

Fünf Fragen

aus dem

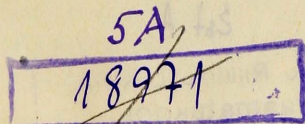
Provincialrecht

von

Hermann v. Lutzau,

Notar des Rigaschen Bezirksgerichts, Kandidat der Rechtswissenschaft.

Lemfal.



89078



Riga, 1899.

Verlag von Jond & Poliewsky, Riga.

WIKIPEDIA

1886 2111

Charakteristik

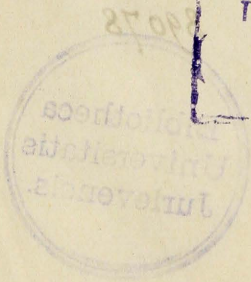
1888

Дозволено цензурою. — Рига, 3 Января 1900 г.

Est-A

Tartu Riikliku Ülikooli
Raamatukogu

9864



Alle Rechte, insbesondere auch das der Uebersetzung, vorbehalten.

Gedruckt in der Litho-Typographischen Anstalt Schnafenburg, Riga, Marzallstr. 5.

„In necessariis unitas, in dubiis
libertas, in omnibus caritas“.

VORWORT

Fünf Fragen aus dem Provinzialrecht.

Meiner Frau

Mary v. Lubau

gewidmet.

Der Verfasser.

A. 785

1870

Der Verfasser.

Vorwort.

Vorliegende fünf Aufsätze, die hiermit einer freundlichen Aufnahme des juristischen Publikums empfohlen werden, sind hauptsächlich durch verschiedene irrthümliche Ansichten veranlaßt worden, die in der Praxis herrschen oder doch wenigstens dem Verfasser zu herrschen schienen. Habe ich im Einzelnen geirrt und will Mancher die aufgeworfenen Fragen resp. Zweifel als solche nicht anerkennen, so bleibt mir doch der doppelte Trost, nämlich erstens nach dem Erforschen der Wahrheit wenigstens gestrebt zu haben und zweitens eventuell den Anstoß zu einer präciseren Fassung resp. Behandlung mancher Materien gegeben zu haben.

Mein hochverehrter Kollege Herr Not. publ. C. Rosenthal in Jurjew, mein einstiger Mentor in der Notariatspraxis, dem ich hierdurch für die in seiner Kanzellei genossene praktische Ausbildung meinen herzlichsten Dank ausspreche, wird es mir hoffentlich nicht verargen, wenn ich in Frage 5 zu von ihm abweichenden Resultaten gelangt bin. Handelt es sich ja doch hier nur um einen wissenschaftlichen, keinen persönlichen Streit.

Lemsal im September 1899.

Der Verfasser.

Fünf Fragen aus dem Provincialrecht.

1. Ein Beitrag zur Interpretation des Art. 1329 Th. III des Provincialrechts.
2. Einige Bemerkungen zur Lehre von der Einmischung des Gerichts bei Nachlassenschaftsregulirungen, insbesondere der Sicherstellung des Nachlasses nach Liv-, Esth- und Kurländischem Privatrecht.
3. Kann ein Ehegatte nach Livländischem Stadtrecht den andern Ehegatten gültig zu seinem Universalerben einsetzen?
4. Einige Worte über die Eingehung des Vollmachtsvertrages nach Provincialrecht.
5. Bemerkungen zur Lehre des Provincialrechts vom Retentionsrecht des Vermiethers an den investis und illatis des Miethers nach dem Gesetz über die Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen vom 9. Juli 1889.

1.

Ein Beitrag zur Interpretation des Art. 1329 Th. III des Provincialrechts.

Es ist ein im Römischen Recht bekannter Satz, daß Gebäude, Bäume, sowie überhaupt Pflanzen Theile des Grundes und Bodens, auf dem sie stehen resp. wurzeln, sind¹⁾. In einer nicht mißzuverstehenden Weise lehren uns das die Institutionen. So erfahren wir zunächst aus § 29, pr. lib. II, tit. I, wo es heißt:

„Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse intelligitur dominus aedificii, quia omne, quod in aedificatur, solo cedit“, daß der Grund, weshalb der fremde Material auf eigenem Grund und Boden Verbauende dennoch Eigenthümer des aus solchem Material aufgeführten Gebäudes wird, darin zu suchen ist, daß das Gebäude Theil des Bodens, auf dem es steht, wird, gewissermaßen als Zuwachs desselben in Frage kommt, resp. daß die beweglichen Gegenstände, aus denen das Gebäude besteht, z. B. die Balken und Steine, in Folge ihrer Verbindung mit dem Grunde und Boden eine *res soli* geworden sind. Damit vollkommen übereinstimmend ist es, wenn wir im § 30 pr. derselben Stelle dem Satze begegnen, daß der auf fremdem Grunde und Boden mit eigenem Material Bauende das Eigenthum am Gebäude zu Gunsten des Grundeigenthümers verliert:

„Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cuius et solum est“, wo offenbar ganz dieselbe Erwägung maßgebend ist. Ja, es scheint, das Römische Recht ging in diesem letzteren Fall sogar soweit, daß es geradezu annahm, der Bauende veräußere das Material an den Herrn des Grundes und Bodens, wenn er, obgleich er weiß, daß der Grund und Boden ein fremder ist, auf letzterem trotzdem aus eigenem Material einen Bau aufführt, wie wir aus demselben § 30 erfahren:

„Sed hoc casu materiae dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo aedificare.“

¹⁾ Vgl. Windscheid Lehrb. B. I, § 139, S. 398, Note 3.

Für die Pflanz en gelten im Römischen Recht dieselben Grundsätze, nur mußte hier noch dazukommen, daß die auf fremdem resp. eigenem Grunde und Boden gepflanzte Pflanze in letzterem auch wirklich Wurzel geschlagen haben mußte, insofern erst dann von einer wirklichen Verbindung der Pflanze mit dem Boden, resp. davon gesprochen werden konnte, daß die Pflanze Theil des Grundes und Bodens geworden war²⁾.

Denselben Grundsätzen begegnen wir im Theil III des Provincialrechts wieder. So bestimmt zunächst Art. 771: „Als Theil des Grundes und Bodens ist das auf demselben aufgeführte und damit fest verbundene Gebäude anzusehen.“

Mit letzterem Art. stimmen überein :

Art. 772. Errichtet Jemand wissentlich auf fremdem Grund und Boden ein feststehendes Gebäude, so kann er für dasselbe insoweit, als es unter den Begriff eines nothwendigen Aufwandes fällt (Art. 577), Ersatz verlangen, insoweit es dagegen unter den Begriff des nützlichen oder luxuriösen Aufwandes fällt, bloß das Recht der Wegnahme, unter der in den Artt. 582 und 83 angegebenen Beschränkung, geltend machen.“

Art. 773. „Wenn der Bauende aus entschuldbarem Irrthum auf fremdem Grunde baute, so kann er, wenn er von dem Eigenthümer auf Herausgabe des Grundstückes belangt wird, diese so lange verweigern, bis er Ersatz für das Gebäude erlangt hat. Fällt jedoch das Gebäude unter den Begriff des luxuriösen Aufwandes, oder ist der Aufwand den Verhältnissen des Grundeigenthümers nicht angemessen, ist ihm namentlich der Ersatz beschwerlich, so steht dem Bauenden nur das Recht zu, das Gebäude wegzunehmen“ (Art. 583).

Art. 774: „Befand sich derjenige, der aus entschuldbarem Irrthum auf fremdem Grunde gebaut hat, zur Zeit des begonnenen Rechtsstreits nicht mehr im Besitz des Grundstücks, so kann er nur wegen der Gebäude, welche unter den Begriff des nothwendigen Aufwandes fallen, Schadloshaltung verlangen, wegen der übrigen Bauten hat er nur das Recht der Wegnahme, auf Grundlage der Artt. 582 und 83“.

Art. 775: „Verbaute der Eigenthümer des Grundes und Bodens auf demselben im guten Glauben fremdes Material, so erlangt er an letzterem zwar das Eigenthum, muß aber dem bisherigen Eigenthümer den Werth des Materials, d. h. umwieviel er

²⁾ Vgl. Inst. eod. § 31.

reicher geworden ist, bezahlen. War der Bauende dagegen im bösen Glauben, so hat er dem bisherigen Eigenthümer des Materials den vollen Schadensersatz zu leisten“.

Vgl. auch noch Artt. 777 ff.

Die angeführten Gesetzesartikel mögen genügen, um die völlige Uebereinstimmung des Provincialrechts mit der diesbezüglichen Lehre des Römischen Rechts nachzuweisen, ohne daß man nöthig hat, noch besonders auf den Umstand aufmerksam zu machen, daß die genannten Artikel als Quellen überall nur Stellen aus dem Corpus juris anführen. Der Eigenthümer des Grundes und Bodens könnte in keinem Fall zur Leistung des Ersatzes für das von einem Andern auf seinem Grunde und Boden errichtete Gebäude gezwungen werden, wenn letzteres durch die Thatsache der Ausführung nicht Theil seines Eigenthums werden, sondern vielmehr ein Eigenthum des Erbauers verbleiben würde. Ebenso würde umgekehrt von einer Verpflichtung des fremden Material auf eigenem Grunde und Boden Verbauenden, dem Eigenthümer des Baumaterials Ersatz zu leisten, nicht die Rede sein können, wenn der Grundeigenthümer durch die Thatsache des Bauens nicht zugleich das Eigenthum an dem von ihm zum Bau verwandten Materiale erlangen würde. Es entsteht nun die Frage: gilt der Satz: „Omne quod inaedificatur, solo cedit“ im Provincialrecht ausnahmslos oder giebt es von demselben Ausnahmen? Und wenn letzteres der Fall, welches sind diese Ausnahmen und wie lassen sie sich erklären?

Die Hauptveranlassung zu der eben aufgeworfenen Frage bildet die Bestimmung des Art. 1329, Th. III des Provincialrechts, dessen Wortlaut folgender ist:

„Der Grundzinsmann darf, ohne Einwilligung des Grundherrn, das Grundstück weder mit Servituten, noch mit Hypotheken oder anderen Lasten beschweren. An den auf dem Grundstücke von ihm aufgeführten Gebäuden aber darf er sowohl Dienstbarkeiten, als auch Hypotheken bestellen.“

Nach diesem Artikel wird das (vom Grundzinsmann) aufgeführte Gebäude gewissermaßen als selbstständiges Rechtsobjekt aufgefaßt, insofern der Erbauende berechtigt sein soll, auch ohne Erlaubniß des Grundeigenthümers Pfandrechte und Servituten an demselben zu bestellen. Da sich diese Bestimmung mit dem in den Artt. 771 ff. ausgedrückten Princip sonst nicht vereinigen läßt, so ist man in der That genöthigt, in dem Fall des Art. 1329 eine der oben erwähnten Ausnahmen zu erblicken. Schon früher ist behauptet worden und zwar gerade in Anlehnung an den letztgenannten Artikel, daß hinsichtlich der vom Grundzinsmann auf dem Grundzinsgrundstücke errichteten Gebäude eine Aus-

nahme von der sonst vom Provincialrecht vertretenen Regel: *omne quod inaedificatur u. s. w. eintrete*. Diese Anschauung hat unter Anderen besonders B. Kupffer in seinem Aufsatz: „Zwei Fragen aus dem Provinziellen Privatrecht“³⁾ bekämpft, der S. 122 f. darauf hinweist, daß auch der Erbpfandbesitzer, trotzdem daß er nicht Eigenthümer der Gebäude sei, letztere dennoch verpfänden und belasten dürfe. Dem Grundzinsmann gebühre eben nur ein *jus in re aliena*, er habe also kein eigentliches Eigenthum an den von ihm aufgeführten Gebäuden, letztere fielen vielmehr als Theile des Grundes und Bodens *ipso jure* dem Grundherrn eigenthümlich zu, woher in Art. 1329 eine Ausnahme von der Regel: *omne, quod inaedificatur . . .* nicht gesehen werden könne.

Weshalb der Grundzinsmann in dem einen Fall zur Verpfändung resp. Belastung der Einwilligung des Grundherrn bedarf, in dem andern dagegen nicht, ist durch die Ausführungen Kupffers keineswegs genügend erklärt. Wie dem aber auch sei, jedenfalls geht auch Kupffer von der Möglichkeit der Pfandbestellung des Grundzinsmannes an den von ihm errichteten Gebäuden allein aus⁴⁾, wodurch er trotz allen Sträubens diesen Fall als Ausnahme von der Regel „*omne, quod inaedificatur*“ u. s. w. anerkennt.

Fallen nun die von dem Grundzinsmann aufgeführten Gebäude letzterem ausschließlich als Eigenthum zu, ohne daß der Grundherr ein Obereigenthum daran zurückbehält, so würde sich die Bestimmung des 2. Theils des Art. 1329 um so eher als die logische Folge des Satzes, daß man über sein Eigenthum beliebig disponiren kann, herausstellen, sowie umgekehrt aus dem Umstande, daß der Grundzinsmann die von ihm errichteten Gebäude verpfänden und sonst irgendwie belasten darf, ohne hierzu einer Erlaubniß des Grundherrn zu bedürfen, auf eine exceptionelle rechtliche Behandlung derartiger Gebäude geschlossen werden dürfte, insofern es letzterenfalls keinem Zweifel unterliegen kann, daß an den vom Grundzinsmann auf dem Grundzinsstücke errichteten Gebäuden allein, weil sie selbstständige und zwar ihm gehörige Rechtsobjekte sind, auch ohne Erlaubniß des Grundeigenthümers gültige Verpfändungsschriften errichtet und mit voller Wirksamkeit ingrossirt werden können. Ueberhaupt ist man vor folgende zwei Alternativen gestellt: entweder nämlich ist das vom Grundzinsmann errichtete Gebäude nicht als *res soli*, folglich also

³⁾ In der „Zeitschrift für Rechtswissenschaft herausgegeben von der juristischen Facultät der Universität Dorpat“. 1. Jahrg. Heft 2 (Dorpat, 1868).

⁴⁾ Vgl. auch S. 131 der erwähnten Abhandlung.

auch nicht einmal im Obereigenthum des Grundherrn stehend aufzufassen, in welchem Fall denn auch die selbstständige Verpfändung solcher Gebäude zu gestatten wäre, oder aber es werden die vom Grundzinsmann auf dem zinspflichtigen Grundstück errichteten Gebäude faktisch integrierende Theile desselben, woraus sich dann die Unzulässigkeit einer selbstständigen Verpfändung dieser Gebäude seitens des Grundzinsmannes von selbst ergeben würde⁵⁾. Da nun aber die zweite Alternative dem klaren Wortlaute des Art. 1329 Th. III des Provincialrechts widersprechen dürfte, der eine Verpfändung der vom Grundzinsmanne errichteten Gebäude auch ohne Erlaubniß des Grundeigenthümers ausdrücklich zuläßt, so müßte man sich schon aus diesem Grunde für die erste Alternative aussprechen. Darnach wäre also anzunehmen, daß Gebäude, die der Grundzinsmann auf dem zinspflichtigen Grundstücke selbst errichtet hat, ihm gehören und von ihm beliebig belastet werden dürfen, ohne daß der Grundeigenthümer, auch wenn er es wollte, dagegen irgend welchen Einspruch zu erheben berechtigt ist. Denn letzterem steht an solchen Gebäuden gar kein Eigenthumsrecht, auch nicht das Obereigenthum, die nuda proprietas zu. Das Provincialrecht unterscheidet also offenbar, was das Grundzinsrecht anbetrifft, zwischen den Gebäuden, die vom Grundzinsmanne errichtet sind und zwischen solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Hinsichtlich der letzteren ist es unzweifelhaft, daß sie im Obereigenthum des Grundherrn stehen, daher die Verpfändung derselben nur nach vorheriger Erlaubniß des Grundherrn zugelassen werden kann. Der hier behandelte Gegenstand hat für die heutige Praxis ein erneutes Interesse dadurch gewonnen, daß das Gesetz vom 9. Juli 1889, ohne den Art. 1329 aufzuheben oder abzuändern, Bestimmungen enthält, die dem genannten Artikel direkt zu widersprechen scheinen. Art. 310 der auf die Ostseeprovinzen ausgedehnten Notariatsordnung bestimmt nämlich, daß an realen Theilen eines Grundstückes Hypotheken nicht errichtet werden dürfen, daß vielmehr für die in den betreffenden Folia's der Krepostbücher eingetragenen Pfandrechte das ganze Grundstück, nicht etwa nur ein Bestandtheil desselben verhaftet wird⁶⁾. Auf

⁵⁾ Eine dritte Eventualität, nämlich die Auffassung, daß die vom Grundzinsmann aufgeführten Gebäude zwar sonst res soli werden, also im Obereigenthum des Grundherrn stehen, allein in dem in Abs. 2 des Art. 1329 erwähnten Fall der Verpfändung ausnahmsweise als selbstständige Rechtsobjekte zu behandeln sind, wird aus leicht erklärlichen Gründen von der Hand zu weisen sein.

⁶⁾ Vgl. ст. 310: „Недвижимость, для которой отведенъ особый отдѣлъ реестра (ст. 309), отвѣтствуетъ за все, внесенныя въ сей отдѣлъ, обременяющія оную права во всемъ томъ составѣ, въ

Grund dieses Gesetzes muß man annehmen, daß an den vom Grundzinsmanne auf dem zinspflichtigen Grundstücke errichteten Gebäuden allein sogenannte Hypotheken auch mit Erlaubniß des Grundherrn nicht bestellt und daher auch nicht korroborirt werden können, wenn diese Gebäude wirklich als Theile des Grundes und Bodens, auf dem sie aufgeführt sind, aufzufassen wären, wie es andererseits klar ist, daß einer solchen Verpfändung resp. deren Korroborations in den Krepostbüchern der kompetenten Krepostbehörde nichts im Wege stehen dürfte, sobald es erst feststeht, daß die erwähnten Gebäude nicht Theile des zinspflichtigen Grundes und Bodens sind, sondern als im vollständig freien Eigenthum des Grundzinsmannes stehend gewissermaßen selbstständig für sich bestehende Rechtsobjekte werden, die dann auch eine selbstständige, nicht das ganze Grundstück in Mitleidenschaft ziehende Belastung ermöglichen müssen.

Wir greifen dem Verlauf vorliegender Abhandlung ein wenig vor, wenn wir den Satz aufstellen, daß in Hinblick auf den nicht wegzuleugnenden Umstand, daß der Art. 1329 von dem die Justizreform in den baltischen Provinzen einführenden Gesetze vom 9. Juli 1889 unberührt gelassen ist, kaum ein anderer Ausweg übrig bleibt, als zu der bereits angedeuteten dem Art. 1329 selbst zu entnehmenden rechtlichen Fiktion zu greifen, daß die von dem Grundzinsmanne auf dem zinspflichtigen Grunde aufgeführten Gebäude abweichend von den sonstigen allgemeinen Grundsätzen des Provinzialrechts nicht Theile des ganzen zinspflichtigen Grundes und Bodens werden, sondern vielmehr die Natur selbstständiger Rechtsobjekte annehmen, woraus sich dann ganz natürlich die beiden weiteren Folgesätze ergeben, daß erstens eine separate hypothekarische Belastung der vom Grundzinsmanne errichteten Gebäude allein gesetzlich zulässig sein und daher die darüber errichtete Verpfändungsschrift von der zuständigen Krepostbehörde zur Korroborations entgegengenommen werden muß, ohne daß eine solche Verhypothecirung resp. die Korroborations der Hypothek den Grund und Boden in seiner Gesamtheit vinkulirt¹⁾. Da aber ein Haus nicht ohne

которомъ сія недвижимость значитя въ отдѣлѣ реестра . . .
установленіе закладныхъ правъ на часть недвижимости или
часть доли, принадлежащей одному изъ соучастниковъ въ
общей собственности не допускается.“

¹⁾ Arg. Art. 8 (Beilage VIII zu Art. 362) der „zeitweiligen Regeln betreffend das Verfahren in Grundbuchsachen“, woselbst ausdrücklich hervorgehoben wird, daß wenn ein Theil eines Immobilien als Nutzungseigenthum vergeben ist, für diesen Theil ein besonderes Grundbuchfolium eröffnet werden muß. (Siehe auch die Motive zu diesem Art.)

den Grund und Boden, auf dem es steht, gedacht werden kann, so findet noch die weitere Fiktion statt, daß genau derjenige Theil des zinspflichtigen Grundstückes, auf dem die Gebäude des Grundzinsmannes stehen, aber auch nicht mehr als dieser, dieselbe exceptionelle Stellung wie letztere erfahren muß, d. h. gewissermaßen selbstständiges Rechtsobjekt wird, über das der Grundzinsmann auch gegen den Willen des Grundherrn beliebig zu disponieren berechtigt ist.

