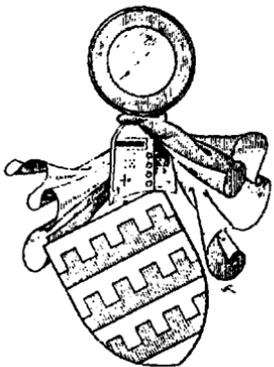


ex libris



Baron Kruedener

Im Namen der Juristischen Facultät der Universität Dorpat herausgegeben.
Dorpat, den 17. März 1882.

Nr. 37.

Dr. D. Schmidt,
b. 3. Stern.

Ant. 6. 2. 23

Zeitschrift

für

Rechtswissenschaft

herausgegeben

von der juristischen Facultät

der

Universität Dorpat.

Siebenter Jahrgang.

Verlag

Dorpat.

Verlag von C. Mattiesen.

(Leipzig: A. G. Köhler.)

1882.

Im Namen der Juristischen Facultät der Universität Dorpat herausgegeben.

Dorpat, den 17. März 1882.

Dr. D. Schmidt,
d. 3. Decan.

Nr. 37.

Est.A

Tartu Ülikooli
Raamatukogu

36267

Inhalt.

	Seite.
Die Auflassung nach älterem Rigischen Stadtrecht. Von J. G. L.	
Papierakty - Vorwort	1
§ 1. Die ältesten Rechtsquellen	1
§ 2. Die umgearbeiteten Rigischen Statuten	5
§ 3. Die Abweichungen der umgearb. Statuten vom Hamburger Recht	6
§ 4. Spätere Willküren	12
§ 5. Anderweitige Quellen	13
§ 6. Wesen und Voraussetzungen der Auflassung	13
§ 7. Das zuständige Gericht Die handelnden Personen. Prüfung der Legitimation der Auflassenden	26
§ 8. Zeit der Vornahme von Auflassungen. Offene Rechtstage	30
§ 9. Formalien des Actes	48
§ 10. Beurkundung der Auflassung. Erbebücher	53
§ 11. Einige auf den Erbebüchern geschöpfte Bemerkungen	63
§ 12. Beisprache. Gewährleistung. Bürgschaft für die Gewähr	71
§ 13. Wirkungen der Auflassung	75
Beilagen:	
I. Verzeichniß der in den Erbebüchern als Auflasser und Erwerber von Immobilien vorkommenden Corporationen, Gilden, Genossenschaften, Kirchen, Wohlthätigkeitsanstalten u. s. w.	83
II. Die auf Sonntage hinweisenden Datirungen der Erbebücher-Inscriptionen	86
III. Ueber die Erbebücher-Inscriptionen einzelner Jahre aus der Zeit von 1385—1579	91
IV. Tabellen zur Uebersicht der Anzahl von Erbebücher-Inscriptionen, deren Daten in dem Zeitraume von 1385—1482 auf die einzelnen Monate und Montage fallen	98
V. Tabelle gleichen Inhalts für den Zeitraum von 1498 bis 1525	99
VI. Tabelle gleichen Inhalts für den Zeitraum von 1526 bis 1579	100
VII. Inscriptionen der Rigischen Erbebücher aus dem Zeitraum von 1385—1579.	

	Seite.
Zwei neuere literarische Erörterungen des Privatrechts der Ostsee- provinzen. Von Prof. Dr. Erdmann	113
Bemerkungen zur Lehre von der Blanco-Cession und von der Cession auf jeden Inhaber nach dem Rechte der Ostsee-Provinzen. Von Oberhofgerichts-Advocat F. Seraphim	139
Der Anerkennungsvertrag im Provincialrecht. Von Prof. Dr. Erdmann	157
Einige Worte zum Anerkennungsvertrage nach ostseeprovinziellem Pri- vatrecht. Von Dr. F. Gürgens	168
Ueber die Wirkung in die Grund- und Hypothekenbücher nicht einge- tragener Familien-Fideicommiss-Stiftungen nach dem Rechte der Ostsee-Provinzen. Von Oberhofgerichts-Advocat F. Seraphim	182
Noch einige Worte zur Frage nach den Wirkungen der Blanco-Cession. Von Prof. Dr. Erdmann	191
Noch einige Bemerkungen über die abstracten Beiträge und die cautio indiscreta nach ostseeprovinziellem Recht. Von Hofgerichts-Advo- cat F. Schiemann	193
Die erbrechtliche Transmissio im Provincialrecht. Von C. Erdmann	219
Zur Geschichte des Umgearbeiteten Livländischen Ritterrechts. Von H. v. Bruiningk	230
Befugnisse der Betheiligten zur letztwilligen Verfügung über das in Güter- gemeinschaft begriffene Gut. Von B. Kupffer	259

Nach einige Bemerkungen über die abstracten Verträge und die *cautio indiscreta* nach ostseeprovinzuellem Recht *)

vom

Hofgerichts-Advocaten **Julius Schieman** in Mitau.

Die Ausstellungen welche die Herren Professor Dr. Erdmann und Hofgerichts-Advocat Dr. Gürgens im 1. Heft des 7. Jahrganges der Dorpater juristischen Zeitschrift bei Gelegenheit der Besprechung der Abhandlung des Herrn Assessor Hollander (in 3. Heft des 6. Jahrganges derselben Zeitschrift) „Zur Anwendbarkeit der gemeinrechtlichen Lehre vom Anerkennungsvertrage nach liv-, est- und kurländischem Privatrecht“ gegen die von der Praxis der Rigaschen Stadtgerichte aufgenommene Behandlung des abstracten Vertrages und der *cautio indiscreta* erhoben, veranlassen mich in dem Nachstehenden auf diese für die Praxis sehr interessante Frage nochmals zurückzukommen.

Ich brauche die Argumente und Erwägungen allgemeiner Natur nicht zu wiederholen welche, wofern nicht die Rücksichtnahme auf angeblich entgegenstehende Gesetze maßgebend war, zur Anerkennung dessen fast allgemein geführt haben, daß es dem Belieben der Contrahenten überlassen sein muß, einen von der Rückbeziehung auf seine materielle causa losgelösten Vertrag

*) Vorstehender Aufsatz ist der Redaction bereits im Januar 1880 übersandt worden, konnte jedoch erst jetzt zum Abdruck gelangen, weil das Material zur Füllung dieses letzten Heftes bisher fehlte. D. R.

formlos zu begründen, dessen bindende Kraft und Klagbarkeit sich nach Absicht der Contrahenten lediglich auf das Versprechen des Schuldners und das durch Acceptation desselben erworbene correspondirende Recht des Gläubigers auf Erfüllung stützen soll.

Wenn nach römischem Recht ein solcher von seiner causa losgelöster abstracter Vertrag durch das Formalgeschäft der Stipulation bindend und klagbar wurde, so ist in der That nicht abzusehen, warum nicht heute, wo, namentlich auch nach ostseeprov. Privat-Recht, alle nuda pacta klagbar sind,

cf. Stat. Curl. § 122 Pacta et transactiones omnes modo non sint turpes et illicitae, aut fraudulentae, vel dolo, vi, metue extortae, per omnia servantur, ex quibus etiam nudis promissionibus et pactis adversus violatorem pactorum et promissionum actio et exceptio dari debet ad id quod interest pactis non satisfactum fuisse.

cf. Prov. Priv.-R. Art. 3209. 3105. 3106.

auch durch formlose Verträge abstracte Verbindlichkeiten sollen begründet werden dürfen.

Daß die übernommene Bürgschaft ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegende materielle causa den Bürgen einfach in Rücksicht auf sein Versprechen bindet, daß der Erlaß einer Forderung den Schuldner ebenfalls ohne Rücksicht auf die causa des Erlasses befreit

cf. Pr. Pr.-R. Art. 3571; Curl. Stat. § 135: Acceptatione ejus cui debebatur tamquam imaginaria solutione obligationes perimuntur.

zeigt, daß der Begriff des abstracten Vertrages dem Provinziellen Privatrecht ganz geläufig ist: um so weniger dürfte ein Grund dafür vorliegen, gerade für unser Prov. Priv.-R. die Statthaf- tigkeit, die bindende Kraft und selbständige Klagbarkeit des abstracten Vertrages zu leugnen.

Er d m a n n hebt zwar dem gegenüber hervor, daß aus den allgemeinen Definitionen des Prov.-Coder nichts zu schließen wäre, weil der Verfasser des Gesetzbuches nicht daran gedacht habe, durch die gegebene Definition des Vertragsbegriffes irgend eine Entscheidung der Frage von selbständiger Klagbarkeit abstracter Verträge herbeizuführen: dieselben Definitionen fänden sich bei Schriftstellern, welchen die moderne Lehre vom Anerkennungsvertrage durchaus fremd geblieben wäre.

Meines Erachtens hat indessen der Jurist das volle Recht das Gesetzbuch anders zu behandeln als ein Lehrbuch.

Dem Recht schaffenden Wort des publicirten Gesetzes gegenüber kommen die Motive, Ansichten und Absichten des zufälligen Verfassers des Gesetzbuches nur in sehr untergeordneter Weise in Betracht.

Findet die Jurisprudenz, welche, wenn sich Gesetz und Recht nicht wie eine ewige Krankheit forterben sollen, in der That den Beruf hat, das Gesetz nach Möglichkeit zu Gunsten der unabweislichen Bedürfnisse des Rechtslebens auszubeuten, die Worte des Gesetzes elastisch genug, um, ohne denselben Gewalt anzuthun und namentlich ohne in Widerspruch zu dem ganzen Geist der Gesetzgebung und zu dem systematischen Zusammenhang derselben zu treten, für die Befriedigung der Bedürfnisse des Rechtsverkehrs eine rechtliche Handhabe mehr zu bieten, so ist es ihre wohlverstandene Pflicht daraus Nutzen zu ziehen, ohne ein entscheidendes Gewicht darauf zu legen, ob der Gesetzgeber dieses neue Rechtsinstitut von vorn herein in's Auge gefaßt hat oder nicht — genug daß es nicht in Widerspruch tritt zu Geist und Wort des Gesetzes.

Er d m a n n sucht die Bedeutung der Art. 3105 und 3106 für unsere Frage auch durch den Hinweis darauf abzuschwächen, daß ihre Stelle im System (unter der Rubrik Begriff des Vertrages) gegen die Möglichkeit spreche dieselben zu Gunsten

der Lehre von dem Anerkennungsvertrage zu verwerthen, da die Lehre von der *causa debendi* — wenn überhaupt in einem Gesetzbuch — so bei Gelegenheit der Erörterung über den Inhalt der Verträge hätte abgehandelt werden müssen.

Vor allem sind — wie Erdmann an anderen Orten selbst bereitwillig zugesteht — Schlüsse aus der Stellung eines Artikels im System des Gesetzbuches, und zumal unseres Gesetzbuches, im höchsten Grade bedenklich, so daß dem Argument aus der Stellung des Gesetzes in System, selbst wenn Erdmann vollkommen Recht damit hätte, nur ein sehr geringes Gewicht beizumessen wäre.

Im vorliegenden Fall trifft die Argumentation aber auch gar nicht zu.

Einen Abschnitt über den Inhalt der Rechtsgeschäfte und Verträge weist der Provincial-Codex gar nicht auf. Dagegen handelt der Art. 2990 flg von den Bestandtheilen der Rechtsgeschäfte und unterscheidet die wesentlichen, natürlichen und zufälligen Bestandtheile des Rechtsgeschäfts und bezeichnet als wesentlich bei einem Rechtsgeschäft alles dasjenige, was zu seinem Begriff nothwendig gehört.

Die mehrfach citirten Art. 3105, 3106, welche das erste Hauptstück von dem „Begriff und den Erfordernissen der Verträge“ bilden, bezeichnen als zum Begriff eines jeden Schuldvertrages gehörig nur die gegenseitige Willenserklärung verschiedener Personen welche, auf der Uebereinstimmung derselben beruhend, die Entstehung eines Forderungsrechts zum Zweck hat und bezeichnen demgemäß als zum Wesen eines jeden Schuldvertrages gehörig lediglich ein Versprechen von der einen und Acceptation desselben von der anderen Seite, oder aber gegenseitiges Versprechen und Annahme desselben von beiden Seiten.

Hieraus dürfte sich dann schließen lassen, daß während zu den Erfordernissen und dem Begriff einzelner besonderer

Arten von Verträgen noch ein weiterer Inhalt gehört, immerhin der Begriff und Inhalt eines möglichen, selbständig klagbaren (Art. 320⁹) Stat. Curl. § 122) Vertrages schon durch die in den Art. 3105, 3106, als allein bei jedem Vertrage wesentlich, aufgeführten Momente erschöpft wird.

Ich glaube daß man sagen kann: ein Gesetzgeber welcher vermeiden wollte, daß aus all' diesen von ihm gegebenen Prämissen der Schluß gezogen werde: folglich ist, sobald nach Absicht der Contrahenten der Vertrag keinen anderen Inhalt als daß von jeder causa abstrahirende acceptirte, in seinem Gegenstande für den Gläubiger ein vermögensrechtliches Interesse repräsentirende, Versprechen hatte und haben sollte, ein solches Schuldversprechen, ganz unabhängig von seiner causa, bindend und klagbar — es ausdrücklich aussprechen mußte, daß trotzdem abstracte Verträge nicht bindend und nicht klagbar seien.

So weit sehe ich im Prov.-Coder kein Hinderniß für den Anerkennungsvertrag.

Er d m a n n will nun freilich durch Berufung auf diverse Artikel des Prov.-Coder Bd. III nachweisen, daß unser ostseeprovinzielles Privatrecht auch die ausdrückliche Bezugnahme auf eine materielle causa für ein essentielle jeden Vertrages halte, ich kann indessen seine Beweisführung nicht als überzeugend anerkennen. Gehen wir die einzelnen von Er d m a n n bezogenen Artikel durch.

Im Artikel 2965 wäre eine Unterscheidung zwischen abstracten und „concreten“ Verträgen durchaus deplacirt gewesen, denn er handelt lediglich vom Irrthum in den Motiven welche zum Rechtsgechäft führten und bestimmt, daß die falsche Voraussetzung des Promittenten, daß eine

Rechtspflicht ihm die Eingehung der obligatio abnöthige, rechtlich relevant sei. Dieser Satz gilt begreiflich von dem abstracten Vertrage so gut wie vom nicht abstracten, denn beide sind in ganz gleichem Grade davon abhängig in wieweit der die Obligation constituirende Wille der contrahirenden Theile in Wahrheit frei war beim Abschluß des Vertrages.

Ganz dasselbe gilt von den von der Unfechtung der Rechtsgeschäfte wegen Betrug und Zwang handelnden Artikeln 2979 und 2986. Art. 3211¹⁾ kann in keiner Weise als Argument für Erdmann's Ansicht verwendet werden, denn liegt wirklich ein abstracter Vertrag vor, so wird lediglich von der Berücksichtigung dieser seiner Natur die Entscheidung der Frage ob einseitiger Rücktritt gestattet sei oder nicht abhängen, d. h. also dieser einseitige Rücktritt wird nie gestattet werden.

Die Behauptung daß durch den abstracten Vertrag etwas Rechtswidriges, Unfittliches oder Unehrbares befördert werde ist freilich durchaus geeignet, wenn erwiesen, die Verbindlichkeit aus demselben zu invalidiren und es ist in der That nur eine processualische Frage, ob der Beklagte mit dieser Behauptung einredeweise zuzulassen ist, oder ob er sich der cond. ob turpem causam zu bedienen hat. Dieser durch die sittliche Tendenz des Rechts, welches sich nie zur Dienerin des Unrechts herabwürdigen soll, gebotene Satz alterirt aber in keiner Weise die Statthaftigkeit und Bedeutung der von ihrer causa abstrahirenden Verträge.

Ob nun durch einen simulirten oder durch einen abstracten Vertrag, einerlei, durch keinen Vertrag soll ein unfittlicher Erfolg erreicht werden können. Von dem Wechsel bezweifelt es Niemand, daß er ein Formalcontract und ein

¹⁾ Art. 3711 lautet: Der einseitige Rücktritt von dem Vertrage ist nur dann gestattet, wenn die Natur des Vertragsverhältnisses es mit sich bringt, oder das Gesetz es unter gewissen Voraussetzungen erlaubt, oder die Befugniß dazu ausdrücklich ausbedungen ist.

Zurückgehen auf seine causa nicht geboten sei, wenn aber der Wechselbeklagte in für den Wechselproceß geeigneter Weise liquidiren kann, daß die Wechselsumme oder ein Theil derselben lediglich dem Kläger stipulirte Bucherzinsen repräsentire, so wird der Beklagte mit solcher Einwendung dennoch gehört werden, weil durch ihre Begreifung ein unsittlicher Erfolg erreicht werden würde; wenn er seine Behauptung im Wechselproceß nicht liquidiren könnte, so wäre der Beklagte immerhin berechtigt den Wechsel bezw. das auf denselben gezahlte Geld von dem durch den Bucher Bereicherten mit der *condictio in separato* Proceß zurückzuverlangen und trotz alledem bliebe der Wechsel doch ein von seiner causa losgelöstes reiner *Formalcontract*.

Das höhere Princip, daß das Recht als ein sittliches Institut keine Zwangsmittel für Erreichung eines unsittlichen Zweckes gewähren darf, durchbricht eben in diesem Fall die Regel, daß dispositionsfähige Personen sich nach ihrem Belieben zu Leistungen beliebigen Inhalts verpflichten können und ihre eingegangenen Verpflichtungen zu halten verbunden sind, allen Verträgen gegenüber und allen sonstigen Rechtsgeschäften gegenüber. Die Frage von der Statthaftigkeit und selbständigen Klagbarkeit abstracter Verträge aber wird hiervon gar nicht berührt.

Art. 3333 lautet: Zum Wesen jedes solidarischen Rechtsverhältnisses gehört, daß es auf einem und demselben Rechtsgrunde beruhe und daß der Leistungsgegenstand für alle Beteiligten derselbe sei

Er d m a n n meint dieser Artikel verlange ein Zurückgehen auf den Grund des Rechtsverhältnisses. Wenn damit gesagt sein soll, daß der Grund der solidarischen Obligation nicht auch ein abstracter Vertrag, ganz abgesehen von seiner materiellen causa debendi, sein könne, so ist der Behauptung zu wider-

sprechen. Sonst wüßte ich nicht welche Schlüsse Erdmann aus diesem Artikel für seine Ansicht ziehen will.

Es dürfte aus dem Art. 3333 wohl nur herauszulesen sein, daß eine Solidarschuld nicht vorliege wenn derselbe Gegenstand von zwei Personen oder zweien Personen aus differentem Rechtsgrunde geschuldet werde. Wenn also der Inhaber eines gestohlenen Pferdes dasselbe einer dritten Person verkauft hat, so schuldet er es dem Käufer sowohl als dem Eigenthümer, dennoch sind der Eigenthümer und der Käufer nicht Solidargläubiger; und wenn umgekehrt der Erbe dem Legataren das legitime Gut nicht herausgibt, sondern dasselbe einer dritten Person verkauft, von welcher wieder der Legatar, mit dem Legat damals nicht bekannt, es ersteht, so schulden beide, der Erbe und der Verkäufer, dem Legataren das Gut und dennoch sind sie nicht Solidarschuldner. Dagegen besagt Art. 3333 keineswegs, daß es nicht möglich sei daß zwei Personen sich auch ganz ohne Angabe einer speciellen *causa debendi* zu einer Leistung *nudo consensu* solidarisch verpflichten, welchenfalls eben dieser abstracte Vertrag der gleiche gemeinschaftliche Rechtsgrund ist, den das Gesetz verlangt. Im Gegentheil sehen wir täglich, daß mehrere Bürgen sich gleichzeitig expromissorisch und unter Verzicht auf das *beneficium divisionis* zur Sicherung des Gläubigers der Hauptschuld verpflichten, ohne daß jemals eine *causa* dafür angegeben würde, ja ohne daß eine andere *causa* als eben die abstracte Verpflichtung, das nuda Versprechen überhaupt vorhanden wäre.

Ebenso gewöhnlich ist die Erscheinung von Solidar-Wechselschuldnern — kurz es kann einem Zweifel nicht unterliegen, daß Art. 3333 keineswegs besagen soll, daß zum Wesen jedes solidarischen Rechtsverhältnisses die Rückbeziehung auf eine gemeinsame materielle *causa debendi* gehöre.

Die zum Art. 3333 citirten Quellenstellen pr. Inst III. 17 (16) und l. 12 Dig. 45, 2 sprechen sogar lediglich von

„abstracten Verträgen“ und bestimmen daß eine Solidarobligation nicht entstehe wenn jeder der Solidarschuldner aus einer anderen Stipulation dieselbe Sache schulde. Zur Begründung der Solidarobligation gehörte, daß in einer Stipulation der reus auf Frage beider Promissare antwortete: „utrique vostrum dare spondeo“, oder aber umgekehrt, daß auf gleichzeitige Frage des einen Promissars: „Maevi, V dare spondes? Sei, eosdem V dare spondes?“ beide rei promittendi sogleich, uno actu, nicht etwa so daß die Antwort des Einen durch eine längere Intervalle von derjenigen des Anderen getrennt gewesen wäre, mit ihrem „spondeo“ antworten. War diese erforderte Gleichzeitigkeit nicht vorhanden, so lagen verschiedene Stipulationen vor aus denen nicht Solidarobligation entstand. Dieß ist der Inhalt der *leges* welche im Art. 3333 als Beweis dafür bezogen werden daß ein und derselbe Rechtsgrund zur Entstehung der Solidarobligationen gehöre.

Damit dürfte denn erwiesen sein, daß auch gemeinsame Verpflichtung durch abstracten Vertrag der eine Rechtsgrund sein kann von dem Art. 3333 spricht.

Dieser Artikel beweist also nichts für Erdmann's Bedenken.

Auch Art. 3578 beweist nichts, denn nach demselben kann Novation durch Veränderung in Bezug auf den Rechtsgrund zwar stattfinden, es ist aber keineswegs gesagt, daß jedesmal Novation stattfindet, wenn der Schuldner sich, abgesehen von der bisherigen materiellen causa, durch einen abstracten Vertrag zur Leistung des Gegenstandes der prior obligatio verpflichtet. Im Gegentheil wird Novation bekanntlich nicht vermuthet, sondern wird nur angenommen, wenn die Absicht zu noviren von den Contrahenten ausdrücklich ausgesprochen ist, oder sich aus den Umständen unzweifelhaft ergibt. Der abstracte Vertrag will aber eine Veränderung in der

causa debendi des materiellen Vertrages von dem es sich unabhängig gestellt hat gar nie hervorbringen.

Bergl. Hollander a. a. D. Er bleibt daher neben demselben bestehen

l. 2. Dig. de nov et deleg. 46, 2: Omnes res transire in novationem possunt . . . dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio; ceterum si non hoc agatur duae erunt obligationes²⁾

welche zu einander in keinem anderen Verhältniß stehen, als daß qui bis idem stipulatur, ipso jure amplius quam semel non tenetur. l. 18. Dig. de V. O. 45, 1.

Nöthigt aber Art. 3578 den hinzutretenden abstracten Vertrag nicht novirend zu wirken, so sehe ich nicht ein was er für den casum in terminis beweisen soll?

Auf die aus den Art. 3671, 4676, 2 und 3679 gezogenen Schlüsse an sich, wird Erdmann selber nicht besonders Gewicht legen wollen, denn wenn gegen Verträge aus einer gewissen causa besondere Einreden, namentlich dem Darlehnschuldschein gegenüber die exc. n. n. p. gegeben wird, so ist damit doch wohl kaum gesagt, daß in jedem Schuldschein nothwendig angegeben werden müsse, ob die Schuld aus dem Darlehn, oder aus welcher causa sie sich herschreibe, sondern es läßt im Gegentheil sich daraus nur folgern, daß der debitor wenn aus dem Darlehn geklagt wird, sich der exc. n. n. bedienen und nur wenn er beweisen kann, daß der Schuldschein eine Darlehns-

²⁾ Das gleiche verordnet § 134 Stat. Curl. in verbis: Quodsi talis quoque novatio intercesserit, qua vetus obligatio tollatur, actio prior extincta censetur, secus si nuda quaedam pacta inter creditorem et debitores facta sint, prior autem obligatio per expressum sublata non fuerit.

Bei der allgemeinen Klagbarkeit der nuda pacta (cf. § 122 Stat. Curl.) können dieselben so gut vom Anerkennungsvertrage wie vom constitutum verstanden werden.

schuld darstelle, der Schuldner mit der querela n. n. p. derselben condiciren darf.

Wenn ferner Art. 3676, 2 unter den Fällen, in welchen dem Darlehnschuldschein gegenüber das Rechtsmittel der n. n. p. unstatthaft ist, des Anerkennungsvertrages nicht gedenkt, so hat dieses angebliche Omissum seinen Grund einfach darin, daß nach Art. 3679 nur wenn der Schuldschein über ein eigentliches Darlehn ausgestellt ist, das Rechtsmittel des Nichtempfanges statthaft ist, der aus dem Anerkennungsvertrage Klagende also gar nicht in die Lage kommen kann sich diesem Rechtsmittel gegenüber vertheidigen zu müssen.

Das aus dem Art 3676 geschöpfte Argument Erdmann's, sowie das fernere Argument, worauf unter den „anderen Gründen“ des Art. 3679 das abstracte Versprechen nicht zu rechnen sei, laufen auf eine petitio principii heraus, denn ist der abstracte auf Willensübereinstimmung gegründete Vertrag an sich bindend, so gehört der darüber gegebene Schein eben zu den Schuld-scheinen „aus anderen Gründen“ und so ist der Gebrauch des Rechtsmittels des Nichtempfanges ihm gegenüber auf alle Fälle unstatthaft.

Das Hauptargument für seine Ansicht findet Erdmann in den Art. 3680 in Verbindung mit dem Art. 3701 l. c.

Art. 3680 lautet: Wer einem anderen, ohne Rechtsgrund, in der irrigen Meinung, daß er dazu verpflichtet sei, etwas geleistet oder versprochen hat, kann das Geleistete zurückfordern oder Entbindung von seinem Versprechen verlangen.

Art. 3701: Ausnahmsweise liegt dem (mit der *condictio indebiti* belangten) Empfänger ab, das Dasein der Schuld zu beweisen 3) wenn ein Schuldschein zurückgefordert wird in welchem die rechtliche Veranlassung der Verpflichtung nicht angegeben ist.

