

Zeitschrift

für

Rechtswissenschaft

herausgegeben

von der juristischen Facultät

der

Universität Dorpat.



Vierter Jahrgang.

Heft 3.

1873.



*Nov 28, 1876*

---

Dorpat.

Verlag von C. Mattiesen.

1873.

Im Namen der juristischen Facultät der Universität Dorpat heraus-  
gegeben.

Dorpat, den 9. März 1873.

Dr. D. Meylow,  
d. 3. Decan.

Est.

1873, 30. 11.

140

# Inhalt.

	Seite
I. Ueber das Princip des ehelichen Güterrechts. Von Dr. Heinrich Gürgens . . . . .	1
II. Noch einige Worte zur Frage von der Wirkung der erfüllten Resolutiv-Bedingung. Von Oberhofgerichts-Advocat F. Seraphim . . . . .	46
III. Rechtliche Bedenken gegen Mag. C. Erdmann's „dingliches Miethrecht der modernen Provinzialgesetzgebung.“ Von Oberhofgerichts-Advocat Julius Schiemann . . . . .	67
IV. Zur Lehre vom Gerichtsstand der Pfandklage an Immobilien. Von Doc. Mag. C. Erdmann. . . . .	82
V. Ueber die Opportunität, Zweckmäßigkeit und Ausführbarkeit der Vorschläge des Professor D. Schmidt zur Reform des Civilprocesses für das Gebiet des Livländischen Landrechts . . . . .	91
VI. Ueber die Unterbrechung der Klageverjährung durch Klageanstellung nach dem Provincialrechte der Ostsee-Provinzen. Von Oberhofgerichts-Advocat F. Seraphim . . . . .	90
VII. Ueber das Rechts-Institut der Zwangsenteignung. Von Hermann Adolphi . . . . .	104
VIII. Noch einmal die Resolutivbedingung. Von Prof. Dr. C. Erdmann . . . . .	133
IX. Erwiderung auf Oberhofgerichts-Advocat Schiemann's rechtliche Bedenken gegen die Darstellung des dinglichen Miethrechts durch den Unterzeichneten. Von Prof. Dr. C. Erdmann. . . . .	138
X. Der Concurssproceß nach Livländischem Landrecht. Von Hofgerichts-Advocat Harald v. Wahl . . . . .	146
XI. Das gerichtliche Verfahren in Wechselsachen nach Revalischem Stadtrecht. Von Bernhard Weise . . . . .	213
XII. Civilrechtliche Entscheidungen, herausgegeben von Assessor W. Zwingmann. Von B. Kupffer . . . . .	240
XIII. Die Vindication beweglicher Sachen nach provinciellem Recht. Von Prof. Dr. C. Erdmann . . . . .	285

# I.

## Ueber das Princip des ehelichen Güterrechts nach livländischem Stadtrecht.

---

### Einleitung.

Wenngleich in den älteren Rechtsquellen des livländischen Stadtrechts die allgemeine Gütergemeinschaft nirgends ausdrücklich als das dem ehelichen Güterrechte desselben zu Grunde liegende Princip ausgesprochen worden ist, so war es doch die in Praxis und Theorie vorherrschende Ansicht, daß sie aus jenen Rechtsquellen zu folgern sei <sup>1)</sup>. Dieser Auffassung ist die Codification des ostseeprovinziellen Privatrechts gefolgt, indem der Art. 79 des dritten Theils des Provinzialrechts in dem von dem ehelichen Güterrechte der livländischen Städte handelnden Abschnitte Folgendes festsetzt:

„Durch die Ehe wird unter Ehegatten, welche für ihre Person der Stadtgerichtsbarkeit unterworfen sind, ohne Rücksicht auf ihren Stand, eine allgemeine Gütergemeinschaft begründet.“

---

1) Für das Bestehen der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft nach livländischem Stadtrecht hatten sich insbesondere ausgesprochen v. Dunge im „Liv- und ehstländischen Privatrecht“ Th. 2 § 282, und Nielsen in seiner „Darstellung des Erbfolgerechts in Livland“ Th. 1 § 179 Anm. Dagegen L. Napiersey in der „Morgengabe des rigischen Rechts“ § 4.

Wie diese allgemeine Gütergemeinschaft aber aufzufassen sei, darüber findet sich in der Codification ein klarer Ausdruck nur soweit vor, als es sich um die nach dem Tode des einen Ehegatten von dem überlebenden Ehegatten mit den Kindern fortgesetzte Gütergemeinschaft handelt, nicht aber auch für das Gemeinschaftsverhältniß zwischen den beiden Ehegatten selbst. Während nämlich die fortgesetzte Gütergemeinschaft in den Art 1825, 1830 u. 1831 l. c. dadurch, daß in ihnen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern während derselben bestimmte „ideelle Theile am Ganzen“ zugesprochen werden, klar und bestimmt als eine Gemeinschaft zu ideellen Theilen charakterisirt ist, läßt der über das Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses während bestehender Ehe sich auslassende Art. 80 l. c. an Klarheit über den Grundgedanken desselben alles zu wünschen übrig. Der Art. 80 lautet folgender Maßen:

„Durch die Gütergemeinschaft wird das beiderseitige Vermögen der Ehegatten, es mag von ihnen in die Ehe gebracht, oder einem von ihnen oder beiden gemeinschaftlich während der Ehe, aus welchem Rechtsgrunde es auch sei, zugefallen, oder von ihnen während der Ehe erworben sein, in eine gesammte Masse vereinigt, an welcher so lange die Ehe besteht, keinem der Ehegatten ein besonderer Antheil zusteht“.

Was der Inhalt dieses Artikels mit Bestimmtheit besagt, daß nämlich einmal das beiderseitige Vermögen der Ehegatten in eine Masse vereinigt wird und an dieser keinem derselben ein besonderer Antheil zusteht, schließt nur eine einzige der verschiedenen möglichen Auffassungen der Gütergemeinschaft aus, und zwar gerade diejenige, welche für die fortgesetzte Gütergemeinschaft die Codification selbst aufgestellt hat, die Auffassung des Gemeinschaftsverhältnisses als einer Gemeinschaft zu bestimmten ideellen Theilen. Alle übrigen Ansichten dagegen, welche von der ehelichen Gütergemeinschaft bestehen, sind

nach ihm in gleichem Grade möglich, da sie alle, wie wir nachher sehen werden, wengleich auch nicht in demselben Sinne, die Vereinigung des beiderseitigen Vermögens zu einer Masse zugeben und keine außer jener den Ehegatten bestimmte ideelle Theile an der Masse vindicirt. Es wird daher für die Doctrin eine lohnende Aufgabe sein, das der nach livländischem Stadtrecht herrschenden ehelichen Gütergemeinschaft zu Grunde liegende Princip, über welches in der Gesetzgebung kein genügend klarer Ausspruch sich findet, aus den einzelnen positiven Rechtsätzen, die sie enthält, abzuleiten, eine Aufgabe, die neben dem theoretischen Interesse auch die größte practische Bedeutung hat, da einerseits die einzelnen im Gesetzbuch vorhandenen Rechtsbestimmungen nur im Lichte jenes aufzufindenden Principis ihre richtige Auffassung finden können und andererseits für eine Reihe der wichtigsten einschlagenden Einzelfragen positive Rechtsätze im Gesetzbuche ganz fehlen, deren Entwicklung aus den vorhandenen Bestimmungen aber ohne gewonnene Klarheit über das sie beherrschende Grundprincip nicht möglich ist.

Nachstehende Abhandlung enthält den Versuch jenes Princip aufzufinden.

### § 1.

#### Die verschiedenen Ansichten über die eheliche Gütergemeinschaft.

Die verschiedenen Ansichten, welche in der Wissenschaft zur Erklärung der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft überhaupt geltend gemacht worden sind, wollen wir, da sie als bekannt vorausgesetzt werden können, nur kurz kennzeichnen. Man hat sie zurückzuführen gesucht:

- 1) auf das Princip der *Communio* oder *Societät* 2), indem man an dem beiderseitigen ehelichen Vermögen

---

2) Außer vielen Andern besonders vertreten von Runde in seinem deutschen ehelichen Güterrecht § 58 u. 59.

- beiden Ehegatten ideale Theile zugestanden, die weiteren Dispositions- und Verwaltungsrechte des Ehemanns aber aus der ehelichen Vormundschaft, der der ideale Antheil der Ehefrau unterworfen sei, erklärt hat;
- 2) auf das Princip des Gesamteigenthums<sup>3)</sup>, kraft dessen jedem Ehegatten am beiderseitigen ehelichen Gut ein volles ungetheiltes Recht zustehen soll;
  - 3) auf das Princip der juristischen Personen<sup>4)</sup>, zufolge dessen, wie man angenommen hat, nicht den Ehegatten selbst, sondern der durch ihre Verbindung gebildeten moralischen Person die Rechte an dem ehelichen Vermögen zukämen, der Ehemann aber kraft positiver Rechtsvorschrift vorzugsweise zur Repräsentation derselben berufen sei; oder man hat sie
  - 4) aus der Vormundschaft oder hausherrlichen Gewalt des Ehemanns<sup>5)</sup> zu erklären versucht, kraft welcher er das innerlich getrennt bleibende Vermögen nur zu einer gemeinsamen Verwaltung und Nutzung in seiner Hand vereinigen soll, oder
  - 5) endlich, jede selbst die nur äußere Gemeinschaft vertretend, sie auf ein Alleineigenthum des Ehemanns<sup>6)</sup> zurückführen wollen, neben welchem der Frau an dem ehelichen Gut nur eventuelle erst im Augenblick der Auflösung der Ehe in Wirksamkeit tretende Rechte zustehen sollen.

---

3) Besonders vertreten von Scherer in seiner „verworrenen Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft“ Th. 1 § 46 u. 71.

4) Besonders vertheidigt von Haffe in seinem „Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft“, s. insbesondere § 28 flg.

5) S. insbesondere Heise und Cropp jurist. Abhandlungen Th. 2 S. 427–578.

6) S. insbesondere Duncker's „Gesamteigenthum“ § 22 und Baumeister, Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg Bd. 2 § 89, insbesondere S. 163 u. 164.

Wie oben bereits gezeigt worden, ist die Anwendbarkeit der ersten der oben angeführten Ansichten, der Auffassung der Gütergemeinschaft als einer Rechtsgemeinschaft zu ideellen Theilen, in so weit als sie den Ehegatten bestimmte ideale Theile am ehelichen Vermögen zuschreibt, für das livländische Stadtrecht ausdrücklich durch das Gesetz ausgeschlossen, wenngleich sie für die fortgesetzte Gütergemeinschaft gerade die gesetzlich anerkannte ist. Ebenso wird, wenngleich nicht unmittelbar, so doch mittelbar das Gesamteigenthum als Erklärungsprincip für die Gütergemeinschaft des livländischen Stadtrechts ausdrücklich durch positive Gesetzesbestimmungen verworfen, da nach der Anmerkung 3 zum Art. 927 l. c. „ein solches Eigenthum Mehrerer an derselben Sache, vermöge dessen jedem von ihnen die Sache ganz gehört, ein sog. Gesamteigenthum,“ überhaupt „gesetzlich nicht anerkannt wird.“

Der Kritik der nachbleibenden drei Ansichten wird noch voranzuschicken sein: erstens die Angabe der wesentlichsten Rechtsätze des Güterrechts der livländischen Städte, welche in dem Princip, das wir aussuchen, ihre Erklärung finden sollen, und zweitens die Erwähnung einer möglichen Modification der ersten der obenbezeichneten Ansicht, welche, obwohl durch den Art. 80 l. c. „besondere Antheile“ an der Masse den Ehegatten abgesprochen werden, sie doch mit in die Concurrenz zur Erklärung des Güterrechts der livländischen Städte einzutreten befähigt.

## § 2.

Die wesentlichsten Bestimmungen des Provinzialgesetzbuchs über das eheliche Güterrecht der livländischen Städte.

- 1) Die wesentlichsten des erklärenden Principis bedürftenden positiven Rechtsätze sind folgende:

Art. 82: „Während der Ehe gebührt dem Ehemann die Ver-

waltung und Nutzung des gesammten in der Gütergemeinschaft begriffenen Vermögens.“

Art. 81: Von der allgemeinen Gütergemeinschaft sind ausgenommen 1) Landgüter u. 2) Das durch Vertrag oder Bestimmung (Art. 27) von der Gütergemeinschaft ausdrücklich ausgenommenen Sondergut eines jeden der beiden Ehegatten.“

Nach dem für alle ostseeprovinziellen Rechtsgebiete gemeinschaftlich geltenden Art. 27 gehört zu dem kraft gesetzlicher Bestimmung von der Verwaltung des Ehemanns ausgenommenen Sondergut „alles dasjenige, was 1) die Ehefrau von ihrem in die Ehe gebrachten Vermögen ihrer eigenen Verwaltung und Benutzung ausdrücklich vorbehalten hat; 2) was ihr, von wem es auch sei, unter der Bedingung der eigenen Verwaltung und Nutzung zugewendet worden; 3) was sie aus einem mit des Ehemanns Wissen und Bewilligung unternommenen abgeordneten Gewerbe oder sonst durch Fleiß und Arbeit für ihre eigene Rechnung erworben hat; 4) was sie vom Ehemann als Taschengeld oder Nadelgeld erhält und 5) was sie von den Früchten und Einkünften dieses ihres Sonderguts erspart.“

Art. 83: „Immobilien, welche in den Gerichtsbüchern auf den Namen der Frau verzeichnet, desgleichen solche, welche während bestehender Ehe von beiden Ehegatten gekauft sind, darf der Ehemann ohne Genehmigung der Frau weder veräußern noch mit Hypotheken und anderen Lasten beschweren. Jede einseitig vom Ehemann vorgenommene Veräußerung oder Belastung ist wirkungslos.“

Art. 84: „Davon abgesehen ist der Ehemann zur freiesten Verfügung über die gesammte Masse berechtigt, so daß er in Betreff des in der Gütergemeinschaft begriffenen Vermögens Verbindlichkeiten jeder Art eingehen und ein-

gegangene Verbindlichkeiten mit demselben sicherstellen darf.“

Art. 85: „Die Gesamtmasse haftet für sämtliche vom Ehemann contrahirte Schulden, sie mögen vor oder nach Eingehung der Ehe aus Verträgen oder aus unerlaubten Handlungen des Mannes, aus entgeltlichem oder unentgeltlichem Titel, mit oder ohne Wissen und Willen der Ehefrau, entstanden sein.“

Art. 86: „Nur mit ihrem etwaigen Sondergute haftet die Ehefrau nicht für des Ehemanns Schulden und ebenso wenig mit ihrer Person.“

In Betreff des Verfügungsrechts der Ehefrau wird im Art. 88 auf den für die meisten Systeme des ostsee-provinziellen ehelichen Güterrechts gemeinschaftlich geltenden Art. 56 verwiesen, in dem es heißt:

„Ausnahmsweise muß der Ehemann solche Verfügungen der Ehefrau nicht nur anerkennen, sondern selbst auch mit seinem eigenen Vermögen dafür haften, welche die Frau 1) im Bereiche des inneren Hauswesens, zu ihrem und der Familienglieder Bedarf, trifft. 2) Verfügungen, welche auf einem allgemeinen oder speciellen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrage des Mannes beruhen. 3) Alle in dringender Noth gemachten Schulden. 4) Solche Schulden, durch welche der Ehemann und insoweit er durch dieselben bereichert worden ist.“

Art. 89: „Die vorehelichen Schulden der Ehefrau ist der Ehemann so weit zu bezahlen verpflichtet, als das von ihr in die Ehe gebrachte und während derselben durch sie in die Gesamtmasse geflossene Vermögen reicht. Zunächst haftet jedoch für solche Schulden das Sondergut der Ehefrau.“

Art. 90: „Für Delictschulden der Frau haftet zunächst ihr Sondergut, sodann die gesammte in der Gütergemeinschaft begriffene Masse.“

Art. 91: „Anderweitige Schulden, welche die Frau, ohne des Ehemanns Vorwissen, während der Ehe contrahirt, braucht der Mann weder anzuerkennen, noch zu bezahlen. Den Gläubigern ist es jedoch unbenommen, sich deshalb an das etwaige Sondergut der Ehefrau zu halten oder ihre Forderungen gegen dieselbe nach Auflösung der Ehe geltend zu machen.“

Art. 92: „Eine Ausnahme bildet der Fall, wenn eine Ehefrau mit Genehmigung des Ehemanns sich selbstständig als Kauf- oder Handelsfrau etablirt. Dann ist sie nicht nur zu allen das Handelsgeschäft betreffenden Handlungen und Verfügungen berechtigt, sondern es ist auch der Ehemann für ihre in dieser Beziehung contrahirten Schulden mit dem gesammten in der Gütergemeinschaft begriffenen Vermögen verhaftet.“

Nach Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten fällt das zur Gesamtmasse verbundene eheliche Vermögen nicht in seine ursprünglichen Bestandtheile auseinander, sondern tritt bezüglich der ganzen Masse bei beerbter Ehe, wie wir bereits gesehen haben, zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern eine Rechtsgemeinschaft zu ideellen Theilen, bei unbeerbter Ehe aber zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Blutsverwandten des verstorbenen eine Theilung nach Quoten ein, nachdem letzteren Falls zuvor die Schulden von dem gesammten Vermögen bezahlt worden sind (Art. 1819 u. 1821). Bei Auflösung der Ehe durch Scheidung wird endlich nach Art. 126: „Das vereinigte Vermögen wieder in seine ursprüngliche Bestandtheile aufgelöst: jeder der beiden Ehegatten nimmt das von ihm in die Ehe gebrachte, das ihm während der Ehe besonders zugefallene, so wie das von ihm besonders erworbene Vermögen heraus; das während der Ehe gemeinsam Erworbene aber wird unter ihnen vertheilt.“

## § 3.

Möglichkeit eines Miteigentums ohne bestimmte ideelle Antheile.