Fiktionen, wie die soeben angeführten, erklären die Thatsache der Nichtaufhebung und Nichtabänderung des Art. 1329 seitens des Gesetzes über die Justizreform jedenfalls besser, als die andere Annahme, nämlich, daß das Bestehenlassen des genannten Artikels seinen Grund lediglich in einer bloßen Unachtsamkeit des Gesetzgebers habe, die ohnehin den Stempel des Erzwungenen an sich tragen würde. In der That ist nichts bequemer, als bei einem Gesetze, das anderen klaren Gesetzen zu widersprechen scheint, sofort anzunehmen, der Gesetzgeber habe dasselbe nur aus Versehen bestehen gelassen, seine eigentliche Absicht sei dagegen auf vollständige Aufhebung oder doch wenigstens Abänderung gegangen. Eine solche Präsumtion kann doch nur dann Platz greifen, wenn der wahre Sinn eines fraglichen Gesetzes auf andere Weise gar nicht ermittelt werden kann, was jedoch hier nicht der Fall ist.

Nichtsdestoweniger ist in der Praxis die erstgenannte Auffassung, nämlich die Unzulässigkeit einer separaten Verpfändung der von dem Grundzinsmann auf dem zinspflichtigen Grunde und Boden errichteten Gebäude, sowie der Korroboration einer hierauf bezüglichen Verpfändungsschrift vertreten worden. Folgender Fall, der mir in meiner Praxis begegnet ist, möge zur Illustration des Vorhergehenden dienen: im September des Jahres 1896 erschien in meiner Kanzlei ein Herr N^o) und bat mich eine Obligation zu attestiren, in welcher er zu Gunsten eines Herrn X die von ihm auf seinem im Wolmarschen Kreise belegenen zinspflichtigen Grundstücke errichteten Gebäude verpfändet hatte. In Anbetracht der im Vorhergehenden entwickelten Gründe trug ich kein Bedenken, die genannte Attestation zu vollziehen. Allein die Krepostabtheilung des R.-B.'schen Friedensrichterplenums verweigerte dem betreffenden Antragsteller die Korroboration dieser Obligation, indem sie hervorhob, daß das in casu bestellte Pfandrecht zu denjenigen dinglichen Rechten gehöre, die der Eintragung in die Krepostbücher nicht unterlägen. Da sich die Motivirung des abschlägigen Bescheides vom 9. September 1896 auch unter Anderem auf Art. 310 der Not.-Ord.-nung stützt, wonach die Errichtung von Hypotheken an realen Theilen

*) Die Namen habe ich überall selbstverständlich fingirt.

eines Grundstückes nicht zulässig erscheint, so geben wir die betreffende Verfügung hier in extenso wieder:

„Принимая во внимание: что въ представленномъ для укрѣпленія обязательствъ закладываемыя устроенныя залогодержателемъ на Салибургскомъ оброчномъ участкѣ № 31, для коего въ Крѣп. реестрѣ для мызныхъ участковъ отведенъ отдѣлъ за крѣп. № 885, строенія и зданія, что недвижимость однако отвѣтствуетъ за всѣ вносимыя въ сей Отдѣлъ права во всемъ своемъ составѣ и установленіе закладныхъ правъ на реальную часть недвижимости не допускается; что такимъ образомъ установленная на одни только зданія, находящіяся на сказанномъ земельномъ участкѣ ипотека внесенію въ крѣпостныя книги не подлежитъ, далѣе помимо того, что по крѣпостнымъ книгамъ не имѣется никакихъ свѣдѣній о томъ, состоятъ ли на вышеозначенномъ оброчномъ участкѣ какія либо строенія и какія именно, начальникъ Крѣпостнаго Отдѣленія, руководствуясь 310, 352 по 354 и 359 ст. Полож. Нотар., опредѣляетъ: ходатайство У. оставить безъ послѣдствій, съ возвращеніемъ ему документовъ и пошлинъ.“

1896 г. Сентября 9 дня.

(Unterschriften).

Ich muß nach reiflicher Ueberlegung auch heute noch die innere Berechtigung der in dieser Verfügung angeführten Gründe in Abrede stellen. Zwar ist soviel richtig, daß eine selbstständige Verpfändung der Gebäude in dem beregten Falle nicht möglich sein und daher nicht korroborirt werden kann, so lange die auf dem zinspflichtigen Grundstücke errichteten Gebäude in dem betreffenden Folium der Krepostbücher garnicht vermerkt sind ⁹⁾. Allein abgesehen davon muß im Hinblick auf die vorherigen Ausführungen eine derartige Verpfändung resp. sonstige Belastung der vom Grundzinsmann selbst errichteten Gebäude für durchaus zulässig erklärt werden, denn letztere bilden ja eben in dem konkreten Fall nicht Realtheile des zinspflichtigen Grundstückes, sondern erscheinen gewissermaßen als selbstständige Rechtsobjecte, daher müssen derartige Verpfändungsschriften von den Krepostbehörden behufs Korroboration entgegengenommen werden. Zur Unterstützung unserer Ansicht könnten wir uns einmal auf Art. 1360 Th. III des Prov.-Rs. berufen, der die Mög-

⁹⁾ Nach Art. 811 Th. III des Prov.-Rs. muß auch jedes auf dem Grundstück errichtete Gebäude in den Krepostbüchern vermerkt werden, eine Vorschrift, die gewiß auch für landische Immobilien gelten muß.

lichkeit der Verpfändung eines Hauses ausdrücklich voraussetzt¹⁰⁾, zweitens aber auch auf die Anmerkung zu Art. 772 Th. III des Provincialrechts, in welcher bestimmt wird, daß bei den auf fremdem Grund und Boden errichteten Gebäuden, wie z. B. bei der Pacht und beim Nießbrauch nicht die Vorschrift des Art. 772 über die Ersatzpflicht des Grundeigentümers, sondern die Grundsätze des bezüglichen Rechtsverhältnisses Platz zu greifen hätten, ein Satz, der sich gewiß auch auf das Grundzinsverhältniß anwenden läßt. Denn wenngleich nicht zu läugnen ist, daß das Grundzinsrecht ein sehr ausgedehntes und dem wirklichen Eigenthumsrecht recht nahe kommendes dingliches Recht ist, so bleibt es doch immer ein Recht an einer fremden Sache, ein jus in re aliena. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß die Kodifikation getreu der von ihr recipirten Theorie des Ober- und Unter- oder Nutzungseigenthums auch den Grundzinsmann zu der Klasse der Nutzungseigenthümer rechnet und ihm demgemäß Befugnisse, wie sie sonst nur dem Eigenthümer¹¹⁾ zustehen, einräumt. Allein die Schaffung des Begriffes von Ober- und Nutzungseigenthum muß mit Nothwendigkeit zu der theoretisch nun einmal unhaltbaren Konstruktion eines dominium duorum in solidum führen¹²⁾. Man muß daher auch von dem zinspflichtigen Grund und Boden behaupten, daß er nur in dem Eigenthum des Grundherrn steht, während der Grundzinsmann nur ein allerdings mit sehr weitgehenden Befugnissen ausgestattetes jus in re aliena daran hat. Folglich läßt sich die Ann. zu dem genannten Art. 772 ungehindert auch auf das Grundzinsverhältniß anwenden. Auf der anderen Seite dürfte sich aber aus der soeben hervorgehobenen dem wahren Eigenthum bis zu einem gewissen Grade nahe kommenden dinglich-rechtlichen Natur des Grundzinsverhältnisses die von uns vertretene exceptionelle Behandlung der Hypotheken, die der Grundzinsmann an den von ihm auf dem zinspflichtigen Grunde aufgeführten Gebäude errichtet hat, erklären lassen. Denn wenn der Grundzinsmann schon an dem im Eigenthum des Grundherrn stehenden Grunde und Boden, sowie an den von letzterem darauf errichteten Gebäuden ein dem Eigenthum nahekommendes dingliches Recht haben, wenn er befugt sein soll, mit Einwilligung des Grundherrn das ganze Grundstück nebst den dazu gehörigen Pertinenzen, namentlich auch den auf demselben befindlichen Gebäuden zu verpfänden oder sonst wie dinglich zu belasten, um wieviel mehr muß ihm solches nicht in dem Fall erlaubt sein,

¹⁰⁾ Art. 1360: „In der Verpfändung eines Hauses oder Grundstückes...“

¹¹⁾ z. B. die rei vindicatio im Art. 947. Vgl. auch noch Art. 942.

¹²⁾ Vgl. auch Erdmann, System B. II § 115, S. 14 ff.

wenn er von ihm selbst auf dem zinspflichtigen Grundstücke errichtete Gebäude mit Hypotheken oder anderweitigen dinglichen Rechten beschweren will. Hier mußte das Recht nothwendig eine verschiedene Behandlungsweise beider Fälle eintreten lassen und diese Verschiedenheit konnte kaum besser und schärfer als in der Bestimmung ausgedrückt werden, daß hinsichtlich der vom Grundzinsmanne selbst errichteten Gebäude eine vollständig freie Dispositionsberechtigung des letzteren, also auch eine Verpfändung derselben gestattet sein solle, ohne daß es hierzu wie im vorigen Falle einer Einwilligung des Grundherrn bedarf. Denkbar ist aber die Einräumung einer derartigen freien Dispositionsbefugniß, wie sie Art. 1329 gewährt, doch nur unter der Voraussetzung, daß das Gebäude in casu nicht integrierender Bestandtheil des zinspflichtigen Grundes und Bodens, auf dem es steht, geworden ist. Für städtische Zinsgrundstücke kommt noch ein Weiteres in Betracht, das sich allerdings auf landische Grundstücke nicht anwenden läßt. Genau genommen ist nämlich bei städtischen Immobilien dem Werthe nach nicht der Grund und Boden, sondern das auf demselben befindliche Haus als Hauptsache zu betrachten, daher der Verpfändung eines in der Stadt belegenen auf Grundzins vergebenen Immobiles, falls das dasselbe bildende Haus von dem Grundzinsmanne selbst errichtet worden ist, umsoweniger etwas entgegenstehen dürfte¹³⁾. Hauptsächlich wird eben ein Gläubiger, der auf städtische Grundstücke Geld ausleiht, darauf sehen, ob dieselben bebaut und in welchem Zustande die darauf befindlichen Gebäude sind, ob sie große Revenüen abwerfen oder nicht u. s. w. Für ihn wird also — wenn ich mich so ausdrücken darf — das Gebäude dem Werthe nach Hauptsache sein und bleiben. Bei landischen Grundstücken ist das ganz anders. Hier ist auch dem Werthe nach der fruchttragende Boden die Hauptsache, die darauf errichteten Gebäude die Nebensache.

Endlich ist zu bemerken, daß die Anwendung der im 2 Abs. des Art. 1329 ausgedrückten Regel auf eine andere als hypothekarische Belastung, z. B. die Errichtung von Servituten keinerlei Schwierigkeiten in der Konstruktion hervorruft. Darnach würde also der Grundzinsmann berechtigt sein, an den von ihm auf dem zinspflichtigen Grundstücke errichteten Gebäuden auch ohne Einwilligung des Grundherrn Servituten zu errichten, wogegen er bei nicht von ihm errichteten Gebäuden einer derartigen Erlaubniß allerdings bedarf. Die Krepostbehörde muß somit im ersten Falle dem eventuellen Antrage auf Korroboration der Servitute auch ohne vorhandene Einwilligung, ja sogar gegen den Willen des Grundherrn Folge geben, während im

¹³⁾ Vgl. aber Kupffer S. 126 ff.

zweiten Fall die Einwilligung desselben allerdings ein unerläßliches Erforderniß bildet.

Wir fassen das Schlußresultat vorliegender Abhandlung in folgende zwei Sätze zusammen:

1) Die Regel des Art. 771, wonach das Gebäude als Theil des Grundes und Bodens, auf dem es steht, aufzufassen ist, erleidet in Gemäßheit des Art. 1329 unter Anderem eine Ausnahme in dem Falle, wenn es sich um Gebäude handelt, die ein Grundzinsmann auf dem zinspflichtigen Grunde und Boden aufgeführt hat, insofern solche Gebäude gewissermaßen selbstständige für sich bestehende Rechtsobjekte bilden ¹⁴⁾.

2) Daher kann an derartigen Gebäuden eine selbstständige Hypothek gültig errichtet ¹⁵⁾ werden, die der Eintragung in die Krepstbücher in demselben Maße unterliegt, wie wenn das ganze zinspflichtige Grundstück verpfändet worden wäre.

¹⁴⁾ Dasselbe dürfte auch für die andern dem Eigenthum nahe kommenden dinglichen Nutzungsrechte gelten, so namentlich für den (alten) Erbpandbesitz. Der Erbpandbesitzer ist übrigens zur Verpfändung und Belastung des ganzen Grundstücks berechtigt, ohne hierzu der Einwilligung des Eigenthümers zu bedürfen. Vgl. Art. 1548 und 1552 Th. III des Prov.-Rs. Kupffer kann sich daher (S. 122 ff.) behufs Rechtfertigung seiner Ansicht nicht darauf berufen, daß auch der Erbpandbesitzer das Erbpandgut sowie dessen Gebäude verpfänden oder belasten könne, denn in dem fraglichen Art. 1329 ist der Fall vorausgesetzt, daß der Grundzinsmann selbst Gebäude auf dem zinspflichtigen Grunde und Boden errichtet hat und nun daran eine Hypothek bestellt. In dem Art. 1541 ff. ist dagegen ein solcher Fall nirgends vorausgesetzt. Vgl. überhaupt auch Erdmann System B. I S. 142

¹⁵⁾ Vgl. Erdmann System B. II § 148 S. 240.

2.

Einige Bemerkungen zur Lehre von der Einmischung des Gerichts bei Nachlassenschaftsregulirungen, insbesondere der Sicherstellung des Nachlasses nach Liv- Esth- und Aurländischem Privatrecht.

In der Praxis begegnet man nicht selten der Ansicht, daß der Testator berechtigt sei, in dem von ihm errichteten Testamente die Verfügung zu treffen, es sollten nach seinem Tode keinerlei Sicherstellungsmaßregeln bezüglich seines Nachlasses, weder seitens der Justiz- noch der Administrativbehörden stattfinden, und daß eine solche Anordnung unbeschränkte Wirksamkeit habe. In privaten, wie in Notariats- testamenten findet man daher häufig die stehende Phrase: der Testator wünsche keine Aufnahme, Versiegelung oder sonstige Sicherstellung seines Nachlasses seitens der Justiz- oder Administrativbehörden. Einen Wunsch zu äußern, muß Jedem, also auch dem Testator freistehen, allein die Erfüllung desselben kann nicht erzwungen werden. So wenig es also dem Testator verwehrt sein mag, derartige Wünsche in seinem Testamente verlaublich zu lassen, so wenig sind andererseits die behördlichen Autoritäten noch sonst Jemand durch eine derartige Äußerung des Testators nach irgend einer Richtung hin gebunden. Das zu beweisen soll der Hauptzweck nachfolgender Zeilen sein, die zugleich eine kurze, folglich keinen Anspruch auf erschöpfende Behandlung dieser Materie machende Darstellung der wichtigsten provincialrechtlichen Grundsätze betreffs der gerichtlichen Einmischung bei Nachlassenschaftsregulirungen beabsichtigen.

Das Erbrecht als solches ist ein Theil des Privatrechts. Die Gestaltung und Regelung der einzelnen Rechtsverhältnisse muß also lediglich der Willenssphäre der privaten Personen überlassen bleiben. Schon daraus ist ersichtlich, daß die Einmischung des Gerichts in die Erbschaftsregulirungen nur den Charakter einer Ausnahme von einer sonst bedingungslos geltenden Regel haben kann. Das Römische Recht, das sogar eine solche Ausnahme nicht zuließ, trat mit der

Erstarkung des einheimischen Rechts nur zu bald in offenen Kampf mit dem letzteren.

Das Resultat dieses Kampfes war in den einzelnen Ländern Römisch-deutscher Rechtsentwicklung ein verschiedenes, indem angesichts der Schutzlosigkeit der ruhenden Erbschaften die gerichtliche Insnahme und Verwaltung derselben gegenwärtig entweder entgegen dem Geist des Privatrechts die Regel bildet¹⁾ oder im Gegentheil nur als Ausnahme erscheint.

Das Provincialrecht gehört nun zur Reihe derjenigen Partikularrechte, die sich mehr dem Römischen als dem Deutschen Rechte angeschlossen haben. Nichtsdestoweniger konnte es nicht fehlen, daß der obengeschilderte Kampf zwischen den Grundsätzen des Römischen Rechts und den letzteren diametral entgegengesetzten einheimischen Rechtsätzen trotz Sieges der ersteren nach der bezeichneten Richtung hin auf die Gestaltung der Lehre von der Nachlassenschaftsregulirung von Einfluß sein mußte. So ist im Rechtssystem jenes eigenthümliche Zwitterwesen, ein Mittel Ding zwischen der staatlichen Einmischung in die Erbschaftsregulirung und der den Privaten überlassenen Regelung der diesbezüglichen Rechtsverhältnisse entstanden.

Daß auch im Provincialrecht die gerichtliche Erbschaftsregulirung die Ausnahme, die private dagegen die Regel bildet, geht schon aus Art. 2588, Th. III des Prov.-Rs. hervor, welcher bestimmt:

„Sind die Erben des Verstorbenen — sie mögen durch Gesetz, Testament oder Erbvertrag zur Erbfolge berufen sein — **bekannt, großjährig und anwesend**, so unterbleibt jede Maßregel zur Sicherstellung von Seiten der Nachlassbehörde, wenn nicht die Erben oder einer von ihnen ausdrücklich darum bitten.“

Das Gericht ist also in folgenden drei Fällen nicht berechtigt, irgend welche Sicherheitsmaßregeln bezüglich des Nachlasses zu ergreifen:

- 1) im Falle, wenn die Erben bekannt sind,
- 2) wenn sie großjährig und
- 3) wenn sie anwesend sind.

Obzwar Art. 2588 es nicht ausdrücklich sagt, so muß es doch als unzweifelhaft angenommen werden, daß die Erben dem Gericht selbst bekannt sein müssen. Eine Kenntniß seitens des Testamentsvollstreckers

¹⁾ Vgl. die bei Erdmann in seinem Aufsatz: „Die Erbschaftsklage des Provincialrechts“ in der „Zeitschrift für Rechtswissenschaft, herausgegeben von der juristischen Facultät der Universität Dorpat“, Jahrg. VIII, Heft 3, S. 252 ff., angeführten Gesetzgebungen.

oder anderer dritter Personen dürfte also regelmäßig nicht genügen. Art. 2588 unterscheidet nicht, ob ein Testament vorliegt oder nicht, muß also dementsprechend gleichmäßig auf die testamentarische und die Intestaterbfolge bezogen werden.

Die testamentarischen Erben können dem Gericht mittelst Vorlegung des in casu hinterlassenen Testaments, sei es nun eines notariellen, sei es eines privaten, bekannt werden, woher es sich empfiehlt, sogleich nach dem Ableben des Testators die Testamentsurkunde oder eine beglaubigte Abschrift hiervon dem zuständigen Gericht, d. h. dem Gericht des letzten Wohnortes des Erblassers zuzustellen. Die Intestaterben können dem Gericht auf irgend eine andere Weise bekannt werden, z. B. durch persönliches Erscheinen vor Gericht, durch Einreichung von Bittschriften nebst beigelegten Zeugnissen, so z. B. Taufscheinen, aus denen die Verwandtschaft mit dem Erblasser erwiesen wird, Lebenszeugnissen, Standeslegimationen, Pässen u. dergl.