Erdmann meint nun (pag. 163 l. c.) „nach Art. 3650
 „cit. sei jedes Versprechen ohne Rechtsgrund, falls es irr=
 „thümlich geleistet worden, nicht bindend oder mit anderen
 „Worten: es könne jeder Klage aus einem Versprechen sine
 „causa eine Bezugnahme auf den nicht ausgedrückten Rechts=
 „grund opponirt worden. Die Klage gehe auf Rückgabe des
 „ohne Rechtsgrund ausgestellten Schuldscheines. Halte man
 „nun hiernit den Art. 3701 zusammen, so sei es in hohem
 „Grade wahrscheinlich, daß nach der Auffassung des Gesetzbuchs
 „das Fehlen der wichtigsten Veranlassung dem Schuldschein
 „seine Kraft raube und die *condictio indebiti* hervorrufe. Jeder
 „einen solchen Anerkennungsvertrag enthaltende Schuldschein könne
 „daher durch dieses Rechtsmittel illusorisch gemacht werden, und
 „die herrschende gemeinrechtliche Theorie der *cautio indiscreta*
 „sei damit einfach anerkannt. Selbst eine vorherige Verzicht=
 „leistung auf die *condictio indebiti* nütze nichts (Art. 3702) —
 „das Fehlen des materiellen Rechtsgrundes bleibe unersehblich.“

Was zunächst Art. 3680 betrifft, so ist es sicherlich richtig,
 daß mittelst der *condictio indebiti* die Entbindung von jedem
 Versprechen, falls es in entschuldbarem Irrthum
 über eine Nichtschuld geleistet wurde, verlangt
 werden kann, einerlei ob es nur ein abstractes
 Versprechen oder ein sich auf die materielle
causa debendi zurückbeziehendes war. Den Nach=
 weis dessen, wie wenig damit die Zurechtbeständigkeit des Ver=
 sprechens an sich alterirt wird, habe ich schon oben ad Art.
 2865 und 3211 zu führen versucht. Mir will es scheinen, daß
 das Gesetz gerade, in dem es erst die Entbindung von
 dem *indebite* geleisteten Versprechen mittelst
 ausdrücklich dahin gerichteter Klage verlangt,
 in allerdeutlichster Weise bezeugt, daß jedes acceptirte
 Versprechen, jeder Vertrag an sich bindend und

flagbar ist. Erdmann könnte aus diesem Artikel für seine Ansicht nur dann etwas ableiten, wenn er behaupten könnte, daß jeder abstracte Vertrag ein Versprechen ohne Rechtsgrund im Sinne des Art: 3680, d. h. also sine causa repräsentire! Das aber wird er wohl selbst nicht behaupten wollen.

Um zum Verständniß der Vorschrift des Art. 3701 zu gelangen, ist es erforderlich sich zunächst Rechenschaft darüber zu geben, was der Art. 3701 unter der, den rechtlichen Veranlassungsgrund der Verpflichtung nicht angehenden, Schuldscheinen versteht und welches der Grund der auffallenden Verschiebung der Beweislast, welche dieser Artikel anordnet, eigentlich ist.

Gürgens entscheidet die erstere Frage dahin, daß unter der cautio indiscreta des Art. 3071 nur die mit keinem ausdrücklichen Zahlungsverprechen verbundenen indiscreten Schulbekenntnisse zu verstehen seien. Praktisch wäre dieser Satz recht acceptabel, weil damit eine große Anzahl von Schuldscheinen der Wirkung der sonderbaren Beweisvorschrift des Art. 3701 entzogen wäre.

Allein die Unterscheidung läßt sich wohl weder den Quellen gegenüber, noch auch aus allgemeinen Gründen halten.

Abgesehen davon daß die Worte „ein Schuldchein welcher die rechtliche Veranlassung der Verpflichtung nicht angeht“, die Gürgens'sche Distinction fast zur Unmöglichkeit machen, hat man wohl nicht die Berechtigung anzunehmen, daß der Art. 3701, welcher lediglich gemeines Recht geben will, etwas wesentlich Anderes als die allegirten Quellen habe fortsetzen wollen.

Art. 3701 versteht unter den die rechtliche Veranlassung der Verpflichtung nicht angehenden Schuldscheinen die gemeinrechtliche cautio indiscreta — hierin muß ich Erdmann (l. c. pag. 164) völlig Recht geben, wenn ich mit ihm auch

über den Begriff der „herrschenden gemeinrechtlichen Lehre“, wie sich weiter unter zeigen wird, nicht ganz d'accord bin.

Nach gemeinem Recht aber unter der cautio indiscreta die mit einem Zahlungsverprechen versehenen indiscreten Schuldscheine nicht mitzuverstehen, scheint mir unmöglich zu sein.

Man mag nun der Meinung sein, daß die l. 25 Dig. de prob. in dem ominösen F. 4 von Stipulationsurkunden handelt, welche über eine als bestehend angenommene Schuld ausgestellt sind, oder mit den älteren Juristen annehmen, daß sie von den chirographis et sygraphis handelt, in beiden Fällen wäre unter der cautio indiscreta auch ein solcher Schuldschein zu verstehen, welcher mit einem ausdrücklichen Zahlungsverprechen verknüpft ist.

Stipulationsurkunden bestanden gerade in ihrem wesentlichsten Theil aus dem formellen Zahlungsverprechen, die chirographa und sygrapha enthielten für gewöhnlich ebenfalls ein Verprechen.

cf die oft angeführte Stelle aus Gajus III. 134 Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et sygraphis, id est si quis debere se ante daturum se scribat.

Der Wortlaut der beiden zum Art 3701 bezogenen Quellenstellen l. 25 F. 4 de prob. Dig. 22,3 und sap. 14 XII., 22 verbietet meines Erachtens ebenfalls die Gürgens'sche Interpretation.

l. 25 § 4. cit. lautet bekanntlich: (Paulus) ³⁾ Sin autem cautio indebiti exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit pro quibus eandem

³⁾ Ob die Stelle wirklich von Paulus oder von Tribonian herrührt ist für uns begreiflich gleichgültig.

conscripsit nisi evidentissimis probationibus, in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.

Die lex statuiert offenbar zwischen den beiden vorgeführten cautiones nur den einen Unterschied, daß in dem erst ponirten Fall die causa debendi nicht, im zweiten aber wohl specialiter angegeben ist. Bis auf diesen Unterschied darf man sich beide Formen der cautio gleichlautend denken. Da nun aus dem Schluß der lex hervorgeht, daß die den Schuldgrund enthaltende cautio als eine permissio enthaltend gedacht wird, so muß angenommen werden, daß die cautio indiscreta, die Paulus im Auge hatte, ebenfalls eine permissio enthielt.

Gerade ebenso verhält es sich mit der zum Art. 3701 aus dem canonischen Recht bezogenen Legalstelle cap. 14 X, II 22 in verbis: Si cautio quam a te indebite proponis expositam indeterminate loquatur, adversarius tuus tenetur ostendere debitum quod continetur in ea. Sed si causam propter quam hujusmodi scriptura processerit expresseris, in eadem, confessioni tuae statur nisi probaveris id indebite promisisse.

Die ungleiche Behandlung der cautio indiscreta, je nachdem sie ein ausdrückliches Zahlungsverprechen enthält oder nicht, ist aber auch deshalb *logisch* nicht gerechtfertigt, weil die Frage, ob im concreten Falle ein abstracter Vertrag vorliegt oder nicht, lediglich eine Frage der Willensinterpretation ist und ebensogut bei vorhandenem Zahlungsverprechen der Wille der Parteien auf Schaffung eines Beweismittels für einen materiellen Vertrag, als ohne ausdrückliches Zahlungsverprechen auf Errichtung eines abstracten Vertrages gerichtet sein kann.

Gürgens selbst erkennt bezüglich der Abrechnung, die auch nur eine Form der cautio indiscreta ist, ⁴⁾ an daß das abstracte

⁴⁾ Die causa debendi ist nicht in der Abrechnung, sondern in dem Geschäft über welches abgerechnet wurde, zu sehen. Vgl. die folgende Seite.

Versprechen zu subintelligiren sei; dasfelbe ist, auch abgesehen von dem Falle der Abrechnung, häufig geboten.

Wäre der innere Grund, welcher den Gesetzgeber angeblich dazu bewogen haben soll, die *cautio indiscreta* ohne Zahlungsverprechen allein der Beweisvorschrift des Art. 3701 zu unterwerfen, übrigens wirklich nur die Annahme, daß in diesem Fall die Schaffung eines Beweismittels für den materiellen Vertrag und nicht die Schaffung eines selbständigen abstracten Vertrages gewollt sei, so dürfte, sobald die Willensinterpretation das Gegentheil ergibt, (also etwa wenn man die von Erdmann I. c. pag. 167 proponirten Formeln angewendet hat, oder sonst die Absicht einen abstracten Vertrag zu begründen, nicht zweifelhaft ist), selbst eine *cautio indiscreta* G ü r g e n s ' scher Terminologie gar nicht unter die, den rechtlichen Veranlassungsgrund der Verpflichtung nicht angehenden, Schuldscheine gerechnet werden!

Der Hauptgrund, welcher G ü r g e n s zu seiner Distinction bewog ist der, daß er nur so die Annahme von Antinomieen in unserem Privatrecht vermeiden zu können meint.

G ü r g e n s argumentirt nämlich folgendermaßen: Wenn nach dem Recht eines Landes, die *cautio indiscreta* einen selbständigen Klagegrund bilde, so müsse mit logischer Nothwendigkeit dieses Recht auch den Rechtsatz enthalten, daß der in dem indiscreten Schuldschein genannte Inhaber desselben befugt sei, ihn dem Aussteller auch dann vorzuenthalten, wenn dieser die Schuld leugnet und ihn vom Inhaber zurückverlangt und zwar mindestens so lang als der Aussteller nicht seinerseits den Nichtbe-

Erdmann möchte ich nicht Recht darin geben, daß die Abrechnung nach prov. Recht durch Specialgesetz zum abstracten Anerkennungsvertrage erhoben worden sei, denn Art. 4461 statuirt lediglich einen Fall der Anwendung der Vorschriften des Art. 3571 des Prov. Codez und des § 135 Stat. Curl.

Es bleibt sonach meines Erachtens kein anderer Weg übrig, auf dem man in der Abrechnung einen abstracten Vertrag finden könnte, als der Weg der Willensinterpretation.

stand der Schuld nachweisen. Die zwingende Nothwendigkeit dieser Consequenz liege darin, daß wenn der Schuldschein einen selbständigen Verpflichtungsgrund bilde, der Nachweis desselben in dem Besitz des Schuldscheines seitens des in ihm genannten Gläubigers nothwendig schon selbst liege, oder daß mit anderen Worten die Beweiskraft einer Urkunde von ihrer Klagbarkeit logisch unzertrennbar sei, und daß es daher unter der Voraussetzung der Klagbarkeit der cautio indiscreta undenkbar sei den in ihr genannten Gläubiger, dem die Schuld leugnenden Aussteller gegenüber, erst noch zum Beweise des Rechtsbestandes seiner Forderung verpflichten zu wollen. Man müsse daher wo das Recht des Landes den Rechtsatz, daß der Inhaber der cautio indiscreta, ohne zu weiterem Beweise verbunden zu sein, dieselbe dem sie zurückverlangenden Aussteller zurückhalten darf, nicht enthalte, mit Nothwendigkeit darauf zurückschließen, daß ihm dann auch der Lehrsatz von der selbständigen Klagbarkeit der cautio indiscreta fremd sei. Da nun der Prov.-Coder das abstracte Versprechen trotzdem für klagbar erkläre, so sei man, um nicht eine Antinomie anzunehmen, gezwungen zu dem Schluß, daß der Prov.-Cod. unter den Schuldscheinen, in denen die rechtliche Veranlassung der Verpflichtung nicht angegeben ist, das abstracte Versprechen gar nicht verstanden habe.

Diese Argumentation beruht auf einer Verwechslung von Leugnen und mit der *condictio indebiti* die Entbindung vom gegebenen Versprechen verlangen.

Wenn der in Grund einer cautio indiscreta aus einem abstracten (wenn auch nicht ausdrücklich in der Urkunde exprimierten) Versprechen belangte Schuldner einfach leugnete schuldig zu sein, so würde er sobald die Richtigkeit der Urkunde festgestellt (oder das Factum des abstracten Versprechens sonst bewiesen) würde, ohne Weiteres zu verurtheilen

sein. Das ergibt sich aus den allgemeinen Proceßgrundsätzen und Art. 3701 schreibt nichts dem Widersprechendes vor.

Die bloße Möglichkeit von Conditionen (indebiti u. s. w.) gegen eine Stipulation, sagt Savigny" (Obl.-R. II. 263) dürfe nicht als Grund geltend gemacht werden, weshalb die Stipulation als ein bloß formales Geschäft nur unter Voraussetzung einer causa als vollgiltig und vollständig angesehen werden könne.

Wenn die *condictio indebiti* nicht angestellt wird, wenn also der Schuldner nicht in der Lage ist klagend oder einredeweise zu behaupten, daß er die cautio über ein *indebitum* ausgestellt habe, so kommt die Vorschrift des Art. 3701 gar nicht zur Anwendung.

Der Grund der eigenthümlichen Beweisvorschrift für den Fall der *condictio indebiti*, ist eine bloße Nützlichkeitsober vermeintliche Billigkeits-Erwägung, ähnlich derjenigen, welche die Verschiebung der Beweislast bei der *querela non numeratae pecuniae* dem Darlehensschein gegenüber zu Wege gebracht hat.

Höchst wahrscheinlich ist es, die Erwägung der Unzuverlässigkeit den Beweis einer Negative dem *condicirenden* Schuldner in dem Fall aufzubürden, (*cujus naturali ratione nulla probatio est*), wenn die Unbestimmtheit des zu *condicirenden* Schuldscheines ihm nicht die Möglichkeit giebt zu beweisen, daß aus dem dort genannten Geschäft er dem Gläubiger *re vera* nichts schuldig geworden sei, welche die *ratio* der I. 25 § 4. Dig. de prob. abgegeben hat.

(Vergl. hierüber Cropp in seinen und Hense's Abhandlungen über *literarum obligatio, cautio indiscreta pecunia cauta non numerata*).

Wie nun der Darlehensschein dadurch nicht aufhört klagbar und gültig zu sein, daß dem Schuldner eine Zeit lang die

querela und exc. n. n. p. mit der Wirkung der Ueberwälzung der Beweislast auf den Gläubiger zusteht, so ist auch das abstracte Versprechen deshalb nicht weniger klagbar und gültig, weil es — in weit beschränkterem Maaße, weil nur im Fall entschuldbaren Irrthums — dem Schuldner innerhalb der Klageverjährungszeit freisteht mittelst der *condictio indebiti* oder der entsprechenden *exceptio* (vergl. auch Art 3639) eine gleiche Verschiebung der Beweislast herbeizuführen.

Der § 1 der l. 25 Dig. de prob. (Prov.-Cod. Art. 3700) bestimmt, daß die *simplicitate gaudentes personae* selbst wenn sie schon gezahltes Geld mit der *condictio indebiti* zurückfordern, dem Empfänger die Beweislast zuschieben, daß er das Geld für ein *debitum* erhalten habe. Kurz, derlei Beweisabnormitäten aus Zweckmäßigkeitsgründen kommen zu häufig vor, als daß aus einer solchen Abnormität so weitgehende Schlüsse, wie G ü r g e n s sie zieht, gerechtfertigt erscheinen könnten.

Dem Vorstehenden nach erscheinen auch die von G ü r g e n s gezogenen Schlußfolgerungen über die Unvereinbarkeit der Bestimmung des Art. 3701 mit der selbständigen Klagbarkeit der *cautio indiscreta* unbegründet, denn nicht stets und nicht weil der Inhalt des abstracten Vertrages etwa nicht zur gehörigen Substanziirung, und eine denselben allein (kein ausdrückliches Zahlungsverprechen) dokumentirende Schrift etwa nicht zum Beweise des ganzen erforderlichen Klagefundaments an sich genügte, sondern nur wenn ein in entschuldbarem Irrthum befangen gewesener Schuldner *cautionem indebiti expositam esse* behauptet und nur um eine *probatio diabolica* nicht aufzuerlegen, soll aus Billigkeitsgründen der Gläubiger den Beweis, daß die *cautio* über ein *debitum* ausgestellt sei, als von ihm leichter zu führen, übernehmen.

So ist denn auch in der That die Beweisraft einer Urkunde von ihrer Klagbarkeit (sollte heißen von der Klagbarkeit des in ihr dokumentirten abstracten Versprechens, denn es handelt sich nicht um eine in dem Papier verkörperte Forderung) nicht immer und namentlich nicht unter den vorliegenden Umständen logisch unzertrennbar.

Es fragt sich nun aber weiter, ob angesichts der Bestimmungen des Art. 3701 über die *cautiones indiscretas* zumal wenn zu den letzteren auch der indiscrete Schuldschein mit ausdrücklichem Zahlungsverprechen zu zählen ist, den abstracten Verträgen und in specie den sie documentirenden Schuldscheinen ein praktischer Werth noch bezumessen sei.

Sowohl Erdmann als Gürgens scheinen es durchaus zu bezweifeln.

Ich halte diesen practischen Werth auch bei voller Geltung des Art. 3701 für sehr bedeutend.

Zunächst ist es sehr häufig gar nicht die Beweisfrage, welche als das Wesentlichste erscheint. Der aus einem abstracten Vertrage Verklagte will und kann häufig kein *indebitum* behaupten, wohl aber Einreden vorschützen, die aus dem ursprünglichen materiellen Rechtsgeschäft originiren. Hier ist gerade der Anerkennungsvertrag geeignet eine Menge unnützer Proceßweiterungen abzuschneiden, und seine Bedeutung bliebe trotz Beweischwierigkeiten bestehen. Ferner giebt es aber auch Schuldurkunden über abstracte Verträge, welche in ihrem historischen Theil über die ursprüngliche *causa debendi* specialiter referiren, also keine *cautiones indiscretas* sind.

So kommt es beispielsweise in Curland vor daß über die Rauffchillingreste aus Haus- und Güterkäufen besondere

Obligationen und Pfandverschreibungen ausgestellt zu werden, in deren historischem Theil über die *causa debendi* referirt wird, während im dispositiven Theil der Schuldner sich verpflichtet auf die Obligation jedem Rechtsnehmer des Gläubigers die Obligationssumme sammt Zinsen zu bezahlen und erklärt, daß er gegenüber der Klage aus der Obligation mit keiner anderen Einrede, als derjenigen der Zahlung auf die Obligation, gehört werden wolle.

Nach der Intention der Parteien kann in diesem Fall ein von der ursprünglichen *causa* unabhängig gestelltes Schuldversprechen vorliegen, denn mit dem Zweck dem Gläubiger die Weiterbegebung der Obligationen, die er doch an Stelle baaren Geldes nimmt, dadurch zu erleichtern, daß der Cessionar gegen alle Einreden aus der materiellen *causa*, dem Kauf, sicher gestellt wird, kann die Schlußclausel hinzugefügt worden sein. Freilich liegt die Möglichkeit vor, daß die Clausel nur den proceßualischen Effect haben soll, den Schuldner mit den ausgeschlossenen Einreden *ad separatim processum* zu verweisen und diese Auslegung wird dann wohl geboten sein, wenn die Clausel etwa dahin gefaßt ist, daß der Schuldner in einem *convenirten* kurzen Beitreibungsverfahren mit keiner anderen als der in *continenti* urkundlich zu liquidirenden Zahlungseinrede gehört werden solle.

In dem oben gesetzten Fall aber wäre meines Erachtens ein abstracter Vertrag anzunehmen, weil nach Absicht der Contractanten Einreden aus dem zu Grunde liegenden Geschäft des Kaufs gänzlich ausgeschlossen sind. Will man die Richtigkeit dieser Interpretation nicht zugeben, so wird immerhin zugegeben werden müssen, daß durch Hinzufügung der von Erdmann proponirten ausdrücklichen Verlautbarung der Absicht einen abstracten Vertrag zu begründen eine solche Obligation zum abstracten Verträge gemacht werden kann.

Sobald dieses möglich ist, so giebt es aber abstracte Verträge, welche der ominösen Beweisvorschrift des Art. 3701 nicht verfallen und darf auch nicht gesagt werden, daß Artikel 3701 überhaupt gegen abstracte Verträge militire.

Aber selbst wenn eine wahre *cautio indiscreta* vorliegt und der Schuldner strengt die *condictio indebiti agendo* oder *excipiendo* unberechtigter Weise an und die Beweisfrage bietet dem Gläubiger wirkliche Schwierigkeiten dar, so wird deshalb der Werth des abstracten Versprechens noch lange nicht illusorisch.

Zunächst ist, m. G., die einschränkende Vorschrift des § 2 der l. 25 Dig. de prob. citata, wonach die Verschiebung der Beweislast nur dann eintritt, wenn der *Condicirende* behaupten kann, er habe die ganze Summe *indebita* bezahlt, und sei dem Gläubiger nie schuldig gewesen, obgleich in erster Linie nur auf die, eine geleistete Zahlung mit der *condictio indebiti* zurückfordernden *personas simplicitate gaudentes* berechnet, analog auch auf unseren Fall des § 4 dieser lex (Art. 3701) anzuwenden, weil die *ratio legis* dafür spricht und auch Art. 3701 diese beiden Fälle einander gleichstellt. In der That wenn der Schuldner behauptet, er habe den *Schuldschein* irrtümlich über eine zu hohe Summe, oder er habe ihn zwar für eine bestehende Schuld ausgestellt, es sei dieselbe aber *ope exceptionis* erloschen gewesen u. s. w., so trifft auch der Grund der Beweisverschiebung, die Unmöglichkeit des Beweises einer Negative für den Schuldner nicht mehr zu. Demnach dürfte denn der die *cautio indiscreta* mit der *condictio indebiti* Angreifende nur dann die Beweislast auf den Gläubiger überwälzen, wenn er sich zu behaupten getraut, daß er dem Gläubiger überhaupt nichts schulde, noch schuldig gewesen sei. Beweist dem gegenüber der Gläubiger dann überhaupt den Bestand einer Schuld, über welche die Verpflichtungsschrift ausgestellt wurde, so wäre die *condictio*

indebiti abzuweisen, denn der Betrag der Schuld wurde durch die *cautio indiscreta*, gleich dem abstracten Versprechen selbst, immerhin erwiesen.

Wenn der debitor daher behauptet, die *cautio* sei nur über eine zu hohe Summe, also nicht gänzlich indebite ausgestellt, oder die Schuld sei ursprünglich begründet gewesen, aber vor Ausstellung der *cautio indiscreta* wegen erfolgter Zahlung oder wegen einer ihm zur Seite stehenden perimirenden *exceptio* erloschen und die *cautio* von ihm nur in entschuldbarem Irrthum über diese Thatfachen ausgestellt worden, so kann er freilich auch *condiciren*, aber nicht in Grund des Art. 3701, sondern unter der Herrschaft der allgemeinen Beweisregeln, welche für die *condictio indebiti* gelten.

Endlich muß ich ungeachtet der sehr entschieden ausgesprochenen entgegengesetzten Ansicht von Bürgens doch behaupten, daß der die *condictio indebiti* in dem Fall des Art. 3701 Punkt 3 Anstellende durchaus nicht nur zu behaupten, sondern auch nachzuweisen hat, daß er sich im entschuldbaren Irrthum bei der Abschließung des Anerkennungsvertrages, bezw. der Hingabe des Schuldscheines befunden habe.

Unsere l. 25 Dig. de probationibus sagt principio ganz klar, daß der *Condicirende*, sofern der Beklagte nicht den Empfang ganz ableugnet, beweisen müsse *quod per dolum accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum, et nisi hoc ostenderit nullam eum repetitionem habere.*

§ 4 derselben *lex* ändert hieran bezüglich der *condictio indebiti* der *cautio indiscreta* gegenüber, in Uebereinstimmung mit Art. 3701 des *Prov.-Cod.* nur soviel, daß der Beweis der Nichtschuld dem Gläubiger auferlegt wird, während mit keinem Wort dessen Erwähnung geschieht,

daß der Beweis des entschuldbaren Irrthum's dem Schuldner ebenfalls geschenkt werde.

Gürgens meint nun zwar, daß der entschuldbare Irrthum stets präsumirt werde, da die Vermuthung dagegen streite, daß Jemand sein Vermögen wissentlich verschleudern werde und da, Irrthum einmal vorausgesetzt, der entschuldbare Irrthum dem unentschuldbaren gegenüber die Regel bilde.

Abgesehen davon aber, daß schon die von Gürgens unter Berufung auf mehrere Präjudicate in Seufferts Archiv, vertretene Meinung durchaus nicht wie er behauptet allgemein anerkannt ist (cf. z. Beisp. Sintenis pract. Civ. R. § 109 Anm. 57. und die daselbst und Nota 56 angeführten, desgl. die bei Windscheid § 426 citirten), so gründet sich die Ansicht von der Unnöthigkeit des besonderen Beweises des Irrthum's doch nur auf die Erwägung, daß sich derselbe auf dem Beweise der Nichtschuld implicite ergebe, denn sonst ständen die Worte nisi hoc ostenderit nullam eum repetitionem habere der l. 25 pr. cit. strict entgegen.

Wenn nun der Beweis des *indebiti* gar nicht geführt, sondern in Folge singulairer Gesetzesvorschrift dem *condicirenden* Schuldner geschenkt wird, so kann sich aus dem gar nicht geführten Beweise der Nichtschuld auch nichts für den entschuldbaren Irrthum des *Condicirenden* ergeben. In der Behauptung, daß der Schuldner den Beweis des entschuldbaren Irrthums nicht zu führen habe, weil ihm schon der Beweis der Nichtschuld geschenkt wird, liegt demnach eine einfache *petitio principii* — sie läuft heraus auf die erst zu beweisende Behauptung, daß das Gesetz nicht nur den Beweis der Nichtschuld, sondern auch den Beweis des entschuldbaren Irrthum's dem die *cautio indiscreta* *condicirenden* Schuldner schenke.

Da aber hiervon weder der Art. 3701, noch die l. 25 Dig. de prob., noch das Cap. 14 X de fide instrumentum et was sagt, so kann ich Gürgens seine Behauptung auch nicht zugeben, zumal der angeführte Grund, daß die Vermuthung dawider streite, daß Jemand sein Vermögen wesentlich verschleudern werde, als solcher doch auch erst anerkannt werden könnte, nachdem seine Voraussetzung, die Verschleuderung, bewiesen und nicht schon nachdem erst behauptet wurde, daß die cautio indebiti exposita sei.