2) Ueber die Schwierigkeit, die die Auffassung der Gütergemeinschaft als einer *communio* darin findet, daß ein ideeller Antheil der Frau an dem Gesamtvermögen während bestehender Ehe gar nicht zu Tage tritt, sondern der Ehemann regelmäßig wie ein Alleineigentümer über das ganze eheliche Gut zu verfügen berechtigt ist, hat Runde, der Hauptvertreter dieser Ansicht, dadurch hinwegzukommen gesucht, daß er den ideellen Theil der Frau während der Ehe als unter der vormundschaftlichen Gewalt des Mannes „ruhend“ angesehen, ihr Miteigentum als ein „*condominium quiescens*“ bezeichnet hat<sup>7)</sup>. Dieser Ausweg, an sich nicht unmöglich, kann für das livländische Stadtrecht nicht genügen, da ein ruhender ideeller Antheil, wie Runde selbst nicht leugnet, immerhin ein rechtlich bestehender ist, das livländische Stadtrecht die Existenz eines besonderen ideellen Antheils der Ehegatten an der Gesamtmasse aber überhaupt verwirft.

Wohl glauben wir aber, daß ein Miteigentum ganz ohne bestimmte ideelle Antheile der Miteigentümer an der gemeinschaftlichen Sache an sich denkbar ist, wenngleich es dem römischen Recht fremd war, und halten wir daher, da es sich hier um die Erklärung eines deutschrechtlichen Instituts, für welches römischrechtliche Anschauungen nicht maßgebend sind, handelt, das Miteigentum als Erklärungsprinzip der ehelichen Gütergemeinschaft auch für das livländische Stadtrecht an sich nicht für begreiflich ausgeschlossen.

Der wesentliche Kern des Begriffs „Miteigentum“ liegt darin, daß mehreren gemeinsam eine Sache dergestalt als Gi-

---

7) Runde a. a. O. § 63.

genthum zusteht, daß keiner ohne die Zustimmung der Andern (sei es ausdrückliche oder stillschweigende) sie in bestimmter Weise nugen oder über sie verfügen kann (L. 28 D. communi dividundo: Sabinus ait, in re communi neminem dominorum jure facere quidquid invito altero posse), daß mithin nur alle in Gemeinschaft, nicht schon jeder allein Träger des Rechts sind. Die Zuthellung bestimmter ideeller Antheile an die einzelnen Miteigenthümer ist nur in sofern nothwendig, als es sich um die Fragen handelt, nach welchem Maaßstabe die von der gemeinschaftlichen Sache bezogenen Früchte vertheilt werden sollen, wie viel jeder bei einer Theilung der Sache selbst erhalten soll und in welcher Weise die Sache für die Schulden der einzelnen Miteigenthümer in Anspruch genommen werden kann?

Kann man sich Rechtsverhältnisse denken, in welchen diese Fragen gar nicht zur Sprache kommen oder unabhängig vom Bestande solcher Antheile der einzelnen Miteigenthümer schon eine Beantwortung finden, so braucht man offenbar die Statuirung bestimmter ideeller Antheile in den Begriff des Miteigenthums gar nicht aufzunehmen, sondern kann man denselben auch ohne letztere bestehen lassen.

Die Gütergemeinschaft während bestehender Ehe würde nun aber offenbar, wenn man in ihr ein Miteigenthum sehen würde, ein solches Rechtsverhältniß sein, bei welchem das Geforderte zuträfe. Die Theilung des gemeinschaftlichen Objects selbst d. i. der vereinten Gütermasse ist ja während bestehender Ehe gesetzlich ausgeschlossen, die anderen beiden Fragen aber sind dadurch schon unabhängig von etwaigen ideellen Antheilen der Ehegatten beantwortet, daß — was man freilich annehmen müßte — einerseits zufolge der ehelichen Vormundschaft dem Ehemann allein sämmtlicher Fruchtgenuß an dem gemeinsamen Gut zusteht und andererseits zufolge besonderer positiver Rechtsbestimmung für die

Schulden des Ehemanns stets das zur Gesamtmasse geflossene beiderseitige Vermögen, für die Schulden der Frau, mit Ausnahme ihrer während der Ehe entstehenden Delictschulden, aber weder ihr noch ihres Ehemanns zur Gesamtmasse geflossenes Gut haftet.

Man hat sich davor zu hüten dieses Miteigenthum ohne bestimmte Antheile der Miteigenthümer zu verwechseln mit dem Gesamteigenthum, welchem, wie wir bereits gesehen haben, vom livländischen Provinzialrecht ausdrücklich die gesetzliche Anerkennung abgesprochen ist und welchen der Vorwurf eines logisch unmöglichen Begriffs allerdings mit Recht trifft. Das Gesamteigenthum fordert für jede der mehreren Personen, denen es zustehen soll, das volle Eigenthum an der gemeinschaftlichen Sache und macht damit — nicht wie das Miteigenthum alle *condomini* gemeinsam — schon jeden einzeln zum Träger des ganzen Rechts<sup>8)</sup>. Seine Consequenzen, — daß nämlich durch das *s. g. jus recadentiae*, vermöge dessen ein Beschränkungen ausgefetztes Eigenthum bei Aufhören der Beschränkung in der Hand des Eigenthümers sich von selbst jederzeit consolidirt, beim Wegfall des einen Gesamteigenthümers der nachbleibende Alleineigenthümer wird<sup>9)</sup>, sowie daß das Object des Gesamteigenthums, weil es jedem ganz gehöre, ungetheilt für die Schulden jedes einzelnen Gesamteigenthümers haftet, sind dem Miteigenthum ohne bestimmte

---

8) Es wäre nicht zu empfehlen, dieses Miteigenthum ohne bestimmte Antheile der einzelnen *condomini* „ungetheiltes“ Miteigenthum zu benennen, da man mitunter auch das Gesamteigenthum, welches ebenfalls, wenngleich in ganz anderer Weise als jenes, das Eigenthum „ungetheilt“ sein läßt, mit jenem Namen benannt hat. Wenn man an den Begriff „Theil“ nicht das Postulat der Bestimmtheit stellt, wornach es nur ein ganz bestimmter sein kann, sondern auch die Möglichkeit eines unbestimmten Theils statuiert, ist das Miteigenthum ohne bestimmte Theile der Miteigenthümer überdies ein getheiltes Eigenthum.

9) E. Scherer a. a. O. § 71.

Antheile der Miteigenthümer vollständig fremd, da dieses an dem Charakter des Eigenthums als eines ausschließlichen Rechts festhaltend, letzteres nicht schon jedem condomino, sondern nur allen gemeinsam zuspricht.

Wir haben uns bei dem Nachweise, daß die Unterstellung des Miteigenthums unter die Gütergemeinschaft des livländischen Stadtrechts, obwohl dasselbe besondere ideelle Antheile der Ehegatten an der Gesamtmasse verwirft, immerhin möglich ist, so lange aufgehalten, weil, wie wir nachher sehen werden, sie mancherlei positive Stützen hat.

#### § 4.

Kritik des ehemännlichen Alleineigenthums und der von den Ehegatten gebildeten juristischen Person als Erklärungsprincipien des hier behandelten Güterrechts.

Nachdem wir von den oben bezeichneten verschiedenen Erklärungsversuchen der Gütergemeinschaft sowohl die Ansicht, welche in ihr ein Miteigenthum zu bestimmten ideellen Theilen sowie die, welche in ihr ein Gesamteigenthum sieht, als durch das livländische Stadtrecht ausdrücklich verworfen ausgeschlossen haben, lassen wir an ihre Stelle nunmehr einrücken die oben entwickelte Ansicht vom Miteigenthum ohne besondere Antheile der Miteigenthümer und fragen wir, welche von ihnen nach den ebenfalls bereits kennen gelernten wesentlichsten Rechtsätzen des ehelichen Güterrechts der livländischen Städte diesem zu Grunde liegt? Von zweien ist der Beweis ihrer Nichtanwendbarkeit für das livländische Stadtrecht leicht zu erbringen. Wir meinen die Ansicht, die jedes, auch das nur äußere Gemeinschaftsverhältniß läugnend, dem Ehegatten Alleineigenthum zuschreibt und die, welche eine juristische Person annimmt. Was zuerst die erste betrifft, so geht sie davon aus <sup>10)</sup>,

10) S. Duncker a. a. D. § 21.

daß das Güterrechtssystem, das als Gütergemeinschaft bezeichnet wird, historisch sich aus dem Mundium des Mannes, welches die Vereinigung des Vermögens beider Ehegatten zu einer gemeinschaftlichen Masse in der Bere des Mannes bewirkt, entwickelt habe, sie will jenes nur nicht als heutiges Erklärungsprincip gelten lassen, da, wie sie geltend macht, einerseits die Rechte des Ehemanns über das beiderseitige Vermögen mit der Zeit über die Befugnisse der Mundialgewalt bedeutend hinausgegangen seien, andererseits mit Aufhebung der Geschlechtvormundschaft jener der Boden ganz entzogen worden sei. Wie sehr sie auch mit dieser Argumentation Recht haben mag, so trifft sie doch für das livländische Provinzialrecht nicht zu, weil hier noch in der Codification vom Jahre 1864 dem Ehemann die eheliche Vormundschaft im weitesten Umfang zugetheilt wird. Dieselbe bestimmt nämlich in den für sämtliche Rechtsgebiete der Ostseeprovinzen in gleicher Weise geltenden Art. 11 u. 12, daß durch die Ehe der Ehemann Vormund der Ehefrau werde, vermöge welcher ihm nicht nur die Verwaltung, sondern auch die „Herrschaft“ über das gesammte beiderseitige Vermögen gebühre. Jene Ansicht hat zudem, abgesehen auch davon, daß bei ihrer Zugrundelegung auch die geringste Berechtigung schwinden würde, das Güterrecht noch, wie es das livländische Stadtrecht doch thut, Gütergemeinschaft zu nennen, auch keine Erklärung für die Bestimmung, daß, wie wir gesehen haben, die gesammte Masse für die Delictschulden der Frau und, falls sie sich als Handelsfrau etablirt, sogar für alle ihre Schulden haftet, ebenso wenig wie sie es zu motiviren vermag, daß die angeblich der Frau zustehenden eventuellen Rechte ihr nur ein Einspruchsrecht gegen die einseitig von dem Manne vorgenommene Veräußerung ihrerseits eingebrachter oder gemeinschaftlich erworbener Immobilien verleihen sollen, hinsichtlich der Seitens des Mannes in die Ehe gelangten Immobilien,

auf die ihr eventuelles Recht sich doch gleichfalls beziehen müßte, der Ehefrau ein solches Widerspruchsrecht aber nicht zusteht.

Die Unterstellung einer juristischen Person als Rechts- subject der vereinten Gütermasse hat nach H a s s e, der diese Ansicht besonders ausgebildet und entwickelt hat, in der Wissenschaft überhaupt nicht namhafte Vertreter gefunden. Sie kann auch in der That nicht den Charakter des Gezwungenen und Unnatürlichen verläugnen, wodurch sie sich als Kind einer mühsamen Reflexion verräth. Der Begriff der mystischen Person, einmal an sich künstlich und nur dem entwickelteren Rechtsbewußtsein verständlich, sodann nur dazu bestimmt, solchen Zwecken die rechtliche Organisation zu sichern, welche über das Leben einer Generation hinausgehen, soll hier auf eine Gemeinschaft angewendet werden, welche einerseits, weniger als die meisten übrigen Rechtsinstitute von der Gesetzgebung berührt, kaum von der Gestaltung abgewichen ist, welche ihr Jahrhunderte altes Gewohnheitsrecht verliehen hat, und die andererseits mit dem Tode der sie bildenden Personen nothwendig aufhören muß. Den Consequenzen, zu welchen sie führt, daß bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Gatten nicht Beerbung des verstorbenen Gatten oder Theilung eines gemeinschaftlichen Eigenthums, sondern Beerbung der juristischen Person eintritt <sup>11)</sup>, sowie daß für die Schulden der Gesamtmasse beide Ehegatten weder persönlich noch mit dem zur Gesamtmasse nicht gehörigen Vermögen einzustehen haben <sup>12)</sup>, haftet das Gezwungene ebenso wie dem Princip selbst an. Mit dem Isländischen Stadtrecht speciell läßt sich diese Ansicht nicht vereinigen, weil beide oben bezeichneten Consequenzen ausdrücklich von demselben ausgeschlossen werden. Erstere nämlich dadurch, daß nach Art. 2863 l. c. der Ehegatte, welcher als Vormund seiner Kinder

11) S. H a s s e a. a. D. § 39 u. 40.

12) S. ebendenselben a. a. D. § 53.

zur zweiten Ehe schreitet, ohne sich mit diesen abgetheilt zu haben, des Intestaterbrechts in den Nachlaß des verstorbenen Gatten verlustig gehen soll, was doch voraussetzt, daß er durch den Tod seines Gatten Erbe desselben, nicht aber der juristischen Person geworden ist. Die zweite Consequenz durch die Art. 88 u. 56, wonach der Ehemann mit seinem ganzen Vermögen, mithin auch mit seinem Sondergut und dem nach Auflösung der Gütergemeinschaft erworbenen Vermögen, für von der Frau im Interesse der ehelichen Gemeinschaft wie z. B. im Bereiche des inneren Hauswesens gemachte Schulden, welche doch ganz besonders als Schulden der Gesamtmasse anzusehen sind, zu haften hat.

Endlich würde man auch durch diese Ansicht, da das livländische Stadtrecht eine fortgesetzte Gütergemeinschaft kennt, in der sie Gemeinschaft zu ideellen Theilen annimmt, zu dem mehr als unwahrscheinlichen Resultat zweier durchaus verschiedener wahrhafter Gemeinschaftsverhältnisse gelangen, indem man mit Eintritt des Todes eines Gatten von der einen zu der anderen übergehen müßte.

Es kann hiernach nicht zweifelhaft sein, daß weder das ehemännliche Alleneigenthum noch die Annahme einer juristischen Person den Schlüssel für die Güterrechte des livländischen Stadtrechts gewährt.

Es bleibt mithin nur noch die Prüfung der ehemännlichen Mundialgewalt und des Miteigenthums ohne bestimmte Antheile als möglicher Erklärungsversuch übrig. Fassen wir zunächst letztere ins Auge.

### § 5.

Kritik des Miteigenthums ohne bestimmte ideale Antheile als Erklärungsprincip des hier behandelten Güterrechts.