Aus Art. 2588 geht also hervor, daß eine Sicherstellung des Nachlasses seitens des Gerichtes auch gegen den Willen etwaiger Interessenten, ja sogar gegen den vom Testator in seinem Testamente geäußerten Willen stattfinden muß, wenn selbst nur das eine der in dem angeführten Gesetzesartikel genannten drei Erfordernisse deficiert. Wenn also auch nur einer der Intestat- oder testamentarischen Erben dem Gericht unbekannt, nur einer minderjährig oder abwesend, so muß letzteres zur Sicherstellung des Nachlasses schreiten, ohne daß die übrigen Interessenten sich dem widersetzen dürfen, einerlei ob ein Testament, sei es nun ein notarielles oder Privat testament²⁾ vorliegt oder nicht.

Aus Vorliegendem ist aber zugleich auch ersichtlich, wie falsch die im gewöhnlichen Leben, namentlich in Laienkreisen sehr verbreitete Ansicht ist, als genüge das Vorhandensein eines Notariats testaments in jedem Fall, um eine Sicherstellung des Nachlasses seitens des Gerichtes als unnöthig, ja sogar unstatthaft erscheinen zu lassen. Denn wir haben gesehen, daß wenn auch nur eines der in Art. 2588 genannten Erfordernisse nicht vorliegt, eine Sicherstellung unter allen Umständen stattfinden muß, folglich also auch beim Vorhandensein eines Notariats testamentes. Es müssen eben alle drei Erfordernisse zusammen vorliegen,

²⁾ Bei Privat testamenten, die dem Gericht eingereicht werden, empfiehlt es sich in der Praxis, falls sie nicht in der Reichssprache abgefaßt sind, eine wo gehörig beglaubigte Uebersetzung desselben der Original testament surkunde beigelegen. Beide Dokumente müssen mit einer entsprechenden Bittschrift, worin die beigelegten Dokumente angeführt sein müssen, womöglich gleich nach dem Tode des Erblassers der Gerichtskanzellei eingereicht werden.

nicht etwa ein einziges allein, wenn die Sicherstellung unnöthig sein soll. Ja, sogar dann, wenn gegebenen Falls die genannten drei Erfordernisse wirklich vorhanden sind, kann und muß das Gericht dennoch Maßregeln zur Sicherstellung des Nachlasses ergreifen, wenn die testamentarischen oder Intestat-erben das Gericht ausdrücklich darum bitten³⁾. Dagegen muß das Gericht von Amtswegen, also ohne diesbezüglichen Antrag der Interessenten für die Sicherstellung der Erbschaft Sorge tragen — einerlei ob ein (gültiges) Testament vorliegt oder nicht —

1) wenn die Erben überhaupt oder auch nur zum Theil unbekannt sind,

2) wenn sie zwar bekannt, aber, wenn auch nur zum Theil abwesend sind und keine Bevollmächtigten oder andere gesetzliche Stellvertreter hinterlassen haben,

3) wenn die Erben zwar bekannt und anwesend sind, allein die Erbschaft nicht antreten wollen oder können,

4) wenn auch nur einer der Erben minderjährig oder aus anderem Grunde persönlich unfähig ist, seine Rechte geltend zu machen und für ihn auch kein Vormund oder Kurator bestellt ist,

5) wenn der Nachlaß notorisch überschuldet und das Interesse der vermuthlichen Gläubiger gefährdet, sowie wenn für die Integrität desselben etwas zu befürchten steht⁴⁾.

Bleiben beim Tode eines der Ehegatten minderjährige Kinder übrig, so wird bei Anwesenheit des parens superstes wegen bloßer Minderjährigkeit der Kinder, falls kein weiterer Grund vorhanden ist, zur Sicherstellung des Nachlasses nicht geschritten⁵⁾, wohl dagegen bei Abwesenheit des überlebenden Ehegatten.

Aus dem Vorhergehenden ist ersichtlich, daß die den Gegensatz zur privaten d. h. nur unter den Erben oder sonstigen Interessenten vor sich gehenden Erbschaftsregulirung bildende seitens des Gerichts stattfindende Sicherstellung des Nachlasses eine doppelgeartete sein kann, nämlich eine vom Gericht von Amtswegen d. h. ohne Antrag der privaten Interessenten, und eine bloß auf Antrag der Interessenten erfolgende.

In allen denjenigen Fällen nun, wo das Gericht sei es auf Antrag von Privatpersonen, sei es von Amtswegen Maßregeln zur Sicherstellung des Nachlasses ergreift, wird von letzterem eine besondere Amtsperson, einer der bei den betreffenden Gerichtsbehörden bestehenden Gerichtsvollzieher (Судебные приставы) mit der Vollziehung der Sicher-

³⁾ Vgl. Art. 2588 in fin.

⁴⁾ Vgl. Art. 2589, Th. III des Prov. Rs.

⁵⁾ Vgl. die Anm. zu Art. 2589, Th. III des Prov. Rs.

stellung durch eine diesbezügliche gerichtliche Verfügung beauftragt⁶⁾. Dieser wird in casu keine Rücksicht darauf zu nehmen haben, daß sich im Nachlaß des Verstorbenen ein Testament vorfindet, denn daß ihm die (volljährigen und anwesenden) Erben bekannt sind, darauf kommt nichts an, maßgebend ist nur die Kenntniß des Gerichts selbst. Der Gerichtsvollzieher hat nur den Befehl des Gerichts auszuführen, er muß die vorgeschriebenen Sicherheitsmaßregeln realisiren, selbst wenn ihm ein notarielles Testament vorgewiesen werden sollte. Jedoch ist er verpflichtet, falls ihm von dem Vorhandensein eines etwaigen Testaments Mittheilung gemacht wird, Nachforschungen nach demselben anzustellen und das von ihm aufgefundene resp. von den Hinterbliebenen ihm überreichte Testament dem zuständigen Gerichte zu übermitteln⁷⁾. Gerade aus derartigen Bestimmungen erhellt eben, daß die einmal angeordnete Sicherstellung des Nachlasses durchgeführt werden muß, trotzdem daß ein gültiges Notariats- oder Privat testament vorliegt und dem Gerichtsvollzieher vorgewiesen wird, es sei denn, daß zufolge eines diesbezüglichen Antrages der betreffenden Interessenten eine Zurücknahme der die Sicherstellung anordnenden Verfügung seitens des Gerichts erfolgt⁸⁾.

Die oben dargelegten Bestimmungen der Artt. 2588 und 2589 Th. III des Prov.-Rs. über die einzelnen Fälle, in denen eine Sicherstellung des Nachlasses seitens des Gerichts stattgefunden hat, haben durch die „Verordnungen über die Reorganisation des Gerichtswesens und der Bauerbehörden in den baltischen Gouvernements“ keinerlei Aufhebung oder Abänderung erfahren. Im Gegentheil sind bei Ausdehnung des Reichsprocesses auf die Ostseeprovinzen durch das Gesetz vom 9. Juli 1889 die dem Processrechte angehörigen Grundsätze über das bei Sicherstellung des Nachlasses zu beobachtende Verfahren mit den genannten provincialrechtlichen Bestimmungen in Einklang gebracht worden. Art. 234 der Verordnungen bestimmt nämlich, daß in den in Artt. 2587—2589 Th. III des Prov.-Rs. angegebenen Fällen die Maßregeln zur Sicherstellung des Nachlasses von demjenigen Friedens-

⁶⁾ Vgl. Artt. 239 und 257 des II Titels der „Verordnungen über die Reorganisation des Gerichtswesens und der Bauerbehörden in den baltischen Gouvernements“, Abschn. F

⁷⁾ Vgl. Artt. 243 und 244 der Verordnungen.

⁸⁾ Was durch nachträgliche Einreichung der Testamentsurkunde nebst dem erforderlichen Gesuch in der Gerichtskanzellei bewirkt werden kann. Wohl zu beachten ist jedoch, daß in keinem Falle die betreffende Verfügung des Testators, es solle keine Sicherstellung seines Nachlasses erfolgen, der Grund sein kann, weshalb kein diesbezügliches Eingreifen des Friedensrichters behufs Sicherstellung des Nachlasses stattfindet. Entscheidend ist vielmehr nur der Umstand, daß der Friedensrichter aus der ihm vorgestellten Testamentsurkunde ersieht, daß Erben vorhanden und wer sie sind. Schon nach dieser Seite hin empfiehlt sich also die Errichtung eines Testaments und zwar speciell eines notariellen.

richter getroffen werden, in dessen Distrikt sich der Nachlaß befindet, wobei Privatpersonen sich nicht nur an den Distrikts- sondern ebenso auch an den in ihrer Nähe lebenden Ehrenfriedensrichter wenden können. Aus dem Art. 234 geht zweierlei hervor: erstens daß die zur Vornahme der vorläufigen Sicherstellungsmaßregeln kompetente Autorität der Distrikts- oder Ehrenfriedensrichter ist und zweitens daß wenn das Gesuch um Sicherstellung des Nachlasses nicht von Privat- sondern von Amtspersonen oder Behörden ausgeht⁸⁾, nur der Distriktsfriedensrichter, nicht auch der Ehrenfriedensrichter zur Vornahme der erwähnten Maßregeln berechtigt erscheint. Und zwar ist es der Friedensrichter desjenigen Distriktes, innerhalb dessen der Verstorbene seinen letzten Wohnsitz gehabt hat, der in solchen Fällen in Frage kommt.

Aus Art. 234, sowie aus den Artt. 238 ff. und 257 ff. geht ferner hervor, daß der Friedensrichter auch dann zur Ergreifung der Sicherheitsmaßregeln berechtigt oder ja, nach den Umständen sogar verpflichtet ist, wenn der Werth der Nachlassenschaft die ihm im Civilverfahren gesteckte Kompetenzsphäre übersteigt, nämlich höher als fünfhundert Rubel ist, wogegen das Bezirksgericht in diesen Fällen nicht kompetent sein dürfte. Eine Ausnahme soll aber erstens hinsichtlich der Erlassung von Nachlaßproklamen — die nach den Motiven⁹⁾ zu den Sicherheitsmaßnahmen gerechnet zu werden scheint — stattfinden, insofern nach Maßgabe des Art. 274 der „Verordnungen“ die Nachlaßproklame je nach der Beschaffenheit und dem Werthe des Nachlasses von dem Friedensrichter oder dem Bezirksgericht, in dessen Amtsbezirk der Erblasser vor dem Tode seinen letzten Wohnort hatte, erlassen werden. Das kann nur heißen, daß wenn der Werth der Nachlassenschaft fünfhundert Rubel übersteigt oder in Immobilien besteht¹⁰⁾, nicht der Friedensrichter, sondern das Bezirksgericht das für das Proklamsverfahren kompetente Gericht ist. Die zweite Ausnahme ist die Bestellung einer Nachlaßkuratel^{10-a)}, die nach Maßgabe des Art. 272 der Verordnungen von dem die sonstigen Maßregeln zur Sicherstellung des Nachlasses ergreifender Friedensrichter oder dem Bezirksgericht, das die Nachlasssache verhandelt, angeordnet wird. Wie wir gesehen haben, ist der Friedensrichter in den in Art. 2589 Th. III des Prov.-Ns. angegebenen Fällen nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, von sich aus Maßnahmen behufs Sicherstellung des Nachlasses zu ergreifen, auch wenn ein diesbezüglicher Antrag der eventuellen Interessenten nicht vorliegt. Jedoch muß zu einem derartigen ex officio erfolgenden Eingreifen des Gerichts in

⁸⁾ Vgl. Art. 235 P. 3

⁹⁾ Vgl. Motive zu Art. 237 der Verordnungen (Gatzmann u. Nolden S. 145).

¹⁰⁾ Vgl. Art. 29 P. 1, 2 und 31, P. 1 des Friedensrichterprocesses.

^{10-a)} Vgl. Art. 2590 Th. III des Prov.-Ns.

Privatrechtsverhältnisse eine genügende Veranlassung gegeben sein. Es ist klar, daß der Friedensrichter garnicht in der Lage ist, irgend welche Maßregeln behufs Sicherstellung des Nachlasses zu ergreifen, so lange er von dem betreffenden Todesfall noch keine Kenntniß erlangt hat. Eine solche Kenntniß kann er aber auf dreifache Weise erlangen, entweder auf Grund eigener Wahrnehmung, falls ihm nur der Tod des Erblassers aus zuverlässiger Quelle bekannt geworden ist¹¹⁾, oder auf eine diesbezügliche Anzeige hin, oder endlich auf eine von Beamten der Prokuratur ergehende desfallige Forderung¹²⁾. Die Anzeige kann erfolgen:

- 1) seitens der Hausgenossen oder des Dienstpersonals des Verstorbenen, oder der mit ihm in einem Hause wohnenden Personen, und
- 2) seitens der Polizei.

Ersieht der Friedensrichter aus der an ihn ergehenden Anzeige, daß eine der in dem Art. 2589 Th. III des Prov.-Rs. angegebenen Voraussetzungen vorliegt, so hat er von sich aus sofort das Nöthige anzuordnen und dem zuständigen Gerichtsvollstrecker alsbald die Vollziehung der Sicherstellungsmaßregeln aufzutragen, ohne einen diesbezüglichen Antrag abzuwarten.

Zu den Personen, die den Friedensrichter um Sicherstellung des Nachlasses bitten können, gehören:

- 1) die Erben des Verstorbenen
- 2) die Testamentsvollstrecker oder Nachlasskuratoren,
- 3) die Obrigkeit einer verstorbenen Amtsperson, doch nur hinsichtlich der im Nachlaß des Verstorbenen nachgebliebenen Kron- oder Communalgelder, Sachen oder Papiere (wozu gewiß auch Stempel und Patschaste gehören^{12-b)}),
- 4) die Gläubiger solcher Forderungen, über deren Zuerkennung oder Sicherstellung ein richtlicher Bescheid erfolgt ist; in diesem Fall ist nur der zur Deckung der erwähnten Forderungen genügende Theil des Nachlasses sicher zu stellen¹³⁾.

Natürlich kommt es aber, sei es nun daß ein Antrag auf Sicherstellung vorliegt oder das Gericht in Ermangelung eines solchen von sich aus vorgehen muß, stets darauf an, daß dem Gericht das Faktum des Todes des Erblassers glaubhaft gemacht wird. Es kann das durch Vorweisung eines in gehöriger Form ausgestellten Todtenscheins geschehen. Jedoch wird Letzteres gewöhnlich dadurch über-

¹¹⁾ Vgl. Art. 236 der Verordnungen.

¹²⁾ Vgl. Art. 236 cit.

^{12-a)} Vgl. Art. 2587 Th. III des Prov. Rs.

^{12-b)} Vgl. Art. 41 der Not. Ordn.

¹³⁾ Vgl. überhaupt Art. 235 der Verordnungen.

flüssig gemacht, daß die Polizei in allen Todesfällen verpflichtet ist, dem Friedensrichter eine diesbezügliche Mittheilung zu machen.

Was nun die einzelnen den Schutz des Nachlasses betreffenden Maßregeln betrifft, so zählen die Verordnungen in Art. 238 folgende drei auf:

- 1) die Versiegelung des Vermögens,
- 2) die Inventur und Schätzung desselben und
- 3) die Abgabe zur Aufbewahrung.

Daß aber damit die Reihe der Sicherheitsmaßregeln noch keineswegs erschöpft ist, geht nicht nur aus Art. 2590 Th. III des Prov.-Ns. hervor, der als die nächste dem Gericht obliegende Pflicht die Bestellung eines oder mehrerer Kuratoren bezeichnet, sondern erhellt auch aus dem Umstande, daß Art. 274 — 277, 272 und 273 der Verordnungen, von den Nachlassproklamen und dem bei Erlassung derselben zu beobachtenden Verfahren, sowie von der Bestellung der Nachlasskurateln handeln, die gewiß nicht ohne Absicht in einer Linie mit den in Art. 237 erwähnten Maßregeln zum Schutz des Nachlasses genannt werden. Auch die Motive zu Art. 237 der Verordnungen nennen unter den Maßnahmen hinsichtlich des Nachlasses auch die Ernennung der Nachlasskuratoren und die Vorladung der Erben und Gläubiger mittelst Proklames. Unstreitig trägt es zur größern Sicherheit eines Nachlasses bei, wenn er unter kuratorische Verwaltung kommt oder wenn durch Erlassung eines Proklames nach Ablauf einer gewissen Frist jeder weiteren Beunruhigung oder Inanspruchnahme der Erbschaft ein für alle mal eine Grenze gesetzt wird. In Anbetracht dessen müssen zu den in Art. 237 der Verordnungen erwähnten drei Maßregeln noch 4) die Ernennung einer Nachlasskurateln und 5) die Vorladung der eventuellen Erben oder Gläubiger mittelst Proklames gerechnet werden. Was nun das Verhältniß dieser fünf Sicherstellungsmaßregeln zu einander, resp. ihre Reihenfolge anbetrifft, so scheint es nach Art. 2590 Th. III des Prov.-Ns., als ob die erste Maßnahme, die das Gericht zu ergreifen hat, in der Bestellung einer Kurateln besteht¹⁴⁾. Dabei muß auch hier gelten, daß nach Maßgabe des in Art. 235 und 236 ausgedrückten Principes nicht nur die in ersterem Artikel genannten Interessenten die Einsetzung einer Kurateln beantragen können, sondern auch das Gericht selbst, wenn es Solches für nothwendig erachtet, von sich aus, ohne noch einen diesbezüglichen Antrag abzuwarten, die Bestellung eines Nachlasskurators verfügen kann und muß. Das Gericht, von welchem eine kuratorische Verwaltung des Nachlasses angeordnet wird, ist ent-

¹⁴⁾ Vgl. Artt. 272 und 273 ff der Verordnungen.

weder der Friedensrichter, der die sonstigen Maßregeln zur Sicherstellung des Nachlasses vornimmt, oder dasjenige Bezirksgericht, vor welchem die Nachlasssache verhandelt wird. Der weitere Weg ist der, daß der Friedensrichter oder das Bezirksgericht der kompetenten Vormundschafts- oder Waisenbehörde die Einsetzung eines Kurators mittelst ausdrücklichen Befehles aufgiebt. Die Kuratoren, deren nöthigenfalls auch mehrere ernannt werden können, haben den Nachlaß nicht nur in Schutz zu nehmen, sondern ihn auch zu verwalten, wobei sie sich hauptsächlich nach den in Artt. 2594, 2595 und 2597 Th. III des Prov.-Rs. ausgedrückten Vorschriften zu richten haben.

Die Erbschaftsinteressenten sind übrigens berechtigt, von sich aus Kuratoren vorzuschlagen, aus deren Zahl die hierzu tauglichen Personen von der Waisenbehörde zu bestätigen sind. Haben die Interessenten von der ihnen zustehenden Befugniß keinen Gebrauch gemacht, so hat die Waisenbehörde von sich aus die Kuratoren zu ernennen¹⁵⁾. Die Aufsicht und Kontrolle über die Thätigkeit der Kuratoren liegt der Vormundschaftsbehörde ob. Die vorhererwähnten Schutzmaßregeln, die von den Kuratoren ergriffen werden müssen, bestehen nach Art. 2597 darin, daß sie das kompetente Civilgericht und zwar sofort bei Uebernahme der Kuratel um Inventur des Nachlasses, sowie um Erlass eines Nachlaßproklams zu bitten haben. Da nun nach Art. 237 der Verordnungen außer der Inventur auch die Versiegelung des Vermögens und die Abgabe desselben zur Aufbewahrung zu den Schutzmaßregeln bezüglich der Nachlassenschaften gehören, andererseits aber die Kuratoren ganz allgemein für die Sicherheit des ihnen anvertrauten Nachlasses zu sorgen haben¹⁶⁾, so unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß die Kuratoren auch die letztgenannten Maßnahmen, nämlich die Versiegelung und die Abgabe des Nachlasses zur Aufbewahrung gerichtlich zu beantragen gehalten sein müssen. Art. 2597 müßte also einen dementsprechenden Zusatz erhalten.

Können die Kuratoren der ihnen durch Art. 2597 auferlegten Verpflichtung in casu nicht nachkommen oder thun sie es aus irgend welchen anderen Umständen nicht, so können die Erbschaftsinteressenten auf Grund des Art. 235 der Verordnungen, resp. die Testamentserzekutoren das Gericht um Anordnung der genannten Sicherstellungsmaßregeln angehen¹⁷⁾. Liegt aber auch seitens der Interessenten kein derartiger Antrag vor, so kann das Gericht, resp. der Friedensrichter

¹⁵⁾ Vgl. Art. 2591 Th. III des Prov. Rs.