Lex 25 pr. Dig. de prob. cit. benützt bekanntlich ganz dasselbe Argument zur Rechtfertigung dessen, daß wer vergeblich indebite gezahlt haben will, selber zu beweisen habe, daß er aus entschuldbarem Irrthum eine Nichtschuld bezahlt habe: qui enim solvit nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet et indebitas effundat. . . .

. . . et ideo compelli ad probationes quod per dolum accipientis vel aliquam justam causam ignorantiae indebitum ab eo solutum.

Habe ich bis hierzu im Wesentlichen Recht so brauche ich schließlich auch nicht zuzugeben, daß der Art. 3701 der Annahme der selbständigen Klagbarkeit der cautio indiscreta größere Schwierigkeiten in den Weg legt als die l. 25 de prob. im Gebiet des gemeinen Rechts.

Ich recapitulire meine Ansicht dahin: Der abstracte Vertrag, Anerkennungsvertrag, ist nach Prov.-Recht gültig, bindend und selbstständig klagbar; ob er in concretem Fall vorliegt, ist lediglich Frage der Wort- und Willensinterpretation; er kann gefunden werden in Schuldscheinen, welche über die Veranlassung zum abstracten Versprechen specialiter oder generaliter referiren, in solchen welche ein bloß indiscrettes Schuldbekennniß mit ausdrücklichem oder auch nur zu subintelligirendem Zahlungsverprechen, oder endlich ein bloßes Zahlungsverprechen

ohne Schuldkennntniß und ohne Angabe der causa debendi enthalten. Sobald im Schuldschein die causa debendi nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, so hat, wenn der Schuldner mit der *condictio indebiti* oder der entsprechenden *exceptio* behauptet, er habe den Schuldschein gänzlich, indebite ausgestellt und wenn er gleichzeitig beweist, daß er bei Ausstellung des Schuldscheines in entschuldbarem Irrthum versirt habe der Inhaber des Schuldscheines, um die *condictio* zurückzuschlagen und des Schuldners Verurtheilung in Grund des abstracten Vertrages zu bewirken, den Beweis dahin zu übernehmen, daß das im Schuldschein enthaltene abstracte Versprechen über ein debitum ausgestellt sei.

Julius Schiemann.

Die erbrechtliche Transmiffion im Provincialrecht.

Der römisch-rechtliche Grundsatz: *hereditas non adita nec transmittitur ad heredes heredis* hat bekanntlich schon im späteren römischen Recht selbst eine Abänderung erlitten, welche ihn eigentlich als Regel aufhebt. ¹⁾ Ganz abgesehen von anderen Ausnahmefällen ist durch die sog. Justinianische Transmiffion jedem Erbeserberben das Nachholen der von dem Erben unterlassenen Antretung ermöglicht worden, bloß mit der Beschränkung, daß diese nachträgliche Antretung noch innerhalb der dem Erben richterlich oder gesetzlich gesteckten Frist zur Erklärung erfolgt. ²⁾ Hiernach bildet somit die Vererbung des Antretungsrechts auf den Erbeserberben die Regel. Nur ist es immer die Stellung des primären Erben, welche auch für die Beurtheilung der Ansprüche des Erbeserberben den Ausgangspunct abgiebt. Es ist keine Antretungsfrist, welche der letztere be-

¹⁾ Vgl. Wieding: Die Transmiffionen Justinian's 1859 S. 6 ff. Sintonis, Civilrecht III. S. 679 ff, Mühlenbruch, Fortsetzung zu Glück's Commentar XLI., S. 314 ff., Windscheid Pand. III. S. 194.

²⁾ Zwar will die Mehrzahl der Schriftsteller diesen Transmiffionsfall nur dann zur Anwendung gelangen lassen, wenn der Erbe Kenntniß von der Vererbung erlangt hat. Siehe jedoch dagegen Vangerow (Archiv für civ. Praxis Bd. 24 S. 153 ff) und Windscheid (a. a. O. S. 195 Not. 5) welche mit gutem Grunde das Gegentheil behaupten. Für das Provincialrecht ist diese Frage in sofern nur von theilweiser Bedeutung, als in Liv- und Erstland die Antretungsfrist des Erben nur *a scientia* läuft, somit auch der Erbeserbe, welchem eine eigene Frist gesteckt wird (s. weiter unten), Kenntniß vom Erbanfall haben muß. Die gesetzliche Frist wird jedoch regelmäßig durch ein Nachlassproclam ersetzt. Prov.-R. III. Art. 2629.

nuzt, es sind seine Rechtsvorteile ¹⁾ und seine Rechtsnachtheile, ²⁾ mit welchen der letztere zu agiren hat.

Das deutsche Recht hat zu dieser Frage eine ganz andere Stellung eingenommen. Da ihm der Erbe kein Unversalfuccessor war, also an sich keine Verpflichtungen aus der Erbschaft übernahm, sah es eine besondere Antretung des Nachlasses als unnütz an und ließ Erbschaftsdelation und Erbschaftsacquisition zeitlich und inhaltlich zusammenfallen ³⁾. Der Erbeserbe fand somit stets eine schon erworbene Erbschaft vor und trat in dieselbe nicht als subsidiärer Repräsentant seines Erblassers, sondern kraft eigenen Rechts ein. Er erwarb nicht durch Transmision fremden Erbrechts, sondern durch eigenes Erbrecht.

Zwischen diesen divergirenden Standpuncten suchen nun die neueren Particularrechte zu vermitteln.

Das preussische Landrecht hat sich fast ganz auf die Seite des deutschen Rechts gestellt. Es kennt keine Erbanantretung als Voraussetzung des Erbschaftserwerbes und läßt den Erben, einerlei ob er Vertrags-, Intestat- oder testamentarischer Erbe ist, mit dem Moment der Delation auch die Acquisition ipso jure vollziehen ⁴⁾. Die römische Lehre von der Transmision ist damit total aufgegeben.

¹⁾ z. B. etwaige testamentarische Begünstigungen, oder aus dem Familienleben erwachsende Befugnisse.

²⁾ z. B. Einreden und Angriffsmittel der Miterben, Collationspflicht u. s. w.

³⁾ „Der Todte erbt den Lebendigen“. Uebrigens ist die Allgemeingültigkeit dieses Grundsatzes namentlich für das ältere Recht nicht unbesritten. Beseher, System II. § 152. Sandhaas, Abhandlungen S. 117 ff.

⁴⁾ Vgl. A. L. R. I. 9 § 367 u. 368. S. auch Koch, Pr. Privatr. II. S. 537 730. Förster Pr. Privatr. IV. S. 263. Nur die theodosianische Transmision findet im preuß. Recht eine Analogie. Förster, a. a. D. IV. S. 75 ff.

Nicht so weit gehen die anderen Particulargesetze der Neuzeit. Das österreichische Gesetzbuch verlangt ausdrücklich die Antretung der Erbschaft zu deren Erwerbe, läßt aber das Recht, dieselbe anzunehmen oder auszuschlagen, auf die Erbeserben übergehen, auch wenn ihr Erblasser vor erfolgter Antretung gestorben war ¹⁾. Wenn an einer anderen Stelle ²⁾ das „Erbrecht“ selbst als auf die Erbeserben übergehend bezeichnet wird, so erklärt sich dieser Satz leicht aus der Definition, welche das österreichische Gesetzbuch dem Erbrecht giebt, als dem „ausschließenden Recht, die Verlassenschaft in Besitz zu nehmen“. ³⁾

Dem österreichischen Recht schließen sich die meisten übrigen selbstständigen Particularrechte an, wie das französische ⁴⁾ zürcherische ⁵⁾, sächsische ⁶⁾. Das letztere unterscheidet gleichfalls ausdrücklich zwischen Erbrecht und Erbfolge und läßt „das Recht anzutreten oder auszuschlagen“ auf die Erbeserben transmittiren. Dabei erben dieselben aber nicht etwa bloß die ihrem Erblasser gesteckte Erklärungsfrist oder deren Rest, sondern können ihre eigene Frist von der Kenntnißnahme über den doppelten Erbfall ab berechnen ⁷⁾.

Direct an das sächsische Gesetz schließt sich nun unser einheimisches, wenn es einerseits die Antretung für ein nothwendiges Requisite der Erbschaftserwerbung erklärt ⁸⁾, andererseits in Art. 2632:

¹⁾ c. f. Gesetzbuch § 806.

²⁾ a. a. D. § 537.

³⁾ a. a. D. § 532. Es wird sonach hier wie anderwärts zwischen Erwerb des Erbrechts und Erwerb der Erbschaft zu unterscheiden sein. S. auch Unger, östr. Erbrecht S. 149 a. G.

⁴⁾ Code Napoléon II. 781.

⁵⁾ Gesetzbuch für Zürich § 1058. Dasselbe unterscheidet zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge und verlangt nur für die letztere eine Erbantretung.

⁶⁾ Sächs. Gesetzbuch § 2001—2010.

⁷⁾ a. a. D. § 2265.

⁸⁾ Prov.-R. III. Art. 262 2.

„Stirbt der zur Erbfolge Berufene vor Ablauf der zur“
 „Erklärung bestimmten Frist, ohne sich über die Antretung er-“
 „klärt zu haben, so haben seine Erben dieselben Fristen zu genießen,“
 „um sich nicht nur über die von ihm hinterlassene, sondern“
 „auch über die ihm angefallene, von ihm aber noch nicht an-“
 „getretene Erbschaft zu erklären“.

die Transmission auf die Erben zu einer allgemeinen werden läßt. Es wird, mit anderen Worten, auch hier das römische Recht und dessen Verschiebung des Erbschaftserwerbes auf die Antretung als Grundlage anerkannt. Nicht der deutsch-rechtliche Zusammenfall von Delation und Acquisition, sondern gerade der ausdrückliche Gegensatz zwischen der bloßen „Möglichkeit Erbe zu werden“, und dem wirklichen Eintritt der Erbfolge wird in Art. 2622 ausgesprochen. Es werden sich aus dieser Reception der römischen Theorie nicht unwichtige Folgerungen ableiten lassen.

Das ältere einheimische Recht ist ohne Zweifel den Grundsätzen des deutschen Rechts treu geblieben ¹⁾. Zwar wird der Erwerb durch bloße Delation direct nur für den Fall der Geburt eines posthumus erwähnt ²⁾. Allein derselbe folgt schon aus der Thatfache des Erwerbs ohne Antretung. Die sächsische Bestimmung über das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, sowie über den Verlust der Erbschaft im Falle nicht rechtzeitigen Besigantritts ist selbst in das vom sächsischen Recht so sehr abhängige mittlere Ritterrecht nicht übergegangen ³⁾. Das estländische Ritter- und Landrecht hält gleichfalls wenigstens für

¹⁾ Vgl. Schilling, die lehn- und erbrechtlichen Satzungen des Waldemar Grichschen Rechts, Mitau 1879. S. 194. v. Helmerjen, Geschichte des Adelsrechts, S. 30 u. 99. v. Bunge, Civ- und Estl. Privr. II. S. 382 Not. a.

²⁾ W. Grichsches Recht Art. 10. Mittl. Ritter. Cap. 27, 54. Estl. Ritter- u. Landr. III. 8. 3 u. 4. Rig. Stadtr. IV, 5 § 3.

³⁾ Vgl. auch v. Helmerjen a. a. D. S. 100 a. C.

die Transmissio vom posthumus auf seine Mutter, an dem unmittelbaren Erbschaftserwerb durch Delation fest ¹⁾.

In Livland war es die königlich schwedische Resolution vom 28. Mai 1687, welche eine ausdrückliche Erklärung des Erben über Antretung oder Nichtantretung der Erbschaft wenigstens dann verlangt, wenn die erstere verschuldet war ²⁾. Aus dieser Resolution eine ganz allgemeine Antretungspflicht des Erben schon für das damalige livländische Landrecht zu folgern, wie dies v. Bunge ³⁾ thut, dürfte gewagt erscheinen. Auch erscheint es nicht durch die Praxis ⁴⁾ erwiesen, daß die Grundsätze des römischen Rechts über Antretung und Transmissio im livländischen Landrecht unbedingte Geltung erlangt haben. Jedenfalls ist es erst die Codification von 1864 gewesen, welche das Dogma von der Antretung romanistischer Weise und zwar für alle Statutenrechte der Ostseeprovinzen fixirt und damit die Grundsätze des deutschen Rechts abolirt hat. Und auch in der Codification von 1864 findet sich in dem präsumirten Erbschaftserwerb der Familienmitglieder des Erblassers, welche in dessen Gut sitzen bleiben und keine Antretung vollziehen ⁵⁾, ein Anklang an das alte System.

Wie dem aber auch sei — gegenwärtig ist die Antretung der Erbschaft als die den Erbschaftserwerb vermittelnde Thatfache ausdrücklich anerkannt worden. Der Erbe, welcher vor gescheneher Antretung stirbt, hat daher die Erbschaft nicht erworben und kann daher nicht mehr, wie im deutschen und älteren provinciellen Recht, die Erbschaft selbst seinen Erben weiter übertragen. Dagegen kann er nach heutigem Provincial-

¹⁾ Bgl. Ritter. u. Landr. B. III Tit. 8 Art. 3 u. 4.

²⁾ Kgl. Schwed. Resol. d. d. 28. Mai 1687, II. § 1.

³⁾ Liv. u. Estl. Privr. II. § 402 Not. a.

⁴⁾ Meiffen, Erbrecht § 41 mißversteht offenbar das römische Recht.

⁵⁾ Prebr. B. III, Art. 2627. 2631. Bgl. auch v. Bunge, Curl. Privatrecht S. 565 Not. 6:

recht — in directem Anschluß an das österreichische und sächsische Gesetzbuch — seine aus der Delation erwachsene Befugniß, also das Recht anzutreten oder auszuschlagen, den Erbeserben weitergeben ¹⁾. Darin liegt der einzige wesentliche Gegensatz dieser Bestimmung gegenüber dem römischen Recht, daß auch der Delationsanspruch als ein rein vermögensrechtliches, nicht bloß persönliches, *jus quaesitum* aufgefaßt wird, und somit den erbrechtlichen Weg aller rein vermögensrechtlichen *jura quaesita* geht. Praktisch ist die Differenz vom römischen Recht weit geringer, als es scheint, da auch der Römer durch die Justinianische Transmissio fast allen Erbeserben die Aussicht auf die vom Erblasser nicht angetretene Erbschaft eröffnete. Allein bei den Römern behielt diese Transmissio immer den Character einer Ausnahme, welche das Princip der reinen Personalität des Delationsanspruchs durchbrach, während nach Provinzialrecht letzterer Anspruch sich von anderweitigen vererblichen Vermögensansprüchen nicht mehr unterscheidet.

Auf Grund dieser Darstellung beantworten sich denn auch die einzelnen Fragen, welche sich im Rechtsleben an die Transmissio knüpfen. Das römische Recht muß demnach auch auf diesem Gebiet als die Grundlage und nur die Personalität des Delationsanspruchs als fallen gelassen angesehen werden, so daß im Einzelnen die römischen Normen regelmäßig mit herangezogen werden können, insoweit sie nicht durch jene eine Abweichung modificirt werden. So ist es immer der Delationsanspruch des Erben, nicht des Erbeserben, welcher in Frage kommt, und müssen daher die Requisite desselben nach der Person des ersten beurtheilt werden (wie Erbnunwürdigkeit, Erb-

¹⁾ Ob der Erbeserbe ein testamentarisch oder ab intestato, resp. durch Erbvertrag, Berufener ist, ist dabei nach Wortlaut und Sinn des Art. 2632 ganz gleichgültig.

verzicht u. s. w.) ¹⁾. So liegt bis zur Erklärung über Antretung und Nichtantretung keine vollendete Erbfolge vor, sondern eine herrenlose Erbschaft, deren rechtliche Stellung durch juristische Personification gewahrt wird ²⁾. So sind die Eigenthümlichkeiten und Requisite der Erbantrittung sowie die Grundsätze über ihre Fristen ³⁾ die gemeinrechtlichen. Aber die Frist des Erbeserben zur Erklärung auf die vom Erblasser nicht angetretene Erbschaft ist nicht, wie nach der Justinianischen Transmissio, ⁴⁾ bloß ein Theil und Rest der dem Erblasser gestellten Frist, sondern eine selbstständige ⁵⁾, weil nicht aus dem eigenthümlichen Transmissionsrecht, sondern aus dem allgemeinen Erbanspruch des Erbeserben hervorgehend.

Im Einzelnen treten namentlich folgende Fragen hervor.

1. Kann der Erbeserbe sich in verschiedener Weise über die ihm direct von seinem Erblasser hinterlassene und über die im Schwebezustand belassene Erbschaft erklären? Kann er die eine ausschlagen, die andere antreten?

Die Frage beantwortet sich einfach. Der Delationsanspruch des Erblassers ist Theil des Vermögens des letzteren und wird als Theil desselben dem Erbeserben angetragen. Die Antretungserklärung des letzteren kann nur auf die ganze Erbschaft gehen ⁶⁾

¹⁾ Provr. B. III, Art. 2847 ff. Art. 2772. Der in dem letzten Artikel ausgesprochene Satz, daß der Erbverzicht nicht auf die Nachkommen des Verzichtenden wirkt, bezieht sich, wie aus dem Text hervorgeht, nur auf den Fall, wenn diese Nachkommen selbstständiges Erbrecht am Nachlaß des anderen Contractanten hatten, nicht auf den Fall der Transmissio.

²⁾ Provr. B. III, Art. 1632.

³⁾ Mit Ausnahme der Länge derselben. Art. 2628.

⁴⁾ Vgl. Sintenis a. a. D. III. S. 660.

⁵⁾ Dies geht schon daraus hervor, daß Art. 2632 dieselbe Frist zur Antretung der vom Erblasser hinterlassenen und der von demselben nicht angetretenen Erbschaft bestimmt, die erstere aber jedenfalls eine besondere a die scientiae laufende Frist (Art. 2630) ist.

⁶⁾ Provr. B. III, Art. 2636.

involvirt also auch die Erklärung über den Delationsanspruch. Wer also den Nachlaß seines Erblassers ausgeschlagen hat, kann nicht etwa separat dessen Delationsanspruch antreten. Wohl aber kann der Erbeserbe umgekehrt den Nachlaß seines Erblassers erwerben, die demselben deferirte, noch nicht angetretene, Erbschaft aber ausschlagen. Denn durch seine Antretung erwirbt er nicht schon die letztere, sondern bloß den Delationsanspruch, d. h. das Recht, anzunehmen oder auszuschlagen ¹⁾.

2. Wie verhält sich die hier gegebene Transmissionsfrist der Erbeserben zu der außerordentlichen abgekürzten Frist, welche ihrem Erblasser auf Andringen von Gläubigern und Legataren ²⁾ sowie anderweitigen Anwärtern ³⁾ richterlich gestellt wird.

Wenngleich in dem bezüglichen Art. 2632 nur von den allgemeinen Erklärungsfristen der Art. 2618—2630 die Rede ist, so kann es doch keinem Zweifel unterworfen sein, daß auch die außerordentlichermaßen auf 9 Monate abgekürzte Frist, wenn sie abgelaufen ist, für die Erbeserben maßgebend wird, mag nun die Präsumtion der Antretung oder der Ausschlagung auf deren Versäumung gestanden haben. Denn, da sie nur als Erben ihres Erblassers in Frage kommen, können sie auch nur den von dem letzteren überkommenen Stand seines Vermögens antreten. Dieser Stand ist aber in den Fällen der Art. 2634 und 2635 durch den Ablauf der dem Erblasser gestellten Erklärungsfrist gesetzlich normirt worden. Die Erben finden daher nach Ablauf dieser Frist nicht mehr den bloßen Delationsanspruch, sondern entweder eine erworbene oder eine ausgeschlagene Erbschaft vor. Eine andere Frage ist es dagegen, ob auch sie, die Erbeserben,

¹⁾ Schon der Wortlaut des Art. 2632 betont die Einheit des Erklärungsactes gegenüber beiden Nachlassenschaften („nicht nur — sondern auch“, statt „einerseits — andererseits“). Vgl. auch Unger, öst. Erbr. S. 153 Not. 17.

²⁾ Provr. B III. Art. 2634.

³⁾ ebendaf. Art 2635. Ueber die Substituten vgl. unten p. 5.

zu ihrer Erklärung nur eine analoge abgekürzte Frist sich gefallen lassen müssen. Diese Frage muß schon um deswillen verneint werden, weil sie ja ein und dieselbe Frist zur Erklärung für die angefallene und für die vom Erblasser direct hinterlassene Erbschaft benutzen, für die letztere aber eine Abkürzung weder beantragt noch gesetzlich geboten wäre. Es zeigt sich aber hier wiederum ein Gegensatz gegenüber dem römischen Recht, welches den Erbeserben nur den Rest der Deliberation ist des Erblassers zur Entscheidung gewährte.

3. Von wann ab läuft die Erklärungsfrist für den un= mündigen Erben?

Weder im Fall eines Proclams noch im Falle der gesetzlichen Fristen des Art. 2630 macht die Gesetzgebung einen Unterschied zwischen Unmündigen und Mündigen. Nur wird auf allgemeiner Grundlage ¹⁾ hier zwischen Unmündigen, welche keine Vormundschaft besitzen und solchen, welche mit Vormündern versehen sind, unterschieden werden müssen. Die letzteren treten den Nachlaß durch Vormundschaft und Waisengericht an ²⁾ und halten sich im Fall von Versäumnissen nur an diese ³⁾. Die ersteren dagegen werden rechtlich den Abwesenden gleichgeachtet ⁴⁾ und können daher nur durch ein Proclam präcludirt werden ⁵⁾. Ist kein solches erlassen, so läuft ihnen die Frist erst von nachgewiesener Scienz resp. Volljährigkeit ⁶⁾ und wird ihnen eventuell das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt ⁷⁾.

¹⁾ Provr. B. III. Art. 3090.

²⁾ ebendas. Art. 401.

³⁾ ebendas. Art. 431—461.

⁴⁾ ebendas. Art. 3087.

⁵⁾ ebendas. Art. 3627. Uebrigens trifft eine etwa abgelaufene zehnjährige Verjährung auch die Abwesenden und Unmündigen und nur eine restitutio in integrum kann ihnen nach deren Ablauf helfen.

⁶⁾ Art. 3677 a. a. D. 3090.

⁷⁾ Art. 3092.

Ist der Erblasser unmündig gewesen und hat während seiner Unmündigkeit die Frist verstreichen lassen, so treten dieselben Normen ein. Die Erbeserben überkommen in diesem Fall die Rechtsansprüche ihres Erblassers, mögen die letzteren nun auf die Erbschaft selbst oder auf restitutio in integrum gerichtet sein ¹⁾.

4. Immer aber bezieht sich die provinzielle Transmissio nur auf die Fälle, in welchen der Erbe den Erblasser überlebte ²⁾, niemals (wie dies nach Anschauung Einiger ³⁾ bei der gemeinrechtlich sog. theodosianischen Transmissio und nach preussischem Recht in dem Falle des Allg. Landrechts II, 2 § 443 ⁴⁾ der Fall ist) auch auf den Fall, daß der Erbe bereits vor dem Erblasser verstorben und seinerseits Erben hinterlassen hat. Die letzteren können daher aus einem zu Gunsten ihres Erblassers lautenden Testament oder Erbvertrag keinerlei Ansprüche machen, wenn letztere Urkunden nicht nach Wortlaut Sinn auch auf Erbeserben gerichtet sind.

5. Wie verhält es sich mit einer Collision zwischen Substituten und Transmissaren? Folgt im Todesfall eines testamentarischen Erben dessen Erbe oder der vom Testator gewollte Substitut? Da es hier, wie Unger ⁵⁾ richtig bemerkt, hauptsächlich auf eine Interpretation des Willens des Erblassers ankommt, so dürfte hier wohl regelmäßig zu Gunsten des Substituten zu entscheiden sein, um so mehr als sonst, bei der Allgemeinheit des Transmissionsrechts, der Wille des substituierenden

¹⁾ Ueber die Stellung des römischen Rechts vgl. Bangerow, Archiv für Civ.-Pr. XXII. S. 172 ff. Mühlenbruch, Pandectencommentar Bd. XLIII. S. 219 ff. Sintenis, Civilrecht III. S. 681 Not. 3.

²⁾ Privr. B. III. Art. 2621.

³⁾ Böhr, Zeitschrift für Civilr. u. Proceß, B. II. S. 192 ff.

⁴⁾ Förster, a. a. D. IV. S. 75.

⁵⁾ Destr. Erbrecht S. 153 Not. 18.

Testators fast immer vereitelt werden würde. Es folgt hieraus, daß die auf Andringen eines Substituten gesteckte Deliberationsfrist ¹⁾ nur den Erben selbst, nicht den Erbeserben tangirt und der Tod des ersteren vor erfolgter Erklärung den Substitutionsfall in's Leben ruft.

¹⁾ Prorr. B. III. Art. 2633.

C. Erdmann.

Zur Geschichte des Umgearbeiteten Livländischen Ritterrechts.

Es ist ein befremdender Umstand in der Geschichte livländischer Rechtsquellen der angestammten Periode, daß die Entstehungsgeschichte gerade der jüngsten unter unseren Rechtsbüchern, des Mittleren und Umgearbeiteten Ritterrechts ¹⁾, noch fast vollständig im Dunkeln liegt. Im 17. Jahrh. hatte man geflissentlich die Meinung genährt, als seien diese beiden Rechtsbücher wirkliche Gesetzbücher gewesen, und obgleich es kaum einem Zweifel unterliegen konnte, daß letzteres Rechtsbuch unmittelbar aus ersterem geflossen sei, brachte man es doch fertig der Behauptung allgemeinen Glauben zu verschaffen ²⁾, daß „dieses Ritterrecht in der ersten Eroberung der Länder von denen Bischöfen, auch Rittern und Edelleuten . . . verfaßt und begriffen“ -- das M. R. R. aber um das Jahr 1500 auf Befehl des Erzbischofs Michael und des Ordensmeisters Mettenberg „zusammengestellt und als Gesetzbuch publicirt“ worden sei ³⁾. Da es im 17. Jahrh. darauf ankam, den besagten Rechtsbüchern die Anerkennung seitens der Regierung zu verschaffen,

¹⁾ Im Folgenden sind die üblichen Abkürzungen M. R. R. und U. R. R. angewandt worden.

²⁾ Siehe u. G. v. Bunge, Einl. in die liv-, esth- und curländische Rechtsgeschichte, pg. 550, 551 und C. Schilling, Die lehn- und erbrechtlichen Satzungen des Waldemar-Erich'schen Rechts, pg. 21.