Abgesehen davon, daß die vom Miteigenthum ausgehende Ansicht, wie wir sehen werden, eine der Hauptwirkungen des

Güterrechts der livländischen Städte aufs Einfachste zu erklären vermag, empfiehlt sie sich noch auf andere Art. Einmal nimmt, wie oben gezeigt worden ist, das Stadtrecht in der fortgesetzten Gütergemeinschaft eine Gemeinschaft zu ideellen Theilen an, bei welcher — worauf jetzt aufmerksam zu machen ist — nach Art. 1822 l. c. die Kinder „in die Stelle des verstorbenen Ehegatten treten“ sollen. Man könnte nun sagen, daß die mit einem Miteigenthum zu ideellen Theilen versehenen Kinder nur dann mit Recht als an die Stelle ihres verstorbenen Parends tretend betrachtet werden können, wenn letzterer zu seinen Lebzeiten auch ein Miteigenthum an der Gesamtmasse gehabt habe, woraus folgen würde, daß, da sein Miteigenthum nach Art. 80 nicht ein solches mit Unterscheidung von bestimmten Antheilen sein könne, es ein Miteigenthum ohne bestimmte Antheile sein müsse. Sodann könnte man für jene Ansicht anführen, daß, wo außer dem in Rede stehenden Rechtsverhältniß der nach livländischem Stadtrecht lebenden Ehegatten das Provinzialgesetzbuch noch eine Gütergemeinschaft annimmt, nämlich bei dem oben erwähnten Rechtsverhältniß des überlebenden Parends zu seinen Kindern nach demselben Stadtrecht, ferner für das Güterrecht der nicht zum Erbadel gehörigen Landgeistlichen (Art. 67 flg.) und sodann für das eheliche Güterrecht der Stadt Narwa (Art. 109), überall ein Miteigenthum zu ideellen Theilen statuiert werde, während dort, wo es ohne Annahme eines inneren Gemeinschaftsverhältnisses die besonderen Wirkungen des ehelichen Güterrechts lediglich aus der vormundschaftlichen Gewalt ableitet, wie im liv- und esthländischen Landrecht und nicht minder im curländischen Stadt- und Landrecht (Art. 41 l. c.), das Gütersystem nie mit dem Ausdruck Gütergemeinschaft bezeichnet werde, woraus man zu schließen sich versucht fühlen könnte, daß nach der Terminologie des Provinzialgesetzbuchs unter Gütergemeinschaft stets nur eine innere Güter-

gemeinschaft verstanden, die aus der Mundialgewalt fließende lediglich äußere Gütergemeinschaft aber nie so genannt werde, was, wenn jener Schluß richtig wäre, da als Erklärungsprincip des Güterrechts fürs livländische Stadtrecht uns nur noch das Miteigenthum und die ehemännliche Mundialgewalt übrig geblieben sind, allerdings die Frage zu Gunsten des Miteigenthums entscheiden würde.

Diejenige wesentliche Bestimmung des livländischen Stadtrechts, die, wie oben bemerkt, diese Ansicht so gut zu erklären vermag, ist die, daß nach Trennung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten das eheliche Vermögen nicht in seine ursprünglichen Theile zerfällt, sondern dasselbe, sofern nicht die Gütergemeinschaft fortgesetzt wird, in seiner ungetrennten Gesamtheit zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen nach Quoten getheilt wird, eine Bestimmung, in welcher die von dem Princip des Miteigenthums ausgehende Auffassung, indem sie von ihr auf das Verhältniß während bestehender Ehe zurückschloß, stets ihre Hauptstütze gehabt hat<sup>13)</sup>.

Hier sind wir aber an der Grenze dessen, was sich für obige Ansicht anführen läßt. Nicht selbst zu erklären vermag sie die Bestimmungen, wonach der Ehemann die Nutzung und die umfassendsten Dispositionsrechte über das gesammte eheliche Gut hat, der Frau aber solche mit wenigen Ausnahmen fehlen. Dies zu erklären überläßt sie der ehelichen Vormundschaft, deren Mitwirkung als Erklärungsgrund sie auch stets beansprucht hat<sup>14)</sup>. Ebenjowenig ist aus ihr die Bestimmung abzuleiten, daß für des Ehemanns Schulden, sowie für die (während der Ehe entstandenen) Delictschulden der Frau und für den Fall, daß sie Handelsfrau ist, für alle ihre Schulden

13) Runde a. a. O. § 58.

14) Runde a. a. O. § 63.

überhaupt die gesammte Masse haftet, vielmehr muß sie, wie wir gesehen haben <sup>15)</sup>, um zu ermöglichen, daß ein Miteigenthum überhaupt ohne ideelle Antheile der Eigenthümer gedacht werden kann, eine positive Rechtsvorschrift, die jene Haftung besonders festsetzt, voraussetzen.

Prüfen wir nun, ob jene angeführten Momente, die auf den ersten Blick so sehr für sie einzunehmen scheinen, und jene Bestimmung, die sie so gut zu erklären vermag, auch bei reiflicher Erwägung haltbare Stützen für sie darbieten?

Wir müssen es verneinen. Erstens läßt sich leicht erkennen, daß es mit dem Ausdruck des Art. 1822, wonach bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Kinder in die „Stelle“ des verstorbenen Ehegatten treten sollen, nicht viel auf sich hat. Es kann vielmehr unter dem Eintritt in die „Stelle“ des verstorbenen Parents nicht der Eintritt in eine mit der Stellung des letzteren vollkommen identische Rechtslage gemeint sein, sondern nur soviel, daß nach dem Tode des einen Parents das andere Glied der Gemeinschaft, das dem überlebenden gegenübersteht, nunmehr die Kinder sein sollen und zwar aus einem doppelten Grunde, einmal weil den Kindern nach dem Tode des Vaters keineswegs, wie diesem während der Ehe, Verwaltung und Nutzung der Gesamtmasse zustehen, sondern solche vielmehr der überlebenden Mutter gebühren (Art. 1825 l. c.), und sodann weil die besonderen ideellen Antheile an der Masse, welche den Kindern nach dem Tode eines ihrer Eltern zustehen, dem verstorbenen Parents zu seinen Lebzeiten laut ausdrücklichen Befehles (Art. 80) nicht zugestanden haben können. Diese allein mögliche Interpretation des Art. 1822 läßt aber eine durch die Mundialgewalt bewirkte bloß äußere Gütergemeinschaft ebenso sehr, wie eine auf einem Miteigenthum beruhende innere Gütergemeinschaft zu.

---

15) S. oben § 3.

Zweitens folgt daraus, daß an anderen Stellen das Provinzialgesetzbuch unter Gütergemeinschaft eine innere verstanden hat und, wo es das eheliche Güterrecht lediglich aus der Mundialgewalt erklärt, jenen Ausdruck nicht gebraucht hat, keinesfalls mit Nothwendigkeit, daß es auch beim livländischen Stadtrecht unter der Gütergemeinschaft die innere verstanden hat. Wenngleich die lediglich aus der Mundialgewalt abgeleitete Gütergemeinschaft keine innere, das Vermögen auch der Substanz nach einigende Gütergemeinschaft ist, so konnten doch zwei Gründe den Codificator des ostseeprovinciellen Rechts, wenn er die Mundialgewalt als die ausreichende Erklärungsurache für das Güterrecht der livländischen Städte ansah, zur Bezeichnung desselben als Gütergemeinschaft veranlassen. Einmal der Umstand, daß die Merkmale, welche die Praxis als die der Gütergemeinschaft ansieht, nämlich die Haftung der Gesamtmasse für die Schulden des Ehemanns und die nach dem Tode des einen Ehegatten eintretende Theilung der Gesamtmasse ohne Unterscheidung der früheren Bestandtheile, im Güterrecht der livländischen Städte im Gegensatz zu den übrigen auf der Mundialgewalt beruhenden ostseeprovinciellen Güterrechtssystemen, wo sie fehlen, vorhanden waren, sodann der Grund, daß zur Zeit der Entstehung der Codification von dem gewichtigsten Vertreter der ostseeprovinciellen Rechtswissenschaft, v. Bunge, dessen Arbeiten sowohl für die Gestaltung der Praxis als besonders auch für die Codification selbst maßgebend gewesen sind, das Güterrecht der livländischen Stände als Gütergemeinschaft bezeichnet wurde, obwohl er es lediglich aus der ehelichen Vormundschaft erklärte <sup>16)</sup>.

Was drittens endlich die Theilung der Gesamtmasse nach Quoten ohne Unterscheidung der ursprünglichen Bestand-

---

16) v. Bunge, liv- und estländisches Privatrecht § 282.

theile nach dem Tode des einen Ehegatten anbetrifft, so würde sie nur dann für die Zurückführung der Gütergemeinschaft auf ein Miteigenthum wirklich beweisend sein, wenn das mit ihr concurrirende Erklärungsprincip — die Mundialgewalt — für sie keine Erklärung fände, was keineswegs der Fall ist <sup>17)</sup>.

Da somit sämtliche Stützen, die für die Unterstellung des Miteigenthums sich scheinbar im Provinzialgesetzbuch auffinden ließen, bei näherer Betrachtung nicht Stand gehalten haben, so würde man, vorausgesetzt, daß die eheliche Vormundschaft die positiven Rechtsbestimmungen des livländischen Stadtrechts ebenfalls zu erklären vermag, resp. sich mit ihnen vereinigen läßt, schon jetzt geneigt sein, dieser vor jener den Vorzug zu geben, und zwar um deswillen, weil das Miteigenthum, wie wir sahen, nur mit Zuhilfenahme der ehelichen Vormundschaft als Erklärungsprincip bestehen kann, letztere mithin ihm gegenüber die einfachere Erklärungsthatsache wäre. Diese Neigung müßte aber zur festen Entschließung <sup>18)</sup> werden, wenn sich nachweisen ließe, daß das Miteigenthum als Erklärungsprincip mit den Rechtsfügungen des Provinzialgesetzbuchs sich nicht überall vereinigen läßt, die eheliche Vormundschaft dagegen nicht bloß die meisten derselben aufs Ungezwungenste erklärt und mit allen im Einklang steht, sondern für sie auch die historische Betrachtungsweise sich ausspricht.

Dieser Nachweis soll in Folgendem versucht werden.

17) Der Nachweis hiefür folgt weiter unten (§ 9).

18) Hier mag bemerkt werden, daß man in der Praxis freilich gewöhnlich der von dem Miteigenthum ausgehenden Ansicht begegnet. So in den, in den civilrechtlichen Entscheidungen der Rigaschen Stadtgerichte, herausgegeben von W. Zwingmann, sub Nris. 11, 56 u. 57 abgedruckten Erkenntnissen. Die Gründe, die in diesen für das Princip des Miteigenthums angeführt werden, sind — soweit vorhanden — ausschließlich den Bestimmungen der fortgesetzten Gütergemeinschaft entnommen und sind daher, so weit es sich um die Gütergemeinschaft während bestehender Ehe handelt, ohne jedes Gewicht.

I. Die Annahme eines Miteigenthums (ohne ideale Antheile) widerspricht bestimmten Rechtsbestimmungen des Provinzialgesetzbuchs.

Nur wenig Gewicht legen wir darauf, — wenngleich es nicht ganz zu übersehen ist — daß der Art. 927 des ostseeprovinziellen Privatrechts, indem er sagt:

„Ein Miteigenthum findet statt, wenn dieselbe ungetheilte Sache mehreren Personen, den Miteigenthümern, nicht nach bestimmten reellen, sondern bloß nach ideellen Theilen gehört, so daß nur eine Theilung des Rechtsinhalts vorliegt,

die Unterscheidung besonderer ideeller Theile an der gemeinschaftlichen Sache in die Definition des Miteigenthums hineinnimmt. Dies Argument gegen das hier besprochene Miteigenthum ohne besondere ideale Theile ließe sich mit dem Hinweise darauf, daß man nach dem Sage „omnis definitio periculosa est“ von einer Definition nicht verlangen könne, daß sie zur Erklärung aller, auch der von den übrigen besonders abweichenden Fälle ausreiche, zur Noth beugen.

Anderß verhält es sich aber mit dem Widerspruch, in welchem diese Ansicht zu der Bestimmung des Art. 83 l. c. steht, wonach nicht bloß auf den Namen der Frau in den Grundbüchern verzeichnete, — was aus dem Institut der Grundbücher zu erklären versucht werden könnte — sondern auch von beiden Ehegatten gemeinschaftlich gekaufte Immobilien während bestehender Ehe nicht ohne Zustimmung der Frau veräußert werden dürfen. Diese Bestimmung deutet auf ein Princip hin, wonach in Bezug auf die von der Frau in die Ehe gebrachten oder von ihr in derselben sei es auch nur in Gemeinschaft mit dem Manne erworbenen Güter ihr Rechtsverhältniß ein durchaus verschiedenes ist von dem Rechtsverhältniß, in dem sie zu dem von dem Manne herrührenden Vermögen steht, ein Princip, welches das keinen Unterschied zwi-

schen den Gütern der Frau und den des Mannes machende Miteigenthum unbedingt ausschließt.

### § 6.

Die eheliche Vormundschaft als Princip des hier behandelten Güterrechts. Nutzungs- und Dispositionsrechte des Ehemanns und Schranken der letzteren.

II. Das Princip der ehelichen Vormundschaft läßt sich, so wie sie im Provinzialgesetzbuch aufgefaßt ist, mit allen positiven Bestimmungen des hier behandelten Güterrechts in Einklang bringen.

Der Begriff der Vormundschaft, an sich nur das Recht zur Vertretung des Mündels und zur Verwaltung seines Vermögens in seinem Interesse enthaltend, mußte, auf das eheliche Verhältniß des Mannes zu der Frau angewendet, als eheliche Vormundschaft dadurch, daß nach deutscher Rechtsanschauung die Lasten des gemeinschaftlichen Haushalts ebenso von dem Vermögen der Frau wie von dem des Mannes getragen werden müssen, mithin das Vermögen der Frau nicht minder dem Manne wie ihr zu Gute kommen soll, verbunden mit dem Umstande, daß die Innigkeit des ehelichen Verhältnisses die sonst geltende Verpflichtung des Vormundes zur Rechenschaftsablegung über das verwaltete Vermögen von selbst verbot, eine wesentliche Erweiterung erfahren, indem die Grenze, welche sonst die Befugnisse des Vormundes an dem Vermögensinteresse des Mündels haben, bei der ehelichen Vormundschaft nicht aufrecht zu erhalten war. Dies ist der Grund, aus dem diejenigen deutschen Güterrechte, welche von der ehelichen Vormundschaft ausgehen, dem Ehemann nicht nur die Verwaltung des fräulichen Vermögens und ihre Vertretung, sondern auch die Nutzung und weitesten Dispositionsrechte über dasselbe einräumen, aber zugleich auch die Ursache davon, daß die Mundialgewalt des Ehemanns als Erklärungs-

princip des ehelichen Güterrechts soviel auf Widerstand gestossen ist<sup>19)</sup>. Es ist nicht grundlos, wenn man gesagt hat, daß die Vormundschaft in dieser Erweiterung, die das Provinzialgesetzbuch selbst als „Herrschaft“ des Ehemanns über das gesammte Gut kennzeichnet, mehr dem Eigenthum als der Vormundschaft ähnlich sieht und erklärlich, daß, wie wir gesehen haben, der Versuch gemacht worden ist, an ihrer Stelle einfach das Alleineigenthum des Ehemanns als Erklärungsprincip der Gütergemeinschaft zu substituiren. Für das livländische Stadtrecht ist aber noch nach seiner neuesten Codification die eheliche Vormundschaft in dieser Erweiterung anerkannt, es kann mithin an ihrem Bestande für dieses, so viel auch aus allgemeinen Gründen sich gegen sie geltend machen ließe, nicht gezweifelt werden.