¹⁶⁾ Vgl. Motive zu Art. 273 der Verordnungen S. 152 der Gasmann-Molken-schen (deutschen) Ausgabe.

¹⁷⁾ Vgl. Art. 2597 Th. III des Prov. Rs.

auch von sich aus, trotz Vorhandenseins von Kuratoren die Durchführung der beregten Sicherheitsmaßnahmen verfügen¹⁸⁾.

Die Einsetzung einer Kuratel ist übrigens nicht in jedem Fall obligatorisch, so namentlich dann nicht, wenn keinerlei Anträge eventueller Interessenten vorliegen und auch das zuständige Gericht die Einsetzung einer solchen nicht für nothwendig oder doch jedenfalls durch andere Maßnahmen ersetzbar hält.

Andererseits muß ebenso behauptet werden, daß mit der Einsetzung einer Kuratel allein die Reihe der Sicherstellungsmaßnahmen keineswegs erschöpft ist, vielmehr letzterer in der Regel noch die andern in Art. 237 aufgezählten Sicherstellungsmaßnahmen folgen müssen. Nur ausnahmsweise wird die Einsetzung von Kuratoren, resp. die seitens der letzteren erfolgende Nachlassverwaltung genügen. So kann es z. B. sein, daß weder die Nachlasskuratoren, noch die Testamentsvollstrecker, noch endlich auch das gegebenen Falls kompetente Gericht die Ergreifung irgend welcher Sicherheitsmaßnahmen für geboten erachten, miewohl solche Fälle allerdings nicht häufig sein werden.

Die Versiegelung des Nachlasses findet in folgenden drei Fällen statt:

- 1) wenn die Nachlassinteressenten darum bitten,
- 2) wenn der Friedensrichter in den in Art. 2589 Th. III des Prov.-Rs. angegebenen Fällen diese Maßregel für nothwendig erachtet,
- 3) wenn aus irgend welchen Gründen nicht sofort zur Inventur geschritten werden kann¹⁹⁾.

Aus diesen Bestimmungen geht hervor, daß die Versiegelung nicht in jedem Fall obligatorisch ist und namentlich auch nicht nothwendig der Inventur oder der Aufbewahrung vorherzugehen braucht. Natürlich aber ist es möglich und wird meist auch der Fall sein, daß der Versiegelung eine Inventur nachfolgt. Eine Versiegelung ohne nachfolgende Inventur wird verhältnismäßig selten sein. Umgekehrt kann, wie wir aus Art. 257 der Verordnungen zu entnehmen vermögen, die Inventur auch ohne vorhergehende Versiegelung stattfinden, wobei indeß im Einzelnen die für die Versiegelung geltenden Vorschriften zu beobachten sind. Die Versiegelung des Nachlasses hat also bei uns mehr den Charakter einer Ausnahmemäßregel, den ihr das Gesetz vom 9. Juli 1889 mit Rücksicht darauf verliehen hat, daß sie regelmäßig gefordert eine zwecklose Belastung der Erben und der Erbmasse bedeuten, außerdem aber insofern als unnütz erscheinen dürfte, als wie gezeigt, eine

¹⁸⁾ Vgl. Art. 2597 cit.

¹⁹⁾ Vgl. Art. 238 der Verordnungen.

Verfiegelung ohne nachfolgende Inventur zu den Seltenheiten gehören dürfte²⁰⁾.

Hat der Friedensrichter von sich aus oder auf Grund eines dementsprechenden Gesuches der Nachlassinteressenten die Verfiegelung des Nachlasses verfügt, so muß er diese Verfügung nebst dem Befehl zur Ausführung dem zuständigen Gerichtsvollstrecker übermitteln. Dieser vollzieht alsdann die Verfiegelung in Gegenwart von mindestens zwei nicht an der Nachlasssache beteiligten Personen und zwar durch Anlegung des Kronsiegels an dem Behältniß, in welchem die zu versiegelnden Gegenstände aufbewahrt werden, oder an den zu versiegelnden Sachen selbst²¹⁾.

Uebrigens können laut Art. 240 der Verordnungen die Erben, Testamentsvollstrecker oder Nachlasskuratoren, die Obrigkeit einer verstorbenen Amtsperson in dem in Art. 235 der Verordnungen angegebenen Falle, und die Gläubiger solcher Forderungen, über deren Zuerkennung oder Sicherstellung ein richterlicher Bescheid erfolgt ist, auf Verlangen dem Akte der Verfiegelung beiwohnen und zwar, wie die allgemeine Fassung des Art. 240 zu erkennen giebt, nicht nur, wenn sie selbst die Verfiegelung beantragt haben, sondern auch, wenn der Friedensrichter von sich aus, also ohne daß eine Verfiegelung beantragt worden ist, die Vornahme der letztern angeordnet hat.

Der zur Verfiegelung schreitende Gerichtsvollstrecker hat vor Allem den im Quartier des Verstorbenen Wohnenden einen Revers darüber abzunehmen, daß sie nichts von dem Nachlaß bei Seite geschafft haben und daß ihnen unbekannt ist, daß irgend etwas von dem Nachlaß fehle, bei Seite geschafft oder weggebracht sei. Der Revers, der von den betreffenden Personen zu unterschreiben ist, muß eine Hinweisung auf die in Art. 176 des Friedensrichterstrafgesetzbuches angedrohten Strafen für falsche Angabe enthalten²²⁾. Diese Maßregel dient, wie auch die Motive zu Art. 241 anerkennen, namentlich dazu, um die Nachlassenschaft bis zur endgültigen Sicherstellung vor Beraubung zu schützen. Wird dem Gerichtsvollzieher angezeigt, daß sich im Nachlaß ein Testament befindet, so muß er vor allen Dingen Nachforschungen nach demselben anstellen²³⁾. Das im Nachlaß vorgefundene Testament oder etwaige versiegelte Pakete müssen vom Gerichtsvollstrecker uneröffnet demjenigen Friedensrichter abgeliefert werden, von welchem die Sicherstellungsmaßregel ausgegangen ist, wobei im Journal eine Eintragung

²⁰⁾ Vgl. auch die Motive zu Art. 238 der Verordnungen S. 146 der Gafsmann und Nolcken'schen (deutschen) Ausgabe

²¹⁾ Vgl. Art. 239 der Verordnungen.

²²⁾ Vgl. Art. 241 der Verordnungen.

²³⁾ Vgl. Art. 243 der Verordnungen.

darüber, in welchem Zustande sie aufgefunden worden sind, zu machen ist²⁴). In dieses Journal muß der Gerichtsvollzieher alle von ihm bei der Versiegelung vorgenommenen Handlungen eintragen²⁵).

Gegenstand der Versiegelung können auch solche Gegenstände sein, an die seitens dritter Personen Ansprüche erhoben sind, worüber indeß im Journal ein diesbezüglicher Vermerk gemacht werden muß²⁶). Dagegen unterliegen der Versiegelung nicht Gegenstände, die für den täglichen Gebrauch der in dem Hause oder Quartiere, wo der Verstorbene wohnte, verbliebenen Personen nothwendig sind, Geräthe, die zur Landwirthschaft nothwendig sind oder die ihrer Beschaffenheit wegen nicht versiegelt werden können²⁷), welches letztere besonders hinsichtlich Lebender Thiere der Fall sein dürfte.

Alle Angaben und Einwendungen, welche von den an der Versiegelung beteiligten und interessirten Personen gemacht werden, sind vom Gerichtsvollstrecker dem Journal beizulegen, worüber in letzterem selbst ein Vermerk zu machen ist²⁸).

Insbondere gehört es auch zu den Pflichten des Gerichtsvollstreckers bei der Versiegelung, über alle im Nachlaß vorgefundenen zinstragenden Papiere, Baargeld und Werthsachen ein dem Friedensrichter abzulieferndes genaues Verzeichniß, das gleichfalls in das Journal eingetragen werden muß, anzufertigen²⁹). Nach Beendigung der Versiegelung wird das Journal von allen anwesenden Personen und vom Gerichtsvollzieher unterschrieben und sodann demjenigen Friedensrichter vorge stellt, von dem die Versiegelung verfügt worden ist³⁰).

Die Entsiegelung wird entweder von dem Friedensrichter, auf dessen Anordnung die Siegel angelegt sind, oder von dem Gericht, welches die Bestätigung der Erbrechte resp. die Uebergabe des Nachlasses verfügt hat, angeordnet. Wenn die Versiegelung vorgenommen worden ist, weil die Erben unbekannt oder abwesend waren, so kann die Entsiegelung stattfinden, sobald nur ein Nachlaßkurator oder ein Kurator über das Vermögen des abwesenden Erben ernannt worden ist³¹).

Die Abnahme der Siegel hat durch den Gerichtsvollstrecker in Gegenwart von nicht weniger als zwei an der Sache nicht beteiligten Zeugen zu erfolgen³²).

²⁴) Vgl. Art. 244 der Verordnungen.

²⁵) Vgl. Art. 247 der Verordnungen.

²⁶) Vgl. Art. 246 der Verordnungen.

²⁷) Vgl. Art. 242 der Verordnungen.

²⁸) Vgl. Art. 248 der Verordnungen.

²⁹) Vgl. Art. 245 der Verordnungen.

³⁰) Vgl. Artt. 249 und 250 der Verordnungen.

³¹) Vgl. Art. 251 der Verordnungen.

³²) Vgl. Art. 252 der Verordnungen.

Der Entfiegelung dürfen beiwohnen die Erben, Testamentsvollstrecker, Nachlasskuratoren, die Obrigkeit einer verstorbenen Amtsperson, jedoch nur hinsichtlich der Kronsgelder Sachen und Papiere, sowie die Gläubiger solcher Forderungen, über deren Zuerkennung oder Sicherstellung ein richterlicher Bescheid erfolgt ist³³⁾.

Von der zur Entfiegelung bestimmten Zeit werden die auf Grundlage des Art. 253 der Verordnungen zum Beiwohnen berechtigten Personen mittelst besonderer Bekanntmachung im Dejourzimmer des Friedensrichters benachrichtigt³⁴⁾.

Ist die Entfiegelung mit der Inventur verbunden, so werden die Siegel allmählich mit dem Fortschreiten der Inventur abgenommen³⁵⁾.

Ebenso wie bei der Versiegelung müssen auch bei der Entfiegelung alle Handlungen des Gerichtsvollziehers in ein besonderes Journal eingetragen werden, worin angegeben sein muß, in welchem Zustande die angelegten Siegel vorgefunden worden sind³⁶⁾.

Die Inventur und Schätzung des Nachlasses findet gleichfalls auf Anordnung des Friedensrichters in Gegenwart von Zeugen auf Grund der in der Civilproceßordnung enthaltenen Regeln statt, wobei indeß die Artt. 253 und 254 der Verordnungen beobachtet werden müssen, d. h. gewisse Personen, (nämlich die in Art. 235 der Verordnungen aufgezählten) sind berechtigt, der Versiegelung beizumohnen, ja ihre Hinzuziehung ist sogar, wie aus Art. 253 hervorgeht, obligatorisch, woher sie über die Zeit, wann die Inventur vor sich gehen soll, mittelst Anschlages in der Friedensrichterkanzellei zu benachrichtigen sind³⁷⁾.

Das Verfahren bei der Inventur richtet sich so ziemlich nach den bei der Versiegelung zu beobachtenden Regeln, insofern namentlich die Bestimmungen der Artt. 241 und 243—246 der Verordnungen hierbei Anwendung finden³⁸⁾.

In wichtigen und unaufschiebbaren Fällen kann der Friedensrichter auch von sich aus die Vornahme der Inventur anordnen, ohne noch einen besondern diesbezüglichen Antrag seitens der Interessenten oder die Benachrichtigung derselben über die für die Vornahme der Inventur bestimmte Zeit abzuwarten³⁹⁾. Ueber alle Handlungen bei der Inventur, die, obwohl es im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt ist,

³³⁾ Vgl. Art. 253 und 235 der Verordnungen.

³⁴⁾ Vgl. Art. 254 der Verordnungen.

³⁵⁾ Vgl. Art. 255 der Verordnungen.

³⁶⁾ Vgl. Art. 256 der Verordnungen.

³⁷⁾ Vgl. Art. 257 der Verordnungen.

³⁸⁾ Vgl. Art. 257 der Verordnungen.

³⁹⁾ Vgl. Art. 258 der Verordnungen.

unzweifelhaft ebenso wie die Versiegelung vom Gerichtsvollzieher vorzunehmen ist, muß letzterer ein Journal in der in Art. 247 angegebenen Ordnung abfassen⁴⁰⁾.

Unter Umständen kann es nöthig sein, den versiegelten oder inventirten Nachlaß noch besonders sicherzustellen. Zur Erreichung dieses Zweckes dient die gleichfalls durch das Gesetz vom 9. Juli 1889 eingeführte Aufbewahrung des Nachlasses. Art. 260 der Verordnungen sagt hierüber:

„Ist es nöthig, den versiegelten oder inventirten Nachlaß sicherzustellen, und dabei nach dem Gesetz die Bestellung eines Vormundes oder Kurators nicht absolut nothwendig, so wird es in Anlehnung an die Artikel 1009—1020 der Civilproceßordnung in Verwahr gegeben“.

Aus diesem Artikel geht hervor, daß die Abgabe des Nachlasses zur Aufbewahrung nicht stattfinden braucht, wenn eine Nothwendigkeit, den durch die Maßnahmen der Versiegelung resp. der Inventur ohnehin schon bis zu einem gewissen Maße geschützten Nachlaß noch weiter sicherzustellen, nicht vorliegt, worüber im Einzelnen natürlich das Ermessen des Richters zu entscheiden haben wird, sowie, wenn die Bestellung eines Vormundes und Kurators sich als nothwendig erweist, denn in letzterem Fall gehört es zu den ersten und vornehmsten Pflichten der Vormünder resp. Kuratoren, den ihnen anvertrauten Nachlaß gehörig aufzubewahren und sicherzustellen. Die Abgabe zur Verwahrung, wie sie in den Artt. 1009—1020 der Civilproceßordnung dargelegt ist, würde mithin in derartigen Fällen unnöthig werden.

Was die näheren Bestimmungen anbetrißt, nach denen eine solche Abgabe zur Aufbewahrung vor sich zu gehen hat, so verweist Art. 260 der Verordnungen, wie gesagt, auf Artt. 1009—1020 der Civilproceßordnung. Diese Artikel handeln von der Aufbewahrung des auf Grund eines Urtheils mit Beschlagnahme belegten Vermögens. Darnach wird auf Grund diesbezüglicher Vereinbarung der verschiedenen Erbschaftsinteressenten resp. Gläubiger, oder, wenn eine solche nicht zu Stande kommt, durch den Gerichtsvollzieher selbst ein besonderer Verwahrer ernannt⁴¹⁾. Derselbe muß folgende Eigenschaften haben:

- 1) er muß vermögend sein und
- 2) er muß die Aufbewahrung übernehmen können, ohne daß die Sachen an einen andern Ort gebracht werden müssen⁴²⁾.

Nur mit ausdrücklicher Genehmigung der Interessenten darf der Gerichtsvollzieher zu Verwahrern ernennen:

⁴⁰⁾ Vgl. Art. 259 und 247 der Verordnungen.

⁴¹⁾ Vgl. Art. 1010 der C. P. O.

⁴²⁾ Vgl. Art. 1011 der C. P. O.

- 1) die gesetzlich nicht Zeugen sein dürfen,
- 2) die Verwandten resp. Verschwägerten der Interessenten, bis zum 2. Grade einschließlich und
- 3) die Interessenten selbst, deren Ehegatten, Hausgenossen, Verwandte in gerader Linie ohne Beschränkung des Grades, in der Seitenlinie aber Verwandte des zweiten Grades und Verschwägerter bis zum zweiten Grade einschließlich, ausgenommen wenn sonst Niemand in die Uebernahme zur Verwahrung willigt⁴³⁾.

Der zum Verwahrer Ernannte erhält eine Abschrift der Inventurliste des zum Verwahr gegebenen Vermögens, dessen Empfang er auf der Originalliste bescheinigt⁴⁴⁾.

Der Verwahrer erhält für die Aufbewahrung eine Vergütung, nach gegenseitiger Uebereinkunft mit dem Schuldner und dem Beitreibenden, falls aber eine solche nicht zu Stande kommt, in einem durch besondere Regeln dafür festgesetzten Betrage⁴⁵⁾. Diese Regeln werden für jedes Triennium von der örtlichen Gouvernementsobrigkeit erlassen, vom Minister des Innern im Einvernehmen mit dem Justiz- und dem Finanzminister bestätigt und zur allgemeinen Kenntnißnahme publicirt⁴⁶⁾.

Der Verwahrer ist übrigens nicht berechtigt, die ihm zum Verwahr übergebenen Gegenstände zu benutzen oder Andern zu überlassen, sondern muß dieselben unverfehrt erhalten, bei Gefahr des Honorarverlustes sowie der Verpflichtung zum Schadenersatz⁴⁷⁾.

Ueber den Gewinn, welchen das zum Verwahr gegebene Vermögen abwirft, muß der Verwahrer Rechenschaft ablegen⁴⁸⁾.

Für Verschleuderung des zur Aufbewahrung gegebenen Vermögens unterliegt der Verwahrer außer der allgemeinen Verpflichtung zum Schadenersatz der Verantwortlichkeit nach den Kriminalgesetzen^{48-a)}.

Die aus der Aufbewahrung des verkauften Vermögens erwachsenden Kosten werden in Anrechnung gebracht und aus der beim Verkauf gelösten Summe bezahlt⁴⁹⁾.

Im Uebrigen sind noch folgende Vorschriften zu beobachten, die wir wörtlich nach der Rolcken'schen Uebersetzung der „Verordnungen“ zc. citiren:

1) in dem Nachlaß befindliche schnell verderbende Sachen werden auf Anordnung des Friedensrichters sofort gemäß der in der Civilproceß-

⁴³⁾ Vgl. Art. 1012 der C. P. D.

⁴⁴⁾ Vgl. Art. 1013 der C. P. D.

⁴⁵⁾ Vgl. Art. 1014 der C. P. D.

⁴⁶⁾ Vgl. Art. 1015 der C. P. D.

⁴⁷⁾ Vgl. Art. 1016 der C. P. D.

⁴⁸⁾ Vgl. Art. 1018 der C. P. D.

^{48-a)} Vgl. Art. 1017 der C. P. D.

⁴⁹⁾ Vgl. Art. 1020 der C. P. D.

ordnung angegebenen Ordnung öffentlich versteigert, das für sie erlöste Geld aber nach Abzug der Versteigerungskosten dem Friedensrichter eingeliefert (Art. 261).

2) Ein bei der Vornahme von Maßregeln zur Sicherstellung des Nachlasses vorgefundenes Testament oder eine andere Verfügung auf den Todesfall übersendet der Friedensrichter, wenn er selbst nicht im Recht ist, dasselbe zu öffnen und bekannt zu machen, unverzüglich dem zuständigen Gericht (262).

3) In dem Nachlaß vorgefundene versiegelte Packete werden von dem Friedensrichter in öffentlicher Sitzung geöffnet, mit Angabe im Protokoll, in welchem Zustande sie gefunden worden sind (Art. 263).

4) Ist aus einer Aufschrift oder einem andern schriftlichen Beweisstück ersichtlich, daß das versiegelte Packet einer dritten Person gehört, so ladet der Richter diese Person zu dem dafür anberaumten Tage vor, um der Eröffnung des Packets beizuwohnen. Das Nichterscheinen der vorgeladenen Person hindert die Eröffnung nicht (Art. 264).

5) Die in den versiegelten Packeten enthaltenen Papiere oder andern Sachen, die nicht zum Nachlaß gehören, werden, wem gehörig, übergeben oder aber bis zur Abgabe auf Reclamation versiegelt (Art. 265).