³⁾ Diese Angaben sind enthalten in den meisten Exemplaren der im 17. und 18. Jahrh. entstandenen, äußerst zahlreichen handschriftlichen Sammlungen einheimischer Rechtsquellen.

ist es erklärlich, daß man dieselben als eigentliche Gesetzbücher auszugeben bemüht war. In dieser Beziehung lagen für das M. N. N. die Voraussetzungen am günstigsten. Schon Schwarz ⁴⁾ hat mit Recht darauf hingewiesen, wie wahrscheinlich wohl die Berechnung, daß es am ehesten gelingen werde für das M. N. N. die Bestätigung zu erlangen, weil hier die alte Druckausgabe vorlag, die den Anschein und die Vermuthung landesherrlicher Autorität für sich hatte, zur Vorstellung eben dieses Rechtsbuchs geführt haben wird. Auch mag für das M. N. N. der Umstand in's Gewicht gefallen sein, daß 1633, also nicht lange bevor es sich um die Bestätigung der livländischen Rechte handelte, von ganz unverdächtiger Seite her, vom Professor der Dorpater Universität Fr. Menius ⁵⁾, eben jene Druckausgabe des M. N. N.'s als das vom Erzbischof Michael und von Mettenberg publicirte Gesetzbuch hingestellt worden war, während er das U. N. N. todtgeschwiegen hatte. So erklärt es sich wohl, daß nicht das U. N. N., sondern das M. N. N. durch die königliche Resolution v. 17. Aug. 1648 bestätigt wurde. Die Folge davon war, daß das U. N. N. mehr und mehr aus der Praxis verdrängt wurde. Auch in rechtshistorischen Arbeiten wurde es nachmals verhältnißmäßig wenig beachtet. Während nach stattgehabter sorgfältiger Vergleichung der vorhandenen Handschriften unter einander und mit den Quellen, die übrigen Rechtsbücher in geläuterter Form in die Hände des Forschers gelangten und sie überdies sämmtlich einer Druckausgabe gewürdigt wurden, blieb derselbe bezüglich des U. N. N.'s auf die Lesarten eines oder weniger Exemplare beschränkt. Das hat nicht wenig dazu beigetragen, eine richtige

⁴⁾ Versuch einer Geschichte der liefländischen Ritter- und Landrechte, pg. 159.

⁵⁾ Historischer Prodromus, pg. 17.

Würdigung dieses Rechtsbuchs zu erschweren und es der Aufmerksamkeit zu entziehen.

Am auffälligsten erscheint die gänzliche Außerachtlassung des U. R. R.'s in C. Schilling's: Die lehn- und erbrechtlichen Satzungen des Walbemar = Erich'schen Rechts (Mitau 1879). Seine Negirung der materiellen und ganz besonders der formalen Gültigkeit der „abgeleiteten Rechtsliteratur“, namentlich derjenigen livländischen Rechtsbücher, auf welche der Sachsen-spiegel unmittelbaren Einfluß ausgeübt hat, muß aber, nicht minder als auf das M. R. R., auch auf das U. R. R. bezogen werden, da ja in letzterem der Einfluß des Sachsen-spiegel kaum irgendwie abgeschwächt erscheint. Der Verfasser nimmt ⁶⁾ namentlich von Bunge's Sätze zur Zielscheibe, wonach diese Rechtsbücher „gültig oder recipirt“ gewesen und „practische Gültigkeit“ gehabt haben. Dieselben enthalten zweierlei: einerseits die Anerkennung der formalen Gültigkeit dieser Rechtsbücher, andererseits die ihrer praktischen Anwendbarkeit. In letzterer Beziehung sind gewisse Einschränkungen zugestanden, auf welche wir an dieser Stelle nicht einzugehen haben; zunächst weil eine reichhaltige Literatur über diesen Gegenstand vorhanden ist, der wir uns im Wesentlichen anschließen, sodann weil mit dem Beweise der formalen Gültigkeit eines Rechtsbuchs implicite dessen praktische Geltung bewiesen ist. Dieser Anschauung ist jedenfalls auch C. Schilling, indem er (l. c. pg. 23) bei Aufstellung der Behauptung, daß das sächsische Recht in Livland nicht gegolten habe, ausdrücklich sagt: „Die Annahme einer Vermischung mit sächsischem Rechte beruht für die ganze Zeit livländischer Selbständigkeit ausschließlich auf der nicht nur unerweislichen, sondern widerlegbaren Unterstellung einer formalen Gültigkeit der abgeleiteten Rechts-

⁶⁾ U. a. D. pg. 21.

literatur, voran des mittleren Ritterrechts.“ Es dürfte nicht müßig erscheinen auf diese schwer wiegende Behauptung einzugehen, weil auf den Beweis der formalen Gültigkeit, da diese nie bezweifelt worden war, in unserer rechtsgeschichtlichen Literatur bisher kein besonderes Gewicht gelegt worden ist. Gerade in dieser Beziehung dürfte das mißachtete U. R. R. sich als besonders berücksichtigungswerth erweisen. Bezüglich der formalen Gültigkeit der Rechtsbücher Altlivlands wird zunächst ein Unterschied zu constatiren sein. Obgleich sie alle nach Form und Inhalt unzweifelhaft als Rechtsbücher, nicht als Gesetzbücher zu gelten haben, so wird man doch nicht umhin können, dem Waldemar-Erichschen Recht einen höheren Grad formaler Gültigkeit zuzusprechen. Diesbezüglich wird es dem Gesetzesrechte gleichzustellen sein ¹⁾. Eine gleiche formale Gültigkeit war für die „abgeleiteten“ Rechtsbücher nicht behauptet worden, auch nicht für das M. R. R. oder das U. R. R. ²⁾. Es handelte sich für die Zeit der Selbstständigkeit und auch für die spätere Zeit bis zu der im J. 1648 erfolgten Bestätigung des M. R. R.'s, immer nur um eine „Reception“ durch die Praxis.

Zunächst erklärt E. Schilling (S. 20) sein Urtheil darüber zurückhalten zu müssen, ob und in wie weit sie als Privatarbeiten von Einfluß auf die Rechtsanschauung Einzelner, die in ihnen Belehrung suchten, gewesen sein mögen, da wir bei der geringen Anzahl älterer Handschriften selbst über das Maaß ihrer Verbreitung im Ungewissen seien. Diese Bemerkung bedarf allerdings einer Erörterung. Sie fällt dahin aus, daß sich gegenwärtig mit Sicherheit nur behaupten läßt, daß grade das

¹⁾ Siehe v. Bunge, Altlivlands Rechtsbücher pg. 1, 2.

²⁾ Siehe von Bunge, Einleitung II., § 50, 51.

M. N. N. unzweifelhaft in nennenswerthem Maaße verbreitet gewesen sein muß, da es ja bereits 1537 im Druck erschienen war. Ob Druck oder Handschrift wird ja pro casu jedenfalls gleichgültig sein. Wenn es sich aber speciell um Handschriften handelt, so darf nicht vergessen werden, daß uns von sämtlichen Rechtsbüchern bis vor kurzer Zeit, wo N. Hausmann den Wiener Coder des W. E. N.'s und C. Schirren den Stockholmer Codex des ä. E. N. N.'s entdeckten, keine einzige Handschrift bekannt war, welche älter gewesen wäre als jener Druck des M. N. N.'s. Besaßen wir doch selbst von dem Waldemar-Crich'schen Recht bis dahin nur die einzige alte Handschrift (v. S. 1543) im Rothen Buche, ungeachtet der hohen formalen und praktischen Bedeutung dieses Rechtsbuchs. Das spricht durchaus nicht dagegen, daß dieses und die anderen Rechtsbücher zu ihrer Zeit recht verbreitet gewesen seien. ⁹⁾

Ein auf den ersten Blick beweisdienstliches Argument gegen die formale Geltung der abgeleiteten Rechtsbücher führt C. Schilling (pg. 20) an, indem er hervorhebt, daß „selbst da, wo die Gerichte einen dem Waldemar-Crich'schen Privileg entlehnten, im ältern oder mittlern Ritterrecht vorfindlichen, unzweifelhaft anwendbaren Satz zur Geltung bringen, sie eine Berufung auf diese Schriftwerke“ vermieden hätten. Eine positive Gegenbeweisführung wird dadurch einigermaßen erschwert, daß die Zahl der für das zunächst anzunehmende Gültigkeitsgebiet des M. und

⁹⁾ Die Möglichkeit des Verschwindens nachweisbar sehr verbreiteter Handschriften erweist sich am schlagendsten aus dem Schicksal der Kirchenstatuten des Erzbischofs Henning von 1428. Obgleich von diesen jeder Pfarerer eine Abschrift besitzen mußte, so hat sich doch in unserem Lande kein einziges Exemplar auffinden lassen. Die beiden einzigen, bekannt gewordenen Handschriften fand Hildebrandt in Königsberg. (Liv- Est- und Curländisches Urkundenbuch, Bb. 7, pg. 470.)

U. N. N.'s, das Erzstift, vorliegenden Urkunden, in welchen eine Berufung zu suchen sein könnte, zur Zeit eine kaum nennenswerthe ist. Die Hauptquelle, die „Est- und Livländische Brieflade“, bietet ein reiches Material an gerichtlichen Entscheidungen für Harrien und Bierland, ein äußerst geringfügiges hingegen für das Erzstift, dem das N. und U. N. N. in erster Linie angehören. Laut Register zur „Brieflade“ sind in derselben nur drei Urtheile des Erzbischofs von Riga, resp. des erzstiftlichen Raths enthalten und viel mehr sind aus der, der Entstehung jener Rechtsbücher folgenden Zeit in der That bisher nicht bekannt geworden. Aber selbst wenn ihrer sehr viele bekannt wären — was eben nicht der Fall ist — so würde aus einer mangelnden Berufung doch erst dann für die erwähnte Behauptung etwas zu gewinnen sein, wenn dargethan wäre, daß etwa in den Entscheidungen des Harriſch-Bierischen Raths eine Berufung auf das Waldemar-Erichſche Recht üblich gewesen sei. Hier läßt sich jedoch das striete Gegentheil beweisen. Die Brieflade enthält über 400 Urtheile des Harriſch-Bierischen Raths, darunter eine Menge Fälle, wo es sich um durchaus anwendbare Sätze des Waldemar-Erichſchen, doch unzweifelhaft formal und praktisch gültigen Rechts handelt. Dennoch vermiffen wir, ſowol von Seiten der Parteien wie des Gerichts, eine Berufung auf dieses Rechtsbuch¹⁰⁾. Beide berufen sich fast ausnahmslos ganz allgemein auf

¹⁰⁾ Wir haben einen einzigen Fall wahrscheinlicher Berufung auf das Waldemar-Erichſche Recht gefunden. Es ist die Urf. Nr. 1010 v. J. 1530. Selbst in diesem Falle wird die Quelle nicht ausdrücklich genannt. Im Protocolle des Harriſch-Bierischen Raths heißt es nämlich: „Auch zog eine Partei an einen Artikel unserer Privilegien, der da mitbringt, daß kein Vormund mächtig sei, der unmündigen Kinder Güter erblich zu verlassen.“ Die Bestimmung ist im Art. 4 allerdings enthalten. In einem anderen Falle, Urf. Nr. 755 v. J. 1512, ebenfalls im Protocolle desselben Raths, betreffend Morgengabe, heißt es: „die eine Partei habe beigebracht zwei „So ieen, als die alte Gnade und die neue Gnade“. Ob hier ausnahmsweise unter alter Gnade das Waldemar-Erichſche Recht zu verstehen sei, läßt sich nicht entscheiden, da ein bestimmter Satz nicht citirt ist.“

„Gewohnheit der Lande, altes Recht und Gewohnheit, alte Gewohnheit, landläufiges Recht, dieser Lande Rechte, gewöhnliche Landrechte“ zc., — genau so wie das in den Stiftern geschieht, wo noch die Ausdrücke „stiftische Rechte, stiftisches landläufiges Recht zc.“ — hinzukommen. Die Berufung auf einen bestimmten Rechtsatz, vollends unter Citirung desselben oder auch nur Nennung einer bestimmten Rechtsquelle, wurde also in jener Zeit überhaupt vermieden, ohne daß hieraus, wie wir an dem Waldemar-Erichsen Recht sehen, sich irgend etwas gegen die formale Geltung der resp. Rechtsquelle folgern ließe.

Einen ferneren Beweis für die Ungültigkeit der abgeleiteten Rechtsbücher sucht G. Schilling in den officiellen Verhandlungen, namentlich in folgenden:

1) In der Einleitung zum Privilegium der erzstiftischen Mitterschaft (Sylvesters Gnade) v. J. 1457, führe der Erzbischof die von den Vasallen zur Motivirung ihrer Bitte vorgebrachten Gründe an, darunter den folgenden: „wo zo (die Vasallen) bet her er mannerrecht von der ervinge wegen nicht vorschreven gehat hebben“. Daraus folge, daß mindestens damals (1457), wenn eines der oberwähnten abgeleiteten Rechtsbücher existirt habe, es doch nicht als ein formal gültiges angesehen worden sei. Nimmt man zu den obigen, allerdings auffallenden Worten die folgenden, wo die Vasallen bitten, sie zu begnabigen „mit beschrevenem mannerrechte to eruende in dat vifte golyt do beider konne“ — so ergibt sich für den bezüglichen Passus die durchaus ungezwungene Erklärung, daß die Vasallen gebeten haben um eine ihnen bis dahin allerdings nicht zu Theil gewordene Verbriefung eines bis in das fünfte Glied erweiterten Erbrechts. Jeder Zweifel schwindet endlich, wenn man mit Buddenbrock ¹¹⁾ annehmen will, daß schon vor dem Jahre

¹¹⁾ Samml. d. Gesetze, welche das heutige Livländische Landrecht enthalten. B. 1, pg. 316.

1457, wenn auch noch nicht allgemein, ein solches erweitertes Erbrecht, unverbrieft existent gewesen.

2) Ein weiterer Beleg für die Ungültigkeit der mehrerwähnten Rechtsbücher soll ferner darin liegen, daß 1561, bei den Unterwerfungsverhandlungen mit Sigismund August um Ertheilung der den Vasallen in Harrien und Bierland über ihre Bauern zustehenden Jurisdictionsbefugnisse gebeten wurde, während doch, wenn die „abgeleiteten“ Rechtsbücher formal gültig und dem Rechtszustande entsprechend gewesen, die einfache Berufung auf das in den stiftischen Rechten dem Grundherrschaftszugehörigen Recht „in Hals und Hand“ genügt haben würde. Hier kommt es nur darauf an zu constatiren, daß zwischen den verschiedenen Territorien gerade in dieser Beziehung Verschiedenheiten bestanden haben. Kein Rechtshistoriker sollte in den Fehler verfallen, aus dem den Vasallen in den Rechtsbüchern zugesprochenen „Rechte in Hals und Hand“ über ihre Untersassen, eine Ertheilung discretionärer Gewalt zu erblicken. Daß dieses auch nicht in Harrien und Bierland der Fall gewesen ist und zwar zu keiner Zeit, unterliegt keinem Zweifel ¹²⁾ Gleichwohl aber scheint das bezügliche, wahrscheinlich, wie auch Ruffow bezeugt, in seinen Einzelheiten durch Herkommen geregelte Recht daselbst, von dem durch Herkommen und namentlich durch die resp. Einigung geregelten Rechte der anderen Territorien, seinem Umfange nach ein wesentlich verschiedenes gewesen zu sein. Innerhalb des Rechts „über Hals und Hand“ war noch ein weiter Spielraum, in welchem die Grenzen nicht

¹²⁾ Ruffow (Bl. 18a), der den dortigen Vasallen auch schlechtweg das Gericht „tho halse unde to buke“ zuspricht, fügt doch ausdrücklich hinzu, daß die Obrigkeit an der Jurisdiction über die Privatbauern nicht theil genommen habe, daß aber das Urtheil nicht von den das Gericht berufenden und leitenden Edelleuten, sondern von den hiezu berufenen Bauern gefällt worden sei.

willkürlich gezogen wurden. Das macht es durchaus erklärlich, daß bei den Unterwerfungsverhandlungen, ohne Berufung auf die resp. Bestimmungen der eigenen Rechtsbücher, die Bitte um Zuthellung der den Vasallen in Harrien und Bierland zuständigen, wahrscheinlich am weitesten Jurisdictionsbefugnisse gebeten wurde. Umsoweniger läßt sich aber gegen die formale Geltung der „stiftischen Rechte aus der pro casu unterlassenen Berufung auf dieselben etwas Beweisdienliches folgern, als ja, selbst wenn es zweckmäßig erschienen wäre sich auf sie zu berufen, solches doch nur seitens „stiftischer“ Vasallen füglich hätte geschehen können, da jene „stiftischen Rechte“ zunächst nur für sie galten. Die Ordensvasallen participirten aber ebenfalls an den resp. Verhandlungen und da ist es sehr nahliegend, daß sie jetzt, wo sie mit den Stiftischen ein gleiches Recht erstrebten, zusammen mit diesen die ausgedehnteren Befugnisse des Harriß-Bierischen Adels zu erlangen suchten,

3) Ein gegen die formale Gültigkeit der Rechtsbücher sprechendes Moment soll ferner darin liegen, daß gelegentlich derselben Verhandlungen darum nachgesucht worden sei: „*ut certum atque commune aliquod provinciale jus, quo omnes provinciales teneantur . . . constituatur*“, der Rechtsbücher aber gar nicht gedacht worden sei. Es kann durchaus nicht befremden, daß, da zur Zeit der Unterwerfung die Rechtsbücher in vielen Beziehungen veraltet und unanwendbar geworden waren und eine Menge gültiger Gewohnheitsrechte, Gesetze u. in ihnen nicht enthalten waren ferner zwischen den nun zu vereinigenden Territorien Rechtsverschiedenheiten bestanden, endlich aber durch die Unterwerfung unter eine neue Herrschaft eine Reihe von Aenderungen nothwendiger Weise bedingt waren, eine Codification angestrebt wurde, zumal gleichzeitig die Erhaltung des gesammten Rechtszustandes ausbedungen und neben der erstrebten Codification die „*jura Germanorum propria* et

consueta“ bestätigt wurden. Dieses Verfahren entsprach durchaus nicht nur der, wie wir oben sahen, üblichen Abneigung gegen Namhaftmachung bestimmter Rechtsquellen, sondern entsprach speciell dem Brauche bei den „Privilegienbestätigungen“ während der früheren Periode. Beispielsweise als die Harrisch-Wierische Ritterschaft Wilhelm von Fürstenberg als Landesherren gehuldigt, hatte sie sich von diesem (1558) auch nur ganz allgemein ihre Rechte und Privilegien bestätigen lassen. Ebenso hatte die erbstiftische Ritterschaft, als diese im J. 1531 sich vom Erzbischof Thomas ihre Rechte bestätigen ließ, durchaus von einer Herzaählung ihrer einzelnen Privilegien und Rechte abgesehen. Endlich aber — und das ist mit Rücksicht auf die Analogie am schlagendsten — hatte die Harrisch = Wierische Ritterschaft, als sie sich der Krone Schweden unterwarf, sich auch nur ganz allgemein ihre „alten Privilegien, auch alten löblichen und wohlhergebrachten Gebräuche und Gewohnheiten“ bestätigen lassen ¹³⁾, ohne namentlich des Waldemar = Erichschen Rechts auch nur mit einem Worte zu gedenken. Niemandem ist es bisher eingefallen daraus den Schluß zu ziehen, daß dem genannten Rechtsbuche die formale Gültigkeit abzusprechen sei.

4) Wie will man endlich aus Art. 6 der *ordinatio Livoniae* von 1589, wo die Einführung eines fremden Rechts mit der Motivirung „cum provincia Livonia hactenus nullo jure usa sit“ angeordnet wird, wie G. Schilling (pg. 44) es thut, dahin deuten, daß die Livländer „kein geschriebenes Recht“ gehabt hätten. Gerade diese „*Ordinatio*“ war ja einer der mit den „*Constitutiones Livoniae*“ v. 1582 anfangenden Versuche, welche recht eigentlich dahin abzielten, das „*jus Livonicum*“ zu beseitigen, um einem fremden Rechte Eingang zu verschaffen.

¹³⁾ Privilegium und Ratification Erichs XIV. v. 1561 Aug. 2.

Daß dieser Passus als ein offenbar tendenziöser absolut gegenstandslos sei, hat schon v. Bunge genügend dargethan ¹⁴⁾. Uebrigens ertheilten die Livländer auf obiges Vorgeben der Regierung die richtigste Antwort, indem sie das Ritterrecht, und zwar, wie unten nachgewiesen werden wird, das U. R. R. zur Bestätigung vorstellten ¹⁵⁾.

Nachdem, wie oben erwähnt, das M. R. R. i. J. 1648 die königliche Anerkennung erlangt hatte, hat dennoch das U. R. R. noch längere Zeit sein Ansehen zu behaupten vermocht. Das ergibt sich nicht nur aus dem Umstande, daß in später entstandene, zum praktischen Gebrauch bestimmte Rechtsquellen-Sammlungen dasselbe meist mit aufgenommen und, ausweßlich der Marginalien fleißig benutzt wurde, sondern namentlich auch daraus, daß die Vorrede zum U. R. R. ¹⁶⁾ noch im Jahre 1727, bei dem Berichte des Livländischen Hofgerichts über die „in Livland üblichen Rechte“, dem Justiz-Collegium als officielles Actenstück vorgestellt wurde und daß ferner auch noch später in Memorialen ¹⁷⁾ und Urtheilen neben den einschlägigen Bestimmungen das M. R. R.'s, auch die Parallellstellen aus dem U. R. R. allegirt wurden. In Estland aber

¹⁴⁾ Einleitung zc. § 72.

¹⁵⁾ Vgl. Schwarz, a. a. D. S. 172. Die wider die formale Gültigkeit der „abgeleiteten“ Rechtsbücher, voran des M. R. R.'s (resp. des U. R. R.'s), angeführten Gründe sind im Vorstehenden wiedergegeben und, wie uns scheint, genügend widerlegt worden. Die Gründe, welche für die formale Gültigkeit derselben sprechen, hat G. Schilling ganz unberücksichtigt gelassen. Obgleich es sich nur um die Gültigkeit während der Zeit der Selbstständigkeit handelt, werden die Schlußfolgerungen es doch wohl rechtfertigen, daß wir mit einer späteren Zeit beginnen und die Spuren der Ritterrechte dann rückwärts hinauf verfolgen. Wir werden hierbei unsere Betrachtung speciell dem U. R. R. zuwenden.

¹⁶⁾ Dieselbe ist u. A. gedruckt in Mon. Liv. ant. Bd. III. Diese Vorrede stammt selbstverständlich aus einer sehr viel späteren Zeit als das Rechtsbuch selbst.

¹⁷⁾ So beispielsweise im Memorial des Hofgerichts v. 1734 Febr. 4 über die Erbfolge in Livländische Lehngüter.

wo man von der für Livland erfolgten Bestätigung des M. R. R.'s unabhängig war, behauptete sich noch um dieselbe Zeit das U. R. R. vor allen anderen stiftischen Rechten als Subsidiarrecht¹⁶⁾ und je älter die bezüglichlichen estländischen Rechtsquellen sind, um so häufiger ist in ihnen diese Bezugnahme. In Philipp Crusius: Des Herzogthums Esthen Ritter- und Landrechte (v. J. 1650) wird neben dem Waldemar-Erichschen Rechte am häufigsten, und zwar als „Liesländisches Landrecht“, das U. R. R. citirt, nie das M. R. R. Die Vernachlässigung des letzteren und Bevorzugung des ersteren kann gewiß nicht auf die größere Bequemlichkeit der Benutzung dieses hochdeutschen Rechtsbuchs zurückgeführt werden, da Crusius nachweisbar zahlreiche plattdeutsche Quellen mit gutem Verständniß benützt hat, — ebensowenig auf Kritiklosigkeit in der Allegirung, in ihrer Quelle sächsischer, als solche nicht erkannter, livländischer Rechtsquellen, da er in seiner Arbeit nicht nur gute Kenntniß des Sachsenspiegels und des sächsischen Weichbildes, sondern auch der Schriften sächsischer Rechtsgelehrter beweist. Immerhin könnte Crusius bezüglich seiner Quellencitate als ein nicht ganz untrüglicher Gewährsmann gelten, eben wegen seines vielleicht gar zu großen Quellenreichtums. Ein solcher Vorwurf wird aber Moriz Brandis keinesfalls treffen. Seine „Ritterrechte des Fürstenthums Esthen“ zeichnen sich dadurch aus, daß bei fast jedem Artikel (lex) die Quelle mit peinlichster Genauigkeit nachgewiesen wird und zwar finden wir hier ausschließlich einheimische Quellen, deren praktische und formale Gültigkeit speciell für Estland außer Zweifel steht. Römisches, canonisches gemeines deutsches Recht, werden offenbar grundsätzlich durchaus unberücksichtigt gelassen. Fabri's Formulare, welches Crusius

¹⁶⁾ Sogar noch in den Riesenköpffschen Marginalien (v. 1736) wird das U. R. R. wiederholentlich citirt.

mehrfach anführt, hat er, obgleich es ihm bekannt war, ¹⁹⁾ wahrscheinlich wohl weil er dessen formale Gültigkeit für ansehnlich hielt, nie allegirt, sondern hat es vorgezogen die Præjudicate des Harrisch-Bierischen Rathes von seiner Zeit an bis in das 15. Jahrhundert hinauf zur Begründung des Gewohnheitsrechts heranzuziehen. Seine Quellen sind meist Privilegien, Reccess, Beliebungen, Einigungen u. Der Sachsenspiegel ist ihm nicht unbekannt, ²⁰⁾ aber er benutz ihn nur um ihm das Motto zu entnehmen:

Diz recht ne han ich selve nicht underdacht, iz haben von aldere an unsich gebracht Unse gude vorkaren.