Ebenso wie die Nutzungs- und Dispositionsrechte des Ehemanns lassen sich die Schranken, welche letztere in dem Art. 83 finden, aus dieser Ansicht ableiten. Läßt man nämlich, wie diese Ansicht es verlangt, die Ehefrau während der Ehe Eigenthümerin ihrer Güter bleiben, indem man letztere nur äußerlich sich unter der Vormundschaft des Mannes mit seinem Vermögen vereinigt denkt, so muß es ganz selbstverständlich erscheinen, wenn das Gesetz bei so wichtigen Dispositionen des Ehemanns über das eheliche Gut, wie es Veräußerungen ihr gehöriger Immobilien sind, dieselben an ihre Zustimmung bindet. Dieses und nichts anderes thut nun der Art. 83. Seinem Wortlaute nach sollen ihm zufolge freilich nur die in den Gerichtsbüchern auf den Namen der Frau verzeichneten und die während bestehender Ehe von beiden Ehegatten gekauften Immobilien nicht ohne Zustimmung der Frau vom Ehemanne veräußert werden. Seinem Sinne nach be-

---

19) S. Duncker a. a. D. § 21, S. 217 u. 218 und Baumeister, Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg Bd. 2 § 89 S. 157.

zieht sich das von ihm verlangte Zustimmungskrecht der Frau aber unzweifelhaft auf sämmtliche sei es ausschließlich sei es zu einem ideellen Antheil ihr gehörigen Immobilien, soweit es mit dem im livländischen Provinzialrecht bestehenden Grundbuchsystem und den von diesem für den Erwerb dinglicher Rechte an Immobilien aufgestellten Bedingungen in Einklang zu bringen ist. — Um dieses nachweisen zu können, wird erst der Einfluß festzustellen sein, den das in Livland bestehende Grundbuchsystem auf ein gesetzlich gewolltes Zustimmungskrecht der Frau bei Veräußerungen ihrer Immobilien nothwendig jederzeit ausüben muß. Nach den Art. 812 und 3016 flg. l. c. wird im Interesse der durch die öffentlichen Grundbücher ermöglichten Publiicität der Immobiliarrrechte durch jede Eintragung des Eigenthums in die Grundbücher eine Präsumtion der Rechtmäßigkeit des Eigenthums begründet und wird, falls über die Eintragung ein öffentliches Proclam ergangen und in Folge desselben kein Widerspruch Seitens des verletzten Berechtigten erhoben worden ist, selbst das widerrechtlich eingetragene Eigenthum ein unanfechtbares.

Dieser Grundsatz muß bei bestehendem Verbot der Veräußerung der Frau gehöriger Immobilien ohne ihre Zustimmung es bedingen, daß falls letztere auf den alleinigen Namen des Ehemannes in den Grundbüchern verzeichnet sind, dennoch einerseits der Ehemann bei einer gegen ihren Willen vorgenommenen Veräußerung keinen Widerspruch Seitens der Corroborationsbehörde zu befürchten hätte, vielmehr die Eintragung des veräußerten Immobilis auf den Namen des Erwerbers von derselben zugelassen werden müßte, andererseits die Ehefrau nur dann eine solche Veräußerung anzufechten berechtigt wäre, wenn die Eintragung des veräußerten Immobilis auf den Namen des Ehemanns eine widerrechtliche gewesen und zugleich dieselbe durch widerspruchlosen Ablauf des über sie erlassenen Proclams noch nicht unanfechtbar geworden wäre.

Für die Interpretation eines Gesetzes, welches nach livländischem Stadtrecht die Veräußerung der der Frau gehörigen Immobilien an ihre Zustimmung bindet, wird daher aus dem in Livland bestehenden Grundbuchsystem zweierlei zu folgern sein: Einmal wird das Gesetz dahin eingeschränkt verstanden werden müssen, daß, falls die der Frau ganz oder theilweise gehörigen Immobilien in unanfechtbarer Weise auf den alleinigen Namen des Ehemanns in die Grundbücher eingetragen worden sind, das Zustimmungsrecht der Frau zu cessiren habe und zweitens wird als stillschweigend zugleich in ihm liegend die Bestimmung betrachtet werden müssen, daß die Immobilien, die der Ehemann nicht ohne Zustimmung der Frau veräußern darf, er auch nicht ohne ihre Zustimmung auf seinen alleinigen Namen eintragen zu lassen berechtigt ist, letzteres um deßwillen, weil sonst das Zustimmungsrecht der Frau ja jederzeit durch die Eintragung auf seinen Namen illusorisch gemacht werden könnte.

Jetzt wird sich die Interpretation des Art. 83 von selbst ergeben.

Das Befremdende, das er auf den ersten Blick dadurch bietet, daß er seinem Wortlaut nach von den der Frau allein gehörigen Immobilien behufs Begründung ihres Zustimmungsrechts die Eintragung derselben auf ihren Namen verlangt, die von ihr und dem Ehemann gemeinsam gekauften Immobilien aber ohne Zustimmung der Frau schlechtweg für unveräußerlich erklärt, ist jetzt beseitigt, da nach Obigem einmal es eine der ausdrücklichen Erwähnung gar nicht bedürftige Voraussetzung ist, daß die ihr sei es ganz oder theilweise gehörigen Immobilien auf ihren Namen verzeichnet sein müssen, um ihr Zustimmungsrecht zu begründen, und andererseits es trotz der Nothwendigkeit jener Eintragung der Immobilien auf ihren Namen es doch in sofern, als der Ehemann nicht ohne ihre Zustimmung ihr gehörige Immobilien auf seinen

Namen eintragen lassen darf, doch einen sehr guten Sinn hat, die Veräußerung ihnen gemeinschaftlich gehöriger Immobilien ihm schlechtweg zu verbieten.

Unsere Interpretation des Art. 83, welche sonach den Inhalt desselben darin sieht, daß er dem Ehemann ohne Zustimmung der Frau sowohl die ihr ganz oder theilweise gehörigen Immobilien, sofern sie nicht in unanfechtbarer Weise auf seinen Namen bereits eingetragen sind, zu veräußern als auch sie auf seinen alleinigen Namen eintragen zu lassen verbietet, wird indessen, um alle Bedenken gegen ihre Richtigkeit auszuschließen, noch eine Frage zu beantworten haben, nämlich die, warum in dem Art. 83 von dem Zustimmungszrecht der Frau außer bei den der Frau ausschließlich angehörenden Immobilien nur noch bei den „während bestehender Ehe von beiden Ehegatten gekauften“ Immobilien die Rede ist, während obigem Sinne nach man doch neben jenen ersteren eine Erwähnung sämtlicher von beiden Ehegatten wie auch immer gemeinsam erworbener Immobilien erwarten dürfte? Dies erklärt sich einfach daraus, daß die Codification bei der Behandlung des Güterrechts der livländischen Städte, wie die Knappheit und Lückenhaftigkeit der über dasselbe in ihm enthaltenen Bestimmungen ersehen läßt, offenbar von der Tendenz, den Aussprüchen der älteren Quellen so wenig wie möglich hinzuzufügen und soweit möglich ihrer Ausdrucksweise selbst getreu zu folgen, beherrscht ist und dem zu Folge die Worte: „welche (Immobilien) während bestehender Ehe von beiden Ehegatten gekauft sind“, — wie die Quellenangabe unter dem Art. 83 nachweist, — den Statuten und Rechten der Stadt Riga entlehnt hat <sup>20)</sup>, der Sprachweise

20) Statuten und Rechte der Stadt Riga § 4 Tit. 11 B. 3: „Was beide annoch lebende Eheleute an unbeweglichen Erbe kaufen, solches sind sie wieder zu verkaufen, zu vertauschen, zu verpfänden und zu vergeben, ohne Jemandes Einrede, mächtig so lange sie beide leben u.“

dieses im siebzehnten Jahrhundert abgefaßten Rechtsbuchs, welche den concreteren Begriff dem abstracteren, das Beispiel der Regel vorzuziehen pflegt, es aber vollkommen entspricht, daß es an Stelle des allgemeineren Begriffs „erwerben“ den concreteren Begriff „kaufen“ gebraucht.

Es ist hier auch noch zu erwähnen, daß die von dem Ehemann wenngleich in seinem eigenen Namen so doch aus den von der Ehefrau in die Ehe gebrachten Mitteln erkaufte oder sonstwie angeschaffte Immobilien auch als der Frau angehörig zu betrachten sind, und daher ebenfalls ohne ihre Zustimmung von ihm weder — sofern sie nicht auf seinen Namen in den Grundbüchern bereits rechtsgültig eingetragen sind, — veräußert, noch auf seinen alleinigen Namen eingetragen werden dürfen. Dies ist eine Consequenz der ehelichen Vormundschaft, aus der wir die Dispositionsrechte des Ehemanns über das Frauengut ableiten, insofern jene ihm wohl gestattet, die bewegliche Habe der Frau frei zu veräußern und zu consumiren, dasselbe aber immerhin als Eigenthum der Frau betrachtet und daher die Befugniß des Mannes ausschließen muß, es nur deshalb zu veräußern, um in veränderter Gestalt unter Aufhebung der Eigenthumsrechte der Frau es sich selbst anzueignen, eine Consequenz, die überdies in einer älteren Quelle des livländischen Stadtrechts, nämlich in dem s. g. Busendorffschen Statut<sup>21)</sup> (dem hamburgisch-rigischen Stadtrecht) ausdrückliche Anerkennung gefunden hat und daher vollständig unzweifelhaft ist.

Die übrigen wesentlichen Rechtsbestimmungen des ehelichen Güterrechts der livländischen Städte lassen sich zwar nicht alle aus dem Princip der ehelichen Vormundschaft ableiten,

21) Cap. 19. „Wert eyner vruven erve mede gheven, also men se to manne ghevet, ofte wert mit erve gode erve ghekoft, dat erve ne mach ere man setten, noch sellen ofte uplaten an ere vulbort unn ere jawort.“

wohl aber sämmtlich sich mit ihm vereinigen. Gehen wir sie der Reihe nach durch.

### § 7.

#### Schulden der Ehegatten. Veräußerungs- befugnisse der Frau.

##### Schulden der Ehegatten.

Für die Schulden des Mannes haftet, wie wir gesehen haben, unbeschränkt, wann und aus welchem Rechtsgrunde sie auch entstanden sein mögen, die Gesamtmasse, d. h. neben dem Vermögen des Mannes auch das Vermögen der Frau, sofern letzteres nicht in Landgütern besteht oder zu ihrem Sondergut gehört (Art. 81 l. c.). Die Verhaftung des in die Gesamtmasse fallenden Vermögens der Frau ist jedoch nicht so zu verstehen, daß unter Ausschluß eines persönlichen Schuldverhältnisses derselben lediglich ihr Vermögen, soweit es in die Gesamtmasse fällt, mit den Schulden des Mannes belastet ist, sondern bedeutet, daß sie selbst Mitschuldnerin der Gläubiger ihres Mannes ist, aber in beschränkter Weise <sup>22)</sup>, nur soweit ihr in die Gesamtmasse gefallenes Vermögen reicht. Diese Auffassung ergibt sich durch eine Vergleichung des Art. 85, der für die Schulden des Mannes das ganze zur Gesamtmasse gehörige Vermögen der Frau ohne Ausnahme für verhaftet erklärt, mit dem Art. 83, wonach der Ehemann die Immobilien der Frau auf keinerlei Weise mit Lasten beschweren darf, welche beiden Artikel, wenn man das Frauengut nur deshalb für mitverhaftet ansehen würde, weil der Mann es durch seine Schulden belaste, sich gegenseitig ausschließen würden, während nach

22) Nähere Nachweise darüber, daß in dem deutschen Rechte ein obligatorisches Verhältnis des Schuldners, welches in Bezug auf die Vermögensobjecte, mit welchen er haftet, beschränkt ist, nicht selten vorkommt, finden sich bei D. Stobbe „über den Eintritt der Erben in die obligatorischen Verhältnisse“ im „Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts“ Bd. 5, Heft 3, insbes. S. 316.

jener Deutung solche der Frau gehörige Güter, die der Ehemann einseitig nicht belasten kann, nichts destoweniger, doch für seine Schulden, da sie zugleich persönliche Schulden der Frau sind, mitverhaftet sein müssen<sup>23)</sup>.

Was die Schulden der Frau anbetrifft, so haftet für die während der Ehe entstandenen Schulden derselben, mit Ausnahme der Delictschulden und der von ihr als Handelsfrau eingegangenen Verbindlichkeiten einerseits — für die die Gesamtmasse haftet (Art. 90 und 92) — und der von ihr innerhalb der Grenzen des inneren Hauswesens und während dringender Noth eingegangenen, sowie derjenigen Schulden, aus denen der Ehemann bereichert worden, andererseits — für welche sowohl die Gesamtmasse als auch das Sondergut des Ehemanns haftet (Art. 88 und 56), — weder das von Seiten des Ehemanns noch von ihrer Seite in die Gesamtmasse geflossene Vermögen, sondern ist sie für dieselben nur mit ihrem Sondergut und dem nach Auflösung der Ehe frei werdenden Vermögen verantwortlich (Art. 91). Ihre vorehelichen Schulden aber ist der Mann nur so weit zu bezahlen verpflichtet, als das von ihr in die Ehe gebrachte und während derselben durch sie in die Gesamtmasse geflossene Vermögen reicht (Art. 89).

Was von obigen Bestimmungen abgesehen von Einzelheiten der Erklärung bedarf, ist erstens die wenngleich in Ansehung des Vermögens, mit dem sie haftet, beschränkte Mitverhaftung der Frau für die Schulden des Mannes, zweitens die als Regel geltende Nichtverhaftung des zur Gesamtmasse geflossenen Frauenguts für die ehelichen Schulden der Frau

---

23) Gegen die, wenngleich in Bezug auf das Vermögen beschränkte, so doch immerhin persönliche Verhaftung der Frau spricht keineswegs der Art. 86, da die Worte „ebenso wenig mit ihrer Person“, wie die Belegstellen unter dem Artikel nachweisen, nur den Personalarrest der Frau wegen der Schulden des Mannes auszuschließen bezwecken.

und drittens die ausnahmsweise bald ganz unbeschränkte bald beschränkte Mitverhaftung des ehemannlichen Vermögens für letztere 24).

In dem Ersten und Zweiten erblicken wir Consequenzen der ehelichen Mundialgewalt, die durch positive Rechtsvorschrift jedoch theils erweitert, theils eingeschränkt worden sind, — das Dritte beruht auf ihr fremden Gründen.

Es wird heute ganz allgemein auch von denjenigen, welche jetzt in der Gütergemeinschaft ein Gesamteigenthum oder Miteigenthum erblicken, zugegeben, daß fürs ältere deutsche Recht nur das ehemannliche Mundium als Grundlage des ehelichen Güterrechts zu gelten habe 25). Dem älteren Rechte und besonders auch dem hamburgischen Stadtrecht von 1270, aus dem sich das livländische Stadtrecht entwickelt hat 26), war aber die Verhaftung des Frauengutes für die Schulden des Ehemanns in dem Umfange bekannt, in welchem ihm hinsichtlich desselben Veräußerungsbefugnisse zustanden 27). Die Haftung desselben in diesem Umfange mußte sich daher mit dem, was Consequenz des Mundium war, decken, was auch sofort einleuchtet, da Güter, die der Mann nach freiem Belieben veräußern kann, der Execution seiner Gläubiger sich nicht entziehen lassen. Nur die Ausdehnung der Verhaftung auf die auch seiner Veräußerung nicht unterliegenden Güter der Frau einerseits und die gänzliche Ausschließung ihres Sonderguts von der Verhaftung andererseits sind nicht sich von selbst ergebende Folgerungen der Mundialgewalt, sondern setzt jene die

24) Die Verhaftung des zur Gesamtmasse geflossenen Frauengutes für ihre vorehelichen Schulden ist bei unserer Annahme, wie später gezeigt werden wird, selbstverständlich.

25) Duncker, Gesamteigenthum § 21 S. 217; Bluntschli, deutsches Privatrecht § 198 S. 585.

26) Sieh unten § 10.