6) Wenn der Verstorbene im Staats- oder Kommunaldienst stand und sich in seinem Nachlaß Akten, Bücher, Schlüssel oder andere ihm dienstlich übergebene Gegenstände befinden, so ordnet der Friedensrichter, auf Antrag der Obrigkeit des Verstorbenen, die unverzügliche Herausgabe dieser Gegenstände wem gehörig an (Art. 266).

7) Sachen, deren Rückerstattung dritte Personen verlangen, können ihnen nach Ermessen des Friedensrichters herausgegeben werden, wenn es unzweifelhaft ist, daß sie diesen Personen gehören, und die Rückerstattung derselben von Niemandem angestritten worden ist. Widrigensfalls gelangen die in den Artikeln 1092 und 1093 der Civilproceßordnung dargelegten Regeln zur Anwendung (Art. 267).

Ueber die beiden noch übrig bleibenden Sicherstellungsmaßregeln nämlich erstens die Einsetzung einer Kuratel und zweitens die Erlassung von Erbschaftsproklamen können wir uns hier nicht näher einlassen, da die Erörterung der diesbezüglichen Grundsätze zu weit über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen dürfte. Uns kam es eben hauptsächlich darauf an, zu zeigen, daß der Testator durch keinerlei Verfügungen die Sicherstellung seines Nachlasses seitens des Gerichts verhindern kann, letzteres aber auch nur unter den im Vorhergehenden angegebenen Voraussetzungen, nicht in jedem Falle einschreitet. Mithin dürften diesbezügliche testamentarische Anordnungen belanglos und daher überflüssig erscheinen.

3.

Kann ein Ehegatte nach Livländischem Stadtrecht den andern Ehegatten gültig zu seinem Universalerben einsetzen?

Es ist eine sehr gewöhnliche Erscheinung in der Praxis des Livländischen Stadtrechts, daß Ehegatten auch bei beiderseitiger Ehe ein gegenseitiges Testament in Grundlage der Artt. 2409 ff Th. III des Prov.-Rs. in der Weise zu errichten pflegen, daß der eine den andern zu seinem Universalerben einsetzt. Hier entsteht die Frage: ist eine solche Erbeinsetzung des einen Ehegatten durch den andern, namentlich wenn sie zum Nachtheil, d. h. mit Uebergehung der Kinder oder sonstigen Blutsverwandten des Testators geschieht, gültig oder nicht)?

1) daß derartige Testamente nicht absolut unzulässig oder ungültig sein können, geht schon aus Art. 2411 hervor, woselbst der Schlußsatz von einem zwischen Ehegatten errichteten Testament handelt. Es fragt sich aber doch im Einzelnen, wie weit sich die Gültigkeit solcher gegenseitigen korrespondierenden Testamente erstreckt? Die Entscheidung der Frage wird im Wesentlichen davon abhängen, in wie weit der testirende Ehegatte in der Freiheit seiner letztwilligen Verfügungen beschränkt ist und ob Gütergemeinschaft bestand oder nicht. Nehmen wir zuerst an, es bestand Gütertrennung. Hierbei kommt es zunächst auf die rechtliche Qualität des Testamentsobjekts an. Handelt es sich um ein dem Ehegatten zum vollen, uneingeschränkten Eigenthum gehörendes, von ihm wohl erworbenes Vermögensobjekt, so kann er darüber nach Gefallen testamentarisch disponiren und den Gegenstand wem er will hinterlassen, ja, er kann sogar mit Uebergehung seiner gesetzlichen Erben auch ganz fremde Personen, oder auch milde Stiftungen als Erben einsetzen^{1-a)}. Um soviel eher wird also der eine Ehegatte den andern zu seinem Universalerben mit Uebergehung aller andern Erben einzusetzen berechtigt sein und muß sich eine solche Erbeinsetzung als vollständig wirksam erweisen.

¹⁾ Ein Aufsatz von Zimmerberg „Bemerkungen über die Erbgutseigenschaft und die eheliche Gütergemeinschaft nach Rigischem Stadtrecht“ in den theoret. pract. Erört. B I, Heft 1, S. 78 ff. verneint offenbar die Frage.

^{1-a)} Vgl. Art. 2000 Th. III des Prov.-Rs.

Von der eben dargelegten Regel macht aber das Provincialrecht allerdings eine Ausnahme. Art. 2001 bestimmt nämlich, daß wenn ein Testator unmündige Kinder hat, „die noch nicht erzogen sind und ihren Unterhalt nicht selbst erwerben können, noch auch ererbtes Vermögen haben“, nach dem Rechte Liv- und Esthlands verpflichtet seien, ihren Kindern wenigstens „soviel zu hinterlassen, als zu ihrem Unterhalt und zu ihrer standesgemäßen Erziehung erforderlich ist, bis sie im Stande sind, sich selbst den gehörigen Unterhalt zu verschaffen“.

Zu diesem Artikel ist Folgendes zu bemerken: da das Gesetz ganz allgemein von Liv- und Esthland, für welche beiden Provinzen, es gelten soll, spricht, ohne hinsichtlich der Liv- oder Esthländischen Städte etwas Anderes zu bestimmen und da andererseits als Quelle zum Art. 2001 nicht nur der § 2 der Schwedischen Testamentsstadga v. J. 1686, sondern insbesondere auch das in den Städten — also doch wohl nur den Liv- und Esthländischen Städten — geltende Wohnheitsrecht herangezogen wird, so ist nicht daran zu zweifeln, daß sich besagter Artikel auch auf das Livländische Stadtrecht bezieht. Der erste dieser beiden Gründe, nämlich die Allgemeinheit der Ausdrucksweise „Liv- und Esthland“ läßt sich aber nicht minder auch zum Beweise dafür gebrauchen, daß auch der vorhergehende Artikel 2000 nicht nur für das Livländische Landrecht sondern auch das Stadtrecht Geltung hat.

Ferner ist zu betonen, daß die in Art. 2001 Th. III des Prov.-Rs. erwähnte Beschränkung cessirt, wenn die Kinder schon mündig und im Stande sind, sich ihren Unterhalt selbst zu erwerben und sogar dann nicht zur Anwendung gelangt, wenn die Kinder zwar unmündig und nicht erwerbsfähig, dennoch aber vermögend sind. Das Provincialrecht spricht in dieser Beziehung nur vom ererbten Vermögen. Allein es erleidet wohl keinen Zweifel, daß dieselben Grundsätze zur Anwendung gelangen müssen, wenn die Kinder nicht ererbtes, sondern anderweilig erworbenes Vermögen besitzen, so z. B. durch Schenkung zugewandtes. Nach dem Sinn des Gesetzes muß aber offenbar angenommen werden, daß das Vermögen so groß sein muß, daß davon die standesgemäße Erziehung resp. der Unterhalt der Kinder bestritten werden kann. Handelt es sich aber nicht um wohl erworbenes Vermögen, sondern um Erbgut, so kann der Ehegatte darüber nicht nach seinem Belieben letztwillig verfügen^{1-b)}). Dasselbe geht vielmehr auf seine gesetzlichen Erben über und darf diesen nicht entzogen werden. Dabei kann aber in dieser Hinsicht überhaupt nur ein Immobil in Frage kommen, da nach Livländischen Land- und Stadtrechten bloß

^{1-b)} Vgl. Art. 1995 Th. III des Prov.-Rs.

unbewegliche Gegenstände, nicht dagegen bewegliche Erbgutsqualität haben können²⁾. Eine Ausnahme soll nur dann stattfinden, wenn die erbberechtigten Blutsverwandten ihre Einwilligung in die Verfügung des Testators über die Erbgüter erteilt haben oder wenn der testierende Gatte der letzte seines Stammes ist³⁾. In solchen Fällen kann also der eine Gatte dem andern auch ein Erbgut testamentarisch zuwenden. Denken wir uns nun aber den Fall, daß der eine Ehegatte dem andern ein von ihm wohl erworbenes Immobil testamentarisch vermacht hat. Man könnte hier die Frage aufwerfen: wird ein solches Immobil in der Hand des Erben zum Erbgut und unterliegt es somit nicht der freien testamentarischen Dispositionsbefugniß des zum Erben eingesetzten Ehegatten? Unserer Ansicht nach giebt darauf der Art. 965 Th. III des Prov.-Rs. die bestimmteste Antwort. Darnach ist Erbgut jedes Immobil, das Jemand auf dem Wege der gesetzlichen (also Intestat-) Erbfolge erlangt hat. Hat also beispielsweise A das von ihm wohl erworbene Immobil seinem Blutsverwandten B testamentarisch vermacht, dieser wieder einem seiner Intestaterben C, von welchem es dann laut Testament an den gesetzlichen Erben des letztern D übergeht, so hat ein solches Immobil keineswegs die Erbgutsqualität, eben weil es sich nicht auf dem Wege der gesetzlichen, sondern der testamentarischen Erbfolge weitervererbt. Folglich muß man dem Ehegatten, dem laut Testament ein von dem verstorbenen Gatten wohl erworbenes Immobil hinterlassen worden ist, das Recht einräumen, beliebige letztwillige Verfügungen über ein solches Immobil zu treffen. Wie ist es nun aber dann, wenn der Ehegatte das Immobil vom verstorbenen Gatten auf dem Wege der gesetzlichen Erbfolge erlangt hat? Bleibt auch hier die Freiheit des Dispositionsbefugniß dieselbe? Es wird hier wesentlich darauf ankommen, ob man den überlebenden Ehegatten zu den „gesetzlichen Erben“ im Sinne des Livländischen Stadtrechts zu rechnen hat oder nicht. Art. 966 spricht sich hinsichtlich des Erbgutes näher dahin aus, daß es vom Eigenthümer ohne Einwilligung der „nächsten gesetzlichen Erben“ in keiner Weise veräußert werden darf, woraus zu folgern ist, daß auch eine testamentarische Verfügung sich als ungültig erweisen muß⁴⁾. Nun verweist aber Art. 966, was die Folgen einer unerlaubten Veräußerung resp. testamentarischen Verfügung anbetrifft, auf die in Art. 962 ausgedrückten speciell für das Livländische Landrecht geltenden Bestimmungen. Dieser aber,

²⁾ Vgl. Artt. 960 und 965 Th. III des Prov.-Rs.

³⁾ Vgl. Art. 1997 Th. III des Prov.-Rs.

⁴⁾ Vgl. auch Art. 961.

wie der vorhergehende Artikel 961 bedienen sich desselben Ausdruckes: „gesetzliche Erben“, wie wir ihn in Art. 966 für das Livländische Stadtrecht wieder begegnen. Da nun aber der Ausdruck „gesetzliche Erben“ in den Artt. 961 und 962 offenbar gleichbedeutend mit dem in Art. 960 gebrauchten Ausdruck „Blutsverwandten“ erscheint, so wäre es keine zu gewagte Schlussfolgerung, wenn man annimmt, daß auch unter den nächsten gesetzlichen Erben⁵⁾ des Livländischen Stadtrechts (vgl. Artt. 965 ff) nichts weiter als die Blutsverwandten des Verstorbenen zu verstehen sind. Als diese kommen aber, wie aus Art. 960 hervorgeht, die Ascendenten, Descendenten und Seitenverwandten des Verstorbenen in Frage^{5-a)}. Da es nun aber nicht angeht, den überlebenden Gatten zu den Blutsverwandten des verstorbenen Ehegatten zu zählen, so kann das unbewegliche ab intestato dem überlebenden Gatten zufallende Immobilienvermögen des verstorbenen Ehegatten schon aus diesem Grunde niemals Erbgutseigenschaft annehmen und unterliegt somit der freiesten Dispositionsbefugniß seitens des überlebenden Gatten, auch durch Verfügungen auf den Todesfall.

Auch Erdmann System B. II § 119 S. 29 f hat diese Frage aufgeworfen und sie — gewiß mit Recht — dahin entschieden, daß das vom Ehegatten ab intestato geerbte Immobil nicht unter den Begriff des Erb-guts falle, im Hinblick auf den Art. 1654 Th. III des Prov.-Rs., nach welchem bloß Blutsverwandte die Erblosung für sich beanspruchen können.

Daß auch sonst die Ehegatten in ihrem verwandschaftlichen Verhältnis zu einander nicht zu den Blutsverwandten gerechnet werden, ergibt sich schon aus Art. 1705, woselbst die kraft Gesetzes zur Erbfolge berufenen Personen aufgezählt werden. Als solche bezeichnet nämlich der besagte Artikel:

- 1) den überlebenden Gatten,
- 2) die Blutsverwandten,
- 3) gewisse Anstalten und Korporationen und
- 4) den Fiskus.

Es wird also der überlebende Ehegatte von den Blutsverwandten ausdrücklich unterschieden.

Ebenso könnte Art. 1965 hierher gezogen werden, der von der Begriffsbestimmung des erblosen Vermögens handelt. Auch hier werden

⁵⁾ Im Russischen Text der Artt. 961, 962 und 966 wird überall der Ausdruck: „законные наследники“ gebraucht, während es in Art. 960: „кровные родственники“ heißt.

^{5-a)} Vgl. auch noch Art. 241 Th. III des Prov.-Rs.

der „erbfähige Ehegatte“ und die „Verwandten“ von einander geschieden.

Allein zwei Fälle giebt es doch, wo auch das dem einen Ehegatten von andern ab intestato zufallende Immobil Erbgutseigenschaft annimmt. Der erste derselben tritt dann ein, wenn die Ehegatten unter einander blutsverwandt sind. Dann kann der überlebende Ehegatte über das solchergestalt auf ihn gekommene Immobil nicht willkürlich verfügen, sondern muß es seinen nächsten gesetzlichen Erben hinterlassen. Letzteres wird namentlich dann von Bedeutung sein, wenn ein parens binubus das ihm von dem verstorbenen Ehegatten ab intestato zugefallene Immobil den zweiten Ehegatten testamentarisch zuwenden will. Die Freiheit der testamentarischen Dispositionsbefugniß findet eben hier seine gesetzlichen Schranken in den Bestimmungen der Artt. 965 ff. und 1995 Th. III des Prov.-Rs. Die zweite Ausnahme ist uneigentlich. Art. 967 bestimmt nämlich, daß ein von zwei Ehegatten durante matrimonio gekauftes Immobil mit dem Tode des einen Gatten nur insofern Erbgut wird, als der überlebende Ehegatte darüber nicht zum Nachtheil der Kinder aus dieser Ehe verfügen kann. Daß der eine Ehegatte hier nicht mit voller Freiheit über das ganze Immobil verfügen kann, versteht sich eigentlich von selbst, da ihn dasselbe von Hause aus nicht allein und vollständig gehörte⁶⁾. Zudem findet der Artikel offenbar dann keine Anwendung, wenn die Ehe eine unbeerbt war. Hat daher der eine Ehegatte den andern zu seinem Universalerben eingesetzt und es befindet sich in der Erbschaft auch ein vom Testator mit seinem Ehegatten gemeinschaftlich gekauftes Immobil, so wird sich die testamentarische Verfügung — vorausgesetzt natürlich, daß zur Zeit des Todes des Testators Kinder vorhanden sind — nach dieser Richtung d. h. in Bezug auf das Immobil, als unwirksam erweisen, im Uebrigen aber aufrecht zu erhalten sein⁷⁾.

Bisher war davon ausgegangen, daß das Vermögen, um welches es sich bei der gegenseitigen oder einseitigen testamentarischen Verfügung des einen Gatten zu Gunsten des andern handelte, nicht in der ehelichen Gütergemeinschaft einbegriffen war. Bestand das Vermögen nicht in einem Erbgut resp. war in demselben nicht ein Erbgut enthalten, so ist nicht nur das gegenseitige (korrespondierende) Testament, in welchem zwei Ehegatten einander zu Universalerben einsetzen, in allen seinen Theilen für vollkommen wirksam zu erachten, sondern es nimmt auch das ab intestato dem einen Ehegatten vom andern zufallende Immobil keines-

⁶⁾ Vgl. Art. 1993 Th. III des Prov.-Rs.

⁷⁾ Vgl. Art. 2788 Th. III des Prov.-Rs.

wegs Erbgutseigenschaft an. Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß ein solcher Fall nie eintreten könne, da der Ehegatte nach Prov.-R. nicht zu den ab intestato erbberechtigten Personen gehöre, zum Mindesten aber nicht unter den in Art. 1880 Th. III des Prov.-Rs. aufgezählten ganz dem Römischen Recht entnommenen vier Intestaterbklassen genannt werde. Denn auch der überlebende Ehegatte ist nach Prov.-R. und daher auch nach Livländischem Stadtrecht Intestaterbe des verstorbenen Ehegatten. Schon Art. 1705 erwähnt, wie wir sahen, neben der Intestaterbfolge der Blutsverwandten auch der des überlebenden Ehegatten. Ausschlaggebend aber ist der Umstand, daß hier das Römische Recht zur Anwendung gelangt. Dieses aber bestimmt, daß wenn Niemand der zu den vier Klassen gehörenden Intestaterben vorhanden ist, der überlebende Ehegatte erbberichtig sei⁹⁾. Daher dürfen wir auch für das Livländische Stadtrecht unbedenklich annehmen, daß wenn kein aus den vier Klassen des Art. 1880 Erbberechtigter vorhanden ist, der überlebende Ehegatte eintritt⁹⁾. Letzterer kann daher, eben weil er nicht Blutsverwandter des verstorbenen Gatten ist, mit dem ihm solchergestalt ab intestato zugefallenen Vermögen schalten und walten, wie er will, er kann es also auch, wenn er eine neue Ehe eingeht, dem zweiten Ehegatten testamentarisch zuwenden, vorausgesetzt auch, daß er von diesem letztern Kinder hat oder daß sonstige Verwandte des Testators oder des zweiten Ehegatten vorhanden sind.

So viel, wenn Gütertrennung stattgefunden hatte. Ganz anders liegt jedoch die Sache bei einer ehelichen Gütergemeinschaft. Hier sind nachstehende zwei Fälle möglich: entweder der hinterbleibende Ehegatte ist unbeerbt oder er ist beerbt. Im ersteren Fall gilt Folgendes: da nach Art. 1819 Th. III des Prov.-Rs. die nächsten Blutsverwandten des verstorbenen Ehegatten ein, wie es scheint, unentziehbares Unrecht auf ein Drittheil des gesammten in der Gütergemeinschaft befindlichen Gutes haben, wenn der überlebende Ehegatte Wittwer ist, auf die Hälfte dagegen, wenn der überlebende Gatte Wittwe ist, welche Antheile ihnen in jedem Fall zukommen — wosern nicht etwa besondere Enterbungsgründe vorliegen resp. im Testament namhaft gemacht worden sind — so folgt daraus, daß das Testament mittelst dessen zwei Ehegatten einander zu Universalerben einsetzen, in Bezug auf das den Blutsverwandten des Testators gebührende Drittheil oder die Hälfte des erblasserischen Vermögens ganz unwirksam, dagegen in Hinsicht auf die andern zwei Drittheile resp. auf die andere Hälfte des in der Gütergemeinschaft befindlich gewesenen Gutes zum Mindesten von gar keinem Einfluß

⁹⁾ Vgl. Baron „Pandekten“ (1896) § 409 S. 713.

⁹⁾ Vgl. Erdmann System B. III § 217 S. 100 und § 232 S. 160 f.

sein muß, weil nach Art. 1819 Th. III des Prov.-Rs. diese Antheile dem parens superstes schon ab intestato also auch ohne Vorhandensein eines Testaments zugefallen wären. In Fällen solcher Art wäre daher die Errichtung eines Testaments, worin ein Ehegatte vom andern zum Universalerben eingesetzt wird, zum Mindesten nutzlos. Ausgenommen von dem Vorhergehenden ist jedoch das nicht in der Gütergemeinschaft begriffene Vermögen und das Sondergut des verstorbenen Gatten. Ueber dieses kann er nach Gefallen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder von Todeswegen verfügen, daher kann er es auch dem andern Ehegatten testamentarisch zuwenden. Von selbst versteht es sich endlich, daß das in dem erwähnten Art. 1819 ausgedrückte Recht der überlebenden Wittwe auf Vormewnahme ihrer Morgengabe durch das Testament ihres verstorbenen Mannes in keiner Hinsicht berührt werden kann.