Nichts Erdacht, sondern nur von den Vorfahren Ueberkommenes zu bieten war Brandis in der That geeignet. Wir wissen aus seinen Collectaneen, daß er die Rechte, aus seiner Chronik, daß er auch die Geschichte des Landes gründlich durchgearbeitet hatte. Als Ritterschafts-Secretär und als langjähriger Secretär des Oberlandgerichts hatte er endlich die formale und praktische Geltung der einzelnen Rechtsquellen fortwährend zu erproben Gelegenheit gehabt. Seine Zeitgenossen hatten die Zeit der livländischen Selbstständigkeit größtentheils noch selbst erlebt, so namentlich Bert Kruse, der ehemalige Stiftsrath im Bisthum Dorpat, in dessen Hause Brandis viele Jahre gelebt hatte. Nicht zu Anfang, sondern gegen den Schluß seiner langjährigen Arbeitszeit hat er seine „Ritter-Rechte“ ausgearbeitet und zwar für eine Ritterschaft, welche überkommene Privilegien,

¹⁹⁾ Es ergibt sich dieses daraus, daß er das 6. Buch seiner Chronik mit einem Citate aus Fabri einleitet. Daß er Fabri kannte, ist, wenn überhaupt daran gezweifelt werden könnte, auch ein Hinweis darauf, daß ihm das M. R. R. bekannt war. Denn das Formulare und die Ausgabe des M. R. R.'s von 1537 haben sich bisher immer vereinigt gefunden. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß beide Werke von vornherein so vertrieben worden sind.

²⁰⁾ Er war in der Heimath des Sachsenspiegels geboren. Ueber sein Leben und seine Arbeiten siehe: das Vorwort zur Paucker'schen Ausgabe der Chronik u.

Rechte und Gewohnheiten in einem Maße pflegte wie keine andere und die überdies das Glück gehabt hatte, daß selbst die äußeren staatlichen Umwälzungen und die Wirren der Zeit an der Continuität ihrer inneren Rechtsentwicklung fast spurlos vorübergegangen waren. Wenn nun Brandis in eben jenem Rechtsbuch an mehr als 50 verschiedenen Stellen das Umgearbeitete Livländische Ritterrecht citirt und es nicht für überflüssig hält, wo er das Waldemar-Erich'sche Recht und Privilegienpunkte anführt, auch noch das U. R. R. zu citiren, so ist es unerfindlich, wie man daraus einen anderen Schluß ziehen will als den, daß Brandis diesem Rechtsbuche, in voller Würdigung seiner hohen formalen und praktischen Bedeutung, wohlüberlegter Weise diesen hervorragenden Platz unter den althergebrachten und angesehensten Rechtsquellen zugewiesen hat ²¹⁾.

Während also in Estland das U. R. R. mindestens die Geltung des vornehmsten Subsidiarrechts genoß, und zwar in einer Zeit, die der Zeit der Selbstständigkeit noch so nahe stand, daß man von der damaligen Geltung auf eine frühere mit Bestimmtheit wird schließen können, hatte dieses Rechtsbuch in Livland um dieselbe Zeit das Ansehen einer hauptrechtlichen Quelle bewahrt. Aus den Landrechtsentwürfen Hilchens und Engelbrecht-Mengdens läßt sich für die Geschichte der älteren Rechtsquellen wenig gewinnen, einerseits weil in beiden Entwürfen die Quellen nicht angegeben sind, andererseits

²¹⁾ Wohl zu berücksichtigen ist, daß Brandis von den Rechtsbüchern, abgesehen vom Waldemar-Erich'schen Rechte und dem U. R. R.'e, nur noch und zwar selten das Biel-Desjelsche Lehnrecht citirt. Das M. R. R. citirt er nie, obgleich ihm dieses zweifellos (siehe oben Anm. 19) nicht minder bekannt war als auch die übrigen Rechtsbücher. Das bezieht sich namentlich auf das älteste Ritterrecht, dessen Kenntniß wir ihm sogar verdanken. Vom U. R. R. hat er höchst wahrscheinlich noch den ursprünglichen, d. h. plattdeutschen Text gekannt.

weil namentlich Hilchen den Boden des einheimischen Rechts in bedenkltester Weise verließ²²⁾. Um der Behauptung, daß die Livländer „nullum jus“ gehabt²³⁾ und den damit verbundenen Versuchen zur Einführung fremder Rechte zu begegnen²⁴⁾, entschloß sich die Ritterschaft ihr, wenn auch in vielen Punkten veraltetes, so doch immerhin indigenes Ritterrecht der Regierung zur Bestätigung vorzustellen. Schon bald nach 1582, wo Stephan Bathory genehmigt hatte, daß das Recht gesprochen werden solle „ex praescripto juris provincialis in Livonia recepti“, bei dem Aufgeben, daß binnen 4 Monaten „juris municipalis exemplum“ eingesandt werde, scheint die Einsendung dieses Rechtsbuchs erfolgt zu sein und zwar höchst wahrscheinlich des U. R. R.'s. Die Gründe für letztere Annahme hat v. Bunge angegeben²⁵⁾. Es scheint aber um 1600 eine abermalige Vorstellung gerade dieses Rechtsbuchs zur Bestätigung stattgehabt zu haben. Denn in dem Berichte des Livl. Hofgerichts v. 1727 Apr. 6 an das Reichsjustizcollegium über die in Livland üblichen Rechte wird als Beilage B. die Vorrede zum U. R. R. mitgeteilt, und zwar als die Vorrede „über das A^o 1600 dem Könige von Polen Sigismund III. von denen Deputirten dieser Provinz Liefland zur allergnädigsten Confirmation überreichte Ritter-Recht“. ²⁵⁾.

²²⁾ Siehe: D. Schmidt, Beitrag zur Quellenkunde des Hilchen'schen Landrechtentwurfes, Zeitschr. für Rechtswissensch. Bd. 5, pg. 62 ff. und v. Bunge, Einleitung in die liv-, est- und kurländische Rechtsgeschichte. § 73 u. 81.

²³⁾ Siehe oben pg. 239.

²⁴⁾ Siehe v. Bunge, a. a. D. § 72, 73.

²⁵⁾ a. a. D. pg. 190.

²⁶⁾ Eine Verwechslung zwischen dem M. R. R. und U. R. R. seitens des Hofgerichts kann nicht angenommen werden, da das Hofgericht beide Rechtsbücher sehr wohl unterschied. (Siehe oben Anm. 17). Ebenjowenig ist eine Verwechslung der Jahre wahrscheinlich, da die Oratio Livoniae supplicantis“ v. 7. März 1597, wonach das Ritterrecht schon früher vorgestellt worden, auch schon zu jener Zeit sehr bekannt gewesen ist. Sie findet sich in vielen älteren Rechtsquellen-sammlungen. C. Schilling (a. a. D. S. 44)

Daß die Eidländer, wie wir dieses auch bezüglich der Eidländer constatirt haben, eben dieses U. R. R. so ganz besonders in den Vordergrund stellten, hatte seine Ursache in der althergebrachten Landläufigkeit und im wohlbegründeten hohen Ansehen dieses Rechtsbuchs. Das ergibt sich zur vollsten Evidenz daraus, daß in dem „Formulare procuratorum“ des Dionysius Fabri v. J. 1539 das 13. Capitel des U. R. R.'s allegirt wird, und daß diese Stelle ausdrücklich bezeichnet wird als entnommen dem 3. Buche des „stiftischen landläufigen Rechts.“²⁶⁾ Schon Schwarz²⁷⁾ hat darauf hingewiesen, daß es nicht anzunehmen sei, daß ein „vieljähriger berühmter Sachwalter . . . seine Partien auf ein bei den Gerichten nicht eingeführtes Gesetzbuch“ habe verweisen können. Und nun soll dieses Rechtsbuch ein „Schriftwerk“ gewesen sein, welches weder praktisch anwendbar noch formell gültig gewesen sein soll.“ Die Beweisraft der bezüglichen Stelle bei Fabri für die hohe Bedeutung des U. R. R.'s ist aber neuerdings zu einer noch viel höheren geworden. Denn es ist als ausgemacht anzusehen²⁸⁾, daß das 5. Buch der Fabri'schen Proceßordnung, dasselbe, wo jene bedeutsame Berufung enthalten ist, nichts anders ist als die erzstiftische Manngerichtsordnung, welche im Jahre 1531 der erzstiftischen Ritterschaft in der Reihe ihrer Privilegien bestätigt worden. In einem von einem erfahrenen Juristen edirten praktischen

meint, die Eidländer hätten „allerdings ein Schriftwerk, vermuthlich eine Bearbeitung des mittl. R. R.'s, zur Bestätigung vorgestellt.“ Wenn unter „einer“ Bearbeitung das U. R. R. gemeint war, so hätte die Präcisirung nicht unterlassen werden sollen. Wenn aber die Möglichkeit damit ausgedrückt werden sollte, daß dieses „Schriftwerk“ eine andere Bearbeitung gewesen, so hätte hierfür doch mindestens ein Grund angeführt werden sollen.

²⁶⁾ v. Bunge, Altivlonds Rechtsbücher, pg. 262.

²⁷⁾ A. a. D. pg. 156 ff.

²⁸⁾ Siehe: D. Schmidt, Verfahren vor dem Manngerichte u. pg. 5; v. Bunge, Altivlonds Rechtsbücher, pg. 32; S. v. Bruiningh, zur Quellenkritik der Fabri'schen Proceßordnung, Zeitschr. f. Rechtsw. 6. Jahrg. pg. 142 ff.

Rechtsfaden, in einer mit denkbar bester formaler Gültigkeit ausgestatteten Gerichtsordnung wird dieses Rechtsbuch ausdrücklich als stiftisches landläufiges Recht erwähnt. Ein besserer Beweis der Anwendbarkeit und formalen Gültigkeit erscheint uns kaum möglich zu sein ²⁹⁾.

Damit ist also die Gültigkeit unseres Rechtsbuchs auch für die Zeit der Selbstständigkeit vollkommen erwiesen. Im Hinblick auf die demselben folglich beizumessende Bedeutung verlohnt es sich wol auf seinen Ursprung zurückzugehen. Daß das Rechtsbuch erzstiftisch sei unterliegt nach dem Obigen keinem Zweifel. Mit Recht hat v. Bunge ³⁰⁾ geschlossen, daß es lange vor 1539 existirt haben muß. Nach dem Obigen kann man sagen: lange vor 1531. Zur genaueren Bestimmung der Entstehungszeit wird zunächst der Inhalt des Rechtsbuchs dienlich sein. Man wird nicht ernstlich behaupten wollen, daß ein Rechtsbuch zu so hohem Ansehen habe gelangen können, welches schon zur Zeit seiner Entstehung nicht das geltende Recht, sondern Rechtsalterthümer enthalten habe. Es ist zugegeben, daß die abgeleiteten Rechtsbücher, unter ihnen das M. R. R. und U. R. R., nicht durch weg praktisch anwendbar gewesene Bestimmungen enthalten, abgesehen natürlich von den obsolet gewordenen, aber praktisch gewesenen Sätzen. Die Grenze der Anwendbarkeit haben wir hier im Einzelnen nicht zu bestimmen, ebensowenig zu untersuchen, ob die Aufnahme der resp. Bestimmungen auf von den Verfassern der Rechtsbücher begangene Irrthümer oder aber auf eine wohlberednete Absicht zurückzuführen ist. Gegenüber dem Zugeständnisse, daß nicht alle Bestimmungen anwendbar gewesen, muß aber hervorgehoben werden, daß namentlich in den, die Verfassung des einzelnen Rechtsgebiets, die Rechte

²⁹⁾ Dieses schwer wiegende Moment hat G. Schilling gar nicht erwähnt, geschweige denn zu entkräften gesucht.

³⁰⁾ Einleitung :c. pg. 121.

der Stände und überhaupt die Hauptrechte auf dem Gebiete des materiellen und formellen Rechts betreffenden Fragen, die Verfasser der Rechtsbücher nicht nur den speciellen Verhältnissen desjenigen Rechtsgebiets, für welches das Rechtsbuch bestimmt war, Rechnung getragen haben, sondern nicht minder auch dem jeweiligen Stande der Rechtsentwicklung. Kennzeichnend ist diesbezüglich, daß die Verfasser der beiden Versionen des ältesten livländischen Ritterrechts, obgleich dieselben so unmittelbar unter dem Einflusse des Waldemar-Erich'schen Rechts standen, dennoch die auf specifisch harrisch-wierische Institutionen bezüglichen Bestimmungen sorgfältig ausgeschieden oder den stiftischen Verhältnissen adaptirt haben ³¹⁾. Dasselbe gilt in Bezug auf den Livländischen Rechtspiegel (Spiegel des Land- und Lehnrechts für Livland). Die Aufgabe des Verfassers dieses Rechtsbuchs war eine sehr viel schwierigerere, weil seine Vorlage, der Sachsenpiegel, sozusagen hinreißend und doch nur mit starken Abänderungen anwendbar war. Dennoch konnte ihm Bunge noch neuestens das Zeugniß ausstellen, daß er „mit voller Sachkenntniß und vieler Umsicht“ verfahren sei ³²⁾. Die Schwierigkeit der Aufgabe der Verfasser des M. und U. R. R.'s bestand wesentlich in der Verschmelzung der beiden Hauptquellen zu einem einheitlichen Rechtssystem. Nicht in allen Stücken ist diese Aufgabe mit Erfolg gelöst worden und vollends ist die Systematik darüber zu Grunde gegangen. Monströs aber wäre es, ihnen den Vorwurf machen zu wollen, daß sie in Livland sich abspielende und zum Theil tief einschneidende Rechtsveränderungen gänzlich unberücksichtigt gelassen haben sollten. Für eine solche Annahme bietet keines unserer zahlreichen Rechtsbücher, weder unter den Stadtrechten, noch unter den Bauerrechten, noch auch endlich unter den übrigen Lehn- und Landrechten irgend welchen Anhaltspunkt.

³¹⁾ Vgl. v. Bunge, Einleitung :c. § 47.

³²⁾ Altlivländs Rechtsbücher, pg. 22.

Sie stellen im Ganzen und jedenfalls im Wesentlichen durchaus denjenigen Rechtszustand dar, welcher mit ihrer, entweder nachweisbaren oder muthmaßlichen Entstehungszeit übereinstimmt. Nun hat aber kein Zeitabschnitt in der vielhundertjährigen livländischen Rechtsentwicklung so viele tief einschneidende Aenderungen hervorgebracht wie gerade das dem dritten Decennium des 15. Saeculums folgende Jahrhundert und diese einzelnen Umwälzungen konnten um so weniger vom Verfasser eines Rechtsbuches übersehen werden, als sie theilweise mit gesetzgeberischen Handlungen verbunden gewesen waren. Es bedarf kaum des Hinweises darauf, daß das Gegentheil vom Verfasser des erwiesenermaßen hochangesehenen U. R. R.'s am allerwenigsten angenommen werden kann. Der Rechtszustand den er schildert, wird daher das Alter des Rechtsbuchs mit Sicherheit ergeben.

Es ist als ausgemachte Sache anzusehen, daß das M. R. R., selbstverständlich erst recht das U. R. R., kaum vor Beginn des 15. Jahrhunderts entstanden sein können³²⁾. Tief einschneidenden Reformen begegnen wir während des 15. Jahrhunderts zunächst auf dem Gebiete des Civilprocesses³³⁾. Beispielsweise ist seit dem 16. Jahrhundert der Proceß nicht mehr durch eine Reihe von Urtheilen zerhackt, durch die jede einzelne Frage entschieden wird, sondern es wird durch eine bestimmte Reihenfolge der Parteihandlungen die Einheit des Processus hergestellt. Die Consequenz davon ist, daß die Appellation nur noch gegen Endurtheile zulässig ist. An die Stelle des Beweisrechts ist die Beweislast getreten und damit verschwindet das Beweisurtheil. In allen diesen und in vielen anderen Beziehungen steht das

³²⁾ Zur Bestimmung dieses Termins hat G. Schilling, a. a. O. pg. 37, 38, einige bemerkenswerthe Argumente geliefert.

³³⁾ Diese kennzeichnenden Unterschiede sind gut hervorgehoben bei D. Schmidt, Dr. Fr. Georg von Bunge, Geschichte des Gerichtswezens und Gerichtsverfahrens, Zeitschr. für Rechtswissenschaft. Bd. 5, pg. 106 ff.

U. R. R. noch ganz auf dem Boden des altdeutschen Processes. Wir finden hier noch keine Spur der diese Umwälzungen gewiß mit bedingt habenden romanisirenden Einwirkungen. Aber auch nicht-romanische, sondern anscheinend specifisch livländische Institute, so z. B. das Bewahrungs- und Anweisungsverfahren, welches erst seit der Mitte des 15. Jahrhunderts sich eingebürgert und seit dem Schlusse desselben Jahrhunderts in allen Territorien hohe Bedeutung gewonnen hat, sind dem U. R. R. noch unbekannt. Der Civilproceß unseres Rechtsbuchs ist also noch ganz der dieser Epoche vorhergehenden Zeit angehörig. Ebenso unbekannt sind diesem Rechtsbuche die in der Rechtslage der Bauern im Laufe des 15. Jahrhunderts stattgehabten Wandlungen, welche, etwa seit Mitte des Jahrhunderts in den Rauslingseinigungen und Ordnungen sogar gesetzliche Regelung erfuhren. Auf eine sehr frühe Entstehungszeit deutet ferner die Behördenverfassung, wie sie aus dem U. R. R. hervorgeht. Ein Vasallenrichter, schlechtweg Richter genannt, urtheilt erstinstanzlich und von ihm geht die Appellation „an den Bischof und seine gemeine Mannen.“ Der Hakenrichter, ebenso der Mannrichter — mindestens unter dieser später allgemein üblichen Bezeichnung und in seinen wol wesentlich veränderten Competenzen — ja sogar die Stiftsräthe (resp. der erzstiftliche Rath), dieses ordentliche Civil- und Criminalforum der Vasallen, endlich der Landtag, das Obertribunal Altlivlands, sind dem U. R. R. gänzlich unbekannt. Auf dem Gebiete des Privatrechts findet sich weder vom erweiterten Gesamthandrechte, noch auch von dem Erbfolgerechte der Seitenlinien irgend eine Spur. Das Erbrecht des U. R. R.'s steht noch ganz auf dem Boden des alten Mannlehnrechts und des alten Gesamthandrechts.

So tiefgehende Unterschiede zwischen dem Rechtszustande der späteren Zeit und der Darstellung des U. R. R.'s führen mit zwingender Nothwendigkeit zum Schlusse, daß es vor der

Zeit des Entstehens aller jener Reformen compilirt sein muß. Insofern sind uns also untrügliche Anhaltspunkte geboten. Die Unbekanntschaft des Verfassers des Rechtsbuchs mit dem erztiftischen Rathe läßt mit Bestimmtheit darauf schließen, daß seine Arbeit aus der ersten Hälfte des 15. Jahrhunderts datirt³⁴⁾. Genau läßt sich die Entstehung dieser reformirten Berufungsinstanz nicht bestimmen. Um 1433 urtheilte noch der Erzbischof „Capitel und gemeine Mannschaft³⁵⁾“, 1470 bereits Erzbischof und Rath³⁶⁾, wahrscheinlich aber schon geraume Zeit zuvor. Einen sicheren Anhaltspunkt für das Alter des Rechtsbuchs bietet die obenwähnte Darstellung der Erbfolge im Lehen. Die gänzliche Nichtberücksichtigung des durch das Privilegium des Erzbischofs Sylvester v. S. 1457 geschaffenen Erbfolgerechts läßt mit Sicherheit darauf schließen, daß es geraume Zeit vor 1457 abgefaßt worden ist. Auf dieselbe Zeit weist der Umstand, daß der Landtag als Berufungsinstanz dem Rechtsbuche auch noch unbekannt ist. Aber letzteres Moment ermöglicht noch keine genaue Zeitbestimmung, denn obwol die Landtage bereits seit dem Jahre 1424 stattgefunden haben, so kann doch nicht mit Bestimmtheit behauptet werden, daß sie alsbald auch als Berufungsinstanz in Streitsachen Privater zu fungiren begonnen hätten. Die Vermuthung spricht dagegen. Auf die dem Jahre 1428 vorhergehende Zeit weist ein bedeutungsvoller Umstand, der bisher unbeachtet geblieben ist. Zufolge der vom Erzbischof Henning auf dem Provincialconcil zu Riga festgesetzten, im Februar 1428 publicirten Kirchenstatuten der Rigaschen Provinz³⁷⁾ wurde

³⁴⁾ Siehe v. Bunge, Entwicklung der Standesverhältnisse pg. 75 ff. und D. Schmidt, Verfahren vor dem Manngericht etc., pg. 8 ff.

³⁵⁾ Urk. im livl. Ritt.-Arch. v. 1433 Jun. 9. Siehe übrigens unten, Anm. 43a.

³⁶⁾ Ebendas. Urk. v. 1470 Mai 1. Für das Erztift war die Existenz des Rathes bisher erst für das Jahr 1486 erwiesen. Vgl. v. Bunge und D. Schmidt a. a. D.

³⁷⁾ Urkundenbuch Bd. 7 Nr. 690.

laut Art. 44 die Anwendung der sog. Eisen- und Wasserprobe unterfragt. Diese Bestimmung ist nie widerrufen worden, auch hat sich, mindestens für das Erzstift, weder aus der Pragis noch auch aus gesetzlichen Bestimmungen eine Spur späterer Anwendung der genannten Ordalien nachweisen lassen³⁸⁾. Gesezt nun, daß per abusum die Eisenprobe dennoch hin und wieder angewendet worden wäre, was in Berücksichtigung der strengen, für ihre Anwendung angedrohten Strafe (Excommunication) nicht wahrscheinlich ist, so ist es doch geradezu undenkbar, daß sie als Beweismittel, nach Erlaß des obigen Statuts, in ein Rechtsbuch aufgenommen worden sein sollte, und zwar grade in dasjenige, welches bestimmt war speciell auch dem Gerichte zur Richtschnur zu dienen, welchem der Erzbischof selbst präsidirte und an dessen Rechtsprechung das Capitel participirte, — nämlich dem erzstiftischen Rathe, resp. der gemeinen Mannschaft. Das Rechtsbuch stammt also wol bestimmt aus einer dem erwähnten Verbote vorhergehenden Zeit. Als ferneres Moment für die Altersbestimmung kommt der bereits von Müthel³⁹⁾ hervorgehobene Umstand in Betracht, daß das Wehrgeld im U. R. R. noch nach dem alten Münzfuße (vor 1424) berechnet zu sein scheint. Noch berücksichtigenswerther ist die in der Dresdener Abschrift des M. R. R.'s enthaltene Notiz, daß die in den Cap. 48 und 49 daselbst behandelte Wette vom Erzbischof Habundi (1418—24) abgeschafft worden sei. Danach ist von Bunge als äußerste Zeitgrenze für die Abfassung des M. R. R.'s mit Recht das Jahr 1424 angenommen worden⁴⁰⁾. Da nun die bezüglichen Bestimmungen sich im U. R. R. wiederfinden und zwar im B. 2 Cap. 6 und B. 1 Cap. 5, so wird man

³⁸⁾ Das bezieht sich nicht auf Harrien und Wiceland, wo die Probe noch sehr viel später vorkam. Vgl. v. Bunge a. a. O. pg. 74 ff.

³⁹⁾ Siehe v. Bunge, Einleitung zc. pg. 121.

⁴⁰⁾ Einleitung zc. pg. 118.

mit ebenso gutem Grunde schließen können, daß auch das U. R. R. schon zur Zeit des Erzbischofs Gabundi existirt haben muß.

Es wird sich kaum in Abrede stellen lassen, daß dieser Hinweis, der allein schon für genügend erachtet wurde zur Altersbestimmung des M. R. R.'s, zusammen mit den oben angeführten Gründen als für das Alter des U. R. R.'s beweisend angesehen werden kann. Es müssen also der Spiegel des Land- und Lehnrechts, das M. R. R. und das U. R. R. in kurzen Zwischenräumen einander gefolgt sein. Damit steht die Thatsache vollkommen im Einklang, daß von einer fortgeschrittenen Rechtsentwicklung auch im U. R. R. nur wenig zu merken ist und daß die Verschmelzung der einerseits dem erst kürzlich überkommenen Sachsenpiegel, andererseits dem Ältesten Eivländischen R. R. resp. dem Waldemar=Erich'schen Rechte entnommenen Bestimmungen im M. R. R. und U. R. R. als eine noch unfertige erscheint. Gleichwol konnten die Rechtsbücher und namentlich das U. R. R. ihr Ansehen behaupten, weil die wesentlichen Abänderungen des alten Rechts fortan in Privilegien, Gnadenrechten, Recessen, Einigungen u. gesetzlichen Ausdruck fanden, endlich aber sogar das Gewohnheitsrecht durch die immer mehr aufkommende Schriftlichkeit in der richterlichen Beurkundung eine feste Grundlage gewann und die Berufung auf Präjudicate, beziehungsweise die Berücksichtigung derselben, wie Recht der Parteien, so Pflicht der Behörden wurde ⁴¹⁾.

Es bleibt nur noch die Frage zu erörtern, aus welchem Grunde speciell das U. R. R. trotz seiner Mängel Jahrhunderte hindurch ein so hohes Ansehen behaupten konnte, daß es als dem Waldemar=Erich'schen Rechte coordinirt gelten darf. Wir glauben im Folgenden den Schlüssel dazu bieten zu können. In einem bisher unbekannt gebliebenen Urtheile des Erzbischofs

⁴¹⁾ Fabri, Formulare u. pg. 38 ff.

Michael, des Capitels und des Rathes, gefällt zu Ronneburg auf dem gemeinen Manntage 1492 März 26 ⁴²⁾, in Klagesachen des Frederick Plater namens seiner Hausfrau wider die Erben des Goshalk von der Pael, betreffend die Morgengabe der ersteren, wird der sonst üblichen Gewohnheit zuwider das Urtheil nicht nur sehr ausführlich motivirt, sondern es wird dasselbe durch wörtlich angeführte Rechtsbestimmungen begründet, unter Anführung der Quelle. Nach den einleitenden Worten heißt es: „angszeeen, dat wy belynden, int erste in der gnaden, aldus geschreven“ — worauf die Bestimmung des Sylvesterischen Gnadenrechts über die Morgengabe wörtlich angeführt wird ^{42*)}. Sodann heißt es weiter: „Item belynden wy ock in den gesetten, de de zelige here Habündi myt synen geswornen rade gemakt hefft to Lemzel, do men schreff dūszenth veerhiindert im twee unde twintigsten ⁴³⁾, also ludende. Es folgt hierauf die Bestimmung über die Morgengabe, welche im U. R. R. Buch I. Cap. 10 § 1, im M. R. R. Cap. 53, im Ältesten Ritterrechte Art. 17 § 1 und endlich im Waldemar-Grich'schen Art. 22 enthalten ist. Es wird wohl kaum in Abrede gestellt werden können, daß einem solchen Zeugnisse, — als beurkundet vom Erzbischof, angefertigt in der Kanzlei des erztiftischen Rathes und zwar in einer der Entstehung des fraglichen „Gesetzes“ keineswegs sehr fernstehenden Zeit, — hohe Bedeutung beige- messen werden muß. Das Jahr 1422 fällt in der That in die

⁴²⁾ Die Urkunde, Orig., Verg., befindet sich im livl. Mitt.-Arch. Sie stammt aus der Sepküll'schen Gutsbriefflade und wurde vom Besitzer, dem Herrn dim. Hofgerichts-Vizepräsidenten A. von Samson dem Mitt.-Arch. überlassen.