27) Heise und Cropp, juristische Abhandlungen Bd. 2 XVI § 17; Beseler, gem. deutsches Privatrecht § 139 S. 585.

positive Vorschrift, daß die Frau als Selbstschuldnerin in die Schulden des Mannes mit eintritt, diese den Satz, daß die Güter, die das Sondergut der Frau bilden, weder unter die vormundschaftliche Gewalt des Mannes fallen, noch von der persönlichen Mitverhaftung der Frau berührt werden, nothwendig voraus, Bestimmungen, welche nicht in einem juristisch undefinirbaren Gesamteigenthum an dem in die Gesamtmasse fallenden Vermögen, sondern lediglich ihren Grund haben einerseits in dem Verkehrsbedürfniß, welches zur Vermeidung von Collusionen die ausnahmslose Verhaftung der sämmtlichen in der Hand des Mannes vereinigten Güter verlangte, und andererseits darin, daß man, nachdem man die Geschlechtscuratel außerhalb der Ehe ganz aufgegeben hatte (Art. 512 l. c.), sie innerhalb derselben zum Wenigsten nicht in Ansehung solcher Güter fortbestehen lassen konnte, deren Ausnahmstellung zu Gunsten einer freien Verfügungsgewalt der Frau unabweißbare innere Gründe oder der Vertragswillen beider Ehegatten verlangten.

Was nun das Zweite, die als Regel geltende Nichtverhaftung des zur Gesamtmasse geschlossenen Frauengutes für die ehelichen Schulden der Frau anbetrifft, so liegt in derselben zweierlei: einmal, daß das zur Gesamtmasse gehörige Frauengut der Regel nach nicht haftet und sodann, daß das Frauengut, soweit es nicht zur Gesamtmasse gehört, — also ihr nach Auflösung der Ehe frei gewordenes Gut und ihr Sondergut, — wohl haftet. Das Erste wird allgemein als Consequenz der ehelichen Vormundschaft zugegeben <sup>28)</sup> und ist als solche auch ganz unabweißbar, da doch in ihr zum Mindesten eine in Bezug auf das in der Verwaltung des Mannes stehende Gut geltende Dispositionsunfähigkeit der Frau liegt.

---

28) Bluntschli, deutsches Privatrecht § 201 S. 598; Besefer a. a. D. § 139 Anmerk. 14.

Ob auch das zweite aus ihr folgt, ist dagegen streitig<sup>29)</sup>, indem die Ansichten darüber, ob die Handlungsunfähigkeit der Frau in Folge der Mundialgewalt des Mannes eine absolute oder relative ist, auseinandergehen. Wenn es consequenter ist, ihre absolute Handlungsunfähigkeit aus der Mundialgewalt zu folgern, so ist doch genügender Grund für eine positive Rechtsbestimmung vorhanden, diese auf eine relative herabzusetzen, und damit die persönliche Haftung der Frau mit ihrem Sonder- und nach der Ehe frei werdenden Gut stets erklärt.

Die Ausnahmen von der Nichtverhaftung des in die Gesamtmasse gefallenen Frauengutes für ihre ehelichen Schulden sind identisch mit den Fällen, in welchen auch das in die Gesamtmasse gefallene Vermögen des Ehemanns und in welchen neben diesem auch sein übriges Vermögen für die ehelichen Schulden der Frau haftet. Alle lassen sich als innerlich berechnigte Schranken der ehemännlichen Mundialgewalt vollkommen erklären. Die Verhaftung des Bevormundeten aus Delictschulden und aus der Bereicherung besteht ja auch bei der Altersvormundschaft, indem der Pupill für erstere wenigstens nach Erreichung einer bestimmten Reife (L. 13 § 1 D. de dolo malo (4, 3); Art. 3445 l. c. und die unter diesem Art. angeführten Quellestellen) und aus jener, der Bereicherung, (L. 3 § 4 de neg. gest. (3, 5); Art. 355 l. c.) stets haftet. Ihre Geltung für die eheliche Vormundschaft war daher schon durch die Analogie mit jener geboten.

Die Anerkennung der Dispositionsfähigkeit der Frau innerhalb des inneren Hauswesens sodann war durch ihre Stellung als Besorgerin der inneren Haushaltung<sup>30)</sup>, ihre Dispositionsfähigkeit in Ansehung der in dringender Noth contrahirten

29) Dieselben a. a. D.

30) Zu vergl. statt Vieler: Bluntschli a. a. D. § 201 S. 599 u. 600.

Schulden ferner als eine unabweißbare sittliche Pflicht des Ehemanns verlangt <sup>31)</sup>, sowie endlich die Verhaftung ihres Vermögens für ihre Schulden, wenn sie mit Genehmigung ihres Ehemannes sich als Handelsfrau etablirt hat, eine selbstverständliche Consequenz dieser Genehmigung ihres ehelichen Vormundes ist.

Daß in eben diesen Fällen — was den dritten zu erklärenden Satz bildet — auch der Ehemann bald mit seinem in die Gesamtmasse gefallenen, bald und zwar in der Mehrzahl der Fälle selbst mit seinem ganzen Vermögen für die Schulden der Frau haftet, steht, wie gesagt, mit seiner Mundialgewalt in keinem Zusammenhange, sondern ist diese Haftung, — was die innerhalb des inneren Hauswesens und in dringender Noth gemachten Schulden betrifft, — aus ebendenselben Gründen, welche in diesen Fällen die Verhaftung des Frauenguts trotz der Mundialgewalt des Ehemanns rechtfertigen, — was ferner die Verhaftung aus der Bereicherung betrifft, — aus einer freien Anwendung des Principis der Bereicherungsklagen <sup>32)</sup> und — was endlich die Delictschulden und die von der Frau als Handelsfrau contrahirten Schulden betrifft — als letzte Consequenz eines Principis zu erklären, das in jenen ersteren Fällen schon gewissermaßen schlummerte, und dem man, nachdem man die (freilich auf ihr in die Gesamtmasse geschlossenes Vermögen beschränkte) Mitverhaftung der Frau für die Schulden des Mannes als feststehende Regel aufgestellt hatte, ohne eine ganz unmotivirte Rechtsungleichheit zu schaffen, die Anerkennung nicht versagen konnte, nämlich des Principis, daß, soweit die Mundialgewalt der Entstehung von Rechtsverbindlichkeiten in der Person der Frau, für die sie mit ihrem zur Masse gehörigen Vermögen verantwort-

31) Derselbe, ebendasselbst.

32) S. die als Belegstelle unter dem Art. 56 l. c. angeführte L. 14 D. de condict. indebiti (12, 6).

lich wurde, nicht entgegenstand, ebenso wie sie für die Schulden des Mannes, der Mann auch für ihre Schulden verhaftet werden müsse.

Daß in den beiden erstbezeichneten Fällen die Haftung des Mannes eine weitere (mit seinem ganzen Vermögen), in den beiden letztbezeichneten Fällen eine engere (mit seinem zur Gesamtmasse gehörigen Vermögen) ist, beruht offenbar darauf, daß seine Verhaftung in den ersteren von Anfang an in der Natur der Sache gelegen hat, seine Haftung in den letzteren aber erst nachher zu einer principiellen Ausgleichung nothwendig wurde.

Das Letzte, was noch in der die Schulden beider Ehegatten betreffenden Materie der Beleuchtung bedarf, der Satz nämlich, daß für die vorehelichen Schulden der Frau das von ihr in die Ehe gebrachte und während derselben durch sie in die Gesamtmasse geflossene Vermögen haftet, der Ehemann mithin als ihr Vormund soweit ihre Vertretung nicht ablehnen darf, erklärt sich nach keiner Ansicht so einfach<sup>33)</sup>, wie aus der hier befolgten, da nach derselben die Ehefrau Eigenthümerin ihres Gutes auch während der Ehe verbleibt, ihre Handlungsunfähigkeit, die als Regel während der Ehe gilt, aber vor der Ehe, als sie die Schulden contrahirte, ja noch nicht bestand.

Wir schließen die Betrachtung über die Schuldverhältnisse der Ehegatten, indem wir erkannt haben, daß es sich hier dem Wesentlichen nach einestheils um eine aus der Mundialgewalt des Ehemanns fließende Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrau, anderentheils um eine theils auf ersterer theils auf besondere positiven Rechtsätzen beruhende, vielfach beschränkte, solidarische Haftpflicht des einen Gatten für die Schulden des anderen Gatten handelt.

---

33) Bessler a. a. O. § 139 Anmerk. 13.

## Veräußerungsbefugnisse der Frau.

Das Provinzialgesetzbuch erkennt Veräußerungsbefugnisse der Frau sowohl in Betreff ihres zur Gesamtmasse geflossenen Gutes als auch betreffs des dem Manne gehörigen Vermögens in zwei Fällen an, erstens nämlich, wenn dieselben sich als Verfügungen im Bereiche des inneren Hauswesens zu ihrem (der Frau) und der Familienglieder Bedarf charakterisiren und zweitens wenn sie auf einem allgemeinen oder speciellen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrage des Mannes beruhen (Art. 56, Punkt 1 und 2). Der zweite Fall, vollständig durch die Grundsätze des Mandats erklärt, bedarf keiner Erörterung. Die Veräußerungsbefugnisse der Ehefrau im ersten Fall aber, sowohl ganz allgemein in der Wissenschaft<sup>34)</sup> als auch im Provinzialgesetzbuch<sup>35)</sup> auch für diejenigen Güterrechtssysteme als geltend angenommen, in denen die eheliche Vormundschaft ganz zweifellos als Erklärungsprincip anerkannt ist, erklärt sich einfach daraus, daß die Kosten des inneren Haushalts zu tragen zum Mindesten ebensosehr Obliegenheit des Mannes als der Frau ist und die Stellung der Frau als Leiterin des inneren Hauswesens es mit sich bringt, ihr in dieser Sphäre eine gesetzliche Befugniß, ihren Mann rechtsgiltig zu vertreten, einzuräumen.

### § 8.

#### Fortsetzung.

Eheliche Ertrugenschaft und Wirkungen der Ehescheidung auf das eheliche Vermögen.

Die Ansicht, daß die eheliche allgemeine Gütergemeinschaft des livländischen Stadtrechts nicht auf einem Miteigenthum der beiden Ehegatten beruht, sondern aus der ehelichen

34) Statt vieler z. vergl. Bluntschli a. a. D. § 201 S. 599.

35) Ergiebt sich aus einer Zusammenhaltung des Art. 56 mit dem Art. 41.

Vormundschaft erklärt werden muß, würde, wenn sich nachweisen ließe, daß an einzelnen Bestandtheilen ihres Vermögens die Ehegatten dennoch ein Miteigenthum hätten, selbstverständlich noch keine Anfechtung erleiden. Denn die Fälle, in denen es nachweisbar wäre, würden die Regel nicht aufheben, sondern nur als Ausnahme derselben gelten können. Sehen wir nun zu, ob solche Ausnahmen begründet sind?

Zunächst ist indessen klar, daß ein Fall des unter den Ehegatten unzweifelhaft begründeten Miteigenthums — nämlich der, wenn dieselben etwas unter einem gemeinschaftlichen Rechtstitel erwerben, — hier ganz auszuscheiden ist, da das in diesem Fall entstehende Miteigenthum selbst in der Consequenz unserer Ansicht liegt, die ja die Rechte des Ehegatten innerlich so bestehen läßt, wie sie ursprünglich entstanden sind.

Unseres Erachtens ist aber auch eine wirkliche Ausnahme von unserer Regel anzunehmen. Es enthält nämlich der Art. 126 l. c. die Bestimmung, daß bei Aufhebung der Ehe durch Ehescheidung das von den Ehegatten während der Ehe „gemeinsam Erworbene“ unter ihnen zu gleichen Theilen getheilt werden soll. Da dieser Art. zugleich auch von dem Princip ausgeht, daß mit der Ehescheidung eine Sonderung der durch die Gütergemeinschaft vereinigten Güter der beiden Ehegatten einzutreten hat und folgeweise weiter festsetzt, daß jeder Ehegatte das von ihm in die Ehe gebrachte sowie das während der Ehe ihm besonders zugefallene und von ihm besonders erworbene Gut bei der Ehescheidung herauszunehmen hat, so kann der Rechtsgrund für jene erste Rechtsbestimmung nur in der Annahme gefunden werden, daß an dem von den Ehegatten während der Ehe „gemeinsam Erworbenen“ dieselben ein Miteigenthum und zwar zu ideellen Hälften gewinnen. Als Ausnahme von der Regel müssen wir mithin an dem während der Ehe „gemeinsam Erworbenen“ ein Miteigenthum der Ehegatten gelten lassen. Was ist nun aber unter dem

während der Ehe „gemeinsam Erworbenen“ nach dem Provinzialgesetzbuch zu verstehen?

Man wird die Frage leichter lösen können, wenn man zuerst feststellt, was nicht darunter zu verstehen ist. Erstens ist das von den Ehegatten „gemeinsam Erworbene“ keineswegs identisch mit dem unter gemeinschaftlichem Rechtstitel von den Ehegatten Erworbenen, woran, wie oben bereits bemerkt worden, sie allerdings auch Miteigenthum haben. Die Annahme einer solchen Identität wird ausgeschlossen erstens dadurch, daß, da nach dem Art. 126 bei einer Ehescheidung das zur Gesamtmasse vereinigte Gut in seine ursprünglichen Bestandtheile auseinanderfallen soll, das unter gemeinsamen Rechtstitel Erworbene folgeweise immer nur in Gemäßheit der bestimmten Antheile, welche die Ehegatten nach dem gemeinschaftlichen Rechtstitel gerade an dem gemeinsam erworbenen Gut haben, nicht aber nach „gleichen Theilen“ getheilt werden kann, zweitens aber auch dadurch, daß das Provinzialgesetzbuch die Theilung des „gemeinsam Erworbenen“ nur dort, wo als Princip des Güterrechts die Gütergemeinschaft, nicht aber auch dort, wo das Princip des gesonderten Guts besteht, statuiert, mithin etwas anderes darunter verstehen muß, als die Theilung des unter gemeinschaftlichem Rechtstitel Erworbenen, welche letztere nothwendig ja auch bei den Güterrechtssystemen angenommen werden muß, die nicht von der Gütergemeinschaft ausgehen (Art. 121 l. c.).

Sodann ist das „gemeinsam Erworbene“ ebensowenig identisch mit der deutschrechtlichen s. g. ehelichen Errungenschaft d. h. demjenigen Gut, welches von den Ehegatten während der Ehe durch Arbeit verdient oder durch Sparsamkeit von dem Ertrage ihres Eingebachten erübrigt wird. Denn nach Art. 81 u. 27 l. c. soll das von der Frau durch Fleiß und Arbeit für ihre eigene Rechnung Erworbene — unzweifelhaft ein Bestandtheil der Errungenschaft — zu ihrem Sondergut gehören,

das Sondergut kann aber, weil es gar nicht zur Gesamtmasse gehört, überhaupt gar nicht bei einer Theilung ausgesetzt sein. Zweitens soll nach Art. 126 das von den Ehegatten besonders Erworbene (im Gegensatz zu dem ihnen besonders Zugefallenen) — ebenfalls ein Bestandtheil der Errungenschaft — dem erwerbenden Ehegatten ungetheilt bei der Theilung zufallen, was ebenfalls der geforderten Theilung „des gemeinsam Erworbenen“ widerspricht.

Endlich kann unter dem „gemeinsam Erworbenen“ auch nicht das von den Ehegatten ungleich nicht unter gemeinschaftlichem Rechtstitel, so doch aus gemeinschaftlichen, dem beiderseitigen Eingebachten entnommenen Mitteln erworbene, namentlich erkaufte Gut verstanden werden. Denn einmal hätte es nach dem im Art. 126 aufgestellten Princip, wonach bei einer Theilung das eheliche Vermögen in seine ursprünglichen Bestandtheile aufgelöst werden soll, keinen Sinn, warum ein Gut, zu dessen Erstehungspreise der eine Ehegatte vielleicht hundert Mal mehr als der andere beigesteuert hat, unter ihnen „zu gleichen Theilen“ getheilt werden sollte, so dann ist aber auch oben bereits nachgewiesen worden<sup>36)</sup>, daß, da das von dem Ehemann ungleich im eigenen Namen, so doch aus den eingebrachten Mitteln der Frau angeschaffte Gut doch Eigenthum der Frau wird, zu folgern ist, daß das aus gemeinschaftlichen Mitteln von ihnen erworbene Gut Mit-eigenthum beider Ehegatten pro rata der von jedem zu dem Erstehungspreise zugeschossenen Mitteln wird, mithin auch nicht nach gleichen Theilen, sondern nur nach den Theilen, die ihnen an demselben zustehen, unter ihnen getheilt werden kann.

