen Konstanz der Gerichtspraxis beitragen. Sind demnach die Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. und 930 und 933 der Crim. P.-O. durchaus ungeeignet, das vom Gesetzgeber erstrebte Ziel zu verwirklichen, so dürfte mit dem Art. XXVI der Einl. zu Th. III des Prov. Rs., von dem man nur wünschen kann, dass unsere

1) Dass letzteres als selbstständiges Fach ebenso wie die deutsche Rechtsgeschichte überhaupt aus dem juristischen Lehrplan der Jurjewer Universität gestrichen ist, erscheint uns als ein entschiedener Fehlgriff.

Richter sich den Geist desselben wirklich zu eigen machen und ihm konstant folgen, gerade das Gegentheil stattfinden. Der Art. XXVI beginnt damit, dass er darauf hinweist, wie selbst die Entscheidungen der höchsten Justizbehörden nicht die Kraft eines Gesetzes hätten und folglich für andere Fälle keineswegs massgebend sein könnten, fügt aber weiter hinzu, dass, da die Gerichte verpflichtet seien, unter ganz übereinstimmenden Verhältnissen in ihren Urtheilen folgerecht zu bleiben, die Partheien in casu concreto berechtigt seien, sich darauf zu berufen, dass früher in gleichen oder doch ähnlichen Verhältnissen ebenso geurtheilt worden sei. Wörtlich sagt der 2-te Absatz des Art. XXVI:

„Insofern jedoch die Richter verpflichtet sind, in ihren Urtheilen, unter ganz übereinstimmenden Verhältnissen folgerecht zu bleiben, ist es den rechtsuchenden Partheien nicht verwehrt, zur Begründung ihrer Anspüche, sich auf früher ergangene, rechtskräftig gewordene, übereinstimmende Erkenntnisse des Gerichts zu beziehen".

Diese Gesetzesstelle enthält zweierlei: erstens einen Hinweis auf die Pflicht eines jeden Gerichts, in gleichen Fällen auch gleiche Urtheile zu fällen. Der Art. spricht zwar nur von „den Richtern", allein der Sinn kann in Uebereinstimmung mit dem an einer früheren Stelle schon berührten Satz des gemeinen Rechts kein anderer als der sein, dass es ein und dasselbe Gericht ist, das in seinen Urtheilen unter denselben Verhältnissen sich gleich zu bleiben verpflichtet ist [1]), nicht etwa, dass das eine Gericht verpflichtet sei, sich in seinen Urtheilen bei gleichen Fällen überall nach den Entscheidungen anderer ihm coordinierter Gerichte und vollends gar der höheren oder höchsten zu richten, es sei denn, dass sich ein allgemeiner usus fori gebildet hat, den das Gericht zu kennen und dementsprechend anzuwenden hat. Dafür spricht schon der am Schluss des Art. XXVI gebrauchte Ausdruck: „des Gerichts", an Stelle dessen es wohl besser hätte heissen müssen: „desselben Gerichts".

Zweitens giebt Art. XXVI den processführenden Partheien das Recht, sich zur Begründung ihrer strittigen Ansprüche auf früher in gleichen Fällen übereinstimmend ergangene und rechts-

1) Vgl. Thibaut, System B. I, S. 14 f.

kräftig gewordene Entscheidungen, d. h. die frühere Praxis desselben Gerichts zu berufen.

Damit ist durchaus nicht gesagt, dass Richter und Partheien nicht auch unterstützungsweise zu Gunsten ihrer Ansichten die in gleichen Fällen vom obersten Gerichtshof ergangenen Urtheile anführen können und dürfen, insbesondere wenn es sich auch dort um eine konstante Gerichtspraxis handelt, ja es wird etwas sehr Gewöhnliches sein, dass sich die Untergerichte bei ihren Urtheilen auf die vom höchsten Gericht in gleichen Fällen beobachtete Praxis berufen.

Wie dem aber übrigens auch sein mag, so viel steht immerhin fest, dass Bestimmungen, wie die des Art. XXVI der Einl. zu Th. III des Prov.-Rs jedenfalls höchst vernünftige zu nennen sind. Wenn der Richter schon prima facie durch das Gesetz verpflichtet wird, bei gleichen Fällen von seinen früheren Entscheidungen nicht ohne zwingende Gründe oder besondere Veranlassung — wozu auch die durch Annahme einer neuen wissenschaftlichen Theorie erfolgende Meinungsänderung gehören dürfte — abzuweichen, so bedarf es dann gar keines Anstosses mehr von oben her, oder auch nur eines Gesetzes, das zur Herbeiführung einer gleichmässigen Rechtssprechung, insbesondere bei streitigen Rechtsfragen es den Richtern zur Pflicht macht, sich bei Entscheidung des konkreten Rechtsfalles nach den vom obersten Gerichtshof in gleichen oder ähnlichen Fällen gefällten Urtheilen und deren Motivierung zu richten, selbige also gleichsam — um eine beliebte Kanzelleiphrase zu gebrauchen — sich zur „Richtschnur“ zu nehmen.

Gegen eine solche Fassung der so bedenklichen Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. hätte man nichts einzuwenden. Leider ist jedoch in dieser Hinsicht bis jetzt auch nicht die geringste gesetzgeberische Abänderung erfolgt.

Fragen wir nun, welches in Kürze der Unterschied zwischen den Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O., den Artt. 930 und 933 der Crim. P.-O einerseits und dem Art. XXVI der Einl. zu Th. III des Prov.-Rs., andererseits ist, insbesondere was ihre innere Tendenz anbetrifft, so muss die Antwort darauf dahin lauten, dass sich letzterer Art. direkt gegen die für andere Fälle verbindliche Kraft der von der höchsten Instanz — also dem Senate — ausgehenden Urtheile und zwar so allgemein wenden zu wollen

scheint, dass auch die dem Sinn irgend eines dunkeln Gesetzes erläuternden Urtheil als von dem Gesetz nicht ausgenommen angesehen werden dürfen, somit also die vollständige Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Gerichte in den von ihnen zu fällenden Entscheidungen principiell anerkennt, zu gleicher Zeit jedoch nicht vergisst, dieses allgemeine Princip durch Aufstellung der mehrfach erwähnten dem gemeinen Recht entnommenen Regeln einzuschränken, dass ein und dasselbe Gericht verpflichtet ist, bei gleichen Umständen sich in seinen Urtheilen gleich zu bleiben, also nicht berechtigt ist, ohne Grund von seinen in frühern übereinstimmenden Fällen ergangenen Entscheidungen abzuweichen. Art. XXVI will sagen: die Freiheit der richterlichen Ueberzeugung bei Fällung der Urtheile darf sogar durch die höchstinstanzlichen Entscheidungen in keiner Weise tangiert werden; er stellt sich also in gewissem Sinn gleichzeitig als lex-prohibitiva gegenüber dem obersten Gerichtshof d. h. dem Senate dar, zu deren strikter Beobachtung letzterer unbedingt gehalten ist.

Im Gegensatz dazu weist Art. 815 der Civ. P.-O. auf die den genauen Sinn eines dunkeln Gesetzes erläuternden Kassationshofentscheidungen des Senats hin, durch deren Publikation eine grösstmöglichste Gleichmässigkeit in der Auslegung und Anwendung der Gesetze seitens der Untergerichte erzielt werden soll, thut das aber in einer Form, aus der, zusammengenommen mit dem Art. 930 [1]) der Crim. P.-O bei nicht völliger Unbefangenheit und ruhiger Prüfung herausgelesen werden kann und thatsächlich auch herausgelesen wird, dass die den Sinn eines Gesetzes erläuternden Senatsentscheidungen von den Gerichten gleich positiven Gesetzen zur unabweichlichen Richtschnur genommen werden müssen: Art. 815 der Civ. P.-O. befürwortet scheinbar die Gesetzeskraft der Senatsentscheidungen, Art. XXVI der Einl. zu Th. III. des Prov. Rs erklärt sich klar und ausdrücklich gegen dieselbe. Dass dieser Widerspruch — wenn man ihn überhaupt so nennen will — nicht etwa in der Weise gelöst werden kann, dass man den Art. XXVI der Einl. zum Th. III. des Prov. Rs. als durch die den Reichsprocess

1) Der aber, wie wir gezeigt haben, einen ganz andern Sinn hat.

in den Ostseegouvernements einführende Justiznovelle vom 8. Juli 1889, insbesondere durch den Art. 815 aufgehoben erachtet, ist schon zu Anfang dieser Abhandlung angedeutet worden und es mag an dieser Stelle nur nochmals darauf hingewiesen werden, dass in der Fortsetzung zum Th. III. des Prov. Rs vom Jahre 1890 unter dem officiellen Titel: „Продолженіе свода гражданскихъ Узаконеній губерній прибалтійскихъ 1890 года," alle Abänderungen und Neuerungen des Provincialswods sowie speciell auch der Einleitung zu demselben — soweit solche durch die Justiznovelle vom 8. Juli 1889 veranlasst worden sind — genau angegeben werden, ohne dass sich darunter der Art. XXVI der Einl. zu Th. III des Prov. Rs befindet, der somit als durch die erwähnte Justiznovelle unberührt und daher noch heute geltend anzusehen ist. (Vgl. auch arg. Art 72 d. B. I des Swods der Reichsgesetze).

Ist nun einerseits eine Vorschrift, wie sie in Art. 815 der Civ. P.-O. enthalten ist, zwecklos und müsste sie eher durch eine Bestimmung ähnlich der des Art. XXVI Th. III des Prov. Rs ersetzt werden, so ist sie andererseits zusammengenommen mit Art. 813 der Civ. P.-O. sogar noch — was bereits angedeutet wurde — ausserordentlich gefährlich resp. gefährlich gewesen und zwar bis zu einem solchen Grade gefährlich, dass der Vortheil der an früherer Stelle berührten durch Art. 815 der Civ. P.-O. möglicherweise gewährten Aussicht auf eine gewisse Gleichmässigkeit in der Auffassung, Auslegung und Anwendung der Gesetze seitens der Gerichte hinter den mit obigem Gesetzesartikel verbundenen und durch ihn drohenden Gefahren und Nachtheilen für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, das heisst also für das gesammte Rechtsleben insbesondere unserer Ostseeprovinzen um ein Bedeutendes zurücksteht. Haben sich aber die Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. in ihrer gegenwärtigen Fassung in der That als für die Rechtsentwickelung nicht nur des übrigen Russlands, sondern auch speciell unserer Ostseeprovinzen verhängnissvoll erwiesen, so kann die daraus zu ziehende logische Folgerung natürlich keine andere als die sein, dass es nöthig ist, das Uebel an der Wurzel zu fassen und die §§ 813 und 815 der Civ. P.-O., sowie die §§ 930 und 933 der Crim. P.-O. ein für allemal zu streichen und wir sprechen in dieser Veranlassung die Hoffnung aus, dass die vor der Thür stehende Reform des Russischen

Gerichtswesens und -Verfahrens Missgriffe, wie die Artt. 815, 930 u. 933 vermeiden wird. Indess damit allein, mit einer blossen Aufhebung dieser Gesetzesartikel ist es noch nicht gethan. Denn schon haben die Artt. 813 und 815 im Verein mit den Artt. 930 und 933 eine Reihe von Uebelständen gezeitigt, die der gedeihlichen Rechtsentwickelung im grossen Russischen Reiche eine nicht gerade vielverheissende Prognose stellen. Der künftigen Gesetzgebung fällt also in dieser Beziehung die doppelte Aufgabe zu, einmal, diese Uebel selbst auszurotten und zweitens auch die Folgen dieses Uebels nach Möglichkeit zu beseitigen resp. ihrer Widerkehr einen Damm entgegenzusetzen. Halbe Massnahmen genügen hier nicht. Allein nicht nur der Staat, auch die Gesellschaft und insbesondere die juristischen Glieder derselben können in dieser Beziehung Abhilfe schaffen, wofern nur jeder Jurist, welchen Platz er auch immer an der grossen Staatsmaschine einnehmen mag, nicht nur seinem Beruf, sondern in und mit ihm auch seiner Wissenschaft mit Leib und Seele ergeben ist. Wehe der Wissenschaft, wenn der Beruf ohne Lust und handwerksmässig, in einer der Wissenschaft widersprechenden Art und Weise ausgeübt wird, wehe aber auch andererseits der Wissenschaft, wenn sie ohne auf die Erscheinungen des praktischen Lebens Rücksicht zu nehmen und ohne sich um die Resultate der Praxis, die in den Urtheilen niedergelegten Ansichten der praktischen Juristen zu kümmern in eitler Selbstüberhebung sich in dem fortgesetzten Ausbauen ihrer Theorieen gefällt, von denen sie manches Mal selbst nicht weiss, ob sie die Möglichkeit lebendiger Anwendung gewähren oder nicht! Sehr zu beherzigen wären hier die Worte Keller's Pand. B. I § 1 S. XIII: „Unsere Wissenschaft ist auf das frische Leben und Treiben der Menschen berechnet. Auf dieses soll sie unmittelbar und mittelbar einwirken. Aus diesem muss sie daher auch geschöpft sein“ ..... sowie auf S. XIII eod. „Als frisches und gesundes Glied der Menschheit leben, sich selbst in diesem Leben natürlich, frei, würdig bewegen, in dasselbe mit frischem Blicke hineinschauen, Sitte, Art, und Treiben der Andern beobachten, davon die auf dem Wege des Unterrichts und des eigenen Studiums gelernten Regeln abspiegeln und sie klar und geläutert zurückempfangen als wirksame Lebenskräfte: so dieselben auf die vorkommenden Fälle anwenden und mit Leichtigkeit und Sicherheit vom Abstrakten zum Conkreten und umgekehrt übergehen, in der

abstrakten Regel stets den künftigen Fall, die Lebenserscheinung in dem gegebenen Falle die Idee, die Regel zu erblicken, mit einem Worte im Leben sich geschickt bewegen, im Gebiete der Abstraktion heimisch werden, und die Communication zwischen beiden nicht einen Augenblick verlieren — das ist die wahrhaft wissenschaftliche Befähigung, welche als der Zweck aller juristischen Studien festgehalten werden muss und neben welcher alles Andere nur als Mittel erscheint. So nur wird die juristische Bildung zugleich eine wahrhaft praktische und dabei eine würdige Seite der allgemeinen höheren menschlichen Bildung." Die bittere Feindschaft zwischen Theorie und Praxis ist einer der hauptsächlichsten der krassen Anwendung von Artikeln wie Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. und Artt. 930 und 933 der Crim. P.-O. zu Grunde liegenden Uebelstände und dieses sowie manches andere Unerfreuliche haben dem bis zur Justiznovelle v. 8. Juli 1889 in so gesunder Entfaltung begriffen gewesenen Rechtsleben der baltischen Provinzen eine bedenkliche Wendung zum Schlechteren gegeben und hier dieselben Zustände geschaffen, wie sie in den übrigen Gouvernements des Russischen Reiches bereits früher Wurzel gefasst hatten. Ein grelles Licht wirft auf diese Verhältnisse ein Fall, über den uns Scherschenewitsch in seiner bereits erschienenen Schrift: „Наука гражданскаго права въ Россіи," S. 237 ff. berichtet. Daselbst wird uns nämlich eine Senatsentscheidung (v. Jahre 1891 sub Nr. 62) mitgetheilt, deren Fassung jene Uebelstände in drastischer Weise zum Ausdruck bringt und uns einen tiefen Blick in die Rechtsauffassung unseres höchsten Gerichtshofes thun lässt, von der letzterer — wie es scheint — auch noch am Anfang des neuen Jahrhunderts beherrscht zu werden scheint. Es handelte sich um ein Urtheil der Wilnaschen Palate, das in der Kassationsentscheidung des Senats auf das Schärfste kritisiert wird. Unglücklicherweise hatte es die Palate in ihrem so abfällig kritisierten (in Wahrheit noch mehr als kritisierten) Urtheil gewagt, die im Russischen Civilrecht thatsächlich bestehende Lücke betreffs der Simulativgeschäfte durch Zuhilfenahme der Theorie auszufüllen, wobei auf die diesbezüglichen Werke verschiedener französischer und anderer ausländischer Schriftsteller, wie z. B. Laurent und Dalloz u. s. w. verwiesen wird. Darauf wird ihr aber seitens des Senats mit einer langen Speisekarte von Vorwürfen gedient, von denen wir mit Scherschenewitsch (vgl. l. c. S. 238) nicht nur keinen einzigen für irgendwie berechtigt anzuer-

kennen vermögen, sondern von denen im Gegentheil jeder einzige den Stempel gänzlichen Mangels an tiefer juristischer Auffassung nur zu offen an der Stirne trägt. Der Senat verweist der Palate das Citieren wissenschaftlicher Autoritäten in der Entscheidung als einen ungehörigen und von der allgemein gebräuchlichen richtigen Auslegungsmethode abweichenden Interpretationsmodus. Sich auf Bestimmungen des Römischen Rechts sowie überhaupt auf die Forschungen der „sogenannten Theorie" des Rechts („такъ называемой теории права") zu stützen, sei unzulässig und verbiete sich schon im Hinblick auf Art. 9 der Civ. P.-O. Auch habe die Palate in ihrer Entscheidung mehreremals ohne jede Veranlassung der Russischen Sprache völlig fremde Ausdrücke, wie z. B. „симулятивность", „фиктивность" et. c. gebraucht. Die Haltlosigkeit dieses letztern Vorwurfs ist angesichts der unbestreitbaren Thatsache, dass nicht nur die Russische Rechtssprache, sondern auch die anderer Länder für eine ganze Reihe von Begriffen entweder keinen entsprechenden oder doch wenigstens keinen so präcisen Ausdruck wie den fremdsprachigen aufweisen, so auf der Hand liegend, dass man über sie füglich zur Tagesordnung übergehen kann. Giebt es heutzutage doch kaum ein Gericht in Russland, den Senat selbst nicht ausgenommen, in dessen Gerichtssprache sich Ausdrücke wie контрагентъ, легатарій — die zudem noch vom Gesetze selbst anerkannt und gebraucht werden [1]) — nicht ganz und vollständig eingebürgert hätten und doch sind auch diese nichts weniger als genuin russisch. Er wäre ganz interessant zu erfahren, welches denn nach Ansicht des Senates die richtige, den Vorschriften der Gesetze entsprechende Methode der Auslegung und Anwendung der Gesetze sein soll? Etwa ein fortwährendes und bei jeder Gelegenheit angebrachtes Sichberufen auf frühere Senatsentscheidungen? Wie Scherschenewitsch (S. 238) ganz richtig sagt, wirft der Senat mit diesem Kassationsurtheil der Theorie den Fehdehandschuh hin, indem er den Untergerichten die Zuhilfenahme der Theorie einfach verbietet. Der Senat vergisst ganz, wie nothwendig für eine gesunde und gedeihliche Rechtsentwickelung gerade das Zusammengehen von Theorie und Praxis insbesondere auf dem Gebiete des Civilrechts ist [2]). Statt dessen offene Feindschaft zwischen

1) Vgl z. B. Artt. 2206 ff. Th. III des Prov. Rs.

2) Vgl. die im Vorhergehenden citierte Stelle bei Keller Pand. B. I. S. XIV.

Theorie und Praxis, eine vom höchsten Gerichtshof ausgehende an die Adresse der „sogenannten“ Theorie gerichtete Kriegserklärung vom reinsten Wasser! Das sollte aber nicht sein! Praxis und Theorie sollen im Gegentheil stets ein harmonisches Ganzes bilden und das können sie sehr wohl, zumal sie gar keine Gegensätze in sich schliessen. Es ist ein heutzutage garnicht mehr bestrittener Satz, dass die Praxis weiter nichts als eine Anwendung der Theorie ist, daher aber auch andererseits die letztere bestrebt sein muss, den Anforderungen der erstern gerecht zu werden und sich nicht in haltlose Phantastereien zu verlieren und dem Ausbau von Dogmen hinzugeben, deren Brauchbarkeit für das praktische Leben eine sehr problematische ist [1]). Nur dann, wenn der Satz, dass die Praxis weiter nichts als angewandte Theorie ist, sich in der Ueberzeugung Aller festgesetzt hat, nur dann, wenn die Theorie wirklich nur die lebendigen also praktisch verwerthbaren Rechtssätze lehrt und erläutert und nur dann endlich, wenn beide, Theorie und Praxis, ihrer Schwesterschaft sich bewusst, von einander nehmen und einander geben, nur dann ist jenes gesunde Verhältniss von Theorie und Praxis zu einander vorhanden, das die nöthigen Garantieen für eine normale Rechtsentwickelung abzugeben vermag. Der Satz: die Theorie soll das lebendige practisch geltende Recht lehren und die Praxis soll das Gelehrte anwenden [2]) hat dann nichts Befremdendes mehr. So wenig wir einerseits die sogenannte Rechtsgeschichte — da sie zum wahren Verständniss des gewordenen Rechts wegen seines Zusammenhanges mit dem werdenden unumgänglich gelehrt werden muss — missen wollen [3]), so ekelhaft berührt es andererseits, wenn in theoretischen Werken immer und immer wieder Rechtssätze vorgetragen werden, die genau besehen für das praktische

1) Vgl. besonders den (nach stenographischer Niederschrift bearbeiteten) Vortrag von Stölzel: Rechtslehre und Rechtsprechung, (Berlin 1899) S 4. ff. u. S. 12. ff. S. 56 ff., der besonders darauf hinweist, dass die Kunst der Rechtsprechung mehr als es bisher der Fall war, auf den Universitäten gelehrt werden sollten. Vgl. auch Girtanner: Rechtsfälle zu Puchtas Pandekten (Jena 1852) in Vorwort B. IV ff.

2) Vgl. Schmid: Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts (Jena 1848) S. 249, der schon damals über den Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis klagte; vgl. d. e. eben citierte Schrift in der Einleitung S. 24.

3) Vgl. besonders Шершеневичъ: „Задачи и методы гражданскаго правовѣдѣнія“ (Казань 1898 г.) § 5 S. 27—33.

Leben nichts weniger als anwendbar sind und sich als in der Luft schwebende Theorieen ohne festen Halt darstellen.

Der Senat verwirft die Heranziehung der Theorie seitens der Praxis, wenn er den Gerichten verbietet, Sätze des gemeinen Rechts oder des Rechts irgend eines andern Staates resp. die gelehrten Forschungen auf diesem Gebiete in der Urtheilsbegründung anzuführen. Soll man nun wirklich annehmen, dass dem Senat die vorhin berührte Nothwendigkeit eines Zusammengehens von Theorie und Praxis sowie speciell das unabweisbare Bedürfniss der letztern nach ersterer unbekannt sind? Wohl kaum! Es bleibt also nur noch die andere Annahme übrig, dass er das Alles sehr wohl weiss, sich aber nur nach aussenhin gleichsam den Anschein geben will, als ob er davon nichts wissen will. Aufgabe der Theorie ist es, die Gesammtheit der Rechtssätze in ihrem Zusammenhang miteinander zu erläutern und systematisch zur Darstellung zu bringen und dementsprechend [1]) besteht die Wissenschaft, die der Jurist übt, in der Kenntniss des Rechts und seines Geistes [2]). Einen Haupttheil dieser Rechts-Kenntniss oder -Wissenschaft bildet aber wieder die Wissenschaft der Gesetzesauslegung und diese ist nothwendig für die spätere Anwendung der Gesetze. Alle Wissenschaft der Welt bleibt schliesslich ein toter Kram, wenn man sie nicht Andern mittheilen oder deutlich machen kann. Das Studium der Rechtswissenschaft muss grösstentheils darauf hinauslaufen, ihre Jünger zu lehren, wie man mit dem gegebenen Rechtsstoff im einzelnen Eall umzugehen hat, insbesondere wie man den Sinn der Gesetze richtig und in wahrhaft wissenschaftlicher Art und Weise erläutern soll [3]). Bringt man das mit den vorherigen Ausführungen, nämlich dass die Praxis in Wahrheit nichts mehr als angewandte Theorie ist sowie dass andererseits die Theorie nur das in Wirklichkeit anwendbare und daher auch angewandte Recht lehren soll — woher denn auch die Praxis stets der beste Prüfstein für die Lebensfähigkeit einer bestimmten Theorie

1) Siehe auch Федоровъ: Введеніе въ курсъ гражданскаго права прибалтійскихъ губерній (Odessa, 1898), S. 43, Шершеневичъ: задачи и методы, S 14; Schmid: Theorie und Methodik l. c. und S 254.

2) Vgl. Шершеневичъ: Задачи и методы, S 4.

3) Cfr. Шершеневичъ, l. c. S. 5.

ist [1]) — in rechten Zusammenhang, so folgt daraus, dass die Praxis die Theorie gar nicht missen kann sowie umgekehrt letztere nicht ohne erstere auszukommen vermag. Setzt sich erstere dennoch über letztere hinweg, so zeigt sie damit, wie gleichgültig sie einer normalen Rechtsentwickelung gegenübersteht. Wer sich aber seinen offenen Blick nicht durch bureaukratische Anschauungsweisen trüben lässt, der wird leicht erkennen, dass die Nothwendigkeit einer Berücksichtigung der Resultate der Theorie seitens der Praxis, insbesondere der gerichtlichen Praxis, sich als eine aus dem Wesen des richterlichen Urtheils als solchem zu ziehende logische Schlussfolgerung schon von selbst ergiebt, denn wenn das Urtheil nichts weiter als das Resultat einer logisch-wissenschaftlichen Operation seitens des Richters ist [2]), so kann es nur höchst angemessen erscheinen, wenn er sich bei Gelegenheit einer solchen wissenschaftlichen Operation auch wissenschaftlicher Hilfsmittel bedient d. h. dasjenige aus der Theorie, was seine Ansicht über den fraglichen Rechtssatz zu unterstützen geeignet erscheint [3]), in Form von Citaten in seiner Entscheidung anführt und dadurch den innigen Zusammenhang zwischen Theorie und Praxis schon dem Anfänger, dem eben erst von der Universität gekommenen Auscultanten klar vor die Augen bringt. Weit entfernt davon, dass etwa die Würde oder Selbstständigkeit der Gerichte darunter leiden, wird sich im Gegentheil erst dann das Rechtsleben zu seiner vollen Blüthe entfalten, wenn beide, Theorie und Praxis auf die geschilderte Weise von einander empfangen und das Empfangene einander wiederum veredelt zurückgeben [4]). Im schlimmsten Fall ist immerhin nicht abzusehen, welcherlei Nachtheile das Citieren, z. B. wissenschaftlicher Autoritäten in den Urtheilen mit sich bringen soll? Ist es nicht vielmehr natürlich, dass der Richter seine Ueberzeugung wie auf die Gesetze resp.

---

1) Vgl. Энгельманъ, учебникъ русск. гр. судпр., im Vorwort, Seite 1.

2) Nämlich einmal Subsumption des inredestehenden Thatbestandes unter das Gesetz und sodann Auffassung und Auslegung des fraglichen Gesetzes. Siehe besonders Schmid, Theorie und Methodik, S. 249.

3) Vgl. Temme, Anleitung zur Civilprozesspraxis (1855), S. 27.

4) Vgl. unsere Schrift: „Der gegenwärtige Zustand . . .“ S. 5.

deren Geist, so auch nebenbei auf deren Kommentatore gründet? Auch der Theoretiker kann ja seine specielle Ansicht über das in Rede stehende dunkele Gesetz nicht aus der Luft greifen, sondern muss sich nur an den gegebenen höchst realen Rechtsstoff halten, sich stets innerhalb des Rahmens desselben bewegen. Wie aber einerseits die Doktrin ihrer Aufgabe, den Sinn und Geist der Gesetze in ihrem Zusammenhang zu erläutern und zur systematischen Darstellung zu bringen nur gerecht zu werden vermag, wenn sie sich hierzu aller von der Wissenschaft seitjeher und ein für allemal als zulässig annerkannten Hilfsmittel bedient, so muss angesichts des mehrfach betonten für das Recht besonders wichtigen engen Zusammenhanges zwischen Theorie und Praxis auch dem praktischen Juristen und unter diesen wieder besonders dem Richter in casu concreto behufs Ermittelung der Rechtswahrheit bei Gelegenheit eines unklaren Gesetzes gestattet sein, sich alle wissenschaftlich zulässigen Hilfsmittel — soweit deren Benutzung nicht etwa eine positiv verbietende Rechtsvorschrift entgegensteht — dienstbar zu machen, ja, es muss ihm das sogar im Interesse einer gesunden Fortentwickelung des Rechts zur Pflicht gemacht werden [1]). Noch deutlicher tritt die Noth-

1) Das schon im Hinblick auf den Art. 10 der Civ. P.-O, mit welchem der Richter leicht in Kollision gerathen kann, wenn ihn — was sehr leicht vorkommen kann — sein Gesetzbuch im konkreten Fall im Stich lässt und er ohne Zuhilfenahme der Wissenschaft oder irgend eines fremden Rechts zu keinem Resultat zu gelangen vermag, denn er müsste, da ein Zurückgreifen auf die Theorie verpönt, das Anführen von Sätzen aus dem corpus juris civilis oder dem Recht eines fremden Staates aber ebensowenig statthaft erscheint, von einer Urtheilsfällung in der Sache gegebenen Falls überhaupt absehen und solches den processführenden Partheien erklären, was aber in Grundlage des obigen Artikels, nach welchem die Unklarheit, Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit des Gesetzes für das Gericht keinen Grund dafür abgeben, die Sache ohne Entscheidung zu belassen, unstatthaft erscheint. Art. XXIII der Einl. zu Th. III. des Prov. Rs bestimmt allerdings, dass wenn die in Art. ff. derselben Einl. angegebenen Auslegungsregeln nicht ausreichen, um den wahren Sinn des Gesetzes zu ermitteln, eine authentische Auslegung auf dem durch die Reichsgesetze vorgeschriebenen Wege auszuwirken sei. Darnach könnte es scheinen, als ob der Richter in solchen Fällen allerdings mit seiner Entscheidung zurückhalten könne. Allein dass es sich hier dennoch nur um einen scheinbaren Widerspruch

wendigkeit einer Zuhilfenahme der Theorie seitens der Praxis insbesondere bei richterlichen Entscheidungen in den Fällen hervor, wo das dunkele Gesetz sich auf ein Jnstitut bezieht, das sich in gleicher Weise im gemeinen Recht oder dem Recht irgend eines andern Staates wiederfindet resp. sich wenigstens ebenso wie dort oder doch aus derselben Wurzel entwickelt hat. Hier gehorcht der Richter nur der ihm von Staateswegen obliegenden Pflicht, die Gesetze anzuwenden, wenn er behufs Aufhellung jener unklaren Gesetzesstelle in seiner Entscheidung auf das scheinbar fremde Recht zurückgreift und auf demselben fusst, ohne irgend einen

---

handelt, ergeben die zu Art. XXIII citierten Quellen. Es sind das die Artt. 52 und 75—78 des B. I des Swods der Reichsgesetze. Art. 52 lautet aber.

„Въ случаѣ неясности или недостатка существующаго закона, каждое мѣсто и правительство имѣетъ право и обязанность представлять о томъ по порядку своему начальству. Если встрѣченное сомнѣніе не разрѣшается прямымъ смысломъ закона, тогда начальство обязано представить правительствующему Сенату или Министерству, по принадлежности."

Dieser Art. giebt aber nur den Weg an, den die Behörden (nicht nur die Gerichte) einzuschlagen haben, wenn sie auf eine Unklarheit oder Unvollständigkeit in dem zur Anwendung zu gelangenden Gesetze stossen. Dass speciell die Gerichte in solcher Veranlassuug berechtigt und verpflichtet sein sollen, mit der Entscheidung der Sache so lange zurückzuhalten, bis eine diesbezügliche Erklärung von dem nächst höheren Gericht, resp. dem Senat oder Justizministerium erbeten und erfolgt ist, sagt er mit keinem Wort. Auch Artt 75—78 enthalten ein derartiges Recht nicht, beziehen sich aber auch ausserdem, wie es scheint, wohl nur auf Verwaltungsbehörden, insbesondere 75 und 76 nur auf die Gouvernementsbehörden. Die Verwaltungsbehörden sollen, wenn ihre nächste Obrigkeit ihnen etwas vorschreibt, was dem klaren Sinn eines Gesetzes oder Allerhöchsten Ukases entgegen ist, dieser darüber eine Vorstellung machen und wenn die Vorschrift trotzdem wiederholt wird, weiter beim Minister vorstellig werden Erfolgt auch dann eine Bestätigung jener Vorschrift, so muss die Sache dem Senat unterbreitet werden. Dieser entscheidet allendlich.

Daraus ist ersichtlich, dass Art 10 der Civ. P.-O. für die Ostseeprovinzen in keiner Weise durch Art. XXIII. der Einl. zu Th. III. des Prov. Rs. tangiert wird. Auch dieser Art. würde nur besagen, dass das Untergericht bei nicht zu hebender Unklarheit im Gesetz eine authentische Interpretation auf dem vorhin angegebenen Wege auszuwirken hat, nicht, dass es so lange mit der Urtheilsfällung zurückhalten darf.

Paragraphen des einheimischen Gesetzbuches [1]) anzuführen, denn es handelt sich eben dann nicht etwa um ein dem einheimischen Rechtsstoff fremdes, sondern im Gegentheil um ein diesem inhaltlich ganz nahe verwandtes Element, das gleichsam wie aus einer gemeinsamen Quelle fliesst und daher auch aus dieser geschöpft werden kann und muss [2]). Es giebt, dank der Thatsache der Reception des Römischen Rechts eine Menge von Rechtssätzen, die den meisten Staaten europäischer Kultur gemeinsam sind und wenn man das mit der oben berührten Thatsache, dass sich auch abgesehen von gemeinen Recht in der Rechtsordnung eines jeden Staates Rechtsinstitute finden, die sich übereinstimmend entwickelt haben, zusammen hält, so wird man einsehen, dass der Richter im Grunde genommen nur sein Recht d. h. das Recht seines Staates anwendet, wenn er den von ihm in casu aufgefundenen dem Römischen Recht oder dem Recht eines fremden Staates angehörenden Rechtssatz, der auf denselben Gegenstand wie der des einheimischen Gesetzes bezüglich und diesem überhaupt gleich geartet seiner innersten Ueberzeugung nach geeignet erscheint, die bestehende Unklarheit des einheimischen Rechtssatzes aufzuhellen, dementsprechend zur Unterstützung seiner im Urtheil darzulegenden Entscheidungsgründe, also seiner rechtlichen Ansicht benutzt. Es klingt ja ganz schön, wenn man wohl zu sagen pflegt, das Recht habe überhaupt keine Lücken, denn wo es an einer positiven Bestimmung fehle, da trete die Analogie ein und wo diese versage,

---

1) Ein für den echtrussischen Tschinownik, der bei keiner Gelegenheit vergisst, die bekannte Frage zu stellen: „на основаніи какого закона“ d. h. „auf Grund welchen Gesetzes?“, allerdings unerträglicher Satz! Vgl. aber Энгельманъ учебникъ im Vorwort S. 1.

2) Aehnlich, wenn auch nicht mit solcher Schärfe Regelsberger Pandekten B. I (1893) § 36, S. 150. Um ein Beispiel anzuführen kann die Zuhilfenahme des französischen im Code civil enthaltenen Privatrechts bei Interpretation des X. Bandes des Swod, insbesondere des Forderungsrechts um so weniger einem gegründeten Zweifel unterliegen, als durch neuere Forschungen nachgewiesen worden ist, dass der X. Band, besoders aber das Obligationenrecht beinahe wörtlich aus dem Code civil oder aus dem bekannten Pothier geschöpft ist, vgl. besonders Виноверъ: „къ вопросу объ источникахъ X тома свода законовъ“ (Petersburg 1895, Separatabdruck aus der Oktobernummer des журналъ Министерства Юстиціи v. J. 1895). S. 15 ff. Das angeführte Kassationsurtheil wird angesichts solcher Thatsachen immer bedenklicher!

da müsse auf den innern Zusammenhang der Gesetze untereinander, auf ihren eigenthümlichen Geist gesehen werden. Kann es nun gleichwohl nicht in der Absicht des Verfassers liegen, die Wahrheit solcher und ähnlicher Sätze anzustreiten, so muss doch auf der andern Seite behauptet werden, dass je grösser die Unvollständigkeit eines Gesetzbuches ist, in demselben Maasse die Ermittelung des gesetzgeberischen Willens auf dem Wege des Forschens nach dem Geist der Gesetze unüberwindlichen Schwierigkeiten begegnen muss. Erscheint aber die Berufung auf einen Satz aus dem corpus juris civilis oder dem Recht irgend eines anderen Staates in der That geeignet, die gegebenen Falls vorhandene Unklarheit im einheimischen Gesetze aufzuhellen, so ist damit zugleich das beste Mittel gegeben, den eigenthümlichen Geist der Gesetze zu ermitteln und dadurch zur Erkenntniss des wahren Zusammenhanges der fraglichen Gesetzesbestimmung mit den übrigen Gesetzen, mithin zur Erkenntniss des gesetzgeberischen Willens zu gelangen. Daraus aber folgt, dass es dem Richter nicht minder verwehrt sein darf, sich behufs Unterstützung seiner Ansicht je nach seiner Wahl auf diesbezügliche Schriften civilistischer Autoritäten zu berufen, als dem Theoretiker [1]). Es ist in dieser Hinsicht daher nur zu billigen, wenn schon das Esthländische Ritter- und Landrecht in Art. 6 B. I. tit. XV wie folgt bestimmt:

„Es soll auch der Kläger in solcher seiner Klage und folgenden Wechselschriften, die gerichtlich zu übergeben sind, sich des weitläufigen Allegirens vieler fremder Nationen Rechte und Rechtsgelehrten enthalten, hingegen allein was Nothdurft zu mehrerer Begründung seiner Sache und besserer Information des Richters, auf die göttlichen, diese jetzigen Ritterrechte und Livländische löbl. Gebräuche sich berufen und da der streitige Fall darinnen nicht begriffen, dagegen ein klarer Text und Gesetze in

1) Vgl. Энгельманъ учебникъ. im Vorwort, S. 1. Siehe auch überh. Art. 3 Abs. 2 des Civilgesetzbuches für das Königreich Italien (übersetzt von Dr. Leone Roncali, 1885). „Kann eine Streitfrage nicht durch eine bestimmte Verfügung des Gesetzes entschieden werden, so ist auf Bestimmungen Rücksicht zu nehmen, welche ähnliche Fälle oder analoge Gegenstände regeln; bleibt demungeachtet der Fall zweifelhaft, so ist nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden." Ein gewiss überaus verständiges Gesetz!

denen gemeinen geschriebenen Rechten in terminis zu finden wäre, denselben mit einer oder zweier der vornehmsten Rechtslehrer Meinung schlechterdings deutlich und verständlich anziehen ... "

Es ist allerdings zu bemerken, dass die angeführte Bestimmung des Esthl. Ritter- und -Landrechts nur auf die Partheienschriften Bezug nimmt, allein bei der offensichtlichen Gleichheit der Gründe braucht es wohl kaum näher ausgeführt zu werden, dass sich umgekehrt von den Partheienschriften auch auf die gerichtlichen Urtheile schliessen lässt.

Sind also gegenwärtig die Richter berechtigt, ja, wie wir gezeigt zu haben glauben, unter Umständen sogar verpflichtet, sich auf Sätze des gemeinen Rechts resp. des Rechts eines andern Staates sowie die diesbezüglichen Schriftsteller zu berufen, so muss hinsichtlich der von den Partheien oder ihren Rechtsbeiständen dem Gerichte eingereichten Klage- und Einrede-schriften ganz dasselbe gelten, daher also auch nicht einmal der Senat berechtigt sein dürfte, die Anführung derartiger Citate in den Urtheilen oder Partheienschriften zu beanstanden.

In einer Hinsicht kann man sich freilich mit den Ausführungen des citierten Art. 6 nicht einverstanden erklären, insofern nämlich letzterer offenbar in der Befürchtung, dass die Klage- oder Vertheidigungs-schriften durch gar zu viele Citate zu weitläufig ausfallen möchten, ein bestimmtes Maass vorschreibt, über das nicht hinausgegangen werden darf. Mehr als zwei Autoritäten dürfen nicht angeführt werden, eine Vorschrift, die in gewissem Sinn in Art. 7 B. I. Cit. XIII wiederzukehren scheint, woselbst den Procuratoren das unnöthige viele Allegieren sogar bei Strafe verboten wird. Nach den vorherigen Ausführungen kann es für uns keinem gegründeten Zweifel unterliegen, dass ein Zuviel in dieser Hinsicht eher von Nutzen als von Schaden begleitet sein dürfte. Auch enthält keine der andern Processordnungen, ebensowenig die Civilprocessordnung des Russischen Reiches irgend eine die Länge der Partheischriften oder Urtheilsmotivierungen beschränkende Vorschrift. — Man wird nun freilich entgegnen, dass unsere Ausführungen für das russische Civilrecht gegenstandslos seien, da ja letzteres nicht, wie das anderer Staaten auf Römisch-rechtlicher Grundlage beruhe. Wir unsererseits vermögen diesen Einwand nicht als stichhaltig anzuerkennen. Allerdings giebt es in B. X des Св. зак. eine Reihe von hier nicht näher

zu erörternden Rechtsinstituten, die eine von dem Recht anderer Staaten abweichende Gestaltung haben. Allein ebenso deutlich lassen sich auch wieder die Spuren Römisch-rechtlicher Einwirkung verfolgen so z. B. in den Gebieten des Obligationenrechts und des Erbrechts[1]). Der Russische Civilist Вельяминовъ-Зерновъ scheint für das Russische Civilrecht schon zu Anfang des vorigen Jahrhunderts eine solche theilweise Uebereinstimmung mit dem Römischen Recht angenommen zu haben. Wenigstens finden sich in seinem Buche: „Опытъ начертанія Россійскаго гражданскаго права" (2 Theile, Petersburg 1821 und 1823) mehrfach Hinweisungen auf das Römische Recht, so z. B. Th. I. § 7 Anm. 1 S. 4 f., Th. II § 24 Anm S. 10, § 83 S. 37 u. s. w.

Dass aber endlich das ostseeprovincielle Privatrecht zum grossen Theil auf Römisch-rechtlicher Basis beruht, braucht nicht weiter bewiesen zu werden. Erwägungen, wie die im Vorhergehenden ausgeführten, scheinen dem Senat fremd zu sein oder auch absichtlich von ihm bei Seite gelassen zu werden. Unser höchster Gerichtshof wirft der Theorie den Fehdehandschuh hin, ja noch mehr als das, er leugnet einfach die Existenzberechtigung der Theorie, indem er ihr das Epitheton „sogenannte" beilegt, oder scheint ihr doch nur die Bedeutung einer Spielerei ohne jedwede reale Grundlage beizulegen, ohne dabei zu bedenken, dass er sich selbst das eigene Grab gräbt, wenn er sich gänzlich ausserhalb des Rahmens jeder Wissenschaft stellt, ganz zu geschweigen davon, dass ja auch die jeweiligen Glieder der Kassationsdepartements nur vermöge der vom Senat so grundsätzlich ignorierten und verachteten Theorie zu ihrer jetzigen Stellung gelangt, ja dass die gründliche Bekanntschaft mit der Theorie die Vorbedingung für das Absolvieren des Rechtsstudiums bildet, ohne welche auch die niederen Justizämter nicht bekleidet werden können. Wozu aber eine solche Stellungnahme zur Wissenschaft führen kann, zeigt die Art und Weise, wie der Senat in der hier behandelten Entscheidung die von ihm ausgesprochene Unzulässigkeit der Berufung auf Sätze des Römischen Rechts sowie überhaupt auf die Theorie in gewöhnlichen Urtheilen begründen

1) Vgl. Винаваръ: Къ вопросу объ источникахъ X тома сводъ законовъ, S. 16 ff. Der Code civil seinerseits, der diesem Theil des X. Bandes zu Grunde liegt, basiert durchweg auf römischem Recht.

will, indem er den Art. 9 der Civilprocessordnung für sich heranzieht. Spasseshalber sei dieser Artikel hier in extenso angeführt:

„Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты неясности, недостатка или противорѣчія, основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ.“ d. h:

„Alle Gerichtsinstitutionen sind verpflichtet, die Sachen nach dem genauen Sinn der geltenden Gesetze zu entscheiden, im Falle jedoch ihrer Unvollständigkeit Unklarheit oder Unzulänglichkeit oder im Falle eines Widerspruchs die Entscheidung auf den allgemeinen Sinn der Gesetze zu gründen.“

Hier haben wir in der That ein wahres Meisterstück juristischer Interpretationskunst, ein Musterbeispiel dafür, wie man Gesetze nicht interpretieren soll! Ist denn in diesem Artikel auch nur mit einem einzigen Worte davon die Rede, dass es den Gerichten nicht gestattet sein solle, sich in ihren Urtheilen beispielsweise auf Sätze des gemeinen Rechts zu berufen, sogar dann nicht, wenn man mit dem „allgemeinen Sinn der Gesetze“ nicht durchzukommen vermag? Und wie, wenn es eben das ausserhalb des Rahmens des Gesetzbuches Stehende ist, das gleichwohl die Erkenntniss des allgemeinen Sinnes der Gesetze, ihres Zusammenhanges unter einander vermittelt, soll sich der Richter auch darauf nicht berufen dürfen, sondern achtlos daran vorübergehen? Weder in diesem Fall, noch dann, wenn der Richter seine dem Geist und inneren Zusammenhang der Gesetze entnommenen Gründe durch Hinweisung auf die Sätze der Wissenschaft unterstützen will, verwehrt es ihm der citierte Art. 9 der Civ. P.-O. auch nur in irgend einer Hinsicht, in seine Urtheile Citate aus der Theorie des Rechts, aus dem corpus juris civilis, dem Côde civil et. c. einzuflechten, resp. dieselben auf die Forschungen der Wissenschaft zu gründen, abgesehen davon, das Art. 9 cit. gar nicht von den einzelnen Theilen, aus denen das Urtheil bestehen soll oder was in demselben unbedingt drin zu stehen hat, sondern bloss davon spricht, von welchen Erwägungen der Richter bei Fällung des Urtheils im gegebenen Fall ausgehen muss. Und zugegeben auch, das Erstere wäre der Fall, so würde das Gesetz doch nicht mehr als das angeben, was nothwendig im Urtheil drinstehen muss, sozusagen also ein Essentiale desselben bildet, ohne welches es null und nichtig erscheint. Ebenso würde das Gesetz im zweiten Fall nur das an-

geben, was der Richter nothwendig zur Grundlage seines Urtheils machen muss — so dass eine Unterlassung in dieser Hinsicht die Nichtigkeit des Urtheils zur Folge hat — nicht auch das, worauf es sich noch ausserdem gründen kann. Und so lässt sich der auf Art. 9 gestützten Argumentation des Senates schlimmstenfalls der bekannte Satz entgegenhalten, dass das, was nicht verboten ist, erlaubt sein muss. Die erwähnte Regel, dass im Fall das betreffende Gesetz unklar oder unvollständig ist oder mit andern Gesetzen nicht übereinstimmt, auf den Geist der Gesetze sowie auf ihren innern Zusammenhang unter einander gesehen werden muss, ist auch der Theorie des gemeinen Rechts nicht fremd [1]) und findet sich im gewissen Sinn in der Bestimmung des Art. XXI der Einl. zu Th. III des Prov. Rs. wieder, insofern daselbst auf die innere Verwandschaft der streitigen Rechtsfrage mit den übrigen Rechtsbestimmungen des Provincialrechts als auf ein Mittel hingewiesen wird, mittelst dessen man eine sogenannte „Lücke" im Recht auszufüllen in den Stand gesetzt werden soll.

Wie dem aber auch sein mag, jedenfalls zeigt die von Scherschenewitsch besprochene Senatsentscheidung von Neuem, wohin es schliesslich kommen muss, wenn die Praxis der Theorie ganz entrathen zu können glaubt und das gerade in den Fällen, wo es sich um Fragen handelt, die, wenn man es ehrlich meinen will, nicht anders als auf logisch-wissenschaftlichem Wege, also mittelst Zuhilfenahme der vom Senate so verachteten Theorie gelöst werden können. Die charakteristische Art und Weise, in welcher der Senat den Art. 9 der Civ. P.-O. seinen Zwecken dienstbar machen will, das Unjuristische seines Vorgehens beweisen zur Evidenz entweder dass er sich der in solchen Fällen zur Anwendung zu gelangenden und von der Wissenschaft als allein richtig anerkannten Auslegungsmethode nicht bewusst, also einer rein wissenschaftlichen Gesetzesauslegung unzugänglich ist oder entgegen seiner innern bessern Ueberzeugung jene Grundsätze aus principieller Abgeneigtheit geflissentlich ignoriert. Im ersten Fall hätten wir es mit culpa lata, im zweiten dagegen mit einem ausgesprochenen dolus malus zu thun. Das Erstere wäre für den obersten Gerichtshof des Landes traurig, das Zweite noch trauriger. Denn zu sehen, wie der Senat

1) Vgl.. Keller „Pandekten" B. I. S. 36, Regelsberger, „Pandekten" B. I. § 36 S. 147 f.

in bureaukratischer Verblendung seine eigene bessere Ueberzeugung unterdrückt und die Sätze der Wissenschaft nicht nur notorisch ignoriert, ja offenkundig missachtet, sondern dieselben sogar als ein Element hinstellt, das dem praktischen Rechtsleben fremd, ja feindlich gegenüberstehend nicht nur überall keine Berücksichtigung verdiene, sondern sogar von jeder namentlichen Berufung und Anführung in einem so sehr der Praxis angehörenden Dinge wie dem gerichtlichen Urtheil ausgeschlossen werden müsse, wirkt in in der That deprimierend. Dass die Vertreter der gesetzgebenden Gewalt unseres Reiches theoretischen Reflexionen an sich nicht abgeneigt sind, zeigt ein Blick auf die Motive zur Justiznovelle vom 8. Juli 1889. Wenn aber schon die gesetzgebende Gewalt so die nahe Beziehung zwischen Theorie und Praxis anerkennt, gewissermassen also ein wechselseitiges Berufen der einen auf die andere sanktioniert, um so weniger ist der Senat berechtigt, in so diktatorischer Form die Theorie aus dem Bereiche der Praxis und insbesondere aus den gerichtlichen Urtheilen zu verbannen. Eine solche Stellungnahme des Senats zur Theorie hat aber noch ausserdem die weitere Folge, dass auch für die Anerkennung eines sogenannten usus fori und der auf diesem Wege gebildeten Rechtssätze so gut wie gar kein Raum übrig gelassen wird. Denn wenn der Senat schon von der Theorie als solcher nichts wissen will, um so viel weniger wird er — wie es doch nöthig wäre — die rechtserzeugende Kraft eines untergerichtlichen usus fori anerkennen oder gar sich darauf stützen. Um aber das einzusehen und zu würdigen, dazu gehört vorurtheilsfreie, leidenschaftslose Prüfung und eine solche sucht man beim Senat in dieser Hinsicht leider vergebens. Sein Blick ist getrübt durch bis zu einen hohen Grade ausgebildeten Bureaukratismus, durch stark ausgeprägte Ueberhebung und Anmassung. Würde er es doch sonst einsehen, dass bei einer Auslegungsmethode und Handhabung des gegebenen Rechtsstoffes, wie er sie beliebt und von allen Gerichten angewandt wissen will, das Rechtsleben nur zu leicht der Gefahr ausgesetzt wird, zu versumpfen und zu verflachen. Handwerksmässigkeit ist das beginnende Ende jeder wahren Wissenschaftlichkeit, sei es in der Praxis, sei es in der Theorie. Soll aber der praktische Jurist, insbesondere der Richter nicht berechtigt sein, an den ihm vorliegenden Rechtsstoff mit freier wissenschaftlicher Ueberzeugung heranzutreten und bei Beurtheilung einzelner Fälle sich aller wissenschaftlich aner-

kannten und zulässigen Mittel, beispielsweise zur Erforschung des wahren Sinnes eines dunkeln Gesetzes zu bedienen, dann ist die nothwendige Folge davon handwerksmässige, schablonenhafte Rechtsübung und Rechtsprechung, dann ist der Richter zu einer gedankenlosen Maschine herabgesunken und dass die Achtung vor dem Richterstande sowie überhaupt vor dem Beruf des praktischen Juristen seitens der Gesellschaft unter solchen Umständen nothgedrungen eine beträchtliche Einbusse erleiden muss, dürfte wohl unzweifelhaft sein. Kenntniss der Rechtsformalien sowie des Inhalts der Paragraphen eines Gesetzbuches kann sich jeder, der über ein halbwegs gutes Gedächtniss verfügt, ohne allzugrosse Schwierigkeiten aneignen und der einfache Kancellist hat sogar in der Regel in diesen Dingen durch jahrelange Beschäftigung eine gewisse Routine erlangt. Allein das macht noch nicht den wirklichen Juristen, an den vielmehr weit höhere Anforderungen gestellt zu werden pflegen. Dieser kann bei einer blossen Kenntniss der einzelnen Gesetzesparagraphen nicht stehen bleiben, er muss noch ausserdem im Stande sein, einander widerstreitende oder sonst wie dunkele Gesetze durch die rechtlich zulässigen (d. h. vom Gesetz nicht gradezu verbotenen) Interpretationsmittel, durch Zurückgreifen auf den Ursprung und die Entstehung des betreffenden Rechtssatzes, durch Zusammenhalten desselben mit andern Rechtssätzen, durch Schlussziehung aus dem Geist des Rechts in ihrem wahren Sinn zu erfassen, zu erläutern und nunmehr auf den konkreten Fall anzuwenden. Versagt man ihm nun eine bestimmte Kategorie von Mitteln, deren Anwendung ihm die Ermittelung des wahren Sinnes des Gesetzes entweder wesentlich erleichtern oder wirklich erst ermöglichen, wie z. B. die Heranziehung der Wissenschaft, so drückt man ihn eben dadurch auf eine Stufe mit dem Kancellisten herab, von dem er sich doch schon durch seine juristische Bildung unterscheidet. Man wird einwenden: das Recht besteht zum grössten Theil aus Formen und da sich diese anzueignen es eben nicht viel bedarf, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch der Kancellist dasselbe zu leisten im Stande sein soll, wie der akademisch gebildete und geschulte Jurist. Allerdings spielt das Formenwesen im Recht eine grosse Rolle und zwar nicht nur im Process [1]), der fast nur aus solchen Formen besteht, sondern auch

1) Vgl. Stölzel: Rechtslehre und Rechtsprechung S. 13.

im Privatrecht, Staatsrecht u. s. w. Der Formalismus, dessen Vor- und Nachtheile von Jhering in massvoll-besonnener Weise gegeneinander abgewogen werden [1]), darf nun aber die juristische Denk- und Auffassungsweise des Einzelnen nicht beherrschen, denn die für letztere unerlässliche Freiheit und Unabhängigkeit in der Forschung verträgt sich augenscheinlich nicht mit dem Formenzwang. So wie der Jurist auch bei seinen logischen Denkoperationen sich nicht von dem Banne des Formalismus loszulösen vermag, sobald er, statt sich über den in Frage stehenden Rechtssatz zu erheben und über ihn zu reflektieren, nach Schema und Schablone denkt, so ist damit nicht nur jeder höhere Flug der Wissenschaft von vorneherein lahm gelegt, sondern letztere selbst zu einem toten Nichts herabgesunken. Wo aber derartige Verhältnisse in Frage kommen, wo es nicht gilt, von der dürren Kenntniss verschiedener Formalien resp. der von ihnen handelnden Gesetzesparagraphen Gebrauch zu machen, sondern wo es sich darum handelt, analogisch vorzugehen, einander widerstreitende Gesetze im Geist der Gesetzgebung mit einander zu vereinigen, bestehende Unklarheiten und Unvollständigkeiten aufzuhellen und zu ergänzen und endlich die verschiedenen Rechtssätze, Rechtszweige und Rechtsdisciplinen in ihrem gegenseitigen Zusammenhange und Verhältniss zu einander nach den Regeln der Wissenschaft zu erfassen, da wird sich allemal die grosse Ueberlegenheit des juristisch geschulten Geistes über den Kancellisten, dessen Arbeit eine bloss oder vorzugsweise mechanische ist, zeigen.