^{42*)} Von dem von Buddenbrock, Bd. 1 gelieferten Abdruck sind es die 11 ersten Zeilen, jedoch ohne die zahlreichen Corruptionen des B.'schen Textes.

⁴³⁾ In der Handschrift steht „twingesten“, welcher Schreibfehler, ohne Möglichkeit eines Irrthums, wie geschehen zurechtzustellen wäre.

Regierungszeit des genannten Erzbischofs; die Manntage wurden in der That meist in Lemsal abgehalten; Capitel und Mannschaft endlich waren bei Regierungshandlungen, bei denen sie interessirt waren, zweifellos schon damals mit thätig. Wenngleich der „geschworene Rath“ in seiner aus späterer Zeit bekannten Form damals wol sicherlich noch nicht existirte, so kann der Ausdruck wol kaum Anstoß erregen ^{43a.}). Das Wesen der Sache war dasselbe. Der Ausdruck „Gesetz“ endlich war in jener Zeit allerdings ungewöhnlich, kann uns aber ebenjowenig befremden wie die Citirung des Waldemar-Erich'schen Rechts unter der Bezeichnung als „Privileg“ ^{44.}). Die Ausdrucksweise jener Zeit war eben eine sehr vielgestaltige und unpräcise.

Es sind hier nur zwei Möglichkeiten, welche der Erörterung werth erscheinen: es handelt sich entweder um ein uns unbekanntes Specialgesetz, etwa ein Gnadenrecht, oder um eines der bekannten Rechtsbücher. Die erstere Möglichkeit betreffend, so widerspricht es vollkommen dem Wesen der Rechtsbildung jener Zeit, daß ein oder einige Sätze Rechtsbüchern benachbarter Territorien wörtlich entnommen und dann feierlich recipirt worden sein sollten, vollends, wenn wie pro casu, es sich noch dazu um längst, wahrscheinlich seit mindestens einem Jahrhundert, landläufige Rechtsätze handelte ^{45.}).

^{43a.}) Siehe oben Anm. 35, 36. Uebrigens ist zu bemerken, daß die Benennung Rath und resp. das Institut doch wol beträchtlich älter sind als bisher angenommen wurde. Ob als Berufungsinstanz der erzbischofliche Rath in die erste Hälfte des 15. Jahrhunderts hinaufreicht, ist fraglich, nachweisbar aber hat der erzbischofliche Rath schon 1432 als Regierungscollegium bestanden. In einer Urkunde, d. Ronneburg, 1432 Jan. 16, erwähnt Eb. Henning den „Rath unferes Capitels und Mannschaft“ — und veräth sich mit „Etlichen aus unferem Rathe“. Diese Urkunde wird im 8. Bande des Urkundenbuchs edirt werden. Wir verdanken ihre Kenntniß Herrn G. Hildebrand.

^{44.}) Siehe oben Anm. 10.

^{45.}) Die bezügliche, die Morgengabe betreffende Bestimmung des W.-G. R.'s scheint durchaus althergebrachtes, keineswegs erst im 15. Jahrhundert recipirtes Recht enthalten zu haben. Vgl. v. Helmersen, a. a. D. § 132.

Von dem Erlasse eines umfassenderen, die erbrechtlichen Verhältnisse und die ehelichen Güterrechte regelnden Gnadenrechts jener Zeit findet sich keine Spur, obgleich der Hinweis auf ein solches, falls es existirt haben sollte, in den Urkunden der Folgezeit kaum fehlen könnte. Es bleibt also nur die Möglichkeit übrig, daß der oberrwähnte Satz sich auf eines derjenigen Rechtsbücher bezieht, in denen sich die angeführte Bestimmung findet. Von einer damals erfolgten feierlichen Reception des Waldemar-Erichschen Rechts im Erzstifte kann ebensowenig die Rede sein wie von einer Reception des Ältesten Mitterrechts ⁴⁶⁾. Abgesehen von der gänzlichen Unwahrscheinlichkeit eines solchen Vorganges steht der Annahme einer Reception speciell dieser Rechtsbücher auch noch die Thatsache im Wege, daß, da der Rechtspiegel, das M. und U. R. R. unzweifelhaft jünger sind als die oberrwähnten Rechtsbücher, letztere aber schon vor dem Jahre 1424 existent gewesen sein müssen, der Altersunterschied derselben folglich nur nach Monaten zu berechnen wäre. Keinen ungünstigeren Zeitpunkt konnte es überdies für die Abfassung eines Rechtsbuchs geben als die der feierlichen Reception eines anderen unmittelbar folgende Zeit. Wir haben also nur die Wahl zwischen dem M. R. R. und dem U. R. R., wobei wir uns wol unbedenklich für letzteres entscheiden können, und zwar aus folgenden Gründen. Wäre im Jahre 1422 das M. R. R. recipirt worden, so bliebe das eben angeführte Bedenken bestehen, daß im Laufe von höchstens 2 Jahren diesem eben bestätigten Rechtsbuche ein anderes, von dem vorigen inhaltlich kaum verschiedenes gefolgt sein müßte ⁴⁷⁾. Daß das

v. Bunge, Privatrecht, Bd. 1, namentlich § 263, 267. Derselben Geich. des Privatrechts § 9—11 und C. Schilling, a. a. O. pg. 377 ff.

⁴⁶⁾ Vgl. über die Unstatthaftigkeit einer solchen Annahme in einem analogen Falle: v. Bunge, Altvordlands Rechtsbücher, pg. 2, Anm. 1.

⁴⁷⁾ Davon abgesehen zeigt das U. R. R., wenn auch geringe, so doch immerhin einige Spuren einer Rechtsentwicklung gegenüber dem mittleren. Vgl. v. Bunge, Beiträge etc., pg. 25 und Schwarz a. a. O. pg. 148 ff.

U. R. R. Jahrhunderte lang sein Ansehen bewahrt hat und ungeachtet des Umstandes, daß das M. R. R. schon 1537 im Druck erschien, dennoch nicht verdrängt worden ist, vielmehr bis zur erfolgten Bestätigung des letzteren im J. 1648 und noch lange über diese Zeit hinaus ein so hohes autoritatives Ansehen behauptet hat, daß es mit dem Waldemar-Grich'schen Rechte auf eine Stufe gestellt wurde ⁴⁹⁾, läßt sich eben nur durch seine gut begründete formale Gültigkeit erklären und läßt es ferner sehr wahrscheinlich erscheinen, daß letztere auf eine ausdrückliche Anerkennung des Rechtsbuchs zurückzuführen ist. Es muß dahingestellt bleiben, ob es in Veranlassung des erwähnten Beschlusses des Manntages von Lemfal wirklich „gemacht“ oder damals bloß anerkannt worden. Letzteres ist das Wahrscheinlichere. In beiden Fällen läge ein legislatorischer Act vor, welcher mit der im dritten Jahrzehnt des 15. Jahrhunderts sich documentirenden legislativen Neigung im besten Einklange steht.

Inhaltlich, was Folgerichtigkeit betrifft, steht das Waldemar-Grich'sche Recht unzweifelhaft unendlich höher als die stiftischen Rechte, aber es ist den Verfassern des Rechtspiegels, des M. und U. R. R.'s zu Gute zu halten, daß während der Verfasser des Waldemar-Grich'schen Rechts einen noch minder complicirten Rechtsstoff zu bearbeiten hatte — wobei ihm noch der Umstand zu Hülfe kam, daß er einer hundertjährigen Rechtsgewohnheit Ausdruck geben konnte — die Compilatoren der aus dem Sachsenpiegel abgeleiteten Rechtsbücher leicht in Irrthümer verfallen konnten, da die Einbürgerung der Rechtslehren des Sachsenpiegels noch keine fertige gewesen sein kann. Der leitende Gedanke

⁴⁹⁾ Es ist in Anbetracht der Thatfache, daß namentlich Brandis auf dieses Rechtsbuch ein so hohes Gewicht legt, keineswegs unwahrscheinlich, daß in den, den verschiedenen Territorien gemeinsamen Rechtsnormen durch die Landtagspraxis das U. R. R. für maßgebend erachtet wurde. Die Vorrede zu demselben hebt eine solche Geltung für alle Rechtsgebiete ausdrücklich hervor.

zur Abfassung des U. R. R.'s ist zweifellos gewesen, das gänzlich mangelnde System wieder einigermaßen herzustellen. Nicht unwahrscheinlich ist es ferner, daß an sich auch der ursprüngliche Text des M. R. R.'s der Zurechtstellung bedürftig erschien ⁴⁹⁾. Es ist anzunehmen, daß letzteres in der That geglückt war. Denn obgleich das U. R. R. uns nur in Handschriften aus neuerer Zeit erhalten ist und es sich erweist, daß der Uebersetzer seiner Aufgabe garnicht gewachsen gewesen ist, ja sogar ganz gewöhnliche plattdeutsche Ausdrücke ihm unverständlich waren, so dürfte eine kritische Vergleichung beider Rechtsbücher doch zur Evidenz ergeben, daß der Text des U. R. R.'s dem des M. R. R.'s, ungeachtet letzteres von einem Uebersetzer verschont geblieben, dennoch bei weitem vorzuziehen ist. Endlich aber hat sich der Verfasser des U. R. R.'s nicht ausschließlich auf den Versuch zur systematischen Anordnung des Stoffes und Zurechtstellung unrichtiger Ausdrucksweise beschränkt, sondern hat einige ihm unanwendbar erscheinende Bestimmungen ausgeschieden. Die Cap. 81—91 des M. R. R.'s über die Dorfesmarken, der Schluß des Cap. 98 über Zehntnerverhältnisse, das Cap. 167 über die Termine zur Entrichtung des Zehnten, endlich das Cap. 216, betreffend den Fall, daß sich Jemand zu eigen giebt, — dürften schwerlich absichtlos vom Compiler des U. R. R.'s weggelassen worden sein, angesehen die meisten der bezüglichen Bestimmungen inhaltlich im Zusammenhange stehen, aus dem M. R. R. aber zusammengesucht werden mußten. Kein Zufall ist es wol ferner, daß die Bestimmungen über die Anwendung der Eisen- und Kesselprobe bereits eingeschränkt er-

⁴⁹⁾ Beide uns bekannte Texte des M. R. R.'s sind in der That fast bis zur Unverständlichkeit incorrect. Davon ist in der Druckausgabe von 1537 vieles sicherlich nicht auf Druckfehler, sondern Manuscriptfehler zurückzuführen. Der von der Druckausgabe anscheinend unabhängige Dresdener Text ist nicht viel besser. Vgl. v. Bunge, Einleitung zc. pg. 118.

scheinen ⁵⁰⁾ und das Herweideverzeichnis (im Cap. 28) weggelassen worden ist. Ähnliche, offenbar absichtliche Aenderungen, so namentlich in Betreff von Bußzahlungen und der Wette, ließen sich noch mehrere her zählen. Ein genaueres Eingehen auf diese Abweichungen erscheint aber nicht thunlich, solange eine Vergleichung der vorhandenen Handschriften nicht stattgefunden hat.

Aus dem Vorstehenden ergeben sich in Kürze folgende Resultate.

Es haben die stiftlichen Rechtsbücher, namentlich das Ungearbeitete Livländische Ritterrecht, schon zur Zeit der angestammten Periode formale Geltung gehabt. Letzteres hat während dieser Periode für das Erzstift hauptrechtliche, für die übrigen Rechtsgebiete subsidiarrechtliche Bedeutung gehabt. Diese Bedeutung hat es für Livland erst durch die Bestätigung des Mittleren Ritterrechts allmählig eingebüßt, während es, als Quelle des estländischen Ritter- und Landrechts, für Estland seine subsidiarrechtliche Bedeutung bis in die neuere Zeit behauptet hat. Es ist mit höchster Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß dieses Rechtsbuch nicht später als im Jahre 1422 entstanden und in diesem Jahre auf dem Manntage zu Lemsal vom Erzbischof Habundi, dem Capitel und der Mannschaft des Erzstifts bestätigt und als stiftliches Recht anerkannt worden sei.

⁵⁰⁾ Durch Wegfall der bezüglichen Bestimmung im Cap. 38 in fine und des ganzen Cap. 110.

Befugniß der Betheiligten zur letztwilligen Verfügung über das in Gütergemeinschaft begriffene Gut.

Einleitung.

Außer der Gemeinschaft der Güter, die nach der livländischen Bauerverordnung für die Ehen der livländischen Bauern besteht, findet in den Ostseeprovinzen auf Grund des dritten Theiles des Provinzialrechts allgemeine Gütergemeinschaft statt:

1. in den Ehen der livl. Landgeistlichen nicht adelichen Standes,
2. in den livl. Städten unter Ehegatten, die der städtischen Gerichtsbarkeit unterworfen sind und
3. in Narva gleichfalls unter Ehegatten, die der städtischen Gerichtsbarkeit unterliegen.

Ohngeachtet der Namensgleichheit unterscheidet sich die für die livl. Städte geltende Gütergemeinschaft in sehr wesentlichen Stücken von der in Narva und in den Ehen der Livländischen Landgeistlichen bestehenden Gütergemeinschaft. Während die letztere dem schwedischen Rechte entlehnt ist, wurzelt die erstere in den ehelichen Güterrechten des deutschen Privatrechts, hat sich jedoch in den livl. Städten mehrfach abweichend gestaltet.

Die oben unter den Ziffern 1 und 3 aufgeführte Gütergemeinschaft ist unzweifelhaft eine innere oder materielle, denn nach Art. 69 des Thl. III des Provinzialrechts erwirbt jeder Ehegatte durch die Verehelichung ein Recht an der ideellen Hälfte des vereinigten Vermögens, wird also condominus desselben.

Einen Zweifel über die Befugniß der Ehegatten zur letztwilligen Verfügung über die in Gütergemeinschaft begriffene Masse lassen die Gesetze nicht offen. Nach denselben darf jeder Ehegatte im Falle beerbter Ehe über den zwanzigsten Theil, im Falle unbeerbter Ehe, je nach dem der Mann oder die Frau testirt, über die Hälfte oder ein Drittheil der Gesamtmasse testiren (Art. 73). Den kinderlosen Ehegatten ist nicht benommen, sich gegenseitig zu Universalerben einzusetzen (Art. 74). Soviel mir bekannt, walten in Betreff der in Narva und in den Ehen der livl. Landgeistlichen herrschenden Gütergemeinschaft erhebliche Controversen überhaupt nicht ob. Desto größer sind die Schwierigkeiten, mit denen die Praxis bei Beurtheilung der in den livl. Städten heimischen Gütergemeinschaft zu kämpfen hat. Rücksichtlich derselben ist schon bestritten, ob sie eine innere oder äußere sei. Diese Streitfrage, über die in dem Güterrechte der Ehegatten von Professor Erdmann und in dem Aufsätze des Hofgerichts-Advocaten Jürgens in der Dorpater Zeitschrift für Rechtswissenschaft (Jahrgang 4 Heft 1) ausführlich gehandelt wird, steht indeß keineswegs in einem Präjudicialverhältniß zu dem Thema, dessen Erörterung ich mir hier zur Aufgabe gestellt habe, denn ich hoffe in dem Nachfolgenden zu zeigen, daß die Gründe, welche für das Recht der Betheiligten zur letztwilligen Verfügung über die in Gütergemeinschaft begriffene Masse maßgebend sind, davon nicht abhängen, ob die Gütergemeinschaft des livl. Stadtrechts als äußere oder als innere zu betrachten sei. Bevor ich indeß auf die Sache selbst eingehe, bemerke ich, daß ich der Kürze wegen und um der häufigen Wiederkehr desselben Ausdrucks vorzubeugen, das in Gütergemeinschaft begriffene Vermögen Gesamtmasse oder ungezweigte Masse nennen, und bei Bezugnahme auf Artikel des Theil III des Provinzialrechts mich auf die ziffermäßige Angabe der Artikel beschränken werde.

Eintheilung und Begrenzung des zu behandelnden Stoffs.

§ 1.

Die der Beurtheilung unterliegenden Sachverhältnisse sind verschieden, je nach dem eine letztwillige Verfügung über die Gesamtmasse oder einen Theil derselben getroffen wird:

1. von beiden Ehegatten gemeinsam oder doch unter beiderseitiger Zustimmung — oder
2. von einem Ehegatten allein, ohne die Zustimmung des anderen, oder
3. von der beerbten Wittwe oder dem beerbten Wittwer — oder endlich
4. von den mit dem überlebenden Ehegatten in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Kindern.

Ueber jeden dieser vier Fälle wird besonders zu handeln sein. Bevor es geschieht, mag ein für alle Male hervorgehoben werden, daß, wo immer eine an der Gesamtmasse theilhabende Person sich zur letztwilligen Verfügung über die ganze Masse oder einen Theil derselben berechtigt erweist, da wird sie in ihrer Verfügungsbefugniß dann beschränkt:

1. wenn zu der ungezweigten Masse Erbgut gehört, denn dieses darf von dem Eigenthümer nach Art. 966 ohne der nächsten gesetzlichen Erben Einwilligung in keiner Weise veräußert werden, muß vielmehr nach Vorschrift der Art. 1995, 2020 und 2795 den gesetzlichen Erben zufallen und darf ihnen durch Testament oder Vermächtniß nicht entzogen werden; (Vergl. auch Art. 967).
2. wenn in der ungezweigten Masse durch landesherrliche Gnade verliehene Kronarrenden oder Arrendegelder stecken, denn dieselben sind von dem Beneficiar auf Grund des Art. 1994 den im Art. 1972 als successionsfähig bezeichneten Personen oder wenigstens einer oder einigen von ihnen zu hinterlassen — und

3. wenn der Testator unmündige, noch nicht erzogene Kinder hat, die sich ihren Unterhalt noch nicht erwerben können und kein ausreichendes ererbtes Vermögen besitzen, denn solchen Kindern muß der Testator aus seinem beweglichen und unbeweglichen Vermögen wenigstens soviel zuwenden, als zu deren Unterhalt und standesmäßiger Erziehung erforderlich ist. (Art. 2001).

Diese Beschränkungen greifen selbstverständlich auch Platz, wenn es sich um testamentarische Verfügungen über das Sondergut der Ehegatten handelt. Auf letzteres wird aber in der nachfolgenden Erörterung keine Rücksicht genommen werden, indem bei Beachtung der bezüglichen Gesetzesbestimmungen nicht zweifelhaft sein kann, daß jeder Ehegatte über sein Sondergut, desgleichen über seine außerhalb des Stadtgerichtsbezirks belegenen Immobilien (Vergl. Art. 27 und 81) auf allgemeiner Grundlage zu testiren berechtigt ist. Die Frau ist jedoch, wenn sie von diesem Rechte zu Gunsten ihres Ehemannes Gebrauch macht, zur Zuziehung eines Beiraths genöthigt und, wenn sie zu Gunsten dritter Personen testirt, an den Beirath und die Einwilligung ihres Ehemannes gebunden, kann aber die Hülfe des Richters in Anspruch nehmen, wenn der Mann ihr bei letztwilliger Verfügung über ihr Sondergut aus Eigennuß hinderlich ist. Vergl. Art. 1991.

Gemeinsames letztwilliges Dispositionsrecht der Ehegatten.

§ 2.

Man möge den Ehegatten ideelle Eigenthumsantheile an der Gesamtmasse zuschreiben, oder jeden von ihnen als Eigenthümer seiner Platen und dessen, was er während bestehender Ehe acquirirt hat, ansehen, immer kann bei Berücksichtigung des Umstandes, daß Kinder während des Lebens ihrer Eltern an der Gütergemeinschaft derselben nicht Theil nehmen, als gewiß gelten,

daß außer den beiden Gatten keiner dritten Person über die ungezweite Masse, darante *motrimorio*, Dispositionsrechte zustehen. Hiernach kann das Recht der Ehegatten unter gegenseitiger Zustimmung über die Gesamtmasse auf den Todesfall frei zu verfügen, höchstens nur durch die Rechte gesetzlich anerkannter Motherben in Frage gestellt werden. Da nun aus dem Art. 2000 bei Vergleichung desselben mit den Art. 1994 und 1995 deutlich hervorgeht, daß nach livl. Stadtrechte Jedermann über sein gesamtes bewegliches und sein wohlerworbenes unbewegliches Vermögen nach Willkür auf den Todesfall verfügen und es sowohl seinen nächsten gesetzlichen Erben, als auch, mit deren Uebergehung, anderen Verwandten oder auch ganz fremden Personen, desgleichen milden und anderen Stiftungen *z.* hinterlassen kann, hiedurch aber festgestellt ist, daß das livl. Stadtrecht ein Motherbenrecht weder der Ascendenten und Seitenverwandten, noch der Descendenten (abgesehen natürlich von der oben angegebenen Bestimmung des Art. 2001) kennt, so folgt daraus, daß die Ehegatten unter gegenseitiger Zustimmung über die ganze ungezweite Masse nach Willkür testiren dürfen. Hiemit stimmt der Art. 38 überein, welcher verordnet, daß „über die gegenseitigen Rechte der Ehegatten an dem von beiden in die Ehe gebrachten und während der Ehe erworbenen oder noch zu erwerbenden Vermögen auch auf den Todesfall in Eheverträgen beliebig verfügt werden dürfe.“

An diese Bestimmung ist zwar in demselben Artikel der Vorbehalt geknüpft, daß Eheverträge die Rechte dritter Personen nicht beeinträchtigen können; allein hiedurch hat offenbar nur darauf hingewiesen werden sollen, daß die Ansprüche etwaiger Erbgutsprätendanten und Gläubiger, desgleichen die Gerechtfame von Inhabern dinglicher Rechte an der Gesamtmasse oder an einzelnen dazu gehörigen Sachen *z.* *z.* durch einen über die in dem Art. 38 bezeichneten Rechte der Ehegatten auf den Todes-

fall verfügenden Ehevertrag nicht gefährdet werden, was ganz ebenso von jeder testamentarischen Verfügung gilt, ohne daß deshalb die Befugniß des Testators zur letztwilligen Disposition über sein Vermögen aufgehoben erscheint. In der den Ehegatten solchergestalt gebührenden Befugniß zur gemeinsamen letztwilligen Disposition sind dieselben an keinerlei gesetzliche Enterbungsgründe gebunden, denn das Vorhandensein solcher Gründe ist ausweislich des Art. 2014 nur da erforderlich, wo der Erblasser seine Erbüter einigen vom Gesetz berufenen Prätendenten unter Ausschluß anderer gleichzeitig oder zunächst nach ihnen durch das Gesetz berufenen Prätendenten zuwendet. Art. 2020.

Hier ist noch hervorzuheben, daß Gegenstand der gemeinsamen testamenti factio activa der Ehegatten auch jedes Immobil ist, welches sie während der Ehe durch Kauf erworben haben. Auf diese Weise acquirirte Immobilien nehmen nach Art. 967 erst in Folge des Todes eines der Ehegatten Erbgutsqualität an und zwar nur insofern, als der überlebende Ehegatte über dieselben nicht zum Nachtheil der Kinder aus dieser Ehe disponiren darf. Während bestehender Ehe können jene Immobilien also nicht als Erbgut angesehen werden und möchte daher gemiß sein, daß die Ehegatten über dieselben gemeinsam nach Willkür testiren können, mithin auch zum Nachtheil ihrer Kinder. Auf eine ausdrückliche Enterbung der letztern kommt dabei nichts an; es genügt vielmehr, wenn Dritte unter Präterition der Kinder zu Erben eingesetzt werden.

Letztwilliges Verfügungsrecht des einen Ehegatten ohne Zustimmung des anderen.

A. im Falle beerbter Ehe.

§ 3.

In Bezug auf die Befugniß des einen Ehegatten, über die ungezweite Masse ohne die Zustimmung oder wider den

Willen des anderen zu testiren, ist vor Allem zu unterscheiden, ob der testirende Gatte in beerbter (mit Kindern gesegneter) oder unbeerbter (kinderloser) Ehe lebt.

In dem ersten Falle, der allein in diesem Paragraphen erörtert werden soll, läßt sich zunächst nicht bezweifeln, daß keiner von beiden Gatten über die ausschließlich auf den Namen des anderen in das örtliche Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen Immobilien gültig testiren kann. Dies folgt aus dem Art. 83, nach welchem nicht einmal der Mann berechtigt ist, auf den Namen seiner Frau corroborirte oder von beiden Gatten gekaufte Immobilien ohne Zustimmung derselben unter Lebenden zu veräußern. Eine dem Manne hinsichtlich des Vermögens der Frau versagte Dispositionsfähigkeit kann unmöglich der Frau in Betreff des Vermögens des Mannes zugeschrieben werden.

Der Art. 84 stellt in seinem ersten Satze fest, daß der Ehemann, abgesehen von der eben besprochenen, in dem Artikel 83 enthaltenen Beschränkung seines Dispositionsrechtes, „zur freiesten Verfügung über die gesammte Masse berechtigt sei.“ Daß dieses Verfügungsrecht des Mannes sich jedoch nur auf Dispositionen unter Lebenden beziehe und ein Recht desselben, über die gesammte ungezweigte Masse willkürlich zu testiren, nicht in sich begreife, dürfte sich schon aus dem Art. 84 selbst ergeben. In demselben wird die dem Ehemanne unmittelbar vorher eingeräumte Dispositionsbefugniß durch den Schlußsatz erläutert:

„. . . so, daß er (d. i. der Ehemann) in Betreff des in „Gütergemeinschaft begriffenen Vermögens Verbindlichkeiten jeder Art eingehen und eingegangene Verbindlichkeiten mit demselben sicherstellen darf“.