Es kann nun aber auch sein, daß die Ehe eine beerbte war. Hier gilt im Ganzen dasselbe, wie im vorigen Falle, in sofern als hier wie dort die den Kindern kraft Gesetzes¹⁰⁾ zustehenden Erbrechte durch das Testament des Vaters oder der Mutter keine Schmälerung erfahren dürfen. Setzt also auch der eine Ehegatte den andern zu seinem Universalerben ein so können dadurch die Kinder weder ihres Rechts auf Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit dem parens superstes, noch der ihnen laut Gesetz (Artt. 1830 und 1831) gebührenden Antheile verlustig gehen. Das Testament kann also nur insoweit aufrecht erhalten bleiben, als es sich um die dem überlebenden Gatten schon laut Gesetz zufallenden Antheile im Betrage von zwei Drittheilen und der Hälfte (Art. 1831) handelt, in allen übrigen Beziehungen muß es sich als unwirksam erweisen. Daraus ergibt sich zugleich, wie sehr diese sogenannte „Erbfolge“ des überlebenden Ehegatten von der vorhererwähnten Römisch-rechtlichen Intestaterbfolge des parens superstes unterschieden werden muß. Ja, nur bei der letztern handelt es sich um Erbfolge im eigentlichen Sinn des Wortes, bei der erstern dagegen mehr um die Ansprüche der Ehegatten aus dem ehelichen Güterrecht: durfte der Ehegatte schon zu Lebzeiten des Gatten über die Gesamtmasse nicht willkürlich verfügen, stand ihm schon damals nicht das Veräußerungsrecht zu, sondern nur das Recht, die Gesamtmasse zu verwalten und zu nutzen¹¹⁾, so kann es ebensowenig einem Zweifel unterliegen, daß er auch von Todeswegen über die Gesamtmasse zu disponiren nicht berechtigt ist, eben weil das Vermögen, um das es sich handelt, nicht ausschließlich ihm, sondern ebenso auch dem andern Ehegatten gehört. Auch hinsichtlich des von der Gütergemeinschaft ausgenommenen Vermögens, sowie des Sondergutes gilt das in Bezug auf die unbeerbte Ehe! Bemerkte.

¹⁰⁾ Vgl. Artt. 1822—1834 Th. III des Prov.-Rs.

¹¹⁾ Vgl. Art. 82 Th. III des Prov.-Rs.

4.

Einige Worte über die Eingehung des Vollmachtenvertrages nach Provincialrecht.

In den Ostseeprovinzen hat sich, insbesondere seit Einführung der Justizreform vom 9. Juli 1889 in Bezug auf die Eingehung des Vollmachtenvertrages folgende Praxis herausgebildet: will Jemand einem Andern, sei es nun einem Rechtsanwalt oder einer gewöhnlichen Privatperson eine Vollmacht erteilen, so unterschreibt er den Text der auf den Namen des Mandatars ausgestellten Vollmacht und läßt erforderlichen Falls diese seine Unterschrift in der gesetzlich vorgeschriebenen Form beglaubigen. Der Bevollmächtigte selbst unterschreibt die Vollmachtenurkunde nicht. Dennoch aber soll nach einer in der Praxis zuweilen vertretenen Anschauung das Mandat schon jetzt als zu Stande gekommen gelten. Angesichts dessen fragt es sich nun: ist eine solche Praxis den Gesetzen gemäß und insbesondere: entspricht sie dem Wesen der Vollmacht als Konsensualvertrag?

Die Theorie des gemeinen Rechts versteht unter dem *mandatum* oder Bevollmächtigungsvertrag denjenigen Konsensualvertrag, vermittelt dessen der eine Kontrahent (Mandatar) sich verpflichtet, ein ihm aufgetragenes Geschäft des andern Kontrahenten (Mandanten) auszuführen, ohne sich dafür eine Vergütung auszubedingen¹⁾. In Uebereinstimmung damit bestimmt Art. 4363 Th. III des Prov.-Rs.:

„Durch den Vollmachtenkontrakt (Mandat) verpflichtet sich einer der Kontrahenten (Bevollmächtigter, Beauftragter, Gewalthaber, Mandatar), ein ihm aufgetragenes Geschäft des andern (Machtgeber, Auftraggeber, Gewaltgeber, Mandant) zu besorgen, ohne sich in der Regel eine Vergütung dafür auszubedingen²⁾.“

Daraus ergibt sich, daß die Begriffsbestimmung des Vollmachtenvertrages im gemeinen Recht sich mit der des Provincialrechts vollkommen deckt. Letzteres sowohl wie das Römische Recht fassen das

¹⁾ Vgl. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht (Ausg. v. J. 1843) B. II § 526, S. 416, Bering Geschichte und Pandekten des Römischen und heutigen Privatrechts (Ausg. v. J. 1887) § 206, S. 577.

²⁾ Vgl. Erdmann System B IV, S. 427 f.

Mandat als Vertrag und zwar als Konsensualvertrag auf. Ein Vertrag aber entsteht nicht anders als durch vollständige Willensübereinstimmung der Kontrahenten. Schon dieser Umstand, der Charakter des Mandats als eines Vertrages muß gegen die unbedingte Richtigkeit einer derartigen Praxis einnehmen.

Führen wir nun das Vorhergesagte ein wenig näher aus.

Die Eingehung des Vollmachtskontrakts enthält im Wesentlichen zwei Momente, nämlich erstens den Auftrag des Mandanten, sowie zweitens die Annahme des Auftrages resp. die Verpflichtung zur Beforgung desselben seitens des Mandataren oder Bevollmächtigten. Fehlt eines dieser beiden Momente, so muß offenbar der Vertrag als noch nicht zu Stande gekommen und daher als noch unwirksam gelten. Nun ist aber nach der hierorts allgemein geltenden Praxis bei Eingehung des Vollmachtsvertrages nur das erste Moment, die Beauftragung berücksichtigt, das zweite dagegen, nämlich die Annahme des Auftrages, also die bindende Willenserklärung des Beauftragten oder Mandatars ganz außer Acht gelassen. Es mangelt also hier an der für das Zustandekommen eines Vertrages unumgänglich notwendigen Willensübereinstimmung der Kontrahenten untereinander, insofern nur der eine derselben, nämlich der Mandant seinen Willen erklärt hat.

Woher diese Eigenthümlichkeit der Praxis? Man wird im Allgemeinen vielleicht keinen Fehlgriff thun, wenn man sie auf verschiedene zu Art. 147 der hier selbst seit dem November 1889 eingeführten Reichsnotariatsordnung und zu Art. 2308 B. X des Сводъ законовъ ergangene Erläuterungen der Kassationsdepartements des Senats zurückführt³⁾. Aus denselben geht soviel hervor, daß die Theilnahme resp. Gegenwart des Mandatars an der Eingehung des Vollmachtsvertrages nicht erforderlich ist, daher bei notarieller Beglaubigung nur die Unterschrift resp. Rechtsfähigkeit⁴⁾ des Vollmachtgebers, nicht auch des Bevollmächtigten zu bescheinigen ist. Die Ausdehnung dieser Senats-erläuterungen auf das Provinzialrecht dürfte sich aber wohl schwerlich rechtfertigen lassen, einmal deshalb, weil der erwähnte Art. 2308 und die zu demselben ergangenen Erläuterungen des dirigirenden Senats doch nur dem Russischen in B. X des Св. зак. enthaltenen Privatrechte angehören und zweitens, weil die ausgesprochene Vertragsnatur des provincialrechtlichen Mandats die Gegenwart oder doch wenigstens Theilnahme des Bevollmächtigten schon als unumgängliches Postulat der Willensübereinstimmung beider Kontrahenten verlangt. Andererseits

³⁾ Vgl. P. III. 87/23 und P. III. 78/114.

⁴⁾ Vgl. Art. 147 der Not. Ordn.

ist auch der Senat dem von ihm ausgesprochenen Princip nicht ganz getreu geblieben, insofern P. M. 77/354 zur vollständigen Wirksamkeit des Vollmachtsvertrages die Annahme des Auftrages seitens des Mandataren erfordert.

Es wäre überflüssig, darauf hinzuweisen, daß die Frage, mit welchem Moment der Vollmachtsvertrag als wirklich rechtsgültig abgeschlossen zu betrachten ist, keineswegs als bloß theoretische erscheint, denn gewiß ist es doch von großer praktischer Bedeutung, festzustellen, von welchem Zeitpunkt an Jemand als Bevollmächtigter und mithin im Namen des Mandanten berechtigt und verpflichtet anzusehen ist? Nach den Grundsätzen des Provincialrechts dürfte hierüber Folgendes gelten:

daß die bloße Willenserklärung des Vollmachtgebers oder wie man gewöhnlich zu sagen pflegt: „die Ausstellung“ der Vollmacht an die Person des Mandataren für sich allein zum definitiven Zustandekommen des Vollmachtsvertrages noch nicht genügt, erhellt nicht nur daraus, daß nach Art. 4366 die Erklärung der Einwilligung seitens des Bevollmächtigten auch in Abwesenheit, durch Boten oder Briefe erfolgen kann, womit offenbar für den definitiven Abschluß des Rechtsgeschäfts ein späterer Zeitpunkt als der der Willenserklärung des Mandanten vorausgesetzt wird — sondern auch aus Art. 4364 in fin., wonach das Stillschweigen desjenigen, an den der Auftrag ergeht, im Zweifel für ein Merkmal der Nichteinwilligung angenommen werden muß. Soll deshalb nach Provincialrecht der Vollmachtsvertrag als sofort zustandegekommen gelten, so muß der Bevollmächtigte sogleich mit oder nach der Willenserklärung des Mandanten die Annahme des Auftrages erklären und zwar kann er dies nach Maßgabe der Artt. 4364 u. 4366 entweder schriftlich durch gleichzeitiges Unterschreiben der Vollmachtsurkunde zusammen mit dem Mandanten oder durch sofortige ausdrückliche mündliche Erklärung, die Ausführung des Auftrages annehmen zu wollen, thun. Die einseitig erfolgte Willenserklärung nur eines der beiden Kontrahenten vermag daher gar keine Wirkung zu äußern; der Vertrag gilt in solchem Falle als noch nicht zustandegekommen. Perfekt kann vielmehr der Vollmachtsvertrag erst dann werden, wenn der Bevollmächtigte seinen Willen, den an ihn ergangenen Auftrag anzunehmen, dem Mandanten nachträglich kundgethan hat. Es kann das nicht nur durch nachträgliches Unterschreiben der Vollmachtsurkunde, sondern überhaupt durch jede Erklärung des Mandataren, das Mandat auf sich nehmen zu wollen, erfolgen, sei es nun eine mündliche oder schriftliche (z. B. in Gestalt eines Briefes), sei es eine persönliche durch den Mandataren selbst oder

vermitteltst eines von letzterem abgesandten Boten erfolgende. Schweigt der Bevollmächtigte auf den an ihn gerichteten und ihm zugesandten Auftrag, so ist ein solches Stillschweigen im Zweifel d. h. in Ermangelung diesbezüglicher besonderer Verabredungen als Zeichen der Nichteinwilligung anzusehen, ebenso natürlich, wenn es sich um Zusendung der schriftlich ausgefertigten Vollmacht handelt. Jedoch gilt das nur für solche Personen, die nicht zur Besorgung fremder Geschäfte öffentlich bestellt sind oder sich dazu öffentlich erboten haben, z. B. die Rechtsanwälte (z. B. *присяжные и частные повѣренные*). Wenn nämlich letztere die ihnen ertheilten Aufträge nicht sofort ablehnen oder die ihnen deshalb zugestellte schriftliche Vollmacht nicht unverzüglich zurückgeben, so gilt das als Annahme des Antrages, also als Einwilligung⁵⁾. Hier ist also die Uebereinkunft eine stillschweigende, d. h. aus konkludenten Faktis zu folgernde. Für alle Personen ohne Unterschied gilt es, daß ein Vollmachtsvertrag durch *mutuus consensus* in der Weise abgeschlossen werden kann, daß Jemand es wissentlich geschehen läßt, daß ein Anderer seine Geschäfte besorgt⁶⁾. In diesen Fällen wird der Vertrag erst mit dem Zeitpunkt perfekt, wo der Betreffende von der Geschäftsbesorgung des Andern Kenntniß erlangt hat. Vorher ist noch kein eigentliches Mandat, kein wirklicher Vertrag vorhanden.

Als Schlussergebnis ergibt sich uns also, daß bei dem hier zu Lande beobachteten Modus, wonach die Vollmachtsurkunde nur vom Mandanten und dazu noch in der Regel in Abwesenheit des Mandatars vielleicht sogar noch bevor letzterer von der Beauftragung überhaupt, irgend etwas weiß, unterschrieben wird, noch kein wirksames Mandat hervorzubringen geeignet ist, letzteres vielmehr erst dann begründet wird, wenn der Mandatar seinen Annahmewillen mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben hat, denn es ist absolut kein rechtlicher Grund vorhanden, den Vollmachtsvertrag anders wie die übrigen Konsensualverträge zu behandeln und die Vertragsnatur desselben in den Hintergrund treten zu lassen, ganz abgesehen davon, daß die Verlegung der Willensäußerung des Mandatars auf einen unter Umständen bedeutend späteren Zeitpunkt zu manchen Unzuträglichkeiten führen kann.

⁵⁾ Vgl. Artt. 4364 und 4365.

⁶⁾ Vgl. Art. 4364. Genauer spricht man indessen hier von einer *negotiorum gestio*.

Bemerkungen zur Lehre des Provincialrechts vom Retentionsrecht des Vermiethers an den *invectis* und *illatis* des Miethers nach dem Gesetz über die Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen vom 9. Juli 1889.

Art. 3381 Th. III des Prov. Rs. lautet folgendermaßen:

„Das Zurückbehaltungs- oder Retentionsrecht ist das Recht des Inhabers einer Sache, deren Herausgabe so lange zurückzuhalten, bis er wegen einer eigenen Forderung befriedigt worden ist“.

Ähnlich ist der Wortlaut dieses Artikels im Russischen Text:

„Подъ удержаніемъ разумѣется право лица, въ рукахъ котораго вещь находится, оставлять ее у себя до тѣхъ поръ, пока оно же будетъ удовлетворено въ своемъ требованіи.“

Sowohl dieser, wie alle folgenden von Retentionsrechte handelnden Artikel des Th. III des Prov. Rs. sind durch das Gesetz vom 8. Juli 1889 über die Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen in keiner Hinsicht geändert oder gar aufgehoben worden

Wohl aber ist letzteres der Fall mit dem dem Vermiether¹⁾ früher zustehenden stillschweigenden gesetzlichen Pfandrecht an den vom Miether in die gemietheten Räumlichkeiten gebrachten und letzterem gehörigen Sachen, bezüglich welcher Art. 1404 bestimmte:

„der Vermiether eines Gebäudes oder eines Locales in einem Gebäude, oder eines nicht zur Fruchterzeugung bestimmten freien Platzes, hat, wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage, ein stillschweigendes Pfandrecht an den dem Miether eigenthümlich gehörenden Sachen, welche derselbe zu seinem Gebrauch oder zur Aufbewahrung hineingebracht, — auch Waaren nicht ausgenommen — Uebrigens wird der Miether durch dieses Pfandrecht nicht an der freien Verfügung über seine Sachen gehindert, so lange der Vermiether sie nicht angehalten hat“.

¹⁾ Die vorstehenden Ausführungen beziehen sich zugleich auch auf das stillschweigende Pfandrecht des Verpächters eines fruchttragenden Grundstückes an den Erzeugnissen des Grundstückes, vgl. Art. 1403 Th. III des Prov. Rs.

Der Russische Text dieses Artikels weicht hier von der deutschen Fassung nur betreffs des Schlußsatzes ab, insofern die Wendung: „solange der Vermiether sie nicht an gehalten hat“, von ihm mit den Worten: „пока отдавший въ наймы не будетъ осуществлять къ нимъ притязанія“ wiedergegeben wird, eine Verschiedenheit, die auf die Interpretation des Art. 3381 Th. III des Prov. Rs. nicht ohne Einfluß gewesen ist²⁾. Wie nämlich das Gesetz vom 9. Juli 1889 in dem Abschn. B. „Ueber einige Abänderungen der Hypothekengesetze“ Art. 1 ff. nicht nur die General- und Mobilienhypotheken, sondern auch die Privat- und stillschweigenden (Legal-) Hypotheken für die Zukunft abschafft, so verordnet es auch speciell hinsichtlich des erwähnten dem Vermiether an den investis et illatis des Miethers in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht³⁾ bisher zustehenden gesetzlichen Pfandrechts⁴⁾, daß eben dieses Pfandrecht durch das in Art. 3381 Th. III des Prov. Rs. ausgedrückte Retentionsrecht ersetzt sein solle⁵⁾. Während nun der Ausdruck „Retentionsrecht“ in Art. 1 der „Verordnungen“, sowie in den Artt. 3381—3386 Th. III des Prov. Rs. vom Russischen Text mit „право удержанія“ wiedergegeben wird, findet sich in den Artt. 22 und 23 der „Временныхъ правилъ о производствѣ дѣла о несостоятельности“, die eine Beilage zu Art. 162 des Gesetzes vom 9. Juli 1889 bilden, parallel mit dem Ausdruck „право удержанія“ noch „право задержанія“ gebraucht. Es heißt nämlich in §. 3 des erwähnten Art. 22 folgendermaßen:

„Требования, въ пользу коихъ дѣйствующими въ Прибалтійскихъ губерніяхъ гражданскими законами установлено право задержанія или удержанія⁶⁾ движимыхъ вещей, пользуются отдѣльнымъ отъ конкурснаго производства удовлетвореніемъ.“

Diese Bestimmung wird durch den nachfolgenden Art. 23 dahin eingeschränkt, daß der Vermiether das ihm in Art. 22 §. 2 gewährte Vorzugsrecht einer abgesonderten Befriedigung im Konkursverfahren nur dann genießt, wenn sich die investita und illata zur Zeit der Konkursöffnung in den vermieteten Räumlichkeiten befinden. Damit soll, wie auch aus den Motiven zu Art. 22 der genannten „zeitweiligen Regeln“ hervorzugehen scheint, soviel gesagt sein, daß nur die wirkliche Ausübung dieses Retentionsrechts demselben die erwähnte

²⁾ Vgl. darüber an einer späteren Stelle.

³⁾ Vgl. Puchta „Pandekten“ (10. Aufl.) § 201 S. 315.

⁴⁾ Vgl. Erdmann System B. II S. 367.

⁵⁾ Vgl. Art. 1 der „Verordnungen“ über die Einführung der Justizreform.

⁶⁾ Im deutschen Text heißt es: das Recht der „Pfändung oder Retention“.

privilegirte Stellung im Konkursverfahren verschafft. Worin diese Ausübung besteht und welches überhaupt die Grundsätze sind, nach denen das durch die neuen Justizgesetze an Stelle der alten Legalhypothek des Vermiethers an den *invectis* und *illatis* des Miethers getretene Retentionsrecht beurtheilt werden muß, soll in Nachstehendem untersucht werden.

Man sollte zunächst meinen, daß nach der klar ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers in Art. 1 cit. der „Verordnungen“ die vollständige und ausschließliche Anwendung der in den Artt. 3381 — 3386 Th. III des Prov. Rs. enthaltenen und an Stelle der dem Vermiether nach früherem Recht in Grundlage des Art. 1404 zuständig gewesen erwähnten Lepalhypothek getretenen, ganz auf Römischen Recht basirenden Grundsätze des Retentionsrechts keinem Zweifel unterliege. Einer solchen Annahme scheint jedoch Art. 22 cit. der erwähnten „zeitweiligen Regeln“ entgegen zu stehen, der die Begriffe „право удержанія“ (d. i. Retentionsrecht) und „право задержанія“ (d. i. Pfändungsrecht) offenbar promiscue für einander braucht¹⁾, welcher Umstand noch dadurch weitere Bedeutung erhält, daß auch in den Motiven zu Art. 22 cit. gelegentlich von dem „Pfändungs- oder Retentionsrecht“ der Artt. 1403 und 1404 Th. III des Prov. Rs. gesprochen und vergleichsweise auf die Bestimmungen der Artt. 3387 ff. Th. III des Prov. Rs. hingewiesen wird, während in den Motiven zu dem folgenden Art. 23 abgesehen von einer solchen Hinweisung auf das in Artt. 3387 ff. enthaltene Pfändungsrecht, das Retentionsrecht des Vermiethers an zwei Stellen „право задержанія“, nicht („право удержанія“) d. h. „Pfändungsrecht“ genannt wird. Dieses vom Prov. R. aus dem germanischen Recht hinübergenommene Pfändungsrecht darf jedoch schon aus diesem Grunde, nämlich eben deshalb, weil es auf den dem Römischen Recht gänzlich fremden Principien des deutschen Rechts beruht, nicht zur Ergänzung der auf Römischrechtlicher Basis gegründeten provincialrechtlichen Normen über das Retentionsrecht dienen. Nichtsdestoweniger ist neuerdings der Versuch einer solchen Ergänzung des dem Vermiether nach den neuen Justizgesetzen zustehenden Römischrechtlichen Retentionsrechts durch die in den Artt. 3387 Th. III des Prov. Rs. enthaltenen, auf das Pfändungsrecht bezüglichen Bestimmungen gemacht worden. Er betitelt sich: „Право удержанія арендо-наймодателѣй въ Прибалтійскихъ губерніяхъ“ (Юрьевъ 1899) und hat einen Praktiker, den Jurjewischen Notaren des Rigaschen Bezirksgerichts Herrn R. Rosenthal zum Verfasser.