Aus dem Vorhergehenden ist zu ersehen, dass die fast durchweg feindliche Stellungnahme des Senats zur Theorie nicht sowohl auf tiefeingewurzelte bureaukratische Vorurtheile des Senats zurückzuführen ist, sondern sich auch mit einem Schein Rechtens speciell auf positive Gesetzesvorschriften stützt. Es waren das die öfters erwähnten Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O und 930 und 933 der Crim. P.-O. Das sind wohl aber nicht die einzigen Gesetzesartikel, von denen der Senat sich in dieser Hinsicht hat leiten lassen. Vielmehr ist es wahrscheinlich, dass auch jene Bestimmung der Reichsgrundgesetze, laut welcher der Senat seine Meinung, seine Entscheidung überall auf das Gesetz gründen

1) Vgl. Jhering Geist B. II, (1899) § 45 S. 480–518.

gründen muss, hier von Einfluss gewesen ist[1]), indem der Senat die betreffende Gesetzesvorschrift zu einem argumentum a contrario benutzend augenscheinlich davon ausgeht, dass aus derselben ein striktes Verbot des Gesetzgebers, sich auf etwas anderes als den reinen Gesetzesparagraphen zu berufen und zu gründen gefolgert werden müsse. Ein solches argumentum a contrario, von dem überhaupt nur mit Vorsicht Gebrauch gemacht werden darf, ist aber an dieser Stelle zweifelsohne unzulässig, noch unzulässiger aber, auf Grund einer so vagen Schlussfolgerung auf die Untergerichte einen Druck auszuüben. Letzteres gilt aber wieder in ganz besonderem Grade von dem Recht der Ostseeprovinzen und zwar speciell im Hinblick auf den ofterwähnten Art. XXVI der Einl. zu Th. III des Prov.-Rs., über den der Senat geflissentlich hinweggeht, trotzdem dass dieses Gesetz durch die Justizreform vom 9. Juli 1889 unberührt gelassen worden ist. Ebenso mag es aber auch der Art. 711 der Civ.-P.-O. sein, vermöge dessen der Senat fortgesetzt seine Stellungnahme gegenüber der Theorie unterstützen zu können vermeint, insofern nämlich dieser Art. in P. 2 die Bestimmung enthält, dass in dem jedesmaligen Erkenntnisse des Gerichts die Gesetze, auf die sich dasselbe gründete, anzugeben seien, woraus ebenfalls mittelst des argumentum a contrario auf die Unzulässigkeit jeder andern Berufung als der auf die Gesetze, insbesondere der Berufung auf die Theorie geschlossen wurde.

Oder ist es die falsche, durch nichts gerechtfertigte Furcht des Senats, am Ende gar juristischer Ignoranz geziehen zu werden, falls es ihm nicht gelänge, für seine Kassationsentscheidung irgend einen Gesetzesparagraphen aus dem sechszehnbändigen Swod Sakonow oder der „полное собраніе . . .“ ausfindig zu machen, wo er doch gerade den unter ihm stehenden Gerichten als ein Muster der umfassendsten Gesetzeskenntniss (eigentlich Paragraphenkenntniss) erscheinen sollte? Und ferner: von wie grosser Beherrschung des ungeheuern in dem Swod und der Polnoje Sobranje aufgespeicherten Gesetzmaterials muss es zeugen, wenn für jeden einzelnen Fall Gesetzesbestimmungen aufgefunden und angezogen werden, gesetzt auch, dass sie noch so weit hergeholt sind

1) Vgl. Art. 102, P. 3 des B. I der Reichsgesetze, dazu Engelmann, Staatsrecht, S. 57.

und noch so wenig auf den gegebenen Fall passen. Und welcher Triumph endlich, wenn die angeführten Artikel möglichst weit auseinanderliegen (z. B. Art. 5 und Art. 1218) oder sogar noch aus verschiedenen Swodbänden genommen sind! Wer zwischen den Zeilen zu lesen versteht, wird solchen Urtheilen, namentlich auch denen der Untergerichte die kaum unterdrückte eitle Selbstgefälligkeit sehr wohl anmerken. Das angeführte Senatsurtheil ist, wie gesagt, charakteristisch für die Stellungnahme des Senats und mit ihm der Untergerichte gegenüber der Theorie. Der darauffolgende Zeitraum von neun Jahren hat hierin keine Aenderung zum Bessern, vielmehr nur zum Schlechtern gebracht insofern als sich der Gegensatz zwischen Theorie und Praxis womöglich noch verschärft hat, während in den baltischen Ostseeprovinzen erst seit dem mit dem Jahre 1889 daselbst eingeführten Reichsprocesse eine derartige Wendung zum Schlechtern eingetreten ist, worüber später das Nähere.

Die hier besprochene Senatsentscheidung datiert vom Jahre 1899. Blicken wir neununddreissig Jahre zurück. Im Jahre 1860 war es, als die juristische Fakultät der Universität zu Kasan dem Ministerium der Volksaufklärung ein von ihr ausgearbeitetes Projekt zur Bestätigung unterbreitete. Dasselbe enthielt die Gründung einer juristischen Konsultation oder sogenannten juristischen Klinik an der Kasanschen Universität. Aufgabe derselben sollte es sein, schon den Studenten die Möglichkeit praktischer Ausbildung im Sinne unmittelbarer Anwendung der ihnen gelehrten Rechtssätze zu gewähren. Zu diesem Behufe waren einmal wöchentlich von 6—8 Uhr Abends juristische Konsultationen in Aussicht genommen, bei denen Professore und praktische Juristen in Gegenwart der Studenten unentgeltlich den darum Nachsuchenden juristische Rathschläge ertheilen sollten, während letzteren noch ausserdem die Anfertigung von Urkunden, Rechtsgeschäften, Klage- und sonstigen Processschriften oblag [1]).

Unstreitig musste es von Wichtigkeit sein, dass schon der Studierende auf den innigen Zusammenhang zwischen Theorie und Praxis hingewiesen wurde [2]). Das hatte schon der illustre Russische Civi-

1) Vgl. Шершеневичъ: „наука". S. 80.

2) Vgl. meine Schrift über den gegenwärtigen Zustand S. 4, Stölzel: Rechtslehre und Rechtssprechung S. 4 ff., S. 12 ff. u. S. 56 ff.

list Meyer erkannt und sein besonderes Verdienst war es, immer wieder die Nothwendigkeit betont zu haben, lebendige also anwendbare und de facto auch wirklich angewandte Theorie zu lehren, es schon den Studierenden auf der Universität einzuschärfen, dass angesichts des engen Zusammenhanges zwischen Theorie und Praxis die Dogmatik des Civilrechts nur dann ihrer eigentlichen Aufgabe gerecht zu werden vermöge, wenn sie stets die Anwendung des Gelehrten auf das praktische Leben im Auge behalte[1]). Meyers Ideen erwiesen sich als fruchtbar. Auch als er von Kasan nach Petersburg übersiedelte, wurde seitens der Kasanschen juristischen Fakultät an seinen Plänen — weit entfernt davon, dass sie in Vergessenheit geriethen — im Gegentheil noch weiter forgebaut, was dann schliesslich zur Aufstellung jenes Projekts führte. Die segensreichen Folgen eines solchen Vorgehens der Kasanschen juristischen Fakultät liessen nicht lange auf sich warten. Diesmal war es die Praxis, von der die Initiative einer Verbindung theoretischer Studien mit praktischen

1) Vgl. Шершеневичъ, наука S. 67. Siehe auch überh. Stölzel Rechtslehre und Rechtssprechung l. c. Die überwältigende geistige Kraft, die dem corpus juris innewohnt, liegt darin, dass letzteres überhaupt nur aus Entscheidungen einzelner Rechtsfälle besteht (vgl. Stölzel l. c. S. 5), die den betreffenden Rechtssatz in klar zu Tage tretender Form in sich enthielten, so dass die Einzelentscheidung hier recht eigentlich als Form, in die der fragliche Rechtssatz gegossen wurde, diente. Eine solche Lehrmethode, die in ihrer Art gewiss mustergiltig ist, setzt eine unendliche Beherrschung des Rechtsstoffes beim Lehrenden voraus, eine Beherrschung, wie sie eben nur das von Natur juristisch so begabte Römische Volk besass, von dem man wohl sagen kann, dass sein Recht in Fleisch und Blut seiner Juristen übergegangen war vgl. auch Girtanner Rechtsfälle l. c. S. III f. Neuerdings richten manche Professoren ihre praktischen civilistischen Uebungen nach dem Beispiel der von den Römischen Juristen befolgten Lehrmethode ein, was gewiss empfehlenswerth ist, so z. B. der Russische Professor Доробецъ, ein Schüler Jherings, der in seinem Buche: »Академическая практика по гражданскому праву« B. I. (Simferopol 1898) offenbar der in Jherings Schriften »Civilrechtliche Fälle ohne Entscheidungen« und »die Jurisprudenz des täglichen Lebens« angewandten Methode folgt. Solche Bücher, wie die von Ihering, Доробецъ, mit denen auch noch Mandowski: »Hundert Stellen aus dem corpus juris (Digesten) mit ausführlicher Interpretation« (Breslau 1895) zu vergleichen ist, können nicht genug empfohlen werden.

Uebungen schon auf der Universität ausging. Den vereinten Bemühungen des Präsidenten der Moskauer Palate Obolenski und des Moskauer Professors Pobädonoszef gelang es, praktische Uebungen der Studenten an der Moskauer Palate einzurichten. Durch Publikationen ward bekannt gegeben, dass daselbst Jedermann auf sein Verlangen juristische Rathschläge ertheilt werden konnten. Derartige Konsultationen fanden am jedem Sonnabend von 11—12 Uhr Vormittags unter Leitung des Präsidenten der Palate in Gegenwart der Studierenden statt, wobei in besonders verwickelten Fällen die Studenten mit der Geschäftsführung vertraut gemacht wurden, auch wohl mitunter selbstständig Sachen führen mussten [1]). Auch versuchte man sogenannte „Gerichtssitzungen" einzuführen, woselbst Studenten Richter, Procureure, Advokaten und Geschworene darstellten [2]).

Des Weitern dokumentierte sich alsdann das Handinhandgehen von Theorie und Praxis in dem gerade in den sechziger und den darauf folgenden Jahren besonders häufigen Enstehen von juristischen Gesellschaften, die sowohl Theoretiker wie auch Praktiker zu ihren Mitgliedern zählten. Aber nur zu bald liess der Eifer nach, nur zu bald wurden Theorie und Praxis einander entfremdet und gewöhnten sich nicht nur daran, ihre eigenen Wege zu gehen, sondern einander sogar in grimmiger Weise zu befehden. Heute haben sich, wie wir gezeigt haben, diese Gegensätze noch um ein Beträchtliches zugespitzt, ja, sozusagen ihren Kulminationspunkt erreicht, über den hinaus es nichts mehr giebt! Welch ein Unterschied zwischen damals, zwischen den Anschauungen eines Meyer, Obolenski und Pobädonoszeff und denen der heutigen Praktiker, angefangen vom Senat herab bis zu den untersten Gerichtsinstanzen! Welch' einschneidende Veränderung, welch' verändertes Aussehen hat unser Rechtsleben in einem Zeitraum von vierzig Jahren erfahren! Freilich, in den Ostseeprovinzen sah es noch bis zu der den

---

1) Vgl. Шершеневичъ, паука S. 80 f. Vgl. überhaupt Доробецъ: Академическая практика S. 2.

2) Cfr. Доробецъ. l. c. f. Letzterer bemerkt richtig, dass derartige Uebungen mehr den Character und das Aussehen von Theatervorstellungen haben. Für ein Vertrautwerden der Studenten mit der Praxis waren sie belanglos. Die Studenten wurden auf diese Weise weder tüchtige Theoretiker noch brauchbare Praktiker.

Reichprocess hierher verpflanzenden Einführung der Justizreform im J. 1889 und bis zur Besetzung der juristischen Posten mit auf innerrussischen Universitäten gebildeten Personen russischer Herkunft in dieser Beziehung wesentlich anders aus. Die Fühlung zwischen den Vertretern der Theorie und Praxis war zu allen Zeiten eine sehr rege. Juristische Gesellschaften, in denen Fragen der Wissenschaft und Praxis die eingehendeste Erörterung fanden, waren in fast allen grössern baltischen Städten, insbesondere den Hauptstädten zu finden. Unter denselben ist besonders die zum Theil noch jetzt in frühern Dorpat jetzigen Jurjew bestehende juristische Gesellschaft zu nennen, die aus Universitätsprofessoren und Praktikern bestand und sowohl für den einen wie den andern Theil eine höchst intensive Anregung und Belehrung involvierte. Verschiedene juristische Zeitschriften, besonders auf dem Gebiet des Provincialrechts wurden gegründet und konnten sich längere Zeit hindurch halten, so z. B. die von Bunge und Madai herausgegebenen: „Theoretisch-praktischen Erörterungen aus den in Liv-, Esth- und Kurland gelten Rechten", sodann die „Zeitschrift für Rechtswissenschaft, herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Universität Dorpat", später unter ungleich schwierigern Verhältnissen die Dorpater Juristischen Studien, (herausgegeben von den Professoren, Erdmann, Engelmann und Rohland), von denen nur wenige Bände erschienen sind. In allen diesen Zeitschriften wurden sowohl wie theoretische, wie auch unmittelbar praktische Fragen behandelt. Auch sonst war die Zahl der von Zeit zu Zeit erscheinenden Monographieen meist provincialrechtlichen Inhalts eine recht grosse, das litterärische Leben stand in schönster Blüthe und das wirkte natürlich befruchtend auf die Praxis zurück. Die Satzschriften der Advokaten, die Urtheile der Gerichte aus der Vorreformperiode legen ein beredtes Zeugniss von der mit umfassender Gesetzeskenntniss verbundenen gediegenen Wissenschaftlichkeit ihrer Verfasser ab. Die Trefflichkeit der in der Zwingmannschen Sammlung der Entscheidungen der Rigaschen Stadtgerichte enthaltenen Urtheile ist ja allgemein anerkannt und leistet noch heute dem Praktiker, wie dem Theoretiker wichtige Dienste. Damals fanden die Dogmen der Wissenschaft ungehinderten und freien Zugang zu Gerichtskancelleien und zum Gerichtstisch, keinem Richter wäre es je eingefallen, einer Parthei, die sich auf Stellen aus dem corpus juris civilis oder auf einen Satz des gemeinen Rechts berief,

solches zu verweisen, umsoweniger, als das Gericht ja selbst auf jene Dogmen der Wissenschaft zurückgriff und sich auf dieselben stützte. Es hätte das in damaligen Zeiten einen Schlag ins Gesicht der Rechtsordnung, der Gerechtigkeit, dem Rechtsleben, kurz den elementarsten Rechts-Grundsätzen und -Begriffen bedeutet, wovon man damals weiter denn je entfernt war. Es ist unzweifelhaft, dass die Justizreform vom J. 1889 für unsere Provinzen, namentlich was die durchweg auf dem Princip der Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und der Verhandlungsmaxime aufgebaute äussere Struktur des Processes anbelangt, für uns einen unleugbaren Fortschritt bedeutet, in der einen Beziehung, nämlich was den Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis [1]) sowie weiterhin den in der Behandlung und Beurtheilung der einzelnen Rechtsfragen immer mehr um sich greifenden Formalismus („формализмъ“) anbetrifft, ist ein entschiedener Stillstand, wo nicht gar ein Rückschritt zu verzeichnen, während man doch gerade annehmen müsste, dass ein wissenschaftlich so durchdachter und so ganz auf den von der Wissenschaft des Römischen und Deutschen Rechts anerkannten Sätzen beruhender Gesetzeskodex wie der Th. III. des Prov. Rs für eine rein formalistische Behandlungsweise der einzelnen Rechtsfragen den am Wenigsten geeigneten Boden abgeben, ja, im Gegentheil das wissenschaftliche Denken und Forschen anregen, in der erwähnten Hinsicht also vertiefend wirken dürfte und in dieser Beziehung ist es gerade der Art. XXVI. der Einl. zu Th. III. des Prov. Rs, der nach der bezeichneten Richtung hin sowohl dem Theoretiker als auch dem praktisch gebildeten Juristen den breitesten und durch nichts, selbst nicht — wie wir bewiesen zu haben glauben — durch die Allmacht des Senats eingeschränkten Spielraum gewährt.

Wenn aber ebenderselbe Senat nicht nur die klare Vorschrift des oftgenannten Art. XXVI der Einl. zu Th. III. des Prov. Rs ausser Acht lässt, sondern auch überhaupt jede Wissenschaftlichkeit, jedes wissenschaftliche Vorgehen in Verhältnissen, wo man wie bei den gerichtlichen Urtheilen ohnedem nur zu bald zu kurz kommen muss, aus dem Gebiet der praktischen Rechtsanwendung verbannen will

---

1) Schon im Jahre 1852 klagte Girtanner in Deutschland über das Missverhältniss zwischen Theorie und Praxis, vgl dessen „Rechtsfälle“ im Vorwort Seite III.

und wenn behufs Rechtfertigung einer derartigen Stellungnahme seitens der erwähnten Behörde Artikel angeführt werden, die gar nicht hierher gehören oder zum Mindesten nicht das besagen, was sie besagen sollen, insbesondere aber Gesetze, die ein solches Princip nur scheinbar enthalten (Vgl. Artt. 9 u. 711 der Civ. P.-O.) und wenn jene Behörde sich endlich zum Beweise ihrer büreaukratischen Allgewalt des ihr schon auf Grund der Reichsgrundgesetze keineswegs gebührenden Rechts von sich aus Gesetze zu diktieren oder was auf dasselbe herauskommt, authentisch zu erläutern, auf Artikel stützt, die, wie wir sahen, zwar in der That einigen Schein für sich haben, dafür aber in den Händen des mit so grossen Machtmitteln ausgerüsteten Senats zu einem überaus gefährlichen Werkzeug geworden sind, nämlich auf die Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. und die Artt. 930 u. 933 der Crim. P.-O., wenn das Alles, sage ich, so ist, dann kann es kein Wunder nehmen, wenn auch die dem Senat untergeordneten Gerichtsbehörden angefangen von der Palate herab es nicht wagen, ein anderes Verhalten gegenüber der Theorie zu beobachten, falls sie nicht gewärtig sein wollen, sich einer ähnlichen Behandlungsweise ausgesetzt zu sehen, wie sie die Wilnaer Palate in dem hier besprochenen Kassationsurtheil vom Jahre 1891 erfahren hat.

Es ist nicht wohl möglich, sich der Einsicht dessen zu verschliessen, dass die Folgen eines derartigen Vehältnisses zwischen Theorie und Praxis unheilvoll sein müssen und auch in der That, wie schon angedeutet worden, nach dieser Richtung hin schon das Ihre bewirkt haben. So ist es vor Allem gar nicht zu vermeiden, dass der sich immer schärfer zuspitzende Konflikt zwischen Theorie und Praxis den geeignetesten Boden für das Emporkeimen und Gedeihen so mancher Leidenschaften abgeben muss. Die büreaukratische Verblendung der obersten Gerichtsbehörden, selbst des Senats, die nicht verfehlt hat, auch auf die unteren Behörden ihre unheilvolle Wirkung auszuüben, musste schliesslich dahin führen, dass der Praktiker z. B. der Advokat, der Richter und Procureur u. s. w. sich daran gewöhnten, den gelehrter Theoretiker nur über die Schulter hinweg anzusehen, seine wissenschaftlichen Forschungen als reine Marotten ohne realen Untergrund und ohne jeglichen Werth für das praktische Leben zu belächeln, ja ihn, den sich nur auf dem Gebiet gestaltloser Luftgebilde gleichsam wie in höheren Sphären Bewegenden als zur Anwendung der Rechts-

sätze auf das tägliche Leben d. h. zur Praxis für gänzlich unfähig zu erklären [1]). Der Praktiker ist in der Regel fest davon überzeugt, dass nur er wirkliche Kenntniss der Gesetze besitze, die dem „bloss" theoretisch gebildeten Juristen, der sich nur mit den Erzeugnissen der Wissenschaft beschäftige, entweder überhaupt nicht oder doch wenigstens bei weitem nicht in dem Maasse zur Seite stehe. Die Vertreter der Wissenschaft wiederum, die sich in Folge einer derartigen Behandlungsweise natürlich in ihrem Selbstgefühl mehr oder minder verletzt fühlen müssen, beeilen sich ihrerseits, den Praktikern mit gleicher Münze heimzuzahlen und mit nicht selten schlecht verhehlter Verachtung auf den ungebildeten, unwissenden und ungelehrten Praktiker herabzusehen, dem jegliche Fähigkeit wissenschaftlicher Deduktion abgehe. Bei Scherschenewitsch z. B. (наука l. c.) merkt man die Gereiztheit nur zu leicht heraus, wiewohl wir nicht leugnen wollen, dass eine solche ganz begründet ist. Damit wird nun auf beiden Seiten viel böses Blut erregt. Dass aber auf diesem Wege ein ruhiges und objektives Prüfen und Beurtheilen, eine Würdigung der guten Seiten auch des Gegners nicht erreicht werden können, wird man leicht einsehen.

Am Verhängnissvollsten aber ist der Umstand, dass die Gerichte in Folge der auf sie fortgesetzt stattfindenden büreaukratischen Einwirkung seitens des ihnen übergeordneten Senates jeder Selbstständigkeit nicht nur in Bezug auf das Erfassen des in Frage stehenden Rechtssatzes, sondern auch in der Anwendung desselben auf den einzelnen konkreten Fall so gut wie ganz beraubt sind. Regt sich aber in irgend einem Gerichte eine selbstständigere Stellungnahme hinsichtlich der Frage nach der Auslegung und Anwendung eines Rechtssatzes, dann werden ihm derartige „Extravaganzen" vom Senat nur zu bald strikte untersagt, ganz in derselben Weise, wie das in der hier kritisierten Senatsentscheidung gegenüber dem

1) Wenn wir aufrichtig sein wollen, so muss man die Berechtigung solcher Vorwürfe wenigstens zum Theil anerkennen. Wie oft sehen wir, dass sich unsere Wissenschaft das endlose Ausspinnen weiss Gott wie entfernt liegender für das praktische Leben auch nicht die geringste Bedeutung habender Gegenstände angelegen sein lässt, sich dem Abhaspeln abstrakt-scholastischer Theorieen hingiebt, die wie die Wolken in der Luft schweben und unter sich die Erde und das auf ihr Befindliche klein, ganz klein, über sich aber gar nichts sehen.

Wilnaer Palatenurtheil geschieht. Nur weniger solcher Senatsurtheile bedarf es, um den Gerichten insbesondere im Hinblick auf Paragraphen wie Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. nicht nur jede Lust zu benehmen, sich gegebenen Falls an die Wissenschaft um Aufschluss über irgend eine streitige Frage zu wenden, sondern insbesondere auch, um in ihnen schliesslich noch den letzten Rest des Bewusstseins von der Brauchbarkeit, ja der Nothwendigkeit der Theorie für die Zwecke der Praxis, die in ihrem letzten Grunde eben durch die Thatsache des engern Zusammenhanges zwischen Theorie und Praxis gegeben sind, zu ertöten d. h. mit andern Worten: die Praxis wird unwissenschaftlich, indem sie auf einem Gebiete, auf dem man sich ohne Zuhilfenahme der Wissenschaft gar nicht bewegen kann, von jedem wissenschaftlichen Vorgehen als einer nutzlosen Zeit- und Müheverschwendung ganz absehen zu können glaubt. Sie entäussert sich aber dadurch eines wichtigen Hilfsmittels für die der Rechtsprechung nothwendig vorangehende Rechtserkenntniss oder richtiger: sie wird immer wieder von Neuem dazu gezwungen, sich desselben zu entäussern. Der Senat will die Theorie aus dem praktischen Rechtsleben als unnützen Ballast verbannt wissen und die niedern Gerichte müssen, eben weil sie vom Senat gänzlich abhängig sind und alle seine Vorschriften strikt befolgen müssen, dasselbe thun und da ist weiter nichts zu machen! Liegen ja doch in dieser Hinsicht ganz klare Senatsentscheidungen vor und letztere müssen, weil sie Gesetzeskraft haben unbedingt zur Richtschnur genommen werden. — So kommt es dazu, dass ebenso wie der Senat den ihm untergeordneten Gerichtsbehörden, so auch letztere den eventuell sich auf die Theorie berufenden Partheianwälten eine solche Berufung auf Sätze der Wissenschaft — und mögen sie auch noch so sehr anerkannt sein und feststehen — ein für allemal strikt untersagen. Wehe dem Advokaten, der es wagen sollte, sei es in seiner schriftlichen Eingabe sei es in der mündlichen Verhandlung seine specielle rechtliche Ansicht durch Berufung auf die Wissenschaft zu unterstützen! Er kann sicher sein, nicht nur, dass das Gericht auf derartige Ausführungen, wenn sie auch

---

Derartige gänzlich abstrakt-philosophische Forschungen ohne irgend welche Spur von realem Untergrund sollten aus der Wissenschaft, die nur das wirklich geltende und anwendbare Recht darstellen soll, billig verbannt werden (vgl. Энгельманъ: учебникъ, im Vorwort.). —

noch so gelehrt und schlagend sind, bei Entscheidung der Sache gar kein weiteres Gewicht legen wird, sondern auch, dass ihn der Vorsitzende des Gerichts eben desswegen zur Ordnung ruft resp. ihn kategorisch auffordert, bei der Sache zu bleiben. Umgekehrt kann sicher auf Erfolg rechnen und darauf hoffen, beim Gericht durchzudringen, wer letzterem gegenüber auf die Nummer so und so der Senatsentscheidung eines bestimmten Jahrganges verweist. Da braucht man nicht zu fürchten, vom Präsidenten unterbrochen zu werden, vielmehr ist es gewiss, dass das Gericht mit Aufmerksamkeit den diesbezüglichen Ausführungen des Advokaten lauschen und letzterem für die gebotene Handhabe dankbar sein wird [1]).

So ist es dahin gekommen, dass das Rechtsprechen der Russischen Gerichte heutzutage eigentlich mehr ein Rechtsprechen nach den in den Senatsentscheidungen ergangenen Erläuterungen als nach dem wirklich geltenden Rechte ist. Richter und Anwälte jagen und suchen um die Wette nach passenden Senatsentscheidungen und diese allein, nicht etwa tiefergehende juristische Erörterungen sind die Waffen, mit denen die Partheien gegeneinander kämpfen, was doch besonders für unsere Ostseeprovinzen weder dem Geist noch dem Wortlaut des Art. XXVI der Einl. zu Th. III des Prov.-Rs entspricht. Glücklich nun, wer in einem Kampfe mit solchen Waffen bei mehrern einander widersprechenden Senatsentscheidungen sich auf die neueste zu berufen vermag, denn nach der vom Senat selbst befolgten Praxis gilt in solchen Fällen diese und nicht etwa die frühere Entscheidung [2]).

Unter so bewandten Umständen ist es nicht anders möglich, als dass der angehende Praktiker, der eben erst seine theoretische Schulung auf der Universität beendet hat und nun sich anschickt, in die Praxis zu treten, in ein derartiges Treiben nur zu bald hineingezogen wird und die ursprünglich von ihm lieb gewonnene Wissenschaft als toten, unnützen Kram baldmöglichst von sich zu werfen und zu vergessen bemüht ist. Es ist wahr, er hat sich glänzende Kenntnisse auf der Universität angeeignet, er hat

1) Darauf macht besonders Scherschenewitsch наука S. 236 aufmerksam.

2) Vgl. Энгельманъ: „учебникъ", S. 310, Шершеневичъ: „наука", S. 236.

fleissiger und mit mehr Erfolg als viele Andere das Römische Recht in seinen Tiefen und Höhen durchforscht, er hat mit allen Ehren die Schlussprüfung bestanden! Mit hochfliegenden Erwartungen, mit der Hoffnung, das auf der Universität Gelernte auch wirklich alsbald zur lebendigen Anwendung bringen zu können, als tüchtiger Civilist tritt er in die Praxis. Hier aber harren seiner bittere Enttäuschungen! Nicht nur nämlich, dass er einerseits Vieles, was er auf der Universität gelernt und worauf er seiner Zeit viel Mühe und Arbeit verwandt hat, praktisch gar nicht verwerthen kann, andererseits aber fortgesetzt auf Gegenstände stösst, die, trotzdem dass sie für die spätere praktisch-juristische Laufbahn unentbehrlich sind, ihm auf der Universität nie gelehrt sind, macht er dazu noch die Wahrnehmung, dass die ältern praktischen Juristen, bei denen er die praktische Schulung durchmachen soll, wie z. B. Rechtsanwälte, Richter, Sekretäre, Prokureure, Untersuchungsrichter u. s. w. nicht nur mit mitleidigem Achselzucken und verachtungsvoll auf die Wissenschaft und ihre Vertreter, insbesondere auch auf den soeben von der Universität kommenden jungen Juristen herabsehen [1]), sondern auch die Theorie als im praktischen Leben gar nicht existenzberechtigt hinstellen, sie als etwas bezeichnen, was mit der Rechtspraxis, der wirklich lebendigen Rechtsanwendung und Rechtssprechung, kurz mit dem gesammten Rechtsleben auch nicht das Mindeste gemein hat, ja, noch mehr, sich mit der Praxis überhaupt gar nicht verträgt, sondern ihr im Gegentheil feindlich gegenübersteht, sofern sie eben Lehren vorträgt, deren praktische Anwendbarkeit überall angezweifelt wird. Macht nun der „fertig gewordene" junge Jurist — der in mancher Beziehung ja in der That noch ein sehr unfertiges Menschenkind ist — diese Wahrnehmung und sieht er noch obendrein, dass eine derartige Stellungnahme gegenüber der Theorie vom obersten Gerichtshof des ganzen Reiches gut geheissen, gebilligt und begünstigt wird, ja von ihm so recht eigentlich ausgeht, macht er endlich die Erfahrung, dass den Partheien die Berufung auf Sätze der Wissenschaft im Rechtsstreit seitens der Gerichte als etwas Ungehöriges, ja sogar Ungesetzliches verwiesen wird, so kann man sich schliesslich gar nicht mehr darüber wundern, wenn er sich endgültig von der

1) Vgl. Доробецъ l. c. S. 2

Wissenschaft, der er ewige Treue geschworen und deren Fahne er stets heilig und hoch gehalten hat, als unnützem Ballast, als unverwerthbarem toten Kram lossagt[1]), seinen theoretischen Forschungen auf ewig Valet sagt und sich schliesslich nur auf das Studium der Senatsentscheidungen, die ihm allein reellen Nutzen zu bringen vermögen, beschränkt. Er hat eben eingesehen oder glaubt es wenigstens eingesehen zu haben, dass ihm im Grunde genommen nichts Lebendiges, sondern nur Totes gelehrt worden sei!

Unter den bezeichneten Umständen doch noch den Glauben an die Wissenschaft, die vermöge ihrer innern geistigen Macht auf die Dauer niemals niedergezwungen werden kann, sondern über kurz oder lang doch noch immer siegreich ihr Haupt erheben und das Feld behaupten muss, nicht zu verlieren, dazu gehört schon ein Maass von Charakterstärke, die nicht Jedem, am allerwenigsten dem auf einen praktischen Beruf, mithin auf Broterwerb Losgehenden zu Gebote stehen dürfte. Die Wissenschaft geht eben gleich der Kunst nicht nach Brod, soll es wenigstens nicht, während die Praxis vorzugsweise nach Brod geht, wie denn auch Jhering einmal sagt, dass das Geld der Fluch ist, der dem Juristenstande anhaftet.

In dem Maasse aber, wie sich die eben geschilderte allmähliche Umwandlung des jungen Theoretikers aus einem Freunde zu einen geschworenen Feinde der Wissenschaft bei jedem einzelnen in die Praxis tretenden jungen Juristen vollzieht, sinkt natürlich das Rechtsleben auf ein immer tieferes Niveau, denn: „wie die Alten sungen, so zwitschern die Jungen!“ Und will sich dann noch ein so eingefleischter Praktiker wieder auf das hohe Ross der Wissenschaft schwingen, so wird er nur zu bald zu seinem nicht geringen Schrecken gewahr, dass durch jahrelanges Pausieren seine wissenschaftlichen Sinne eingeschlafen und abgestumpft sind und sich beim besten Willen und trotz aller Anstrengung nicht mehr erwecken lassen. Die alte Energie ist eben unwiederbringlich verloren gegangen! Ist es ja auch doch viel bequemer, sich durch Handbücher wie den viel verbreiteten mit

1) Diesen Punkt streift auch H. B. Муравьевъ: Кандидаты на судебныя должности (Москва, 1886), S. 113 f.

Senatsentscheidungen gespickten Borowikowski, als durch das corpus juris oder ein gutes Lehrbuch belehren zu lassen [1]).

Gewiss sind das äusserst traurige, auf die Dauer gar nicht einmal haltbare Zustände, deren Beseitigung möglichst schnell und durchgreifend erfolgen muss. Es fragt sich nur, welches sind hier die besten Heilmittel?

Unstreitig muss es um ein Bedeutendes zum Ausgleich der zwischen Theorie und Praxis herrschenden Gegensätze beitragen, wenn schon auf der Universität so oft als nur thunlich die enge Verbindung, in der die beiden gleiche Ziele verfolgenden Schwestern: Theorie und Praxis mit einander stehen, den Studierenden eingeschärft wird [2]), damit zugleich aber auch, namentlich was den Civilprocess und das Civilrecht anbetrifft, die unmittelbare Anwendung der vorgetragenen Rechtssätze auf Fälle des praktischen Lebens nicht ausser Acht gelassen wird, zu welchem Behufe die sogenannten Praktikas in verstärktem Maasstabe und in mehr Fächern als bisher auf den Universitäten obligatorisch eingeführt werden müssen [3]). Dieses, verbunden mit Streichung einiger für die Praxis werthloser Fächer wenigstens als obligatorischer und Einführung an Stelle dessen verschiedener für die spätere Praxis unentbehrlicher Disciplinen [4]) in den juristischen Lehr-

1) Vgl. Шершеневичъ, наука, S. 236

2) Vgl. Доробецъ: Академическая практика S. 11. Letzterer betont besonders die pädagogische Bedeutung der praktischen Uebungen (Vgl. z. B. S. 6—11).

3) Vgl. Girtanner: Rechtsfälle im Vorwort, S. VI., Доробецъ l. c. S. 1, der mit Recht darauf aufmerksam macht, dass die praktischen Uebungen auf den russischen Universitäten bisher eine nur untergeordnete Bedeutung einnahmen. Solche Uebungen sollen eben in dem Studenten die Fähigkeit der praktischen Anwendung der Rechtssätze erwecken und stets wach erhalten. Доробецъ, l. c. S. 4 f.

4) Das Nähere hierüber habe ich in meiner Schrift: „Der gegenwärtige Zustand". . . S. 7 ff. ausgeführt, auf die ich daher verweise. Hinzuzufügen wäre an dieser Stelle nur noch etwa so viel, dass der erwähnte Versuch Meyers, das in Gestalt der Einrichtung besonderer juristischer Kliniken zu erreichen meinem Dafürhalten nach kein sehr glücklicher war. — Wenn übrigens Доробецъ S. 3. das Institut der Justizamtskandidaten für ein geeignetes Mittel ansieht, der einseitig-theoretischen Ausbildung des Studenten entgegenzuwirken, so ist nicht recht ersichtlich, wie er das mit seiner auf S. 4 ausgesprochenen An-

plan wird entschieden mit dazu beitragen, dass der von der Universität abgehende und ins praktische Leben tretende junge Jurist den ältern Praktikern eine ganz andere, bessere Mei-

---

sicht von der Nothwendigkeit, die praktischen Anwendung des Gelernten schon auf der Universität, nicht erst ausserhalb derselben zu lehren, in Einklang bringen will!? — Siehe auch meine Schrift: „Der gegenwärtige Zustand". . . S. 2 ff. — Ueber die schwachen Seiten des Instituts der Justizamtskandidaten vgl. Муравьевъ: кандидаты на судебныя должности, passim. — Neuerdings ist die Frage der Neuregelung des juristischen Studiums auf den Russischen Universitäten wiederum aufgerollt und der Gegenstand lebhafter Erörterungen in Presse und Litteratur, besonders der juristischen geworden. Hervorzuheben ist in dieser Hinsicht besonders das Buch des Odessaer Professor Казанскій: „Къ вопросу о постановкѣ преподаванія на юридическихъ факультетахъ (1900)," dessen überaus phantastische und insbesondere gegen das System der Vorlesungen — als eines schädlichen Vortragsmittels — gerichtete Vorschläge Professor Петражицкій (Petersburg) in der Fachzeitschrift: „Право" №№ 25, 29 und 31. zurückweist. P. ist wohl Anhänger des Vorlesungssystems, im Uebrigen aber von der Nothwendigkeit einer Reform des juristischen Studiums überzeugt. Leider bringt er selbst aber keine nennenswerthen Verbesserungsvorschläge. — Erwähnt sei an dieser Stelle noch, dass Dernburg in seiner Schrift: „Die Reform der Juristischen Studienordnung" (Berlin 1886), ganz im Gegensatz zu Kasanski, zum Theil auch Petraschitzki und andern Russischen Rechtsgelehrten mit Recht gegen die Zwischenexaminas (bei uns in Russland „Kursusprüfungen" „курсовы еэкзамены" genannt), ebenso auch gegen den zwangsweisen Besuch der Kollegien (vgl. S. 9—15) ist. Erstere vermittelten nur das Einlernen von Kenntnissen, nicht aber das juristische Verständniss, das juristische Denken, was doch die Hauptsache sei. Das zweite würde nach D.-s Ansicht dem Princip der akademischen Freiheit, die überall gewahrt bleiben müsse, widersprechen. Ganz richtig fragt Dernburg, ob man denn den zwangsweise die Vorlesung besuchenden Studierenden auch zur Aufmerksamkeit zwingen könne? Dernburgs eigene Vorschläge laufen darauf hinaus: zuerst theoretisches Studium von 5 oder 4 Semestern, dann zwei Jahre Vorbereitung in der Praxis (nach vorherbestandenen Referendariatsexamen, dann wieder 1½ jähriges Universitätsstudium und schliesslich 1½ jähriger Dienst in der Praxis mit darauffolgendem Assessorexamen (S. 23). In seiner Schrift: „Die Phantasie im Recht" (Berlin 1894) tritt Dernburg insbesondere gegen den starren toten Dogmatismus in der Rechtslehre auf. Das Rechtsstudium dürfe nicht in einem blossen Erlernen von gesetzlichen Regeln und Rechtsdaten bestehen, die juristische Anschauungskraft müsse beim Studierenden geweckt werden (S. 37). Die Vorlesungen müssten darauf hinarbeiten, dass der Studierende lerne, juristisch

nung von der Theorie und deren Vertretern beibringt, insofern nämlich jene nunmehr die Ueberzeugung gewinnen, dass die auf der Hochschule gelehrte Theorie den Jüngern der Rechtswis-

---

zu fabulieren. Dazu dienten die Pandektenpraktikas, dann aber auch das Abhalten einer Art von juristischer Klinik (S. 38), in welcher lahme richterliche Eidesauflagen, geschwollene Erkenntnisse, skrophulöse Berufungen untersucht und die Heilmittel für solche Gebresten angegeben werden. Bei dieser Gelegenheit sei auch noch das jüngst erschienene Buch von Dr. Karl Dickel: Rechtsfälle zum Gebrauch bei juristischen Uebungen (Berlin 1901) erwähnt. Es enthält im Wesentlichen Auszüge aus Prozessakten. Diese Auszüge sind aber keine gewöhnlichen. Sie sind mit ausserordentlicher Ausführlichkeit und dabei so anschaulich hergestellt, dass sich vor den Augen des juristischen Lesers der gesammte Processgang entrollt, mit allen seinen Nebenumständen, nicht minder auch all' den Fehlern und Verstössen, deren sich Partheien oder Richter, insbesondere hinsichtlich der Rechtsauffassung schuldig gemacht haben, so dass wir es auch hier mit einer Art von juristischer Klinik zu thun hätten, als welche der Verfasser sein Buch aufgefasst wissen will. Der lernende Jurist soll eben das Pathologische, Krankhafte im Rechtsleben und Rechtsgange vom Physiologischen unterscheiden lernen. Er soll sich zugleich mit der juristischen Hygieine bekannt machen, er soll die Kunst lernen, wie man es richtig anfangen muss, um solche Verstösse zu vermeiden, wie man ferner Rechtsgeschäfte so abfassen muss, dass die Möglichkeit eines Processes höchst unwahrscheinlich ist. Solche Bücher wie das Dickel'sche müssten behufs praktischer Vorbereitung der Studierenden auch auf den Russischen Universitäten eingeführt werden. Durchaus eigenartig, aber gewiss weiterer Beachtung werth ist der Vorschlag Krückmanns in der „Deutschen Juristen-Zeitung," Jahrg. V. 1900 № 17/18 S. 379 f. (Septembernummer), für die Neugestaltung des Rechtsunterrichts die neuesten Ergebnisse der pädagogischen Wissenschaft zu verwerthen. Krückmann empfiehlt die induktive Methode als die alleinrichtige, er plaidiert dafür, dass der Rechtsunterricht vom einzelnen Rechtsfall oder Beispiel zur abstrakten Regel aufsteigen solle, eine Methode, die bekanntlich in glänzender und vollendeter Form schon von den Römischen Juristen befolgt wurde. Erwähnenswerth ist ferner, dass dem Preussischen Landtage ein Gesetzentwurf vorgelegt ist, welchem zufolge die Studienzeit auf den Preussischen Universitäten auf sieben Semester (gegenüber den bisherigen 6 Semestern) verlängert werden soll, während für die praktische Ausbildung dreieinhalb Jahre bestimmt sind. Prof. Seckel in Nr. 3 der Deutschen Juristen-Zeitung Jahrg. 1902. S. 58 ff., verhält sich dieser Neuerung gegenüber durchaus zustimmend. Wir für unsere Person halten eine noch weiter gehende Verlängerung der Studienzeit für wünschenswerth. Bei fünf Jahren Universitätsstudium würde sich

senschaft nicht nur das Abstrakte, Tote, der lebendigen Anwendung also Unzugängliche, sondern wirklich praktische, von ihnen selbst anerkannte und geübte Rechtssätze beigebracht hat, wodurch die in die Praxis Eintretenden die Fähigkeit erlangen, das von ihnen Gelernte alsbald im Dienste der Menschheit, zum Wohle des Nächsten zu verwerthen. Kommt so die Theorie der Praxis auf halbem Wege entgegen, so wird dann auch die Praxis ihrerseits nicht ermangeln, der Theorie gegenüber einen andern, versöhnlichern Ton anzuschlagen. Wohl möglich, dass dann vielleicht die Liebe zur Wissenschaft auch unter den Vertretern der Praxis wieder erwacht, letztere sich von Neuem den theoretischen Forschungen zuwenden und wissenschaftliche Schriften veröffentlichen. Umgekehrt wird dann auch die Theorie immer mehr erkennen, wie viel Anregung ihr die vielgeschmähte Praxis zu bieten vermag, wie oft gerade Rechtsübung und Rechtssprechung es sind, die den Schleier, der den fraglichen Rechtssatz bisher umgab und selbt für den scharf sehenden Forscherblick des Theoretikers undurchdringlich blieb, nun auf einmal von letzterm wegziehen und das bisher für so kompliciert Gehaltene als im Grunde etwas sehr Einfaches erscheinen lassen. Dann wird vielleicht auch noch ein

eine Abkürzung des Referendardienstes, etwa bis zu einem Jahre ermöglichen lassen. Ebenso kann ich die von der Preussischen Regierung geplante Einführung eines nach dreisemestrigem Studium dem Studierenden zu ertheilenden Zwischenzeugnisses, ohne welches das Studium nicht weiter fortgesetzt werden kann, nur als eine sehr bedenkliche Neuerung bezeichnen. Das Zwischenzeugniss soll allerdings keine Zwischenprüfung, sondern nur eine Bescheinigung der Ordnungsmässigkeit des Studienganges sein. Die Hauptgrundlage für die Ausreichung solcher Zeugnisse sollen die schriftlichen Arbeiten der studierenden liefern. Allein diese auf ihre Selbstständigkeit zu prüfen dürfte dem Docenten besonders bei einer grösseren Anzahl der am Praktikum Theilnehmenden wohl unmöglich sein, vgl. auch besonders Rosin: Das Zwischenzeugniss nach dem neuen preussischen Gesetzentwurf über die Vorbereitung zum höheren Justizdienste in Nr. 4 der Deutschen Juristen-Zeitung (Jahrg. 1902) S. 81—84, u. Lenel ebendaselbst S. 94. Gegen die von der preuss. Regierung geplante Einführung zwangsweiser praktischer Uebungen auf der Universität vgl. besonders die betreffenden Ausführungen v. Lisst's (Berlin) in Nr. 6 der Deutschen Juristen-Zeitung (Jahrg. 1902) S. 129 ff., dazu Laband in Nr. 7 derselben Zeitung S. 169, der mit dem Vorigen gegen die Kontrolle des die Praktika leitenden Docenten seitens der Regierung auftritt

anderer Uebelstand, der zur Zeit recht fühlbar ist, allmählig verschwinden oder doch wenigstens in seinen Härten erheblich gemildert werden. Wir meinen die Thatsache, dass das juristisch-litterärische Leben nicht nur in den inner-russischen Gouvernements, sondern neuerdings auch in den baltischen Ostseeprovinzen von einer geradezu unheimlichen Oede beherrscht wird. Namentlich gilt das auch vom Civilrecht. Blicken wir in dieser Beziehung auf die Ostseeprovinzen hin, so machen wir leider die Entdeckung, dass unsere provincialrechtliche Litteratur ausserordentlich spärlich fliesst, ja ganz zu versiegen droht. Selten findet heutzutage noch ein praktischer Jurist Zeit und Lust, seine Kräfte auch einmal einer theoretischen Abhandlung zu widmen und in den Quellen wissenschaftlich zu forschen und andererseits zeichnen sich auch die Theoretiker nicht durch Rührigkeit auf privatrechtlichem Gebiet aus. Es wird auf dem Gebiet des provinciellen Privatrechts ausserordentlich wenig geschrieben. Das hat seinen ersten Grund gewiss in dem gegenwärtig herrschenden Verhältniss zwischen Theorie und Praxis. Der praktische Jurist hält eben jegliche theoretische Beschäftigung, nicht nur die recipierende, sondern auch die *producierende* für unütze Spielerei und Zeitverschwendung [1]), daher er sich davon möglichst fern hält. Die Folge davon ist, dass wenn nun doch irgend eine Broschüre oder auch ein grösseres Werk juristischen Inhalts z. B. über irgend ein provincialrechtliches Thema erscheint, die Zahl derjenigen Personen insbesondere der Praktiker, die ein solches Buch kaufen nnd lesen, eine verhältnissmässig ausserordentlich geringe ist. Da nun so auf einen nur beschränkten Leserkreis gerechnet werden kann, so entschliesst sich heutzutage auch kaum irgend ein Buchhändler, ein juristisches und insbesondere provincialrechtliches Werk in reinen Verlag zu nehmen d. h. das Manuscript dem Autor einfach abzukaufen und die Druckkosten zu übernehmen. Als Grund wird aber seitens dieser Herren — und zwar nicht ganz mit Unrecht — gewöhnlich

1) Wäre Letzteres auch der Fall, so bleibt immer noch der Nutzen zu erwägen, dass das Spiel Erholung mit sich bringt und durch seine Abwechselung zur Stärkung und Auffrischung der Geisteskräfte beiträgt. Ist also die Theorie wirklich blosse Spielerei, so wird doch immer die Beschäftigung mit letzterer nach gethaner Berufsarbeit auch dem praktischen Juristen, wofern er nur sein Fach lieb hat, die nothwendige Erholung gewähren.

angegeben, dass der betreffende „Artike“ kein „absatzwerther“ sei und dass die Druckkosten bei dem beschränkten Leserkreise durch den Verkauf bei Weitem nicht gedeckt würden. Traurig für ein Land, wo die fachwissenschaftlichen Interessen so gering sind, dass der Verleger eines wissenschaftlichen Werkes nicht einmal auf seine Druckkosten kommt! Bei so bewandten Umständen muss es dann schliesslich dahin kommen, dass Niemand sich zu einer produktiven Thätigkeit entschliessen wird, denn die wenigsten sind derartig gestellt, dass sie den Druck aus eigenen Mitteln bestreiten können. Wer schreiben will, kann es nicht, denn er findet keinen Verleger und seine Geistesprodukte brach im Schreibtisch liegen zu lassen, das wird so leicht Niemand thun. So manche gute Leistung wird auf diese Weise unterdrückt, so manche zu den besten Hoffnungen berechtigende Fähigkeiten gelangen so überhaupt nicht zur Perception, da die Möglichkeit einer Veröffentlichung mit Hinsicht auf den leidigen Geldpunkt hartnäckig verschlossen bleibt. Das Alles wird unserem Dafürhalten nach anders und besser werden, wenn die Praxis sich wieder der Theorie zuwendet, sich von letzterer ihren Rath holt und ihr brüderlich die Hand reicht. Dann wird auch der Kreis der eventuellen Käufer juristischer Werke ein grösserer werden, die Verleger werden sich häufiger zum Ankauf des Manuscriptes und Drucklegung auf eigene Kosten entschliessen und in Folge dessen muss dann auch die litterärische Produktion namentlich auch seitens der praktischen Juristen eine lebhaftere werden, gewiss zum Besten des Allgemeinwohles, in dessen Interesse es liegen muss, dass keine nutzbringende und die Sache fördernde Leistung unterdrückt werde. Natürlich darf dann auch die Theorie nicht die Hände in den Schoss legen, sondern auch ihrerseits auf möglichst lebhafte Produktion[1]) bedacht sein. Bei einem solchen wissenschaftlichen Wettbewerbe kann es dann gar nicht fehlen, dass Theorie und Praxis auf einander anregend und befruchtend wirken. Damit aber wäre der Anfang zu einer Wendung zum Bessern gemacht, freilich auch nur der Anfang. Denn *damit* allein ist die Sache nicht abgethan, *das* allein ist in soweit noch kein radikales Heilmittel gegenüber den im Verlaufe dieser Abhandlung erwähnten Uebelständen, an denen unser Rechts-

1) Insbesondere auf dem Gebiete des Civilrechts, Scherschenewitsch наука S. 242.

leben, insbesondere das unserer Ostseeprovinzen laboriert. Es muss nach Ansicht des Verfassers in dieser Hinsicht noch ein Mehreres gethan werden. Wir haben hier weniger die juristischen Gesellschaften im Auge, obgleich auch diese zur Aufrechterhaltung des Konnexes zwischen den Vertretern der Theorie und Praxis nicht wenig beitragen, als vielmehr etwas Anderes. Unserem Dafürhalten nach müssten nämlich innerhalb des Gerichtsorganismus Vorkehrungen getroffen werden, deren Hauptzweck in der Herstellung und dauernden Aufrechterhaltung eines möglichst engen Zusammenhanges zwischen Theorie und Praxis bestände. Wir denken uns die Sache so. Es müsste bei jedem Kollegialgerichte das Amt eines sogenannten ständigen gelehrten Gliedes[1]) und zwar eines Specialisten auf dem Gebiet des Civilrechts, da dieses mir von allen Rechtszweigen der wichtigste zu sein scheint, mit angemessener Gage kreiert werden, das weder beständigen Sitz noch Stimme im Gericht hat, den Sitzungen und Berathungen der Richter also keinenfalls beiwohnt, dagegen verpflichtet ist, entweder auf Verlangen einer der beiden Partheien oder beider, oder auf Antrag des Prokureuren resp. auf desfallsige Verfügung des Vorsitzenden oder endlich in Folge einstimmigen Beschlusses des Gerichts speciell über eine bestrittene Rechtsfrage sein mündliches oder schriftliches Gutachten abzugeben, wobei das gelehrte Glied für den Fall, dass ein mündliches Gutachten von ihm verlangt wurde, auf Grund einer desfallsig vom Gericht erfolgenden Verfügung in casu vor Gericht zu erscheinen und daselbst sein Gutachten — natürlich vor dem Endurtheil — abzugeben hätte. Bei schriftlich abzugebenden Gutachten wäre ein Erscheinen des Gliedes dagegen nicht erforderlich, sondern es genügt eine einfache Verlesung desselben vor Gericht durch das vortragende Bezirksgerichtsglied. Processualisch genommen könnte die Stellung eines solchen ständigen gelehrten Gliedes ungefähr die eines Sachverständigen sein. Den Richtern muss daher betreffs der Beurtheilung der Beweiskraft der von dem gelehrten Gliede vorgebrachten wissenschaftlichen Gründe und Deduktionen vollständige Freiheit

1) Bei den höheren Instanzen (Palate, Senat), wo die Arbeitslast eine grössere ist, müssten natürlich mehrere gelehrte Glieder bestehen. — Alle gelehrten Glieder müssen natürlich im Range stehen und überhaupt alle Rechte von Staatsbeamten besitzen.

eingeräumt werden, da nur so die Würde und Unabhängigkeit des Richterstandes gewahrt bleiben kann. Auch könnte es nichts schaden, wenn dem gelehrten Gliede gestattet werden würde, auch an den Berathungen der Richter — vorausgesetzt immer, dass es sich um den einzelnen Fall handelt — theilzunehmen. Wie oft kommt es vor, dass man noch in der elften Stunde seine vorgefasste Meinung ändert und da haben dann die Richter noch die Möglichkeit, kurz vor der Urtheilsfällung sich mit dem gelehrten Gliede in wissenschaftlicher Hinsicht auszusprechen und sich von ihm Belehrung zu holen. Ein solches Recht dürfte dem gelehrten Gliede aber nicht ipso jure unter allen Umständen, sondern nur dann zugestanden werden, wenn der Präsident eine diesbezügliche Verfügung trifft oder wenn das ganze Gericht auf Antrag des Staatsanwalts oder der Partheien eine derartige Heranziehung verfügt. Destoweniger also dürfte ein solches Theilnehmen an den Gerichtsberathungen in den Kreis der dem gelehrten Gliede obliegenden Pflichten gezogen werden. Auch die Beschränkung der Heranziehung des gelehrten Gliedes bloss auf die Antheilnahme an den Berathungen der Richter über das zu fällende Urtheil dürfte sich verbieten im Hinblick auf die in solchen Fällen für die Partheianwälte sich ergebende Unmöglichkeit, die Richtigkeit der von dem gelehrten Gliede vorgebrachten Deduktionen zu kontrollieren, so dass ihnen also ein nicht unwichtiger Theil des Materials, auf welches das gerichtliche Urtheil gegründet wird oder gegründet werden kann, unzugänglich bleibt.