Da nun in dieser Erläuterung nur von der Ermächtigung zur Contrahirung von die Gesamtmasse betreffenden

Obligationen jeder Art und zur Bestellung von dringlichen Rechten an der Gesamtmasse, also nur von Rechtsgeschäften *inter vivos* die Rede ist, die Befugniß zur Abschließung solcher Rechtsgeschäfte aber nicht ohne Weiteres mit der Befugniß zu Verfügungen auf den Todesfall identificirt werden darf, so zeigt sich, daß der Ehemann in dem Art. 84 nur berechtigt wird, über die ungezweite Masse unter Lebenden frei zu verfügen. Ich weiß wohl, daß Einige in dem mit den Worten: „so daß“, eingeleiteten Schlusssatz nicht sowohl eine abschließende Umgrenzung der vorausgeschickten allgemeinen Bestimmung, sondern nur eine die Tragweite derselben keineswegs erschöpfende Exemplificirung erblicken; allein selbst wenn diese Ansicht in Anbetracht des Wortlautes des Art. 84 zulässig wäre, so würde sie doch mit der rechtsgeschichtlichen Grundlage desselben in un-
 leugbarem Widerspruch stehen. Es bedarf gewiß keines Beweises, daß die ausgedehnten Dispositionsbefugnisse, welche das ältere deutsche Privatrecht auch da, wo nur eine sogenannte äußere Gütergemeinschaft oder auch gar keine Gütergemeinschaft herrscht, dem Ehemanne über das Vermögen der Frau einräumt, auf dem Institute des ehemännlichen Mundium beruhen, daß dasselbe bei Eroberung Livlands durch deutsche Einwanderer dafelbst Eingang gefunden, auf die Gestaltung der ehelichen Güterrechte in den Ostseeprovinzen entscheidenden Einfluß geübt hat und auch dem Art. 84 zu Grunde liegt, wie schon aus den dem letzteren hinzugefügten Quellencitaten und dem die eheliche Vormundschaft im Allgemeinen beschreibenden Art. 12 hervorgeht. Wenn nun zu der ehemännlichen Mundialgewalt zu keiner Zeit und an keinem Orte das Recht des Ehemannes gehört hat, über das Vermögen der Frau auf den Todesfall einseitig zu verfügen, und das Mundium in seinen unmittelbaren Wirkungen überhaupt auf die Dauer der Ehe beschränkt ist, so leuchtet ein, daß der Art. 84 nur auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden bezogen

werden darf. Dazu kommt, daß im Provinzialrechte auch Gewohnheitsrecht als Quelle des Art. 84 bezeichnet ist, die Praxis aber, wie schon zahlreiche Urtheile der städtischen Gerichte beweisen, niemals eine Befugniß des Ehemannes zur einseitigen letztwilligen Verfügung über die gesammte ungezweigte Masse anerkannt hat. Aber auch wenn eine solche Befugniß dem Ehemanne entschieden abgesprochen wird, bleibt die viel schwierigere Frage offen: kann ein in beerbter Ehe lebender Ehegatte wenigstens über einen Theil der Gesammtmasse ohne Zustimmung des anderen Gatten unanfechtbar testiren und wie groß ist dieser Theil im Bejahungsfalle?

Um diese Frage zu beantworten, glaube ich vor Allem auf Hervorhebung und Beleuchtung einiger Rechtsätze eingehen zu müssen, die, obgleich scheinbar zur Seite liegend, doch für Beantwortung der aufgeworfenen Frage maßgebend sein dürften.

Dahin gehört zunächst, daß das Gesetz die Entstehung der Gütergemeinschaft nicht von einem darauf gerichteten Vertrage der sich verhehelichenden Personen abhängig macht, sondern im Art. 79 festgestellt, daß die Gütergemeinschaft durch die Ehe begründet wird, also eine rechtliche Folge der letzteren ist. Dem Eintritte dieser Rechtsfolge können die Ehegatten zwar vorbeugen, wenn sie durch einen vor oder bei ihrer Verhehelichung eingegangenen Vertrag den Eintritt der Gütergemeinschaft ausschließen (Art. 94); ebenso können sie die bereits eingetretene Gütergemeinschaft während bestehender Ehe, selbstverständlich ohne Beeinträchtigung der bereits früher erworbenen Rechte dritter Personen, jeder Zeit durch Vertrag wieder beseitigen (Art. 94). Eine Beseitigung bereits bestehender Gütergemeinschaft findet auch statt, wenn der Ehemann aus der Unterordnung unter die städtische Gerichtsbarkeit förmlich ausscheidet (Art. 93). Von dieser einzigen hier übrigens nicht weiter in Betracht kommenden Ausnahme abgesehen, ist keiner der beiden

Ehegatten berechtigt, ohne Zustimmung des anderen die bereits eingetretene Gütergemeinschaft aufzuheben oder den Eintritt derselben bei Eingehung der Ehe durch einseitige Willenserklärung zu verhindern, wie aus den Bestimmungen der Art. 79 und 95 deutlich hervorgeht.

Während die Ehe so Entstehungsgrund der Gütergemeinschaft ist, erscheint die fortgesetzte Gütergemeinschaft als rechtliche Folge der durch den Tod eines der Ehegatten aufgehobenen Ehe, denn Art. 1822 verordnet:

„Ist die Ehe eine beerbte gewesen, so setzt nach dem Tode „des einen Ehegatten der überlebende die Gütergemeinschaft mit den Kindern fort, indem letztere in die Stelle „des verstorbenen Ehegatten treten“.

Ungeachtet dieser Gesetzesvorschrift kann es zu einer Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht kommen:

1. wenn der Ehemann und mit ihm selbstverständlich auch die Frau während der Ehe aus der städtischen Gerichtsbarkeit förmlich ausgetreten ist;
2. wenn die Ehegatten die Gütergemeinschaft, sei es vor Eingehung der Ehe, sei es während Bestehens derselben, durch Vertrag beseitigt haben — und
3. wenn die Ehegatten unter wechselseitiger Zustimmung ein Testament errichtet haben, das die Fortsetzung der Gütergemeinschaft expressis verbis beseitigt oder seinem Inhalte nach mit der Fortsetzung unvereinbar ist.

Die beiden ersten Fälle bedürfen keiner näheren Begründung, denn wenn bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Gatten Gütergemeinschaft überhaupt nicht vorhanden ist, so fehlt es eben an der Voraussetzung, ohne welche von einer Fortsetzung derselben nicht die Rede sein kann.

Der dritte Fall kann insofern Bedenken erregen, als im Gesetze nirgends ausdrücklich ausgesprochen ist, daß die Ehegat-

ten berechtigt seien, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch gemeinsames Testament zum Voraus zu beseitigen. Gleichwohl läßt sich kaum verkennen, daß die Gesetze, wenn sie die Ehegatten, wie oben gezeigt wurde, zur vertragsmäßigen Aufhebung der Gütergemeinschaft ermächtigen, sie denselben implicite auch die Ermächtigung ertheilen, durch einen gemeinschaftlichen Willensact die Fortsetzung der Gütergemeinschaft unmöglich zu machen. Zu demselben Ergebniß kann man auf einem Umwege gelangen. Während der Art. 1822 jeden der beiden Ehegatten für den Fall, daß er der überlebende Theil wäre, zur Fortsetzung der Gütergemeinschaft berechtigt, sichern die Art. 1825, 1850 und 1831 dem überlebenden Gatten, sofern er zur Fortsetzung der Gütergemeinschaft schreitet, die Verwaltung und den Nießbrauch der Gesamtmasse und bei stattfindender Theilung mit den Kindern, eine Quote derselben Masse zu. Bei der Wechselseitigkeit dieser Gerechtigkeiten können sie unbedenklich „den gegenseitigen Rechten der Ehegatten an dem von beiden in die Ehe gebrachten und während der Ehe erworbenen oder noch zu erwerbenden Vermögen“ beigezählt werden, von denen der schon oben erwähnte Art. 38. spricht. — Indem nun die Ehegatten nach demselben Artikel über jene gegenseitigen Rechte auch auf den Todesfall frei verfügen können, so läßt sich ihnen das Recht nicht absprechen, in einem die beiderseitige Uebereinstimmung constatirenden Testamente die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zum Voraus auszuschließen. Ganz anders liegt die Sache, wenn ein Ehegatte während bestehender Ehe ein Testament errichtet hat, worin er einseitig und ohne Zustimmung des anderen die Fortsetzung der Gütergemeinschaft untersagt oder doch Bestimmungen getroffen hat, die mit der Fortsetzung unvereinbar sind. Da nämlich dieselbe ratio, auf welcher die eheliche Gütergemeinschaft beruht, im Allgemeinen auch der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu Grunde liegt, der Eintritt der einen, wie der

anderen nicht von einem desfallsigen Vertrage der Betheiligten abhängt, sondern kraft gesetzlicher Bestimmung erfolgt, und beide Institute sogar zu einem Ganzen dadurch verschmolzen sind, daß die Kinder nach Art. 1822 zur Aufrechterhaltung der während bestehender Ehe statthabenden Gemeinschaft an die Stelle des Verstorbenen Vaters treten; so erscheint der Schluß gerechtfertigt, daß der einseitige Wille eines der Ehegatten die Fortsetzung der Gütergemeinschaft eben so wenig zum Voraus zu vereiteln vermag, als er, wie oben bewiesen wurde, befähigt ist, den Eintritt der Gütergemeinschaft zum Voraus zu beseitigen oder die bereits bestehende Gütergemeinschaft ohne Zustimmung des anderen Ehegatten aufzuheben. Ueberdies ist das Recht zur Fortsetzung der Gütergemeinschaft offenbar ein eigenes Recht des mit Kindern hinterbliebener Ehegatten und da nach Art. 1993 vom Testator nur über eigene, nicht auch über fremde Rechte auf den Todesfall gültig verfügt werden kann, so ist klar, daß der überlebende Ehegatte sich ein die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausschließendes Testament des Verstorbenen gefallen zu lassen, nicht gezwungen ist, vielmehr zur erfolgreichen Aufsechtung solchen Testaments umsomehr berechtigt erscheint, als er von den Kindern, auch wenn diese großjährig sind, außer dem Falle der Wiederverehelichung, an Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht gehindert werden kann (Art. 1823).

Die vorstehende Argumentation ist vorzugsweise auf den Art. 1822 gebaut. Dabei kann nicht unerwähnt bleiben, daß derselbe sich in dem Abschnitte über die gesetzliche Erbfolge der Ehegatten findet, denn aus dieser Stellung des Artikels im Systeme des Privatrechts wird von Einigen der auf den ersten Blick beachtenswerth erscheinende Einwand abgeleitet, daß eben dieser Artikel, der allgemeinen Regel zu Folge, erst in Betracht komme, wenn testamentarische Bestimmungen des verstorbenen

Ehegatten nicht vorhanden seien und mithin gegen die Zurechtbeständigkeit solcher Bestimmungen überhaupt nichts beweise.

Selbst wenn gar kein Gewicht darauf gelegt wird, daß der tenor des Art. 1822 dem fraglichen Einwande nichts weniger als günstig ist, läßt sich indeß die Unhaltbarkeit desselben unschwer darthun.

Der Einwand beruht auf der Annahme, daß der oft-erwähnte Artikel eine Bestimmung des Intestaterbrechts enthalte. Diese Annahme ist jedoch völlig unbegründet und wurzelt in einer Verwechslung der auf gesetzliche Erbfolge gegründeten Erwerbstitel mit ganz anderen Erwerbstiteln, welche mit den ersteren nur das gemein haben, daß sie erst mit dem wirklichen oder rechtlich präsumirten Tode einer bestimmten Person in Kraft treten. Bei einem durch gesetzliche Erbfolge begründeten Erwerbe wird, außer dem oben erwähnten Umstande, begriffsmäßig vorausgesetzt:

1. ein von dem Erblasser hinterlassenes übertragbares Vermögen, gleichviel ob dasselbe aus Sachen oder Rechten oder aus beiden bestehe;
2. eine gesetzliche Vorschrift, kraft welcher dieses Vermögen oder ein Theil desselben einer bestimmten Person anfällt -- und
3. eine Handlung dieser Person, durch welche dieselbe sich das ihr deferirte Gut ancignet, also die hereditatis aditio.

Keine dieser drei Voraussetzungen trifft zu, wenn der überlebende Ehegatte unter Berufung auf den Art. 1822 zur Fortsetzung der Gütergemeinschaft schreitet.

ad 1) Anlangend die erste Voraussetzung, so war das Recht auf Fortsetzung der Gütergemeinschaft dem verstorbenen Ehegatten während bestehender Ehe nur unter der Bedingung vom Ehegeseß zugesichert, wenn er der überlebende Theil sein

solte — und wenn diese Bedingung für ihn nicht in Erfüllung gegangen ist, so versteht sich von selbst, daß jenes Recht effectiv nie zu seinen Vermögensrechten gehört hat und somit auch gar nicht zu seinem Nachlaß gehört.

ad 2) Gegenstand der Delation kann selbstverständlich nur ein Recht sein, welches dem Delaten nicht schon aus anderen Gründen zusteht; dem überlebenden Ehegatten gebührt aber das Recht auf Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht weil es ihm aus dem Nachlaß des verstorbenen ab intestato deferirt ist, sondern weil es ihm laut Ehegesetz während bestehender Ehe bedingungsweise zugesichert war und diese Bedingung durch des anderen Gatten Tod in Erfüllung gegangen, der Tod des letzteren also für den überlebenden Ehegatten in der hier fraglichen Hinsicht nur die Bedeutung eines Ereignisses hat, durch welches sein eigenes bis dahin schwebendes Recht auf Fortsetzung der Gütergemeinschaft in ein unbedingtes verwandelt worden ist.

ad 3) auch von einer hereditatis aditio kann hier nicht die Rede sein, weil dieselbe da keinen Sinn hat, wo es sich überhaupt gar nicht um den Erwerb eines früher einem Dritten zuständig gewesenen Rechts handelt und der Umstand, daß der überlebende Ehegatte von seinem Recht auf Fortsetzung der Gütergemeinschaft Gebrauch macht, vielleicht unter dem Gesichtspunkt einer mortis causa capio, nie und nimmer aber unter den Gesichtspunkt einer hereditatis aditio gebracht werden kann — und um so weniger, als die durante matrimonio bestehende Theilnahme eines Ehegatten an der Gütergemeinschaft in Folge des Ablebens desselben nach Art. 1822 nicht auf den anderen schon vermöge eigenen Rechts an der Gütergemeinschaft beteiligten Gatten, sondern auf die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder übergeht. Wenn nun aber der Art. 1822 jedenfalls in soweit, als er den überlebenden Ehegatten betrifft, gar nicht als eine die gesetzliche Erbfolge regelnde Bestimmung angesehen

werden kann und eben daher an dem oben begründeten Satze, daß dem überlebenden Ehegatten das Recht auf Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch einseitige letztwillige Verfügung des Verstorbenen nicht entzogen zu werden vermag, festgehalten werden muß, so ist damit zugleich erwiesen, daß ein in beerbter Ehe lebender Ehegatte nicht einmal über einen Theil der ungetheilten Masse unanfechtbar testiren kann. Da nämlich im Falle der Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch den überlebenden Ehegatten die Kinder ideelle Antheile an dem „Ganzen“ (d. h. an der ganzen zur Zeit des Todes ihres verstorbenen Vaters in Gütergemeinschaft begriffen gewesene Vermögensmasse) erwerben (Art. 1825); da ferner der überlebende Ehegatte in die Verwaltung und Nutznießung wiederum des „gesammten Vermögens“ tritt und der Art. 1829 vorschreibt, daß, wenn es zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern — dies geschehe freiwillig oder wegen einer neuen Ehe des überlebenden — zur Theilung kommt, diese in die gesammte Masse und ohne Unterscheidung der ursprünglichen Bestandtheile derselben zu bewerkstelligen sei; so hat das Gesetz im Hinblick auf die fortzusetzende Gütergemeinschaft über die Gesammtmasse in erschöpfender Weise zu Gunsten des überlebenden Ehegatten und der Kinder disponirt, daß für letztwillige, die Gesammtmasse betreffende Verfügungen des verstorbenen Ehegatten schlechterdings kein Raum übrig bleibt, eine solche Verfügung vielmehr immer eine Beeinträchtigung der Rechte des überlebenden Gatten und der Kinder involviren und daher beiden Grund geben würde, das Testament des verstorbenen Gatten und Vaters anzustossen und die ungeschmälerte Fortsetzung der Gütergemeinschaft durchzusetzen. Hiemit stimmt jedenfalls die ältere Praxis überein, denn von Bunge bezeugt in seinem Civ- und Estl. Privatrechte, § 418, daß ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen, ohne dessen Genehmigung, zur Veräußerung auf

den Todesfall nach der Praxis überhaupt nicht befugt sei, es wäre denn über Gegenstände, welche von der Wirkung der allg. Gütergemeinschaft ausgenommen sind.

Außer der fortgesetzten Gütergemeinschaft, von der die Rede gewesen, kennt das Provinzialrecht noch eine zweite Art der Prorogation der Gütergemeinschaft und zwar unter Anknüpfung derselben an die Einkindschaft. Wie aus Art. 2512 ersichtlich, beruht diese auf einem Vertrage, durch welchen „beim Eintritt in eine neue Ehe die aus der früheren Ehe eines oder beider Gatten stammenden Kinder (Vorkinder) den aus der zweiten Ehe zu erzielenden (den Nachkindern), zunächst in Bezug auf das Erbrecht, gleich gestellt werden“. Bei Eingehung eines solchen Vertrages wird eine nach Art. 2516 zu bestimmende Quote, Präcipuum oder Voraus genannt, aus demjenigen Vermögen, welches sich in der Hand des zur zweiten Ehe schreitenden Parens befindet, zum Besten der Vorkinder ausgeschieden und sichergestellt, den Rest jenes Vermögens inferirt die zur neuen Ehe schreitende Wittve und ebenso der sich wieder verheirathende Wittwer gerade so, als wäre er ihr resp. sein eigenes Vermögen (Art. 2515). Das Eingebrachte wird dann mit dem Eingebrachten des anderen Gatten zu einer Masse vereinigt. Wird die Ehe wieder durch den Tod eines der Gatten aufgehoben, so wird die Einkindschaft zwischen dem überlebenden einerseits und den Vor- und Nachkindern andererseits oder wenn es an Nachkindern fehlt — zwischen dem überlebenden Gatten und den Vorkindern fortgesetzt (Art. 1523). Dabei gelten natürlich im Allgemeinen die für die fortgesetzte Gütergemeinschaft bestehenden Bestimmungen. Man würde indeß irren, wenn man annehmen wollte, daß hinsichtlich der Befugniß zur letztwilligen Verfügung der Ehegatten über die durch Einkindschaft vereinigte Vermögensmasse dasselbe Rechtens sei, was oben in Bezug auf die Befugniß der Ehegatten zur testamentarischen

Verfügung über die in Gütergemeinschaft befindliche Masse dargelegt wurde. Diese Annahme trifft nur in Betreff der Nachkinder zu, denn die Vorkinder sind nach Art. 2521 in ihrem Verhältniß zu den Eltern als von denselben eingesezte Vetragsserben zu behandeln, so daß die Eltern zwar in der Disposition über das vereinigte Vermögen durch Geschäfte unter Lebenden nicht beschränkt sind, den Vorkindern aber denjenigen Theil dieses Vermögens, der ihnen bei Auflösung der Ehe nach Maßgabe ihrer Concurrenz mit etwa vorhandenen Nachkindern auf Grundlage der Art. 1830 und 1831 ab intestato gebührt, überhaupt nicht, also auch nicht durch ein unter beiderseitiger Zustimmung errichtetes Testament entziehen oder schmälern dürfen, wobei indeß beiden Eltern das Recht der Enterbung der Vorkinder aus den im Art. 2014 ff. angegebenen Gründen unbenommen bleibt. Zugleich versteht sich von selbst, daß die Vorkinder die eben gedachte Erbquote, außer ihrem Präcipuum, zu empfangen haben, denn letzterer ist schon während der neuen Ehe ihres leiblichen Parens als ihr Sondervermögen anzusehen und muß ihnen, wenn sie es verlangen nach erlangter Großjährigkeit, den Töchtern auch schon bei ihrer Verheirathung, ausgeantwortet werden und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die neue Ehe ihres Parens noch besteht oder durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst worden. Vergl. Art. 2518 und 2519.

Hat ein Wittwer oder eine Wittwe die aus früherer Ehe stammenden Kinder bei Eingehung einer neuen Ehe in Bezug auf die ungezweite Masse vollständig abge sondert (1829 fgg), — ein Fall der mit der Aussehung eines Präcipuum oder Voraus nicht zu verwechseln ist — und gehen dann aus der neuen Ehe des Wittwers resp. der Wittwe keine Kinder hervor, so bestimmt die Testamentifaction der Ehegatten sich nach den bei unbeerbter Ehe in Betracht kommenden, weiter unten zu erörternten Regeln, indem ja vollständig abge sonderte Kinder sich

nicht mehr in den „Wehren“ befinden und daher auf die durch Theilnahme an der Gütergemeinschaft bedingten Erbrechte keinen Anspruch haben. Ist dagegen die neue Ehe ihres Vaters oder ihrer Mutter eine beerbte, so steht ihnen ihrem verstorbenen Vaters gegenüber überhaupt kein gesetzliches Erbrecht zu (Art. 1947).

Adoptiren in unbeerbter Ehe lebende Gatten ein Kind, so wird die Ehe dadurch eine beerbte, weil dem Adoptivkinde nach Art. 187, von einer hier gleichgiltigen Ausnahme abgesehen, alle Rechte eines leiblichen und ehelichen Kindes gebühren und es folglich gleich leiblichen Kindern befugt erscheint, mit dem überlebenden Adoptivvater die Gütergemeinschaft fortzusetzen und mit ihm, wenn er zur Theilung kommt, ohne Rücksicht auf die Verordnungen eines von dem verstorbenen Adoptivvater einseitig errichteten Testaments nach Anleitung des Art. 1830 zu theilen.

B. im Falle unbeerbter Ehe.

§ 4.

Im Falle unbeerbter Ehe kann selbstverständlich von Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht die Rede sein und gewähren daher die Gesetze über dieses Institut nicht den mindesten Anhalt für Beurtheilung der Frage, in wie fern der unbeerbte Ehegatte über die ungezweigte Masse einseitig testiren dürfe. Ein Gesetz, durch welches diese Frage expressis verbis beantwortet wäre, ist nicht vorhanden. Unter soeben erörterten Umständen könnten die Anhänger der inneren Gütergemeinschaft vielleicht zu der Ansicht geneigt sein, daß es von ihrem Standpunkte aus eines Gesetzes in der fraglichen Hinsicht garnicht bedürfe; denn ist die Gütergemeinschaft eine Rechtsgemeinschaft, in welcher beiden Ehegatten an der vereinigten Vermögensmasse ideelle Anthelle zustehen und muß in Ermangelung einer desfallsigen Gesetzesbestimmung präsumirt werden, daß jedem Ehe-

gatten die Hälfte der Gesamtmasse pro indiviso angehöre, so würde daraus allerdings folgen, daß jeder Gatte über seine ideelle Hälfte frei testiren dürfe. Es möchte diese Ansicht jedoch durch die oben erwähnten Schriften von Erdmann und Türgens hinreichend widerlegt sein. Außerdem ist sie unvereinbar nicht allein mit einer jedenfalls mehr als 100jährigen Praxis, von der weiter unten die Rede sein wird, sondern auch mit dem Schlußsatz des die Gütergemeinschaft definirenden Art. 80. Derselbe stellt fest, daß das beiderseitige Vermögen der Ehegatten in eine gesammte Masse vereinigt werde, „an welcher, so lange die Ehe besteht, keinem der Ehegatten ein besonderer Antheil „zusteht.“

Durch diese Wortfassung wäre das Vorhandensein eines Miteigenthums der Ehegatten nur dann nicht angeschlossen, wenn unter dem Ausdruck „besonderer Antheil“ ein reell bestimmter Theil verstanden, der ganze Schlußsatz also dahin ge-
deutet werden dürfte, als sei mit ihm nur verneint, daß jedem Ehegatten ein reell bestimmter Theil gehöre, was wenigstens die Möglichkeit den Gatten angehöriger ideeller Antheile offen ließe. Bergegenwärtigt man sich indeß, daß ideelle Theile auf einer Theilung bloß des Rechtsinhalts, reell bestimmte Theile dagegen auf physischer Theilung einer Sache beruhen — und erkennt man hieraus, daß ein reell bestimmter Theil in rechtlicher Hinsicht weder einen Theil, noch einen Antheil, sondern, wie auch in der Anmerkung 3 des Art. 927 ausgesprochen ist, ein selbstständiges Ganze darstellt, so kann der Schlußsatz des Art. 80 unter den „besonderen Theilen“ von denen er spricht, nur ideelle Theile verstehen, mithin nur den Sinn haben, daß keinem der beiden Ehegatten an der Gesamtmasse ein besonderer (d. h. ihm ausschließlich zugehöriger) ideeller Antheil zustehet. Damit fällt natürlich die ganze aus dem Miteigenthum abgeleitete Theorie über den Haufen.

Wenn nun auch dieserhalb und in Anbetracht der Art. 117 ff. und 126 in Uebereinstimmung mit den Anhängern der äußeren Gütergemeinschaft angenommen werden darf, daß die Ehegatten auch nach eingetretener Gütergemeinschaft Eigenthümer ihrer in der Gesamtmasse stehender Güter bleiben, daß das Eigenthumsrecht der einzelnen Gatten jedoch vor Auflösung der Ehe ein ruhendes sei, so kann daraus schon aus practischen Gründen doch noch nicht gefolgert werden, daß der unbeerbte Ehegatte über seine Illaten zu testiren befugt sei. Während nämlich diese Befugniß nur unter der Voraussetzung mit Erfolg ausgeübt werden kann, wenn das Gesetz über die Feststellung und Restitution der Illaten, über die Zugehörigkeit der Errungenschaft und darüber Vorschriften enthielte, ob der Mann, falls er der überlebende Theil ist, für die von ihm während der Ehe verbrauchten oder gar verschleuderten Illaten der Frau resp. deren testamentarischen Erben Ersatz zu leisten habe — finden sich über alle diese Punkte im Civl. Stadtrecht keinerlei Bestimmungen. Eben deshalb hat die Praxis niemals anerkannt, daß der unbeerbte Ehegatte nur über seine Illaten zu testiren berechtigt sei, pflegt vielmehr die Befugniß desselben zur letztwilligen Verfügung über die ungezwante Masse nach den Bestimmungen des Art. 1819 zu bemessen. Derselbe lautet:

„Sind bei Auflösung der Ehe durch den Tod keine
 „Kinder aus derselben am Leben, so muß der überlebende
 „Ehegatte sich in das gesammte in Gütergemeinschaft be-
 „griffene Gut (Art. 86) mit den nächsten Blutsverwand-
 „ten des verstorbenen theilen. Der unbeerbte Wittwer er-
 „hält bei solcher Theilung zwei Drittheile der gesammten
 „Masse, die unbeerbte Wittwe aber die Hälfte, nachdem
 „sie zuvor aus dem Ganzen ihre Morgengabe empfangen.
 „Das letzte Drittheil der Gesamtmasse im ersteren, die

„andere Hälfte im anderen Falle gebührt den nächsten „Blutsverwandten des verstorbenen Ehegatten“.