Nachdem so festgestellt worden ist, was unter dem „ge-

---

36) S. oben § 6 a. E.

meinsam Erworbenen“ nicht verstanden werden kann, wird sich, was unter ihm zu verstehen ist, leicht ergeben.

Es bleibt nämlich als möglicher Inhalt des Begriffs allein nur übrig das von den Ehegatten durch gemeinsame Arbeit Verdiente und das, was das deutsche Recht diesem regelmäßig gleich achtet<sup>37)</sup>, das von ihnen von dem Ertrage ihres Eingebrachten Ersparthe.

Daß das erstere auch wirklich zu dem „gemeinsam Erworbenen“ zu zählen sein wird, das kann nicht zweifelhaft sein, da nichts so sehr für „gemeinsam erworben“ gelten kann, als das durch gemeinsame Arbeit Erworbene. Ob das zweite ebenfalls unter das „gemeinsam Erworbene“ zu subsumiren sei, halten wir aber für eine quaestio facti, deren Entscheidung in jedem einzelnen Fall davon abhängig zu machen sein wird, ob die Erübrigung von dem Ertrage des Eingebrachten durch wirkliche Sparsamkeit bedingt gewesen ist oder trotz mangelnder Sparsamkeit stattgefunden hat, denn nur im ersten Fall bieten die Erträge des eingebrauchten Gutes mit den Erzeugnissen der Arbeit eine Analogie dar, welche es rechtfertigt, daß beide auch rechtlich gleich behandelt werden, während im zweiten Fall der Ertrag des Eingebrachten einzig und allein als Frucht des Eingebrachten erscheint, und daher auch nur analog mit diesem selbst rechtlich zu beurtheilen sein wird d. h. dem Ehegatten allein zuzubilligen sein wird, von dessen Eingebrachten es gewonnen worden ist.

Wir sehen nach Allem diesem, daß das, was das Provinzialrecht sowohl über die eheliche Errungenschaft enthält, als auch seine Bestimmungen von den Wirkungen der Ehescheidung auf das eheliche Vermögen sich vollkommen mit unserer Erklärung der Gütergemeinschaft aus der ehelichen Vormundschaft vereinigen läßt.

---

37) S. Bluntschli a. a. D. § 197, 4.

## § 9.

## Fortsetzung.

Theilung, resp. Vererbung der Gesamtmasse nach Raten ohne Unterscheidung der ursprünglichen Bestandtheile bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Gatten.

Wie wir oben erfahren haben, wird das während der Ehe unter der Vormundschaft des Mannes bloß zu einheitlicher Nutzung und Verwaltung vereinigte beiderseitige Vermögen der Ehegatten nach Auflösung der Ehe durch den Tod des einen Gatten zu einer auch innerlich geeinten Masse, indem hinsichtlich desselben bei beerbter Ehe zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern eine Rechtsgemeinschaft zu ideellen Theilen, bei unbeerbter Ehe aber zwischen jenem und den Blutsverwandten des Verstorbenen eine Theilung nach Raten eintritt.

Es fragt sich nun, wie diese Wirkung erklärt werden kann, ohne zugleich auch eine innere Gemeinschaft des ehelichen Vermögens während bestehender Ehe anzunehmen? Die Antwort hierauf giebt einerseits die durch die Innigkeit der deutschen Ehe gegebene Rechtsfitte, welche dem überlebenden Ehegatten eine seiner früheren Lebensgewöhnung entsprechende Existenz durch Zuweisung eines erheblichen Theils des ganzen ehelichen Gutes zu sichern verlangte, und andererseits die an Unmöglichkeit grenzende Schwierigkeit, eine Separation desselben nach seinen ursprünglichen Bestandtheilen vorzunehmen, nachdem letztere theils zufolge der jede Rechenschaftspflicht abweisenden ehelichen Vormundschaft, theils zufolge der solidarischen Haftpflicht des einen Ehegatten für die Schulden des anderen, welche beide selbst eine totale Verzehrung des Vermögens des einen Gatten zu Gunsten des anderen Gatten ermöglichten, sich vollständig vermischt haben mußten. Diese beiden Momente führten dazu, keinen Unterschied zwischen den

beiden Vermögen zu machen, sondern dem überlebenden Ehegatten, statt ihm die Vorwegnahme des seinerseitigen Vermögens einerseits und einen Erbtheil an dem auszufordernden Vermögen des Verstorbenen andererseits einzuräumen, einfach eine Rate an der ganzen ungesondert bleibenden Vermögensmasse zuzusprechen, von der dann dem entsprechend den Kindern oder Seitenverwandten des Verstorbenen — diesen natürlich lediglich anstatt ihres Erbtheils an dem auszufordernden Vermögen desselben — die andere Rate zufiel<sup>38)</sup>. Diese Auffassung, welche in der dem überlebenden Ehegatten an der Gesamtmasse zukommenden Rate nicht bloß ein Äquivalent seines eigenen so zu sagen durch die Schwierigkeit der Absonderung in der Gesamtmasse verlorenen Vermögens, sondern ebenso sehr sein Erbtheil an dem Vermögen des Verstorbenen sieht, stimmt auch damit vollkommen zusammen, daß die Quellen des livländischen Stadtrechts den Eintritt des überlebenden Gatten in die Rate der Gesamtmasse als „Erbfolge“ und die Rate selbst als „Erbe“ bezeichnen<sup>39)</sup>, was sich weder mit dem Gesamteigenthum, das eine Consolidation des Gesamtguts in der Hand des Überlebenden annimmt<sup>40)</sup>, noch mit dem Miteigenthum, welches consequent<sup>41)</sup> doch nur eine Theilung eines bereits dem überlebenden Gatten eigenthümlich schon zustehenden Vermögens annehmen könnte, leicht vereinigen ließe.

---

38) Hierüber zu vergleichen insbesondere Heise und Cropp in den juristischen Abhandlungen II N<sup>o</sup> 16 § 38.

39) S. die Ueberschrift der Abtheil. 5, Tit. 2 B. 3 des 3. Theils des Provinzialrechts vor dem Art. 1819, sodann Art. 2863 l. c. und der Stadt Riga „Statuta und Rechte“ Lib. 4, Tit. 6 § 2.

40) S. Scherer „Die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft“ § 71.

41) Runde, im deutschen ehelichen Güterrecht § 106 lehnt freilich diese Consequenz ab.

## § 10.

Das Princip des ehelichen Güterrechts nach den älteren Quellen des livländischen Stadtrechts.

Wir gelangen jetzt zur historischen Beleuchtung der Frage.

III. Die für das eheliche Güterrecht maßgebenden älteren Quellen des livländischen Stadtrechts sind:

- 1) das hamburgisch-rigische Stadtrecht, eine nur wenig Abweichungen enthaltende besondere Redaction des hamburgischen Stadtrechts vom Jahre 1270, nach seinem Herausgeber F. E. Pufendorf gewöhnlich „Pufendorffsches Statut“ genannt,
- 2) das umgearbeitete rigische Stadtrecht (wahrscheinlich am Ende des 13. Jahrhunderts entstanden), nach seinem ersten Herausgeber gewöhnlich „Delrichsches Statut“ genannt, und
- 3) „der Stadt Riga Statuta und Rechte“ vom Jahre 1673, die letzte Redaction des rigischen Stadtrechts vor der Codification des livländischen Privatrechts vom Jahre 1864.

Da die beiden letztbezeichneten Quellen das eheliche Güterrecht der ersten Quelle seinem wesentlichsten Inhalte nach in sich aufgenommen haben <sup>42)</sup>, so wird die Frage, welches Princip dem älteren Recht der livländische Städte zu Grunde liegt, vorzugsweise aus der ersten Quelle zu beantworten sein.

Das hamburgisch-rigische Stadtrecht (s. g. Pufendorffsches Statut) weicht aber wiederum, so weit es sich um das eheliche Güterrecht handelt, nirgends von dem hamburgischen Stadtrecht von 1270, von dem jenes ja bloß eine besondere Recension ist, ab. Was von letzterem gilt, gilt mithin auch von jenem.

---

42) S. hierüber L. Napierstky, Morgengabe des rigischen Rechts § 3, 4, 5.

Welches Princip nun das eheliche Güterrecht des hamburgischen Stadtrechts von 1270 beherrscht, darüber ist man heute in der Wissenschaft vollkommen einig<sup>43)</sup>. Allgemein wird nämlich als solches das der ehelichen Vormundschaft erkannt. Die Beweise, die man hiesfür anführt, aufzuzählen, sind soweit sie zeigen, daß die einzelnen einschlagenden Rechtsbestimmungen des hamburgischen Stadtrechts jede andere Erklärung ausschließen, bereits in dem enthalten, was wir oben zur Begründung desselben Principis fürs heutige livländische Stadtrecht, das die meisten wesentlichen Bestimmungen der älteren Rechtsquellen in sich aufgenommen hat, angeführt haben. Was außerdem für dasselbe noch spricht, beruht im Wesentlichen darauf, daß erstens schon die Quelle des hamburgischen Rechts, das sächsische Recht, keine Verschmelzung des ehelichen Gutes der Substanz nach kannte, sondern das beiderseitige Vermögen der Ehegatten nur äußerlich unter der Vormundschaft des Mannes sich vereinigen ließ (Kropp. a. a. D. § 8 und flg.), zweitens, daß in dem hamburgischen Stadtrecht von 1270 nirgends auch nur das Wort einer Gütergemeinschaft gebraucht wird, die in ihm wie auch in den späteren Recensionen vorkommenden Ausdrücke wie „samende Güter“ oder „gemeine Gut“ aber sich nur entweder auf die Schuldenzahlung oder die Theilung des Nachlasses beziehen, in welchen Fällen regelmäßig oder unter Umständen unbeschadet des Principis allerdings kein Unterschied zwischen dem beiderseitigen Vermögen gemacht wird (Kropp § 40, Rapiersky § 4 S. 14) und drittens, daß — was, da die unterschiedlose Theilung der Gesamtmasse ohne vorherige Ausscheidung der Maten des überlebenden Ehegatten für den Fall der Trennung der Ehe durch Tod doch als eine unerläßliche Consequenz jeder inneren Gü-

---

43) S. insbesondere Heise und Kropp a. a. D. und Dunter a. a. D. § 21 S. 217.

tergemeinschaft angesehen wird, das Wichtigste ist, — jene unterschiedlose Theilung der Gesamtmasse nur für den Fall der beerbten Ehe, nicht aber für den Fall der unbeerbten Ehe im hamburgischen Stadtrecht von 1270 begründet ist, letzteren Falls vielmehr der überlebende Ehegatte erst nach vorgängiger Ausscheidung seiner Aften das eheliche Gut mit den Erben des verstorbenen Gatten zu theilen hat (Ruffendorffsches Statut Cap. 36, Hamburgische Statuten von 1270, III, 10).

Der einzige eingreifende Unterschied zwischen dem Güterrecht der oben bezeichneten beiden späteren Quellen des rigischen Stadtrechts und dem des eben behandelten hamburgisch-rigischen Stadtrechts besteht darin, daß nach jenen in Hinsicht der Theilung des ehelichen Gutes beim Tode des einen Ehegatten nicht mehr ein Unterschied zwischen der beerbten und unbeerbten Ehe gemacht wird <sup>44)</sup>, sondern die Theilung jetzt in jedem Fall in die Gesamtmasse ohne vorherige Ausscheidung der Aften stattfindet. (Delrichs'sche Statuten V, 2; Statuta und Rechte Lib. 4 Tit. 6 § 1). Daß aber diese unterschiedlose Theilung der Gesamtmasse wohl stets eine nothwendige Folge der inneren Gütergemeinschaft ist, umgekehrt dagegen aus ihr niemals die innere Gütergemeinschaft nothwendig zu folgern ist, ist bereits oben in erschöpfender Weise von uns dargethan worden. Es wird daher ebensowenig nach den Delrichs'schen Statuten und „den Statuten und Rechten“, wie nach dem ältesten rigischen Stadtrecht ein anderes Princip für das eheliche Güterrecht als das der ehelichen Vormundschaft angenommen werden können. Eines eingehenderen Nachweises, daß auch für das ältere livländische Stadtrecht die eheliche Vormundschaft als das leitende Princip des Güterrechts zu gelten hat, glauben wir uns um so mehr entschlagen zu

---

44) Ebenowenig wie in den hamburger Statuten von 1276 (Stück 3, Art. 10), welchem das Delrichs'sche Statut in dieser Beziehung gefolgt ist.

können, als in der Wissenschaft des livländischen Provinzialrechts, soweit in ihr eine Begründung des ehelichen Güterrechts nach den älteren stadtrechtlichen Quellen versucht worden ist, die Frage stets in gleicher Weise beantwortet worden ist. Sowohl von Bunge <sup>45)</sup> als L. Napierstky <sup>46)</sup> — die beiden Schriftsteller, die unseres Wissens allein <sup>47)</sup> die Frage wissenschaftlich erörtert haben, — führen beide das eheliche Güterrecht des rigischen Stadtrechts auf die eheliche Vormundschaft zurück. Die Verschiedenheit, die zwischen ihren Auffassungen besteht, beruht nur darin, daß dieser den Ausdruck Gütergemeinschaft für dasselbe verwirft, jener, der Praxis folgend, denselben aber gelten läßt.

Die Entscheidung über die Frage nach dem Princip der in dem ehelichen Güterrecht der Livländischen Städte begründeten allgemeinen Gütergemeinschaft ist daher ebenso wie vom dogmatischen so auch vom historischen Standpunkte zu Gunsten der ehelichen Vormundschaft ausgefallen.

Dr. Heinrich Gürgens.

---

45) N. a. D. Th. 2 § 282.

46) N. a. D. § 4.

47) Die sich für das Gesamteigenthum entscheidenden Ausführungen Nielsen's in seiner Darstellung des Erbfolgerechts in Livland Th. 1 § 179 Ann. können als streng wissenschaftliche schwerlich bezeichnet werden.

## II.

### Nach einige Worte zur Frage von der Wirkung der erfüllten Resolutiv-Bedingung nach dem Rechte der Ostsee-Provinzen.

---

Im ersten Jahrgange dieser Zeitschrift <sup>1)</sup> hatte ich den Nachweis zu liefern versucht, daß die Bestimmungen der Art. 3175 und 3910 Theil III unseres Provincial-Rechts, welche bei Constituirung eines dinglichen Rechts unter einer auflösenden Bedingung existente conditione nur eine obligatio auf Retradition der Sache resp. auf Befreiung von den in der Zwischenzeit daran constituirten dinglichen Rechten gewähren, mit dem wiederholt, — namentlich in den Art. 868 Punkt 4, 1265, 1280, 1417, 1418, 3492 und 4142, — vom Provinzial-Rechte klar und deutlich anerkannten Principe des gemeinen Rechts hinsichtlich der dinglichen Wirkung der erfüllten Resolutiv-Bedingung in unlösbarem Widerspruche ständen und es bei solcher Antinomie wissenschaftlich geboten sei, sich für das gemeinrechtlich anerkannte Princip zu entscheiden. Dieser Auffassung gegenüber vertritt C. Erdmann im 2. Jahrgange dieser Zeitschrift <sup>2)</sup> die Ansicht, daß die diesseits behauptete Antinomie eine bloß scheinbare sei, zu deren Beseitigung der Art. 3926 l. c. den Schlüssel biete. — Es soll in Nachstehendem eine nähere Beprüfung und Widerlegung dieser Ansicht versucht werden.

---

1) *N* VIII. S. 302—316.

2) *N* V. S. 134—194.