Erachtet man aber die Zuziehung des gelehrten Gliedes zur Berathung für nicht vereinbar mit seiner processualen Stellung als Scahverständiger und daher für nicht wünschenswerth, so mag das an und für sich seine Richtigkeit haben, obwohl man andererseits wieder zugeben muss, dass ja dem juristischen Sachverständigen ausnahmsweise eine andere processuale Stellung als den gewöhnlichen Sachverständigen gesetzlich ein für allemal eingeräumt werden kann, ohne dass dadurch die übrigen Regeln über die Sachverständigen und deren processuale Stellung über den Haufen geworfen zu werden brauchen.

Um nun allen seinen Pflichten gehörig nachkommen zu können, muss das sogenannte gelehrte Glied sein Hauptaugenmerk hauptsächlich darauf richten, alle litterärischen Erscheinungen auf dem Gebiete des Civilrechts auf das Genaueste zu verfolgen und

durchzustudieren, denn nur auf solche Weise lassen sich Specialkenntnisse erwerben und aufrecht erhalten. Für die Ostseeprovinzen kommt in dieser Hinsicht noch das Studium des Römischen und Germanischen Rechts resp. der Litteratur über diese Gegenstände hinzu, da die Grundlagen des Th. III. des Prov.-Rs. bekanntlich Römisch-Germanistische sind. Vorbedingung zu dem Allem ist natürlich das Unterhalten einer reichhaltigen, stets von Neuem zu ergänzenden Bibliothek, der nicht nur die gesammte provincialrechtliche Litteratur, miteinbegriffen auch die provincialrechtlichen Zeitschriften, sondern auch die im Auslande auf dem Gebiete des Civilrechts erscheinenden processualen und civilistischen Werke, Monographieen, Broschüren und Zeitschriften einverleibt werden müssten. Da aber die Unterhaltung einer derartigen Bibliothek eine erhebliche Summe Geldes kosten dürfte, so müssten dem gelehrten Gliede seitens der Krone hierzu besonders bestimmte Summen ausgeworfen werden.

Des Weitern müsste es zu den Pflichten des gelehrten Gliedes gehören, zu bestimmten Stunden entweder in seiner Wohnung oder in einem besonders dazu bestimmten Zimmer des Bezirksgerichtes wissenschaftliche Vorträge zu halten, deren Besuch den Gerichtspräsidenten und Gerichtsgliedern, den Beamten der Prokuratur und den Sekretären anempfohlen werden müsste, sowie allen an ihn mit der Bitte um Aufklärung in irgend einer zweifelhaften Rechtsfrage sich wendenden praktischen Juristen, z. B. den Advokaten, Gerichtsgliedern, Prokureuren — natürlich immer nur denen s e i n e s Gerichts — unentgeltlich die erbetene wissenschaftliche Erklärung zu gewähren. Zu den Obliegenheiten des gelehrten Gliedes müsste fernerhin auch die Aufsicht über die bei jedem Bezirksgericht ohnehin schon bestehende Bibliothek gehören, die in der Regel nichts weniger als reichhaltig ist, für deren sach- und zeitgemässe Kompletirung er stets Sorge zu tragen hätte. Ueber manches Andere z. B. Gründung juristischer Gesellschaften, an denen sowohl Theoretiker als auch Praktiker theilzunehmen hätten und auf denen Vorträge gehalten werden und Diskussionen stattfinden müssten, sowie darüber, dass die Justizposten, insbesondere die Richterposten mit Leuten aus dem Advokatenstande, bei dem man in der Regel immerhin eine tiefere civilistische Kenntniss vermuthen darf, zu besetzen sind, ist schon die Rede gewesen. Darauf als auf ein Mittel zur Herstellung einer näheren Verbindung

zwischen der Advokatur und den Gerichtsämtern sowie zur Hebung des Advokatenstandes weist insbesondere Васьковскій in seiner Schrift: „Будущее русской адвокатуры“ (Petersburg 1893) S. 7 ff. hin, der noch betont, dass der Besetzung von Richterposten durch gewesene Advokaten gesetzlich nichts im Wege steht (cfr. Art. 204 u. die Anm. zu Art. 210 des Уч. Суд. Уст. [B. XVI des Св. зак.]). Nichtsdestoweniger wird in praxi fast nie ein Gerichtsposten mit einer Person aus dem Advokatenstande besetzt. Hinzugefügt mag noch werden, dass es sich empfehlen dürfte, bei der Besetzung der Justizämter mehr als es bisher geschehen auf die wissenschaftlichen Leistungen des betreffenden Bewerbers zu sehen, wie denn allen Richtern sowie überhaupt allen Gerichtsbeamten die Beschäftigung mit der Wissenschaft nicht nahe genug ans Herz gelegt werden sollte und zwar müsste der Senat selbst darauf sehen, anstatt der Theorie, wie er es thut, den festen Boden unter den Füssen zu entziehen. Sehr am Platz wäre es auch, besonders tüchtige Leistungen auf dem Gebiete der Wissenschaft, einerlei ob sie von einem Theoretiker oder Praktiker herstammen, entsprechend auszuzeichnen, entweder durch Verleihung von Orden, Medaillen, Geldprämien, Ehrendiplomen, gelehrten Graden (z. B. dem Professortitel), Rang- und Klassenerhöhungen, Gehaltszulagen, Avancement im Dienste, eventuell mit Ueberspringung einiger Stufen und dgl. m. Derartige Auszeichnungen werden zweifellos nicht nur die Ausgezeichneten selbst, sondern auch die Andern zu weiterem wissenschaftlichen Forschen anspornen. Erfahrungsgemäss lassen so Manche ihren Muth sinken und hören mit ihrer wissenschaftlichen Arbeit gänzlich auf, wenn ihr Streben nur innerhalb der Gelehrtenwelt Anerkennung findet, seitens des Staates aber vollständig ignoriert, ja geradezu missachtet wird. Ganz anders, wenn die Regierung so sichtbar die Wissenschaft im Interesse der gedeihlichen Entwickelung des Rechtslebens zu fördern bemüht ist!

Den Rechtsanwälten muss ferner ungehindert gestattet werden, sich in ihren Satzschriften und in den mündlichen Vorträgen auch auf die Wissenschaft zu berufen. Der Umstand, dass die Satzschriften durch weitläufige Citate und vieles Allegieren zu lang ausfallen dürften, kann, wie schon früher bemerkt wurde, wohl kaum als Hinderniss in Frage kommen, da es ein Processgesetz, das für die Klage- oder Einredeschrift einen fest bestimmten und

abgegrenzten Umfang vorschreibt, weder bei uns noch sonst irgend wo in einem andern Staate giebt. Dessgleichen müssten natürlich auch die Gerichte berechtigt sein, in ihren Entscheidungsgründen je nach Ermessen auch auf die Theorie zurückzugehen.

Andererseits muss die Theorie sich in grösserem Maasse als bisher dem Studium der Gerichtspraxis, namentlich was streitige Rechtsfragen anbetrifft, widmen und die betreffenden gerichtlichen Entscheidungen an der Hand der Wissenschaft objektiv prüfen, kritisieren und erläutern, um so auf diese Weise die Kenntniss der über einen bestimmten Punkt ausgebildeten Praxis schon den Studierenden auf der Universität, sowie dem angehenden Rechtspraktikanten zugänglich zu machen. Den Professoren aber müsste es zur unbedingten Pflicht gemacht werden, in ihren Vorlesungen, Vorträgen und Praktikas in allen den Fällen, wo sich über irgend eine streitige Rechtsfrage eine bestimmte Praxis ausgebildet hat, letztere eingehend zu berücksichtigen. Natürliche Vorbedingung zu dem Allen ist es, dass die wichtigsten solcher zweifelhafte und bestrittene Rechtsfragen erläuternden Entscheidungen gesammelt und publiciert werden, ganz so wie das früher mit den civilrechtlichen Urtheilen der Rigaschen Stadtgerichte geschah. Mit der Auswahl und Redaktion müsste hierbei das gelehrte Mitglied unter eventueller Aufsicht resp. Beihilfe des Gerichtsvorsitzenden oder eines Gerichtsgliedes betraut werden. Was dann die Universitäten anbetrifft, so müssten die Professoren (vorzugsweise die des Civilrechts) obligatorisch verpflichtet werden, nicht nur Mitglieder der überall zu errichtenden juristischen Gesellschaften zu werden, sondern auch die Sitzungen derselben regelmässig zu besuchen und auf denselben Vorträge zu halten. Ebenso muss es ihnen zur Pflicht gemacht gemacht werden, wenigstens ein oder mehreremal wöchentlich den Gerichtsverhandlungen der Civilabtheilung beizuwohnen. Die Gerichtsglieder, Sekretäre, Prokureure und Advokaten ihrerseits müsste man wiederum verpflichten, Mitglieder der juristischen Gesellschaften zu werden, die Sitzungen regelmässig zu besuchen und auf denselben Vorträge zu halten. Natürlich muss das auch hinsichtlich des gelehrten Gliedes gelten. Die herauszugebenden gerichtlichen Entscheidungen könnten am Besten in Form von Journalcirkeln unter den Mitgliedern der juristischen Gesellschaft cirkulieren. Das Abonnement muss für alle Mitglieder, insbeson-

dere auch in Universitätsstädten für die Professore des Civilrechts obligatorisch sein.

Endlich muss bei den juristischen Schlussprüfungen besonderes Gewicht auf die Kenntniss der über die betreffende Rechtsfrage herrschenden Gerichtspraxis, insbesondere auch der Senatspraxis gelegt werden und zwar eine mehr oder weniger genaue, je nachdem es sich um eine Kandidaten- oder Magisterprüfung handelt.

Alles das zusammengenommen wird unserer Ansicht nach unstreitig bewirken, dass Theorie und Praxis, anstatt wie es jetzt der Fall ist, einander zu befehden oder auch ganz zu ignorieren, zum Besten des Staates in stetem Zusammenhang mit einander bleiben. Kräftige Initiative der Gesetzgebung ist hierzu aber vor Allem nöthig, da auf diesem Wege die starren Vorurtheile des Senats am Besten und Dauerndsten gebrochen werden können. Gilt es doch, den Senat zu veranlassen, den unter ihm stehenden Gerichten die Nothwendigkeit eines fortwährenden Zusammenhanges zwischen Praxis und Theorie, eben der von ihm so verachteten Theorie immer und immer wieder einzuschärfen und in dieser Hinsicht ein stets wachsames Auge zu haben. Das kann aber am Besten mit Hilfe positiver entschieden lautender und unzweideutiger Gesetze geschehen. Seiner eigenen, tiefinnersten Ueberzeugung wird der Senat sonst wohl schwerlich untreu werden.

Es ist im Verlauf dieser Abhandlung wiederholt betont worden, dass die Streichung der Artikel 813 und 815 der Civ. P.-O. Allem zuvor nöthig wird, wenn einer wirklichen Aenderung der bisher herrschenden Rechtszustände die Wege gebahnt werden sollen, wiewohl auf der andern Seite ebenso entschieden ausgeführt wurde, dass es mit einer solchen Aufhebung allein auch noch nicht genug sei, dass vielmehr noch verschiedenes Andere hinzu kommen müsse. Eine solche Aufhebung liesse sich für die Ostseeprovinzen um so leichter und ungezwungener durchführen, als ja der mehrerwähnte Art. XXVI Th. III des Prov.-Rs eine positive und klare Gesetzesvorschrift enthält, aus der die Unrichtigkeit der für die Gesetzeskraft der Senatsentscheidungen eintretenden Ansicht wenigstens für das osteeprovincielle Privatrecht klar hervorgeht. Daran darf uns auch der Umstand nicht irre machen, dass eine vorurtheilsfreie Interpretation der Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. nichts zu Gunsten der Gesetzeskraft der Senatsentscheidungen Sprechendes zu Tage fördert, sowie dass die beiden ge-

nannten Artikel im Uebrigen vielleicht ganz löbliche Zwecke verfolgen. Denn sobald die unheilvollen Wirkungen eines Gesetzes die guten und heilsamen Wirkungen überwiegen, ist der Zeitpunkt für die Aufhebung und Ersetzung desselben durch ein anderes, besseres und zeitgemässeres Gesetz für gekommen zu erachten: das Bessere ist eben ein Feind des Guten! Dass aber die Artt. 813 und 815 der Civ. P.-O. viel Unheil angerichtet haben, namentlich bei Solchen, die sich aus irgend welchen Gründen einer objektiven Prüfung dieser Artikel enthalten, glauben wir zur Genüge dargethan zu haben.

Ebenso ist es jetzt klar, dass Art. XXVI Th. III des Prov.-Rs. eine höchst zweckmässige Vorschrift enthält, deren Nichtaufhebung durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 nur mit Genugthuung begrüsst werden kann und von der man nur hoffen und wünschen muss, dass sie auch für die Zukunft aufrecht erhalten bleiben möchte.

Fragen wir uns nun aber nach alledem, worin denn eigentlich die Bedeutung der Senatsentscheidungen für das ostseeprovincielle Privatrecht trotz des nicht aufgehobenen, also noch gegenwärtig geltenden Art. XXVI der Einl. zu Th. III des Prov. Rs besteht, so muss die Antwort darauf folgendermaassen lauten:

1) die Bedeutung der Senatsentscheidungen — vorausgesetzt natürlich, dass sie innern Werth haben[1]), also auf wirklich juristischen Deduktionen beruhen — ist einmal eine wissenschaftliche, insofern als es nicht nur für die Praxis, sondern auch für die Theorie in hohem Grade wichtig sein muss, zu wissen, wie sich die Praxis der höchsten Justizbehörde im Reiche zu irgend einer wichtigen Rechtsfrage gestellt hat, wie ja auch kein modernes Pandektenlehrbuch es verabsäumt, wo nöthig die Praxis der höchsten Gerichtshöfe zu berücksichtigen;

2) zweitens ist die Bedeutung der Senatsentscheidungen aber auch eine praktische, insofern letztere einen Wegweiser für Partheien, Advokaten, Gerichte, Prokureure etc. abgeben können, wonach diese sich vorkommenden Falls richten können. Insbesondere ist schon ausgeführt worden, dass vielleicht so mancher Process nicht geführt werden wird, wenn die betreffende Parthei aus einer auf ihren Fall passenden Senatsentscheidung die Aussichtslosigkeit

1) Vgl. Энгельманъ, „учебникъ", S. 310.

einer eventuellen Kassationsklage ersieht, während umgekehrt manche an sich vielleicht schon verloren gegebene, dennoch aber gerechte Sache dennoch weiter geführt werden wird, wenn es dem Partheianwalt gelingt, eine zu seinen Gunsten sprechende Senatsentscheidung aufzufinden, denn nunmehr kann mit gutem Grunde vermuthet werden, dass der Senat auch jetzt nicht anders als früher entscheiden werde, obschon es ja freilich auch vorkommt, dass die Senatsentscheidungen einander widersprechen. Ebenso dürfte dem unnützen Appellieren und Einlegen der Kassation durch unzweideutige und klare, auf die jeweilige Processache passende Senatsentscheidungen zweifellos vorgebeugt werden. Gesetzeskraft aber kann den Senatsentscheidungen hier noch weniger als in den innerrussischen Gouvernements beigelegt werden.

VI.

Einiges über den formellen Abschluss der Eheverträge nach dem Justizreformgesetze vom 9. Juli 1889.

Art. 36 Th. III des Prov.-Rs. lautete vor dem Gesetz über die Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen vom 9. Juli 1889 folgendermassen:

»Eheverträge dürfen sowohl gerichtlich (Art. 38), als auch aussergerichtlich, in letzterem Falle nur schriftlich, abgeschlossen werden. In den Städten Livlands geschieht die schriftliche Abschliessung der Eheverträge vor einem der Stadtsecretäre, in Riga namentlich vor den Secretären des Waisengerichts.“

Darnach waren auch mündliche Eheverträge zulässig, nur dass solche stets gerichtlich d. h. durch Aufgabe des Vertragsinhaltes zu Protokoll vor dem für die Kontrahenten zuständigen Gericht stattfinden mussten, wogegen aussergerichtliche Eheverträge stets der schriftlichen Abfassung bedurften.

Durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 hat der genannte Artikel eine radikale Umänderung erfahren. Zunächst bestimmt nämlich der Art. 36 in der Fassung, wie er sie durch das erwähnte Einführungsgesetz vom 9. Juli 1889 erhalten hat, wie folgt:

„Брачные договоры могутъ быть заключаемы только письменно. Въ городахъ Лифляндской губерніи брачные договоры должны быть совершаемы нотаріальнымъ порядкомъ. Брачные договоры, не подлежащіе совершенію у нотаріусовъ, когда они должны имѣть силу и для постороннихъ лицъ, являются у нотаріусовъ.“ D. h.

„Eheverträge können nur schriftlich abgeschlossen werden. In den Städten des Livländischen Gouvernements müssen Eheverträge notariell errichtet werden. Eheverträge, die der Errichtung durch den Notar nicht bedürfen, werden, wenn sie auch für dritte Personen Gültigkeit haben sollen, den Notaren zur Vidimation vorgewiesen.“

Die einschneidenste Neuerung besteht ohne Zweifel darin, dass von nun ab mündlich abgefasste Eheverträge überhaupt jeder Gültigkeit entbehren sollen, vielmehr als einzig zulässige Form nur die schriftliche hingestellt wird.

Sodann ist an Stelle der gerichtlichen, in den Livländischen Städten vor dem Stadtsekretären, in Riga vor dem Sekretären des Waisengerichts (Art. 36 nach der früheren Redaktion) erfolgenden Abschliessung nunmehr die unter Mitwirkung des Notaren erfolgende getreten und zwar für alle Rechtsgebiete ohne Ausnahme. Eine solche Heranziehung einer öffentlichen Amtsperson wie der des Notaren erscheint nun aber sowohl nach den Bestimmungen der Notariatsordnung überhaupt als auch speciell nach Art. 36 cit. in einer doppelten Gestalt, erstens nämlich in der der Vidimation (russisch явка) und zweitens in der der notariellen Errichtung, d. h. mittelst Aufnahme eines besondern Notariatsakts (нотаріальный актъ), unter Zuziehung dreier Zeugen und Beobachtung der sonstigen gesetzlichen Formalitäten und Erfordernisse [1]) wie insbesondere Hinzuziehung von Eltern oder Altersvormündern bei Minderjährigkeit eines der kontrahierenden Theile. — Endlich bestimmt die Anmerkung zu Art. 36:

„Если брачному договору предназначается имѣть въ будущемъ обязательную силу и для постороннихъ лицъ, то брачные

---

1) Vgl. Art. 79—127, 280 Anm. 1. u. 284 der Not. Ordn. (B. XVI des Св. з.), Abschn. A., Art. 369 Anm. 1 des Gesetzes über die Einführung der Justizreform vom 9. Juli 1889.

договоры, по просьбѣ сторонъ, оглашаются Окружными Судами посредствомъ троекратнаго припечатанія публикацій въ вѣдомостяхъ, указанныхъ статьями 295 и 296 Устава Гражданскаго Судопроизводства, и въ мѣстныхъ губернскихъ. Независимо отъ сего, публикуемое объявленіе прибивается къ дверямъ Суда и выставляется въ конторѣ Нотаріуса, совершившаго или засвидѣтельствовавшаго договоръ".

Im Einklange mit dieser Bestimmung steht die Anm. 2 zu Art. 369 (Abschnitt A.) der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 (vgl. mit Art. 280. Anm. 2 der Not. Ordn.), die abgesehen von den einleitenden Worten genau denselben Wortlaut wie die vorhin citierte Anmerkung zu Art. 36 Th. III. des Prov.-Rs. hat.

Beide Gesetzesstellen besagen im Wesentlichen dieses, dass die unter Mitwirkung des Notaren abgeschlossenen Eheverträge in allen den Fällen, wo sie nach Absicht der Kontrahenten in Zukunft auch für dritte Personen Wirksamkeit haben sollen, auf desfallsige Bitte der Partheien von dem kompetenten Bezirksgerichte durch dreimaliges Abdrucken von Publicationen in den in Artt. 295 und 296 der Civ. P.-O. angegebenen Blättern und ausserdem auch noch in den örtlichen Gouvernementszeitungen veröffentlicht werden müssen [1]), unabhängig hiervon (d. h. auch ohne besondern Antrag der Partheien) aber die zu publicierende (also noch nicht publicierte) Bekanntmachung an die Thüren des betreffenden Gerichts anzuschlagen und im Büreau des Notars, der beim Vertragsschluss mitgewirkt hat, auszustellen ist.

Es entstehen nun aber angesichts der sogleich näher zu erörternden Unklarheit in der Fassung des Art. 36. cit. nebst der Anm. dazu, folgende zwei praktisch wie theoretisch nicht unwichtige Fragen, nämlich:

1) Unterliegen — vorausgesetzt dass Wirksamkeit der Eheverträge auch für dritte Personen von den Partheien gewollt ist — dem in der Anm. zu Art. 36. Th. III des Prov. Rs sowie in der Anm. 2. zu Art. 369 (Abschn. A.) der Justiznovelle von 9. Juli 1889 (entsprechend Anm. 2. Art. 280. der Not. Ordn.) angegebenen

1) Vgl. Gürgens: „Die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft nach livländischem Stadtrecht" (Riga 1898) § 23 S. 80.

Publicationsmodus alle Eheverträge, bei denen entsprechend der frühern gerichtlichen jetzt die notarielle Mitwirkung getreten ist, und zwar ohne jegliche Ausnahme?

2) Welches sind im Einzelnen die Folgen der von den Partheien in casu concreto unterlassenen notariellen Abschliessung sowie besonders der unterlassenen Publication des Ehevertrages seitens des Bezirksgerichts?

Ad 1). Art. 36 (по Прод.) beginnt zunächst damit, dass er eine allgemeine Regel aufstellt: die Eheverträge müssen stets schriftlich abgeschlossen werden. Das muss offenbar für alle Rechtsgebiete ohne Ausnahme gelten. Dann folgt die nur für die Livländischen Städte geltende Bestimmung, dass daselbst über den Ehevertrag ein formeller Notariatsakt aufgenommen werden muss, wozu noch — wenn Immobilien Gegenstand des Ehevertrages sind — das Erforderniss der Eintragung des Vertrages in die Krepostbücher kommen dürfte, obgleich von letzterem weder in Art. 36 Th. III des Prov. Rs noch in den mit diesem Art. korrespondierenden Gesetzen die Rede ist [1]).

Die Anm. zu besagtem Art. bestimmt nun, dass wenn der Ehevertrag künftighin auch für dritte d. h. ausserhalb des Eheverbandes stehende Personen wirksam sein soll, er auf desfallsigen Antrag der vertragschliessenden Theile laut Verfügung des kompetenten Bezirksgerichts durch dreimaliges Abdrucken in den in Artt. 295 und 296 der Civ. P.-O. angegebenen öffentlichen Blättern, ausserdem in der örtlichen Gouvernementszeitung publiciert und schliesslich an den Gerichtsthüren angeschlagen sowie in dem Büreau des Notaren, der den Notariatsakt errichtet hat, ausgestellt werden muss. Als feststehend ist also zu erachten, dass die eben geschilderte Publikation sich keineswegs als ein gesetzlich obligatorisches Erforderniss, gleichsam als conditio sine qua non der Gültigkeit des Ehevertrages darstellt, sondern deren Beantragung vielmehr dem freien Ermessen und der Uebereinkunft der Kontrahenten überlassen bleibt. Was die Ehe- oder Brautleute unter sich abgemacht haben, können aber dritte Personen nicht

1) Das Nähere darüber siehe in der IX. Abhandlung.

wissen oder brauchen es wenigstens nicht. Der wegen Schulden des einen Ehegatten in Anspruch genommene andere Ehegatte kann sich also nicht ipso jure durch Berufung auf eine vertragsmässige Gütertrennung von der gläubigerischen Inanspruchnahme frei machen. Damit Solches möglich ist, wird vielmehr die erwähnte Veröffentlichung des notariell errichteten Ehevertrages erfordert. Geht die Absicht der Partheien also dahin, dem Ehevertrage eine solche weitere Wirksamkeit zu geben, so müssen sie die erwähnte dreimalige Publikation des Vertrages erwirken. Thun sie es nicht, so kann auch von einer Wirksamkeit des Vertrages auf dritte Personen nicht die Rede sein.

Das ist zunächst der Sinn der Anm. zu Art. 36 und wer möchte, besonders angesichts dessen, dass die notarielle Errichtung aus naheliegenden Gründen zu einer weitern Verbreitung des Vertragsinhaltes keineswegs so geeignet ist, wie der in Frage stehenden Publikationsmodus, es leugnen, dass einer solchen Bestimmung eine durchaus verständige ratio legis zu Grunde liegt?!

So weit wäre nun Alles klar, wenn es nicht der Schlusssatz des Art. 36 wäre, der in seiner etwas eigenthümlichen Fassung, insbesondere was sein Verhältniss zu der gleich darauf folgenden Anmerkung desselben Artikels betrifft, zu Zweifeln Anlass zu geben scheint. Denn wenn es in demselben heisst:

„Брачные договоры, не подлежащіе совершенію у Нотаріусовъ, когда они должны имѣть силу и для посторонних̈ъ лицъ, являются у Нотаріусовъ,"

so hat es ganz den Anschein, als ob der Gesetzgeber sich hier zum Mindesten einer unnützen Wiederholung schuldig gemacht habe, denn die Wirksamkeit des Ehevertrages auch für dritte Personen ist ja schon als Folge der gerichtlichen Publikation desselben in der Anm. zu Art. 36 ganz allgemein ausgesprochen. Wenn wirklich jeder Ehevertrag, also auch der den Notaren zur Vidimation (явка) vorgewiesene noch der gerichtlichen Veröffentlichung in Gemässheit der Artt. 295 und 296 der C. P.-O. bedarf, falls er seine Wirksamkeit auf dritte Personen erstrecken soll, wozu dann noch die ein offenbares superfluum involvierende Bestimmung, dass die nicht der notariellen d. h. der mittelst Notariatsaktes erfolgenden Errichtung unterliegenden Eheverträge wenigstens der notariellen Vidimation bedürfen, wenn sie für dritte Personen wirksam sein sollen und umgekehrt, wenn Wirk-

samkeit auf dritte Personen schon durch die Vidimation erreicht werden kann, wozu bedarf es dann des weitläuftigen und kostspieligen in der Anm. zu Art. 36 angegebenen Publikationsmodus?

Man könnte sich zunächst versucht fühlen, der ganzen Frage dadurch aus dem Wege zu gehen, dass man das in der Anm. zu Art. 36 angegebene Erforderniss der gerichtlichen Publikation in der That nur auf die in den Livländischen Städten mittelst Notariatsaktes erfolgende Vertragsschliessung bezieht, somit also für die übrigen Rechtsgebiete jene Wirkung in Gemässheit des erwähnten Schlusssatzes des Art. 36 auch ohne eine solche Veröffentlichung eintreten lässt. Und in der That erscheint es bei oberflächlicher Betrachtung der Anm. zu Art. 36 fraglich, ob dieselbe überhaupt auf die Fälle der blossen Vidimation des Ehevertrages bezogen werden kann und ob sie nicht am Ende nur auf die mittelst Notariatsaktes zu errichtenden Eheverträge geht, die behufs Wirksamkeit auch für dritte Personen in der angegebenen Ordnung publiciert werden müssen? Allein ein genaueres Eingehen auf den Wortlaut der öfters genannten Anmerkung zu Art. 36, insbesondere die in derselben gebrauchten termini führt nothgedrungen dazu, eine Beschränkung derselben bloss auf die in den Livländischen Städten mittelst Notariatsaktes zu errichtenden Eheverträge unbedingt zu verwerfen. Was nun zunächst die für uns bedeutungsvollen termini anbelangt, so begegnen wir in dieser Beziehung Ausdrücken wie: „совершеніе у нотаріусовъ“ d. h. Errichtung bei den Notaren (od. durch die Notaren) „совершить нотаріальнымъ порядкомъ“ d. h. „notariell errichten,“ ferner bloss „совершить договоръ“ „den Vertrag errichten“. Alle diese Ausdrücke, die sich in gleicher Weise auch in Artt. 279 und 280 der Not.-O. (B. XVI des Св. зак., entsprechend dem Art 369 (Abschn. A.) der Justiznovelle v. 9. Juli 1889) finden, werden in der Russischen Rechtssprache überall zur Bezeichnung der Errichtung des Rechtsgeschäfts mittelst formellen Notariatsakts gebraucht[1]) Ihnen gegenüber bedeuten Ausdrücke wie „являются Нотаріусамъ“ „засвидѣтельствуются Нотаріусомъ“ so viel wie: „werden von Notaren vidimiert“ (beglaubigt) oder „werden dem Notaren zur

1) Vgl Artt. 79—127 u. 282 der Not.-O. (B. VI des Св. зак.).

Vidimation (Beglaubigung, Attestation russ. явка) vorgewiesen[1])". Der in den angeff. Gesetzen nicht vorkommende Ausdruck: „засвидѣтельствовать подлинность подписи" heisst: „die Authenticität der Unterschrift beglaubigen" und von dieser ist die Vidimation (явка) insofern zu unterscheiden, als bei letzterer der ganze Vertragsinhalt resp. Inhalt des Dokuments überhaupt, in ersterem Fall dagegen die blosse Echtheit der Namensunterschriften als vom Notaren beglaubigt gilt. Ein weiterer Unterschied besteht in der Wirkung der beiden Attestationsformen, insofern bei Errichtung von resp. durch den Notaren (Vidimation) der Zeugenbeweis gegenüber solchen Urkunden überhaupt unstatthaft erscheint, die zweite Attestationsform dagegen den Zeugenbeweis zulässt und nur die Ableugnung der Authenticität der Namensunterschrift unmöglich macht. Das Zeitwort „засвидѣтельствовать" sowie das Substantiv „засвидѣтельствованіе," („attestieren," „beglaubigen," „bescheinigen," „Beglaubigung," „Bescheinigung," vgl. z. B. Artt. 128 u. 282 der Not.-O.) werden aber auch gebraucht zur allgemeinen Bezeichnung aller notariellen Attestationen, sowohl der Vidimationen als auch der blossen Beglaubigungen der Echtheit der Namensunterschriften.

Für unsere Zwecke sind von Bedeutung nur die Schlussworte der Anm. zu Art. 36 Th. III des Prov.-Rs. sowie der Anmerkung 2 des mit diesem korresspondierenden Art. 369 Beil. A der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 (Art. 280 der Not.-O. B. XVI des Св. з.), die übereinstimmend so lauten:

„ . . . . и выставляется въ конторѣ Нотаріуса, совершившаго или засвидѣтельствовавшаго договоръ."

Ins Deutsche übertragen heisst das:

„ . . , . und wird im Büreau des Notars, der den Vertrag errichtet oder vidimiert hat, ausgestellt."

Berücksichtigt man nun, dass Vidimation und Errichtung mittelst Notariatsaktes hier wie sonst als etwas von einander Verschiedenes hingestellt werden, sowie den Umstand, dass das Zeitwort „засвидѣтельствовать" an dieser Stelle offenbar nicht in der obenerwähnten allgemeinen Bedeutung, sondern

---

1) Vgl. über diesen Unterschied auch Art. 69 P. 8 des neuen Stempelsteuerustavs.

nur zur Bezeichnung speciell der notariellen Vidimation (явка) gebraucht ist und bringt man endlich die Wendung: „или засвидѣтельствовавшаго“ l. c. mit dem Schlusssatz des Art. 36:

„Брачные договоры, не подлежащіе совершенію у Нотаріусовъ,когда они должны имѣть силу и для постороннихъ лицъ, являются у Нотаріусовъ,“

mit dem sich der Schluss des Art. 280 der Not.-O. (Art. 369 Beil. A des Gesetzes vom 9. Juli 1889 über die Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen) in ziemlich wörtlicher Uebereinstimmung befindet, in genaue Verbindung, so kann man nur zu dem Schluss gelangen, dass nach dem Sinn und Wortlaut der Gesetze sowie nach der unzweifelhaften Absicht des Gesetzgebers auch die dem Notaren zur Vidimation vorzuweisenden Eheverträge dem ofterwähnten Publikationsmodus in ebendemselben Maasse unterliegen, wie die nach dem Recht der Livländischen Städte mittelst Notariatsaktes zu errichtenden Eheverträge, somit also die Anm. zu Art. 36 sowie die Anm. 2 zu Art. 280 der Not.-O. (Art. 369 der Beil. A. des Gesetzes vom 9. Juli 1889) nicht allein auf die letztern (d. h. die mittelst Notariatsaktes zu errichtenden Eheverträge) zu beschränken sind. Würde es ja doch schon den Gesetzen der Logik widersprechen, wenn für ein mit umfangreicherer Förmlichkeit ausgestattetes Rechtsgeschäft, wie es das mittelst Notariatsaktes errichtete Rechtsgeschäft ist, noch die Beobachtung weiterer Formen vorgeschrieben wird, während das einen geringern Formenaufwand erfordernde Rechtsgeschäft von jeder weitern Formalität befreit wird. Die Logik verlangt eben zum Mindesten die grundsätzlich gleiche Behandlungsweise beider Fälle, die auch in Grundlage der Gesetze selbst stattfindet.

Müssen also dem Vorhergehenden zufolge auch die dem Notaren zur Vidimation vorzuweisenden Eheverträge, wenn sie eine für dritte Personen verbindliche Kraft haben sollen, ausserdem noch auf gerichtlichem Wege publiciert werden, genügt mithin die blosse notarielle Attestation oder Vidimation noch nicht, um diese Wirkung hervorzubringen, so ist damit doch noch keineswegs die Frage gelöst, welchen Zweck denn eigentlich der Schlusssatz des erwähnten Art. 36 Th. III des Prov.-R., wenn die in demselben angegebene Wirkung erst durch das in der Anm. zu diesem Art. angegebene Verfahren hervorgebracht werden soll, verfolgt, sowie umgekehrt, wesshalb behufs Hervorbringung der erwähnten

Wirkung das in der Anm. zu Art. 36 cit. angegebene Verfahren stattfinden soll, wenn dieselbe schon durch das einfachere Verfahren der blossen Vidimation erzielt werden kann? Da nun zwischen dem Schlusssatz des Art. 369 der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 und der Anm. 2 zu demselben (entsprechend dem Schlusssatz des Art. 280 der Not.-O. und der Anm. 2 dazu genau dasselbe Verhältniss stattfindet, wie zwischen dem Schluss des Art. 36 Th. III des Prov.-Rs. und der Anmerkung zu letzterem, da es dort ganz ebenso heisst, dass ausser in den Livländischen Städten Eheverträge, die auch für dritte Personen wirksam sein sollen, dem Notaren zur Vidimation vorgewiesen werden müssen, während gemäss der darauf folgenden Anm. 2 jene Wirkung erst durch gehörige Veröffentlichung des Ehevertrages hervorgebracht wird, so sind ein eventuelles Versehen des Gesetzgebers oder etwa eine redaktionelle Nachlässigkeit, die in jedem Fall besonders zu erweisen, nie aber zu präsumieren sind, von vorneherein ausgeschlossen. Da der Gesetzgeber also dreimal in bewusster Absicht dem, was er sagen will, dieselbe Ausdrucksform verleiht, so muss den von uns citierten fraglichen Gesetzesstellen eine bestimmte ratio zu Grunde liegen und diese aufzusuchen, bevor man zu dem letzten Mittel der Annahme eines lapsus auf Seiten des Gesetzgebers greift, bildet eine der ersten Voraussetzungen gewissenhafter Gesetzesinterpretation. Auch in unserem Fall dürfte eine solche ratio auffindbar sein. Es will uns nämlich scheinen, als ob der Gesetzgeber dem erwähnten Schlusssatz des Art. 36. Th. III des Prov.-Rs., des Art. 280 der Not.-O. sowie des Art. 369 des Gesetzes vom 9. Juli 1889 zu dem Ende eine derartige, allerdings etwas eigenthümlich anmuthende Form gegeben hat, um der Annahme, ein dem Notaren nicht zur Vidimation vorgewiesener Ehevertrag sei nullum negotium, also nichtig, zu begegnen, was ihm vielleicht um so nöthiger erscheinen mochte, als ja kurz vorher für die Livländischen Städte die absolute, streng-positive und ohne jede Einschränkung lautende Vorschrift ausgesprochen war, dass daselbst die Eheverträge mittelst Notariatsaktes zu errichten seien. Dem will der Gesetzgeber, wie gesagt, von vorneherein entgegentreten und das hat er in der obenerwähnten, allerdings eigenthümlichen Weise gethan.

Demnach wäre also der Gedankengang des Gesetzgebers folgender: wenn bei den Eheverträgen, die nicht mittelst Notariatsaktes zu errichten sind, das Erforderniss der Vidimation nicht beobachtet ist, so hat der Vertrag zwar für dritte Personen keine Gültigkeit, aber ganz ungültig ist er darum auch noch nicht, insofern er seine verbindende Kraft wenigstens für das Verhältniss der Kontrahenten zu einander äussert. In den Livländischen Städten dagegen müssen die Eheverträge stets notariell d. h. in einem Notariatsakt errichtet werden. Ist diese Form nicht beobachtet worden, so findet nicht nur keine Wirkung auf dritte Personen statt, sondern es ist überhaupt kein Vertrag vorhanden, es liegt absolute Nichtigkeit vor und dass letzteres der Fall ist, wird unter Nr. 2 gezeigt werden.

Endlich mag jene Form auch desshalb gewählt worden sein, um darauf hinzuweisen, dass ein dem Notaren nicht zur Vidimation vorgewiesener Ehevertrag auch der gerichtlichen Veröffentlichung gar nicht fähig sein solle, die Gerichte also gar nicht berechtigt seien, Verträge, denen die erwähnten Formerfordernisse mangeln, zur Veröffentlichung entgegenzunehmen. Es wird also den Gerichten damit zur Pflicht gemacht, eine genaue Prüfung des vorgestellten Ehevertrages, inwiefern derselbe formell mit den Gesetzen übereinstimmend verfasst ist, vorzunehmen. Dabei darf uns die in der That eigenthümliche Form, in die der ofterwähnte Schlusssatz des Art. 36 Th. III des Prov. Rs und die ihm entsprechenden Artt. der Not. O. gekleidet sind, nicht weiter irre machen, denn zugegeben auch, dass jene Fassung nicht gerade von grosser gesetzgeberischer Routine und Formgewandheit oder gar Formvollendung zeugt und dass eine klarere und präcisere Ausdrucksweise gewiss am Platze wäre, so ist es doch auf der andern Seite ebenso wahr, dass einestheils die Güte eines Gesetzes nicht absolut von der Gewandtheit in der äussern Fassung abhängig gemacht werden darf, sowie anderntheils als Endzweck jeder Interpretation die wissenschaftliche Erkentniss des wahren Sinnes des Gesetzes, wie er sich aus diesem selbst oder aus dem Zusammenhang desselben mit andern Gesetzen ergiebt, erscheint, womit man sich zufrieden zu geben hat, vorausgesetzt auch, dass die Form, in welche der gesetzgeberische Gedanke gekleidet ist, Manches zu wünschen übrig lässt.

Als Resultat des Bisherigen stellt sich also der Satz heraus, dass alle Eheverträge, bei denen eine auch auf dritte Personen sich erstreckende Wirkung seitens der Partheien gewollt ist, ohne Ausnahme der mehrerwähnten gerichtlichen Veröffentlichung bedürfen.

Ad 2). Hier ist zu allererst zu betonen, dass in Grundlage des Art. 3027 Th. III des Prov. Rs — der durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 nicht berührt worden ist — der Ehevertrag als juristisch überhaupt nicht vorhanden, also als nullum negotium anzusehen ist, sobald er nicht einmal schriftlich abgefasst ist, denn für den Ehevertrag ist die schriftliche Errichtung eine wesentliche Form, bei deren Nichtvorhandensein Unwirksamkeit des Vertrages anzunehmen ist. Natürlich erscheint diese Bestimmung nur für die Rechtsgebiete ausser den Livländischen Städten von Belang, denn gerade in diesen, nicht auch in den letztern ist, wie wir sahen, auch die private Errichtung des Vertrages zulässig. Im Einzelnen gilt hier:

a) ist der Vertrag dem Notaren nicht zur Vidimation vorgewiesen worden, so hat er zwar nicht für dritte Personen, wohl aber für die Ehegatten unter einander Wirksamkeit.

b) Um diese Wirksamkeit des Ehevertrages wenigstens für die Ehegatten unter einander hervorzubringen, genügt nicht nur die blosse notarielle Beglaubigung der Authenticität der Partheienunterschriften, sondern auch die vollständig private Errichtung, ohne jegliche Mitwirkung des Notaren.

c) Ist jede schriftliche Aufzeichnung des Vertrages unterlassen, so wird es so angesehen, als ob überhaupt gar kein Vertrag vorliegt (Art. 3027 Th. III des Prov. Rs).

d) Die Vorweisung des Ehevertrages behufs notarieller Vidimation desselben, wie sie der Schlusssatz des Art. 36 Th. III des Prov. Rs erwähnt, ist nicht obligatorisch, sondern wird nur dann erfordert, wenn die Absicht der vertragschliessenden Theile darauf gerichtet ist, dem Vertrag eine weitergehende, auch auf dritte Personen berechnete Wirksamkeit zu verleihen.

e) Die Gerichte sind folglich nicht berechtigt, solche Eheverträge, die privatim errichtet sind oder bei denen — was in der Wirkung gleichbedeutend ist — der Notar nur die Echtheit der Unterschriften beglaubigt hat, zur gesetzlichen Publikation entgegenzunehmen, sondern müssen sie wegen Formmangels zurückweisen.

Was dagegen die Livländischen Städte anbetrifft, so haben wir schon gesehen, dass daselbst nach dem Gesetz über die Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen vom 9. Juli 1889 die notarielle Errichtungsform d h die Errichtung mittelst eines formellen Notariatsakts vorgeschrieben ist. Es fragt sich nun, welches sind hier die Folgen der unterlassenen Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form? Ist der Vertrag nicht wenigstens — analog wie bei den dem Notaren bloss zur Vidimation vorzuweisenden Eheverträgen — für die Ehegatten unter einander gültig oder ist er ganz unwirksam?

Schon der Umstand muss auf die Verneinung des Erstern und Bejahung des Letztern führen, dass der ofterwähnte Schlusssatz des Art. 36 Th. III des Prov.-Rs sowie des Art. 280 der Not.-O. (Art. 369 des Gesetzes vom 9. Juli 1889) ausdrücklich hervorhebt, dass die Vidimation erforderlich sei, um eine auch auf dritte Personen sich erstreckende Wirksamkeit des Ehevertrages zu erzielen, woraus, wie gezeigt worden ist, sich das unzweifelhafte argumentum a contrario ableiten lässt, dass die Nichtbeobachtung dieser Form zwar die Wirkung auf dritte Personen, nicht aber auf die Ehegatten unter einander cessieren lässt, wogegen der unmittelbar vorhergehende von den in den Livländischen Städten errichteten Eheverträgen handelnde Passus die einfache, absolute und jeden Zusatzes baare Bestimmung enthält, dass die Eheverträge in den Livländischen Städten stets in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen werden müssen. Ausserdem lässt sich aber auch die in solchen Fällen eintretende gänzliche Unwirksamkeit des Vertrages aus positiven Gesetzen deducieren. Art. 368 (Beil. A des Gesetzes über die Justizreform vom 9. Juli 1889) sowie der letzterem entsprechende Art. 279 der Not.-O. bestimmen nämlich ausdrücklich, dass alle Urkunden nach Ermessen der Kontrahenten privatim oder notariell errichtet werden können, mit alleiniger Ausnahme der in dem folgenden Artikel sub Nr. 1—3 (des Art. 280 der Not.-O. resp. des Art. 369 des Justizreformgesetzes) angegebenen Fälle, bei denen die Nichtbeobachtung der hierfür vorgeschriebenen Errichtung mittelst Notariatsaktes allemal Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich ziehen solle. Nun sind aber unter den Punkten 1—3 der genannten Gesetzesartikel sub Nr. 2 6 gerade auch die Eheverträge in den Livländischen Städten genannt, woraus

unzweifelhaft folgt, dass im Fall diese Form nicht beobachtet worden ist, überhaupt gar kein Vertrag vorliegt, mithin also gänzliche Nichtgkeit des Ehevertrages eintritt. Während es also in den Rechtsgebieten ausser den Livländischen Städten vier Abstufungen des Vertragsschlusses bei Eheverträgen giebt, nämlich:

a) Publikation des vidimierten Vertrages, die stärkste, weil die Wirksamkeit auf dritte Personen in sich schliessende Form;

b) blosse notarielle Vidimation des Ehevertrages, zweitstärkste Form, ohne Wirksamkeit auf dritte Personen, aber mit Wirksamkeit für die Ehegatten unter einander;

c) Beglaubigung der Echtheit der Partheienunterschriften auf dem Ehevertrage durch den Notaren und — was in diesem Fall seiner Wirkung nach ersterem gleich kommt — die gänzlich private Errichtung des Vertrages (dritte Abstufung, gleichfalls ohne Wirksamkeit auf dritte, aber mit Wirksamkeit für die Ehegatten in ihrem gegenseitigen Verhältniss zu einander) und

d) gänzliche Unterlassung der schriftlichen Aufzeichnung des Ehevertrages (vierte, in Grundlage des Art. 3027 Th. III des Prov.-Rs die völlige Unwirksamkeit des Vertrages nach sich ziehende Abstufung, der nunmehr im Gegensatz zu der dritten Abstufung auch für die Ehegatten unter einander nicht mehr bindend ist),

giebt es in den Livländischen Städten nur drei Abstufungen, nämlich:

a) Publikation des in einem Notariatsakte errichteten Ehevertrage (erste, mit der Wirksamkeit auf dritte Personen versehene Abstufung);

b) blosse Errichtung des Vertrages mittelst Notariatsaktes, ohne nachfolgende Publikation (zweite Abstufung, ohne Wirksamkeit auf dritte Personen, allein mit für die Ehegatten in ihrem gegenseitigen Verhältniss bindender Kraft, somit also nicht ohne Gültigkeit) und

c) Nichtbeobachtung der Errichtung des Vertrages mittelst Notariatsaktes, als deren Folge gänzliche Unwirksamkeit des Ehevertrages erscheint, der nunmehr auch nicht einmal für die Ehegatten unter einander bindend ist (dritte Abstufung).

Aus dem Vorhergehenden ist ersichtlich, dass in den Livländischen Städten auch die Errichtung des Vertrages in Form

einer notariellen Vidimation wegen Unterlassung der vorgeschriebenen Form Nichtigkeit des Ehevertrages, der somit als überhaupt nicht zu Stande gekommen gilt, zur Folge hat. Umsoviel mehr müssen die übrigen Errichtungsformen, also die Beglaubigung der Echtheit der Partheienunterschriften auf dem Ehevertrage sowie der gänzlich private wenngleich schriftliche Abschluss desselben die gleichen Folgen d. h. völlige Unwirksamkeit nach sich ziehen, während letztere sich für den Fall jeder Unterlassung der schriftlichen Aufzeichnung wohl von selbst verstehen dürfte.

Muss nun zwar für die Rechtsgebiete ausser den Livländischen Städten daran festgehalten werden, dass die notarielle Vidimation allein für sich nicht genügend ist, um die Wirkung auf dritte Personen herbeizuführen, so fragt es sich doch andererseits, ob eine Formverstärkung zulässig ist und welche Wirkung sie ausübt, ob letztere eine grössere wird oder dieselbe bleibt oder ob nicht etwa jetzt Ungültigkeit des Vertrages wegen Verletzung der Formvorschrift stattfindet? Wir denken hier besonders an den Fall, dass die Partheien nicht die Form der notariellen Vidimation, sondern des Notariatsaktes als Vertragsform wählen. Findet jetzt eine erhöhte Wirkung statt, so etwa, dass der Ehevertrag auch ohne Publikation für dritte Personen wirksam wird oder eine geringere d. h. in diesem Fall eine gänzliche Unwirksamkeit, sodass der Vertrag nicht einmal für die Ehegatten unter einander bindende Kraft besitzen, sondern ganz ungültig sein soll, oder bleibt die Wirkung ganz dieselbe? Eine strenge Buchstabeninterpretation müsste gänzliche Ungültigkeit des Ehevertrages wegen Formverletzung annehmen. Allein dagegen sowie in gleicher Weise gegen die Annahme einer erhöhten Wirkung, somit also für das zuletzt Angeführte spricht der doppelte Umstand, dass laut Art. 65 P. 1. der Not.-O. alle nur möglichen Rechtsgeschäfte in Form eines Notariatsaktes errichtet werden können, mit alleiniger Ausnahme der in Artt. 81 und 82 der Not.-O. angegebenen Fälle, die sich aber auf Eheverträge wie überhaupt auf provincialrechtliche Verhältnisse gar nicht beziehen, folglich also auch die Eheverträge des Provincialrechts in den Rechtsgebieten, wo die Vidimation genügend ist, von den Partheien je nach Gefallen und Belieben in Form eines Notariatsaktes geschlossen werden können, sowie dass in dem majus — als welches sich in unserem Fall die

Erlassung der grösseren Förmlichkeit seitens des Gesetzgebers darstellt — allemal auch das minus — als welches die trotzdem erfolgende erschwerende Beobachtung der grösseren Förmlichkeit erscheint — liegen dürfte.

Während also die Rechtsgebiete der Livländischen Städte mit den übrigen Rechtsgebieten in unserer Frage darin zusammentreffen, dass wenn die Absicht der Partheien auf eine über das gegenseitige Eheverhältniss hinausgehende auch auf dritte Personen berechnete Wirkung des Ehevertrages gerichtet ist, jedesmal eine durch das Gericht zu erwirkende officielle Publikation des Vertrages erfordert wird, im Fall jedoch eine solche Absicht nicht vorliegt oder die Publikation aus sonst irgend welchen Gründen unterbleibt, der Vertrag wenigstens für die Ehegatten in ihrem Verhältniss zu einander verbindliche Kraft erzeugt, falls nur das Erforderniss der notariellen Vidimation oder der notariellen Errichtung (d h. mittelst Notariatsaktes) in gehöriger Weise beobachtet wurde, so gehen sie doch auf der andern Seite darin wieder aus einander, dass bei Nichtbeobachtung der Errichtungsform der Vertrag in den Livländischen Städten ganz ungültig ist, wogegen er in den übrigen Rechtsgebieten — wofern nur überhaupt eine schriftliche Aufzeichnung stattgefunden hat — wenigstens was das gegenseitige Verhältniss der Ehegatten zu einander betrifft gültig bleibt. Für die Livländischen Städte ist die Errichtungsform mittelst Notariatsaktes unter allen Umständen obligatorisch, für die übrigen Rechtsgebiete dagegen nicht.

Stellen wir zum Schluss die für die Partheien eintretenden Folgen der Nichtbeobachtung der Form bei Abschluss des Ehevertrages zusammen, so erhalten wir folgendes Schema:

I. Folgen der unterlassenen Publikation bei sonstiger Beobachtung der Errichtungsform in allen Rechtsgebieten incl. der Livländischen Städte —

Wirksamkeit des Ehevertrages bloss für das gegenseitige Verhältniss der Ehegatten zu einander, nicht auch für Dritte.

II. Folgen der ausserdem nicht gehörig beobachteten Errichtungsform

(z. B. Vidimation, Beglaubigung der Echtheit der Partheiunterschriften, private (schriftliche) Errichtung)

A. in den Livländischen Städten —
vollständige Nichtigkeit des Ehevertrages, der als überhaupt nichtzustandegekommen, mithin also als nullum negotium angesehen wird,

B. in den übrigen Rechtsgebieten
(Beispiele wie unter A) —
Wirksamkeit des Ehevertrages zwar nicht für dritte Personen, wohl aber für die Ehegatten in ihrem gegenseitigen Verhältniss zu einander.