¹⁾ Vgl. Art. 22. „право задержанія или удержанія“.

Ausgehend von dem Umstande, daß der Vermiether die vom Miether in die gemietheten Räumlichkeiten inferirten Mobilien nicht besitze und in Folge dessen das ihm durch die neuen Gesetze gewährte Retentionsrecht in praxi, nicht verwerthen könne⁸⁾, macht es sich der Verfasser zunächst zur Aufgabe, die seiner Ansicht nach bisher in der Praxis vertreten gewesene Anschauung, als ob dieses neue Retentionsrecht ein praktisch überhaupt nicht verwerthbares und daher nutzloses Institut sei, zu bekämpfen. Sich die Frage vorlegend, wie überhaupt eine Verwirklichung des Retentionsrechts gedacht werden könne, wenn der Vermiether sich nicht im Besitze der *invecta* und *illata* des Miethers befinde, kommt Rosenthal zu dem Schluß, daß eine derartige logische *contradictio in adjecto* im gegebenen Fall überhaupt garnicht vorliege⁹⁾. Behufs Rechtfertigung dieses Satzes bemüht sich der Verfasser, namentlich in Anlehnung an die von uns erwähnten Aeußerungen der Motive den Nachweis zu führen, daß eine Anwendung der Römischrechtlichen Grundsätze des Retentionsrechts (Artt. 3381 ff. Th. III des Prov. Rs.) auf den Art. 1404 nach der eigentlichen Absicht des Gesetzgebers nur dann statthaft sein könne, wenn der Vermiether sich in dem wirklichen Besitze der vom Miether inferirten Sachen befinde. Wo das nicht der Fall sei, da müßte eine analoge Anwendung der in Artt. 3387 ff. enthaltenen Grundsätze, das Pfändungsrecht betreffend, Platz greifen, vermöge dessen dem Vermiether das Recht zustehe, die *Invekten* und *Illaten* des Miethers in seinen Besitz zu nehmen¹⁰⁾. Das Retentionsrecht, um das es sich hier handele, sei zwar ein erweitertes und über den eigentlichen Rahmen des Römisch-rechtlichen Retentionsrechts bedeutend hinausgehendes, fände sich aber auch in dem vor der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 in Geltung gewesenen Rechtszustande, in Gestalt des dem Vermiether auf Grund seines gesetzlichen Specialpfandrechts zustehenden Rechts, die *invecta et illata* des Miethers anzuhalten, d. h. einen Akt der erlaubten Selbsthilfe auszuüben¹¹⁾. Ein solches außerordentliches Recht des Vermiethers sei schon im alten Recht enthalten gewesen, wie aus den Quellen zu Art. 1405 hervorgehe. Auf Grundlage dieser Quellen, sowie des Umstandes, daß das neu geschaffene Retentionsrecht aus der wirklich ausgeübten Legalhypothek des Vermiethers an den inferirten Mobilien des Miethers hervorgegangen sei, will Rosenthal die Vergleichung dieses Rechts mit dem Faustpfande, wie

⁸⁾ Vgl. Розенталь §. 4.

⁹⁾ Vgl. Розенталь §. 4 f.

¹⁰⁾ Vgl. Розенталь §. 14 und 18—21. Die Ziffer „3372“ auf §. 18 beruht auf einem offenbaren Druckfehler. |

¹¹⁾ Vgl. Розенталь §. 10 ff. und §. 18 ff.

sie in den Motiven mehrfach angestellt wird^{11-a)}, erklären, die er an anderer Stelle entschieden tadelt¹²⁾. Um aber seine Ansicht über die Anwendung der Vorschriften des Provincialrechts, betreffend das Pfändungsrecht, im Gegensatz zu Art. 1 cit. der „Verordnungen“ in vollem Umfange aufrecht erhalten zu können, sieht sich Rosenthal genöthigt, die Richtigkeit des gesetzgeberischen Ausspruchs in genanntem Artikel, wonach das in Art. 3381 ff Th. III des Prov. Rs. vorgesehene Retentionsrecht an Stelle des dem Vermiether in Grundlage des Art. 1404 zuständig gewesenem gesetzlichen Pfandrechts getreten sei, in Abrede zu stellen, resp. denselben als redactionelle Ungenauigkeit hinzustellen. Er thut das auf S. 13 mit folgenden Worten:

„Но если это такъ, то разсужденія гг. комментаторовъ закона 9 юля 1889 года о томъ, что взамѣнъ безмолвныхъ закладныхъ правъ такъ называемымъ правомъ удержанія послѣдовалъ примѣнительно къ началу, выраженному въ ст. 1405, не представляются правильными.“

Nach seiner Ansicht hat die Gesetzgebung in Art. 1 cit. eine ganz neue und besondere Art des Retentionsrechts (право задержанія) geschaffen¹³⁾. Wir können nach reiflicher Ueberlegung uns mit den Ausführungen Rosenthals nicht einverstanden erklären. So muß es zu allererst befremden, wenn der Verfasser, nachdem er die principielle und durchgreifende Verschiedenheit zwischen dem Römisch-rechtlichen Institut des Retentionsrechts und dem auf deutsch-rechtlichem Boden entsprungenen Institut der Pfändung (Russisch: „Право задержанія въ закладъ“) ganz richtig erkannt und betont hat¹⁴⁾, nun dennoch das erstere durch das letztere ergänzt und näher bestimmt wissen will. Die Richtigkeit eines solchen Verfahrens will uns eben so wenig einleuchten, wie die Erklärung befriedigen dürfte, die Rosenthal auf S. 19 f. seiner Broschüre für den gleichmäßigen Gebrauch der beiden Termini „право удержанія“ und „право задержанія“, resp. den Gebrauch des letztern Ausdrucks zur Bezeichnung des dem Vermiether gewährten mehrfach angeführten Retentionsrechts seitens der Justiznovelle giebt, nämlich daß es sich hierbei lediglich um redactionelle Ungenauigkeiten des Gesetzgebers handele, die um so verständlicher wären, als die Heranziehung des einzigen im Provincialrecht auffindbaren Analogons, nämlich des Pfändungsrechts, dem Gesetzgeber offenbar zu gewagt erschienen sei. Denn handelt es sich hier wirklich um

^{11-a)} Vgl. die Motive zu Art. 1 cit. und Art. 2 cit. der „Verordnungen“.

¹²⁾ Розенталь S. 15 und 17.

¹³⁾ Vgl. Розенталь S. 20.

¹⁴⁾ Vgl. Розенталь S. 9, 17 und 19 f.

bloß gelegentliche Verwechslungen seitens des Gesetzgebers, wie Rosenthal annimmt, so dürfen solche umsoweniger als Grundlage einer weiteren Untersuchung über die charakteristischen Grundlagen des betreffenden Rechtsinstituts dienen. Noch verfehlter wäre aber die Annahme, daß der Gesetzgeber sich nicht eine bloß gelegentliche Verwechslung in der Benennung eines Rechtsinstituts zu Schulden habe kommen lassen, sondern daß er mit bewußter Absicht die für zwei so von einander verschiedene Rechtsinstitute, wie das Retentionsrecht und die Pfändung geltenden Rechtsgrundsätze gewissermaßen zu einem Ganzen verschmelzen, also die Grundsätze des einen auf die des andern anwenden wollte. Mit anderen Worten: dem Gesetzgeber die Anwendung der Artt. 3387 ff auf das in Artt. 3381—3386 behandelte Retentionsrecht zu unterlegen, würde nichts Anderes bedeuten, als ihm Verstöße gegen die Logik und menschliche Vernunft, Nichtkenntniß der einfachsten Rechtsgrundsätze und Nichterkennen klar zu Tage liegender Unterschiede in die Schuhe schieben, deren Voraussetzung jedoch auf seiner Seite bekanntlich unzulässig erscheinen dürfte. Ja, sogar die vorerwähnte bloß gelegentliche Begriffsverwechslung darf auf Seiten eines Gesetzgebers nie präsumirt werden, sondern ist in jedem einzelnen Fall zu erweisen.

Bergegenwärtigen wir uns doch nur die verschiedenartige Natur der Rechtsinstitute der Pfändung und des Retentionsrechts, wie sie in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts in den Th. III des Prov. Rs. Eingang gefunden haben. Das Retentionsrecht ist das Recht des Inhabers einer Sache, mit der Restitution derselben an den Eigenthümer resp. sonstig Berechtigten so lange zu zögern, bis er mit der ihm zustehenden und mit dem Anspruch seines Gegners im Konnex stehenden Forderung befriedigt worden ist¹⁵). Es handelt sich hier um ein Recht, welches unter Anderem auch eine Einrede gegen einen Klageanspruch gewährt und somit mehr an die Adresse des rechtsprechenden Richters gerichtet ist. Der Retentionsberechtigte kann vermöge dieses ihm zustehenden Vertheidigungsmittels den Richter mittelst Vorschüzung einer *exceptio (doli)* um Abweisung des Klägers bitten, so lange letzterer ihn nicht wegen des ihm zustehenden Gegenanspruchs vollständig befriedigt hat¹⁶). Dieses Retentionsrecht, welches übrigens, wie jedes Recht, gegen unberechtigte Angriffe Anderer geschützt wird, setzt aber in der Regel keinen unerlaubten, sondern einen erlaubten

¹⁵) Vgl. Artt. 1381 — 1383 Th. III. des Prov. Rs., Dernburg: „Pandekten“ B. I (1896) § 138 S. 327 f.

¹⁶) Vgl. Erdmann System B. I § 58 S. 297, f, Dernburg Pand. I. c.

Angriff, nämlich die gerichtliche Klage voraus¹⁷⁾. Ganz anders ist es beim Pfändungsrecht. Dieses von der Kodifikation aus dem deutschen Recht¹⁸⁾ recipirte Institut wird in Art. 3387 Th. III des Prov. Rs. dahin präcisiert, daß es in der Befugniß des Eigenthümers eines Grundstückes (oder seines Stellvertreters) bestehe, die in das Grundstück widerrechtlich eindringenden Personen oder das auf demselben vorgefundene fremde Vieh zu ergreifen und zurückzuhalten, resp. den betreffenden Personen Sachen abzunehmen. Eine solche Pfändung setzt aber ganz im Gegensatz zum Römisch-rechtlichen Retentionsrecht einen geschenehen widerrechtlichen, somit also unerlaubten Angriff seitens Anderer voraus, sei es nun daß ein solcher die Schädigung des Grundstückes selbst oder aber eine sonstige materielle Beeinträchtigung von aus dem Grundstück fließenden resp. demselben anhaftenden Befugnissen zur Folge gehabt hat, wogegen beim Retentionsrecht ein derartig stattgehabter Angriff resp. Schaden nicht vorausgesetzt wird. Auch in dem weitem Zweck, den das Pfändungsrecht verfolgt, unterscheidet sich letzteres ganz bedeutend vom Retentionsrecht. Die Pfändung bezweckt nämlich nicht sowohl die Sicherung der von den Personen oder Thieren verursachten Schadenszufügungen, oder die Beeinträchtigung der Besitzrechte und die Beschädigung für zukünftige Zeiten zu verhüten oder ihnen zuvorzukommen, sondern sie soll zugleich auch dazu dienen, den Beweis der erfolgten Schadenszufügung ein für allemal sicher zu stellen¹⁹⁾. Die Thatsache der Beschädigung braucht der Pfändende nicht mehr zu beweisen, sie wird vielmehr präsumirt. Gegenstand des Beweises kann nur noch die Höhe des Schadens sein²⁰⁾. Der Pfändende erlangt ferner das Recht, den richterlichen Ausspruch einer Untersagung jeder weiteren Beschädigung resp. Beeinträchtigung zu erwirken, welcher Antrag am Besten mit der *negatoria actio* zu verbinden ist. Beim Retentionsrecht dagegen läßt sich derartiges nicht denken. Ein sehr bedeutsamer Unterschied ist es endlich, wenn die Pfändung nach provinciellem, wie nach gemeinem deutschem Recht nur bei Grundstücken und zwar auch nur in dem Fall stattfindet, wenn die Beschädigung resp. Beeinträchtigung durch widerrechtliches Eindringen fremder Personen oder fremden Viehes erfolgt ist²¹⁾.

¹⁷⁾ Vgl. Erdmann System I. c.

¹⁸⁾ Vgl. Gerber: „System des deutschen Privatrechts“ (14. Aufl.) § 64 ff S. 177 ff.

¹⁹⁾ Vgl. Art. 3389 Th. III des Prov. Rs.

²⁰⁾ Vgl. Art. 3399, Gerber System § 71 S. 182.

²¹⁾ Vgl. Art. 3387 ff Th. III des Prov. Rs.

Das Retentionsrecht dagegen kennt eine solche Beschränkung auf Immobilien nicht. Aus alledem läßt sich folgern, daß die Grundsätze des Pfändungsrechts in keinem Fall auf das ganz heterogene durch die Justiznovelle dem Vermiether an den *invectis et illatis* des Miethers verliehene Römisch-rechtliche Retentionsrecht angewandt werden dürfen, noch auch eine Ergänzung der für letzteres geltenden Rechtsvorschriften durch die in Art. 3387 ff Th. III des Prov. Rs. ausgedrückten Bestimmungen zulässig sein kann, wie Rosenthal Solches anzunehmen scheint. Es ist aber die Annahme, als ob die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 ein ganz neues Rechtsinstitut, eine Art Mittelding zwischen dem Vertheidigungsmittel des Retentionsrechts und der einen mehr aggressiven Charakter an sich tragenden Pfändung habe schaffen wollen, der Rosenthal zu huldigen scheint²²⁾, überhaupt strikt von der Hand zu weisen. Zwar neues Recht, nicht aber ein neues unserem bisherigen Privatrechtsorganismus fremdes Rechtsinstitut ist es, was die Justiznovelle hervorgebracht hat. Als diese Neuerung aber, dieses neue Recht erscheint, wie man nach dem klaren Ausspruch des Gesetzgebers in Art 1 der Verordnungen, betreffend die Abänderung der Gesetzbestimmungen hinsichtlich des Pfandrechts annehmen muß, die Ersetzung der dem Vermiether früher zuständig gewesenen gesetzlichen Specialhypothek an den in die vermieteten Räumlichkeiten inferirten Mobilien des Miethers durch das in den Art. 3381—3386 Th. III des Prov. Rs. enthaltene Römisch-rechtliche Retentionsrecht an diesen Sachen, dessen Grundsätze daher und in Ermangelung derselben die gemeinrechtliche Doktrin volle und uneingeschränkte Anwendung zu finden haben. Rosenthal²³⁾ und mit ihm eine nach ihm weit verbreitete Praxis gehen davon aus, daß in den meisten Fällen der Vermiether gar keine Gelegenheit haben werde, sich des ihm durch neuen Justizgesetze gewährten Retentionsrechts zu bedienen, da er in der Regel nicht in dem vermieteten Hause wohne und daher sich nicht im Besitz oder in der Detention der in die vermieteten Räumlichkeiten inferirten Mobilien des Pächters befinde, das Retentionsrecht aber einen solchen Besitz resp. eine Detention an den zu retinirenden Gegenständen gerade voraussetze, ein Widerspruch, den er, einer in der Praxis ver-

²²⁾ Vgl. Розенталь С. 20.

²³⁾ Vgl. Розенталь С. 4.

tretenen Anschauung, als ob dieses Retentionsrecht nichts mehr als ein praktisch unanwendbares Institut sei, entgegengetreten, in der von uns oben angegebenen Weise zu lösen versucht. Allein schon diese Voraussetzung, von der Rosenthal ausgeht, dürfte sich auf durchaus unsicherem Boden bewegen, da sie unserem Erachten nach einer richtigen Besitztheorie widerspricht. Es ist nämlich im gemeinen Recht unbestritten, daß man an Mobilien auch dadurch den Besitz erlangt und denselben sich weiter erhält, daß man sie in die eigenen Räumlichkeiten bringt resp. daselbst verwahrt hält²⁴⁾, ein Grundsatz, den auch das Provinzialrecht adoptirt hat²⁵⁾. Darauf, ob der Eigenthümer des Hauses auch wirklich in demselben Hause, in das die Mobilien gebracht sind, wohnt oder nicht, kommt überall nichts an, es kommt nur darauf an, daß es sein Haus ist. Vom Pächter und Miether ist es bekannt, daß sie nicht suo nomine, sondern alieno nomine, d. h. bloß im Namen des Eigenthümers Besitz ausüben, d. h. sie sind bloß Detentoren. Uebrigens also der Eigenthümer noch immer den Besitz an dem vermietheten Hause aus, so thut er es zugleich auch an den in demselben befindlichen Sachen, namentlich wenn ihm an solchen gesetzlich gewisse Rechte zustehen. Gerade um einen solchen Fall handelt es sich nun aber bei dem Retentionsrecht des Vermiethers an den Invekten und Platen des Miethers. Es ist nicht abzusehen, weshalb der Umstand, daß der Vermiether nicht in dem vermietheten Hause wohnt, diesen hindern soll, durch seine bloße Willenskundgebung sein Retentionsrecht geltend zu machen und ein dem wirklichen, faktischen Besitzen gleichkommendes thatsächliches Verhältniß in Bezug auf die *invecta et illata* des Miethers zu begründen, zumal da das Gebäude, in welchem sich letztere Gegenstände befinden, niemals aufgehört hat, im Besitz resp. in der Detention des Vermiethers zu stehen. Damit ist aber die Voraussetzung, daß der nicht im vermietheten Hause wohnende Vermiether sein Retentionsrecht an den Invekten und Platen des Miethers gar nicht geltend machen könne, offenbar zusammengefallen. Es ist freilich wahr, daß die Motive zu Art. 23 der neuen Regeln über das Konkursverfahren einen Besitz oder ein sogenanntes Gewahrsam des Vermiethers an den inferirten Sachen des Miethers im Sinn des Art. 641 B. 5 leugnen, sowie daß der bezogene Artikel 23 offenbar davon ausgeht, daß dieses Retentionsrecht des Vermiethers nicht unter Art. 641 B. 5 falle. Allein dessenungeachtet ließe sich nicht ohne Grund behaupten, daß es in diesem Fall sich nicht um eine gesetzliche Klassifika-

²⁴⁾ Vgl. Dernburg Pandekten B. I S. 417 f., Windscheid. Lehrb. B. II § 153 S. 438.