Die Praxis hat aus dem vorstehenden Gesetze die Regel abgeleitet, daß der unbeerbte Ehegatte über denjenigen Theil der Gesamtmasse testiren dürfe, der im Falle der Auflösung der Ehe durch seinen Tod seinen Blutsverwandten zufallen würde. Diese Regel kann aus mehr als einem Grunde befremden. Einmal findet sich der Art. 1819, gerade wie der oben beleuchtete Art. 1822, in dem Abschnitte des Privatrechts, welcher über die gesetzliche Erbfolge der Ehegatten nach livl. Stadtrechte handelt und scheint daher nur auf den Fall gesetzlicher, nicht auch testamentarischer Erbfolge anwendbar. Sodann liegt der Vorwurf nahe, daß die Praxis nicht einmal Consequent verfähre, indem sie die eine Hälfte des Art. 1819 den letztwilligen Verfügungen des verstorbenen Ehegatten unterordnet, die andere Hälfte aber solchen Verfügungen überordnet, ohne daß das Gesetz dem überlebenden Ehegatten dem Verstorbenen gegenüber ein Notherbenrecht ausdrücklich verliehen hat. Endlich redet der Umstand, daß, ausweislich des Art. 2022, nach livländischem und estländischem Landrechte keinem Ehegatten die ihm aus dem Vermögen des anderen ab intestato zustehenden Erbrechte und Vortheile durch Testament entzogen werden können, der Vermuthung das Wort, daß nach livl. Stadtrechte andere Bestimmungen Geltung haben, indem sonst nicht einzusehen wäre, warum in dem Art. 2022, neben dem liv- und estländischen Landrechte, nicht auch das livl. Stadtrecht genannt worden ist. Werden diese Einwendungen vorläufig für begründet angesehen und wird demnächst als constatirt betrachtet, daß in dem livländischen Stadtrechte keine das letztwillige Verfügungsrecht des unbeerbten Ehegatten regelnde, speciell provinzielle Bestimmung vorhanden ist, so erscheint es geboten, sich zur Ausfüllung der Lücke an das nächste Hilfsrecht zu halten. Als solches können die Gesetze

über die in Narva und in den Ehen der livl. Landgeistlichen bestehende Gütergemeinschaft nicht gelten, weil dieselben aus dem schwedischen Rechte geschöpft sind, letzteres aber in die livländischen Städte keinen Eingang gefunden. Demnach ist auf das bezügliche eheliche Güterrecht des deutschen Privatrechts zurückzugreifen. Dieses Güterrecht hat sich zwar an verschiedenen Orten sehr verschieden ausgebildet und sich, wenn man nur das durchgreifendste Unterscheidungsmerkmal ins Auge faßt, theils zur äußeren, theils zur inneren Gütergemeinschaft gestaltet. Allein wenn die ersteren nach deutschem Privatrechte durchaus die Regel, die letztere aber nur eine aus irdiger Theorie und Praxis hervorgegangene Ausnahme aus der äußeren Gütergemeinschaft bildet, so ist man darauf angewiesen, die oben bezeichnete Lücke des einheimischen Stadtrechts aus den die äußere Gütergemeinschaft regelnden Satzungen des deutschen Rechts auszufüllen. Nach demselben wird das beiderseitige Vermögen der Ehegatten, das sogenannte Einstandsgut ausgenommen, zu einer Masse für die Dauer der Ehe äußerlich vereinigt und dem Verfügungsrechte des Mannes dergestalt unterstellt, daß er sein Vermögen, wie das in seine Gewere übergehende Vermögen der Frau zu verwalten und darüber unter Lebenden zu disponiren befugt ist, ohne dazu in der Regel der Zustimmung der Frau zu bedürfen. Ein dingliches Recht an dem Frauenvermögen gewinnt der Mann nicht, beide Ehegatten bleiben vielmehr Eigenthümer ihres Vermögens. Wird die Ehe durch den Tod getrennt, so kann der überlebende Gatte die Restitution seines Vermögens fordern, wobei der Frau für denjenigen Theil ihrer Maten, der nicht mehr in natura vorhanden ist, Erbschaftsprüche an das Vermögen des Mannes in dem Falle zustehen, wenn die in natura nicht mehr existirenden Maten durch Nachlässigkeit, Verschwendung oder gar dolus des Mannes verloren gegangen sind. Während bestehender Ehe kann jeder Gatte über sein in der

Gesamtmasse stekendes Vermögen testiren, ist in dieser Befugniß jedoch dadurch beschränkt, daß dem überlebenden Ehegatten in Bezug auf das Vermögen des Verstorbenen gewisse Gerechtsame zukommen, die ihm durch Testament nicht entzogen werden dürfen. Sie bestehen bald in einem Anspruch auf einzelne zum Nachlaß des verstorbenen Gatten gehörige Sachen, wie bei der Gerade, dem Mußtheile und der Morgengabe, bald in Nutzungsrechten, wie bei dem Gnadenjahre, dem Leibgedinge, dem Witthum und dem auf der Parömie „Längst Leib, längst Gut“ beruhenden lebenslänglichen Nießbrauchsrechte, bald in einem wirklichen Erbanprüche des überlebenden Gatten auf eine gewisse, wenn auch an verschiedenen Orten sehr verschieden bestimmten Quote des Nachlasses des verstorbenen Gatten, d. i. *der portia statutaria*.

Der Nachweis der thatsächlichen Voraussetzungen dieser, theils mit einander concurrirenden, theils einander ausschließenden, bald der Frau allein, bald beiden Ehegatten gegenseitig gebührenden Gerechtsame mochte im einzelnen Falle nicht selten mit größeren oder geringeren Schwierigkeiten zu kämpfen haben. Noch häufiger mochte es vorkommen, daß, wenn die Ehe von langer Dauer gewesen war, sich gar nicht mehr nachweisen ließ, was zu dem Vermögen des überlebenden Ehegatten gehöre und ihm zu restituiren sei und ob im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes, die in natura nicht mehr vorhandenen Illaten der Frau von dem Manne für die Zwecke der Ehe ordnungsmäßig verbraucht oder von ihm verschleudert worden. Um solchen Schwierigkeiten zu begegnen und dem überlebenden Ehegatten gegen Vereitelung seiner Ansprüche an den Nachlaß des verstorbenen zu schützen, befestigte sich in manchen Ortsstatuten und Particularrechten, namentlich auch im sächsischen Rechte, der Grundsatz, daß das in der Gesamtmasse stekende Vermögen des überlebenden Ehegatten demselben über-

haupt nicht zu restituiren, ihm aber dafür, wie an Stelle der ihm sonst in allgemeiner Grundlage aus dem Nachlaßvermögen des Verstorbenen gebührenden Rechte und Vortheile, ein Anspruch auf eine, ein für alle Male bestimmte, Quote der Gesamtmasse in der Form unentziehbaren Erbrechts einzuräumen sei. (Vergl. Gerber's deutsches Privatrecht § 232 und Mittermaier's Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts).

Angeichts der vorstehend in Erinnerung gebrachten Satzungen des deutschen Privatrechts läßt sich die oben nachgewiesene Lücke des livländischen Stadtrechts entweder ohne irgend welche Rücksichtnahme auf den zuletzt erwähnten particularrechtlichen Grundsatz oder aber unter ausschließlicher Reception desselben ausfüllen. Wäre ersteres geschehen, so hätte das Stadtrecht die Restitution der Illaten anordnen und dem überlebenden Ehegatten die demselben gemeinrechtlich aus dem Vermögen des Verstorbenen zugesicherten Rechte und Vortheile gewähren, jedenfalls aber jeder Bestimmung fern bleiben müssen, welche in Bezug auf die Intestaterbfolge der Ehegatten eine Theilung in die gesammte ungezweite Masse vorschreibt, denn eine solche Theilung hat doch nur Sinn, wenn dem überlebenden Ehegatten weder ein Recht auf Restitution seiner Illaten, noch auch Erb- und sonstige Ansprüche speciell an das ausschließlich zum Nachlaß des verstorbenen Gatten gehörige Vermögen eingeräumt sind. Hat das livländische Stadtrecht dagegen den mehrerwähnten particularrechtlichen Grundsatz zur Ausfüllung der fraglichen Lücke benutzt, so muß sich nachweisen lassen, daß es von der Restitution der Illaten und denjenigen Gerechtsamen, welche dem überlebenden Ehegatten gemeinrechtlich in Bezug auf das Vermögen des Verstorbenen zustehen, absieht und eine Theilung in die gesammte ungezweite Masse vorschreibt. Wenn nun der Art. 1819 in allen Stücken aus dem § 1. Tit.

VI. Lib. IV der Rigaschen Statuten geschöpft ist und der letztere für den Fall der Auflösung der unbeerbten Ehe durch den Tod ausdrücklich eine Theilung in „das Guth, welches Sie beide hatten“ also eine Theilung in die gesammte ungezweigte Masse, ohne Unterscheidung der ursprünglichen Bestandtheile derselben, vorschreibt, so läßt sich nicht verkennen, daß in Riga der dem überlebenden Ehegatten eine gewisse Quote der Gesammtmasse zuweisende particularrechtliche Grundsatz des deutschen Rechts frühzeitig recipirt, in dem bezogenen Paragraphen der Statuten unter Festsetzung des Belaufs der dem Manne, resp. der Frau gebührenden Quote zum Ausdruck gebracht worden und, bei Codification des Privatrechts, in den Art. 1819 übergegangen ist. Danach mußte die Reception der hier in Frage kommenden gemeinrechtlichen Bestimmungen und Institute, wie die Gerade, daß Mußtheil, das Leibgedinge u. s. w. völlig überflüssig erscheinen und eben darum haben die Rigaschen Statuten, wie die Praxis, auf diese Institute und unter ihnen auch auf die Morgengabe des deutschen Rechts keine Rücksicht genommen, denn die in Riga übliche und in den Statuten erwähnte Morgengabe stellt sich als ein gesetzlich bestimmtes Voraus der unbeerbten Wittve dar und hat als solches sowohl mit der sogenannten livländischen, als auch mit der deutschen Morgengabe nichts gemein. Eben darum ist in dem livländischen Stadtrecht von der portio statutaria nirgends speciell die Rede; eben darum enthält dasselbe, wie bereits erwähnt wurde, keine Bestimmungen über Feststellung und Restitution der Illaten und über Erbschaftsprüche der Wittve wegen ihres von dem Manne ordnungswidrig verbrauchten Gutes. Ist aber in dem Art. 1819 aus den angeführten Gründen eine Ausgestaltung der ofterwähnten particularrechtlichen Satzung des deutschen Privatrechts zu erblicken, so ist auch gewiß, daß das Erbrecht, welches der Art. 1819 zu Gunsten der unbeerbten Wittve, resp.

des unbeerbten Wittwers festsetzt, dem überlebenden Ehegatten durch ein Testament des Verstorbenen um deshalb nicht entzogen werden kann, weil dieses Erbrecht sich theils als Ersatz für die in der Gesamtmasse stehenden Matten des überlebenden Ehegatten, theils wieder als Abfindung desselben für die jedem Ehegatten aus dem Vermögen des Verstorbenen unentziehbar zukommende portio statutaria erwiesen hat, Ersatz- und Abfindungs-Ansprüche eines Dritten aber überhaupt nicht Gegenstand testamentarischer Verfügungen sein können, wie denn auch schon im § 419 des Civ- und Estländischen Privatrechts von v. Bunge ausgesprochen worden, daß „dem überlebenden „Ehegatten dessen gesetzlicher Erbtheil nach Stadtrecht garnicht „geschmälert werden dürfe“.

Nachdem solchergestalt die wahre Bedeutung des Art. 1819 aufgezeigt worden, fallen die aus der Stellung desselben im System gegen die Auffassung der Praxis erhobenen Bedenken von selbst weg, und da das Stadtrecht, wie schon oben in einem andern Zusammenhange erwähnt wurde, ein Notherbenrecht der Ascendenten und Seitenverwandten nicht anerkannt; so erscheint es wohl hinreichend gerechtfertigt, daß die Praxis stets daran festgehalten, daß

1. der unbeerbte Ehemann über denjenigen Theil der Gesamtmasse gültig testiren könne, welcher sich erzieht, wenn von der Gesamtmasse zuerst die Morgengabe der Frau (selbstverständlich wenn ihr eine solche nach Art. 1820 überhaupt zukommt) abgezogen und dann ein Drittheil des Restes abgefordert wird — und daß
2. die unbeerbte Ehefrau einfach über ein Drittheil der Gesamtmasse letztwillig zu verfügen befugt sei.

In beiden Fällen versteht sich von selbst, daß eine Bestimmung der testamentarischen Disposition des Mannes resp. der Frau unterstehenden Quoten erst erfolgen kann, nachdem aus der Gesamtmasse die auf derselben lastenden Schulden gedeckt worden.

Testwilliges Verfügungsrecht des beerbten Wittwers und der beerbten Wittwe.

§ 5.

Der mit den Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebende Varenß ist nach Art. 1829 berechtigt, die Gemeinschaft jederzeit durch Theilung der Gesamtmasse aufzuheben. Macht er von diesem Rechte Gebrauch oder kommt es zur Theilung, weil er, ohne einen Einkindschaftsvertrag abzuschließen, zu einer neuen Ehe schreitet, so ist die ihm dann auf Grund der Art. 1830 und 1831 zufallende Quote als sein durch keinerlei Gemeinschaftsverhältniß beengtes Sondergut zu betrachten, über welches er auf allgemeiner Grundlage auch denn testiren kann, wenn bei der Theilung der Antheil minderjähriger Kinder denselben nicht ausgekehrt, sondern, nach stattgehabter quantitativer Feststellung, gehörig sichergestellt worden ist.

Ob der in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebende Varenß ein Gleiches schon vor vollzogener Theilung zu thun berechtigt sei, kann aus dem Grunde bezweifelt werden, weil der Art. 1825 ohne ideeller Antheile des Varenß zu erwähnen, sich auf die Bestimmung beschränkt, daß die Kinder ideelle Antheile an dem Ganzen haben. Auf der anderen Seite kommt in Betracht, daß der Art. 1827, nachdem er die Bestimmung getroffen, daß alle bei der Auflösung der Ehe vorhandenen, so wie die während der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinzugekommenen Schulden von der Gesamtmasse zu tragen sind, mit der erläuternden Bemerkung schließt: „so daß die Kinder mit ihren ideellen Antheilen „ebenso verhaftet sind, wie der überlebende Theil der „Eltern.“ Da hieraus zu folgen scheint, daß auch der an der fortgesetzten Gütergemeinschaft, resp. Einkindschaft theilhabende Varenß den Art. 1830 und 1831 entsprechende ideelle Antheile an der Gesamtmasse hat, so nimmt die Praxis in Uebereinstimmung mit dem Paragraphen 418 des Civ- und Estlän-

bischen Privatrechts von v. Bunge mit gutem Grunde an, daß jener Varenß über so viel der Gesamtmasse auf den Todesfall gültig verfügen dürfe, als ihm bei der Theilung mit den Kindern zukommen würde. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß der Varenß bei Errichtung seines Testaments auf die Möglichkeit Rücksicht nehmen muß, daß sein Antheil an der Gesamtmasse zur Zeit seines Todes ein quantitativ anderer sein kann, als zur Zeit der Errichtung des Testaments, denn wenn der Masse inzwischen Vortheile zufließen oder Schuldverbindlichkeiten erwachsen, oder wenn in dieser Zeit concurrirende Kinder ohne Hinterlassung von Leibeserben sterben, so sind alle diese Umstände geeignet, auf die Größe der dem mitbetheiligten Varenß zukommenden Quote der Gesamtmasse einzuwirken.

Testwilliges Dispositionsrecht der mit dem überlebenden Varenß in fortgesetzter Gütergemeinschaft resp. Einkindschaft lebenden Kinder.

§ 6.

Welchen Bruchtheilen der Gesamtmasse die ideellen Antheile der mit dem überlebenden Varenß in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Kinder während der Dauer derselben entsprechen, läßt sich, ehe und bevor es zur Theilung kommt, schlechterdings nicht bestimmen, weil die Betheiligten sich in einer Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb befinden, die Antheile der während fortgesetzter Gütergemeinschaft ohne Hinterlassung von Leibeserben sterbenden Kinder der Gesamtmasse zufallen, alle sonst aus der Gesamtmasse erzielten Vortheile dem Ganzen zu Gute kommen und alle Schulden, sie mögen bei Auflösung der Ehe vorhanden gewesen oder erst später hinzugekommen sein, von der Gesamtmasse zu tragen sind. Sa sogar ob es überhaupt zur Ausantwortung irgend einer Quote der Gesamtmasse an die Kinder oder einzelne unter ihnen kommen

werde, ist vor vollzogener Theilung ganz ungewiß, da der concurrirende Parent nicht gehindert ist, die ganze Masse zu verbrauchen, diese über dies durch Zufall oder Schuld des verwaltenden Parent zu Grunde gehen kann und die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß alle oder einige Kinder vor der Theilung durch den Tod hinweggerafft werden. Wird dann noch erwogen, daß dem mitbetheiligten Parent während fortgesetzter Gütergemeinschaft die Verwaltung und der Nießbrauch der Gesamtmasse allein zusteht und daß die Kinder über ihre ideellen Antheile unter lebenden höchstens nur bedingt, nämlich nur für den Fall verfügen können, daß bei der dereinstigen Theilung eine Quote der Gesamtmasse in ihr Sondergut übergehen werde; so kann behauptet werden, daß der ideelle Antheil der Kinder während der fortgesetzten Gütergemeinschaft eigentlich nur in einer *spes certa succedendi* besteht, also gewissermaßen nur eine Anwartschaft begründet. Hierbei verkenne ich nicht, daß eine solche *spes certa* unter Umständen ein sehr werthvolles Vermögensrecht repräsentiren und an und für sich auch Gegenstand letztwilliger Verfügung sein kann. Dennoch läßt sich erweisen, daß das Testament eines mit seinem Vater oder seiner Mutter und mit Geschwistern in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Kindes, welches keinen Leibeserben hinterlassen, insoweit wirkungslos sei oder doch erfolgreicher Anfechtung unterliege, als der Testator über seinen ideellen Antheil zu Gunsten dritter Personen testirt hat. Unter solcher Voraussetzung muß nämlich der ideelle Antheil des kinderlos Verstorbenen auf Grund des Art. 1826 der Gesamtmasse zufallen oder ist, wie es in dem § 6 Tit. IV., Buch IV der Rigajchen Statuten heißt, „auf den gemeinen Haufen verfallen“. Es liegt nahe, hingegen einzuwenden und es ist oft eingewandt worden, daß der Art. 1826 nur für die gesetzliche Erbfolge maßgebend sei, großjährige Kinder aber nicht hindere, über ihren ideellen Antheil gültig auf den

Todesfall zu verfügen. Dieser Einwand kann in zwiefacher Weise aufgefaßt werden, nämlich entweder so, daß der testamentarische Erbe berechtigt sei, gleich nach dem Tode des Erblassers die Ausantwortung dessen ideellen Antheils zu verlangen — oder aber so, daß der testamentarische Erbe in Folge der letztwilligen Verfügung zunächst nur in die bestehende Gütergemeinschaft einzutreten, an den sich in Bezug auf die Gesamtmasse ereignenden Vortheilen und Nachtheilen theilzunehmen und den ihm testamentarisch übertragenen ideellen Antheil erst bei der dereinstigen Massentheilung, dann aber nach Maßgabe der für die anderen Interessenten geltenden Bestimmungen (Art. 1830 und 1831) zu empfangen habe.

Daß der fragliche Einwand in der zuerst angedeuteten Auffassung hinfällig sei, ergibt sich schon daraus, daß die Aussonderung der dem Testamentserben zugedachten Quote aus der Gesamtmasse eine partielle, im Gesetz nicht vorgesehene Theilung wäre, welche die an der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligten Personen sich nicht gefallen zu lassen brauchen und welche namentlich die Rechte des mitbetheiligten Vaters besonders schwer beeinträchtigen würde, da er nach Art. 1823 zur Theilung nicht gezwungen werden kann und bis zur Theilung zur ausschließlichen Nutznießung der ganzen Masse berechtigt ist.

Der zweiten Auffassung nach beruht der Einwand auf der Annahme, daß der Testamentserbe des ohne Hinterlassung von Leibeserben verstorbenen Kindes dieses letztere auch hinsichtlich der Theilnahme an der fortgesetzten Gütergemeinschaft repräsentire und daher in allen Stücken als Theilnehmer an derselben zu betrachten sei. Diese Annahme steht aber mit der Absicht des Gesetzes und der Natur der fortgesetzten Gütergemeinschaft in offenbarem Widerspruch, denn während der letzteren das Motiv zu Grunde liegt, das zwischen den Eltern und den Kindern

in vermögensrechtlicher Hinsicht bestehende Verhältniß ohngeachtet des Todes des einen Parents fortbestehen zu lassen und dadurch die schroffen Consequenzen zu vermeiden, die mit einer sofortigen Theilung verbunden sind; während ferner die fortgesetzte Gütergemeinschaft in Uebereinstimmung mit diesem Motiv nur für Ascendenten und Descendenten oder, wie es in den Rigaschen Statuten heißt, für die in „den Wehren und dem gemeinen Saamen“ stehenden Personen Sinn hat und auch nur für diese angeordnet ist — durchbricht jene Annahme die natürlichen Schranken des Instituts, indem sie fremde, keineswegs in den Wehren und dem gemeinen Saamen stehende Personen in die fortgesetzte Gütergemeinschaft unter Verkennung des Wesens derselben künstlich hineinzwängen will. Einer solchen Vorrückung der natürlichen Grenzen des Instituts hat das Gesetz selbst vorgebaut, denn Art. 1826 schreibt vor, daß bei der derzeitigen Theilung „immer nur die Zahl der zur Zeit derselben „lebenden Kinder, nicht aber diejenige Zahl, welche bei der „Auflösung der Ehe durch den Tod des einen Ehegatten bestand“ in Berücksichtigung komme, womit doch vollständig unvereinbar ist, daß auch die Testamentsserben eines verstorbenen Kindes bei der Theilung berücksichtigt werden sollen. Außerdem würde die fragliche Annahme in dem Falle rein unmögliche Consequenzen nach sich ziehen, wenn zwei an der fortgesetzten Gütergemeinschaft betheiligte Kinder successive nach einander, ohne Hinterlassung von Leibeserben, sterben, und zwar das zuerst gestorbene, nachdem es testamentarisch über seinen ideellen Antheil Verfügung getroffen, das zuletzt gestorbene dagegen ohne Hinterlassung eines Testaments. In diesem Falle würde der ideelle Antheil des zuletzt verstorbenen Kindes der Gesammtmasse nach Art. 1826 zufallen, was natürlich bewirken würde, daß die Quoten aller Betheiligten sich bei der Theilung höher gestalten, als sonst der Fall gewesen wäre. Hierin kann in Bezug auf den

theilenden Parens und die zur Zeit der Theilung lebenden Kinder resp. die Leibeserben der verstorbenen Kinder gewiß nur etwas ganz Sachgemäßes erblickt werden, denn der überlebende Parens und dessen Descendenz sind die nächsten Blutsverwandten und ausschließlich zur Intestaterbfolge berufenen Erben des ohne Hinterlassung eines Testaments verstorbenen Kindes. Völlig unmotivirt erscheint es dagegen, daß die ideelle Quote des Letzteren zum Theil auch dem Testamentserben des zuerst verstorbenen Kindes zu Gute kommen soll, denn ist dieser Erbe mit dem Erblasser garnicht oder entfernter als dessen Eltern und Geschwister verwandt, so steht ihm in Bezug auf die freigewordene ideelle Quote gar kein gesetzliches Erbrecht zu — und gehört er zu den Geschwistern des Erblassers oder ist er der überlebende Parens selbst, so fehlt es wieder an einem verständlichen Grunde, warum er an der frei gewordenen Quote *à parte* participiren und dadurch eine aus der Luft gegriffene Bevorzugung vor den anderen gleich nahen Verwandten genießen soll. Da es unzulässig erscheint, dem Gesetz zuzumuthen, daß es dergleichen, die Prinzipien des Erbrechts beeinträchtigende und zugleich vollkommen unmotivirte Bereicherungen gut heißen habe, dieselben aber nothwendig eintreten müssen, wenn angenommen wird, daß der Testamentserbe eines ohne Leibeserben verstorbenen Kindes als solcher in die fortgesetzte Gütergemeinschaft einzutreten und darin die den anderen Betheiligten zustehenden Rechte zu genießen habe, so folgt daraus abermals, daß das Testament eines an der fortgesetzten Gütergemeinschaft betheiligten Kindes, welches, ohne Hinterlassung von Leibeserben, über seinen ideellen Antheil an der Gesamtmasse Verfügung getroffen, in dieser Hinsicht von den Betheiligten mit gutem Grunde angefochten werden kann.

Indem der Art. 1826 sich auf die Vorschrift beschränkt, daß der ideelle Antheil eines ohne Hinterlassung von Leibeserben

verstorbenen Kindes der Gesamtmasse zufällt, stellt er zugleich indirect fest, daß die Leibeserben eines verstorbenen Kindes sich innerhalb des gemeinen Saamens befinden und daher in der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf Grundlage erbrechtlichen Repräsentationsrechts (Art. 1885) zusammen diejenigen Rechte genießen, wie ihr verstorbener Pater, wenn er am Leben geblieben wäre, genossen hätte.

Wie nun, wenn ein während fortgesetzter Gütergemeinschaft gestorbenes Kind zwar Leibeserben, zugleich aber auch ein Testament hinterlassen hat, in welchem es nicht seine Leibeserben, sondern Dritte außerhalb der Wehren stehende Personen zu Erben seines ideellen Antheils an der Gesamtmasse eingesetzt hat? Kann auch ein solches Testament von den Leibeserben und den sonst an der Gemeinschaft Betheiligten umgestoßen werden? Auch diese Frage dürfte zu bejahen sein, denn obgleich hier die Voraussetzung, von welcher der Art. 1826 das Verfallen des betreffenden ideellen Antheils abhängig gemacht hat, nicht zutrifft, so lassen sich für die Anfechtbarkeit des Testaments doch eben jene Gründe ins Feld führen, die den Eintritt fremder, oder doch nicht zur Descendenz des überlebenden Ehegatten gehörigen, Personen in fortgesetzte Gütergemeinschaft unstatthaft machen.

V. Kupffer.