III. Folgen der nichtbeobachteten schriftlichen Aufzeichnung überhaupt, in allen Rechtsgebieten incl. der Livländischen Städte —

gänzliche Nichtigkeit des Ehevertrages, der nunmehr als nichtzustandegekommen d. h. als nullum negotium gilt[1]).

Zum Schluss ist zu bemerken, dass alle Eheverträge, die auf Grundlage der vor dem Inkrafttreten der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 geltenden Gesetze geschlossen wurden, auch fernerhin ihre Gültigkeit behalten.

VII.

Bemerkungen über die Korroboration der durch die Bauerkommissare zu bestätigenden bäuerlichen Kontrakte in Livland.

Zu den Obliegenheiten der Bauerkommissare in Esth- und Kurland sowohl, als auch in dem uns hier besonders interessierenden Livland gehört unter Anderem auch die Bestätigung der von den Bauern mit den Gutsbesitzern abgeschlossenen Pachtkontrakte über Bauerlandstellen und die Bescheinigung der Gesetzmässigkeit der Kaufkontrakte über Bauerlandstellen und der Verträge über den seitens Mitglieder der Landgemeinden erfolgenden Kauf von

---

1) Mit der hier vorhandenen Auffassung des Art. 36 Th. III des Prov.-Rs. scheint überein zu stimmen Mag. jur. Th. v. Bunge: der baltische Civilprocess nach der Justizreform vom Jahre 1889, B. I. (1890) § 8 S. 119 f.

Parcellen des steuerpflichtigen Hofsquotenlandes, auf der Insel Oesel auch des Sechstellandes.[1]) Ausser der Gesetzmässigkeit dieser Verträge haben die Bauerkommissare aber auch das Faktum der zwischen den Kontrahenten d. h. dem Gutsbesitzer und Bauer zustandegekommenen freiwilligen Uebereinkunft hinsichtlich des in Frage stehenden Kontraktes zu bescheinigen. Was zuerst die Pachtkontrakte anbelangt, so ist die gesetzlich vorgeschriebene Form, in der die Bestätigung zu erfolgen hat, diese:

„Dass dem Pächter N. N. in Gemässheit des § 718 der Bauerverordnung der Inhalt dieses Kontrakts in extenso vorgelesen und verdeutlicht worden ist und sich derselbe mit allen darin enthaltenen Stipulationen unbedingt einverstanden erklärt hat, wird desmittelst bei Korroboration dieses Kontrakts attestiert."

Datum, Petschaft und Unterschrift des Kommissars.

Von einer Beglaubigung der Gesetzmässigkeit der Pachtkontrakte ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich die Rede und nur hinsichtlich der Kaufkontrakte wird dieses Erfordernisses Erwähnung gethan[2]). Dennoch aber unterliegt es wohl keinem Zweifel, dass der Kommissar verpflichtet ist, auch die Gesetzmässigkeit der Pachtkontrakte zu prüfen und erforderlichen Falls, wenn der Kontrakt in irgend einer Beziehung der Bauerverordnung oder andern geltenden Gesetzen widerspricht oder überhaupt irgend etwas Ungesetzliches enthält, seine Bestätigung zu verweigern, wie ja schon Art. 718 P. 1 u. 2 der Livl. Bauerverordnung vom J. 1860 die Prüfung der Gesetzmässigkeit der Pachtkontrakte den Kirchspielsrichtern zur Pflicht machte. Nur braucht die formelle Bestätigung nicht die Attestation der Gesetzmässigkeit zu enthalten. Auch von einer Verlesung des Kontraktes durch den Kommissaren ist im Gesetz vom 9. Juli 1889 nirgends die

---

1) Vgl. die „Verordnung über die Reorganisation der Bauerbehörden in den baltischen Gouvernements" v. 9. Juli 1889, Abschn. B. Art. 8, P. b und c. — Derartige Bescheinigungen erfolgen in Gestalt von Aufschriften auf den einzelnen Kontraktsexemplaren.

Vgl. insbesondere auch die im Auftrage vom verstorbenen Livländischen Gouverneuren Sinowjew (nicht officiell) verfasste „Kurze Anweisung für die Kommissäre in Bauersachen bei Ausübung ihrer Amtspflichten" (Deutsche Ausgabe Riga 1890). S. 1—6 und S. 7—9.

2) Vgl. „Kurze Anweisung" S. 3—6, Art. 8 cit.

Rede, wohl aber verlangt eine solche, sowie die vorhergehende erwähnten Erfordernisse der Livl. Bauerverordnung vom J. 1860 in § 718 P. 2. Derselbe § 718 enthält in P. 4 die angeführte Attestationsform während in § 717 die anerkannt ebenfalls heute noch für die Bauerkommissare geltende und von denselben in praxi auch wirklich beobachtete Bestimmung niedergelegt ist, dass jenes Attestat auf drei gleichlautende Exemplare zu schreiben ist, von denen je eins den beiden Kontrahenten ausgeliefert, das dritte jedoch behördlich asserviert werden muss. Denn die Veränderungen, die das Gesetz vom 9. Juli 1889 bezüglich der Bauerbehörden und ihrer Organisation herbeigeführt hat, bestehen eben nur darin, dass die ausübenden Organe der bäuerlichen Rechtspflege und Verwaltung zum Theil anders geworden d. h. dass neue Behörden an Stelle der früheren getreten sind, wogegen die übrigen formellen, sowie sämmtliche materiellen Rechtsgrundsätze der genannten Bauerverordnung, insbesondere aber der Kreis der den früheren Behörden obliegenden Pflichten unverändert geblieben sind. Das gilt besonders auch für die durch die Justiznovelle aufgehobenen Kirchspielsgerichte, an deren Stelle die Aemter der Bauerkommissare getreten sind. Wie aus Art. 1 ff der erwähnten „Verordnung" hervorgeht und auch die Motive bestätigen, liegen aber den Bauerkommissaren alle Functionen hinsichtlich der Beaufsichtigung der bäuerlichen Kommunalverwaltung und der Anwendung und Ausführung der Gesetze über die Agrarverfassung ob, wie sie bisher zu den Obliegenheiten der Kirchspielsgerichte in Livland gehörten. Jene müssen daher alle Vorschriften der Livländischen Bauerverordnung, soweit solche nicht ausdrücklich aufgehoben sind, anwenden, folglich also auch die über Bestätigung der Pachtkontrakte seitens der früheren Kirchspielsgerichte geltenden, in §§ 717 u. 718 der B.-V. niedergelegten Bestimmungen, da letztere durch die Justiznovelle weder aufgehoben, noch abgeändert worden sind. Die Bestätigung der Echtheit der Unterschriften der Kontrahenten auf den Pachtverträgen gehört hingegen, wie es scheint, nicht zu den Obligenheiten der Kommissare hinsichtlich der Bestätigung dieser Verträge, da von einer solchen weder in den Verordnungen über die Bauernkomissare, noch in den davon handelnden §§ 717 und 718 der Livl. Bauerverordnung vom J. 1860 die Rede ist, diese Beamten aber bei Bestätigung der Pachtverträge offenbar das in § 718 cit. P. 4 in fin. angegebene Formular zur Richtschnur zu

nehmen haben. Man könnte allerdings einwenden, dass eine Beglaubigung der Echtheit wenigstens der vom bäuerlichen Kontrahenten vollzogenen Unterschrift angenommen werden müsse, insofern ja letzterer dem Kommissaren gegenüber sein Einverständniss mit den Bedingungen des Vertrages und zwar in der Regel durch Unterschreiben desselben erklären muss, sowie dass ihm diese Bedingungen in extenso verlesen worden sind. Sollte dass auch richtig sein, so bleibt dabei immer noch die Unterschrift des andern, nichtbäuerlichen Kontrahenten d. h. des Gutsbesitzers unberücksichtigt, die in keiner Weise als vom Kommissaren mitbeglaubigt resp. in seinem Bestätigungsattestat mit hineingezogen angesehen werden kann. Weder die Bauerverordnung, noch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 geben den Kommissaren das Recht, die Echtheit von Unterschriften namentlich von Personen nicht bäuerlichen Standes zu beglaubigen, noch weniger Kontrakte dieser mit den Bauern zu vidimieren, ein solches Recht steht vielmehr nur den Notariatsinstitutionen [1]), bei Immobilien betreffenden Rechtsgeschäften auch den Sekretären der Krepostabtheilung zu [2]). Man sieht sich daher in Anbetracht dessen, dass wenigstens die Unterschrift des Gutsbesitzers auf dem Pachtvertrage ganz gewiss unbeglaubigt bleibt, zur Schlussfolgerung genöthigt, dass die Vertragsurkunde nur in Beziehung auf die Person des bäuerlichen Kontrahenten den Charakter einer öffentlichen d. h. amtlich beglaubigten Beweisurkunde hat, d. h. nur gegen, nicht auch für ihn als Beweismittel von einer derartigen Stärke in Frage kommt. Als private Urkunde kommt sie dagegen auch für die Person des kontrahierenden Gutsbesitzers in Betracht. Der Unterschied zwischen einer öffentlichen und privaten Urkunde hat aber in unserem Falle nicht nur für das streitige, sondern auch für unstreitige Verfahren, insbesondere das Verfahren in Grundbuchsachen nach dem Justizreformgesetz vom 9. Juli 1889 Bedeutung, wofern beide Partheien sich auf Eintragung des Pachtkontraktes in die Krepostbücher der zuständigen Krepostabtheilung geeinigt haben [3]). Denn gemäss Artt. 39 und 43 unserer Grundbuchregeln muss die zur

1) Vgl. Art. 128 der Not.-O.

2) Vgl. Art. 295 der Not.-O.

3) Vgl. Art. 4045 (по прод.) Th. III des Prov.-Rs.

Vornahme der Korroboration nothwendige Einwilligung der Person, gegen welche die Korroboration gerichtet ist, entweder durch eine notarielle oder dem Notaren zur Vidimation vorgewiesene Urkunde [1]) oder dadurch bewiesen werden, dass das Gesuch um Vornahme der Korroboration von der Person, deren Einwilligung verlangt wird — in unserem Falle also des Gutsbesitzers — entweder unterschrieben (wobei notarielle Beglaubigung erforderlich ist) oder mündlich vor dem Sekretär der Krepostabtheilung angebracht wird [2]). Ebenso müssen die Antragsteller ihre Identität und Rechtsfähigkeit („самоличность и законную правоспособность къ совершенію актовъ") auf dem bezeichneten Wege beweisen [3]). Und zwar ist das alles condicio sine qua non für die Korroboration, d. h. die Krepostbehörde kann und darf nicht zu letzterer schreiten, so lange nicht Identität und Rechtsfähigkeit des Antragstellers in der gesetzlich vorgeschriebenen Form in der angegebenen Weise nachgewiesen sind. Wenn daher die Krepostbehörden — was, so weit mir bekannt, statt zu finden pflegt — derartige Pachtverträge zur Auftragung auf das betreffende Immobil d. h. zur Ingrossation entgegennehmen, so treten sie dadurch in direkten Widerspruch zu den citt. Artt. 38 und 43 unserer Grundbuchregeln. Denn was zunächst das Erforderniss der Einwilligung seitens des Eigenthümers des Immobils anbetrifft, so genügt es absolut nicht, wenn dieselbe in einer privatim errichteten Urkunde ausgedrükt ist, vielmehr erfordern die Gesetze, dass diese Einwilligung entweder mündlich vor dem Sekretären der Krepostabtheilung oder in einem notariellen oder zur Vidimation vorgewiesenen Urkunde oder endlich in einem diesbezüglichen besondern Gesuch erklärt sein muss, wobei auch im letzten Fall sowohl die Identität und Rechtsfähigkeit der Person, die das Gesuch unterschrieben hat, als auch die Echtheit [4]) ihrer Unterschrift notariell beglaubigt sein müssen. Daraus folgt, dass jede andere Art und Weise, in der jene Einwilligung bewiesen wird, unzulässig ist, mithin also zum Mindesten keine genügende Grundlage

1) Auch der Sekretär der Krepostabtheilung kann eine solche errichten.

2) Vgl. Artt. 38 und 43 der Grundbuchregeln.

3) Vgl. Artt. 38 u. 43 unserer Grundbuchregeln.

4) Vgl. Art. 43 der Grundbuchregeln.

zur Korroboration abgiebt. Daher ist es auch nicht genügend, wenn der Pachtkontrakt mit der gesetzlichen Beglaubigung der Bauerkommissaren versehen sind, denn bei nichtbeobachtung der in den Artt. 38 und 43 der Grundbuchregeln enthaltenen Erfordernisse seitens der Kontrahenten stehen solche Pachtverträge, auch wenn sie vom Bauerkommissaren beglaubigt sind der Krepostabtheilung wie blosse privatim errichtete Urkunden gegenüber, die als solche in die Krepostbücher gar nicht eingetragen werden dürfen. Und wollte der Kommissar auch in seiner Attestation die Echtheit der Unterschriften der vertragschliessenden Theile bescheinigen, so würde er einmal etwas thun, was über seinen ihm gesetzlich vorgezeichneten Kompetenzenkreis hinausgeht, desshalb also ungültig ist und zweitens sind, wie wir gesehen haben, auch die Krepostbehörden nicht berechtigt, solche Urkunden als genügende Korroborationstitel anzuerkennen. Der Umstand aber, dass der Kommissar in seiner Attestation das Faktum der Einwilligung des bäuerlichen Kontrahenten in die ihm durch den Pachtvertrag auferlegten Stipulationen bescheinigen muss, ist ebenfalls nicht genügend, da formell genommen auch darin eine eigentliche Unterschriftsbeglaubigung im notariellen Sinn des Wortes — auch bei de facto vor dem Kommissaren erfolgten Unterschrift — nicht gesehen werden kann.

Auch würde, abgesehen davon, dass in diesem Fall die Unterschrift des nicht bäuerlichen Kontrahenten ganz unberücksichtigt bliebe, die blosse Echtheit der Unterschrift nur des einen Kontrahenten allein, ja selbst beider zur Herstellung der Grundbuchmässigkeit des zu ingrossierenden Vertrages nicht genügen, denn wie schon erwähnt, bedarf es ausser andern Erfordernissen auch noch des Nachweises der Identität und Rechtsfähigkeit der um die Korroboration nachsuchenden und in dieselbe einwilligenden Personen, hier also des Gutsbesitzers [1]). Rechtsfähigkeit und Identität der Kontrahenten zu beglaubigen liegt aber ebensowenig wie die Unterschriftenbeglaubigung in der Machtsphäre des Bauerkommissären, es muss daher auch in dieser Hinsicht das vorher Gesagte gelten d. h. insofern nach Art. 38 der Grundbuchregeln die eine Korroboration beantragenden Personen ihre Rechtsfähigkeit und Identität nicht anders als entweder

1) Vgl. Art 38 der Grundbuchregeln.

in einer notariell errichteten Urkunde oder in dem schriftlichen in notarieller Form zu erfolgenden Antrage auf Vornahme der Korroboration oder in dem mündlich vor dem Sekretär der Krepostabtheilung zu verlautbarenden Gesuche nachweisen müssen, dürfte die Krepostbehörde auch in dieser Hinsicht gehalten sein, das zur Vornahme der Korroboration unerlässliche Erforderniss der Identität und Rechtsfähigkeit der Pachtkontrahenten als nicht vorhanden anzusehen, vorausgesetzt auch, dass die Kommissare in Ueberschreitung ihrer Kompetenzbefugnisse in ihrer Attestation letztere beglaubigt haben sollten, mithin also die Korroboration des betreffenden zwischen dem Gutsbesitzer und Bauer abgeschlossenen Pachtkontrakte zu verweigern.

Mehr noch als für die bisher behandelten Pachtverträge zwischen Gutsbesitzern und Bauern gilt das im vorhergehenden Entwickelte für die zwischen den genannten Personen über landische Grundstücke abgeschlossenen Kaufs- resp. Verkaufskontrakte, insbesondere, wenn ein Gutsbesitzer Gehorchs- oder Hofslandgesinde Personen bäuerlichen Standes verkauft. Denn während Pachtverträge durchaus nicht regelmässig korroborirt zu werden pflegen, muss die Korroboration der erwähnten Kaufkontrakte unter allen Umständen stattfinden, da gemäss unserem Grundbuchprincip wirkliches Eigenthum für den Käufer einer unbeweglichen Sache erst durch Auftragung derselben auf seinen Namen in den Grundbüchern der kompetenten Krepostabtheilung [1]) begründet wird.

In der Zeit vor der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 gehörte die Korroporation solcher Kaufverträge zu den Obliegenheiten der Kreisgerichte, während die Echtheit der von den vertragschliessenden Theilen auf der Vertragsurkunde vollzogenen Unterschriften regelmässig von den Kirchspielsgerichten beglaubigt wurde [2]). Ein Attestationsformular wie das in § 718 der livl. B.-V. für die Pachtverträge vorgeschriebene, wurde dabei nicht erfordert, namentlich also brauchte auch die Uebereinstimmung der Kontraktstipulationen mit den gesetzlichen Bestimmungen der Bauerverordnung nicht bescheinigt zu werden.

1) Vgl. Artt. 809 u. 813 (по прод.) Th. III des Prov. Rs.

2) Vgl. Art. 60 der Livl. B.-V. Hier mussten gleichfalls drei Vertragsurkunden errichtet werden.

Nach den neuen Justizgesetzen vom 9. Juli 1889 (Art. 8 ff der citt. Regeln für die Bauerkommissare) besteht dagegen die Thätigkeit der Bauerkommissare nach der bezeichneten Richtung hin, wie auch die Motive zu Art. 8 cit. bemerken, lediglich darin, dass sie durch ihre Aufschrift auf den Kaufkontrakten nur das Faktum der freiwilligen Vereinbarung der Kontrahenten unter einander sowie die Uebereinstimmung des Kaufkontraktes mit den geltenden Gesetzen, insbesondere den Bestimmungen der livl. Bauerverordnung bescheinigen. Von einer Beglaubigung der Echtheit der Partheienunterschriften — die ja ausserdem, wie wir sahen, nur in Beziehung auf die Unterschrift des bäuerlichen Kontrahenten, nicht auch des Gutsbesitzers denkbar wäre — oder gar von einer Bescheinigung der Identität und Rechtsfähigkeit der Partheien, insbesondere auch der Person, gegen die sich die Korroboration richten soll, also des Gutsbesitzers, ist im Gesetz nirgends die Rede und auch heute ist in dieser Hinsicht keine Aenderung eingetreten, also etwa ein neues Gesetz erlassen. Auch hier wären daher aus den schon im Vorhergehenden in Bezug auf die eventuelle Korroboration der Pachtverträge entwickelten Gründen die Krepostbehörden nicht berechtigt, die bloss mit der Aufschrift des Bauerkommissaren versehenen Kaufkontrakte über den Verkauf von Bauerlandstellen seitens der Gutsbesitzer an Bauern zur Korroboration entgegen zu nehmen. Denn eben jene Erfordernisse der Identität und Rechtsfähigkeit des die Korroboration Beantragenden, nicht minder aber auch der Einwilligung der letztern in die Vornahme der Korroboration sind, insofern sie in der Urkunde zum Theil gar nicht, zum Theil — wie die genannte Einwilligung — in formell unzulässiger, daher ungültiger Gestalt ausgedrückt sind, für die Krepostbehörde als gar nicht vorhanden anzusehen d. h. mit andern Worten: de facto haben die Kontrahenten der Krepostbehörde den für die Vornahme der Korroboration unbedingt nothwendigen Beweis jener drei Erfordernisse, nämlich der Identität, Rechtsfähigkeit und Einwilligung des Antragstellers nicht erbracht. Auch hinsichtlich der gerichtlichen Beweiskraft der Kaufurkunde gilt dasselbe wie das bereits in Beziehung auf die Pachtverträge Entwickelte. Trotz der so klaren Gesetzbestimmungen kommt es aber dennoch nicht selten vor, dass die Krepostbehörden die bloss von den Bauerkommissaren mit den entsprechenden Aufschriften versehenen und von ihnen unterschrie-

benen Kaufurkunden korroborieren[1]), was sich aber doch ebenso wie bei den Pachtverträgen nur dann rechtfertigen lässt, wenn der Beweis der Identität und Rechtsfähigkeit sowie der Einwilligung des Gutsbesitzers in die Korroboration seitens der Kontrahenten nachträglich erbracht wird. Das kann aber am Besten so geschehen, dass der Vertrag nachträglich von beiden Partheien einem Notaren oder dem Sekretären der zuständigen Krepostabtheilung zur Vidimation vorgewiesen und von diesen Personen in der gesetzlich vorgeschriebenen Form beglaubigt wird. Denn damit wird die bisherige private Urkunde in eine notarielle Urkunde — die allein als Grundlage für eine Korroboration in Frage kommen kann — verwandelt. Ebenso wie wir das in Beziehung auf die Pachtverträge bemerkten, hilft es auch hier nichts, wenn die Kommissare die Identität, Rechtsfähigkeit sowie die Unterschrift der Partheien dennoch beglaubigen, denn eine solche Beglaubigung hat, da sie nicht zum Kompetenzenkreise der Kommissare gehört, keine Gültigkeit, darf daher von den Krepostbehörden nicht berücksichtigt werden. Die Bestimmung des Art. 43, P. 1 der Grundbuchregeln, dass die zur Vornahme der Korroboration nothwendige Einwilligung der Person, gegen welche die Korroboration gerichtet ist, falls sie von Seiten einer Regierungsinstitution zu erfolgen hat, durch ein von dieser Institution ausgestelltes Zeugniss oder ein direkt an die Grundbuchabtheilung gerichtetes Kommunikat bewiesen werden kann, ändert an unsern bisherigen Ausführungen nichts, denn offenbar wird hier nicht auf die Beglaubigung der erwähnten Kontrakte durch die Bauerkommissare, sondern auf die in Artt. 2 und 3 der durch die neuen Justizgesetze vom 9. Juli 1889 eingeführten Abänderungen der Hypothekengesetze dargelegten Fälle Bezug genommen[2]), sowie auf solche Fälle, wo eine Regierungsinstitution selbst als Verkäufer resp. als Verpächter in Frage kommt.

---

1) Dagegen wird die in der Anmerk. zu Art. 8 cit. enthaltene Bestimmung, dass Kaufverträge ohne die vorgeschriebene Beglaubigung des Kommissaren von den Krepostbehörden garnicht zur Korroboration entgegengenommen werden dürfen, von letztern strengstens befolgt.

2) Art. 2 besagt, dass ein endgültiges richterliches Erkenntniss, durch welches dem Schuldner die Zahlung einer bestimmten Summe Geldes oder eine andere in Geld schätzbare Leistung auferlegt wird, als Korroborationstitel behufs Erwerbes einer Hypothek an dem betref-

VIII.

Einiges über das Verhältniss des russischen zum deutschen Texte des Th. III. des Provincialrechts.

Dass der Urtext eines Gesetzbuches in eine fremde Sprache übersetzt wird ist eine häufige Erscheinung, allein dass dieser Urtext selbst zweisprachig ist, somit also zwei officielle Gesetzestexte gegeben sind, kommt gewiss selten vor. Gerade dieser Fall liegt aber bei dem Th. III. des im Jahre 1864 kodificierten Provincialrechts vor, das in dem genannten Jahre bekanntlich zwei officielle Ausgaben, eine deutsche und eine russische und zwar gleichzeitig erfahren hat. Liegen nun solchergestalt zwei officiell verbindliche Gesetzestexte vor, nämlich der deutsche und der russische, so muss sich, gerade was das baltische Privatrecht anbetrifft, der Textkritik ein besonders weites Feld eröffnen, insofern es häufig geboten sein wird, behufs Ermittelung des wahren Sinnes eines Gesetzes die beiden Texte mit einander zu vergleichen und erforderlichen Falls entweder dem einen oder dem andern Text den Vorzug zu geben [1]).

In der grossen Mehrzahl der Fälle stimmen beide Texte allerdings miteinander überein und diese sind daher aus dem Kreise der vorstehenden Untersuchung von vornherein auszuscheiden. Allein andererseits kann es doch auch sein und kommt thatsächlich auch vor, dass eine solche Uebereinstimmung entweder garnicht, nur zum Theil oder doch nicht ganz vollständig vorliegt und da fragt es sich: welcher Text hat dem andern vorzugehen, der russische dem deutschen oder umgekehrt der deutsche dem russischen und wie hat man sich

---

fenden Grundstück zu dienen vermag. Nach Art. 3 können die Waisengerichte, wenn sie es für nöthig halten, die Eintragung von Vermerken auf das unbewegliche Vermögen der Vormünder und der Eltern als natürlicher Vormünder ihrer Kinder zur Sicherstellung der Forderungen, die an sie aus der Verwaltung des Pupillenvermögens entstehen könnten, beantragen, alles Fälle, die offenbar nicht hierher gehören.

1) Vgl. Puchta „Vorlesungen über das heutige römische Recht" (5. Aufl.) § 15 S. 35, Erdmann: System B. I. § 7 S. 31, Федоровъ Введеніе въ курсъ гражданскаго права Прибалтійскихъ губерній S. 62.

überhaupt das Verhältniss beider Texte zu einander vorzustellen? Mit der Beantwortung dieser Frage werden sich diese Zeilen zu beschäftigen haben.

Zwei Hauptfälle sind hier möglich: entweder nämlich man hat es mit einem wahren Widerspruch zwischen dem russischen und deutschen Text zu thun, oder aber der eine Text leidet gegebenen Falls an einer Unklarheit, Unbestimmtheit oder überhaupt Unvollständigkeit, während der andere Text klar, bestimmt und vollständig ist. Nehmen wir zuerst die erste Eventualität d. h. den Fall, dass der eine Text dem andern direkt widerspricht.

Nach dem Einführungsukas zum Theil III des Prov. Rs. vom 12. November 1864 (II. Собр. зак. Nr. 41443[1]) sind beide Texte, sowohl der deutsche als auch der russische als authentisch anzusehen d. h. sie haben für die Textkritik principiell gleiche Bedeutung. Schon diese Bestimmung erregt Bedenken, denn sie trägt geschichtlichen Thatsachen nicht genügend Rechnung, ja noch mehr, sie widerspricht ganz direkt der Geschichte der Kodification des baltischen Privatrechts. Diese zeigt uns nämlich, dass das ostseeprovincielle Privatrecht ursprünglich in deutscher Sprache abgefasst und darauf erst unter der Leitung des Baron Modest Korff ins Russische übertragen wurde[2]). An dieser historisch beglaubigten Thatsache vermag auch der weitere Umstand nichts zu ändern, dass beide Entwürfe, sowohl der deutsche als auch der russische zu gleicher Zeit gedruckt wurden und im November 1864 die Allerhöchste Sanktion erfuhren,[3]) denn der Charakter des russischen Entwurfes als der einer blossen Uebersetzung aus dem ursprünglich in deutscher Sprache redigierten

1) Ich citiere diesen Ukas nach Федоровъ введеніе S. 62. und Erdmann System B. I, S. 7, Note 3.

2) Dies erzählt uns schon der Verfasser des dritten Theils unseres Provincialswods Dr. F. G. v. Bunge, der Nestor des ostseeprovincicellen Rechts und seiner Geschichte in seiner von mag. jur W. Greiffenhagen mitgetheilten Selbstbiographie (W. Greiffenhagen Dr. jur. Friedrich Georg v. Bunge, Reval 1891 S. 27). Siehe ferner auch Schiemann: „Ein Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht nach dem Recht der Ostseeprovinzen" (Mitau 1890) S. 46, von Broecker »Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht nach baltischem Privatrecht" (Riga 1897) S. 21 Note 2.

3) Vgl. Greiffenhagen l. c. S. 27 f.

Original — wir könnten beinahe auch sagen: »Manuscripte“ — wird dadurch keineswegs alteriert. Diese zeitlich frühere Entstehung des deutschen Entwurfs, die schon angesichts der Thatsache gerechtfertigt erscheinen dürfte, dass das der Kodifikation zu Grunde liegende Quellenmaterial zum grossen Theil germanisch-rechtlicher Natur ist, zur Darstellung desselben aber schon wegen der vielen Kunstausdrücke wegen auch die germanische d. h. deutsche Sprache als die bei Weitem geeigneteste erscheint [1]) — ich erinnere hier nur an die Normen des ehelichen Güterrechts, das in der Regel „Hand muss Hand wehren“ ausgedrückte Princip und manches Andere — hätte also vielmehr darauf führen müssen, in jedem Fall dem deutschen Text den unbedingten Vorzug vor dem russischen zu geben. Die Gesetzgebung von 1864 hat das nicht gethan, sie hat im Gegentheil, wie wir gesehen haben, beiden Texten an und für sich gleiche Kraft beigelegt, damit aber sich nicht nur ausserhalb des historischen Zusammenhanges gesetzt, sondern dazu noch gewiss wider ihren Willen die Kontroverse geschaffen, welchem von beiden Texten im Fall eines Widerspruches der Vorzug gebühre. Diesem in den ersten Jahren des Inkrafttretens der Kodifikation unseres baltischen Privatrechts herrschenden Zustande der Ungewissheit wurde erst sechs Jahre nachher durch das Allerhöchst bestätigte Reichsrathsgutachten vom 16. November 1870 (II. Собр. 3. Nr. 48921 [2]) ein Ende gemacht, insofern nämlich letzteres die Bestimmung enthielt, dass bei offenbarem Widerspruche zwischen beiden Texten der russische Text dem deutschen vorgezogen werden müsse [3]). Endlich wurde in der Fortsetzung zum Th. III des Provincialrechts vom Jahre 1890 und zwar in Gestalt einer Anmerkung zu Art. XVI der Einleitung zu demselben Folgendes bestimmt:

„При примѣненіи Свода мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ, какъ во внутреннихъ, такъ и въ Прибалтійскихъ губерніяхъ, въ случаѣ какого-либо несогласія между русскимъ и нѣмецкимъ текстами сего свода, въ руководство долженъ быть принимаемъ текстъ русскій.“

1) Vgl. Schiemann l. c.

2) Citiert nach Федоровъ введеніе l. c.

3) Vgl. Федоровъ введеніе l. c., Erdmann System B. I. § 2 S. 7 Note 3 u. § 7 S. 32 Note 1.

„Bei Handhabung des Swods der örtlichen Provincialgesetze sowohl in den innern, als auch in den baltischen Gouvernements, muss im Fall irgend eines Widerspruches zwischen dem russischen und deutschen Texte dieses Swods der russische Text zur Richtschnur genommen werden."

Es ist hier wohl zu beachten, dass mit der Anmerkung zu Art. XVI der Einl. zum Th. III des Prox. Rs eigentlich gar kein neues Recht geschaffen ist, sondern nur ein schon früher in Geltung gewesener, in praxi aber vielleicht vielfach nicht beobachteter oder gar ganz in Vergessenheit gerathener Rechtssatz gleichsam wieder von Neuem zur Erinnerung gebracht und bestätigt wird. Das geht unzweifelhaft aus der Thatsache hervor, dass als Quelle zur Anmerkung des Art. XVI der Einl. des Th. III des Prov. Rs eben jenes von uns schon erwähnte Allerhöchst bestätigte Reichsrathsgutachten vom 16 November des Jahres 1870 sub. № 48921 citiert wird.

Die Sache liegt mithin so, dass bis zum 16. November 1870 beide Texte gleiche Kraft beanspruchen konnten, wogegen von da ab bis auf den heutigen Tag im Fall eines Widerspruches zwischen beiden Texten dem russischen der Vorzug vor dem deutschen gebührt.

In der Theorie des Provincialrechts herrscht über diesen Punkt keineswegs volle Einstimmigkeit Während nämlich Erdmann [1]) u. Fedorow [2]) die Authenticität beider Texte behaupten, andererseits jedoch auf Grund des erwähnten Reichsrathsgutachtens vom 16. November 1870 im Fall eines Widerspruches zwischen beiden Texten dem russischen richtig den Vorzug einräumen, hat sich Schiemann in seiner schon citierten Schrift „Ein Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht nach dem Recht der Ostseeprovinzen" S. 46 umgekehrt mit aller Entscheidenheit dahin ausgesprochen hat, dass im Zweifel allemal, also auch im Fall eines Widerspruchs dem deutschen Text der Vorzug vor dem russischen Texte gebühre. Bröcker [3]) vertritt auf Grund der Anmerkung zu Art. XVI der Einl. die richtige, auch von Erdmann und Fedorow getheilte Ansicht. Was nun insbesondere die

1) Vgl. dessen System B. I. S. 7 Anm. 3 u. S. 31 f.

2) Vgl. dessen введение l. c.

3) Vgl seine Schrift: Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht S. 20 f.

Schiemann'sche Ausführung anbelangt, so gestehen wir allerdings zu, dass abgesehen von dem erwähnten Einführungsukas zum Th. III des Prov. Rs, dem Reichsrathsgutachten vom 16. November 1870 und der Anmerkung zu Art. XVI der Einleitung zum Theil III des Prov. Rs (Forts. v. J. 1890) die überwiegenden Gründe, sowohl logischer als auch historischer Natur für einen unbedingten Vorzug des deutschen Textes vor dem russischen sprechen, dass es also ein Fehler der Gesetzgebung war, wenn sie nicht nur beiden Texten an sich gleiche Kraft beilegte, sondern in der Folge sogar für den Fall eines Widerspruches den russischen Text dem deutschen vorgehen liess. Historischer Natur, weil wie erwähnt, der deutsche Text vor dem russischen entstanden ist, logischer Natur weil es ja doch im Grunde genommen widersinnig ist, das Original als Uebersetzung, die Uebersetzung aber als Original zu behandeln. Die Gesetzgebung hätte im Gegentheil den deutschen Text als Original erklären müssen, das dem russischen Text als der blossen Uebersetzung unter allen Umständen, also auch im Fall eines Widerspruches mit dem letztern vorzugehen habe. Anstatt dessen kehrt sie das Verhältniss um d. h. sie legt nicht nur hinterher dem Original und der letzterem nachgebildeten Uebersetzung gleiche Kraft bei, sondern räumt sogar unter Umständen der Uebersetzung den Vorzug vor dem Original ein [1]).

So sympathisch aber auch die Ausführungen Schiemanns berühren mögen und ein so richtiger und gesunder Kern denselben auch immer zu Grunde liegt, so sehr muss auf der andern Seite konstatiert werden, dass dieselben ganz klaren positiven Gesetzen nicht nur nicht gerecht werden, sondern sich sogar direkt über dieselben hinwegsetzen. Schiemann berücksichtigt weder den für beide Texte für authentisch erklärenden Einführungsukas v. J. 1864, noch das Reichsrathsgutachten vom 16. November 1870, noch endlich die im J. 1890 erlassene Anmerkung zu Art. XVI der Einleitung zum Th. III des Prov.-Rs, in welcher der Vorzug des russischen vor dem deutschen Texte für den Fall eines Widerspruchs zwischen beiden nochmals ausdrücklich anerkannt wird. Der Grund dafür ist vielleicht darin zu suchen, dass das Reichsrathgutachten vom 16. November 1870 zur Zeit, als Schiemann

1) Vgl. überhaupt Schiemann l. c. S.

schrieb, noch nicht dem Text des III. Bandes des Provincialrechts einverleibt war. Stichhaltig dürfte er aber keinenfalls sein. Ganz unerklärbar aber erscheint es uns, wenn Schiemann sogar den Einführungsukas zum Th. III des Prov.-Rs gänzlich ignoriert

Wir betonen es also nochmals, dass nach den zur Zeit geltenden Rechtsgrundsätzen bei einem Widerspruch zwischen dem russischen und dem deutschen Text der erstere den unbedingten Vorzug vor dem letztern hat, obwohl geschichtliche Entwickelung und Gründe rein logischer Natur den Gesetzgeber zum entgegengesetzten Resultat hätten führen müssen d. h. zur Statuierung eines unbedingten Vorzuges des deutschen Textes vor dem russischen.

So viel von dem Fall eines wirklichen Widerspruches zwischen den beiden Gesetzestexten.

Wesentlich verschieden von den vorigen sind dagegen die Fälle, wo es sich nicht um einen Widerspruch zwischen beiden Gesetzestexten handelt, sondern wo in casu concreto der eine Text an einer Unvollständigkeit, Unklarheit und Unbestimmtheit im Ausdruck leidet, während das bei dem andern nicht der Fall ist, oder, wenn der eine Text sich eines Ausdruckes bedient, dem für gewöhnlich eine weitere, allgemeine Bedeutung beigelegt zu werden pflegt, während der andere Text den engern Ausdruck braucht.

Nimmt man das Wort „несогласія“ in der citierten Anmerkung zu Art. XVI, Th. III des Prov.-Rs in seiner wörtlichen Bedeutung d. h. übersetzt man es einfach mit „Nichtübereinstimmung“, so wird man allerdings auch in diesen Fällen eine mit der vorhergehenden identische Behandlungsweise eintreten lassen müssen d. h. man wird hier ebenso wie vorhin dem russischen Text vor dem deutschen den unbedingten Vorzug zu geben haben, worauf auch schon das dem Wort „несогласія“ vorhergehende: „какого нибудь“ hinzuweisen scheint. Allein eine wörtliche Uebersetzung des Wortes „несогласія“ dürfte hier wohl schwerlich am Platze sein. Viel richtiger und sinnentsprechender ist es, — wie das auch Erdmann[1]) thut — diesen Ausdruck im Deutschen mit „Widerspruch“ zu übersetzen, demnach also die in

1) Vgl. dessen System B. I. S. 7. Note 3.

der Anmerkung zu Art. XVI cit. ausgedrückte Regel nur auf den Fall beziehen, wo sich zwischen dem deutschen und russischen Gesetzestext irgend ein („какой нибудь“) Widerspruch konstatieren lässt. Eine solche Wiedergabe des russischen „несогласіе“ — das man also hier gleichbedeutend mit „противорѣчіе“ zu nehmen hätte [1]) — dürfte jedenfalls auch der muthmaasslichen Absicht des Gesetzgebers weit eher entsprechen, als die zwar wörtliche, entschieden aber viel zu weit und allgemein gefasste Wiedergabe mit „Nichtübereinstimmung“. Auch rein logisch genommen liegt die Nothwendigkeit, sich mit Ausschluss des einen Textes nur an den andern Text zu halten d. h. dem einen vor dem andern den Vorzug zu geben, doch nur dann vor, wenn beide zusammen resp. nebeneinander sich schlechterdings nicht vertragen, mit andern Worten, wenn der eine dem andern widerspricht. Nur in diesem Fall entsteht für den Juristen die Nothwendigkeit, zwischen den beiden principiell einander gleichstehenden Gesetzestexten die Auswahl zu treffen und gerade diesen Fall will die Anm. zu Art. XVI regeln. Schon aus diesen Gründen darf daher dem Ausdruck „несогласіе“ keine andere Bedeutung als die von uns angegebene unterlegt werden. Dagegen erscheint ein Vorzug des einen Textes vor dem andern, ein Ausschluss des einen durch den andern in keiner Hinsicht geboten, wenn es sich in casu concreto um gar keinen Widerspruch handelt, wenn vielmehr

a) der eine Text unvollständig, der andere aber vollständig ist

b) der eine Text unbestimmt lässt, was der andere nicht thut

c) der eine Text einen unklaren Ausdruck enthält, was bei dem andern nicht der Eall ist,

d) der eine Text irgend einen Begriff im weitern Sinn, der andere im engern nimmt.

In Fällen solcher Art hat der Interpret gar keine Veranlassung, eine Auswahl zwischen beiden Texten in der Art zu treffen, dass er den einen Text durch den andern ganz ausschliesst, wohl aber hat er beide Texte neben einander zu benutzen und mit einander

1) In welchem Sinn auch Fedorow l. c. S. 62 den Ausdruck „несогласіе“ auffasst.

zu vergleichen, so zwar, dass er den Mangel des einen Textes durch den andern und aus diesem heraus d. h. mit dem Material des letzteren ergänzt und vervollständigt [1]), mithin: in Fällen, wie in den sub lit. a—d genannten kann nicht nur der deutsche Text durch den russischen sondern ebenso auch umgekehrt der russische durch den deutschen Text ergänzt werden, [2]) ohne dass eine solche Auffassung dem in der Anm. zu Art. XVI strikt ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers auch nur irgendwie zu nahe tritt. Die entgegengesetzte auch die Fälle von a—d unter die Anm. zu Art. XVI ziehende Ansicht würde einen doppelten Fehler begehen. Erstens nämlich würde sie ausser Acht lassen, dass in solchen Fällen das hauptsächlichste und wichtigste Mittel zur Ergründung des gesetzgeberischen Willens, nämlich die Heranziehung des vom Gesetzgeber ursprünglich mit derselben authentischen Kraft wie der russische Text ausgestatteten deutschen Gesetzestextes zur Aufhelluug thatsächlich vorhandener Dunkelheiten im Gesetz einfach verschlossen bliebe und zweitens würde sie überhaupt dem Sinn der Anm. zu Art. XVI nicht gerecht werden. Denn wenn der Gesetsgeber auch die Fälle, wo kein wirklicher Widerspruch zwischen beiden Texten vorliegt, unter das Gesetz hätte bezogen wissen wollen, so hätte er sich nicht so ausdrücken können, wie er sich thatsächlich ausgedrückt hat. Er hätte dann den Fall des Widerspruches zwischen beiden Texten nicht besonders hervorheben sollen, er hätte dann nicht sagen dürfen: im Fall eines Widerspruches zwischen dem russischen und dem deutschen Text hat ersterer dem letztern vorzugehen, sondern er hätte sagen müssen: wenn der russische und deutsche Text in irgend einer Beziehung von einander abweichen, so hat in jedem Fall der russische Text dem deutschen vorzugehen. Damit war er sicher, alle nur möglichen Fälle zu treffen. Aus dem Umstande, dass in dem Gesetze, wie wir gezeigt zu haben glauben, nur von dem Fall eines Wider-

1) So auch Fedorow, l. c. S. 62.

2) Anerkannt in der Senatsentscheidung vom 8. März 1900 in Sachen der Kassationsklage des Vertreters der Baronin Leokadie Freytag von Loringhoven contra Joseph Delalu, sowie der Senatsentscheidung Israelsohn contra Nachlassmasse des Movscha Freidberg, vom selben Datum.

spruchs zwischen beiden Texten, nicht dagegen auch von den Fällen, wo der eine Text an einer blossen Unklarheit, Unvollständigkeit, Unbestimmtheit oder Ungenauigkeit laboriert, die Rede ist, lässt sich mittelst des argumentum a contrario der Schluss ziehen, dass nach Absicht des Gesetzgebers in eben diesen Fällen etwas Anderes zu gelten habe, jedenfalls aber die Regel über den Vorzug des russischen Textes vor dem deutschen hier nicht angewandt werden könne.

Ein solcher Standpunkt entspricht auch allein dem mehrfach citierten Allerhöchst bestätigten Reichsrathsgutachten vom 16. November 1870, das, wie wir gesehen haben, die Quelle bildet, aus der die Anmerkung zu Art. XVI geflossen ist. Denn eben jenes Reichsrathsgutachten macht von der principiellen Gleichheit beider Gesetzestexte nur eine Ausnahme, stellt letztere also nur in einem Falle einander nicht gleich, nämlich dem des Widerspruchs zwischen beiden Texten. Folglich muss man annehmen, dass es sie in allen andern Fällen einander gleichstellt.

Wir bemerken nur noch zum Schluss, dass aus Gründen historischer und logischer Natur auch eine blosse Ergänzung des deutschen Textes durch den russischen im Grunde genommen, wenngleich sie schon durch den Einführungsukas vom 12. Nov. 1864 in juristischer Hinsicht gerechtfertigt ist, insofern principiell anfechtbar erscheint, als auch der Einführungsukas weder die Natur des deutschen Textes als des zuerst entstandenen Originals noch die Natur des russischen Textes als der zeitlich später entstandenen, diesem nachgebildeten Uebersetzung zu ändern vermag. Wann ein wirklicher Widerspruch oder nur eine blosse Abweichung des einen vom andern Text vorliegt, wird man freilich nicht immer leicht entscheiden können. In der Regel wird sich der Richter hier von den Grundsätzen der allgemeinen Vernunft leiten lassen müssen, demgemäss also z. B. einen Widerspruch in dem Fall zu konstatieren haben, wenn nach dem russischen Text ein Klagerecht, ein Ersatzanspruch gegeben wird, nach dem deutschen dagegen nicht, wenn der russische Text etwas als Ausnahme, der deutsche dagegen als Regel hinstellt. Eine durchgreifende Regel kann natürlich nicht gegeben werden, sondern immer nur einzelne leitende Gesichtspunkte.

Abgesehen aber von einer Abweichung des deutschen vom russischen Texte resp. von einem Widerspruch zwischen

beiden können sowohl in der Wissenschaft als in der Praxis beide Texte d. h. sowohl der deutsche als auch der russische zu Grunde gelegt werden, da beiden authentische Kraft eigen sein soll. Dass trotzdem in der Zeit vor der Justizreform namentlich in den Gerichten nur der deutsche Text, in der Zeit nach der Justizreform dagegen nur der russische zu Grunde gelegt wurde, erklärt sich einfach daraus, dass vor 1889 die Gerichte deutsch waren und dementsprechend die Verhandlungen in denselben in deutscher Sprache stattfanden, wogegen nach dem Reformjahr nicht allein die Gerichtsverhandlungen in russischer Sprache stattfanden, sondern auch die Gerichte fast durchweg mit des Deutschen unkundigen Personen besetzt zu werden pflegen.

IX.

Bemerkungen zur Haftung der ehefräulichen Immobilien für die Mannesschulden nach livländischem Stadtrecht.

Als eine der wichtigsten Folgen der sogenannten „ehelichen Gütergemeinschaft" des livländischen Stadtrechts erscheint die vom Gesetz wie in der Wissenschaft in gleichem Masse anerkannte und ausgesprochene absolute Verhaftung des ehefräulichen Gutes für die Schulden des Ehemannes [1]). Demgemäss bestimmt Art. 85 Th. III des Prov.-Rs. mit klaren Worten, dass für sämmtliche Schulden des Ehemannes, einerlei, ob sie vor oder nach Eingehung der Ehe kontrahiert wurden, aus Verträgen oder Delikten des Mannes, aus entgeltlichem oder unentgeltlichem Titel oder endlich mit oder ohne Wissen und Willen der Ehefrau entstanden, die Gesammtmasse, mit dieser also auch die von der Frau in die Ehe inferierten und ihr eigenthümlich zugehörigen Immobilien verhaftet seien. Voraussetzung ist aber hierbei, dass die Immobilien zu den Illaten der Frau gehören und nicht etwa ein Sondergut derselben bilden, denn nach Art. 86 ist letzteres von der Haftung für die ehemännlichen Schulden ausdrücklich eximiert.

1) Vgl. Erdmann, System B. I. § 85, S. 445 f. f. u. dessen „Das Güterrecht der Ehegatten nach dem Provincialrecht Liv-, Est- und Curlands" (Dorpat 1872) S. 132, Gürgens: „Die Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft nach livländischem Stadtrecht" (Riga 1893) S. 3.

Indem wir vorübergehend konstatieren, dass obiges Princip der ehelichen Schuldhaftung sogar nach Livländischem Stadtrecht nicht, geschweige denn nach den übrigen Statutarrechten bis zu dem Punkte absoluter Gegenseitigkeit gediehen ist, eine Mithaftung des ehemännlichen Gutes für die von der Frau kontrahierten Schulden vielmehr, abgesehen von den in Art. 56 (vgl. mit Art. 88) aufgezählten Fällen (z. B. den im Bereich des innern Hauswesens und bei dringender Noth et. c. kontrahierten Schulden) eigentlich nur in zwei Fällen, nämlich erstens bei den aus Delikten der Frau herrührenden Schulden[1]) und zweitens den Handelsschulden, die von der Ehefrau in den Fällen gemacht wurden, wo sie sich mit Wissen und Willen des Ehemannes als selbstständige Kauf- oder Handelsfrau etabliert hatte[2]) und selbst dann nur in zweiter Linie stattfindet d. h. erst, wenn das zuerst heranzuziehende Sondergut der Frau zur Deckung derartiger Schulden nicht ausreicht[3]), stellen wir uns zunächst die Frage, welche Folgerungen für das ostseeprovincielle Grundbuchwesen aus der sogenannten ehelichen Gütergemeinschaft des Livländischen Stadtrechts, das seinen hauptsächlichsten Ausdruck in dem obigen Princip der absoluten Haftung des ehefräulichen Gutes für die Mannesschulden findet, zu ziehen sind? Gürgens, der dieser Frage in seiner Eingangs erwähnten Schrift über die eheliche Gütergemeinschaft des Livländischen Stadtrechts auf S. 78—79 einen besondern Abschnitt widmet, geht von dem Satz aus, dass die Gemeinschaftlichkeit des Vermögens in Grundlage des Art. 79, Th. III des Prov.-Rs. von selbst, also Kraft des Gesetzes eintrete, ohne dass es eines besonderen Uebertragungsaktes bedürfe. Aus Art. 3004 und der Anm. 2 zu demselben folgert er dann weiter, dass, da nach diesem Artikel Kraft des Gesetzes bestehende dingliche Rechte auch ohne Eintragung in die Grundbücher wirksam seien, der Eintritt des Miteigenthums des einen Ehegatten an den von dem andern in die Ehe inferierten Immobilien nicht davon abhängig sei, dass in den Grundbüchern ein diesbezüglicher Vermerk über das Bestehen der Gütergemeinschaft gemacht werde. Diese Auffassung führt nun Gürgens dazu, einen Widerspruch

1) Vgl. Erdmann, Güterrecht S. 133., Prov.-R. Th. III Art. 90.

2) Vgl. Art. 92 Th. III des Prov.-Rs.

3) Vgl. Art. 90 cit.

zwischen Art. 3004 cit. und den Artt. 810, 812 und 813 zu konstatieren, insofern nämlich nach diesen Artikeln nicht nur jede Veränderung in der Person des Eigenthümers des Immobils in die Grundbücher eingetragen werden muss, sondern auch überhaupt nur diejenige Person als Eigenthümer des Immobils in Frage zu kommen vermag, auf deren Namen das betreffende Immobil in den Krepostbüchern der zuständigen Krepostbehörde aufgetragen ist. Diesen Widerspruch will Gürgens in Gemässheit des Art. XX, der Einl. zum Th. III des Prov.-Rs. in der Weise lösen, dass er die Bestimmungen der Artt. 810, 812 und 813 als Regel, den in Art. 3004 ausgedrückten Satz dagegen als Ausnahme von dieser Regel aufgefasst wissen will, so dass mithin die kraft Gesetzes eintretenden Aenderungen des Eigenthumsrechts zwar regelmässig eingetragen werden sollen, das Unterbleiben einer solchen Eintragung aber keineswegs die Wirkung der Eigenthumsrechte dritten Personen gegenüber suspendiere.

Es ist nicht zu leugnen, dass vom Gürgens'schen Standpunkt aus eine solche Anschauung für durchaus konsequent erklärt werden muss, ja, dass dieser Schriftsteller im Grunde genommen zu garkeiner andern Ansicht gelangen konnte. Denn Gürgens geht durchweg von einem durch die eheliche Gütergemeinschaft des livländischen Stadtrechts begründeten Miteigenthum des einen Ehegatten an dem gesammten, von dem andern in die Ehe gebrachten Vermögen und zwar nicht einem römisch-rechtlichen condominium, sondern einem sogenannten „Miteigenthum zur gesammten Hand" aus[1]).

So wie man nun aber das durch die eheliche Gütergemeinschaft des Livländischen Stadtrechts begründete Rechtsverhältniss entgegen der von Gürgens vertretenen Lehre nicht als Miteigenthum (zur gesammten Hand) charakterisiert, sondern dasselbe vielmehr, wie es nach Ansicht des Verfassers für das Livländische Stadtrecht das allein Zutreffende ist, vom Gesichtspunkt einer ausgedehnten ehelichen Vormundschaft aus erklärt, muss auch jeder scheinbare Widerspruch zwischen dem Art. 3004 einerseits und den Artt. 810, 812 und 813 andererseits nothwendig zusammenfallen. — Der wirkliche Nachweis eines durch die Gütergemeinschaft des Livländischen Stadtrechts unter den Ehegatten begründeten

5) Vgl. Gürgens l. c. § 15 S. 38—45 u. § 18 S. 56—63.

Miteigenthums zur gesammten Hand ist aber Gürgens, unserem Erachten nach, trotz des von ihm unleugbar aufgewandten grossen Scharfsinns nicht geglückt. Wir können uns an dieser Stelle auf eine nähere Begründung unserer Ansicht über Wesen und Charakter der ehelichen Gütergemeinschaft des Livländischen Stadtrechts, die im Wesentlichen auf die von Erdmann in seiner Arbeit über das baltische eheliche Güterrecht vertretene hinausläuft, nicht einlassen, sondern bemerken hier nur soviel, dass Art. 12 Th. III des Prov.-Rs, in welchem gesagt wird, dass dem Ehemann vermöge der ehelichen Vormundschaft die Herrschaft und Verwaltung über das gesammte, sowohl das von ihm, wie von der Ehefrau in die Ehe Gebrachte, von beiden gemeinschaftlich oder von jedem von ihnen einzeln durante matrimonio erworbene Vermögen gebührt, ganz allgemein lautet, ohne mit dem Güterrecht des Livländischen Stadtrechts irgend eine Ausnahme zu machen, folglich also auch auf letzteres zu beziehen ist und eben in dieser seiner Allgemeinheit der Ausdrucksweise implicite auch das Livländische Stadtrecht begreifend das ehemännliche Mundium als das Charakteristikum hinzustellen scheint, von dem aus auch das Institut der ehelichen Gütergemeinschaft des Livländischen Stadtrechts zu beurtheilen ist, so dass mithin letztere sich nicht als innere, sondern nur als äussere Gütergemeinschaft als Gütervereinigung mundialen Charakters darstellt.