²⁵⁾ Vgl. Art. 641 B. 5 Th. III des Prov. Rs.

tion, die ja garnicht anbefohlen werden kann, noch auch überhaupt um ein eigentliches Gesetz, sondern vielmehr um eine vom Gesetzgeber ausgesprochene theoretische Ansicht handeln dürfte, die der Wahrheit stets zu weichen hat. Es scheint aber die Bestimmung des Art. 23 cit. ganz abgesehen davon ziemlich gegenstandslos zu sein, denn es ist ja doch selbstverständlich und brauchte nicht erst besonders hervorgehoben zu werden, daß wenn der Vermiether nicht in der Lage war, sein Retentionsrecht ausüben zu können, etwa weil die ursprünglich vom Miether in das vermietete Haus inserirten Mobilien in letzterem nicht mehr vorhanden waren, er auch aller Vortheile, die das Gesetz an die faktische Ausübung des Retentionsrechts knüpft, verlustig gehen muß und so auch die ihm durch Art. 23 gewährte privilegirte Stellung im Konkursverfahren nicht mehr beanspruchen kann, Verhältnisse, die ebenso dann eintreten können, wenn mir die Gegenstände, an denen ich mein Retentionsrecht ausüben wollte oder ausübte, durch Diebstahl oder sonst wie abhanden kommen^{25-a)}. Keineswegs gewährt aber die Justiznovelle dem Vermiether in allen den Fällen, wo sich die Sachen des Miethers nicht in der Beherrschungssphäre des Vermiethers d. h. nicht in den vermieteten Räumlichkeiten befinden, das Recht, jene dem Miether, wo sie sich auch immer befinden mögen, gewaltsam abzunehmen und in seinen Besitz zu bringen, sie würde sonst mit dem Art. 1 cit. (betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen über die Hypothekengesetze) in unlösbaren Konflikt gerathen, der an Stelle der früheren gesetzlichen Specialhypothek das Römisch-rechtliche Retentionsrecht setzt, dessen Charakter die Gewährung einer derartigen Befugniß durchaus widersprechen dürfte. Wir finden daher auch in der ganzen Justiznovelle vom 9. Juli 1889, soweit sie sich auf das Privatrecht bezieht, keine einzige Bestimmung, aus der die Gewährung eines so weitgehenden Rechts des Vermiethers gefolgert werden könnte, geschweige denn eine solche, die eine derartige Befugniß direkt ausspricht resp. ihm die in Artt. 3387 ff ausgedrückten dem Pfändungsberechtigten zustehenden Rechte verleiht.

Treten nun die obengenannten Fälle ein, daß der Vermiether nicht in der Lage oder nicht mehr in der Lage ist, das Retentionsrecht, zu dem er berechtigt wäre, auszuüben resp. geltend zu machen, weil die Sachen des Miethers sich nicht mehr in den vermieteten Räumlichkeiten befinden oder sich überhaupt nie in denselben befanden, so ist er nun allerdings schlimm daran und ihm wird dann nichts übrig bleiben, als behufs Befriedigung seiner Forderungsansprüche den Klage-

^{25-a)} Vgl. Art. 3385 Th. III des Prov. Rs.

weg zu beschreiten, wiewohl derartige Fälle gerade nicht die Regel bilden dürften. Ist nun aber für den Vermiether die Möglichkeit einer faktischen Ausübung des Retentionsrechts gegeben, d. h. befinden sich die Sachen des Miethers noch in den ihm vermieteten Räumen, so dürfte m. E. n. für die Geltendmachung des Retentionsrechts Folgendes gelten: so lange der Miethvertrag noch besteht, ist jenes Retentionsrecht noch als ein ruhendes aufzufassen. Der Forderungsanspruch des Vermiethers, der die Grundlage für die Geltendmachung resp. Ausübung des Retentionsrechts bildet, ist noch nicht existent geworden, er wird es vielmehr erst dann, wenn das Vertragsverhältniß aus irgend einem Grunde aufgelöst wird, eine Regel, die überhaupt auf alle Fälle des Retentionsrechts ausgedehnt werden kann. Vermöge dieses Retentionsrechts ist der Vermiether berechtigt, dem Miether, der seine Sachen aus den gemieteten Räumlichkeiten wegzuschaffen beabsichtigt, die Herausgabe derselben zu verweigern und sie so lange zurückzuhalten, bis er mit seinen aus dem Miethsvertrage originirenden Forderungsansprüchen befriedigt worden ist²⁶). Klagt der Miether, so steht dem Vermiether die Retentionseinrede zu, wenn er es nicht vorzieht, eine Widerklage anzustellen. Versucht der Miether dennoch gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Vermiethers, sein Retentionsrecht geltend zu machen und die Sachen bis zur völligen Befriedigung seiner Ansprüche in seinem Gewahrsam zurückzubehalten, die erwähnten Invekten und Platen aus dem Besitze des Vermiethers, eventuell sogar unter Anwendung physischer Gewalt gegen den letztern an sich zu nehmen, so muß dem Vermiether nicht nur das Recht eingeräumt werden, die gegen ihn gebrauchte widerrechtliche Gewalt seinerseits mit Gewalt abzuwehren („vim vi repellere licet“), sondern auch nöthigenfalls die örtliche Polizei zu requiriren, die in Grundlage des Art. 1 des Ustaws über die Verhinderung und Verhütung von Verbrechen mit allen ihr zu Gebote stehenden gesetzlichen Mitteln derartigen unter die Kriminalgesetze fallenden Gewaltthatigkeiten entgegenzutreten verpflichtet ist²⁷). Sind aber die Sachen dem Vermiether, noch bevor die requirirte Polizei thätig eingreifen konnte, vom Miether vermöge der von diesem angewandten Gewalt entrisen worden, so unterliegt der Schuldige hierfür der in Art. 142 des Gesetzes über

²⁶) Davon ist der Ausdruck: „solange der Vermiether sie nicht angehalten hat“ in Art. 1404 in fin. zu verstehen und in demselben Sinn ist die Wendung des Russischen Textes: „пока отдавший въ наймы не будетъ осуществлять къ нимъ притязанія“ zu nehmen, der somit durchaus nicht in so striktem Widerspruch zum deutschen Text steht, wie Rosenthal annimmt (Vgl. Розенталь С. 6).

²⁷) Vgl. Розенталь С. 21 f.

die von den Friedensrichtern zu verhängenden Strafen für unerlaubte Selbsthülfe (самоуправство) angedrohten Strafe. Wie dem aber auch sonst sein möge, soviel scheint jedenfalls schon jetzt festzustehen, daß die Zulässigkeit einer Ergänzung der für das Retentionsrecht geltenden Bestimmungen der Artt. 3381—3386 Th. III des Prob. Rs. durch die auf die ganz heterogene Pfändung bezüglichen Vorschriften der Artt. 3387 ff vom Gesetzgeber nicht nur nirgends (weder direkt noch indirekt) ausgesprochen ist, sondern gewiß auch überhaupt dem eigentlichen gesetzgeberischen Willen resp. der wissenschaftlichen Ueberzeugung des Gesetzgebers vom 9. Juli 1889 widerspricht. So wie der Gesetzgeber die zwischen beiden Rechtsinstituten bestehende wesentliche Verschiedenheit principiell erkannt und beachtet hat, so dürfen sich auch weder Theorie noch Praxis über derartige Unterschiede hinwegsetzen.

Rosenthal macht nun auf S. 20 f in der Anwendung der Artt. 3387 auf das Retentionsrecht des Vermiethers allerdings eine Einschränkung. Er will nämlich die Artt. 3381—3386 nur durch solche auf die Pfändung bezüglichen Vorschriften ergänzen, die nicht nur dem allgemeinen Begriff der aktiven Selbsthülfe entsprächen, sondern auch nicht gerade den speciell in Artt. 3387 ff vorgesehenen Fällen eigenthümlich seien. Da nun aber, wie schon hervorgehoben, alle von der Pfändung handelnden Artt. 3387—3404 sich einzig und allein auf den speciellen Fall beziehen, wo fremde Menschen oder Thiere in ein Grundstück eindringen resp. dasselbe beschädigen, so ist es absolut unerfindlich, wie Rosenthal auch nur einen der von ihm auf S. 20 f angeführten, doch nur den Vorschriften über das Pfändungsrecht entnommenen Artikel auf das durch die neuen Justizgesetze dem Vermiether an den Invekten und Platen des Miethers gewährte Retentionsrecht anwenden will. Wendet man erst einen der Artt. 3387 ff an, so muß man sich auch für die Anwendbarkeit aller übrigen Artikel entscheiden. Hierbei einen Unterschied zu machen oder eine beliebige Auswahl zu treffen, muß aus naheliegenden Gründen als ganz unzulässig bezeichnet werden. Wohin würde es auch führen, wenn man beispielsweise Art. 3390²⁷⁾ auf das geschilderte Retentionsrecht des Vermiethers anwenden wollte. Dazu müßte man aber im Grunde genommen gelangen, wenn man mit Rosenthal auch den Art. 3398 heranziehen wollte²⁸⁾.

²⁷⁾ Derselbe lautet: „Fremdes Vieh und andere Schaden zufügende Hausthiere, welche auf ertragsfähigen Grundstücken, als Aekern, Weiden, Heuschlägen, in Wäldern oder Gärten, betroffen werden, dürfen von dem Eigenthümer des betreffenden Grundstückes oder dessen Stellvertreter (Art 3388 u. 3899) gepfändet werden“.

²⁸⁾ Art. 3398 lautet:

„Der Pfändende ist verbunden, für die Erhaltung der gepfändeten Sache Sorge zu tragen, namentlich die gepfändeten Thiere zu pflegen und

Man sieht also, von einem Kampf zwischen den Grundsätzen des Römischen und des deutschen Rechts, wie ihn Rosenthal auf S. 7 seiner Broschüre schildert, kann auch jetzt, nach Einführung der neuen Justizgesetze in den Ostseeprovinzen keine Rede sein, ein solcher ist vielmehr erst durch Rosenthals Behauptungen künstlich ins Leben gerufen worden.

Gegenstandslos geworden ist nun aber nach dem Vorhergehenden auch die Frage, die sich der Verfasser auf S. 4 stellt und die er in seiner Weise zu beantworten sucht, nämlich wie man sich die Ausübung des Retentionsrechts an Gegenständen, die man garnicht in seinem Besitz hat, denken solle? Soll also an Stelle der früheren Legalhypothek des Vermiethers an den Invekten und Platen des Miethers das in Artt. 3381—3386 vorgesehene Retentionsrecht des Römischen Rechts gemäß dem mehrerwähnten Art. 1 zur reinen und unverfälschten Anwendung gelangen, so entsteht doch andererseits die sehr natürliche Frage, wie es denn zu erklären ist, wenn es in Art. 22 cit. der neuen Regeln über das Konkursverfahren „право содержания или удержания“ (zu deutsch: „das Recht der Pfändung oder Retention“) heißt und wenn in den Motiven zu Artt. 22 und 23 das neue dem Vermiether an Stelle der früheren Legalhypothek gewährte Retentionsrecht sogar ausdrücklich „право задержания“ („Pfändungsrecht“) genannt wird? Ein Versehen, oder gar grobe Unwissenheit, falsche Wahl der termini technici, das Alles darf, wie wir gesehen haben, auf Seiten des Gesetzgebers nicht präsumirt werden. Man muß sich daher nach anderen Erklärungen umsehen, die auch in der That nicht sehr ferne liegen. So könnte man, wenn man sich sonst garnicht zu helfen wüßte, zur Noth annehmen, daß Art. 22 eine allgemeine, die Pfändung sowie die Retention gleichmäßig umfassende Regel für das Konkursverfahren, Art. 23 dagegen eine speciell für das Retentionsrecht des Vermiethers geltende Bestimmung auszusprechen beabsichtige. Damit würde das unbequeme „или“ in einer allerdings etwas gezwungenen Art und Weise abgethan sein. Allein wir bedürfen einer derartigen Erklärung nicht einmal, zumal da uns andere, bessere zu Gebote stehen. So kann es einmal die Erwägung des Umstandes gewesen sein, daß Pfändung und Retentionsrecht beide zusammen Unterarten des allgemeinen Begriffs: „Schutz der Rechte durch Selbsthilfe“ sind und als

zu füttern. Zu seinem Nutzen darf er sie jedoch nicht gebrauchen, widrigenfalls er nicht nur seinen Anspruch auf Ersatz der Verpflegungs- und Fütterungskosten verliert, sondern auch für den Ersatz alles Schadens zu haften hat. Das etwaige Milchvieh muß er ausmilchen“.

solche nicht nur in der Theorie des Provincialrechts²⁸⁾, sondern auch von der Kodifikation nebeneinander behandelt werden²⁹⁾, die den Gesetzgeber veranlaßt haben mag, zwei im Uebrigen so verschiedenartige Rechtsinstitute, wie die Pfändung und das Retentionsrecht in einer Linie nebeneinander zu nennen, so daß die Justiznovelle vielleicht nur in Erinnerung bringen wollte, daß Pfändung und Retentionsrecht Akte der erlaubten privatrechtlichen Selbsthilfe und daher als gewissermaßen zusammengehörig zu betrachten seien. Aber noch etwas Anderes mag hier mitgewirkt haben. Es ist das die gelegentliche Vergleichung des Pfändungs- und Retentionsrechts mit dem Faustpfande, wie sie sich in den Motiven zu Art. 22 cit. der neuen Regeln über das Konkursverfahren findet. Eine solche Vergleichung ist nicht so aus der Luft gegriffen, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte. In der That liegt in dem thatsächlich ausgeübten Retentionsrecht eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Faustpfande, die sich insbesondere darin zeigt, daß die den Besitz voraussetzende wirkliche Ausübung dieses Rechts dem Retinirenden eben so wie dem Faustpfandgläubiger eine gewisse Sicherheit bezüglich der Erfüllung der ihm zustehenden Ansprüche gewährt, wodurch der Verpflichtete veranlaßt wird, das ihm Obliegende zu erfüllen, nur daß ihm das dem Faustpfandgläubiger gebührende Distraktionsrecht nicht zusteht. Das Faustpfandrechte an und für sich kommt aber seiner innern Natur nach dem Pfändungsrechte weit näher, als das Retentionsrecht, von welchem letztern es sich doch schon darin unterscheidet, daß es keine Selbsthilfe ist. In Anbetracht alles dessen mochte es dem Gesetzgeber vom 9. Juli 1889 zweckmäßig erschienen haben, auf das Faustpfandrechte hinzuweisen und letzterem die Rolle eines tertii comparationis für zwei im Grunde von einander sehr verschiedene Rechtsinstitute zuzutheilen. Lassen sich zwischen Faustpfand und Retentionsrecht gewisse Parallelen ziehen, so muß solches noch eher zwischen letzterem und dem Pfändungsrechte möglich sein, die wenigstens das mit einander gemeinsam haben, daß sie beide Akte der privatrechtlichen Selbsthilfe sind. Diese Vergleichung des thatsächlich ausgeübten Retentionsrechts mit dem Faustpfandrechte findet sich übrigens in der Justiznovelle durchaus nicht zum ersten Mal, wir begegnen ihr vielmehr schon in der Praxis der Rigaischen Stadtgerichte³⁰⁾, welche die An-

²⁸⁾ Vgl. Erdmann System B. I § 58, S. 294 ff.

²⁹⁾ Vgl. Art. 3380 Th. III des Prov. Rs.

³⁰⁾ Vgl. das bei Erdmann System B. II S. 368 Note 1 angeführte Urtheil der Zwingmann'schen Präjudikatenammlung, Розенталь S. 6.

schauung vertrat, daß der Gläubiger hinsichtlich der retinirten Objekte zum Faustpfandgläubiger werde. Andererseits ist aber auch die Auffassung des durch die neuen Justizgesetze aufgehobenen stillschweigenden gesetzlichen Pfandrechts des Vermiethers an den *invectis et illatis* des Miethers als einer Art qualificirten Retentionsrechts keineswegs neu, sondern findet sich vielmehr schon im gemeinen Recht vertreten, wiewohl sie jetzt fast allgemein aufgegeben worden ist³¹⁾. Dagegen wäre es absolut unzulässig, aus solchen gelegentlichen Vergleichen des Pfändungsrechts mit dem Retentionsrecht, wie sie das Gesetz vom 9. Juli 1889 und die Motive belieben, weitere Konsequenzen zu ziehen und eine Ergänzung der diesbezüglichen provincialrechtlichen Normen des Retentionsrechts durch die Vorschriften der Artt. 3387 ff über die Pfändung als vom Gesetzgeber gewollt hinzustellen. Finden sich also Wendungen, wie „право удержанія или задержанія“ oder wird geradezu „право задержанія“ für „право удержанія“ gebraucht, so ist dieses auf die obige Weise zu erklären. Wir haben also das interessante Resultat gewonnen, daß die Gesetzgebung vom 9. Juli 1889 wieder zu einer ältern gemeinrechtlichen Theorie zurückkehrt, indem sie dem Vermiether an Stelle der früheren gesetzlichen Specialhypothek ein Retentionsrecht verleiht, ein Weg, den sie um so eher einschlagen zu können glaubte, als Art. 1405 Th. III. des Prov. Rs., der ein derartiges Recht des Vermiethers für das Esthländische Stadtrecht konstituirte, einen bequemen Anknüpfungspunkt darzubieten schien. Aus Letzterem folgt aber zugleich, daß wohl Art. 1404 (u. 1403), nicht aber Art. 1405 Th. III. des Prov. Rs. als durch Art. 1 der neuen Hypothekengesetze vom 9. Juli 1889 aufgehoben zu erachten ist.

Somit wäre denn der Entwicklungsgang, den das dem Vermiether an den *Invectis* und *Illatis* des Miethers zustehende Recht in den Ostseeprovinzen genommen hat, in Kürze ausgedrückt der, daß das ursprüngliche gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers in den Esthländischen Städten von dem Recht der Kodifikation bis zu einem bloßen Retentionsrecht abgeschwächt worden ist, während die Justiznovelle umgekehrt der auf das Esthländische Stadtrecht beschränkten in Art. 1405 ausgedrückten Regel wiederum eine allgemeine für alle Rechtsgebiete ohne Ausnahme verbindliche Geltung verschafft hat^{31a)}.

³¹⁾ Vgl. Glüd.: Ausführliche Erläuterung (1868) B. XVIII. § 1087 S. 423, Bangerow: „Lehrb. der Pandekten“ B. I. (1865) § 376 Anm. S. 850, woselbst Glüd. widerlegt wird.

^{31-a)} Weitere Folgerungen aus den Quellen des Art. 1404 zu ziehen, wie Rosenthal S. 12 f. das will, ist gewiß unzulässig.

Als Endresultat unserer bisherigen Ausführungen ergeben sich uns mithin folgende Sätze:

1) Das stillschweigende gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers an den vom Miether in die vermieteten Räumlichkeiten inferirten Gegenständen, das der Art. 1404 III. des Prov. Rs. gewährt, ist durch die neuen Justizgesetze vom 9. Juli 1889 aufgehoben.

2) An Stelle dieses aufgehobenen Rechts tritt in Gemäßheit des Art. 1 der erwähnten neuen Hypothekengesetze das in den Artt. 3381—3386 Th. III. des Prov. Rs. normirte, dem Römischen Recht entnommene Retentionsrecht, dessen Grundsätze mithin voll und ganz, wo nöthig unter Zuhilfenahme des gemeinen Rechts zur Anwendung gelangen müssen.

3) Es hat also die Justiznovelle nicht etwa ein neugeartetes, mit einem gewissermaßen aggressiven Charakter ausgestattetes Rechtsinstitut, eine Art Mittelthing zwischen dem eher als Vertheidigungsmittel aufzufassenden Retentionsrecht und dem sich mehr einem Angriffsmittel nähernden Pfändungsrechte geschaffen^{31-b)}, sondern eben das rein Römisch-rechtliche, in Artt. 3381—3386 dargelegte Retentionsrecht, das somit in der That als ein wirkliches Recht erscheint³²⁾, auf Fälle ausgedehnt, für die es ursprünglich nicht galt.

4) Auf dieses Retentionsrecht können die in Artt. 3387 ff Th. III. des Prov. Rs. enthaltenen Vorschriften über die Pfändung als einem auf deutschrechtlichem Boden entsprossenen Rechtsinstitut nicht angewandt werden.

5) Eine derartige Anwendung liegt nicht in der Absicht des Gesetzgebers vom 9. Juli 1889 und ist auch im Gesetz selbst nirgends ausgesprochen worden.

^{31-b)} Denn eine Umbildung resp. Neuschaffung eines Rechts seitens des Gesetzgebers darf nie präsumirt, sondern muß erst erwiesen werden. In unserem Fall aber ist nur erweislich, daß der Gesetzgeber das eine Rechtsinstitut an Stelle des andern gesetzt hat, nicht auch, daß er ein ganz neues entstehen ließ.

³²⁾ Vgl. auch Erdmann System B. II. S. 368. Dagegen Розенталь S. 6 f.