## § 1.

Die Erdmannsche Deduction, die ich hier möglichst vollständig wiedergeben will, ist im Wesentlichen folgende<sup>3)</sup>:

Allerdings scheine die Rieffersche Theorie über die Wirkung der erfüllten Resolutiv-Bedingung im Art. 3175 mit directen Worten anerkannt zu sein. Die inzwischen bestellten dinglichen Rechte blieben bestehen und der Rückvererber habe bloß einen obligatorischen Anspruch auf Befreiung von denselben durch den Zwischeneigenthümer, beziehungsweise auf das *id quod interest*. Halte man diese Stelle zusammen mit Art. 3910, wo gleichfalls nur eine persönliche Verpflichtung zur „Befreiung“, nicht das *ipso jure* eintretende Zusammenfallen der inzwischen entstandenen Rechte Dritter ausgesprochen werde, sowie mit Art. 3926 pr., der dem zum Wiederkauf Berechtigten bloß einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Käufer gewähre, — (der aber um deswillen hier in Betracht zu ziehen sei, weil unter dem Wiederkauf des Provincial-Rechts nicht das römischrechtliche bloße *pactum de retrovendo*, sondern wirklich eine Resolutiv-Bedingung (!) gemeint sei, wie Art. 3923 und Art. 3926 am Schluß ausdrücklich lehrten —), so scheine die Reception der Riefferschen Anschauung keinem Zweifel zu unterliegen. Allein es bleibe auch nur beim Scheine.

Zunächst nämlich ergäbe die nähere Beprüfung des Art. 3175, daß in demselben, dem Wortlaute nach, nur von dem Schicksale der durch den Zwischeneigenthümer dritten Personen bestellten dinglichen Rechte, nicht aber von dem Schicksal des Eigenthums selbst, insofern es in der Hand des Zwischenerwerbers bleibe, die Rede sei. Ja es möchte aus dem Beginne des fraglichen Gesetzes-Punkts:

---

3) l. c. S. 165—174.

„Tritt die Bedingung ein, so ist es — soweit dies überhaupt möglich ist — so anzusehen, als wenn der Vertrag gar nicht vorhanden gewesen wäre,“

geschlossen werden, daß eine Vernichtung des begründenden Rechtsgeschäfts ipso jure, ähnlich einem „Nichtvorhandensein des Vertrages“, stattzufinden hat, eine Thatsache, welche sich mit Kesser's Anschauung um so weniger vertrage, als auch die weiter folgenden Worte:

„Beide Theile haben dann Alles zurückzugeben“

eher auf ein Zurückgeben von Vertragswegen, also eine unmittelbar aus demselben entstehende Pflicht der Besitzübertragung<sup>4)</sup>, als auf eine erst nach Klage des Rückwerbers zu erfolgende Retradition schließen lasse, und zwar um so mehr, als das betreffende Gesetz, welches die Folgen des Bedingungseintritts speciell zu erörtern unternommen, insofern es die erste und directeste Folge desselben in einer vom bisherigen Rechte total abweichenden Weise hätte kennzeichnen wollen, dies direct hätte aussprechen und nicht erst aus anderen Ausdrücken vermuthen lassen müssen.

Auch der Art. 3910 betone die obligatorische Verpflichtung zur Befreiung von den inzwischen auferlegten Lasten nur Dritten gegenüber und unterlasse es zu erörtern, ob die Rückerstattung der Sache mit der Vindication oder actio venditi zu verlangen sei, während die zu diesem Artikel bezogenen Digesten-Stellen theils entschieden gegen Kesser sprächen, theils die Frage nach der Vindication der Hauptsache gar nicht berührten.

Es stehe also die Sachlage so, daß wir nur aus der Bestimmung über das Nichterlöschen der Dritten eingeräumten

---

4) Danach würde ja also, selbst nach Erdmann's Auslegung, der Art. 3175 nur eine obligatio ad restituendum für den f. g. Zwischenwerber, nicht einen ipso jure eintretenden Rückfall an den f. g. Rückwerber statuiren, also gegen Erdmann's Anschauung sprechen.

dinglichen Rechte auf die Verweigerung der Vindication der Hauptsache und die Reception der Rießler'schen Anschauung schließen dürften.

Es lasse sich aber eine Auffassung der bezüglichen Gesetzesstellen ermöglichen, nach welcher das Nichterlöschen der dinglichen Rechte Dritter und das unmittelbare Wiedererlangen der Vindication dem Zwischenerwerber gegenüber zusammen vorkommen können.

Der Umstand nämlich, daß zu dem Art. 3175 l. c. keine einzige Gesetzesstelle citirt sei, auf welche Rießler sich für seine Ansicht berufen, während der zu dem qu. Artikel citirte Digesten=Titel de lege commissoria ganz entschieden der Rießler'schen Anschauung entgegenstehe, sowie der weitere Umstand, daß der qu. Artikel als Quelle sogar das „Gewohnheitsrecht“ anrufe, das wir im ganzen Provincial=Gesetzbuch mit Recht nur dann (!) citirt fänden, wenn eine Abweichung von dem gemeinen Rechte und dessen Quellen gelehrt werden soll, lasse darauf schließen, daß speciell provincialrechtliche Grundsätze eine Abweichung von der gemeinrechtlichen Theorie für unsere Frage verlangten.

Den Schlüssel zu dieser provincialrechtlichen Modification dürfe man aber in dem Schlusssatz des Art. 3926 l. c. zu finden haben, der laut Art. 3923 l. c. von dem Wiederkauf als einer auflösenden Bedingung handele und vollständig also laute:

„Wenn der Käufer die Sache an einen Dritten veräußert hat, so hat der zum Wiederkauf Berechtigte bloß einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Käufer. Gegen den Dritten, welcher die Sache oder ein dingliches Recht an derselben erworben, kann das Wiederkaufsrecht nur dann geltend gemacht werden, wenn ihm bei der Erwerbung das Verhältniß bekannt war, desgleichen wenn ein Immobil Gegenstand des

Wiederkaufsrechts und letzteres in die öffentlichen Gerichtsbücher eingetragen ist.“

In Gemäßheit dieses Artikels cessire also nach provinciellem Rechte die Vindication der unter einer Resolutiv-Bedingung übertragenen Sache bei Mobilien, wenn dieselben bona fide von dem Zwischenerweber veräußert worden waren<sup>5)</sup> und bei Immobilien, wenn der Erwerbstitel des Rückfalls, d. h. die Resolutiv-Bedingung, nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen worden ist. Dies seien aber gerade diejenigen Beschränkungen, welche die gemeinrechtliche Vindication bei uns überhaupt erfahren. Denn nach Art. 923 l. c. falle jede Vindication von Mobilien dem redlichen Erwerber gegenüber, der die Sache aus der Hand eines vom Eigenthümer selbst eingesetzten Zwischenbesizers erhalten hat, total weg, in Gemäßheit der in den Dstsee-Provinzen geltenden Rechtsregel: „Hand wahrt Hand“ oder „wo man seinen Glauben gelassen, da muß man ihn wieder suchen,“ nach Art. 809 l. c. aber, auf welchen sich Art. 3926 ausdrücklich berufe, begründe die einfache Uebergabe eines Immobilis noch kein Eigenthumsrecht, das vielmehr erst dadurch bewirkt werde, daß die zuständige Behörde die Eintragung des betreffenden Rechtsgrundes und der darüber ausgefertigten Urkunde in die zu diesem Zwecke eingerichteten öffentlichen Gerichtsbücher verfügt, und nach Art. 810 endlich müsse zur Begründung eines dinglichen, dritten Personen gegenüber verfolgbaren Rechts an einem Immobilil nicht nur jede Veräußerung desselben, sondern jede Veränderung in der Person des Eigenthümers dieser Eintragung un-  
terzogen werden.

Hier also läge die Entscheidung. Die gemeinrechtliche Eigenthums-Vindication könne bei Erfüllung der Resolutiv-

---

5) Es sollte hier wohl richtiger heißen: „wenn dieselben bona fide von einem Dritten erworben sind,“ denn auf die bona fides des Dritten soll es ja bei dem Grundsatz „Hand muß Hand wahren“ ankommen.

Bedingung um deswillen nicht Platz greifen, weil sie überhaupt nach den Grundsätzen unseres Provincial-Rechts nur in beschränktem Maße Geltung erlangt habe.

Daher sei es selbstverständlich (?), daß die Erfüllung der auflösenden Bedingung Dritten gegenüber keine dinglichen Ansprüche gewähre, daß man vielmehr bei Mobilien seinen Glauben suchen müsse, wo man ihn gelassen, daß man ferner ohne Corroboration des ganzen Rechtsgeschäfts mit seiner Bedingung keine vindication eines Immobils gegen den Dritten oder gegen den Zwischenerwerber erhalte, wie überhaupt keine vindication ohne Corroboration möglich sei, und daß man endlich den Besteller resp. Zwischeneigenthümer bloß auf Corroboration, beziehungsweise auf Befreiung von den Rechten Dritter oder auf das *id quod interest* in Anspruch nehmen könne.

Naturgemäß finde aber hier eine Unterscheidung statt zwischen Mobilien und Immobilien.

Bei Mobilien werde nämlich die vindication bloß Dritten gegenüber und zwar nur für den Fall redlichen Erwerbs versagt, so daß dieselbe gegen den Zwischeneigenthümer ohne Zweifel jederzeit anstellbar sei. Processualisch stelle sich die Sache sogar so, daß auch der Dritte mit der Eigenthumsklage belangt werden könne, unter gleichzeitiger Behauptung des unredlichen Erwerbes oder auch indem *replicando* der unredliche Erwerb behauptet und bewiesen werde.

Anders stehe die Frage bei Immobilien. Hier werde dem Rückerverwerber (?) erst durch die Corroboration überhaupt Eigenthum und damit die Eigenthumsklage gewährt; er erhalte somit die vindication auch gegen den Zwischeneigenthümer erst mit Vollziehung dieses Actes und müsse sich bis dahin mit einer persönlichen Klage, gerichtet auf Vollzug der Eintragung, begnügen.

Sei aber die Corroboration vollzogen gewesen, sei ande-

rerseits die bewegliche Sache bei dem Zwischeneigenthümer unbelastet verblieben, so spreche kein Gesetz die Vindication ab, vielmehr falle das Eigenthum alsdann ipso jure an den Rückerber zurück, mit welcher Auffassung denn auch die Aussprüche der Art. 868 Punkt 4, 1417 und 1418, 3900 und 3942 übereinstimmen, welche deutlich von einem ipso jure eintretenden Rückerber redeten.

Speciell aber unterstüge, wie Erdmann meint, der Schluß des Art. 1418:

„Wurde jedoch eine bewegliche Sache unbedingt verpfändet, so bleibt das Recht des Faustpfandgläubigers, der das Pfand in gutem Glauben empfing, ungekränkt“

seine Anschauung.

Diese letzten Worte seien nämlich ein neuer Beleg für die Richtigkeit der Behauptung, daß nur rein provincialrechtlicher Grundsätze halber dem Rückerber aus der bedingten Tradition die Vindication gegen Dritte versagt werde. Auch hier werde die Regel „Hand muß Hand wahren“ als Grund dafür angeführt, daß, trotz Aufhörens der Eigenthumsrechte des Verpfänders, die durch denselben bestellten dinglichen Rechte dem redlichen Erwerber nicht verloren gehen. Andererseits werde die Nichtcorroboration des Erwerbstitels an Immobilien hier nicht als zweite Ausnahme von der Vindication angeführt, weil vor der Corroboration überhaupt das Recht des Verpfänders an der Sache gar nicht aufhörte<sup>6)</sup>, die Prämisse also

6) Da durch Bestellung eines Pfandrechts überhaupt das Recht des Verpfänders an der Sache nicht aufgehoben, sondern nur durch das constituirte Pfandrecht beschränkt werden könnte, so läßt sich doch nur höchstens sagen, daß vor der Corroboration das Recht des Pfandnehmers, also dessen Pfandrecht am Immobil nicht entstanden sei, während von einem Aufhörens des Rechts des Verpfänders an der Sache nicht füglich die Rede sein kann. Allein selbst zur Begründung eines Pfandrechts an Immobilien ist nach Liv- und Estländischen Landrechten, sowie in den Städten Liv- und Estlands, außer Meval, die Ingressation nicht erforderlich cf. Art. 1585 und 1586 l. c.

gar nicht eingetreten sei, von welcher das dingliche Recht des Pfandnehmers abhängen soll.

Das praktische Resultat der Untersuchung nach dieser Richtung hin wäre also, nach Erdmanns eigener Recapitulation 7), folgendes:

Wenn eine Resolutiv-Bedingung der Uebertragung einer beweglichen Sache hinzugefügt worden war, so falle mit Eintritt der Bedingung das Eigenthum ipso jure an den Tradenten zurück und derselbe sei befugt, die Eigenthumsklage auch gegen den Dritten formell anzustellen, die jedoch der Dritte, wenn er die Sache gutgläubig erworben, durch die exceptio dominii entkräften könne, wogegen dem Kläger dann nur noch die Replik des Erwerbes mala fide offen bleibe, und trete dieselbe Wirkung natürlich auch anderweitigen dinglichen Rechten Dritter gegenüber ein.

Bei Immobilien dagegen sei vor Allem schon bei der Tradition 8) an den Promissar darauf zu sehen, daß die Bedingung ordentlich in die Gerichtsbücher eingetragen wird. Sei dies geschehen, so falle das Eigenthum ipso jure an den Promittenten zurück, sobald die auflösende Bedingung eingetreten. Wäre aber die Corroboration unterblieben, so habe der Rückerber bis zur Nachholung derselben nur einen persönlichen Anspruch gegen den Zwischeneigenthümer auf Befreiung von den inzwischen auferlegten dinglichen Lasten und auf Vollzug der Corroboration 9).

7) l. c. S. 174.

8) Für die Constituirung dinglicher Rechte an Immobilien ist ja aber die Tradition von gar keinem Belange, da sie eben regelmäßig nur durch Corroboration des Erwerbstitels entstehen, insofern dieser ein Privatrechtsgeschäft ist.

9) Darnach scheint also Erdmann bei Immobilien im Falle der Corroboration das Zusammenfallen der inzwischen Dritten constituirten dinglichen Rechte existente conditione als ipso jure eintretend anzusehen; leider spricht er sich in seiner Abhandlung über diesen wichtigen Punkt nirgends ausdrücklich aus.

Darnach wäre also, wie Erdmann <sup>10)</sup> schließlich erklärt, eine *media sententia*, welche zugleich dem Rechtsleben die zugehendste sei, als die unseres Gesetzbuches anerkannt.

## § 2.

So dankenswerth auch das Bemühen Erdmann's ist, den hier in Rede stehenden Widerspruch in den Quellen unseres Privatrechts zu beseitigen und so gewandt er immerhin seiner Aufgabe nachzukommen gesucht hat, so kann ich doch, nach sorgfältiger Bepfung und Erwägung seiner Argumente, die von ihm vertretene Ansicht nicht für begründet, den von ihm für dieselbe angestrebten Beweis nicht für erbracht erachten.

Zunächst ist es eine durch nichts zu rechtfertigende und auch von Erdmann nirgends näher begründete Behauptung, daß der Vorbehalt des Wiederkaufs nach unserem Provinzialrecht nicht gleichbedeutend sei mit dem römischrechtlichen *pactum de retrovendendo*. Das Gegentheil ergibt sich mit dürresten Worten aus dem Art. 3922, wo es heißt:

„Mittelt des Wiederkaufs oder Rückkaufs — i. e. Wiederkaufs oder Rückkaufs-Vertrages — verpflichtet sich der Käufer, dem Verkäufer auf dessen Verlangen die gekaufte Sache zurückzuverkaufen.“

Es ist hier also deutlich von einem Geschäfte die Rede, welches einerseits genau so definiert wird, wie sich in den Quellen des römischen Rechts <sup>11)</sup>, — die zu allem Ueberflusse zu Art. 3922 ausdrücklich bezogen sind, — desgleichen in jedem Lehrbuche <sup>12)</sup> des römischen Rechts das *pactum de retrovendendo* gekennzeichnet findet, und welches andererseits sich als

10) l. c. S. 194.

11) L. 12. D. XIX, 5; L. 2. C. 54.