Involviert also die Gütergemeinschaft des Livländischen Stadtrechts kein eigentliches Miteigenthum des einen Ehegatten an dem Vermögen des andern, so liegt auch rechtlich gar keine Nothwendigkeit vor, hinsichtlich der von der Ehefrau inferierten und in den Krepostbüchern bisher d. h. bis zur Eheschliessung auf ihren Namen verzeichnet gewesenen Immobilien in Anbetracht der nunmehr erfolgenden Eingehung der Ehe eine Veränderung in der Person der bisherigen Eigenthümerin anzunehmen und eine derartige Veränderung wo gehörig im Krepostbuche vermerken zu lassen. Denn da der Ehemann nicht Miteigenthümer der ehefräulichen Immobilien geworden ist, überhaupt also kein dingliches Recht an demselben erworben hat, die ihm in Bezug auf das gesammte Vermögen seiner Frau, also auch das unbewegliche zustehenden Befugnisse mithin rein persönlicher Natur sind, d. h. sich lediglich als Ausfluss des ausgedehnten ehemännlichen Mundiums oder der ehelichen Vogtei darstellen, so ist es klar,

dass von einem Umschreiben des ehefräulichen Immobils auf den Namen beider Ehegatten keine Rede sein kann, vielmehr auch fernerhin das Immobil auf den Namen der Ehefrau allein in den Krepostbüchern verzeichnet bleiben muss. Die von Gürgens [1]) als möglich angenommene Eventualität einer Verdeckung der Frage, wer von den Ehegatten vor Eingehung der Ehe das Allgemeineigenthum am Immobil hatte, der Gürgens durch Beantragung einer diesbezüglichen Vermerkung seitens des interessierten Ehegatten in den Krepostbüchern begegnen will, kann also im Grunde genommen gar nicht eintreten. Dem Ehemann, der auf Grundlage der Eheschliessung die eheliche Vormundschaft d. h. Nutzung und Verwaltung am gesammten von der Ehefrau in die Ehe gebrachten Vermögen erhält, würde eben der zur Eintragung seines (dinglichen) Miteigenthumsrecht grundbuchmässig erforderliche Titel mangeln, denn das ehemännliche Mundium des Livländischen Stadtrechts erzeugt, wie wir an späterer Stelle ausführen werden, ein derartiges Miteigenthumsrecht keineswegs, genügt also nicht zur Herstellung eines geeigneten grundbuchmässigen Titels. Daraus folgt weiter, dass die Grundbuchbehörde garnicht einmal befugt ist, dem auf die eheliche Gütergemeinschaft basierenden Ansuchen des interessierten Ehegatten um Vermerkung seines durch die Eingehung der Ehe an dem von der Ehefrau inferierten Immobil erworbenen Miteigenthums in den Grundbüchern Folge zu leisten, widrigenfalls sie sich einer direkten Verletzung des Art. 39 P. 1 der Grundbuchregeln schuldig machen würde.

Uebergehend sodann zur Frage nach Umfang und Grenzen der Verhaftung der ehefräulichen Immobilien für die Mannesschulden müssen wir zunächst die auf dem Lande belegenen Immobilien also namentlich auch Landgüter der Frau aus dem Kreise unserer Erörterung ausscheiden, da nach Art. 81 P. 1 Landgüter sowie überhaupt alle ausserhalb des städtischen Territoriums belegenen Immobilien nach den diesbezüglichen Normen des Landrechts zu beurtheilen sind, diesem aber eine eheliche Gütergemeinschaft und die aus derselben resultierende Haftung des ehefräulichen Vermögens für die Schulden des Mannes bekanntlich fremd sind [2]). Nach Art. 85 dagegen haftet das Vermögen der Ehefrau für sämmtliche Schulden des Ehemannes, aus welchem Titel sie

1) l. c. S 79.
2) Vgl. Art. 58 Th. III des Prov.-Rs.

immer stammen mögen, selbst wenn sie ohne Wissen und Willen der Ehefrau entstanden sind. Dieser Artikel darf seiner allgemeinlautenden Fassung wegen nicht etwa auf das bewegliche Vermögen der Frau eingeschränkt werden, sondern ist ebenso auch auf die von ihr in die Ehe gebrachten (städtischen) Immobilien zu beziehen, so dass folglich auch letztere zur Deckung der Mannesschulden und zwar nicht etwa erst in zweiter Linie d. h. wenn das bewegliche Vermögen sich in dieser Beziehung als nicht ausreichend erweist, herangezogen werden können. Für sich allein genommen könnte aus dem Art. 85 cit., so wie er dasteht, auch ein eventuelles Veräusserungs-, Verpfändungs- und sonstiges Belastungsrecht des Ehemannes betreffs der von der Frau in die Ehe gebrachten Immobilien gefolgert werden. Allein bei der Wichtigkeit des Immobiliarbesitzes und der angesichts der imbecillitas der Frau auf Grund der unbegrenzten Schuldhaftung für die Mannesschulden nur zu leicht möglichen Verschleuderung oder Entwerthung dieser für das ökonomische Wohlergehn oft einer ganzen Generation so wichtigen Vermögensstücke durch den Ehemann hat es der Gesetzgebung bedenklich geschienen, aus Art. 85 Th. III des Prov.-Rs die letzte Konsequenz zu ziehen und in Grundlage des letzteren auch die eventuelle Berechtigung des Ehemannes zu statuieren, die der Frau gehörigen und in den Krepostbüchern auf ihren Namen verzeichneten Immobilien zu veräussern, zu verpfänden oder sonst wie dinglich zu belasten, mit einem Worte einseitige, die Substanz der ehefräulichen Immobilien gefährdende, weil dieselbe verringernde Dispositionsakte des Ehemannes an letztern zu gestatten. Seit jeher mochte sich eben das Rechtsgefühl dagegen gesträubt haben, Immobilien der Frau, die gerade dieser ihrer dauernden Beschaffenheit wegen mehr als die dem Untergang und Verderb leichter ausgesetzten Mobilien dazu geeignet schienen, dereinst nach Ableben des Ernährers der Familie der (beerbt oder unbeerbt hinterbleibenden) Wittwe Zuflucht und Lebensunterhalt zu gewähren, ebenso wie das bewegliche Vermögen der Willkühr des Ehemannes auszusetzen.

So hat sich denn sowohl auf gewohnheitsrechtlichem als auch auf positiv-gesetzgeberischem Wege (vgl. Rig. Stadt-R. B. III tit. 6 § 5) die erwähnte Beschränkung der ehemännlichen Dispositionsbefugniss an den Immobilien der Ehefrau herausgebildet und ist in dieser Gestalt auch in die Kodification des baltischen

Privatrechts vom J. 1864 übergegangen, insofern nämlich Art. 83 (по прод.) wörtlich wie folgt bestimmt:

„Immobilien, welche in den Krepostbüchern auf den Namen der Frau verzeichnet, desgleichen solche, welche während bestehender Ehe von beiden Ehegatten gekauft sind, darf der Ehemann, ohne Genehmigung der Frau weder veräussern, noch mit Hypotheken und andern Lasten beschweren. Jede einseitig vom Ehemann vorgenommene Veräusserung oder Belastung ist wirkungslos".

Da nun dieser Artikel nur von den einseitigen Veräusserungs- resp. Belastungs-akten des Ehemannes, nicht aber auch davon spricht, dass die fräulichen Immobilien überhaupt von jeder Verhaftung für die Mannesschulden befreit sind, so folgt daraus, dass die Immobilien der Ehefrau für die Schulden des Mannes gleich dem übrigen Vermögen haften, falls sie nur nicht aus den in Art. 83 cit. genannten einseitigen Dispositionsakten des Mannes herrühren, als deren Folge stets Nichtigkeit erscheint. Wie mithin Art. 85 zufolge des vorhergehenden Art. 83 nicht auch auf eine eventuelle Veräusserungs- und Belastungs-Befugniss des Ehemanns hinsichtlich der seiner Frau gehörigen Immobilien ausgedehnt werden kann, so kann umgekehrt Art. 83 nicht auch auf eine Exemption der fräulichen Immobilien von der Haftung für ehemännliche Schulden überhaupt, selbst die nicht aus derartigen einseitigen Dispositionsakten des Mannes herrührenden bezogen werden. Art. 85 wird durch Art. 83 eingeschränkt und umgekehrt findet Art. 83 an dem Art. 84 seine Grenze. Art. 83 erscheint als Ausnahme von dem in Art. 84 ausgesprochenen Princip der allgemeinen Haftung des ehefräulichen Gutes für die Mannesschulden. Da nun Ausnahmen einer bekannten Regel gemäss — falls nicht zwingende Gründe logischer Natur oder der Geist positiv-rechtlicher Normen solches erfordern, was hier offenbar nicht der Fall ist — strikt zu interpretieren sind d. h. nicht auf andere, in dem Ausnahmegesetz nicht namhaft gemachte Fälle ausgedehnt werden dürfen, so ist es auch unzulässig, den Art. 83 allgemein von der Exemption der fräulichen Immobilien von der Haftung für Mannesschulden zu verstehen. Vielmehr muss es nach Livländischem Stadtrecht als Regel gelten, dass das gesammte Vemögen der Ehefrau, darunter also auch das unbewegliche für die Mannesschulden haftet, wofür nicht nur der Umstand, dass weder in Art. 84, noch

in Art. 85 die Immobilien der Frau besonders erwähnt resp. behandelt werden, mithin also das von der Gesammtmasse Gesagte implicite auch für die zu letzterer gehörigen Immobilien der Frau gelten muss, sondern auch noch speciell der erste der beiden genannten Artikel, nämlich Art. 84 spricht. Dieser Artikel gesteht nämlich dem Ehemanne die freieste Verfügung über die Gesammtmasse zu und berchtigt ihn dazu, in Betreff des Gesammtvermögens — also auch der Immobilien der Ehefrau — Verbindlichkeiten jeglicher Art einzugehen, sowie eingegangene Verbindlichkeiten mit demselben sicherzustellen. Eine Ausnahme von diesem freien Verfügungsrecht sollen nur die in Art. 83 angegebenen Fälle, nämlich die einseitigen Veräusserungs- und Belastungs-Akte des Mannes bilden. Folglich unterliegt Alles das, was unter diese Ausnahmen nicht fällt, der Wirksamkeit des Art. 84. Es ergiebt sich also, dass auch das unbewegliche Vermögen der Frau nach Livländischem Stadtrecht sich als ein durchaus fähiges Exekutionsobjekt darstellt, zu welchem Resultat auch Gürgens[1]), wenngleich auf anderm Wege gelangt. Der siegende Mannesgläubiger hat also das volle Recht, die Vollstreckung des zu seinen Gunsten ergangenen rechtskräftig gewordenen Urtheils auch an den Immobilien der Ehefrau zu verlangen resp. die vorläufige Sicherstellung seiner (später erst anzustellenden) Klage durch Legung eines Verbots auf das Immobil der Frau zu erwirken, ohne dass ihm Art. 83 entgegensteht, auf den sich daher keiner der Ehegatten berufen kann. Handelt es sich aber um Schuldforderungen, die gerade aus den vom Art. 83 verbotenen einseitigen Dispositionsakten des Ehemannes herrühren, so dürfte hier die Haftung des fräulichen Immobils für derartige Schulden allerdings cessieren, mithin letzteres weder zur Exekution herangezogen werden können, noch Gegenstand einer vorläufigen Beschlagnahme resp. Sicherstellung der gläubigerischen Klage bilden.

Eine weitere Frage, die uns insbesondere vom praktischen Gesichtspunkt aus interessieren dürfte, ist die, ob auch die aus einer eventuellen Vermiethung des fräulichen Immobils durch den Ehemann von letzterem gemachten Schulden unter den Art. 83 fallen, mithin also aus einem derartigen Immobil nicht gedeckt

---

1) Vgl. dessen cit. Schrift: „Die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft“ § 22 S. 78.

werden können? In engem Zusammenhang mit dieser erscheint die weitere Frage, inwiefern der Ehemann nach Livländischem Stadtrecht überhaupt berechtigt ist, ehefräuliche Immobilien zu vermiethen? Denn in dem Umfange, wie ihm ein solches Recht — abgesehen von der wirklichen Genehmigung eines solchen Rechtsgeschäfts resp. einem dahinzielenden Auftrage der Frau — zugestanden wird, muss man auch seine Berechtigung, in dieser Beziehung Schulden zu kontrahieren anerkennen. Sind aber diesbezüglich eingegangene Schuldverbindlichkeiten des Ehemannes vom Standpunkt des Gesetzes aus als gültig, vom Gesetzgeber also gebilligt zu betrachten, so steht auch nichts im Wege, das betreffende Immobil der Ehefrau für derartige Schulden des Mannes zur Exekution zu ziehen.

Im Allgemeinen ist, unserer Ansicht nach, die gestellte Frage im bejahenden Sinn zu beantworten: auch für diese Schulden haftet das Immobil der Frau, die Mannesgläubger wären daher berechtigt, ihre Befriedigung an demselben zu suchen, Art. 83 ist also in diesem Fall nicht anwendbar. Zu diesem Resultat muss man einmal desswegen gelangen, weil Art. 83 dem Ehemann ja nur die Veräusserung, Verpfändung oder sonstige dingliche Belastung[1]) des ehefräulichen Immobils untersagt, nicht auch die zu den Forderungsrechten gehörende Vermiethung des letztern, deren überhaupt keine Erwähnung geschieht, die als Ausnahme sich charakterisierende Bestimmung des Art. 83 aber — wie wir gesehen hehen — nicht auf andere als die in derselben genannten Fälle ausgedehnt werden darf, mithin strikte zu interpretieren ist, zweitens aber auch auf Grund der weitern Erwägung, dass die Vermiethung der ehefräulichen Immobilien seitens des Ehemannes und die in dieser Veranlassung eventuell erfolgende Schuldenkontrahierung — sobald sich eine solche nur als nothwendig erweist — als Handlungen erscheinen, die man sehr wohl als in den Kreis der dem Ehemann zufolge seines ehelichen Mundiums obliegenden Verwaltungspflichten hineingehörende auffassen könnte. Wie eines-

1) Das Epitheton „dingliche" findet sich freilich in Art. 83 nicht gebraucht, allein einestheils zeigt eine Vergleichung dieses Artikels mit Art. 43 — woselbst ausser den Pfandrechten noch Servituten und Reallasten erwähnt werden — dass das Gesetz nur eine solche dingliche Belastung im Auge gehabt haben kann und zweitens lässt sich auch von einer Belastung des Immobils schwerlich im anderen, als dinglichen Sinne sprechen.

theils die Verwaltung des Frauengutes durch den Mann in vielen Fällen eine Schuldenkontrahierung erforderlich macht[1]), ja ohne eine solche die ordnungsmässige Verwaltung des dem Ehemann nicht eigenthümlich gehörenden Frauenvermögens — zu welcher der Mann ja verpflichtet ist — vielfach ein Ding der Unmöglichkeit sein dürfte, ganz ebenso muss es zu den ökonomischen Pflichten des Ehemannes gehören, Immobilien seiner Frau nicht brachliegen zu lassen, sondern durch Vermiethung Früchte aus denselben zu ziehen oder Schuldverbindlichkeiten behufs Herbeischaffung von Mitteln zur Bestreitung der Kosten für nothwendige Verwendungen einzugehen. Wozu man aber verpflichtet ist, dazu ist man auch berechtigt. Können wir also gleichwohl als Regel den Satz aufstellen, dass der Ehemann zur Vermiethung der seiner Frau gehörigen Immobilien sowie zu der in diesem Anlass erfolgenden Schuldenkontrahierung — da ihm Art. 84 ausdrücklich das freieste Verfügungsrecht über die Gesammtmasse zugesteht — ohne Zweifel berechtigt sein muss, so scheint es doch auf der andern Seite, als ob diese Regel nicht bedingungslos gilt, vielmeher eine Ausnahme von derselben stattfindet. Dieselbe wird durch den Art. 4045 Th. III des Prov.-Rs statuiert. Denn da nach diesem Art. der in die Krepostbücher eingetragene Miethvertrag ein dingliches, auch gegen dritte Personen wirksames Recht erzeugt, so ist klar, dass die Ingrossation eines solchen Vertrages der von Art. 83 verbotenen dinglichen Belastung gleich kommt. Daraus folgt einmal, dass der Ehemann ohne Einwilligung der Frau nicht berechtigt ist, die Auftragung des Miethvertrages auf das letzterer zugehörige Immobil in den Krepostbüchern zu verlangen, sowie zweitens, dass auch die in dieser Veranlassung vom Mann kontrahierten Schulden das vermiethete fräuliche Immobil in keiner Weise zu ergreifen vermögen.

Eine weitere Frage ist die, ob der Ehemann ohne Consens der Frau an dem letzterer gehörigen Immobil ein Grundzinsrecht bestellen kann? Auch dieses erscheint als ein dingliches, gegen jeden Dritten wirksames Recht, involviert also ebenso wie der Fall des Art. 4045 eine dingliche Belastung des Immobils,

1) Vgl. auch Thiele: „Studien zum ehelichen Güterrecht des bürgerlichen Gesetzbuches“ im Archiv f. d. civil. Praxis B. 91, Heft 1. (Tübingen und Leipzig 1900), S. 1 f.

wozu noch kommt, dass das Grundzinsrecht vererblich auf immerwährende Zeiten konstituiert wird[1]), was beim Miethvertrag mit dinglichem Charakter, der stets nur auf eine bestimmte Zeit eingegangen werden kann, nicht stattfindet. Auch hier würde also der vom Ehemann in dieser Hinsicht eingegangene Grundzinsvertrag der Gültigkeit entbehren, die in diesem Anlass aber von von ihm kontrahierte Schuld das Immobil der Frau nicht haftbar machen. Die Krepostbehörde ihrerseits dürfte aber gar nicht berechtigt sein, derartige vom Ehemann ohne Konsens der Frau an dem Immobil der letztern konstituierte Rechte zur Eintragung in die Krepostbücher entgegenzunehmen.

Kann nach dem Vorhergehenden die Richtigkeit des allgemeinen Satzes, dass die von der Frau eingebrachten Immobilien mit der Gesammtmasse für die Mannesschulden — allerdings in den angegebenen Grenzen — haften, dieserhalb also auch zur Exekution gezogen werden können, einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, so folgt daraus weiter, dass sie für derartige Schulden auch zwangsweise versteigert werden dürfen, ohne dass einer solchen Subhastation Art. 83 Th III des Prov.-Rs. entgegenstehen würde.

Dagegen ist nach demselben Art. 83 das Sondergut der Ehefrau, wie wir schon gesehen haben, von jeder Haftung für die Mannesschulden befreit. Bildet also z. B. ein Immobil den Gegenstand des Sondergutes, so ist es klar, dass die Gläubiger des Mannes sich wegen ihrer Forderungsansprüche an ein solches Immobil nicht werden halten können. Daraus geht hervor, von wie grosser Wichtigkeit es für den Gläubiger des Mannes sein muss, in casu concreto sich darüber Gewissheit zu verschaffen, ob das in Rede stehende Immobil der Frau Sondergut derselben ist oder von der Gütergemeinschaft ergriffen wird. Eine solche Gewissheit kann er aber am Besten vermittelst Einsichtnahme in die Krepostbücher der zuständigen Krepostbehörde erlangen, insofern nämlich nach Art. 20 der Grundbuchregeln in dem Grundbuche — und zwar in ersten Spalte der 2. Abtheilung des Foliums — vermerkt sein muss, ob das Grundstück einen Bestandtheil der ehelichen „Gütergemeinschaft“ oder Sondergut des betreffenden Ehegatten bildet. Hat nun eine derartige Vermerkung nicht oder noch nicht statt-

1) Art. 1324 Th. III des Prov.-Rs.

gefunden, so entsteht die Frage, ob aus der blossen Thatsache, dass das Immobil in den Krepostbüchern auf den Namen der Frau verzeichnet steht, auf Sondergutseigenschaft desselben geschlossen werden darf, mithin also eine Vollstreckung des gegen den Mann ergangenen rechtskräftig gewordenen Urtheils an einem solchen Grundstück für unzulässig zu erklären ist? Die Frage ist zu verneinen [1]). Das Sondergut der Frau statuiert, wie wir gesehen haben, eine Ausnahme von einer Regel, nähmlich der Regel, dass das gesammte Frauengut für die Mannesschulden haftet. Es erscheint, — um mit den Worten Erdmanns zu reden — als „Ausnahmegut“ [2]). Eine Ausnahme darf aber im Zweifel nicht präsumiert werden, sondern ist in casu concreto stets zu beweisen und so ist auch die Existenz eines Sonderguts nicht zu präsumieren, sondern besonders zu beweisen [3]). Es spricht im Gegentheil die Vermuthung dafür, dass das betreffende Immobil der Ehefrau in der ehelichen Gütergemeinschaft mit einbegriffen ist, trotzdem dass es in den Krepostbüchern ausschliesslich auf den Namen der Frau verzeichnet steht. Man könnte das einmal aus Art. 1400 Th. III des Prov.-Rs folgern. Dieser Art., der von dem der Ehefrau am Vermögen ihres Mannes zustehenden allgemeinen gesetzlichen Pfandrechte spricht, scheint zwar auf das Livländische Stadtrecht nicht bezogen werden zu können und ist zudem durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 mit allen übrigen Fällen des gesetzlichen Pfandrechts aufgehoben. Allein der Schlusssatz des genannten Artikels scheint einen auf alle Statutarrechte anwendbaren gesetzgeberischen Ausspruch von allgemeiner Bedeutung zu enthalten, der somit nach dieser Richtung hin, soweit er nicht speciell auf den in Art. 1400 namhaft gemachten Fall beschränkt wird, als durch das aufhebende Gesetz vom 9. Juli 1889 gar nicht tangiert zu erachten ist. Und zwar spricht es der Gesetzgeber hier mit dürren Worten aus, dass laut Präsumption alles der Ehefrau zugefallene Vermögen als im Zweifel sogleich in die Verwaltung des Mannes übergegangen zu betrachten sei. Ja, auch dann lässt sich Art. 1400 nach der bezeichneten Richtung hin verwerthen,

---

1) Vgl. auch Gürgens l. c. S. 19 Anm. 6 § 17 S. 55.

2) Vgl. dessen System B. I S. 393.

3) Erdmann, System B. I S. 393 f.

wenn man, die allgemeingültige Natur seines Schlusssatzes leugnend, auch diesen nur auf die Landrechte resp. überhaupt die Statutarrechte bezieht, wo keine Gütergemeinschaft herrscht. Denn wenn schon nach letztern, wo Gütertrennung die Regel bildet, die Sondergutseigenschaft eines bestimmten fräulichen Vermögensstückes im Zweifel nicht vermuthet wird, um wie viel weniger kann eine solche Präsumption da Platz greifen, wo gerade die Gütergemeinschaft als Regel, die Gütertrennung aber als Ausnahme von einer solchen Regel erscheint?! Aus dem majus folgt eben allemal auch das minus.

Zweitens aber enthält das provincielle Privatrecht auch sonst noch Vorschriften, aus denen sich die Richtigkeit der Ansicht, dass Sondergutseigenschaft nie präsumiert werden kann, unschwer deducieren lässt.

Ausgehend von dem allgemeinen Grundsatze, dass das Provincialrecht der Hauptsache nach nur zwei Entstehungsgründe für das ehefräuliche Sondergut kennt, nämlich Gesetz und Vertrag, die blosse Thatsache aber, dass das Immobil auf den Namen der Frau verzeichnet steht oder verzeichnet wird, offenbar unter keine dieser beiden Rubriken fällt, verweisen wir auf die auch von Gürgens[1]) angeführten Artt. 12, 27 und 28. Der erste von ihnen enthält das allgemeine für alle Statutarrechte geltende Princip, dass die ehemännliche Herrschaft und Verwaltung über das gesammte Vermögen ihre Grenzen nur an den durch Gesetz oder Vertrag begründeten Ausnahmen finden, wobei ausdrücklich noch auf die vom Sondergut handelnden Artt. 27—29 als Beispiele hingewiesen wird. Art. 27 zählt nun in P. 1—5 eine ganze Reihe von Rechtsobjekten auf, denen kraft Gesetzes Sondergutseigenschaft zukommt und nennt dabei:

1) das, was die Ehefrau sich von ihren Illaten zur eigenen Verwaltung und Benutzung ausdrücklich vorbehalten hat.

2) was ihr unter der Bedingung eigener Verwaltung und Nutzung zugewandt worden ist;

3) was sie aus einem mit des Ehemannes Wissen und Willen unternommenen abgesonderten Gewerbe oder sonst durch Fleiss und Arbeit für eigene Rechnung erworben hat;

---

1) l. c. S. 55.

4) was sie von dem Ehemann als Taschen- oder Nadelgeld bekommt und

5) die Ersparnisse von den Früchten und Einkünften dieses Sondergutes.

Art. 28 erwähnt dann noch die Hochzeitsgeschenke und die sogenannte Morgengabe. Da nun die auf den Namen der Frau verzeichneten Immobilien an sich zu den in Artt. 27 und 28 genannten Objekten nicht gehören, so können diese im Zweifel auch nicht als Sondergut der Frau aufgefasst werden [1]). Die blosse Thatsache der Verzeichnung des Immobils auf den Namen der Frau ist mithin nicht genügend, um die Exekution in dasselbe mit Erfolg abwehren zu können. Die Vermuthung spricht im Zweifel also nicht für, sondern gegen die Sondergutseigenschaft eines solchen Immobils. Nach Livländischem Stadtrecht giebt es nun aber überhaupt nur zwei Möglichkeiten. Entweder nämlich ist das ehefräuliche Immobil Sondergut der Frau oder es steht in der ehelichen Gütergemeinschaft, ein Drittes giebt es nicht. Ist es also nicht Sondergut, so muss es der ehelichen Gütergemeinschaft unterliegen.

Bisher war von dem ersten Entstehungsgrunde des Sondergutes die Rede, dem Gesetz. Wir gehen zu dem zweiten Entstehungsgrunde, dem Vertrage über. Wie an allen Gegenständen, so kann auch an Immobilien durch Vertrag ein Sondergut der Frau begründet werden, ja dies wird gerade ein sehr häufiger Entstehungsgrund sein. Hier ist es klar, dass von einer Präsumption der Sondergutseigenschaft des ehefräulichen Immobils nicht weiter die Rede sein kann. Ein Vertragsschluss kann nicht im Zweifel vermuthet werden, er muss, wenn an seine Existenz rechtliche Wirkungen geknüpft werden sollen, stets bewiesen werden. Daraus folgt weiter, dass auch die vertragsmässig erfolgte Begründung der Sondergutseigengenschaft dem das fräuliche Immobil in Anspruch nehmenden Mannesgläubiger gegenüber in casu concreto zu beweisen ist. Art. 36 Th. III des Prov.-Rs. (по прод.) schreibt daher speciell für Eheverträge vor, dass sie in Form eines Notariatsaktes zu errichten seien und vom Bezirksgericht publiciert werden müssen, wofern die vertragschliessenden Theile Wirkung des Vertrages auch für dritte Personen beanspruchen. Anknüpfend hieran kann man die

1) Vgl. Gürgens l. c. S. 55.

Frage aufwerfen: muss der Sondergut konstituierende, also die Gütergemeinschaft ausschliessende Vertrag ausserdem noch in den Krepostbüchern vermerkt werden oder nicht? Die Frage ist mit einem bedingunslosen „ja" zu beantworten. Zu einem theilweise andern Resultat gelangt Gürgens, der dieser Frage einen besondern Abschnitt widmet (§ 27 S. 91—94), allein, wie wir in Folgendem zu zeigen versuchen wollen, wohl mit Unrecht.

Es ist zunächst ein durchaus einwandfreier Satz, dass der executivisch vorgehende Mannesgläubiger das Recht hat, zu verlangen, dass ihm die Sondergutseigenschaft des fräulichen Immo- in casu concreto bewiesen werde. Wird dieser Beweis geliefert, so ist eine Urtheilsvollstreckung an einem solchen Immobil rechtlich unzulässig, sie kann daher von dem resp. Mannesgläubiger gar nicht beantragt werden und wird ein solcher Antrag dennoch gestellt, so dürfte der Gerichtsvollzieher garnicht berechtigt sein, demselben Folge zu geben, ja, er würde sich entgegengesetzten Falls geradezu einer widersetzlichen Handlung, über die seitens der geschädigten Frau Beschwerde geführt werden könnte, schuldig machen. Wird der Beweis dagegen nicht geliefert, so muss angenommen werden, dass das Immobil mit in die Gütergemeinschaft einbegriffen ist, der Gläubiger ist mithin befugt, das fräuliche Immobil in Anspruch zu nehmen, mag auch die Sondergutseigenschaft vom Manne mit Hinweis auf die Thatsache, dass das Immobil auf den Namen der Frau eingetragen ist, behauptet werden. Nun ist es aber auf der andern Seite ebenso klar, dass eine solche Beweislieferung weiter gar nicht mehr in Frage kommen kann, wenn die Thatsache der vertragsmässigen Errichtung eines Sondergutsam Immobile der Ehefrau den diesbezüglichen Interessenten, insbesondere den uns hier allein interessierenden Mannesgläubigern abgesehen von jeder von gegnerischer Seite erfolgenden Beweisführung ohnehin bekannt sein muss, was namentlich überall da stattfindet, wo gewissermassen eine gesetzliche Verpflichtung für die Mannesgläubigen besteht, von der Existenz eines solchen Vertrages zu wissen. Das sind die Fälle, wo das Gesetz selbst Vorkehrungen getroffen hat, um den resp. Interessenten — wenn sie nur wirklich den guten Willen haben und als boni patres familias auf ihre Angelegenheiten die nöthige Sorgfalt verwenden — jederzeit die Möglichkeit zu gewähren, sich von einer bestimmten Thatsache, in unserem Falle der Konstituierung eines Sondergutes am Immobil der Frau ohne

jede Schwierigkeit in Kenntniss zu setzen. Denn jetzt fällt für den trotzdem zu Schaden Gekommenen jede Entschuldigung seiner mangelnden Kenntniss hinweg und mit Recht wird der Richter ihm entgegenhalten: Dir geschieht ganz recht, denn du bist unachtsam gewesen, Du hast nicht erfahren, was Du, was Jeder mit leichter Mühe, ohne irgend welchen Kosten- oder Zeitaufwand hättet erfahren können. Solcher Vorkehrungen kennt auch unser provincielles Privatrecht zwei. Die erste von ihnen ist die Veröffentlichung des Vertrages, die zweite die Vermerkung der Sondergutseigenschaft in den öffentlichen Grundbüchern.

Was zuerst die Sondergutserrichtung durch Vertrag anbelangt, so empfiehlt es sich, mit Gürgens S. 92 zu unterscheiden, ob der Vertrag von den Eheleuten untereinander oder zwischen der Ehefrau und dritten Personen geschlossen wurde. Handelt es sich nur um einen Ehevertrag und soll derselbe auch Dritten gegenüber wirksam sein, so ist, wie wir schon gesehen haben, nicht nur die notarielle Errichtungsform (d. h. die Errichtung mittelst Notariatsaktes), sondern auch die Publikation der Vertragserrichtung durch das kompetente Bezirksgericht erforderlich. Es fragt sich nun: ist in diesem Falle ausserdem noch die Vermerkung der die Sondergutseigenschaft des fräulichen Immobils begründenden Thatsache der Vertragsschliessung in den Krepostbüchern nothwendig, oder genügt die Publikation des notariell errichteten Ehevertrages? An und für sich könnte man sich für Letzteres entscheiden, denn die Kenntniss von der eintretenden Aenderung des bisherigen Güterrechtsverhältnisses, nämlich der Ausschliessung des ehefräulichen Immobils aus der Gütergemeinschaft erlangen die Mannesgläubiger ja schon durch die nicht zu umgehende Publikation des Ehevertrages, eine nachfolgende Vermerkung der das Sondergut begründenden Vertragsschliessung in den Krepostbüchern scheint daher zwecklos zu sein. Erwägungen dieser Art haben denn auch Gürgens[1]) dazu veranlasst, die Nothwendigkeit der Eintragung des Ehevertrages in die Grundbücher für das Provincialrecht in Abrede zu stellen. Gürgens will das noch insbesondere durch den Hinweis darauf motivieren, dass, wofern das Immobil in den Grundbüchern auf den

1) l. c. S. 92.

Namen der Frau verzeichnet stehe, die vertragsmässig erfolgte und durch die bezirksgerichtliche Publication in genügendem Maasse bekannt gemachte Sondergutserrichtung dem in den Grundbüchern eingetragenen Güterrechtsverhältniss nicht widerspreche, sondern mit letzterem vielmehr in Einklang stehe, solchergestalt also die Mannesgläubiger auch durch das Grundbuch nicht zu der entgegengesetzten Annahme d. h. der Annahme, dass das fragliche Immobil mit von der Gütergemeinschaft ergriffen sei verleitet würden. Wenn dagegen — so lehrt Gürgens weiter — ein auf den Namen der Frau eingetragen gewesenes oder ein sonst wie zur Gütergemeinschaft gehöriges Immobil der Frau kraft des Ehevertrages Sondergut des Mannes werden soll, so ist die Eintragung eines solchen Vertrages in jedem Fall erforderlich, denn trotzdem dass die dritten Personen auch hier vom eintretenden Rechtsverhältnisse durch die Publikation des Vertrages Kenntniss erhielten, handelte es sich doch in diesem Fall um eine durch Rechtsgeschäft erfolgende Abänderung eines grundbuchmässig bestehenden Rechtsverhältnisses, die aber nach Artt. 813 u. 3004 Anm. 2 ohne grundbuchmässige Eintragung keine Wirkung Dritten gegenüber zu erhalten vermag: das neuentstandene Güterrechtsverhältniss widerspricht hier dem im Grundbuch eingetragenen Rechtsverhältniss.

Wir können nicht umhin, die von Gürgens gemachte Unterscheidung der beiden Fälle, wo das neu entstandene Rechtsverhältniss am fräulichen Immobil dem im Grundbuch vermerkten entspricht oder widerspricht, sowie überhaupt seine ganze Argumentation als nicht stichhaltig zu bezeichnen. So erscheint vor Allem die Behauptung, dass die Nichtvermerkung des (gehörig publicierten) Sondergutsvertrages in den Krepostbüchern sich insofern rechtfertigen lasse, als die Thatsache, dass das Immobil grundbuchmässig auf den Namen der Frau verzeichnet stehe, die Mannesgläubiger unmöglich zur entgegengesetzten Annahme inducieren könne, unrichtig zu sein. Denn, wie schon ausgeführt wurde und auch Gürgens selbst im Widerspruch zu seiner auf S. 92 geäusserten Ansicht richtig bemerkt [1]), genügt eben diese eine Thatsache, dass das Immobil in den Krepostbüchern auf

1) l. c. S. 55, 79 u. 94.

den Namen der Frau verzeichnet steht, allein für sich noch keineswegs, um den Schluss auf Sondergutseigenschaft dieses Immobils gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Es muss vielmehr das Grundbuch den ausdrücklichen Vermerk darüber enthalten, dass das Immobil der Frau auf Grund eines bestimmten Titels resp. einseitiger Deklaration der Ehefrau Sondergut, also von der ehelichen Gütergemeinschaft ausgeschlossen sei, denn ungeachtet der ordnungsmässig erfolgten Publikation des Ehevertrages ist es noch immer nicht ausgeschlossen — und mit Möglichkeiten muss der Jurist eben rechnen — dass seit der letzten vom Gläubiger in Erfahrung gebrachten Publikation des Ehevertrages ein zweiter Vertrag, der sich gar nicht nothwendig als Ehevertrag darzustellen braucht, in letzterem Fall also auch nicht der Veröffentlichung unterliegt, geschlossen worden ist, in welchem die vorher durch den Ehevertrag begründete Sondergutseigenschaft wieder aufgehoben worden, wodurch denn das der Frau gehörige und auf ihren Namen verzeichnete Immobil wiederum von der Gütergemeinschaft ergriffen wird. Die in dieser Beziehung für den Mannesgläubiger bestehende Ungewissheit kann erst dann endgültig gehoben werden, wenn Letzterer in die öffentlichen Grundbücher Einsicht nimmt. Erst dann, nicht auch früher kann der Gläubiger, falls es sich herausstellt, dass der ursprüngliche, öffentlich bekannt gemachte Ehevertrag in den Krepostbüchern nicht vermerkt ist, sich die sichere Ueberzeugung davon verschaffen, dass das Immobil noch immer „Bestandtheil" der ehelichen Gütergemeinschaft bildet, folglich also für ihn als taugliches Exekutionsobjekt in Frage kommen kann. Vordem kann er es aus dem obigen Grunde nie mit Sicherheit voraussetzen. Ist aber der (ursprüngliche) Ehevertrag in den Grundbüchern vermerkt, so kann der Gläubiger das fräuliche Immobil nicht in Anspruch nehmen, da die Sondergutseigenschaft nunmehr ausser Zweifel ist. Man wende hiergegen nicht ein, Fälle wie die eben genannten könnten im Grunde genommen nicht eintreten, da gemäss Art. 38 Th. III des Prov.-Rs. jura quaesita d. h. erworbene Rechte dritter Personen durch den Ehevertrag keineswegs geschmälert werden dürften, denn die für die Mannesgläubiger in Aussicht stehende Haftung des Frauenguts für die Mannesschulden ist eben gar kein eigentliches Recht, sondern nichts mehr als eine rechtliche Exspectanz. Somit kann also von einem bereits erworbenen

Rechte des Mannesgläubigers bei Personalschulden nicht eigentlich die Rede sein [1]). Kann nun nach dem Vorherigen eine Verpflichtung der Frau, die Sondergutseigenschaft des auf ihren Namen verzeichneten Immobils in den Grundbüchern vermerken zu lassen nicht angenommen werden, so liegt eine solche Vermerkung doch sowohl in ihrem eigenen, als auch des Mannes Interesse, weil nur auf diesem Wege eine Inanspruchnahme des Immobils seitens der Mannesgläubiger verhindert werden kann. Soll letztere Wirkung in der That herbeigeführt werden, so ist die Eintragung des Vertrages allerdings nothwendig. Fehlt aber letztere, so kann Vollstreckung in das fräuliche Immobil verlangt werden, trotzdem dass der Ehevertrag publiciert wurde und der Gläubiger in casu concreto davon Kenntniss erlangt hatte. Auf dieses Resultat führen aber unserer Ansicht nach auch ganz positive Gesetze und zwar ist es Art. 20 der Grundbuchregeln, der hier in Frage kommt, dessen Gürgens allerdings an mehreren Stellen Erwähnung thut [2]), ohne jedoch weitere Konsequenzen aus demselbeu zu ziehen. Dieser Art. bestimmt aber mit klaren Worten, dass in den Gegenden, wo eheliche Gütergemeinschaft besteht, in der ersten Spalte der zweiten Abtheilung des Grundbuchfoliums angegeben sein muss, ob das Grundstück Bestandtheil der Gütergemeinschaft oder Sondergut des betreffenden Ehegatten ist. Da der Gesetzgeber des ihm bekannten Falles der Publikation des mittelst Notariatsaktes errichteten Ehevertrages an dieser Stelle gar nicht besonders gedenkt, ihm also keineswegs die Stellung einer Abweichung von der eben ausgesprochenen allgemeinen Norm einräumt, vielmehr das Erforderniss der Vermerkung für jeden einzelnen die Sondergutseigenschaft begrüudenden Rechtstitel, insbesondere für jeden Vertrag ohne irgend welche Ausnahme vorschreibt, so muss angenommen werden, dass auch ein diesbezüglicher die Sondergutseigenschaft des fräulichen Immobils begründender Ehevertrag von der grundbuchmässigen Eintragung nicht befreit werden kann, wenn anders die Frau der Inanspruchnahme ihres Sondergutsimmobils seitens der Mannesgläubiger entgehen will. Soviel ist aber Gürgens allerdings zuzugestehen, dass der Gesetzgeber sich an dieser Stelle einen

1) So auch Erdmann System B. I S. 400 Anm. 2.

2) S. 78 Note 2 u. S. 79 Note 3.

Verstoss gegen die Regeln der Logik zu Schulden kommen lässt.[1] Denn wenn, was ja für das livländische Stadtrecht unumstösslich feststeht, die eheliche Gütergemeinschaft der gesetzliche Güterstand ist, für letztere also ohnehin die Präsumtion spricht und zwar selbst dann, wenn das Immobil auf den Namen der Frau verzeichnet steht, so leuchtet es wohl ein, dass absolut keine Nothwendigkeit vorliegt, einen Vermerk über bestehende Gütergemeinschaft in den Krepostbüchern zu fordern. Die Sondergutseigenschaft des fräulichen Immobils muss dagegen, falls die Frau sich auf letztere gegenüber den exekutivisch vorgehenden Mannesgläubigern berufen will, allerdings vermerkt werden. Ist das aber geschehen, so ist es wiederum klar, dass in Betreff dieses Immobils die Gütergemeinschaft, mithin die Haftung desselben für die Mannesschulden ausgeschlossen ist. Art. 20 enthält also, soweit er Angabe der Gütergemeinschaft verlangt, ein superfluum, dessen Nichtbeobachtung in casu concreto keine einzige Folge nach sich ziehen dürfte, die nicht schon ohnehin d. h. ohne Vermerkung der Gütergemeinschaft betreffs des zwar auf den Namen der Frau verschriebenen, allein dennoch nicht als Sondergut verzeichneten Immobils mit Nothwendigkeit eintreten muss.

Es erübrigt nun noch die Beantwortung der Frage, wie mit dem Art. 20 der Grundbuchregeln die Anm. zu Art. 36 Th. III der Prov.-Rs., die Anm. 2 zu Art. 369 (Abschn. A) der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 und die Anm. 2 zu Art. 280 der Not.-O. welche sämmtlich des eventuellen Erfordernisses einer Vermerkung des Ehevertrages in den öffentlichen Grundbüchern mit keiner Silbe erwähnen, in Einklang zu bringen sind? Dem Gesetzgeber kam es in den letztgenannten drei Gesetzen darauf an, eine allgemeingültige auf alle Fälle anwendbare Regel über Abschliessung von Eheverträgen zu geben. Für das Recht der livländischen Städte wird hierbei bemerkt, dass nicht nur die Errichtung mittelst Notariatsaktes, sondern auch die Publication des Vertrages durch das kompetente Bezirksgericht erforderlich sei. Da nun Gegenstand des in einem solchen Vertrage erwähnten Sondergutes ebenso auch — ja vielleicht in der Mehrzahl der Fälle — bewegliche Vermögensobjekte sein können, so war es ganz natürlich, dass an die-

1) Vgl. Gürgens l. c. S. 78 Note 2.

ser Stelle des Falles, wo ein Immobil Gegenstand des Sondergutsvertrages war, nicht wohl gedacht werden konnte, es hätte das, so zu sagen, nicht in das System des Gesetzgebers hineingepasst. Letzterer konnte diesen Fall hier mit um so grösserem Fug umgehen, als er in Gestalt des Art. 20 cit. der Grundbuchregeln die in den vorerwähnten drei Gesetzesartikeln gelassene Lücke in ergiebiger Weise ausgefüllt zu haben annehmen durfte. Das Höchste also, was man dem Gesetzgeber hierbei vorwerfen könnte, wäre, dass er es unterlassen hat, in den Anmerkungen zu den oben erwähnten Gesetzesartikeln kurz auf den Art. 20 der Grundbuchregeln als Ergänzung zu verweisen. Weitere Folgerungen aus dieser Unterlassung zu ziehen verbietet sich eben im Hinblick auf die positive Vorschrift des Art. 20 cit. der Grundbuchregeln.

Wir waren bisher von der Voraussetzung ausgegangen, dass das Sondergut am fräulichen Immobil mittelst Ehevertrages errichtet wurde. Es kann nun aber auch zweitens sein, dass die Begründung des Sonderguts nicht durch Ehevertrag, sondern durch einen von der Frau bei Eingehung der Ehe gemachten Vorbehalt, durch Schenkung seitens Dritter oder endlich durch Schenkung seitens des Mannes selbst erfolgte. In der Behandlung und Entscheidung dieses Falles stimmen wir gänzlich mit Gürgens[1]) überein. Die Sondergutseigenschaft muss hier umsomehr im Grundbuche vermerkt werden als im vorigen Fall das Sondergut begründende Rechtsgeschäft publiciert wurde, was in diesem Fall nicht stattfindet. Folglich muss der Gläubiger, selbst wenn das Immobil auf den Namen der Frau verzeichnet ist, allein ohne Vermerkung der Sondergutseigenschaft, dennoch annehmen, dass es mit zur ehelichen Gütergemeinschaft gehört, folglich also für ihn als taugliches Exekutionsobjekt in Frage zu kommen vermag.

X.

Bemerkungen zur Lehre vom Wasserrecht.

Die Lehre vom Wasserrecht hat in der Litteratur des Provincialrechts neuerdings eine ziemlich lebhafte Behandlung erfahren. So hat zunächst v. Bröcker in seiner Schrift: „Beitrag zur Lehre

1) l. c. S. 93.

vom Fischereirecht nach liv- est- und curländischem Privatrecht“ (Jurjew 1897) S. 43 ff. die Ansicht vertreten, dass die Flüsse von ihren Ufern sich rechtlich trennen liessen, beide also verschiedenen Eigenthümern zustehen könnten. Gegen diese Auffassung wandte sich alsbald Gürgens in seinem Aufsatz: „Ueber die rechtliche Trennbarkeit des Gewässers von seinen Ufern nach baltischem Privatrecht“ (Riga 1897) S. 16—31. In seiner Arbeit: „Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht nach baltischen Privatrecht“ (Riga 1897) versuchte nun Bröcker einerseits dem Gürgens'schen Angriff zu begegnen, andererseits aber seine eigene Anschauung über die rechtliche Trennbarkeit näher zu begründen, was wiederum Gürgens zu einer weiteren Entgegnung resp. ausführlichern Begründung seiner früher entwickelten Ansicht veranlasste [1]). Es ist nicht unsere Absicht, uns in eine eingehende Besprechung der eben genannten beiden Schriften einzulassen, insbesondere desshalb, weil in beiden Gegenstände berührt und näher behandelt werden, die ausserhalb des Kreises dieser Untersuchung liegen. Wir werden daher auf die Ansichten der eben genannten Herren nur in soweit zurückkommen, als sie grade diejenigen Punkte betreffen, die den Gegenstand dieser Abhandlung bilden sollen. Dass hierbei eine Polemik nicht ganz umgangen werden kann, wird hoffentlich jeder unpartheiisch Denkende bereitwilligst zugestehen. Wenden wir uns nun unserem eigentlichen Thema zu, so sind es namentlich folgende Einzelfragen, die einer weiteren Erörterung aus dem Grunde nicht unwerth erscheinen dürften, als sie in den obenerwähnten Schriften der Herrn v. Bröcker und Gürgens entweder gar nicht oder doch nicht mit der nöthigen Schärfe berührt werden:

I. Der Begriff des Ufers im Prov.-R.

II. Wem gehört das Ufer als Solches? (Unterschied zwischen den öffentlichen und den Privatflüssen im Röm. und Prov.-R. und dessen Bedeutung für diese Frage).

III. Kann der Fluss ohne seine Ufer als selbständiges Rechtsobjekt für sich in Frage kommen, mit andern Worten: ist der Fluss rechtlich von seinen Ufern trennbar oder nicht?

IV. Wie gestalten sich die Eigenthumsverhältnisse bei mehrherrigen Ufern?

---

1) Vgl. seine Schrift: „Weitere Bemerkungen zur Frage der rechtlichen Trennbarkeit des Gewässers von seinen Ufern“ (Riga 1897).

Hierbei sollen die Fragen nach Möglichkeit in der angegebenen Reihenfolge besprochen werden wovon nur hin und wieder, wo der innere logische Zusammenhang es fordert, abgewichen werden wird.

I. Begriff des Ufers.

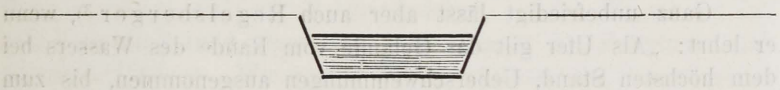
Wenn man hinsichtlich der Fragen, ob und in wiefern der Fluss sich von seinen Ufern rechtlich trennen lässt und wie sich die Rechtsverhältnisse bei verschiedenen Uferadjacenten gestalten, auch nur zu einem halbwegs befriedigenden Resultate gelangen will, so erscheint es nothwendig, Allem zuvor festzustellen, was man eigentlich unter „Ufer" zu verstehen hat? In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle werden allerdings die beiden Partheien über den Begriff des Ufers schwerlich miteinander streiten, sie werden vielmehr in dieser Beziehung unter sich ganz einig sein. Trotzdem wird und muss es hin und wieder vorkommen, dass unter den Partheien eine Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Frage entsteht, was man unter dem Ufer eines Flusses — denn nur auf den letztern, nicht auf die Seen oder das Meer kommt es uns bei dieser unserer Untersuchung an — zu verstehen hat und gerade mit derartigen wenn auch nicht häufigen, so doch möglichen Fällen hat der Jurist zu rechnen.

Was das Provincialrecht anbetrifft, so lässt uns dasselbe, was die Begriffsbestimmung des Ufers anbetrifft, ganz im Stich, vielleicht in bewusster Anlehnung an den römisch-rechtlichen Satz: „in jure civili omnis definitio periculosa est", der das richterliche die Erheblichkeit einzelner thatsächlicher Momente abwägende Ermessen nicht in die starren Fesseln einer ein für allemal feststehenden Schuldefinition zwängen wollte. Wir sehen uns daher fast mit Nothwendigkeit auf das Römische Recht verwiesen [1]). Dabei lassen wir zunächst die Quellen desselben bei Seite und beginnen mit dem Begriff des Ufers, wie er uns in der gemeinrechtlichen Doktrin entgegentritt. Hierbei machen wir nun zunächst die Entdeckung, dass fast jeder der in Nachstehendem anzuführenden Schriftsteller eine andere Definition des Begriffes „Flussufer" giebt.

So lehrt v. Wening-Ingenheim [2]), dass zum Ufer „der Boden vom Ende der Fläche an abwärts bis zum Wasser selbst

1) Vgl. v. Broecker: Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht S. 6.
2) Lehrb. des gemeinen Civilrechtes (B. I., 1831, 4. Aufl.) S. 183.

gehöre". Diese Definition erscheint aber durchaus unzureichend. Es ist nämlich nicht klar, was dieser Schriftsteller unter „dem Ende der Fläche" versteht? Wo ist das Ende der Fläche zu suchen? Sollte damit gesagt sein, dass das Flussufer da anfängt, wo die Senkung des Geländes zur Wasserlinie hin beginnt — wie das insbesondere auch v. Broecker in seiner Schrift: „Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht" S. 8 ff. in offenbarer Anlehnung an v. Wening lehrt — so lässt sich dagegen mit Gürgens in seiner 2-ten Schrift S. 14 Note 2 der Einwand erheben, dass es viele Stellen an Flüssen giebt, wo es an derartigen Senkungen der Thalebene gänzlich fehlt, wo sie aber vorhanden sind, eventuell in einer so weit vom Wasser entfernten Höhe beginnen, dass man sie schwerlich noch als zum Ufer gehörig betrachten kann. Ist das aber nicht der Fall, so kann es doch immer sein, dass das Gelände plötzlich und unvermittelt steil zum Wasser abfällt, wie das beifolgende Zeichnung veranschaulicht:



Wo beginnt hier das Ufer? Bei F (G) oder erst bei A (D)? Man sieht daraus, wie werthlos die Definition v. Wenings ist.

Aehnlich wie der letztgenannte Schriftsteller lehrt Mühlenbruch[1]), dass unter dem Flussufer „die Senkung von der Höhe des Erdwalles, welcher sich an Flüssen zu bilden pflegt, bis zum Wasser zu verstehen sei." Die Gründe, aus denen wir diese Definition für nicht genügend erachten, haben wir oben dargelegt. Göschen[2]) unterscheidet unter Berufung auf l. 1 § 5 l. 3 § 1 u. 2 D. 43, 12 bei der Frage nach dem Beginn des Flussufers zwischen der Land- und Wasserseite. Von der Landseite her beginne nämlich das Ufer dort, wo das Gelände sich gegen den Fluss zu neigen anfange, nach der Wasserseite hin bestimme sich der Anfang des Ufers nach dem gewöhnlichen regelmässigen Wasserstande. Letzteres könnte zugegeben werden, Ersteres im Hinblick auf die vorhergehends angeführten Gründe jedenfalls nicht.

---

1) „Lehrbuch des Pandektenrechts" (4. Aufl. v. Madai) B. II § 218 S. 11.

2) Vorl. (II. Aufl.) B. I § 72 S. 226.

Nach Heimbach[1]) sind Ufer „die bei dem vollen Wasserstande trocken bleibenden Einfassungen des Flusses.“ Wo aber beginnt von der Landseite her gerechnet die „Einfassung des Flusses?“ Wo ist da die feste Grenzlinie? Die Antwort darauf bleibt uns Heimbach schuldig. Auch seine Definition kann uns daher nicht befriedigen. In theilweiser Anlehnung an Heimbach definiert v. Wächter[2]) die Flussufer als die beim ordentlichen Wasserstande trocken bleibende Einfassung des Flusses durch die anliegenden Grundstücke und die von denselben gegen den Fluss hinlaufende Abdachung, soweit sie vom gewöhnlichen Wasserstande nicht berührt wird. Das Neue dieser Begriffsbestimmung liegt in der Verbindung der Heimbach'schen Definition mit der Mühlenbruchs und Göschen's, deren Unzulänglichkeit wir bereits dargethan zu haben glauben. — Sintenis: pract. gemein. Civ. R. B. I. S. 418 Anm. 34 ist der Ansicht, dass eine befriedigende Definition des Flussufers als eines blossen Grenzraumes nicht möglich sei.

Ganz unbefriedigt lässt aber auch Regelsberger[3]), wenn er lehrt: „Als Ufer gilt das Gelände vom Rande des Wassers bei dem höchsten Stand, Ueberschwemmungen ausgenommen, bis zum regelmässigen Wasserspiegel.“ Regelsberger verräth uns nicht, wo sein „Rand des Wassers“ beginnt, wie denn überhaupt der Begriff „Rand“ ein höchst relativer ist und gleichfalls der Vorstellung einer festen Grenzlinie keinen Raum giebt. Und wie kann ferner der „höchste“ Wasserstand hierbei maassgebend sein? Nicht auf den „höchsten,“ sondern auf den regelmässigen Wasserstand allein kommt es an, der höchste Wasserstand ist ja eben gar nicht der regelmässige, auch wenn man mit Regelsberger von den Ueberschwemmungen absieht. Ein Fluss kann gestiegen sein, ohne dass man desshalb von einer Ueberschwemmung zu sprechen braucht, ja sprechen kann. Ja, der Begriff „Ueberschwemmung“ ist schliesslich auch ein relativer zu nennen. Mancher wird einen Wasserstand mit „Ueberschwemmung“ bezeichnen, wäh-

1) Weiske's Rechtslexikon sub voce „Wasserrecht“ B. XIV S. 184

2) „Pandekten“ (herausgegeben von O. v. Wächter, 1880.) Allg. Th. (B. I) § 60, Beilage II S. 279.

3) „Pandekten“ B. I (1893) § 117 S. 434.

rend Andere ihn als den „gewöhnlichen“ oder „höchsten“ bezeichnen. Ja, technisch genommen ist ja auch der höchste Wasserstand = Ueberschwemmung, wenigstens dem allgemeinen Sprachgebrauch nach. Was dann weiter die Schriftsteller des Provincialrechts anbetrifft, so lässt sich Erdmann in seinem System über den Begriff des Ufers nicht weiter aus. Broecker's Definition haben wir im Obigen schon kennen gelernt. Es bliebe also nur noch die Begriffsbestimmung übrig, die uns Gürgens in seiner 2. Schrift S. 14 giebt und diese beschränkt sich darauf, dass unter Ufer der Grenzraum zwischen dem Wasser und den anliegenden Grundstücken zu verstehen sei. Weiter unten in der Note 2 gesteht aber Gürgens — und zwar, wie wir es gleich an dieser Stelle bemerken, mit Recht, — dass sich mit Sintenis eine befriedigende Definition des Begriffes „Ufer“ überhaupt nicht wohl auffinden lasse, weil eben das Ufer Grenzraum sei und als solcher sowohl dem Wasser wie dem Lande angehöre. In seiner 1. Schrift dagegen definiert Gürgens die Ufer als die Streifen Land, welche das Bett begrenzen und soweit hinaufreichen, als das Wasser bei seinem höchsten Stande, namentlich beim Eintritt des Frühjahres sich zu erheben pflege. Wir werden indess auf diesen Punkt noch weiter unten zurückkommen und fragen uns jetzt, wie sich die Quellen dem Begriff des Ufers gegenüber verhalten. In Betracht kommt hier der 12-te Titel des 43-ten Buches der Digesten. Die Meisten berufen sich dabei auf Stellen wie l. 1 § 5, l. 3 § 1 u. § 2 D. eod.

In l. 1 § 5 D. 43, 12 sagt Ulpian vom Ufer:

„Ripa autem ita recte definietur: id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens.“

Etwas anders drückt sich Paulus in l 3 § 1 D. h. t. aus: „Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet,“ und wieder etwas abweichend in § 2 eod., wo es heisst:

. . . . . „quum ripae cedant, ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam,“ wobei es freilich nicht ganz sicher ist, ob Paulus das nicht bloss für die öffentlichen Flüsse gelten lassen wollte.

Im Allgemeinen finden wir in diesen Stellen eben jene Definition des Flussufers wieder, wie sie von den im Vorherigen angeführten Schriftstellern vertreten werden. Sich keineswegs über das Niveau der Schuldefinitionen erhebend müssen diese Begriffsbestimmungen, wie gesagt, für unzureichend erklärt werden. Vielleicht

könnte man hier sagen, dass es eben nicht immer angeht, Begriffe und Gegenstände des gewöhnlichen Lebens in die starren Fesseln einer scholastischen Definition zu zwängen, namentlich dort, wo es sich, wie bei der Bestimmung des Begriffes Ufer, um einen Raum ohne bestimmte feststellbare Grenzen handelt, denn dass sich das Ufer als solches zwar vom Wasser an, nicht aber auch von der Landseite her für jeden Fall wie eine Grenzlinie genau bestimmen lässt, haben wir schon gesehen. Auch geographische und physikalische Definitionen helfen hier nichts, wie es denn überhaupt gerade im Gebiete des Privatrechts höchst gefährlich ist, für jeden Begriff nach einer Legaldefinition zu suchen. Es wäre z. B. sehr verfehlt, wenn der Gesetzgeber für jeden einzelnen Begriff eine gesetzliche Definition geben, so z. B. die Begriffe „Haus," „Schrank, "„Mauer" gesetzlich fixieren wollte, abgesehen davon, dass die gesetzliche Definition aller Begriffe des menschlichen Lebens ihrer Unerschöpflichkeit wegen einfach unausführbar sein dürfte. Der Entwickelung der Anschauungen des täglichen Verkehrs, den Anforderungen, die an die Einrichtungen des menschlichen socialen und ökonomischen Lebens gestellt werden und die sich mit jedem Zeitfortschritt naturgemäss entsprechend ändern müssen, würde der Gesetzgeber zum Unheil des Volkes nicht Rechnung tragen, wenn er Begriffe wie Schrank, Haus, Schlüssel, Ufer, Weg u. dgl. m. ein für alle mal gesetzlich festlegen wollte. Was nach der Anschauung der einen Generation „Tisch" erscheint, das fasst vielleicht die kommende Generation als „Schemel" auf u. s. w. In richtiger Erkenntniss dessen lehrten die Römer: „in jure civili omnis definitio periculosa est." Es ist durchaus wichtig, dass auch dem richterlichen Ermessen im Gebiete des Privatrechts eine gewisse Rolle zugetheilt wird, wenngleich von vornherein hervorzuheben ist, dass ein Zuviel auch nach dieser Seite hin wie in allen Dingen verderblich werden muss. Will man nun aber den Richter in den seltenen Fällen, wo die Partheien mit einander darüber streiten, welches Stück Land in casu concreto als Flussufer aufzufassen sei, nicht ganz ohne Handhabe lassen, so könnte man vielleicht das Flussufer so definieren: unter Flussufer sind diejenigen Streifen Landes zu beiden Seiten des Flusses zu verstehen, die bei dem gewöhnlichen, normalen Wasserstande vom Wasser nicht überfluthet werden, sondern dauernd trocken bleiben und von dem betref-

fenden Adjacenten nicht mehr ökonomisch genutzt werden. Näher lässt sich dies Verhältniss bestimmen, wenn wir dabei an die schiffbaren Flüsse denken. Hier wird nämlich die äusserste nach der Landseite zu gelegene Grenzlinie des auch im Provincialrecht bei schiffbaren Flüssen statuierten Leinpfades[1]) als diejenige Grenze zu bezeichnen sein, von welcher ab gerechnet das Ufer als solches aufhört, denn weder der Leinpfad selbst noch der zwischen Leinpfad und Wasser befindliche schmale Landstreifen werden der ökonomischen Benutzung des betreffenden Grundeigenthümers unterliegen, sondern in der Regel unbebaut bleiben. Dazu führt schon die rein praktische Erwägung, dass es wohl keinem Grundeigenthümer einfallen wird, den Leinpfad mit Getreide zu besäen, denn da er letztern eben zur Benutzung für die Schifffahrenden und Holzflössenden frei zu lassen gesetzlich verpflichtet ist, so würde er in casu concreto nicht berechtigt sein, für das von den Schiffern oder Flössern beim Schiff- oder Floss-ziehen niedergetretene Getreide irgend welchen Ersatz zu beanspruchen, er würde also mit dem Besäen oder Bepflanzen des Leinpfades sich vergebliche Arbeit uud Kosten gemacht haben. Was nun aber die nicht schiffbaren Flüsse anbelangt, bei denen schon der Natur der Sache nach von einem Leinpfade nicht die Rede sein kann, so muss es dann freilich bei unserer vorhin gegebenen Definition des Flussufers sein Bewenden behalten. Da es nun aber im einzelnen Fall streitig sein kann, inwiefern von ökonomischer Nutzung eines bestimmten Landstreifens gesprochen werden kann, von wo ab nach der Landseite hin eine solche Nutzung aufhört oder was als der normale Wasserstand eines Flusses zu betrachten ist, so müssen wir anerkennen, dass auch unsere Definition nicht immer und für alle Fälle ausreichen kann, sondern häufig noch einer Ergänzung bedürftig sein wird. Woher aber diese Ergänzung nehmen? Nach unsern vorherigen Ausführungen kann die Antwort darauf nicht mehr zweifelhaft sein. Das richterliche Ermessen, das sich aber doch der Regel nach auf Gutachten der Sachverständigen, lokales Herkommen, den örtlichen Sprachgebrauch oder endlich auch die Auffassung der um- und anwohnenden Ortseinwohner zu gründen haben wird, hat hier einzutreten, wie ja auch schon die Römer nach l. 1 § 1 D. 43, 12 bei Bestimmung

1) Vgl. Artt. 1028—1030 Th. III des Prov. Rs.

des Unterschiedes zwischen Bach (rivum) und Fluss (flumen) eventuell auch die Ansicht der Umwohnenden (circumcolentium) entscheiden liessen.

II. Wem gehört das Ufer als solches?

Aus dem in Nr. I Ausgeführten folgt für den Begriff des Ufers, dass letzteres sich überhaupt nicht als ein bestimmt abgegrenzter Raum darstellt, dass vielmehr die Ufer nichts mehr als Theile und zwar fortgesetzte Theile des anliegenden Ufergrundstückes selbst sind [1]). Dasselbe lässt sich aber auch hinsichtlich des Flussbettes sagen. Auch das Bett ist nichts anderes als ein fortgesetzter Theil des Grundstückes oder der Grundstücke [2]). Schon daraus ist ersichtlich, dass es nicht richtig sein kann, wenn man den Fluss als solchen als besondern festen juristischen Begriff, als ein besonderes Ganzes behandelt und dementsprechend zu sagen pflegt: der Fluss besteht aus der Wassermasse und dem Bett (d. h. dem von letzterer dauernd bedeckten Stück Land) [3]) oder: er besteht aus dem (fliessenden) Wasser, dem Bett und den beiderseitigen Ufern [4]). Eine solche Definition, die ja ausserdem nicht einmal den Namen einer solchen verdient, da sie nur sagt, aus welchen „Bestandtheilen" der Fluss besteht, könnte den Anschein erwecken, als ob Bett und Ufer besondere für sich bestehende Sachen bilden, die zusammen den einheitlichen Begriff des Flusses ausmachen, was aber nicht des Fall ist. Wenn daher Gürgens [5]) — allerdings wohl nur beiläufig — von dem Flussbett als Sache spricht, so können wir ihm, falls er darunter einen besondern, auch für sich allein Bedeutung habenden Theil des Ganzen, nämlich des Flusses versteht, hierin nicht bei-

---

1) So auch Regelsberger, Pand., B. I, S. 433, der es direkt ausspricht, dass die Ufer nicht zum Fluss, sondern zum angrenzenden Grundstück gehören u. Zwingmann, „Civilrechtliche Entscheidungen" im Jahrg. IV der „Zeitschrift für Rechtswissenschaft herausgegeben von der juristischen Fakultät der Universität Dorpat" (1873) S. 270.

2) Das ergiebt sich aus den Grundsätzen über den alveus relictus und die insula in flumine nata. Siehe auch Zwingmann l. c.

3) Vgl. z. B. Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts B. I (1900) § 66 S. 299, Broecker: Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht, S. 5, Gürgens: Weitere Bemerkungen S. 14.

4) Vgl. die bei Gürgens l. c. S. 12 abgedruckte Entscheidung des deutschen Reichsgerichts, Zwingmann l. c. S. 274.

5) Vgl. dessen erste Schrift S. 18, oben.

stimmen. Das fliessende Wasser kann — schon seiner natürlichen Beschaffenheit wegen — nicht als eigentlicher Bestandtheil der anliegenden Grundstücke in Frage kommen, ebensowenig aber auch als Theil des Bettes; letzteres erscheint vielmehr nur als natürliche Fortsetzung des beiderseitigen Geländes resp. der Ufer, die Ufer selbst sind aber ihrerseits wiederum nichts weiter als Theile eben dieses Geländes oder richtiger ausgedrückt: sie gehören mit zum Gelände und helfen dasselbe bilden. Das fliessende Wasser des Flusses einen Theil der angrenzenden Grundstücke zu nennen, wäre ebenso verfehlt wie das permanent durch eine Röhre hindurchfliessende Wasser eben desshalb als einen (körperlichen) Theil der Röhre zu erklären [1]). Ebendaher muss denn auch die Frage, was als Hauptsache erscheint, das Bett oder das Wasser, deren Entscheidung Crome [1]) von der Stärke des Wasserrinnsales abhängig macht, zum Mindesten als irrelevant, wo nicht gar überhaupt verfehlt hingestellt werden. Nur das lässt sich ohne Widerspruch befürchten zu müssen behaupten, dass das Wasser des Flusses, trotzdem es unserer Auffassung nach als eigentlicher Bestandtheil des Flusses und somit auch des Grundstückes selbst nicht gedacht werden kann, sofern es sich um Privatflüsse handelt, zusammen mit dem von dem Flusse durchschnittenen Grundstücke (d. h. also bei Einherrigkeit der Ufergelände) dem Eigenthümer des letztern d. h. des Grundstückes eigenthümlich zugehört, allein doch nur in dem Falle, wenn der betreffende Fluss innerhalb der Grenzen des Grundstückeigenthümers entspringt und ausläuft. Ist das nicht der Fall d. h. durchschneidet der Fluss die Grundstücke verschiedener Eigenthümer, so kann man freilich ebensogut sagen: das fliessende Wasser desjenigen Flusstheiles, der beispielsweise das Grundstück A durchschneidet, gehört dem Eigenthümer desselben, allein als solches, als aqua profluens ist es res omnium communis, gehört es nicht ihm ausschliesslich und allein, sondern ebenso auch allen andern Personen, die nicht Eigenthümer des Grundstückes A sind, ja auch den zufällig Vorübergehenden. Das fliessende Wasser kann eben, solange es nicht eingefangen ist, als solches nicht im Allein, eigenthum eines bestimmten Subjekts stehen. Der Umstand, dass dem

1) So auch schon Zwingmann l. c. S. 278.

2) Vgl Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts B. I. § 66. S. 299.

Grundstückeigenthümer ein eventuelles Verbietungsrecht beim Betreten seines Grundstückes seitens Unbefugter zusteht, involviert eine ganz andere Frage, die, wie sie auch von den einzelnen Gesetzgebungen entschieden werden mag, doch niemals die Thatsache, dass das einmal aus dem fremden Fluss oder Flusstheil geschöpfte oder sonst wie entnommene Wasser vom Grundeigenthümer nicht mehr vindiciert werden kann, zu erschüttern vermag[1]). Ebensowenig wie das Wasser kann aber auch, wie wir schon angedeutet haben, das Bett des Flusses als Theil eines Begriffsganzen, nämlich des Flusses in Frage kommen, denn das Bett ist eben nichts mehr als ein tiefer gelegener vom Wasser des Flusses bedeckter fortgesetzter Theil des von letzterem durchschnittenen Geländes oder anders ausgedrückt: das Bett gehört mit zum Grundstück resp. zu den Grundstücken und theilt das rechtliche Schicksal derselben. Was nun speciell die Frage, wem in casu das Flussufer d. h. nach unserer Auffassung derjenige Theil des an das fliessende Wasser stossenden Geländes, den man mit dem Ausdruck Ufer bezeichnet, zum Eigenthum gehört, so beantwortet sich dieselbe einerlei, ob die Ufer ein- oder mehr-herrig sind, soweit es sich dabei um Privatflüsse (privata flumina) handelt, ziemlich einfach. Die Ufer gehören als reine Theile des adjacierenden Grundstückes dem jedesmaligen Eigenthümer desselben. Nicht so einfach verhält es sich dagegen mit den öffentlichen Flüssen (flumina publica). Hier fragt es sich nämlich, ob die Ufer überhaupt im Privateigenthum der Adjacenten stehen, ob sie nicht vielmehr als res omnium communes als demselben ein für allemal entzogen oder doch zum Mindesten als dem Staate gehörig (res publicae) zu betrachten sind? Die Entscheidung dieser Frage wird wesentlich von der Vorfrage abhängen, was man denn eigentlich unter einem öffentlichen Flusse im Gegensatz zum Privatfluss zu verstehen hat? Bei den Römern scheinen sich in dieser Beziehung keine festen Grundsätze ausgebildet zu haben. Zwar wird von den Neueren[2]) auf die l. 1 § 3 D. 43, 12 hingewiesen, die eine allgemeine Regel enthalten soll. In der That heisst es in l. 1 § 3 D. 43, 12 folgendermassen:

---

1) Vgl. Zwingmann l. c. S. 271 u. 279 f.

2) Vgl. Windscheid Lehrb. B. I. S. 412, Dernburg Pand. B. I. S. 171, Regelsberger Pand. B. I S. 433,

„Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non; publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit; haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.“

Ulpian, von dem diese Stelle herrührt, billigt hier die Ansicht des Cassius, der sich auch Celsus angeschlossen haben soll: die öffentlichen Flüsse sollen sich von den nichtöffentlichen, also privaten darin unterscheiden, dass erstere beständig fliessen, letztere dagegen nicht. Die Römer unterscheiden aber weiterhin auch zwischen Flüssen (flumina) und Bächen (riva). Unter „Bach“ rivum soll ein kleineres fliessendes Gewässer, unter flumen „Fluss“ ein grösseres zu verstehen sein [1]). Also die Grösse soll entscheiden, die aber bekanntlich ein sehr relativer Begriff und daher nicht tauglich ist, ein festes Unterscheidungsmerkmal abzugeben [2]). Auch sonst kommt man mit einer derartigen Unterscheidung in mehr als einer Hinsicht zu kurz. Kein Fluss ist beispielsweise von seiner Quelle an schiffbar, er wird es erst in seinem weitern Laufe. Wie nun, wenn ein Gewässer, das nach Römischen Begriffen rivum, nicht flumen sein soll, also „kleiner“ ist, dennoch in dem grössten Theil seines Laufes sich als schiffbar darstellt, während der grössere flumen so seicht ist, dass eine Schifffahrt auf demselben sich als ein Ding der Unmöglichkeit herausstellt? Sollte man hier die Oeffentlichkeit leugnen können? Wäre es nicht viel richtiger, hier auch von einem flumen publicum = rivum publicum zu sprechen, damit also den ganzen Unterschied zwischen rivum und flumen fallen zu lassen? Ein besseres Unterscheidungsmerkmal giebt auf jeden Fall das Moment des beständigen Fliessens der flumina publica an die Hand, obschon auch dieses nicht einwandfrei ist. Denn beständigfliessende Gewässer können sehr unbedeutend sein und die Schifffahrt auf denselben nicht gestatten, wogegen vielleicht die nichtbeständigfliessenden Gewässer zur Zeit, wo sie eben fliessen, grösser als die perennierenden und dabei schiffbar sind, daher also die Bezeichnung der Oeffentlichkeit in höherem Grade als die perennierenden verdienen. Trotzdem haben die Römer die Schiffbar-

1) Vgl. l. 1. § 1. D. h. t.

2) Die Römer wollten hier ausserdem die Ansicht der Umwohnenden (circumcolentium) entscheiden lassen, womit eigentlich der Willkühr Thür und Thor geöffnet sein würde (l. 1 § 1. D. h. t.).

keit nicht als Erforderniss der Oeffentlichkeit eines Flusses hingestellt [1]), wiewohl Pomponius in l. 2. D. h. t. die Ableitung von Wasser aus einem öffentlichen Flusse für nicht zulässig hält, wenn letzterer schiffbar sei resp. wenn das Wasser als solches nicht in usu publico stehe (was ja aber doch regelmässig der Fall ist). Die Hauptsache aber ist, dass auch der Begriff des „Beständigfliessens" keineswegs ein absolut fester und jeder Relativität baarer genannt werden kann [2]).

Demgegenüber stellt die heutige Pandektenrechtswissenschaft fast allgemein als Kennzeichen der Oeffentlichkeit eines Flusses die Schiffbarkeit desselben hin [3]) und dem sind die wichtigsten der modernen Gesetzgebungen meist gefolgt. Das Provincialrecht macht die Oeffentlichkeit eines Flusses gleichfalls von der Schiffbarkeit desselben abhängig, ja es identificiert geradezu diese beiden Begriffe mit einander, wie aus folgenden Artikeln hervorgeht:

Art. 1014 pr. „Unter den Flüssen sind die öffentlichen schiffbaren Flüsse von den andern, kleinern Flüssen und Bächen zu unterscheiden." . . .

Art. 1016 pr.: „Die schiffbaren Ströme und Flüsse dürfen von jedem zur Schifffahrt mit Flussfahrzeugen jeder Art, sowie zum Holzflössen, ungehindert benutzt werden." . . .

Art. 1018: „Die angrenzenden Grundeigenthümer dürfen an schiffbaren Flüssen keinerlei Anlagen und Vorrichtungen sich erlauben, durch welche die Schifffahrt irgend behindert wird."

Es schneidet aber weiterhin auch jeden Zweifel in der Weise ab, dass es die Flüsse, die als öffentliche zu gelten haben, allesammt ausdrücklich aufzählt, was in Art. 1014 geschieht. Aus eben diesem Art. geht aber hervor, dass alle die in demselben

---

1) Vgl. l. 1. § 2 D. XLIII 13 „Pertinet autem ad flumina publica, sive navigabilia sunt sive non sunt." Siehe auch Windscheid Lehrb. B. I. S. 412.

2) Ulpian macht wohl in l 1 § 2 D. h. t. (43, 12) einen schwachen Versuch, den Begriff der Perennität näher zu bestimmen, allein was ist es im Grunde mehr als eine blosse Wiederholung, wenn er an dieser Stelle sagt: . . . „Perenne est, quod emper fluat"!?

3) Wächter „Pandekten" (Ausg. v. O. v. Wächter) B. I. (1880) § 60 S. 273, Dernburg Pand. B. I § 73 S. 171, Regelsberger B. I. S. 433.

nicht speciell benannten Flüsse nicht zu den öffentlichen gehören, mithin gänzlich der privaten Disposition der angrenzenden Eigenthümer unterliegen. Mit den öffentlichen Flüssen ist das nicht der Fall. Diese dürfen von Jedermann, soweit es sich dabei um geringfügigere Benutzung handelt, genutzt werden. Zu dieser geringfügigen Benutzung rechnet Art. 1015 das Schöpfen, Schwemmen, Baden, Viehtränken, Angeln, Fahren im eigenen Kahn, Art. 1016 überhaupt das Befahren des Flusses mit Flussfahrzeugen, — wozu die gemeinrechtliche Theorie noch die Entnahme von Schilf, Erde, Steinen, Kies sowie die Benutzung der Triebkraft des Flusses zur Anlage von Mühlen hinzufügt [1]), — vorausgesetzt nur, dass dem Publikum resp. den Adjacenten durch eine derartige Benutzung kein Nachtheil erwächst. — Bei der Unterscheidung zwischen den Flüssen mit öffentlichem und privatem Charakter drängt sich naturgemäss die Frage nach den eigentlichen Konsequenzen auf, die sich aus dem Merkmal der Oeffentlichkeit ergeben sollen. Was will die Gesetzgebung damit besagen, dass sie eine bestimmte Anzahl von Flüssen als öffentliche bezeichnet und welches sind die unterschiedlichen Folgen, die sich an den Begriff der Oeffentlichkeit knüpfen? Zunächst kann man ganz allgemein sagen: sobald von einem öffentlichen Fluss die Rede ist, so ist damit ein fliessendes Gewässer gemeint, das im öffentlichen d. h. gemeinen Gebrauch steht, dessen Gebrauch dem Publikum d. h. Allen freisteht. Lässt sich aber deshalb die Behauptung eines wirklich privatrechtlichen Eigenthums des Staates an den öffentlichen Flüssen rechtfertigen? Von jeher hat es nicht an Schriftstellern gefehlt, die sich allen Ernstes für ein solches Eigenthum ausgesprochen haben [2]) und von Neuern vertritt sogar noch Dernburg diese Ansicht [3]). Letzterer Schriftsteller beruft sich hierbei auf l. 1 pr. D. 43, 1. In dieser Stelle bemüht

1) Vgl. Regelsberger, Pand. B. I S. 433. Dernburg, Pand. B. I. S. 171 lässt dagegen zufolge seiner Auffassung diese Nutzungen, wie z. B. die des Schilfes nur dem Staat als dem Eigenthümer des öffentlichen Flusses zustehen.

2) Vgl. statt Vieler Göschen: Vorl. B. 1. (2. Aufl.) § 72 S. 225 f.

3) Vgl. dessen „Pandekten" B. I. S. 171, besonders Note 4. Vgl. auch den Code civil Art. 583, Allg. Preuss. Land-R. Th. II, tit. 14, § 21, Art. 406. B. X des свод законов. Das oesterreichische allg. bürg. Gesetzbuch bezeichnet in § 287 die Flüsse als res omnium communes, also jedenfalls nicht als im Staatseigenthum stehend.

sich Ulpian, alle diejenigen Fälle resp. Gegenstände aufzuzählen, betreffs derer ein Interdiktenschutz gegeben sein soll und führt darunter auch die flumina publica an, die er im Gegensatz zu den „res, quae sunt nullius“ als „res, quae sunt alicujus, haec sunt aut publica, aut singulorum,“ „publica, de locis publicis, de rivis, deque fluminibus publicis“ bezeichnet. Natürlich ist es aber unmöglich, aus dieser bloss gelegentlichen Bezeichnung der öffentlichen Flüsse als res publicae auch auf ein wirkliches privatrechtliches dominium des Staates an denselben zu schliessen, wie Dernburg das zu thun scheint. Thatsächlich wird auch von den Römischen Juristen im corp. jur. an keiner Stelle gesagt, dass dem Staat das Eigenthumsrecht im privatrechtlichen Sinne des Wortes (dominium) an den öffentlichen Flüssen zustehe. Ist es desshalb aber richtig, wenn man sie zu den res extra commercium rechnet d. h. als in Niemandes Eigenthum stehend betrachtet? Wir werden später sehen, dass diese Frage verneinend zu beantworten ist. Hier sei nur soviel bemerkt: zu den res publicae, zu den loca quae publico usui destinata sunt[1]), rechnet man die öffentlichen Flüsse insofern, als sie dem öffentlichen gemeinen Gebrauche offenstehen, also von Jedermann benutzt werden können. Ebendas wird durch Wendungen wie: „res quae in usu publico habentur,“ „res publicis usibus in perpetuum relictae“ etc. gekennzeichnet. Das erhellt ferner am Besten daraus, dass Ulpian in der genannten Stelle die Flüsse mit den öffentlichen Strassen und Wegen zusammenstellt, so dass also jene Stelle eher gegen als für Dernburgs Auffassung sprechen dürfte, ferner aber auch aus den in der Note 2 citierten Gesetzesstellen, wo direkt zwischen den verschiedenen Arten der res publicae unterschieden wird.

---

1) Vgl. Windscheid, Lehrb. B. I. S. 413, Note 15.

2) So z. B. Ihering: Beiträge zur Lehre von Besitz (Jena 1868), S. 130 ff., Windscheid, Lehrb. B. I, Seite 413, Wächter Pand. B. I. S. 273 ff., Regelsberger, Pand. B. I. S. 433. Das Staatseigenthum heisst: bona populi, bona fisci, patrimonium, pecunia. Vgl. als Beweisstellen überhaupt: l. 15 D. 50, 16: „Bona civitatis abusive publica dicta sunt, solacium ea publica sunt, quae populi Romani sunt“, l. 17 pr. D. 50, 16, ferner die charakteristische l. 6 pr. D. 18, 1: „Sed Celsus filius ait, hominem liberum scientem te emere non posse, nec cuiuscumque rei si scias, alienationem esse, ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico habeantur, ut est Campus Martius.“

Sowenig wie es je einem Römischen Juristen einfallen konnte, an den Strassen und Wegen ein wirkliches Eigenthum des Staates zu konstruieren, ebensowenig, ja noch weniger war solches betreffs der öffentlichen Flüsse denkbar. Mit Recht haben sich daher in neuerer Zeit die Meisten gegen ein Eigenthumsrecht des Staates an den öffentlichen Flüssen ausgesprochen [1]) und in der That kann man nur zu dem einen Schluss gelangen, dass, wenn man überhaupt von irgend einem Recht des Staates an den öffentlichen Flüssen sprechen will, letzteres sich auf ein blosses staatliches Hoheitsrecht reduciert [1]), ganz so wie ein solches auch hinsichtlich der öffentlichen Strassen, Wege und Plätze stattfindet. Gewiss mit Recht weist man zu Gunsten dieser Ansicht auf die bekannte Römisch-rechtliche Lehre vom alveus relictus und der insula in flumine nata hin: das verlassene Flussbett und die im Fluss entstandene Insel könnten nicht den Adjacenten verbleiben, sondern müssten gleichfalls dem dominium des Staates accrescieren, also zu den res publicae im engern Sinn werden, wenn dem Staate das Eigenthum am öffentlichen Flusse zustehen soll, während bekanntlich in beiden Fällen Eigenthum für die Anlieger entsteht [2]). Ganz so wird auch für das Provincialrecht ein Eigenthumsrecht des Staates an den als öffentlich anerkannten Flüssen geleugnet werden müssen. Das geht einestheils aus der Art und Weise hervor, wie das Prov.-R. gerade die Rücksicht auf das Publikum bei Benutzung des öffentlichen Flusses durch den Einzelnen, also auch den Adjacenten betont. So heisst es z. B. in Art. 1015

„Jede geringfügigere Benutzung des Wassers in einem öffentlichen Flusse, soweit daran Ausübung ohne Nachtheil für das Publikum und ohne Verletzung der Rechte des Grundeigenthümers geschieht, wie das Schöpfen, Baden, Schwimmen, Schwemmen, Viehtränken, das Fischen mit Angeln, das Fahren im eigenen Kahn, ist Jedermann gestattet," ferner in Art. 1019:

1) Vgl. Gerber: System § 63 S. 162—166, Regelsberger, Pand. B. I, S. 433, Windscheid: Lehrb. B I l. c. — „Populus eo utitur" d. h. es findet ein gemeiner Gebrauch an den öffentlichen Flüssen statt.

2) Vgl. Windscheid l. c. S. 413, Note 11. – Wenn Dernburg Pand. B. I S. 171 Note 4 dagegen geltend macht, dass ja das Eigenthum des Staates am Flussbett dadurch bedingt sei, dass dasselbe dem Flusse zugehöre, so ist es uns eigentlich nicht recht klar, was damit gesagt sein soll.

„Fischwehren dürfen in fliessenden Gewässern nur so angelegt und gebraucht werden, dass weder die freie Durchfahrt dem Publikum, noch der Durchzug den Fischen gehemmt werde", und endlich in Art. 1018:

„Die angränzenden Grundeigenthümer dürfen an schiffbaren Flüssen keinerlei Anlagen und Vorrichtungen sich erlauben, durch welche die Schifffahrt irgend behindert wird."

Wir sehen also nirgends einen Hinweis auf ein etwaiges staatliches Eigenthum an den öffentlichen Flüssen des Provincialrechts — ein solches lässt sich aus dem Provincialrecht eben in keiner Weise deducieren, – ausschlaggebend erscheint einzig und allein die Rücksicht auf den usus publicus d. h. den gemeinen, also Jedermann zustehenden Gebrauch derselben. In dieser Rücksicht findet das Dispositionsrecht der Adjacenten seine Grenzen. Anderntheils lassen sich die von der Theorie des gemeinen Rechts aus den Grundsätzen über den alveus relictus und die insula in flumine nata — Lehren, die vom Th. III des Provincialrechts in toto aus dem Römischen Recht recipiert sind[1]) — hergeleiteten Argumente gegen ein Eigenthum des Staates am flumen publicum zweifelsohne auch auf das provincielle Privatrecht anwenden. Drittens widerspricht der Annahme eines Eigenthumes des Staates an den öffentlichen Flüssen die Bestimmung des Art. 1016 in fin. Th. III des Prov.-Rs, dass jeder vom flössenden Publikum den Adjacenten durch das Flössen zugefügte Schade letztern zu ersetzen sei[2]), was nicht der Fall sein könnte, wenn dem Staat selbst das Eigenthum am öffentlichen Flusse zustände. Viertens endlich bestimmt Art. 1012 Th. III des Prov.-Rs. ganz allgemein und ohne zwischen öffentlichen und privaten Flüssen zu unterscheiden, dass die innerhalb der Grenzen eines einzigen Grundeigenthümers befindlichen fliessenden Gewässer ausschliesslich dem Grundeigenthümer gehören. Daraus geht hervor, dass wenn ein öffentlicher Fluss zum Theil durch ein einer Privatperson gehörendes Grundstück läuft d. h. mit einem Theil seines Laufes innerhalb der Grenzen eines Grundstücks fliesst, dieser Flusstheil als im Eigenthum eben dieses einen Grundeigen-

1) Vgl. Artt. 763—766 u. 760—763. Th. III des Prov.-Rs.

2) Eine Bestimmung, die gewiss auch für das gemeine Recht zu gelten hat.

thümers stehend aufgefasst wird. Von einem etwa stattfindenden Eigenthum des Staates ist hier nirgends die Rede. Das Gegenstück zu Art. 1012 bildet der gleichfalls allgemein lautende, also auch auf öffentliche Gewässer zu beziehende Art. 1013, der von dem Fall handelt, dass die Gewässer gleichzeitig die Grundstücke verschiedener Eigenthümer durchschneiden oder bespülen. Hier soll dann der Fluss im gemeinschaftlichen Eigenthum dieser verschiedenen Eigenthümer stehen. Auch dieser Art. widerspricht also auf das Bestimmteste der Annahme eines staatlichen Eigenthums an den öffentlichen Flüssen [1]). Es lassen sich eben nur diese zwei Fälle denken: entweder der (öffentliche) Fluss fliesst ganz oder zum Theil innerhalb der Grenzen nur eines Grundeigenthümers oder aber er durchschneidet die Grundstücke mehrerer Eigenthümer. Eine dritte Eventualität erscheint undenkbar. Statuiert nun das Provincialrecht in beiden Fällen ein Privateigenthum des oder der Adjacenten am (öffentlichen) Flusse, so spricht es sich damit in entschiedener und über jeden Zweifel erhabenen Weise gegen ein Eigenthum des Staates an demselben aus [2]). Nur ist der Adjacent vermöge des staatlichen Hoheits- und Aufsichtsrechts über die öffentlichen Flüsse verpflichtet, die Ausübung des öffentlichen Gebrauchsrechts an demselben sich gefallen zu lassen. — Wenn aber dem Staat kein Eigenthumsrecht im privatrechtlichen Sinne am flumen publicum zugestanden wird, wem soll dann ein derartiges dominium zustehen? Dem Publikum?

---

1) Erdmann, System B. II. S. 74. Note 6 hält freilich diesen Artikel für belanglos.

2) Auch in der provincialrechtlichen Litteratur herrscht eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob die öffentlichen Flüsse im Staats- oder Privat-eigenthum stehen. Für das Staatseigenthum haben sich ausgesprochen Erdmann System B. II S. 74, Anm. 6 u. Bröcker „Beitrag zur Lehre vom Fichereirecht" S. 42 ff, der sich aber gewiss mit Unrecht für seine Ansicht unter Anderem auch auf Art. 406 des X. Bandes des Swod beruft, Таль: „Судоходство и сплавъ по Прибалтійскимъ рѣкамъ" in Heft 9 der Zeitschrift „Право" Jahrgang 1901, der aber die Uferfrage ganz unberücksichtigt lässt, gegen dasselbe Zwingmann l. c. S 275, Schiemann: „Ein Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht nach dem Recht der Ostseeprovinzen" (Mitau 1890) S. 44 und neuerdings Gürgens: „Ueber die rechtliche Trennbarkeit des Gewässers von seinen Ufern" S. 17 ff.

3) Wie das auch in der That Manche thun, so z. B. Regelsberger Pand. B. I. S. 425.

Aber dieses ist keine Person im juristischen Sinne des Wortes, es kann nicht Subject von Rechten sein. Scheinbar bleibt also nichts anderes übrig, als die öffentlichen Flüsse als in Niemandes Eigenthum stehend, mithin als res nullius zu betrachten[3]), denn der Statuierung eines Eigenthumsrechts der Adjacenten scheint die Bestimmung jener zum (öffentlichen) Allgemeingebrauche zu widersprechen. Allein das ist eben nur scheinbar der Fall, wenigstens nach Römischem Recht. Denn letzteres nennt als res nullius nur die res sacrae, religiosae und sanctae, wie wir aus § 7 Jnst. II, 1 erfahren, wo es heisst:

„Nullius autem sunt res sacrae, et religiosae et sanctae; quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.“

Die öffentlichen Flüsse dagegen werden unter den öffentlichen d. h. dem gemeinen Gebrauche freistehenden Sachen genannt (vgl. Jnst. eod. pr. und § 2). Sind sie also nicht res nullius, so muss irgend Jemandem Privateigenthum daran zustehen und da der Staat, wie wir sahen, als Eigenthümer nicht in Frage zu kommen vermag, da letzterem nur ein Hoheitsrecht über die öffentlichen Flüsse zusteht, so erscheint als einzig mögliches Subject des Eigenthums nur noch der Adjacent. Darauf geht vielleicht auch die von uns angezogene l. 1 pr. D. 43, 1, die ja ausdrücklich die Sachen, „quae sunt nullius“ von denen „quae sunt alicujus“ unterscheidet. Wesshalb soll man nun nicht annehmen können, dass mit diesem „aliquis“ der Adjacent gemeint ist? Es ist durchaus möglich, dem Adjacenten und nur diesem allein die proprietas zuzuschreiben, vorbehältlich allerdings des dem Staate gebührenden Hoheitsrechts, das seinerseits wieder seine Basis in dem dem Publikum zustehenden Nutzungs- und Gebrauchsrecht findet. Eine Analogie dafür bietet § 4 Jnst. II, 1, wo ausdrücklich hervorgehoben wird, dass die Ufer des öffentlichen Flusses gleich dem Flusse selbst zwar dem allgemeinen Gebrauch unterlägen, wogegen das Eigenthum daran den Anliegern gebühre: „sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent.“ Folglich kann man auch nicht sagen, dass die öffentlichen Flüsse extra commercium d. h. dem Verkehr entzogen sind. Dasselbe muss auch für das Prov.-R. gelten. Auch hier verbleibt selbst bei öffentlichen Flüssen die proprietas dem Adjacenten. — Wir haben im Vorhergehenden mehrfach von einem Eigenthume am (öffentlichen) Flusse gesprochen. Es ist das dem Wortlaut der Gesetze und

im Sinne der Theorie geschehen. Genau ist aber eine solche Wendung keineswegs und wir haben uns derselben auch nur ihrer Kürze wegen bedient. Unter „Fluss“ haben wir nicht verstanden und konnten wir auch nicht verstehen die Wassermasse des Flusses, den das Bett bedeckenden Strom als fliessende Wasserwelle für sich allein genommen, sondern nur den vom Wasserstrom eingenommenen Raum als solchen, damit also auch das von demselben bedeckte Bett, denn wenn Bett und Strom auch physisch mit einander nicht zusammenhängen, so ist eine Nutzung des Bettes, sofern von einer solchen der Natur der Sache nach und in casu concreto überhaupt die Rede sein kann, doch nur von der Wasseroberfläche aus resp. vom Wasser aus möglich. Man kann das Bett nicht berühren, ohne durch das Wasser hindurch zu gelangen. Das fliessende Wasser, die fliessende Welle können als solche in Niemandes Privateigenthum, also auch nicht dem des Staates stehen. Andernfalls hätte es keinen Sinn, wenn das Römische Recht schon in Jnst. lib. II, 1 pr. die fliessende Wasserwelle zu den res naturali jure omnium communes rechnet. Desshalb kann die Wassermasse als solche nicht Gegenstand des privatrechtlichen Rechtsverkehrs sein und allein für sich, ohne das Bett, nicht als Vertragsobject in Frage kommen, einerlei, ob es sich nun um einen öffentlichen oder privaten Fluss handelt. Das Bett für sich allein kann Gegenstand eines besondern Vertrages z. B. eines Kaufkontraktes bilden, allein trotzdem versteht es sich von selbst, dass der eventuelle Käufer des Bettes auch die Wassermasse benutzen darf, denn letztere ist eben res omnium communis und selbst wenn dem nicht so wäre, so würde ja doch sein Dispositionsrecht illusorisch bleiben, wenn es ihm versagt sein sollte, die Wasserfläche zu nutzen oder auch nur zu berühren, denn es würde ihm die Ausübung seines Eigenthumsrechts so lange verwehrt bleiben, als der Strom das Bett bedeckt. So wird man daher auch für die Rechtssprache des Provincialrechts annehmen dürfen, dass unter dem Worte „Fluss“ — einerlei ob er ein öffentlicher oder privater ist, — regelmässig der durch die beiderseitigen Ufer eingefasste Raum d. h. das Bett und die dasselbe bedeckende Wasserfläche zu verstehen ist, obwohl Beides, Bett und Wasser keineswegs ein untrennbares zusammenhängendes Begriffsganzes bilden, vielmehr das Bett auch allein für sich als denkbarer Gegenstand eines Vertrages erscheinen kann.

Die früher ausgesprochene und auf das Provincialrecht ausgedehnte Behauptung eines Privateigenthums auch an den öffentlichen Flüssen dürfte noch seine besondere Bestätigung durch die Fassung des Art. 1015 finden. Dieser Art. giebt nämlich nur die „geringfügigere" Benutzung des öffentlichen Flusses frei, sofern eine solche nicht die Rechte der Adjacenten verletzt. Darin liegt ein Doppeltes: erstens kann nämlich auch eine geringfügigere Benutzung unter Umständen eine Verletzung der Rechte des Anliegers involvieren, insofern also verboten sein und zweitens dürfte jede über dieses Maass der Geringfügigkeit hinausgehende Nutzung [1]) ipso jure als Eingriff in die privatrechtliche Sphäre des Anliegers erscheinen und daher in gleicher Weise verboten sein, wenigstens in der Mehrzahl der Fälle, denn eine Benutzung in grösserem Massstabe wird eben meist die Rechte des Grundeigenthümers schädigen. Sind es also dergestalt die privatrechtlichen Interessen des Anliegers, an denen das öffentliche Benutzungsrecht bei öffentlichen Flüssen seine Grenze findet, so lässt sich daraus ein direkter Schluss auf das auch an den öffentlichen Flüssen nach Provincialrecht bestehende Privateigenthum der Anlieger ziehen, wie das auch seitens Schiemanns l. c. S. 45 geschieht. Endlich ist auch nicht zu übersehen, dass es zwar vom Meer, dem Peipussee und den sechs sogenannten „Freiseen" in Kurland in Art. 1011 [2]) ausdrücklich heisst, dass sie in „Niemandes Privateigenthum" stehen, wogegen Dieses von den öffentlichen Flüssen keineswegs gesagt wird, bei letztern vielmehr nur eine Hinweisung auf die Jedermann freistehende „geringfügigere" Benutzung des Wassers stattfindet (Artt. 1014 und 1015). Hierbei entsteht noch eine Nebenfrage. Art. 1015 spricht nur von der Benutzung des „Wassers", scheint also das Flussbett vom Begriff der Oeffentlichkeit zu eximieren. Offenbar handelt es sich aber hier entweder um eine blosse Ungenauigkeit in der Ausdrucksweise des Gesetzgebers oder wenn man eine solche nicht schlechtweg präsumieren will, um die Erwägung,

---

1) Die Entscheidung, ob die Benutznng eine geringfügige resp. eine solche ist, die geeignet erscheint, die Rechte des Anliegers zu verletzen, wird als quaestio facti konkreten Falls der richterlichen Beurtheilung überlassen bleiben müssen.

2) Vgl. auch Art. 1028.

dass wenn die Benutzung eines Flusses, insbesondere eines öffentlichen in Frage kommt, es gewöhnlich nur das Wasser als das wichtigste und dem Fluss seinen eigentlichen Namen gebende Element sein wird, das in casu concreto als Benutzungsobjekt erscheint, wogegen das Bett doch wohl nur in den weitaus seltenern Fällen genutzt werden wird. Die Beschränkung des Begriffes der Oeffentlichkeit auf die Wassermasse des Flusses dürfte desshalb wohl nur eine scheinbare sein. Es unterliegt mithin keinem Zweifel, dass das Provincialrecht hierin keine Abweichung von der gemeinrechtlichen Doktrin beabsichtigt, nach welcher auch die Benutzung des Flussbettes, so z. B. Entnahme von Sand, Kies, Kalk, Muscheln, Steinen, Grand, Quarz, Schiefer, Schilf sowie anderen Wasserpflanzen aus dem Bette des öffentlichen Flusses Jedem erlaubt ist [1]), wofern eben nur eine solche Entnahme das erwähnte Maass der Geringfügigkeit nicht überschreitet, die Rechte des Adjacenten nicht verletzt und dem Publikum nicht hinderlich wird. Es hat sich also das Provincialrecht unter den verschiedenen Ansichten, nach welchen der öffentliche Fluss entweder als in Niemandes Eigenthum, oder im Eigenthum des Staates oder der Gemeinde oder endlich im Eigenthum des Adjacenten stehend betrachtet wird, meiner Ansicht nach für letztere Eventualität also das Privateigenthum der Adjacenten entschieden. Demnach würden sich die öffentlichen Flüsse von den privaten nur darin unterscheiden, dass erstere dem Gemeingebrauche offenstehen, während das bei letztern nicht der Fall ist; einen Unterschied je nach dem Subjekt des Eigenthums giebt es unserer Ansicht nach weder im Provincialrecht noch im Römischen Recht, ein Resultat, als dessen unmittelbare praktische Folge sich der Satz ergeben würde, dass um welcherlei privatrechtliche Disposition des Adjacenten über den öffentlichen Fluss es sich auch immer handeln möge, jenes mehrfach erwähnte öffentliche d. h. Jedermann freistehende Gebrauchsrecht an einem solchen Flusse doch nach jeder Seite hin untangiert bleiben muss. —

Uebergehend sodann zum eigentlichen Kernpunkt unserer Frage, nämlich wer in specie als Eigenthümer des Flussufers in Frage kommen soll, so fällt dieselbe, was zunächst die Privatflüsse anbetrifft, ganz mit der andern Frage zusammen, wem

1) Vgl. Regelsberger Pand. B I. S. 433.

überhaupt das Eigenthum an den anliegenden Grundstücken resp. dem anliegenden Grundstücke gebührt. Demnach kann es einmal sein, dass ein Fluss das Gebiet eines Eigenthümers durchschneidet und dann gehören letzterem innerhalb seiner Grenzen beide Ufer. Oder aber der Fluss bildet einen Theil der Grenze zwischen zweien Grundstücken und dann gehört jedem Adjacenten seine Uferseite. Es gilt also, da die Ufer nur als Fortsetzung des Grundes und Bodens zu betrachten sind, einfach der Satz: wem der Grund und Boden, dem das Ufer. Hinsichtlich der öffentlichen Flüsse könnte die Frage entstehen, ob hier nicht wegen des an demselben stattfindenden Gemeingebrauches andere Grundsätze zu gelten haben? Folgende zwei Fälle sind möglich: entweder nämlich die Ansicht Derer ist richtig, die da behaupten, dass die Ufer zum Fluss gehörten, mithin letzterer sich aus den drei Bestandtheilen: Wassermasse, Bett und Ufer zusammensetze und dann ist es nach unseren vorherigen Ausführungen ohne Weiteres klar, dass auch die Ufer des öffentlichen Flusses im Privateigenthum der Anlieger stehen, denn die öffentlichen Flüsse bilden ja eben selbst kein Eigenthum des Staates oder der Gemeinde, sie sind auch nicht etwa res nullius, sondern es findet an an ihnen ein privates Eigenthum der Adjacenten statt, allerdings unbeschadet des dem Publikum an demselben freistehenden und sich zugleich auch auf die Ufer erstreckenden Gemeingebrauches. Oder aber man verwirft — wie das unsererseits geschehen — diese Ansicht, trennt die Ufer auch des öffentlichen Flusses von letzterem ab und gelangt dann mit derselben, wenn nicht noch grösseren Nothwendigkeit zu dem Satz, dass die Ufer eines öffentlichen Flusses nicht zu letzterem gehören, sondern als fortgesetzte Theile der anliegenden Grundstücke nicht anders als letztere selbst zu behandeln sind, mithin auch kein anderes Eigenthumsobjekt als diese aufzuweisen vermögen, mit einem Worte: auch die Ufer eines öffentlichen Flusses stehen im Eigenthum der Anlieger. Der Unterschied zwischen den Ufern der öffentlichen und denen der Privatflüsse würde demnach nur darin liegen, dass sich bei ersteren der an dem Flusse selbst stattfindende Gemeingebrauch auch auf die Ufer erstreckt, wogegen das bei den Ufern der Privatflüsse, an denen von einem solchen Gemeingebrauch bekanntlich keine Rede sein kann, nicht der Fall ist. Eine solche Erstreckung der Jedermann freistehenden Benutzung

des öffentlichen Flusses auf seine Ufer lässt sich trotz des von uns vertretenen Principes der Trennbarkeit des Ufers von dem Flusse sehr wohl vertheidigen und erklären, wenn man bedenkt, dass Schifffahrt, Fischerei und sonstige Benutzung eines (öffentlichen) Flusses ohne gleichzeitige Benutzung der Flussufer nicht nur vielfach werthlos, sondern sogar überhaupt unmöglich sein dürften, wenn man die Ufer dem öffentlichen Gebrauche einfach verschliessen wollte. Daher hat die Rechtsordnung es von jeher für zweckmässig erachtet, die Benutzung auch der Ufer eines für öffentlich erkannten Flusses z. B. das Landen und Heraufziehen von Schiffen, Böten und Flössen auf dieselben, Trocknen und Flicken von Netzen etc. Jedem zu gestatten und Erwägungen derselben Art führten im Laufe der Zeit zur Ausbildung der Grundsätze über den Leinpfad bei öffentlichen Flüssen. Das Provincialrecht hat solches gleichfalls anerkannt, es statuiert aber zu gleicher Zeit in Artt. 1016 u. 1030 eine Haftpflicht für den Schaden, den Jemand dem angrenzenden Grundeigenthümer an dem Letzterem gehörenden Ufer bei Gelegenheit der Schiffahrt, Flössung oder sonstiger Benutzung des Flusses zufügt[1]), erkennt somit die Qualität der Ufer auch des öffentlichen Flusses als eines Privateigenthums an und wenn trotzdem auch das dominium des Uferadjacenten am Flusse und seinen Ufern seine bestimmten Grenzen an der Rücksicht auf den Gemeingebrauch findet, den der Eigenthümer seinerseits durch keinerlei von ihm unternommene Anlagen und Vorrichtungen hindern oder erschweren darf[2]), so lässt sich daraus noch nichts gegen ein Privateigenthum des Adjacenten an den Ufern auch des öffentlichen Flusses ableiten.

---

1) Ein solcher Schaden kann auch anderweitig dem Ufereigenthümer zugefügt werden. Sprengt beispielsweise Jemand im Vertrauen auf den Satz, dass ihm die (geringfügige) Benutzung des Bettes eines öffentlichen Flusses zusteht, einen mehr beim Ufer auf dem Grunde liegenden Stein und verursacht dadurch einen Ufersturtz oder sonstigen Schaden, so muss er denselben dem Adjacenten ersetzen, trotzdem dass er das Bett benutzen durfte.

2) Vgl. Art. 1018.

III. Kann der Flnss ohne seine Ufer als selbständiges Rechtsobjekt für sich in Frage kommen, mit andern Worten: ist der Fluss rechtlich von seinen Ufern trennbar oder nicht?

Die Trennbarkeit der Ufer vom Flusse anlangend, so steht dieselbe, wenn die Auffassung der Ufer als bloss fortgesetzter Theile der anliegenden Grundstücke richtig ist, nicht nur hinsichtlich der Privat- sondern auch der öffentlichen Flüsse ausser Zweifel. In Beziehung auf die letztern enthält schon das Römische Recht einen sehr deutlichen Hinweis. Ulpian sagt nämlich in l. 1 § 11 DXLIII 12: „In flumine publico factum accipere debemus, quidquid in aqua fiat; nam si quid extra factum sit, non est in flumine factum, et quod in ripa fiat, non videtur in flumine factum".

Der Jurist erkennt mithin das Ufer ausdrücklich als etwas vom Strome zu Unterscheidendes, also gleichsam als besondere für sich bestehende Sache ausdrücklich an; daher sagt er: das prätorische Edikt verbietet nur solche Anlagen, die auf der Wasserfläche des Flusses errichtet werden, nicht dagegen das, was auf den Ufern vorgenommen wird. Ebenso wird auch in demselben von den öffentlichen Flüssen handelnden prätorischen Edikt ausser dem Flusse selbst immer auch noch von den Ufern desselben gesprochen, so z. B. in l. 1 pr. D. 43, 13, l. 1 pr. D. 43, 14, l. 1 pr. D. 43, 12, wo die stete Phrase: „in flumine publico ripave ejus" wiederkehrt und dementsprechend betont Paulus in l. 3 pr. D. 43, 12, dass nicht nur die beständig fliessenden Ströme, sondern auch deren Ufer „öffentlich" d. h. dem Gemeingebrauch freistehend seien. Das alles wäre aber unnütz, weil selbstverständlich gewesen, wenn die Römer das Ufer als zum Fluss gehörend und mit diesem ein Ganzes bildend aufgefasst hätten, denn der Theil eines Ganzen muss natürlich auch die Eigenschaften dieses Ganzen annehmen. Sollte das Ufer nach Römischem Recht als zum Fluss gehörig betrachtet, von letzterem also nicht getrennt werden können, so hätte das Edikt ipso jure, ohne dass es besonders gesagt

zu werden brauchte, in jeder Hinsicht auch auf die Ufer bezogen werden müssen, es hätten jegliche Anlagen und Vorrichtungen auch auf den Ufern als wesentlichen Bestandtheilen der öffentlichen Flüsse ipso jure unter das Prätorische Verbot fallen müssen. Dennoch hält es der Jurist nicht für überflüssig, darauf hinzuweisen, dass das Edikt auch die Ufer umfasse. Die Ufer werden also, obwohl sich der Begriff der Oeffentlichkeit auch auf sie erstreckt, dennoch als etwas für sich Bestehendes, von dem fliessenden Strom zu Unterscheidendes bezeichnet. Nach heutigen Rechtsgrundsätzen und ebenso nach Provincialrecht ist in dieser Hinsicht nur insofern eine Modifikation eingetreten, als zwar Vorrichtungen verschiedenster Art z. B. Bauten, Einrammung von Pfählen, Errichtung von Badeanstalten resp. Hütten etc. auf den Ufern öffentlicher Flüsse den Ufereigenthümern gestattet sein dürften, allein nur insofern, als dadurch das Publikum im öffentlichen Gebrauch der Ufer, so z. B. in der Benutzung des Leinpfades, Anlegung der Böte, Trocknen der Netze etc. nicht gehindert oder gestört wird, wie aus Art. 1018 unmittelbar folgt. Wenn daher nach der Auffassung des Scaevola in l. ult. D. 43, 12 die Aufführung einer Brücke über den öffentlichen Fluss seitens des Eigenthümers beider Ufer verboten sein soll, so erscheint das auf heutige Rechtsverhältnisse und insbesondere das Provincialrecht angewandt doch nur insofern richtig zu sein, als durch einen solchen Bau der Gemeingebrauch des Flusses z. B. die Schifffahrt auf demselben gestört resp. unmöglich gemacht wird. Ist also beispielsweise die Brücke — was bei dem heutigen Stande der Technik immerhin möglich ist — derartig gebaut, dass die Schifffahrt sowie jede sonstige Benutzung des öffentlichen Flusses nach wie vor ungehindert stattfinden können — was bei einer schwimmenden oder Flossbrücke wohl in der Regel nicht der Fall sein wird — so wird das Gesetz dem betreffenden Ufereigenthümer einen derartigen Bau schwerlich versagen dürfen. Wie dem aber auch immerhin sein möge, so wäre es in jedem Fall unrichtig, wollte man die Ufer der öffentlichen Flüsse nach heutigen und provincialrechtlichen Grundsätzen als von der Oeffentlichkeit des Gemeingebrauches nicht ergriffen, weil im reinen Privateigenthum befindlich ansehen, denn Beides, Gemeingebrauch und privatrechtliches dominium an den öffentlichen Flüssen und ihren Ufern vertragen sich, wie wir gese-

hen haben, sehr wohl miteinander und nur der Umstand, dass sich der Eigenthümer des öffentlichen Flusses resp. seiner Ufer diesen Gemeingebrauch und die in Folge dessen platzgreifende staatliche Kontrolle desselben gefallen lassen muss, unterscheidet das Eigenthum an den öffentlichen Flüssen von dem an privaten, bei denen ein Gemeingebrauch unzulässig ist und vom Eigenthümer eventuell mit der actio negatoria abgewiesen werden kann. Mag man aber auch über die rechtliche Qualität dieses Privateigenthums an den Ufern der öffentlichen Flüsse sowie diesen letztern selbst denken, wie man will, mag man es als reines oder modificiertes und zwar durch den erwähnten der staatlichen Kontrolle unterliegenden Gemeingebrauch modificiertes dominium bezeichnen, mag man noch so verschiedener Ansicht über das Maass, die Art und Weise des Gemeingebrauches an diesen Objecten etc. sein, die physische wie juristische Trennbarkeit des Flusses von seinen Ufern wird man nach unsern vorherigen Ausführungen weder für das Römische noch das provincielle Privatrecht auch nur mit einigem Grunde leugnen können. Es ist mithin einem Vertrage, auf Grund dessen der Adjacent denjenigen Theil seines (anliegenden) Grundstückes veräussert, den man mit dem Ausdruck Ufer bezeichnet, auch wenn dieses Rechtsgeschäft nur das Ufer resp. die Ufer, nicht auch den Fluss selbst d. h. das Bett und den ihn bedeckenden Wasserstrom zu seinem Gegenstande hat, Gültigkeit nicht zu versagen, da es offenbar dem Grundeigenthümer nicht verwehrt sein kann, statt des ganzen Grundstückes nur einen bestimmten Theil desselben zu veräussern[1]). Das gilt in gleicher Weise für die Privat- wie auch die öffentlichen Flüsse, mit dem einzigen Unterschiede jedoch, dass bei öffentlichen Flüssen eine solche Veräusserung nur unbeschadet des dem Publikum an denselben offenstehenden Gemeingebrauches stattfinden darf, d. h. das Ufer des öffentlichen Flusses kann nur mit der demselben anhaftenden, durch jenen Gemeingebrauch bewirkten Eigenthumsbeschränkung veräussert werden, an die der Erwerber in gleicher Weise und im selben Umfange wie sein Vorgänger gebunden ist, die er so wie jener achten und anerkennen muss. Ist also beispielsweise in dem Veräusserungs-

1) Vgl. auch Bröcker: „Beitrag zur Lehre vom Fischereirecht“ S. 43.

vertrage die Klausel: „frank und frei von dem am Ufer haftenden öffentlichen Gebrauchsrechte“ enthalten, so ist dieselbe ganz wirkungslos und entbehrt jeder juristischen Bedeutung. Die Annahme des Gegentheils würde dem bekannten Satz: „nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet“ widersprechen. Gürgens [1]) freilich spricht sich im Gegensatze zu Bröcker [2]) und Erdmann [3]) für die Untrennbarkeit der Flüsse von ihren Ufern aus, begeht aber dabei die Inkonsequenz, Solches nur hinsichtlich der privaten Flüsse zu thun, während er bei „kleinen Bächen“ — ein höchst relativer und von Gürgens auch gar nicht näher definierter Begriff — Trennbarkeit annimmt. Aber auch sonst sind seine gegen die Trennbarkeit der Flüsse von ihren Ufern ins Feld geführten Gründe keineswegs durchschlagend. Sie gipfeln der Hauptsache nach in dem Satze, dass die Flüsse, obwohl sie nicht eigentlich integrierende Bestandtheile der anliegenden Grundstücke seien, dennoch ganz so wie solche behandelt werden müssten, integrierende d. h. wesentliche Bestandtheile aber von der eigentlichen Hauptsache, also dem Grundstücke und den einen Theil der letztern bildenden Ufern nicht abgetrennt werden, also nicht Gegenstand einer selbständigen Veräusserung bilden könnten und zwar sei eine derartige analoge Behandlungsweise der Flüsse (d. h. der privaten) durch die Erwägung geboten, dass die Flüsse, die in der Regel einen längeren Lauf führen und eine grössere Anzahl Uferbesitzer in ihr Interesse hineinzögen, schon im Hinblick auf eine rationelle Volkswirthschaft auf das angrenzende Uferland angewiesen seien und ebenso umgekehrt, mithin das Eine ohne das Andere volkswirthschaftlich jede Bedeutung verlieren müsste [4]). Allein diese Ausführungen widersprechen zweifellos dem Provincialrecht. Das letztere versteht nämlich unter den integrierenden Bestandtheilen einer Sache „alles dasjenige, was mit ihr in unmittelbarem Zusammenhange steht und zum Wesen derselben gehört, sodass ohne diese Be-

1) Vgl. die Schrift von Gürgens S. 17—27 u. die 2-te Schrift von demselben S. 1. Einen ähnlichen Standpunkt vertritt Zwingmann l. c. S. 279.

2) Vgl. Bröcker: „Beitrag zur Lehre vom Fischereirecht“ S. 38 ff. und dessen „Beiträge zur Lehre vom Wasserrecht“ S. 33—49.

3) Siehe dessen System B. II S. 74. f. Anm. 6.

4) Vgl. Gürgens in seiner 1-ten Schrift S. 26 u. ff.

standtheile die Hauptsache ihrer Benennung und ihrem Begriffe nach garnicht bestehen oder nicht als vollendet angesehen werden kann“ [1]). Wären also die Flüsse als integrierende Bestandtheile des Grundstückes oder der Grundstücke aufzufassen, so müsste die Folge der in casu vorgenommenen Abtrennung die sein, dass das Grundstück begrifflich und seiner „Benennung“ nach als solches nicht mehr bestehend gedacht werden, mithin als solches nicht mehr in Frage kommen kann, oder positiv ausgedrückt: die Flüsse gehören zum Wesen der Grundstücke. Man sieht, zu welch' unhaltbaren Konsequenzen die Gürgens'sche Anschauung nothgedrungen führt! Braucht es denn noch hervorgehoben zu werden, dass es viele Grundstücke giebt, die keinerlei Gewässer, weder fliessende noch stehende besitzen, dennoch aber die Bezeichnung solcher verdienen? Ist denn ein Grundstück, das keine Flüsse oder Seen aufzuweisen hat, desshalb kein Grundstück, trägt es desshalb die Bezeichnung „Grundstück“ zu Unrecht, giebt es sein Wesen als solches auf? Die Antwort darauf kann vernünftiger Weise nur verneinend lauten. Es gehören also die Flüsse nicht zum Wesen der Grundstücke, sie bilden keine wesentlichen Bestandtheile der letztern und können daher jederzeit sowohl in juristischer als auch in physischer Hinsicht von ihnen abgetrennt werden [2]). Sind also die Flüsse nicht wesentliche, integrierende Theile der Grundstücke so können sie nur ausserwesentliche Theile desselben sein und als solche wiederum entweder Pertinenzen oder gewöhnliche Theile. Ob sie das Eine oder das Andere sind, erscheint für die Frage der Trennbarkeit insofern ganz gleichgültig, als ja auch Pertinenzen gleich gewöhnlichen Theilen von der Hauptsache unbeschadet ihres Wesens abgetrennt werden können [3]). Ausserwesentliche Theile einer Sache aber können von letzterer ungehindert abgetheilt werden. Stimmen wir also auch im Grossen und Ganzen — von Einzelheiten abgesehen — mit Bröcker überein, so scheint es uns andererseits doch zu gewagt, wenn letzterer so viel Gewicht auf die provincialrechtlichen Grundsätze

1) Vgl. Art. 551 Th. III des Prov. Rs.

2) Im Princip übereinstimmend Broecker in seiner 2-ten Schrift S. 14.

3) Vgl. Art. 560 Th. III des Prov. Rs. Siehe auch Gürgens in seiner 2-ten Schrift S. 29.

über die insula in flumine nata und den alveus relictus legen will.[1]) Denn wenn auch nach Prov.-R. der Adjacent jure accessionis das Eigenthum an der neuenstandenen Flussinsel oder dem verlassenen Flussbett erwirbt[2]), so kann man daraus noch nicht schliessen, dass bei Annahme der Untrennbarkeit der Gewässer von ihren Ufern von einem solchen Erwerb gar nicht die Rede sein könnte, vielmehr das Bett schon von Anfang an, also noch vor der Aenderung des Flusslaufes als im Eigenthum des Adjacenten stehend gedacht werden müsse, ein bereits erworbenes Eigenthum aber nicht mehr von Neuem erworben zu werden braucht resp. erworben werden könne. Denn diese Argumentation lässt ausser Acht, dass die Insel vorher d. h. vor ihrer Entstehung als solche noch gar nicht in Frage kommt, daher auch von einem an derselben schon bestehenden Eigenthume nicht die Rede sein konnte. Eine Insel entsteht dann und wird dann gebildet, wenn ein Theil des Flussbettes sich über dem Wasserspiegel erhebt. Ist das der Fall, so haben wir an der Insel eine neuentstandene Sache, eine Sache, die früher körperlich und begrifflich garnicht existierte. Aehnliches — wenn auch nicht ganz dasselbe — ist in Beziehung auf das verlassene Flussbett zu sagen. Das verlassene Bett ist kein solches mehr, es ist gleichfalls eine neue Sache geworden. Von einer neuentstehenden Sache kann es aber immerhin fraglich sein, wem das Eigenthum an derselben gehört, es erscheint daher auch nicht ganz unberechtigt, von einem Eigenthumserwerbe an derselben zu sprechen[3]), allein, wohlgemerkt, doch nur dann, wenn es sich nicht um solche Flüsse handelt, welche die Grenze zwischen mehrern Grundstücken bilden oder durch mehrere aneinandergrenzende Grundstücke hindurchfliessen. Sind die Ufer resp. gewisse Strecken derselben also einherrig, so versteht es sich von selbst, dass, was so zu sagen auf dem Bette entsteht oder aus ihm heraus sich bildet (insula flumine nata), sowie in gleicher Weise das, was mit dem Bette oder einer Strecke desselben geschieht (alveus derelictus), Niemandem anders als dem Ufereigen-

1) Vgl. Broecker in seiner 2-ten Schrift S. 12 ff.

2) Vgl. Artt. 759 ff.

3) Siehe übrigens noch die sonstigen Argumentationen Gürgens in seiner 2-ten Schrift S. 18 ff. u. S. 29 ff.

thümer zufallen kann, genauer: auch ipso jure von jeher nur ihm gehören konnte, da jene Naturvorgänge und die dadurch bewirkten Aenderungen eben innerhalb des dem Adjacenten gehörenden Gebietes stattfanden. Hier kann man in der That nicht von einem Eigenthumserwerbe sprechen, das Eigenthum bestand schon früher, nur hat das Objekt desselben eben in gewisser Hinsicht eine veränderte Gestalt angenommen. Keinem römischen Juristen wird es wohl eingefallen sein, die Grundsätze über den alveus derelictus und die insula in flumine nata auf andere als auf Grenzflüsse zu heziehen, sie etwa auch bei solchen Flüssen anzuwenden, bei denen Einherrigkeit der Ufer stattfand oder die etwa nur im Gebiete eines Einzelnen entsprangen und wieder mündeten. Niemand wird daran zweifeln, dass der Baum, der aus dem mir gehörenden Grunde und Boden hervorschiesst, gleichfalls mir gehört. Anders bei durch mehrere aneinandergrenzende Grundstücke hindurchfliessenden die Grenze zwischen mehrern Grundstücken bildenden Flüssen. Die Grenze gehört weder dem Einen noch dem Andern allein und daher kann die Frage aufgeworfen werden: entsteht hier Eigenthum und für wen in specie entsteht es und wenn für Mehrere Eigenthum entsteht, also von ihnen erworben wird, wie soll sich dann die reale Theilung gestalten? Darauf antworten die bekannten Römisch-rechtlichen, vom Provincialrecht adoptierten Grundsätze [1]). Allein so viel ist klar: ein ausreichender Grund für oder gegen die Trennbarkeit der Flüsse von ihren Ufern lässt sich aus den Grundsätzen über den alveus derelictus und die insula in flumine nata nicht entnehmen, dieser muss vielmehr darin gesucht werden, dass Ufer und Bett gewöhnliche Theile der anliegenden Grundstücke sind [2]), die Bestimmung der Grösse eines Theiles aber offenbar ganz vom Ermessen des Eigenthümers abhängt. Im Princip muss man also daran festhalten: Flüsse sind trennbar von ihren Ufern und zwar einerlei, ob es sich in casu concreto um private oder öffentliche Flüsse handelt; einen Unterschied zwischen der einen und der andern Kategorie zu machen, mithin bei erstern die Trennbarkeit zu verneinen, bei letztern dagegen dieselbe zu bejahen, für diese Inkonsequenz liegt unserer Ansicht nach nicht der geringste Grund vor. Von der Frage der

1) Vgl. Artt. 759—762 u. 763—766 Th. III. des Prov. Rs.
2) So auch Zwingmann l. c. S. 279.

principiellen Trennbarkeit scharf zu unterscheiden ist aber eine andere, nämlich die, ob eine solche Trennung gegebenenfalls in der Absicht der vertragschliessenden Theile gelegen hat oder nicht? Sie kann nicht entstehen, wenn diese Absicht oder das Gegentheil derselben klar ausgedrückt ist. Wie aber, wenn Letzteres nicht geschehen? Hier muss man sich dann allerdings darüber klar werden, ob Gewässer nach baltischem Provincialrecht als Pertinenzen von Grundstücken aufgefasst werden können oder nicht, z. B. dann, wenn A. dem B. ein Grundstück sammt seinen Pertinenzen verkauft. Gilt hier der an der Grenze des Grundstückes fliessende Strom als mit verkauft? Auf Grund der von den Pertinenzen handelnden Artt. 557 ff. Th. III des Prov.-Rs muss man zu einer verneinenden Antwort gelangen. Art. 557 nämlich insbesodere verlangt von der Pertinenz, dass sie zum Dienst der Hauptsache selbst bestimmt und mit letzterer für die Dauer verbunden sein muss. Das trifft aber für die Flüsse nicht zu, denn weder kann man von letztern sagen, dass sie dazu bestimmt sind, der Hauptsache, dem Grundstücke zu dienen, noch erscheinen sie als mit diesen dauernd verbunden[1]). Endlich führt auch Art. 568 die Gewässer nicht unter der Zahl der gesetzlich statuierten Zubehörungen von Landstücken an. Sind nun also die Flüsse von ihren Ufern trennbar, so heisst das so viel, dass auch die Flüsse allein für sich, als selbständiges Vertragsobject in Frage zu kommen vermögen. Hier entstehen wiederum einige Sonderfragen. Vor Allem diese: lässt sich die Wassermasse eines Flusses wie von den Ufern so auch vom Bett selbst trennen oder mit andern Worten: können Bett und Wasser, jedes für sich allein als selbständiges Objekt eines Veräusserungsvertrages in Betracht kommen? Hinsichtlich der Wassermasse werden wir darauf verneinend antworten müssen, schon im Hinblick auf den von uns schon berührten Umstand, dass das fliessende Wasser res nullius ist, solange man die fliessende Welle nicht in einen Behälter eingefangen und in seinen Gewahrsam gebracht hat, also in Niemandes Eigenthum steht und daher auch nicht als tauglicher Gegenstand eines Rechtsgeschäfts verwerthet werden kann. Dazu kommt

1) Das übersieht Zwingmann l. c. S. 281, der sich im Gegensatze zu der von uns vertretenen Ansicht für die Pertinenz-Qualität der Gewässer entscheidet.

noch, dass die Wassermasse des Flusses ein flüchtiges Element ist, das sich dieser seiner Eigenschaft wegen einer eigentlichen dauernden privatrechtlichen Beherrschung, wie sich eine solche im dominium ausspricht, im Grunde genommen entzieht. Jeder, auch ein grosser schiffbarer Fluss kann im Laufe der Zeit in Folge klimatischer Veränderungen oder plötzlicher Naturereignisse entweder ganz versiegen oder doch seinen Lauf ändern, wodurch das Vertragsobjekt dem Erwerber entzogen werden würde. Auch lässt sich das Ziehen einer eventuellen Grenzlinie auf dem fliessenden Wasser physisch garnicht bewerkstelligen. Wäre die Ziehung aber möglich, so ist doch von vorneherein nicht sicher, ob sie eine dauernde sein wird, denn das Element selbst ist ja nicht von dauerder Beschaffenheit. Das Bett dagegen wäre an und für sich sehr wohl einer gesonderten d. h. vom Wasser getrennten Veräusserung fähig, da es, wie wir gesehen haben, weiter nichts als ein gewöhnlicher realer Theil des anliegenden Grundstückes ist, von letzterem also je nach Belieben des Berechtigten abgetrennt werden kann, was man vom Wasser, das sich keineswegs als Theil des Ufers oder des Bettes darstellt, nicht sagen kann. Allein da das Bett nicht anders als von der Wasseroberfläche aus genutzt werden kann, so muss man annehmen, dass auch das Wasser als mit von dem Rechtsgeschäft ergriffen anzusehen ist, freilich nicht als solches, als fliessende Welle, die ja in Niemandes Eigenthum steht, sondern als Raum genommen[1]), der gleichsam mit zum Bett gehört. In diesem Fall hat man sich die Grenze als durch das Bett gehend zu denken und so muss dieselbe auch auf der Grundcharte revisorisch verzeichnet werden.

Wasser und Bett sind demnach unserer Auffassung nach von einander untrennbar. Beides zusammen kommt aber begrifflich als Raum in Betracht und ein solcher unterliegt der freiesten privatrechtlichen Disposition des Berechtigten, es ist Eigenthum an ihm möglich und wenn das der Fall, auch eine Veräusserung desselben, unbeschadet der Eigenschaft des fliessenden Wassers als res nullius. Wird also schlechthin ein „Fluss" verkauft, so muss man in Ermangelung diesbezüglicher näherer Bestimmungen annehmen, dass das Bett und die Wassermasse verkauft sind, nicht das eine oder

1) Erdmann im System B. II Seite 74 Note 6 scheint diesen Gedanken zu streifen, ohne ihn jedoch näher auszuführen.

das andere allein. Die Ufer dagegen können nur dann als mit zum Vertragsobjekt gehörig angesehen werden, wenn der Wille der Partheien erkennbar darauf gerichtet ist. Der Unterschied aber, der in dieser Hinsicht zwischen den öffentlichen und den privaten Flüssen stattfindet, reduciert sich unserer Ansicht nach nur darauf, dass die Ufer eines öffentlichen Flusses, letzterer selbst, sowie beide zusammen nicht anders als zusammen mit dem daran haftenden öffentlichen Gebrauchsrechte, das durch keinerlei privatrechtliche Disposition geschmälert oder verletzt werden darf, weiter veräussert werden können, mithin also auch der neue Erwerber sich den usus publicus gefallen lassen muss, wogegen eine solche Beschränkung bei den privaten Flüssen nicht stattfindet.

IV. Wie gestalten sich die Eigenthumsverhältnisse bei mehrherrigen Ufern?

Art. 1013 Thl. III des Prov.-R. lautet: „Diejenigen fliessenden sowohl als stehenden Gewässer, welche die Grundstücke verschiedener Eigenthümer durchschneiden oder bespülen, stehen im gemeinschaftlichen Eigenthum der angrenzenden Grundherrn, so dass jedem die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theiles zusteht."

Die auffallend schlechte und nachlässige Redaction, welche der Gesetzgeber diesem Artikel hat zu Theil werden lassen, hat in neuerer Zeit eine Kontroverse darüber hervorgerufen, ob hier ideelle Theile d. h. also ein Miteigenthum zu ideellen Theilen oder reelle Theile gemeint sind, sodass mithin in letzterem Falle Jedem der Adjacenten ein bestimmter abgegrenzter körperlicher Theil an dem Flusse zusteht? Broecker in seiner Schrift: „Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht" S. 50—63 spricht sich für ein wirkliches Miteigenthum aus, fasst also, scheinbar veranlasst durch den Ausdruck: „gemeinschaftliches Eigenthum," die in Art. 1013 erwähnten „Theile" als ideelle Theile auf, wogegen nach Gürgens[1]), der wiederum das entscheidende Gewicht auf den 2-ten Theil des Art. 1013 cit. legt, wo von „Theilen" des Gewässers gesprochen wird, darunter nur wirklich reelle, körperliche Theile zu verstehen sind.

---

1) Vgl. dessen 1-te Schrift S. 28 f.

Es giebt nur zwei Möglichkeiten. Entweder es liegt wirklich Miteigenthum vor und dann können die in Art. 1013 erwähnten Theile nur ideelle sein oder es liegt kein Miteigenthum vor und dann kann es sich nur um reelle Theile, also um ein (nach reellen Theilen) getheiltes Eigenthum handeln. Von vorneherein muss man es als verfehlt betrachten, wenn Broecker[1]) unter Anderem so schliesst: ein ideeller Theil kann nicht zugleich körperlicher Theil sein, wenn also die in Art. 1013 erwähnten Theile wirklich ideelle sind, so steht es damit zugleich fest, dass sie nicht reelle sein können. Der genannte Verfasser geht dabei von einem Satz aus, den er weder in seiner 1-ten, noch in seiner 2-ten Schrift wirklich bewiesen hat, nämlich von der Qualität jener Theile als ideeller. Das ist ja eben die Frage, ob die Theile in Art. 1013 als reelle oder ideelle aufzufassen sind. Mit eben demselben Recht liesse sich dem H. Verfasser der umgekehrte Schluss entgegenhalten: sind die ofterwähnten Theile reelle, so können sie nicht zugleich ideelle sein! Mit andern Worten: man ist auf das zurückgekommen, was man erst beweisen musste und sollte. Mit derartigen Schlussfolgerungen kommt man beim besten Willen nicht weit! Sehen wir uns aber nach den Gründen um, die Broecker für seine Ansicht gegen Gürgens ins Feld führt. Er sagt zunächst (in der 2-ten Schrift S. 51), dass von einer realen Theilung des Gewässers in Art. 1013 mit keinem Worte die Rede sei. Wir müssen das zugeben, sehen aber darin kein wirkliches Gegenargument. Denn es kommt eben gerade desshalb, weil der Gesetzgeber in Art. 1013 nicht direkt sagt, ob die Theile reelle oder ideelle sind, darauf an, den wahren gesetzgeberischen Willen nach den Grundsätzen streng logischer Konsequenz und den in der Wissenschaft anerkannten Regeln der Hermeneutik erst zu ermitteln, also auf Grundlage der vom Gesetzgeber in casu concreto gebrauchten Worte zu eruieren, welcherlei „Theile“ er im Sinn gehabt hat und wenn sich dann so auf Grund einer vorurtheilsfreien Prüfung des Art. 1013 in der That ergiebt, dass mit den „Theilen“ dieses Art. wirklich reelle Theile gemeint sind, so wird man sich eben damit begnügen müssen, trotzdem dass der Ausdruck „reelle Theile“ im Gesetz nicht gebraucht ist.

1) Vgl. dessen 2-te Schrift S. 60 ff.

Broecker erkennt (auf S. 51 seiner 2-ten Schrift) selbst an, dass der Ausdruck „gemeinschaftliches Eigenthum“ vom Provincialrecht nicht nur für die communio pro indiviso d. h. das wahre Miteigenthum (nach ideellen Theilen), sondern in gleicher Weise auch für die communio pro diviso d. h. für das realiter getheilte Eigenthum gebraucht werde. Anstatt nun gerade aus dem Umstande, dass sich der Art. 1013 cit. nicht des Ausdruckes „Miteigenthum“ bedient, sondern von einem „gemeinschaftlichen Eigenthum“ spricht, an welchem den anliegenden Uferbesitzern bestimmte Theile zu ihrer Nutzung zustehen sollen, auf die communio pro diviso zu schliessen, zieht Broeker merkwürdiger Weise die umgekehrte Schlussfolgerung, indem er in Art. 1013 eine Bestimmung über die Nutzung des gemeinschaftlichen Flusses ausgesprochen findet, die nach seiner Ansicht dem das wahre Miteigenthum behandelnden Art. 935 „vollständig“ entsprechen soll. Allein auch hier bleibt Broecker uns den wahren Beweis seiner Behauptung schuldig. Art. 935 sagt:

„Ein gemeinschaftlicher Gebrauch einer im Miteigenthum Mehrerer stehenden Sache ist nur dann zulässig, wenn die Sache theilbar ist, wie dies z. B. bei einem Walde, einer Sandgrube, auch einem Begräbnissplatze etc. der Fall ist, auch hier übrigens nach Verhältniss der Grösse der einzelnen Antheile.“

Dieser Art. hat gar nicht die Art und Weise, wie die Benutzung stattfinden soll, ob nach ideellen oder reellen Theilen, zu seinem Gegenstande [1]), sondern er stellt nur eine wesentliche Voraussetzung der Gemeinschaftlichkeit des usus (Gebrauches) auf und zwar sieht er eine solche in der Möglichkeit einer realen Theilung. Art 935 enthält den Gedanken: ein gemeinsamer usus ist nur möglich, wenn der Gegenstand desselben theilbar ist, er ist unmöglich, wenn dem Gegenstand die Theilbarkeit mangelt. Dagegen handelt der vorhergehende Art. 934 von dem usus fructus und zwar bestimmt derselbe, dass die Fruchtziehung hier nach Bruchtheilen stattfindet. Aus einer Vergleichung dieses Art. mit dem folgenden Art. 935, der, wie wir sahen, vom blossen usus handelt, können wir aber allerdings entnehmen, an welche Art und Weise der Benutzung der Gesetzgeber hier gedacht hat resp. überhaupt nur gedacht haben konnte, näm-

1) Was Broecker S. 52 selbst anerkennt.

lich an eine Benutzung nicht nach (ideellen) Bruchtheilen, sondern nach räumlichen Theilen, denn allerdings ist soviel richtig, dass ein blosser usus Mehrerer an einer Sache nicht nach (ideellen) Bruchtheilen, sondern nur nach räumlich bestimmten Theilen denkbar ist. Broecker bemüht sich nun unter Hinweis auf die logische Unmöglichkeit eines gemeinschaftlichen Gebrauches (usus) nach Bruchtheilen den von Gürgens in seiner 1-ten Schrift S. 28 hervorgehobenen Gegensatz zwischen Artt. 933—935 und Art. 1013, der von einer Participierung nach räumlich bestimmten Theilen spreche, während die erstern Artt. eine Nutzung (richtiger Nutzniessung) nach Bruchtheilen ins Auge fassten, wieder abzuschwächen und zu verwischen, indem er einfach leugnet, dass Art. 935 von einem gemeinschaftlichen Gebrauche nach ideellen Theilen handele: im Gegentheil, Art. 935 sei von einem Gebrauch nach räumlich bestimmten Theilen zu verstehen, wie das ja auch den Grundsätzen der Logik allein entspräche [1]). Allein abgesehen davon, dass Broecker die Gürgens'sche Berufung ausser auf Art. 935 auch noch auf Art. 933 u. 934, die in der That von einer Nutzniessung nach Bruchtheilen handeln, übersehen hat, fällt der Vorwurf einer logisch unmöglichen Konstruction, den er Gürgens gegenüber macht, insofern zusammen, als ja Gürgens gar nicht behauptet hat, dass Art. 935 von einem Gebrauch (usus) nach Bruchtheilen handele, folglich also sich gar keiner Verwechselung der Sache mit ihren Revenüen, des usus mit dem usus fructus schuldig macht, deren ihn Broecker gleich wohl zeiht. Gürgens ist ebensowenig wie Broecker der Ansicht, Mehrere könnten eine „gemeinsame" Sache nach Bruchtheilen gebrauchen; er hatte aber mit dem vielleicht etwas zu weit und allgemein gefassten Ausdruck „participieren" [2]) wohl keinen ganz glücklichen Griff gethan, da eine Nutzung nach ideellen Theilen eben in der That nur im Sinn eines ususfructus möglich ist. Diese Allgemeinheit seiner Ausdrucksweise — deren sich Gürgens aber gewiss bewusst war — wird nun von letzterem in seiner 2-ten Schrift S. 31 näher präcisiert und der Unterschied zwischen ususfructus, wo die gemeinschaftliche Nutzung nach Bruchtheilen und dem usus, wo sie nach reellen „beliebigen"

1) Vgl. seine 2-te Schrift S. 51 f.
2) Vgl. seine 1-te Schrift S. 28.

Theilen stadtfinde, scharf hervorgehoben, ja Gürgens erläutert in der Anm. zu S. 31 seiner 2-ten Schrift den von ihm in seiner 1-ten Schrift gebrauchten Ausdruck: „Nutzung“ selbst dahin, dass er darunter sowohl den usus, als den ususfructus verstanden habe. Dieser Streitpunkt wäre also damit erledigt. Was nun weiter das richtige Verständniss des Art. 1013 sowie dessen Verhältniss zu Artt. 927 ff. anbetrifft, so scheint es Broecker nicht zu merken, welch' gefährliche Waffen er durch seine Interpretation der Artt. 1013 u. 935 den Gegnern seiner Auffassung in die Hand giebt, ja dass er im Grunde genommen nur sich selbst, nicht Gürgens widerlegt [1]). Wenn nämlich auch Art. 935 von einem gemeinschaftlichen Gebrauch nach körperlichen realen Theilen verstanden werden soll, so wäre ja Art. 1013 noch weit eher von solchen zu verstehen, denn dieser letztere spricht doch offenbar noch weniger von ideellen oder Bruchtheilen, sondern von bestimmten Theilen, nach denen die gemeinschaftliche Nutzung stattfinden soll. Dem Art. 1013 müsste man noch weit mehr Gewalt als dem Art. 935 anthun, wenn man aus ihm eine gemeinschaftliche Nutzung nach ideellen Theilen herauslesen wollte, man würde solchergestalt etwas in denselben hinein- statt aus ihm heraus-interpretieren. Broecker [2]) scheint ferner vor den Folgen zurückzuschrecken, die seiner Ansicht nach eintreten müssten, wenn man Art. 1013 von einer realen Theilung verstehe, insofern nämlich in diesem Fall gemäss der Anm. 1 zu Art. 927 das Gewässer — in unserem Falle also der Fluss — „in eine Reihe selbständiger Ganze....“ zerfallen würde“, die als „Gegenstand eines selbständigen Eigenthums des einzelnen Adjacenten anzusehen wären.“ Diesen Satz müssen wir ohne Weiteres zugeben, nicht aber, dass er auch nur irgendwie geeignet ist, als Gegenargument gegen die von Gürgens vertheidigte Auslegung des Art. 1013 zu dienen, mithin also die Auffassung des Art. 1013 als von einer Nutzung nach realen Theilen handelnd zu erschüttern. Eben desshalb können wir es auch auf sich beruhen lassen, wenn Broecker sich wiederum dem Art. 1013 zuwendend auf S. 51 seiner 2-ten Schrift weiterhin so argumentiert: „Wenn nun Art. 1013 jedem Adjacenten die Nutzung eines Theiles des Gewässers zuerkennt,

1) Vgl. Gürgens in seiner 2-ten Schrift.
2) Vgl. dessen 2-te Schrift S. 51.

so heisst das doch nicht, dass er freier Eigenthümer dieses Theiles ist und über denselben beliebig verfügen, also ihn auch zerstören kann.“ Broecker schreckt eben ohne Grund vor den Konsequenzen eines Satzes zurück, dessen Unrichtigkeit er de facto gar nicht beweist, er sieht Gespenster, wo keine sind. Ist ein Satz erst richtig, so wird man eben wohl oder übel auch die Konsequenzen daraus anerkennen müssen, mag man sie im Uebrigen auch von civilpolitischen, socialen, ökonomischen oder moralischen Gesichtspunkten aus als bedenklich hinstellen. Das Gegentheil würde den Regeln der Logik widersprechen. Handelt Art. 1013 wirklich von der gemeinschaftlichen Nutzung nach realen Theilen, also einer communio pro diviso, sagt er wirklich, dass Jeder der Adjacenten Eigenthümer eines bestimmten Theiles des Gewässers ist und als solcher die Verfügung darüber hat, so bleibt eben gar nichts Anderes übrig, als die hieraus fliessenden Folgerungen einfach anzuerkennen. Man sieht, es kommt wieder auf die richtige Auslegung des Art. 1013 heraus, ja letzterer wäre als der eigentliche Schwerpunkt zu bezeichnen, um den sich die ganze Frage nach dem Rechtsverhältnisse bei Mehrherrigkeit der Ufer dreht. Es berührt daher eigenthümlich, wenn Broecker (S. 51 seiner 2-ten Schrift) einfach so fortfährt: „Es liegt also hier offenbar volles Miteigenthum und keine communio pro diviso vor.“ Statuiert Art. 1013 ein Eigenthum zu realen Theilen, so muss daraus folgen, dass jene verschiedenen Eigenthümer, also in unserem Fall die Flussadjacenten hinsichtlich der ihnen zustehenden räumlich bestimmten, also reellen Theile auch diejenigen Befugnisse ausüben dürfen, die dem Eigenthümer als solchem gebühren. Freilich ist ein solches Verfügungsrecht für den einzelnen Eigenthümer kein schrankenloses, es findet vielmehr seine Schranken zunächst an der Rechtssphäre der andern Eigenthümer. Darin aber liegt nichts Besonderes, nichts, was dem Begriff des Eigenthumes an sich widerspricht. Der Eigenthümer, der in seinem Dispositionsrecht durch Legalservituten beschränkt ist, bleibt er desshalb nicht Eigenthümer? Der Eigenthümer, dem es verboten ist, den natürlichen Ablauf des Schnee- oder Regenwassers auf das niedriger liegende Nachbargrundstück zu hindern, ist er desshalb weniger Eigenthümer? Es würde der Annahme eines Eigenthumes an einem bestimmten Flusstheile durchaus nicht widersprechen, wenn der einzelne Eigenthümer in der Verfügung

über denselben beispielsweise insofern gehindert ist, als er innerhalb der Grenzen seines Flusstheiles nichts vornehmen darf, was den gegenüberliegenden Ufer- resp. Flusseigenthümer irgendwie schädigt. Er darf also z. B. keinen Damm im Flusse auf seiner Grenze aufführen und dadurch den Flusslauf irgendwie verändern oder durch irgend welche Vorkehrungen auf seiner Seite eine Ueberschwemmung der nachbarlichen Ufer herbeiführen u. s. w. Noch weniger darf er den Fluss ganz abdämmen (z. B. durch Ziehung eines Querdammes durch die Breite des Flusses). Der innige physische Zusammenhang seines Theiles mit dem des gegenüberliegenden Uferbesitzers, der von den eventuell schädigenden Dispositionen des einen Eigenthümers nothwendig mitergriffen und in Mitleidenschaft gezogen werden würde, verbietet allein schon eine derartige an keine Schranken gebundene Verfügung. Noch viel weniger darf daher der einzelne Fluss- resp. Ufereigenthümer seinen Theil zerstören, wenn überhaupt von einer Zerstörung eines Flusstheiles physisch genommen die Rede sein kann. Bei öffentlichen Flüssen kommt noch hinzu, dass der Eigenthümer durch Anlagen auf seiner Seite den usus publicus z. B. die Schifffahrt in keiner Weise beeinträchtigen darf. Allein desshalb bleibt er doch immer Eigenthümer und zwar Eigenthümer eines bestimmten realen Theiles des „gemeinsamen“ Flusses. Broecker müsste, wenn er seine Argumentation weiter verfolgen wollte, zu dem Resultat kommen: ein beschränkter Eigenthümer ist kein Eigenthümer, was natürlich unhaltbar wäre. Ja, die Ansicht Broeckers dürfte zu verschiedenen nicht unbedenklichen Konsequenzen führen. Liegt nämlich bei Gemeinschaftlichkeit eines Flusses wirkliches Miteigenthum vor, so wäre in Anleitung des Art. 929 Keiner der Adjacenten berechtigt, ohne Zustimmung des andern über den angrenzenden Theil des Flusses rechtlich wirksame Dispositionen zu treffen. Er dürfte also z. B. seinen Theil nicht veräussern, verpfänden oder verpachten etc., ein Resultat, das auch Broecker schwerlich billigen wird. Nach unserer Ansicht jedoch sind solche Rechtsgeschäfte — in den früher angegebenen Grenzen natürlich und unbeschadet des an öffentlichen Flüssen stattfindenden usus publicus — durchaus wirksam. Der Eigenthümer des einzelnen Flusstheiles darf mit einem Wort mit demselben Alles vornehmen, wodurch er nicht den gegenüberliegenden Nachbaren in seiner Rechtssphäre resp. bei öffentlichen

Flüssen den (durch das staatliche Hoheits- und Aufsichtsrecht geschützten) Gemeingebrauch stört, hindert oder sonstwie verletzt. Zu dieser Auffassung muss man unbedingt gelangen, wenn man nur ohne Vorurtheil an den Art. 1013 herantritt und denselben einer möglichst genauen Analyse unterzieht.

Art. 1013 besteht aus zwei Sätzen, einem Haupt- oder Vordersatz und einem Neben- oder Nachsatz. Der Hauptsatz enthält die Regel, dass fliessende oder stehende Gewässer, welche die Grundstücke verschiedener Eigenthümer durchschneiden oder bespülen, im gemeinschaftlichen Eigenthum der Adjacenten stehen. Der mit „so dass" anhebende Nachsatz bestimmt die rechtliche Qualität dieser Gemeinschaftlichkeit näher dahin, dass jedem Adjacenten die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theiles zustehe. Liegt darin ein Widerspruch? Hebt der Nachsatz den Vordersatz nicht auf oder umgekehrt der Vordersatz den Nachsatz? Unserer Ansicht nach keineswegs. Beide Sätze bilden ein organisches Ganzes, es kommt also nur darauf an, den Gedankengang des Gesetzgebers in diesem Gesetze aus der Form, in die er ihn gekleidet, heraus zu schälen, den leitenden Gedanken, von dem der Gesetzgeber beherrscht wurde, zu ermitteln und zu entwickeln. Indem wir das thun, zeigt sich nun, dass der mit „so dass" beginnende Nachsatz das im Vordersatz ausgesprochene Princip bloss näher ausführt, die Art und Weise der Gemeinschaftlichkeit des Eigenthums genauer charakterisiert, ja, gerade die den Nachsatz einleitenden Worte: „so dass" zeigen, wie auch Gürgens in seiner 2. Schrift S. 31 richtig bemerkt, dass es sich hier um eine aus der Gemeinschaftlichkeit des Eigenthumes vom Gesetzgeber gezogene Folge handelt, aus welcher der Rückschluss auf die Thesis, den Vordersatz gewiss zulässig erscheint. Der Gesetzgeber will also sagen: die Gewässer stehen im gemeinschaftlichen Eigenthume der Adjacenten und zwar in der Weise, dass Jedem derselben die Benutzung des ihm gebührenden Theiles zusteht. Der Gesetzgeber hat sich hier mit den Worten: „gemeinschaftliches Eigenthum" einer Ausdrucksweise bedient, die im Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens zwar nicht ungebräuchlich, in der Rechtssprache aber unzureichend, ja verwirrend und daher unzulässig

erscheint und dieser Umstand ist bei Redaktion des Art. 1013 verhängnissvoll geworden. Nehmen wir ein praktisches Beispiel. Der Waldkomplex A ist in zwei Schläge getheilt, in Nr. I und Nr. II. Schlag Nr. I gehört dem X, Schlag Nr. II dem Y. Im Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens ist es nicht unrichtig, wenn man hier sagt: der Waldkomplex A gehört Beiden zusammen, dem X und dem Y, es ist ein gemeinschaftlicher Wald d. h. er steht im gemeinschaftlichen Eigenthume Beider. Der Laie wird sich sehr häufig so ausdrücken. Aber in juristischer Hinsicht ist diese Ausdrucksweise nicht nur nicht genau, sondern sogar falsch. Wenn der Laie auch statt Eigenthümer „Besitzer" sagt, so hat doch der Jurist Beides streng von einander zu scheiden. Der Jurist von Beruf muss eben die Worte genau abwägen, denn wie oft ist gerade im Gebiete des Rechts ein einziges Wort entscheidend! Noch mehr ist es daher zu verurtheilen, wenn sich der Gesetzgeber einer zu Missverständnissen Anlass gebenden, dem (unter Laien üblichen) Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens entnommenen Ausdrucksweise statt einer streng juristischen bedient. Hat er es gethan, so spricht man von einer mangelhaften Redaktion. Und einer solchen hat sich der Gesetzgeber in Art. 1013 schuldig gemacht, ja sie wird noch besonders verhängnissvoll durch den Umstand, dass der russische Text „gemeinschaftliches Eigenthum" mit „общая собственность" übersetzt, einem Ausdruck, der in der juristischen Terminologie der russischen Sprache das Miteigenthum, also das gemeinschaftliche Eigenthum nach ideellen Theilen, nach Bruchtheilen bezeichnet. Daran hat sich indess der Uebersetzer gar nicht weiter gekehrt. Wir aber sagen zusammenfassend: der Ausdruck: „gemeinschaftliches Eigenthum" durfte bei Redaktion des Art. 1013 nicht gebraucht werden, da er in dieser seiner Unbestimmtheit die Frage offen lässt, ob die Gemeinschaftlichkeit nach reellen oder ideellen Theilen stattfinden soll. Der Sprachgebrauch des Th. III des Prov.-Rs wenigstens bezeichnet, wie wir später sehen werden, mit „gemeinschaftliches Eigenthum" auch die communio pro partibus divisis d. h. die Gemeinschaft nach reellen Theilen. Allein die Ungenauigkeit, ja Fehlerhaftigkeit der Ausdrucksweise eines Gesetzes soll uns gerade noch mehr veranlassen, in den wahren Sinn desselben einzudringen, den wahren Sinn der vom Gesetzgeber gebrauchten Worte und den in denselben versteckten

gesetzgeberischen Willen aufzufinden und blosszulegen. Darin liegt die vornehmste Aufgabe des Gesetzesauslegers. Eine unbefangene Auslegung des Art. 1013 ergiebt aber, dass der Gesetzgeber mit dem von ihm gebrauchten Ausdruck: „gemeinschaftliches Eigenthum“ nur eine communio pro partibus divisis im Auge gehabt haben kann und zwar ist, wie bereits gezeigt, der Umstand von entschiedener Bedeutung für die Annahme eines „gemeinschaftlichen“ Eigenthums nach reellen Theilen, dass der Gesetzgeber die Einschränkung des dem einzelnen Adjacenten gebührenden Dispositionsrechts auf einen bestimmten Theil des Gewässers als Folge seines Eigenthums ansieht, was aus den Worten „so dass“ zur Genüge hervorgehen dürfte. Sind nun die im Nachsatz erwähnten „Theile“ ideelle oder reelle? Schon nach dem Vorhergehenden dürften die überwiegenden Gründe für das Letztere sprechen d. h. für die Annahme eines gemeinschaftlichen Eigenthums nach reellen, räumlich bestimmten Theilen. Broecker unterscheidet nicht gehörig zwischen dem ganzen Gewässer und den Theilen desselben, von welchen letztern allein in Art. 1013 die Rede ist, er übersieht, dass in diesem Art. von ideellen oder Bruchtheilen nirgends gesprochen wird und bemerkt nicht, dass er im Grunde nur mit seiner eigenen Auffassung in Widerspruch tritt, wenn er selbst anerkennt, dass Art. 1013 von einer Nutzung nach Theilen spricht. Kann man aber wirklich den Ausdruck „Theile“ in Art. 1013 von der Theilung des Rechtsinhalts verstehen, was ja gerade das Wesen der communio pro partibus indivisis ausmacht? Broecker scheint es zu thun, uns dagegen scheint eine solche Auffassung geradezu unmöglich, weil sie dem vom Gesetzgeber gebrauchten Ausdruck direct widerspricht. Wenn von Theilen des Gewässers gesprochen wird, so können doch darunter unmöglich Rechtstheile, ideelle Theile, also die Theilung des Rechtsinhalts verstanden werden. Wenn ja, so hätte das im Gesetz besonders bemerkt werden müssen, was nicht geschehen ist. — An körperlichen, reellen Theilen ist nun sowohl Gebrauch (usus) als auch Nutzniessung (usus fructus) möglich. Broecker kommt aber in der Auslegung des Art. 1013 zu dem Schlusse, dass nach genanntem Art. 1013 der Revenüengenuss (usus fructus) allerdings, nicht aber auch der blosse Gebrauch (usus) nur nach Bruchtheilen, der Gebrauch aber nach reellen Theilen stattfinde, er trennt also in der Behandlung des Art. 1013 den usus vom usus fructus, behandelt also

in Beziehung auf ersteren das in Art. 1013 erwähnte gemeinsame Eigenthum als Eigenthum nach reellen Theilen, in Beziehung auf den letztern dagegen als Eigenthum nach ideellen Theilen d. h. als Miteigenthum, kurz er geräth wiederum mit dem von ihm selbst im Princip vertretenen Satz, dass ein Miteigenthum nicht zugleich ein Eigenthum nach reellen Theilen sein könne, in Widerspruch. Anders vermögen wir es uns nicht zu erklären, wenn Broecker (S. 5 in seiner 2-ten Schrift) die Behauptung Gürgens, dass der Adjacent nach Art. 1013 „nicht, wie beim Miteigenthum der Fall ist, nach Bruchtheilen (Art. 933—935), sondern nach räumlich bestimmten Theilen (Art. 1013, 1021 und 1034)“ einfach mit dem Hinweis darauf zurückweist, dass nach den Artt. über das Miteigenthum wohl der Revenüengenuss, nicht aber auch der usus nach Bruchtheilen stattfinde, ja ein Gebrauch nach Bruchtheilen logisch unstatuierbar sei. Denn nunmehr scheint Broecker sowohl in Art. 935 als auch in Art. 1013 einen usus nach reellen Theilen ausgesprochen zu finden.

Kann man nun den „gemeinschaftlichen Fluss“ theilen, ja ist überhaupt die reale Theilung eines Gewässers, insbesondere eines Flusses möglich oder nicht? Da der Fluss d. h. insbesondere das Bett, wie früher von uns ausgeführt worden, lediglich Theil der anliegenden Grundstücke ist, so können wir von unserem Standpunkte aus nur zu der bejahenden Antwort gelangen: der Fluss als Raum gedacht ist in demselben Maasse theilbar, wie jedes Grundstück theilbar ist. Broecker (S. 56 ff seiner 2-ten Schrift) leugnet die Möglichkeit einer realen Theilung. Das Eigenthum am Bette ziehe nicht auch das Eigenthum an dem darüberstehenden resp. darüberhinziehenden Wasser nach sich. Letzteres sei das dominierende Element, lasse jedoch als solches eine reale Theilung nicht zu. Man könne sich eine reale Theilung z. B. eines Flusses überhaupt nicht vorstellen und auch Art. 1013 sage mit keinem Worte, wie, nach welchem Modus eine derartige reale Theilung stattfinden solle. Die Analogie der Artt. 761 ff. über die Theilung des alveus relictus und der insula in flumine nata sei offenbar unzulässig. Den letzten Satz beweist Broecker weiter garnicht. Wir sehen nicht ein, wesshalb diese Analogie hier unzulässig sein soll? Ein vernünftiger Grund dafür lässt sich schwerlich auffinden. Auch die übrigen Einwendungen Broeckers gegen die physische Möglichkeit einer körperlichen Theilung verlieren ihre Bedeutung, wenn

man die von Broecker garnicht berücksichtigten Artt. 1021 und 1034—1036 heranzieht und in Verbindung mit Art. 1013 bringt. Artt. 1021, 1034 und 1036 erkennen ausdrücklich die Möglichkeit einer realen Theilung des gemeinsamen Flusses an, indem sie den Modus angeben, nach welchem die räumliche Abgrenzung stattfinden soll. So sagt zunächst Art. 1021:

„Gehören beide Ufer verschiedenen Eigenthümern, so darf in Liv- und Estland jeder derselben seine Wehre nicht weiter, als auf die Hälfte seines Antheils schlagen."

Wenn nun dieser Antheil selbst nicht bestimmt sein, sich nicht als körperlicher, realer, sondern als Bruchtheil darstellen soll wie soll der einzelne Adjacent dann das in Art. 1021 ausgesprochene Verbot beobachten können? Wie soll die Hälfte seines Antheils bestimmt werden, wenn dieser Antheil selbst nicht bestimmt ist? Wenn ein gewisser Raum, die Königsader (Artt. 1020 und 1023) von den Adjacenten für den Durchzug der Fische und die freie Durchfahrt des Publikums freigelassen werden soll und zwar in Livland 12 resp. 6 Ellen, in Kurland 14 resp. 8 Ellen, so erkennt doch der Gesetzgeber damit die Möglichkeit der Herstellung einer gewissen Abgrenzung auch auf der Wassermasse ausdrücklich an. Entgegengesetzten Falles würde er etwas Unmögliches statuiert haben, nämlich die Beobachtung oder Respektierung eines körperlichen Raumes, trotzdem ein solcher de facto gar nicht vorhanden ist.

Die Theilung findet nun aber so statt, dass Jedem der gegenüberliegenden Adjacenten das Eigenthum an der Hälfte des Flusses resp. der Flussstrecke gebührt und diese Hälfte wird durch die Mitte des Flusses d. h. durch die durch den Fluss zu ziehende Mittellinie gegeben. Das geht klar hervor aus Artt. 1034 [1]) und 1036. Ersterer lautet in seinem 2-ten Theil:

„In einem die Grenze zwischen zwei Gütern bildenden Gewässer übt jeder anwohnende Gutseigenthümer die Fischerei auf seiner Hälfte aus."

In Art. 1036 heisst es:

---

1) Auch Gürgens in seiner 2-ten Schrift S. 31 beruft sich auf Artt. 1021 u. 1034.

„In öffentlichen Flüssen steht das Recht der Fischerei allen angrenzenden Grundeigenthümern, soweit ihre Grenze reicht, bis zur Mitte des Flusses, zu.“

Endlich erscheint uns auch — im Gegensatz zu Broecker — die Berufung auf die Bestimmungen des Prov.-Rs. über die insula in flumine nata und den alveus relictus in Artt. 761 ff., wo die Theilung gleichfalls nach Maassgabe der durch den Fluss zu ziehenden Mittellinie stattzufinden hat, nicht stichhaltig. Freilich, eine bleibende revisorische Grenzlinie lässt sich auf der Wasserfläche nicht ziehen, das ist unmöglich. Allein abgesehen davon, dass sich gewisse Merk- oder Grenzpunkte auch auf dem Wasser, so z. B. durch auf dem Bett eingerammte und über die Wasserfläche hinausragende Pfähle, durch Schwimmbojen oder schwimmende Korkstücke etc. sehr wohl angeben lassen, ist auch eine revisorische Abgrenzung durch Ziehung eines Grenzstriches durch die Mitte des Flusses längs den Ufern wie ein solcher mit rother Farbe auf den Grundkarten vom Landmesser vermerkt zu werden pflegt, durchaus möglich, ja eine solche wird z. B. direkt angenommen in Art. 1034 in fin., wo es in Bezug auf Seen zunächst heisst:

„Sind übrigen auf Charten oder in sonstigen Gutsdocumenten die Gränzen der Güter durch den See gezogen, so fischt jeder Gutsherr in seinem Antheil zu jeder Zeit nach freier Willkühr.“

Man hat eben in solchen Fällen die Mittellinie als durch das Wasser auf dem Boden des Bettes längs den Ufern laufend anzusehen und sich die Sache so vorzustellen, dass dieser Grenzlinie auf dem Bette eine zweite nur in der Vorstellung existierende, genau über der Bettlinie laufende entspricht, derart, dass beide Linien körperlich aufeinander gelegt sich decken müssten. Sind solche durch die Mitte des Flusses gehende Linien auf den Grundkarten nicht vermerkt, so hat man sie sich doch in der beschriebenen Weise als existierend vorzustellen, ja eine solche Abgrenzung wird dann geradezu als durch das Gesetz fingiert anzusehen sein. So also sind die Theile des Art. 1013 beschaffen, es sind körperlich reelle, räumlich abgegrenzte Theile des Flusses oder Sees und die Gemeinschaftlichkeit des Eigenthums mithin als eine Gemeinschaft nach reellen, räumlich begrenzten Theilen aufzufassen. Art. 1013 hat eben Beides unterlassen, die Eigenschaft der „Theile,“ die Art und Weise der Theilung und wie sie stattfinden soll, aus-

drücklich näher zu bestimmen, er hat es unterlassen, sich behufs einer solchen nähern Bestimmung auf die Artt. 761 ff., 1021 und 1034—1036, in denen der Theilungsmodus genau angegeben ist, zu berufen resp. auf dieselben zu verweisen, vielleicht, weil er eine solche Verweisung angesichts der Existenz eben jener Artikel für unnütz halten mochte. Diese Unterlassung aber, in gleicher Weise jedoch auch der nur zu leicht zu Missverständnissen und Verwirrungen Anlass gebende Gebrauch des Wortes „Benutzung," an dessen Stelle es richtiger „Figenthum" hätte heissen müssen, involvieren weitere schwerwiegende Fehler in der Redaktion des Art. 1013. Ja, man kann füglich behaupten, dass die ganze Kontroverse über die Beschaffenheit der in Art. 1013 erwähnten Theile des gemeinschaftlichen Gewässers bei sorgfältiger Redaktion dieses Artikels gar nicht hätte entstehen können. Liegt nun also in Art. 1013 eine wirkliche communio pro partibus divisis vor, was in aller Welt kann uns wohl hindern, dem Eigenthümer des betreffenden Flusstheiles die aus dem Eigenthum fliessenden Rechte, also auch das Recht der Theilung, Veräusserung und Verpachtung, testamentarischer und sonstiger letztwilliger Verfügung darüber zuzugestehen, die ihm Broecker (S. 51 seiner 2-ten Schrift) ohne Grund absprechen will?

Hat sich unsere Beweisführung bisher hauptsächlich auf eine Interpretation des Art. 1013 beschränkt, so werden wir nachstehends auf Grundlage einer Vergleichung der vom Miteigenthum handelnden Art. 927 ff. mit Art. 1013 zu zeigen versuchen, dass eine Anwendung der in jenen Artt. enthaltenen Grundsätze auf den von Art. 1013 ins Auge gefassten Fall, die, wenn Broeckers Auffassung des Art. 1013 richtig wäre, unbedingt statthaft sein muss, juristisch nicht wohl möglich erscheint, zu den bedenklichsten Konsequenzen führen würde und daher fraglos zu verwerfen ist, so dass wir auf diesem Wege in der That zu dem Satz gelangen müssen: da Art. 1013 von einer Theilung nach reellen Theilen spricht, so kann er logischerweise unmöglich von einer Theilung nach ideellen Theilen, also einem wahren Miteigenthum verstanden werden, ein Satz, welcher der Broecker'schen Auffassung diametral widersprechen würde. Zu diesem Behufe beginnen wir zunächst mit Art. 927, den wir mit Art. 1013 gleichsam confrontieren:

Art. 927: „Ein Miteigenthum findet statt, wenn dieselbe ungetheilte Sache mehreren Personen, den Miteigenthümern, nicht nach bestimmten reellen, sondern bloss nach ideellen Theilen, gehört, so dass nur eine Theilung des Rechtsinhalts vorliegt.“

Art. 1013: „Diejenigen fliessenden sowohl, als stehenden Gewässer, welche die Grundstücke verschiedener Eigenthümer durchschneiden oder bespülen stehen im gemeinschaftlichen Eigenthum der angränzenden Grundherren, so dass jedem die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theiles zusteht.“

Wäre nun Art. 1013 wirklich von einem Miteigenthum zu verstehen, so müsste darin ausgedrückt sein, dass eine Theilung der Sache überhaupt nicht stattfinde, sondern nur eine Theilung des Rechtsinhalts, dass mithin die ganze Sache den Miteigenthümern realiter ungetheilt nach ideellen Theilen zustehe. Davon findet man aber in Art. 1013 keine Spur. Nirgends ist in demselben die Rede von einer blossen Theilung des Rechtsinhalts, nirgends davon, dass dieselbe Sache ungetheilt Mehreren zusteht, ja, im Gegentheil, es ist der Ausdruck: „ungetheilt“ in dem Texte des Art. 1013 geflissentlich vermieden und an Stelle dessen wird ausdrücklich von Theilen gesprochen: jedem der Adjacenten soll die Benutzung eines Theiles zustehen und zwar des Theiles des Gewässers, der in casu concreto sein Gebiet durchschneidet oder bespült. Ein ideeller, also nur in der Vorstellung existierender Theil eines gemeinschaftlichen Gewässers kann aber doch nicht das Gebiet des Adjacenten durchschneiden oder bespülen, ein unkörperliches Ding kann nicht die Funktionen eines körperlichen ausüben, ein an keinen Raum gebundenes nicht die eines räumlichen. Das ist logisch und physisch unmöglich. Art. 1013 hätte nicht so lauten können, wie er thatsächlich lautet, wenn er ein Miteigenthum im Auge gehabt hätte. In striktem Gegensatz zu Art. 1013 bestimmt aber Art. 927, dass beim Miteigenthum die Sache selbst gar nicht getheilt werde, dass sie im Gegentheil den mehreren Miteigenthümern ungetheilt zustehe, ja er hebt des Weitern ausdrücklich hervor, dass keinem dieser Miteigenthümer ein bestimmter reeller, körperlicher Theil an der gemeinschaftlichen Sache zustehe, dass vielmehr nur eine Theilung des Rechtsinhalts, also nach ideellen Theilen stattfinde. So wie von räumlichen Theilen gesprochen wird, wird der Begriff des Miteigenthums, der sich

eben mit einer reellen Theilung absolut nicht verträgt, aufgegeben. Gerade das geschieht aber bei der Fassung, die Art. 1013 erhalten hat, in welchem weder etwas von ideellen Theilen noch von einer Theilung des Rechtsinhalts vorkommt. Wäre ferner Broeckers Ansicht richtig, so würde sie in einen unlösbaren Konflikt mit der Bestimmung des Art. 929 gerathen. Dieser besagt nämlich:

„Ueber den Gegenstand des Miteigenthums — über das Ganze sowohl als über bestimmte einzelne Theile — kann nur der vereinte Wille der Miteigenthümer verfügen: alle Dispositionen eines Einzelnen darüber sind nicht nur ungültig, sondern dieser ist auch den anderen Miteigenthümern zum Ersatz des dadurch etwa veranlassten Schadens verpflichtet".

Wäre also Art. 1013 vom Miteigenthum zu verstehen, so wäre offenbar kein Adjacent berechtigt, ohne Einwilligung der übrigen Adjacenten den sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theil zu nutzen resp. über denselben mittelst Rechtsgeschäften irgend welcher Art zu verfügen. Art. 1013 bestimmt aber das Gegentheil, er gesteht ausdrücklich jedem der Anlieger die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theiles zu, ohne dass hierzu eine diesbezügliche Einwilligung der andern Adjacenten erfordert wird. Nach Broecker müsste dagegen — um nur ein Beispiel anzuführen — in Grundlage des Art. 929 cit. jeder Adjacent die Erträgnisse der von ihm auf seinem Theil ausgeübten Fischerei mit den übrigen Adjacenten nach ideellen Theilen und zwar, wie das Art. 934 vorschreibt, nach der Grösse seines (ideellen) Antheils theilen, wogegen er nach der richtigen Auffassung des Art. 1013 das durchaus nicht zu thun braucht, sondern im Gegentheil diese Erträgnisse für sich und zwar nur für sich, ohne den Uebrigen etwas abzugeben oder sie zu entschädigen, behalten darf, auf Grund des ihm gebührenden, auch die Fruchtziehung in sich schliessenden Eigenthumsrechts. Zu den obengeschilderten Konsequenzen muss Broecker, wenn er seine Auslegung des Art. 1013 aufrechterhalten will, in der That gelangen, obwohl er sie de facto nirgends ausspricht.

Art. 940 enthält die bekannte, aus dem Römischen Recht genommene Regel, dass in Ermangelung diesbezüglicher besonderer Bestimmungen kein Miteigenthümer gezwungen werden kann,

in dem Verhältnisse des Miteigenthums zu verbleiben, vielmehr hat er zu jeder Zeit die actio communi dividundo, die der Natur der Sache nach unverjährbar ist. Für mein Theil weiss ich nicht, wie Broecker diesen Art. mit seiner Auslegung des Art. 1013 in Einklang bringen will. Sobald man nämlich den Art. 1013, wie Broecker das will, von einer communio pro partibus indivisis versteht, muss ja jeder Adjacent zu jeglicher Zeit die Theilung und zwar die Theilung des gemeinschaftlichen Gewässers nach bestimmten, räumlichen Theilen verlangen können. Das wäre ja aber hier unmöglich, da es an einem Objekt der Theilung mangeln würde. Was soll denn getheilt werden? Der einzelne Theil des Adjacenten? Dieser aber steht ja eben vermöge desselben Art. 1013 schon ihm, dem Adjacenten zur ausschliesslichen Benutzung zu, es bedarf da also nicht nur keiner weiteren Theilung, sondern diese ist sogar begrifflich und der Natur der Sache nach gar nicht möglich, eben weil sie schon von jeher existiert, weil von jeher schon eine Abgrenzung der einzelnen den Adjacenten gebührenden Theile vorliegt. Die ganze gemeinschaftliche Sache? Aber diese ist ja auf Grund des Art. 1013 schon getheilt und zwar in der Weise, dass jedem Anlieger der sein Gebiet durchschneidende oder bespülende Theil, also bereits ein reeller Theil gebührt. Art. 1013 würde ja sonst eine doppelte Theilung vorschreiben, was thatsächlich nicht der Fall ist. Da also eine reelle Theilung nicht möglich ist, so hätte, wenn man Broeckers Auslegung des Art. 1013 folgen wollte, in Art. 940 unter Verweisung auf Art. 1013 darauf hingewiesen werden müssen, dass die daselbst ausgesprochene Regel von der jederzeit jedem Miteigenthümer freistehenden Theilungsberechtigung eine Ausnahme erleide und zwar eine Ausnahme für den Fall, dass jedem Miteigenthümer ein räumlicher Theil des gemeinschaftlichen Ganzen zustehe, wie das Art. 1013 vorschreibe, auf Grund dessen Theilung nicht verlangt werden könne. Da aber der Satz, dass dem Miteigenthümer ein reeller Theil an der gemeinschaftlichen Sache gebühre, eine contradictio in adjecto enthält, logisch also, ohne den Begriff des Miteigenthums aufzuheben, gar nicht aufgestellt werden kann, so ist auch jene Ausnahme überall nicht statuierbar, daher auch von Art. 940 selbst nirgends statuiert. Sind somit die in Art. 927 ausgesprochenen Grundsätze auf Art. 1013 unanwendbar, so weist andererseits eine Vergleichung der Anm. 1 zu

Art. 927 mit Art. 1013 die vollständige Uebereinstimmung beider mit einander auf.

Art. 927 Anm. 1: „Steht mehreren Personen ein gemeinsames Eigenthum an demselben Ganzen dergestalt zu, dass jeder ein reeller bestimmter Antheil daran zugehört, so ist kein Miteigenthum in dem in Art. 927 angegebenen Sinn vorhanden, sondern die reellen Theile sind als selbständige Ganze, und mithin als Gegenstand eines selbständigen Eigenthums, jeder einzelnen Person anzusehen".

Art. 1013: „Diejenigen fliessenden sowohl als stehenden Gewässer, welche die Grundstücke verschiedener Eigenthümer durchschneiden oder bespülen, stehen im gemeinschaftlichen Eigenthum der angrenzenden Grundherrn, so dass jedem die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theiles zusteht".

Dass der das Gebiet des in Rede stehenden Adjacenten durchschneidende oder dasselbe bespülende Theil der gemeinschaftlichen Gewässers nur als räumlicher, reeller, nicht aber als ideeller Theil oder Antheil aufgefasst werden kann, glauben wir im Vorhergehenden nachgewiesen zu haben und wenn nun weiter die Anm. 1 zu Art. 927 ein Getheiltsein nach reell bestimmten Theilen verbis expressis als getheiltes Eigenthum bezeichnet, wenn daselbst gerade im Gegentheil gesagt wird, dass in solchen Fällen ein Miteigenthum nicht vorliege, so ist es auch nicht mehr möglich, Art. 1013 als von einem solchen Miteigenthum handelnd aufzufassen. Handelt aber Art. 1013 nicht von Miteigenthum, kann er gar nicht von einem solchen handeln, so kann er nur vom reell getheilten Eigenthume, dessen einzelne Theile selbständige Ganze für sich bilden und als Gegenstände selbständigen Eigenthumes in Frage kommen, verstanden werden. — Leider hat der Gesetzgeber auch in der Anm. 1 zu Art. 927 die ausdrückliche Verweisung auf Art. 1013 unterlassen, allein das Resultat, zu dem wir gelangt sind, scheint jetzt nicht mehr zweifelhaft zu sein. Wir fassen es in den kurzen Satz zusammen: Art. 1013 ist von einer communio pro partibus divisis d. h. von einem nach räumlichen Theilen getheilten Eigenthum zu verstehen[1]). Die unmittelbare

1) Zu diesem Resultat kommt auch Erdmann System B. II S. 74 Note 6.

Folge davon ist, dass jeder Adjacent über den sein Gebiet durchschneidenden Theil des Flusses die Eigenthumsbefugnisse auszuüben berechtigt ist, er kann mithin über seinen räumlich bestimmten d. h. bis zur Mittellinie des Flusses reichenden Theil durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden sowohl, als auch durch letztwillige Verfügungen nach Gefallen disponieren, usus und usus fructus stehen ihm gleich jedem andern Eigenthümer frei. Das Einzige ist, dass er resp. seine Rechtsnachfolger, sobald der Fluss ein öffentlicher ist, den Gemeingebrauch stets unangetastet lassen müssen. Art. 1013 müsste also unserer Ansicht nach so lauten: „Wenn ein stehendes oder fliessendes Gewässer die Grundstücke verschiedener Eigenthümer durchschneidet oder bespült, so liegt kein Miteigenthum [d. h. eine Theilung des Rechtsinhalts (Art. 927) ff.] vor, sondern jedem Adjacenten gebührt das Eigenthumsrecht an einem bestimmten räumlichen Theile, nämlich dem sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theile, wobei die Grenze nach Maassgabe des in Artt. 761 ff. und 1036 angegebenen Modus bestimmt wird."

XI.

Bemerkungen über die sogenannte ehemännliche Assistenz.

Art. 29 Th. III des Prov.-Rs. bestimmt, dass die Ehefrau bei Veräusserung ihres unbeweglichen Sondergutes den Rath ihres Ehemannes einzuholen verpflichtet sei. Jegliche eine solche Veräusserung oder Belastung betreffende Verbindungsschriften müssen mithin vom Ehemann als dem gesetzlichen Beirath mitunterzeichnet werden. Fehlt diese ehemännliche Einwilligung — die übrigens nicht nothwendig auf dem Verpflichtungsdokumente selbst, sondern ebensowohl auch in Form einer selbständigen Urkunde ausgedrückt werden kann — so ist die von der Ehefrau einseitig eingegangene Verbindlichkeit unwirksam und letztere, die Ehefrau, ist zu nichts gehalten, sie kann sich ihrer Verbindlichkeit — unbeschadet allerdings einer späteren mit Ratihabition seitens des Ehemannes verbundenen Anerkennung derselben — jederzeit hinterziehen. Verpfändet also z. B. die Ehefrau das ihr nach dem Rechte des Sondergutes gehörige Immobil, belastet sie es sonst irgendwie mit einem dinglichen Rechte zu Gunsten eines Andern,

z. B. mit einer Servitut, Reallast etc. oder veräussert sie es gar, so sind derartige Rechtsakte nur dann vollgültig, wenn der Ehemann die Verpflichtungs- oder Veräusserungsurkunde mitunterzeichnet oder sonstwie seine Einwilligung dazu gegeben hat. Die Krepostbehörde wäre desshalb nicht berechtigt, die auf Rechtsakte der bezeichneten Art bezüglichen Urkunden zur Korroboration entgegenzunehmen, wenn die Einwilligung des Ehemannes nicht vorliegt (vgl. die in Abth. IV und VI dieser Schrift angeff. Artt. des Krepostreglements.).

In der Praxis macht sich nun aber nicht selten das Bestreben bemerkbar, der Bestimmung des Art. 29 cit. eine ungebührliche Ausdehnung zu geben, insofern nämlich zuweilen die Behauptung vertreten wird, dass jede einzelne von einer Ehefrau unterzeichnete Urkunde, insbesondere auch jede Vollmachtsurkunde der Mitunterzeichnung seitens des Ehemannes „in ehemännlicher Assistenz" oder „als ehelicher Beirath" („Assistent")[1]) bedürften, ohne welche sie der vollen Wirksamkeit ermangeln sollen. —

Um die Unrichtigkeit dieser Ansicht darzuthun, wird es nöthig sein, die Grenzlinien dieser ehefräulichen Beschränkung genauer zu ziehen.

Art. 29 statuiert eine Beschränkung der freien Dispositionsbefugniss der Frau hinsichtlich ihres Sondergutes nur in Bezug auf Immobilien, die in casu concreto den Gegenstand des Sonderguts bilden. Besteht nun aber das Sondergut nicht in Immobilien, sondern in Mobilien, also z. B. Werthpapieren, baarem Gelde, Kostbarkeiten, Möbeln, Juwelen etc., so cessiert die Anwendbarkeit des Art. 29. Derartige Gegenstände kann die Frau mithin auch ganz ohne Konsens ihres Mannes gültig veräussern, verpfänden oder sonstwie dinglich belasten[2]). Selbst ein nur von der Ehefrau allein ausgestellter Schuldschein ist als solcher vollkommen wirksam und exigibel, auch wenn die ehemännliche Einwilligung nicht vorliegt, an welchem Vermögen freilich, an der gemein-

---

1) Die Ausdrücke „Beirath" und „Assistent" finden sich insbesondere in Artt. 8 und 11 Th. III des Prov. Rs.

2) Vgl. Zwingmann: „Civilrechtliche Entscheidungen" in Jahrg. IV der „Zeitschrift für Rechtswissenschaft, herausgegeben von der juristischen Fakultät der Universität Dorpat" (1873) S. 269.

schaftlichen Gütermasse oder dem Sondergut, das ist eine andere Frage, die nicht hierher gehört. Ja, auch was die Testamentserrichtung anbetrifft, bedarf die Ehefrau wenigstens nach Kurländischem und Revalschem Recht der ehemännlichen Assistenz keineswegs, in den übrigen Rechtsgebieten allerdings [1]), allein selbst dort, wo die ehemännliche Einwilligung zur Testamentserrichtung seitens des Ehemannes hartnäckig und ohne offenbaren Grund (z. B. aus Eigennutz) verweigert wird, kann die Ehefrau die richterliche Supplierung der ehemännlichen Einwilligung verlangen [2]).

Ob die Ehefrau einen Adoptionsakt ohne Assistenz ihres Ehemannes vornehmen und die erforderliche Urkunde darüber unterzeichnen darf oder nicht, ist zwar im Prov.-R. (vgl. Artt. 175—192), das über diesen Punkt vollständiges Schweigen bewahrt, nicht gesagt, muss aber gleichwohl unbedenklich geleugnet werden. Einmal nämlich darf nach Art. 175 Th. III des Prov.-Rs. nur eine solche Person rechtsgültig adoptieren, die über sich und das Ihrige uneingeschränkt mit voller Wirksamkeit zu verfügen berechtigt ist. Bei der Ehefrau aber, die durch Eingehung der Ehe nicht nur in Beziehung auf ihr Vermögen, sondern auch der Person der ehevogteilichen Vormundschaft des Mannes unterworfen wird und sich dem Willen des Ehemannes zu fügen hat [3]), ist eine derartige uneingeschränkte Dispositionsbefugniss keineswegs in dem Maasse vorhanden, wie sie die Voraussetzung des Art. 175 bildet [4]).

Der Ehemann hat die Lasten und Kosten des Haushaltes zu tragen, er muss für einen seinem Stande und Vermögen angemessenen Unterhalt der Frau sorgen und diese Pflicht erstreckt sich in gleicher Weise auf die Kinder, die leiblichen sowohl, wie die adoptierten und in Pflegkindschaft angenommenen. Durch einseitig ohne Wissen und Willen des Mannes seitens der Ehefrau

---

1) Vgl. Artt. 1991 und 1992 Th. III des Prov.-Rs. Vorausgesetzt wird natürlich, dass der Ehemann nicht selbst zum Erben eingesetzt wird, denn dann kann er nicht assistieren, sondern es muss ein Anderer an seine Stelle treten. (Vgl. Art. 1991 cit.).

2) Vgl. Art. 1991 in fine.

3) Vgl. Artt. 8, 11 u. 12 Th. III des Prov.-Rs.

4) Auch Art. 183 verlangt vorzugweise die Einwilligung des Adoptivvaters, während von der Adoptivmutter nicht die Rede ist.

vorgenommene Adoptionen würden aber diese dem Manne obliegenden und von ihm zu bestreitenden Lasten und Kosten in erheblicher Weise vermehrt werden, er braucht daher — falls das Bezirks- oder Waisengericht die einseitig ohne ehemännliche Assistenz erfolgte Adoption eines Kindes durch die Frau überhaupt acceptieren, wozu sie nach dem Geist unserer Provincialgesetze offenbar nicht berechtigt sein dürften — eine solche Adoption für sich nicht anzuerkennen und ebenso kann die Ehefrau von dieser hinterher wieder zurücktreten. Wenn ausserdem beim Verhältniss zwischen Eltern und Kindern, insbesondere was die Erziehung der Kinder, Erlaubnissertheilung zur Heirath etc. anbetrifft, der Wille des Vaters ausschlaggebend ist [1]) — was sich in gleicher Weise auch auf die adoptierten Kinder bezieht — so muss es auch bei der anders als durch Geburt z. B. durch Adoption erfolgenden Begründung der elterlichen resp. väterlichen Gewalt vor Allem auf den Willen des Adoptivvaters also des Ehemannes ankommen, der ja das Haupt der ganzen Familie ist. Die ehemännliche Assistenz resp. Mitunterzeichnung der Adoptionsurkunde seitens des Ehemannes sowie der damit zusammenhängende Mitvortritt des Ehemannes vor dem Waisen- oder Bezirksgerichte ist also das Mindeste, was in praxi bei Adoptionen durch die Ehefrau seitens der kompetenten Behörden verlangt werden muss: die Ehefrau allein für sich kann nicht adoptieren.

Umgekehrt lässt sich aus Art. 183 die unmittelbare Folgerung ableiten, dass die Zustimmung der Mutter allein zur Adoption ihres eheleiblichen Kindes seitens Anderer nicht genügend sein kann, denn nach diesem Art. wird ausdrücklich die Einwilligung der leiblichen Eltern, also auch des Vaters, ja nöthigenfalls sogar nur des letztern erfordert. Der ehemännliche Konsens steht also hier sozusagen im Vordergrunde, er ist die Hauptsache, die blosse Assistenz des Ehemannes kommt mithin in vorliegendem eigentlich gar nicht zur Perception. — Die vermögensrechtlichen Dispositionsbefugnisse der Ehefrau, soweit solche ohne ehemännliche Assistenz wenigstens mit voller Wirksamkeit nicht ausgeübt zu werden vermögen, haben wir in grossen Zügen schon früher berührt. Es erübrigt nun noch die Berücksichtigung einiger anderer Punkte, zunächst nämlich derjenigen

1) Vgl. Art. 197 Th. III des Prov.-Rs.

nicht vermögensrechtlichen Verträge, die einseitig von der Ehefrau ohne Konsens des Ehemannes abgeschlossen das eheliche Zusammenleben entweder nicht unbedeutend beeinträchtigen resp. erschweren, oder dasselbe sogar ganz unmöglich machen, insofern also eine unerlaubte Schmälerung der ehemännlichen Rechtssphäre involvieren würden. Denn der Ehemann ist nach Art. 8 P. 2 Th. III des Prov.-Rs. berechtigt, den Wohnort der Ehefrau zu bestimmen und von ihr zu verlangen, dass sie ihm überall nachfolge. Dieses Recht des Ehemannes würde aber offenbar illusorisch sein, wenn es der Frau gestattet sein sollte, sogar gegen den Willen des Mannes z. B. einen Gesindevertrag abzuschliessen und sich auf Grund eines solchen Vertrages als Dienende, womöglich noch an einem vom Wohnort des Mannes entfernten Orte zu verdingen. Derartige Verträge bedürfen daher zu ihrer Gültigkeit stets der Einwilligung des Ehemannes, die, wenn der Vertrag schriftlich geschlossen wird, entweder durch in „ehelicher Assistenz" erfolgende Mitunterzeichnung der Vertragsurkunde seitens des Ehemannes oder auf Grundlage eines besondern diese Einwilligung enthaltenden Dokumentes zu erfolgen hat. Von diesem Erfordernisse der ehemännlichen Einwilligung darf keine derartige Rechtsakte beglaubigende Behörde oder Amtsperson absehen.

Die in Art. 4191 enthaltene Vorschrift des Provincialrechts, nämlich dass Frauen ohne Zustimmung ihrer Ehemänner sich nicht als Dienstboten verdingen dürfen, lässt sich analogisch auch auf jede Art von Dienstverträgen (Art. 4172—4192) ausdehnen, soweit durch die Beschaffenheit der von der Frau übernommenen Dienstleistungen oder in Folge der in casu concreto getroffenen besonderen Verabredungen der Zweck der Ehe, nämlich das eheliche Zusammenleben gefährdet oder gar unmöglich gemacht wird. Um ein Beispiel anzuführen, kann es der Fall sein, dass der Mann in Riga wohnt und seine Frau sich als Näherin oder Verkäuferin in einem in Reval befindlichen Näh- oder Kaufgeschäft verdingen will, oder dass sie daselbst die persönliche Leitung eines Baues oder Lieferung eines bestimmten Gegenstandes übernimmt. Auch derartige Rechtsgeschäfte dürften nur dann gültig sein, wenn der Mann hierzu seine Einwilligung gegeben hat. Wird desshalb darüber ein schriftlicher Vertrag errichtet, so ist stets die Mitunterzeichnung desselben seitens des Ehemannes in seiner Eigenschaft als „ehelicher Assistent" oder „Beirath" erforderlich.

Dementsprechend wird man für das Provincialrecht das allgemeine Princip aufstellen können: alle diejenigen Verträge, durch welche die Zwecke der Ehe unmöglich gemacht oder ungebührlich erschwert werden, sind ungültig, sobald sie von der Ehefrau allein, ohne Einwilligung des Ehemannes geschlossen werden, sie sind gültig, wenn die Einwilligung sofort beim Vertragsschluss z. B. durch Mitunterzeichnung der schriftlichen Vertragsurkunde oder in Gestalt nachträglicher Ratihabition erfolgt.

Bei den von der Ehefrau ohne Assistenz des Ehemannes ausgestellten Vollmachten trifft nun das offenbar nicht zu. Auf sie ist also die von uns aufgestellte Regel nicht anzuwenden: durch Ausstellung einer Vollmacht an einen Dritten wird der Ehezweck an sich weder gefährdet oder erschwert, noch vereitelt. Allein auch hier sind gewisse Einschränkungen zu machen. Dieselben betreffen alle diejenigen (von uns bereits namhaftgemachten) Fälle, wo die ehemännliche Mitwirkung bei dem von der Ehefrau beabsichtigten Rechtsgeschäfte unerlässliches Erforderniss ist. Wenn also z. B. Gegenstand der von der Frau ausgestellten Vollmacht die Vornahme von Rechtsakten bildet, bei denen die Assistenz des Ehemannes gesetzliches Erforderniss ist, wenn die Frau z. B. Jemanden unter Anderem auch zum Verkauf oder zur Verpfändung der ihr gehörigen Immobilien oder zum Abschluss von Dienst- oder Gesindeverträgen über die vorhin angegebenen Grenzen hinaus bevollmächtigt, ohne dass der Mann die Vollmacht als ehelicher Assistent mitunterzeichnet hat, so entbehrt eine solche Vollmacht insoweit der Gültigkeit, während sie in ihren andern Theilen sehr wohl rechtsgültig bleiben kann. Handelt es sich dagegen um rein processualische Vollmachten d. h. um Vollmachten zur Vornahme processualischer Handlungen, insbesondere auch um Vollmachten zur Führung aller Sachen bei den Friedensrichtern etc. ferner um Vollmachten zur Führung von Sachen bei Administrativ- und Kommunalbehörden oder Amtspersonen (z. B. Hebung von Geld aus Bankinstituten), so ist eine Mitunterzeichnung der Vollmachtsurkunde seitens des Ehemannes in ehemännlicher Assistenz nicht erforderlich. Denn die Ehefrau kann nach heutigem Provincialrecht auch

allein ohne Mitwirkung des Ehemannes Processe führen[1]) und Geld heben. Daraus geht hervor, dass eine sogenannte Universalvollmacht, falls sie nur von der Frau allein unterschrieben ist, zum Theil wirksam, zum Theil unwirksam sein kann, falls und insofern nämlich ein Theil der Rechtshandlungen, zu deren Vornahme der Stellvertreter von der Frau ermächtigt wird, zur Kategorie derjenigen Rechtsgeschäfte gehört, welche die ehemännliche Mitwirkung resp. Mitunterzeichnung unbedingt erfordern, der andere Theil dagegen nicht zu dieser Kategorie gehört. Gar nicht in Frage können natürlich alle diejenigen Rechtsakte kommen, die von der Frau eo ipso nur höchst persönlich also mit Ausschluss jeglicher Stellvertretung vorgenommen werden können, wie das z. B. bei der Testamentserrichtung und der Adoption der Fall ist.

Aus unsern bisherigen Ausführungen erhellt mithin soviel, dass die ehemännliche Assistenz bei Vornahme von Rechtsgeschäften seitens der Frau nach provinciellem Privatrecht durchaus nicht in allen, sondern nur in ganz bestimmten Fällen erforderlich ist[2]).

---

1) Andere freilich behaupten, dass die sogenannte „ehemännliche Kriegsvogtei" auch noch im heutigen Provincialrecht zurechtbestehe, so insbesondere Zwingmann in der cit. Abhandlung (in der Zeitschrift für Rechtswissenschaft Jahrg. IV) S. 245 ff., allein gewiss mit Unrecht, denn Art. 9. Th. III des Prov.-Rs, auf den Z. sich stützt, besagt nur, dass die Ehefrau das Recht habe, in allen Fällen des Lebens, insbesondere ihren Rechtsangelegenheiten den Schutz und Beistand ihres Mannes zu verlangen. Insoweit, aber auch nur insoweit ist der Ehemann verpflichtet, dem Verlangen der Frau Folge zu leisten. Aeussert die Frau ein solches Verlangen nicht, so kann die ehemännliche Assistenz nicht zur Perception gelangen, die Gerichte wären also dann auch nicht, wie Zwingmann S. 271 behauptet, verpflichtet, verheirathete Frauen nur in Assistenz ihrer Ehemänner zur Vornahme processualer Handlungen zuzulassen. Die richtige, auch auf Art. 91 Th. III des Prov.-Rs. gestützte Ansicht findet sich auch bei Erdmann: „Das Güterrecht der Ehegatten nach dem Provinzialrecht Liv- Est- und Curlands" (1872) S. 45 f., wo die Selbständigkeit der Ehefrau in der Führung ihrer Processangelegenheiten mit Entschiedenheit behauptet wird. Dagegen ist die ehemännliche Assistenz bei der Processführung der Frau unbedingt erforderlich nach den Rechten der Curl. Bauerverordnung v. J. 1817, § 377 P. 3, der Livl. B.-V. v. J. 1860 § 778 P. 3 u. der Esthl. B.-V. v. J. 1856 § 110.

2) Innerhalb dieser Grenzen sind also jeglicher Art Bittschriften, Eingaben, ja selbst Klagen formell auch dann gültig, wenn sie nur von der Ehefrau ohne Assistenz des Mannes unterzeichnet sind.

XII.

Zur Erhebung der Stempelsteuer bei gegenseitigen Testamenten.

Noch während des Druckes vorliegender Schrift kam mir die Nr. 6 der „Deutschen Juristen-Zeitung“ (Jahrg. VIII, 1902) in die Hände. Daselbst findet sich auf S. 141 unter der Rubrik: „Neue Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts in Civilsachen,“ mitgetheilt von Reichsgerichtsrath Planck (Leipzig), ein Bericht über ein Urtheil des Reichsgerichts, betreffend den Modus der Stempelsteuererhebung bei gegenseitigen korrespektiven Testamenten. Der oberste Deutsche Gerichtshof gelangt in demselben auf Grund des § 2270 des B. G. B. f. das Deutsche Reich zu dem eigenthümlichen Resultat, dass bei einem gemeinschaftlichen Testament [1]), soweit es korrespektiv ist, im Grunde genommen zwei letztwillige, allerdings in ihrer Wirksamksit von einander abhängige Verfügungen vorlägen, folglich also nach § 10 Abs. 2 des preussischen Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 die in letzterem vorgeschriebene Stempelsteuer von 1,50 M. für jedes der beiden Testamente gesondert zu erheben sei. Das Reichsgericht lässt sich dabei von der Erwägung leiten, dass in den letztwilligen Verfügungen der beiden Ehegatten zwei einseitige, selbständige rechtsgeschäftliche Willensakte der zwei Erblasser enthalten seien, die lediglich durch deren eigenen, vom Gesetz als wirksam anerkannten Willen in ihrer Wirksamkeit dergestalt von einander abhängig gemacht worden seien, dass die eine Verfügung mit der andern stehe und falle. Allein weder die geschilderte Abhängigkeit beider Testamente von einander noch die Gemeinschaft des Errichtungsaktes oder des Testierzweckes seien genügend, um sie beide zu einer letztwilligen Verfügung zu machen. Es müsse daher die Stempelsteuer wie für zwei Rechtsgeschäfte

1) Dasselbe ist im Gegensatz zum gemeinen und provinciellen Recht (Art. 2409 Th. III des Prov. Rs., Windscheid Lehrb. B. III S. 96 ff.) nur zwischen Ehegatten möglich, vgl. § 2265 des B. G. B. f. das Deutsche Reich, Buchka: „Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht.“ (3. Aufl.) S. 480.

erhoben werden. — Diesen Ausführungen ist jedoch schwerlich beizustimmen. So scheint es uns vor Allem verfehlt, wenn das Reichsgericht über das wichtige Moment der Korrespektivität so leicht hinweggeht, ohne zu bemerken, dass gerade hierauf entscheidendes Gewicht für die Beantwortung der Frage gelegt werden muss, ob das korrespektive Testament der Ehegatten wirklich sich als Doppeltestament darstellt, also zwei letztwillige Verfügungen involviert oder ob es ein Testament ist. Sind es gleichwohl zwei Willensäusserungen, nicht eine einzige, um die es sich bei dem korrespektiven Testamente handelt, so sind diese beiden Willensäusserungen dennoch durch des Band der Korrespektivität bis zu dem Grade innig miteinander verkettet, dass man unmöglich mehr von zweien, sondern nur von einem Rechtsgeschäfte, einem Testamente sprechen kann. Und zwar zeigt sich die Innigkeit dieser Verknüpfung darin, dass das Schicksal der einen Willensäusserung von dem der andern absolut abhängig ist. Fällt die eine zusammen — und sei es auch nur durch Widerruf — so findet dasselbe auch mit der andern statt. Beide Willensäusserungen sind in ein Ganzes zusammengeflossen, sie werden beide von einem Gefäss umschlossen. Wäre es anders, so könnte die Willensänderung des einen Ehegatten unmöglich irgend welchen Einfluss auf die Verfügung des andern Ehegatten ausüben, letztere müsste vielmehr von ersterer gänzlich unberührt bleiben. —

Zu dem innern Bindegliede der Korrespektivität kommt aber noch das äussere der unitas actus hinzu. In der That handelt es sich bei dem gegenseitigen Testamente der Ehegatten nach dem Recht des B. G. B., wie ja auch das Reichsgericht selbst anerkennt, um einen Errichtungsakt. Der eine Testamentsakt bildet die äussere sichtbare Form, in welche gekleidet uns die zu einem Ganzen zusammengeschweisste beiderseitige testamentarische Willenserklärung der Ehegatten entgegentritt, mag auch jenes Ganze sich ursprünglich aus zwei Elementen, nämlich den Willenselementen der beiden Ehegatten zusammensetzen. Das Mindeste also, was man zugeben muss, ist, dass es sich bei dem korrespektiven Testamente um einem Rechtsakt, um ein Testament handelt, das aber eigentlich zwei ineinanderfliessende und von einander abhängige testamentarische Willensäusserungen in sich schliesst.

Zu der hier vertretenen Ansicht führen aber noch anderweitige Erwägungen, so vor Allem, dass das B. G. B. überall nur von „dem gemeinschaftlichen Testament", also im Singular spricht (vgl. §§ 2265—2273), was nicht hätte der Fall sein können, wenn der Gesetzgeber das gegenseitige Testament als zwei letztwillige Verfügungen aufgefasst hätte. Spricht also einerseits die Ausdrucksweise, deren sich der Gesetzgeber bedient, gegen die Richtigkeit der reichsgerichtlichen Auffassung, so lässt sich auch andererseits § 2267 des B. G. B. mit derselben schlechterdings nicht in Einklang bringen. Denn nach diesem § soll es zur Errichtung eines gemeinschaftlichen (ebenso also auch eines korrespektiven) Testamentes genügen, wenn einer der Ehegatten das Testament in der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte nur eine dahin gehende Erklärung hinzufügt, dass dieses Testament auch als sein letzter Wille zu gelten habe. Denn unzweifelhaft ist die Anwendung der in § 2267 ausgedrückten Vorschrift auf das in § 2270 vorgesehene korrespektive Testament, das ja nur eine besondere Abart des gemeinschaftlichen Testaments ist, zulässig. Steht aber erst die Zulässigkeit einer derartigen Anwendung fest, so ist damit insofern ein weiteres Argument gegen die reichsgerichtliche Auffassung gegeben, als man ja die erwähnte ganz kurze, auf die fremde Willensäusserung des Einen bezugnehmende Hinzufügung seitens des andern Ehegatten schwerlich als einen dem ersten Rechtsgeschäft in äusserer Hinsicht gleichwerthigen Akt bezeichnen kann. Ist aber das der Fall, so darf auch bei Erhebung der Stempelsteuer nur auf die eigentliche Haupturkunde, auf die Testamentsurkunde, die als solche nur einen Rechtsakt enthält und schon ihrem Wesen nach einheitlich ist, Rücksicht genommen, die Stempelsteuer also nicht von zweien, sondern nur von einem Testamente erhoben werden. Denn offenbar ist alle und jede Stempelsteuer, so auch die des preussischen Staates nur eine von den die Rechtsgeschäfte enthaltenden Urkunden d. h. den zu Papier gebrachten Errichtungsakten zu erhebende Steuer. Es muss also immer auf die Einheit oder Mehrheit des Errichtungsaktes, nicht auf die Einheit oder Mehrheit der darin enthaltenen Willensäusserungen gesehen werden, wenn es sich um die Frage handelt, ob eine Urkunde mit der einfachen wie für ein Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Stempel-

steuer, oder aus dem Grunde mit dem Doppelbetrage des vorgeschriebenen Steuersatzes besteuert werden soll, weil in casu concreto zwei Rechtsgeschäfte in Frage kommen. —

Trägt das Reichsgericht jener von uns hervorgehobenen Einheit des Errichtungsaktes bei den korrespektiven Testamenten der Ehegatten so wenig Rechnung, dass es, was das (äussere) Formerforderniss der Stempelsteuerhebung anbelangt, den einen Errichtungsakt wie zwei (gleichsam von einander unabhängige) Rechtsakte behandelt, so fordert die Konsequenz, dass auch die übrigen Formerfordernisse der Testamente dieselbe Behandlungsweise erfahren müssen. Die Folge davon wäre unter Anderem die, dass auch die Anzahl der nach § 2233 für das ordentliche (öffentliche) Testament erforderlichen Zeugen oder Notare für die Errichtung gegenseitigkorrespektiver Testamente in Anbetracht dessen, dass eigentlich zwei Testamente vorhanden sind, verdoppelt werden müsste, die testierenden Ehegatten resp. der errichtende Notar mithin nicht einen Notar oder zwei Zeugen sondern zwei Notare oder vier Zeugen hinzuziehen müssten. Zur Ziehung einer solchen Konsequenz wird sich aber das Reichsgericht zuverlässig nie bereit erklären. —

Wir sehen somit aus dem Vorhergehenden, dass das Reichsgericht in der von uns besprochenen Entscheidung mit der von ihm selbst behaupteten Unität des Errichtungsaktes bei korrespektiven Testamenten in Widerspruch tritt, wenn es die Stempelsteuer wie für zwei Testamente erhoben werden lässt, denn das Erforderniss der Entrichtung der gehörigen Stempelsteuer ist Formrequisit und worin kann sich die Einheit des Errichtungsaktes deutlicher zeigen, als in der Gemeinsamkeit der Formrequisite?! — Die Unzulänglichkeit der reichsgerichtlichen Auffassung lässt sich indess noch an einem weitern Beispiel zeigen, das durchaus nicht so weit hergeholt ist, wie es auf den ersten Blick vielleicht scheinen möchte. Anerkanntermaassen wird nämlich die Stempelsteuer nach preussischem Stempelrecht (wie in allen andern Staaten) nur in den Fällen der schriftlichen Errichtung des Rechtsgeschäfts erhoben, die mündliche Errichtung dagegen bleibt von einer solchen Erhebung — wie das schon in der Natur der Sache liegt — befreit [1]). Nun kennt aber das B. G. B. für

1) Für das neue Stempelsteuergesetz des russischen Reiches vom 10. Juli 1900 wird das von Olschamowski (Ольшамовскій) in seiner

mehrere besonders privilegierte Fälle auch das mündliche (private) Testament, so insbesondere das schon dem gemeinen Recht bekannte testamentum pestis tempore conditum (vgl. § 2250) und das Testament Desjenigen, der sich während einer Seereise an Bord eines deutschen nicht zur Kaiserlichen Marine gehörenden Schiffes ausserhalb eines inländischen Hafens befindet [1]). Wenn man nun fortgesetzt von dem Errichtungsakt als solchem abstrahieren und einzig und allein die Beschaffenheit der Willenserklärung entscheiden lassen will und zwar überall, in jeder Hinsicht, so kann man in der That dahin gelangen, auch mündliche Willensäusserungen resp. Willensvereinigungen, insbesondere also auch mündliche Testamente der Stempelsteuer zu unterwerfen, was doch offenbar zu den grössten Ungereimtheiten führen würde.

Unserer Ansicht nach ist also die angeführte reichsgerichtliche Entscheidung als irrig im Princip durchaus zu bekämpfen: es unterliegt keinem Zweifel, dass die Stempelsteuer bei korrespectiven Testamenten nach Preussischem Stempelgesetz im einfachen, nicht in doppeltem Betrage zu erheben ist, eben weil es sich nicht um zwei Testamente, sondern nur um ein einziges handelt, ein Resultat, dessen Richtigkeit auch durch den Umstand unterstützt wird, dass weder die einschlägigen von der Testamentserrichtung handelnden §§ 2229—2273 des B. G. B., noch auch das erwähnte Preussische Stempelgesetz Anhaltspunkte für eine besondere in irgend einer Hinsicht von der allgemeinen Regel abweichende Behandlungsweise der zwischen Ehegatten uno actu errichteten korespektiven Testamente an die Hand geben. — So viel nach dem Recht des B. G. B. und dem preussischen Stempelrecht. Allein auch für die Praxis des Provincialrechts entsteht die für das preussische Stempelsteuergesetz aufgeworfene und vom Reichsgericht in dem angegebenen Sinne entschiedene Frage nach dem bei der Besteuerung gegenseitiger Testamente zu beobachtenden Modus und zwar lassen sich hier — wie wir gleich von vorneherein konstatieren wollen — mutatis mutandis dieselben Gründe gegen eine doppelte Besteuerung eines solchen gegenseitigen

Schrift: „По вопросамъ о примѣненіи новаго гербоваго устава" (2. Ausg., Petersburg 1901). S. 7 ausdrücklich hervorgehoben.

1) Vgl. auch Buchka l. c. S. 477 f.

Testamentes geltend machen, die wir im Vorhergehenden ins Feld geführt haben, daher also der Gang der folgenden Untersuchung eine wesentliche Vereinfachung erfahren kann.

Vorauszuschicken ist Folgendes: das provincielle Privatrecht unterscheidet sich vom B. G. B. in unserer Materie schon darin, dass es in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht reciproke und insbesondere korrespektive Testamente nicht bloss unter Ehegatten, sondern auch unter andern Personen zulässt, mögen diese nun miteinander verwandt sein oder nicht[1]). Somit ist das Anwendungsgebiet unserer Regel für das Provincialrecht ein viel grösseres als für das Recht des B. G. B.

Was sodann die Unität des Errichtungsaktes bei derartigen Testamenten anbelangt, so erhellt eine solche aus den Gesetzen selbst und ist auch in Theorie[2]) und Praxis anstandslos anerkannt. So sprechen die Art. 2409—2420 Th. III des Prov.-R. immer von dem gegenseitigen Testamente, gebrauchen also immer die Minderheit, während das Wesen der Korrespektivität am Schlusse des Art. 2409 dahin präcisiert wird, dass dieselbe dann vorläge, wenn die eine Erbeseinsetzung durch die Existenz und Gültigkeit der anderen bedingt sei, mithin beide miteinander stehen und fallen, was in Art. 2414 mit besonderer Beziehung auf die Aufhebung des Testaments durch Widerruf beispielsweise wiederholt wird.

Davon, dass man es bei gegenseitigen Testamenten im Grunde genommen mit zweien Testamente zu thun hat, ist in den einschlägigen Artt. des Th. III des Prov.-Rs nirgends die Rede. Nimmt man hinzu, dass die provincialrechtlichen Normen über die Testamentserrichtung (vgl. Artt. 2060—2105) der gegenseitigen Testamente gar keine besondere Erwähnung thun, somit also augenscheinlich keine von dem gewöhnlichen Errichtungsmodus abweichende Behandlung desselben beabsichtigen, dass folglich die Zahl der hinzuzuziehenden Zeugen weder bei privaten gegenseitigen Testamenten, noch bei den notariell errichteten (vgl. Artt. 2025—2039 der Forts. zu Th. III des Prov.-Rs) verdoppelt zu werden braucht, vielmehr die gewöhnliche Anzahl genügt, so kann man zu keinem

---

1) Vgl Erdmann: System B. III. S. 229 ff., Art. 2109 Th. III des Prov.-Rs.

2) Vgl. Erdmann: System B. III l. c.

andern Resultat als dem gelangen, dass auch das korrespektive Testament des Provincialrechts nur als ein Testament, als eine zu einem Rechtsakt zusammengefasste Willensäusserung Mehrerer aufgefasst zu werden vermag. Wenn das aber richtig ist, so kann auch die laut Art. 13 P. 8 des neuen Stempelsteuergesetzes vom 10. Juni 1900 bei Testamenten im Betrage von einer einrubligen Stempelmarke für jeden Bogen zu entrichtende Stempelsteuer, auch wenn es sich um gegenseitige und insbesondere korrespektive Testamente [1]) handelt, nur in dem angegebenen, nicht etwa in dem doppelten Steuerbetrage erhoben werden. Ist also z. B. das korrespektive Testament auf zwei Bogen geschrieben, so müssen diese beiden Bogen zusamengenommen nicht mit vier, sondern nur mit zwei Marken à einen Rubel versehen werden, d. h. mit je einer Marke à einen Rubel für jeden Bogen (der Bogen, листъ, ist gleich zweien Halbblättern). Anders liegt die Sache, wenn thatsächlich zwei Testamentsakte errichtet worden sind, so zwar, dass der Testator in seinem Testamente Jemanden in der Weise zu seinem Erben instituiert, dass er die Gültigkeit dieser Erbeseinsetzung von der Aufrechterhaltung des von seinem Erben zu seines, des Testators Gunsten in einem früheren Zeitpunkt errichteten Testamentes abhängig macht, während der Instituierte ein ähnliches Testament errichtet hat. Da hier in der That auch äusserlich zwei letztwillige Verfügungen vorhanden sind, so muss selbstredend jedes der beiden Testamente mit der einrubligen Stempelmarke für jeden Bogen besteuert werden. Dieser Fall ist aber uneigentlich und gehört daher gar nicht hierher, denn natürlich kann hier gar nicht von der einfachen oder doppelten Besteuerung eines Dokumentes die Rede sein. Dagegen bilden eine eigentliche Ausnahme die auch vom gemeinen Recht anerkannten gemeinschaftlichen Testamente ohne gegenseitige Instituierung. In Fällen solcher Art hat man es wirklich mit zweien Testamenten, nicht etwa nur mit einem zu thun, es muss daher eine doppelte Besteuerung des betreffenden Testamentes d. h. mittelst zweier Marken à 1 Rubel für jeden Bogen stattfinden [2]).

1) Natürlich sind hier nur die notariell errichteten Testamente gemeint, da Privattestamente laut Art. 2078 Th. III des Prov.-Rs. überhaupt von jeder Stempelsteuer befreit sind.

2) Vgl. auch Erdmann: System B. III S. 229 u. die das. in Note 3 angegebene Litteratur.

Auch die Praxis hat sich stillschweigend und unbeanstandet für die von uns vertretene einfache Besteuerung der gegenseitigen Testamente ausgesprochen.

Dass unsere Frage, deren Beantwortung diese Zeilen gewidmet waren, bislang weder von der Theorie aufgeworfen, noch in der Praxis angeregt worden ist, mag seinen tiefern Grund weniger darin haben, dass die Wissenschaft seit jeher und mit Vorliebe rein praktische Disciplinen, wie z. B. Stempelsteuerrecht, Notariatsordnung etc. theoretischer Durchforschung resp. Darstellung für nicht werth erachtet hat, als vielmehr in der unsern praktischen Juristen zum grössten Theil innewohnenden Abneigung gegen wissenschaftliche Reflexionen sowie überhaupt gegen jede Wissenschaft zu suchen sein, zu deren Pflege es ihnen zumeist an Lust, seltener an Zeit und Fähigkeit gebricht [1]). Wer für die Erscheinungen des täglichen Rechtslebens wirkliches Interesse hat und nicht achtlos an ihnen vorübergeht, der findet auch dort Ausbeute, wo der Unachtsame nur Gewöhnliches, sich von selbst Verstehendes sieht: das Auge der Wissenschaft aber sieht schärfer und dringt, wenn es sich einmal eines Gegenstandes bemächtigt hat, auch in tiefere, von der Praxis gar nicht beachtete Regionen ein. Die Wissenschaft begründet oft das, was die Praxis unbewusst und mehr instinktartig übt.

Nachtrag zur Abhandlung Nr. II.

Um Missverständnissen vorzubeugen, erachte ich es für geboten, noch hinzuzufügen, dass ich mit der von mir betonten gemischten Natur der Reallast nicht etwa etwas ganz Neues, noch von Niemanden Behauptetes sagen wollte, sondern dass meine Absicht nur dahin ging, zu zeigen, wie wünschenswerth es wäre, wenn sich auch in der Theorie des ostseeprovinciellen Privatrechts die Auffassung der Reallast als eines eigenthümlich gearteten, die Mitte zwischen dinglichem und persönlichem Recht haltenden Zwitterrechts immer mehr einbürgern würde.

1) Vgl. im Uebrigen über das Verhältniss von Theorie zur Praxis das in der Abhandlung Nr. V Gesagte.

Inhaltsverzeichniss.

Seite.

Vorwort 5

I. Erstreckt sich das für gewisse Fälle vorgesehene bäuerliche Privilegium der Befreiung von Krepost-, Schenkungsposchlinen und Stempelsteuer auch auf eine in casu contrahierende ganze Gemeinde als solche? 7

II. Noch einige Worte über die juristische Natur der Reallast. . . . 15

III. Ist das Testament des Selbstmörders nach ostseeprovinciellem Privatrecht ungültig? 34

IV. Ist die Nichtangabe der Verpflichtung zur Zinsenzahlung resp. der Höhe des Zinsfusses bei Immobiliarpfandverschreibungen ein genügender Grund für die Verweigerung der Korroboration seitens der zuständigen Krepostbehörde? 41

V. Einiges über die Bedeutung der Senatsentscheidungen, insbesondere das Verhältniss der Artt. 813 u. 815 der Civilprocessordnung und der Artt. 930 u. 933 der Criminalprocessordnung zu Art. XXVI der Einleitung zu Theil III des Provincialrechts, nebst verschiedenen Vorschlägen. 49

VI. Einiges über den formellen Abschluss der Eheverträge nach dem Justizreformgesetze vom 9. Juli 1889. 113

VII. Bemerkungen über die Korroboration der durch die Bauerkommissare zu bestätigenden bäuerlichen Kontrakte in Livland. 128

VIII. Einiges über das Verhältniss des russischen zum deutschen Texte des Th. III. des Provincialrechts. 137

IX. Bemerkungen zur Haftung der ehefräulichen Immodilien für die Mannesschulden nach livländischem Stadtrecht. 146

X. Bemerkungen zur Lehre vom Wasserrecht. 166

XI. Bemerkungen über die sogenannte ehemännliche Assistenz. . . . 216

XII. Zur Erhebung der Stempelsteuer bei gegenseitigen Testamenten. 223

Nachtrag 231

Alle Rechte, insbesondere auch das der Uebersetzung vorbehalten.