12) J. V. Goefchen Civilrecht Bd. II § 579; Arnolds Pandekten § 301; Windscheid Pandekten Bd. II § 388, wo ausdrücklich vor der Verwechslung mit Resolutiv-Bedingung gewarnt wird.

ein suspensiv=bedingtes Nebengeschäft, gerichtet auf Wiederherstellung eines früheren Zustandes durch das Medium einer obligatio ad rem restituendam, klar und deutlich zu erkennen giebt, so daß von einem ipso jure eintretenden Zurückfallen des Eigenthums der verkauften Sache an den Wiederkaufer berechtigten eben deshalb, weil er nur zum Wiederkauf, also nur obligatorisch, berechtigt ist, absolut unmöglich die Rede sein kann. Wenn daher Erdmann sich auf den Art. 3923 beruft, welcher allerdings sagt, daß der Vorbehalt des Wiederkaufers eine auflösende Bedingung sei, so ist auch durch diesen Artikel für ihn nichts gewonnen, denn, wie ich bereits in meiner Eingangszugehörigen Abhandlung<sup>13)</sup> ausgeführt habe, handelt es sich hier offenbar nur, wenn nicht um ein offenkundiges Versehen, doch offensichtlich um eine Ungenauigkeit der Ausdrucksweise, deren sich auch die Quellen des römischen Rechts schuldig machen, indem sie unrichtig von einem negotium, quod resolvitur sub conditione, nicht bloß da sprechen, wo mit einem gewissen Umstande die directe Auflösung der bisher bestandenen Wirkung eintreten soll, wo also eine wirklich auflösende Bedingung gesetzt ist, sondern auch da, wo es sich um einen unter einer suspensiv=Bedingung abgeschlossenen, besonderen Nebenvertrag handelt, welcher auf Wiederherstellung eines früheren Zustandes gerichtet ist. Das innere Wesen, die Natur, der Dinge vermag auch die höchste menschliche Gewalt nicht zu verändern. Es liegt daher auch ganz außer der Machtphäre des Gesetzes eine Gleichung herzustellen zwischen einer suspensiv=bedingten obligatio auf Wiederherstellung eines früheren Zustandes und der directen Auflösung der rechtlichen Wirkung einer Willenserklärung vermöge der ihr beigefügten resolutiv=Bedingung, also indirect = direct zu setzen. Es ist dies ebenso unmöglich,

---

13) l. c. S. 214 und 215.

als es dem Gesetze unmöglich ist, eine ansteckende Krankheit zu einer nichtansteckenden, mit einem Worte, das Unmögliche möglich zu machen.

Ein Beispiel für eine ähnliche Ungenauigkeit des Ausdrucks, wie sie der Art. 3923 offensichtlich enthält und wie sie wohl in jedem Gesetzbuch vorkommt, liefert auch der Art. 3178, wo das, was eine negative nothwendige Bedingung ist (z. B. wenn du nicht in den Himmel fliegst), die daher den Vertrag, welchem sie als suspensive beigefügt worden, als unbedingt erscheinen läßt, mit ihrem diametralen Gegentheil, der negativen unmöglichen Bedingung (z. B. wenn es niemals regnet), welche das Geschäft ungültig macht, verwechselt wird.

Aus dem so eben Erörterten ergibt sich schon von selbst, daß der Art. 3926 auch lediglich von obligatorischen Wirkungen des *pacti de retrovendendo* handeln kann, weil der *qu.* Vertrag seiner Natur nach nur obligatorisch<sup>14)</sup> zu wirken vermag.

Daß dem in der That auch so ist, erhellt für das unbefangene Auge übrigens klar genug aus den von Erdmann betonten Worten des Art. 3926, welche, indem sie das Wiederkaufsrecht gegen den Dritten, der die Sache oder ein dingliches Recht an derselben erworben, dann geltend zu machen gestatten, wenn ihm bei der Erwerbung das Verhältniß bekannt war, desgleichen wenn ein Immobil Gegenstand des Wiederkaufsrechts und dieses letztere in die

14) Windscheid I. c. § 388. Wesentlich verschieden von diesem *pactum de retrovendendo* wäre das als auflösende Bedingung gemeinte *pactum displicentiae*, welches als eine auf das nackte Wollen desjenigen, dessen Willen unterworfen werden soll, gestellte Bedingung begrifflich nicht den mindesten Einfluß auf den Bestand der von dem Zwischenerber an der Sache bestellten dinglichen Rechte ausüben könnte cf. L. 3. D. XX, 6 und dazu Windscheid I. c. § 93. Von solch einem *pactum displicentiae* ist aber im Art. 3926 gar nicht die Rede, sondern erst im Art. 3939 u. fgn.

öffentlichen Gerichtsbücher eingetragen ist, — nicht eine dingliche Klage, sondern einfach eine *actio personalis in rem scripta* gewähren, also bloß die rein obligatorische Verpflichtung zum Wiederverkauf resp. zum Schadensersatz — die doch unmöglich den Gegenstand eines dinglichen Rechts bilden kann — auf denjenigen Dritten übertragen, der beim Erwerbe der Sache wissentlich das Recht des Wiederkaufs-Berechtigten unbeachtet ließ oder wenigstens, indem er von dem Inhalte der öffentlichen Gerichtsbücher keine Notiz nahm, von dem Vorwurf einer nicht zu entschuldigenden Nachlässigkeit nicht füglich freigesprochen werden kann.

So wenig nun aus diesem, wie gezeigt, für die Beantwortung der Frage nach den Wirkungen der erfüllten Resolutiv-Bedingung überhaupt nicht verwerthbaren Art. 3926 die von Erdmann behauptete Beschränkung der *Vindication*, sondern nur umgekehrt die Extendirung der *actio in personam*, deducirt werden kann, ebenso wenig bietet dieser Artikel einen Anhaltspunkt zu der von Erdmann beliebten Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Dies ist schon daraus zu ersehen, daß für den Fall, wo dem Dritten bei dem Erwerbe das Wiederkaufsrecht bekannt, — nicht bloß, wie im Falle der Eintragung desselben in die öffentlichen Bücher, aus Nachlässigkeit unbekannt geblieben war, — gar keine Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen gemacht wird und auch nach dem ganzen Zusammenhange des Art. 3926 gar nicht gemacht werden kann. Es soll eben die im qu. Artikel normirte Wirkung gegen den Dritten Platz greifen, wenn und weil ihm bei dem Erwerbe das Verhältniß bekannt war, und die hier klar zu Tage liegende *sententia legis* duldet nicht eine Beschränkung derselben bloß auf bewegliche Sachen. *Ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere.*

Abgesehen aber auch von den in Obigem bereits gewon-

nenen, wider die Erdmann'schen Deductionen sprechenden Resultaten, wird es sich unschwer nachweisen lassen, daß weder aus der Regel „Hand muß Hand wahren“, noch aus den Grundsätzen des provinciellen Rechts über den Erwerb dinglicher Rechte an Immobilien eine Rechtfertigung für die von Erdmann vertretene Ansicht gewonnen werden kann.

Fassen wir zunächst die bei Mobilien behauptlich für unsere Frage provincialrechtlich in Betracht kommende Rechtsregel „Hand muß Hand wahren“ in's Auge, so ergibt sich, daß dieselbe nur eine Beschränkung der Eigenthumsklage bewirkt, diese Beschränkung der Verfolgbarkeit des Eigenthumsrechts aber den Fortbestand desselben durchaus nicht alterirt, also keinen Erlösungsgrund desselben abgiebt. Dies ist wohl eine unbestreitbare Wahrheit, die sich ja auch einfach aus dem Begriffe des dinglichen Rechts erklärt; denn das dingliche Recht ist zwar in der Regel ein absolutes i. e. gegen jeden Dritten geltend zu machendes, aber diese absolute Verfolgbarkeit des dinglichen Rechts ist nur die gewöhnliche und regelmäßige Folge desselben, nicht der Grund, — nicht das Kriterium desselben, welches vielmehr in der rechtlichen Herrschaft über eine Sache besteht, welche den unmittelbaren Gegenstand derselben bildet. Die Absolutheit des dinglichen Rechts ist eben nur eine Wirkung der Dinglichkeit, nicht deren Merkmal. Und sowie nicht jedes absolute Recht auch ein dingliches ist, so bleibt andererseits söglich, da die Folge wegfallen kann, ohne daß deshalb der Grund zu existiren aufhörte, das Recht ein dingliches, sollte es auch ausnahmsweise nicht absolut verfolgbar sein <sup>15)</sup>.

Wenn nun aber, wie doch Erdmann selbst behauptet, die dingliche Wirkung der erfüllten Resolutiv-Bedingung, — abge-

15) cf. die trefflichen Ausführungen hierüber bei Unger System des Oesterreichischen allg. Privatrechts (3. Auflage) Bd. I S. 517 u. fgn. und die daselbst Citirten.

sehen von etwa nachweisbaren Abweichungen unseres Provincial-Rechts, — darin bestehen soll, daß existente conditione resolutiva das unter der Resolutiv-Bedingung verlehene dingliche Recht ex nunc ipso jure zusammenfällt resp. an den Rückerber fällt, und zwar frei von den in der Zwischenzeit etwa an der Sache constituirten dinglichen Rechten, so ist nicht abzusehen, wie diese Wirkung bei Mobilien durch die Regel „Hand wahr't Hand“ ausgeschlossen sein sollte?

Vielmehr würde aus derselben nur folgen, daß das ipso jure an den Rückerber zurückfallende, also ihm dann doch noch zustehende, keineswegs erloschene, Eigenthum gegen dritte Personen, insofern die Voraussetzungen des Grundsatzes „Hand wahr't Hand“ im einzelnen Falle gegeben sind, nicht verfolgbar ist, ganz eben so, wie diese Beschränkung der Verfolgbarkeit, auch abgesehen von der Wirkung einer erfüllten Resolutiv-Bedingung, mit der sie in gar keinem innern Zusammenhange steht, Platz greifen würde, woraus denn als nothwendige Consequenz folgt, daß, — wie sich doch wohl auch aus der Natur der Sache schon von selbst ergeben dürfte, — die Wirkung der erfüllten Resolutiv-Bedingung selbst auch ganz unabhängig ist von der bona oder mala fides desjenigen, dem an der beweglichen Sache vom Zwischenerwerber ein dingliches Recht constituir't worden ist.

Fallen nun aber bei Erfüllung der Resolutiv-Bedingung die von dem Zwischenerwerber constituirten dinglichen Rechte ipso jure zusammen, resp. insofern es sich um Eigenthum handelt an den Rückerber, so kann auch der Vindicatio des Letztern, der ja nunmehr der Eigenthümer ist, unmöglich die exceptio dominii opponirt werden, die begreiflich von der Berufung des Beklagten auf die Regel „Hand wahr't Hand“ umsomehr wesentlich verschieden ist, als eben die Berufung auf die gedachte Regel gar nicht einmal eine Einrede, sondern

einfach das Abläugnen eines nothwendigen Bestandtheils des Klagefundaments wäre <sup>16)</sup> und also auch keine Entkräftung durch replica des Erwerbes mala fide denkbar erscheinen ließe. Diese angebliche replica wäre nur das ausdrückliche Betonen einer vom Gegner negirten Voraussetzung der vindication der beweglichen Sache, da es bekanntlich für den Begriff der negativen Litiscontestation gleichgültig ist, ob der vom Beklagten verneinte, aber zum historischen Fundament der angestellten Klage gehörige, Thatumstand vom Kläger ausdrücklich angeführt worden ist oder nicht <sup>17)</sup>.

Es erübrigt nur noch, was die Mobilien anlangt, den von Erdmann für sich geltend gemachten Art. 1418 in Betracht zu ziehen.

Es heißt in demselben allerdings am Schlusse:

„Wurde jedoch eine bewegliche Sache unbedingt verpfändet, so bleibt das Recht des Faustpfandgläubigers, der das Pfand in gutem Glauben empfing, ungekränkt“ und zu diesem Artikel ist in der That der Art. 923 bezogen, welcher jedoch nur von der Beschränkung der vindication durch den Grundsatz „Hand wahr't Hand“ handelt. Eben deshalb aber dürfte hieraus nichts zur Begründung der Erdmann'schen Ansicht Dienliches abgeleitet werden können. Denn wenn auch der Faustpfandgläubiger, der das Pfand in gutem Glauben empfing, gewiß insofern in seinem Rechte ungekränkt bleibt, als er der vindication gegenüber sich auf den Grundsatz „Hand wahr't Hand“ berufen und zur Deckung seiner Forderung auch das Faustpfand veräußern kann, so zwar, daß der Käufer gegen die vindication in gleicher Weise geschützt ist, so folgt doch hieraus durchaus noch nicht, daß deswegen nicht an und für sich das Pfandrecht qu. beim Eintritt der

16) Seuffert Archiv Bd. III N<sup>o</sup> 6 u. die daselbst citirten Schriftsteller.

17) Bayer Civil-Proceß. VIII. Aufl. § 183 S. 588. Renaud Civil-Proceß § 91 S. 213.

Resolutiv=Bedingung zusammengefallen sei. Es wird aber, ungeachtet dasselbe, in Gemäßheit der vom Provincialrecht wiederholt für die Wirkung der Resolutiv=Bedingung desbezüglich deutlich aufgestellten Regel, allerdings zusammenfällt, der Faustpfandgläubiger durch das ihm gewährte Retentions=Recht geschützt, und die Veräußerung des Pfandes schließt auch gegen den dritten Erwerber die Vindication nach dem Grundsatz „Hand wahrt Hand“ aus, so daß also der gutgläubige Faustpfandgläubiger in der That materiell ganz ungekränkt bleibt.

Zu dieser Auslegung würde gerade der Umstand berechtigen, daß der Art. 1418 auf den Art. 923 verweist und damit deutlich genug zu erkennen giebt, in welcher Weise das Recht des Faustpfandgläubigers ungekränkt bleiben soll, nämlich durch die Beschränkung der Vindication nach dem Grundsatz „Hand wahrt Hand“, der, eben so wenig wie die Verjährung der Vindication, das dingliche Recht, das Eigenthumsrecht, tangirt, sondern, wie bereits oben ausgeführt, nur dessen Verfolgbarkeit durch die Vindication beschränkt. Kommt daher die Sache, die der Eigenthümer nicht vindiciren konnte, weil ihm der Grundsatz „Hand wahrt Hand“ oder aber die Verjährung der Vindication entgegenstand, wieder auf anderem Wege in die Hände des Eigenthümers, so kann dieser sich gegenüber der Klage des frühern Besitzers, ebenso wie gegenüber der Klage irgend eines andern Dritten, durch Berufung auf sein unalterirtes Eigenthumsrecht schützen. — Die Annahme des Gegentheils würde zu dem unhaltbaren Satze führen, daß der Grundsatz „Hand muß Hand wahren“ eine Erlöschung des Eigenthumsrechts ausdrücke.

Was demnächst die Immobilien anlangt, so ist es zwar allerdings vollkommen begründet, daß an ihnen dingliche Rechte regelmäÙig <sup>18)</sup> nur durch Corroboration des s. g. Be-

18) Hinsichtlich der Bestellung von Pfandrechten an Immobilien cf. das Note 5 Gesagte und die daselbst allegirten Art. 1585 und 1586.

figtitels begründet werden können, nicht durch bloße Tradition. Daraus aber würde ja gerade folgen, daß, wenn der f. g. Zwischenerwerber selbst keinen corroborirten Besitztitel hat, für ihn auch gar kein dingliches Recht erworben ist, woher er denn auch ganz außer Stande ist, in der Zwischenzeit selbst dingliche Rechte anderen Personen zu constituiren. Von einem Rückfall seines Rechts an den f. g. Käuferwerber resp. von einem Zusammenfallen der vom f. g. Zwischenerwerber constituirten dinglichen Rechte, existente conditione resolutiva, kann also um deswillen gar nicht die Rede sein, weil er selbst, wegen Mangels der Corroboration, gar kein dingliches Recht an dem Immobil erworben haben resp. Andern daran constituiren konnte, der bisherige Eigenthümer also, eben der mangelnden Corroboration wegen, nach wie vor' Eigenthümer des qu. Immobils bleibt und daher ebenso wenig in die Verlegenheit kommt, die Rolle des Käuferwerbers zu spielen, als in die, sich eine Beschränkung der vindication gefallen lassen zu müssen.

Der fernere Fall, den Erdmann andeutet, daß zwar wohl das auf Constituirung des dinglichen Rechts gerichtete Rechtsgeschäft, jedoch ohne seine Resolutiv-Bedingung, zur Corroboration gestellt worden, ist ein hier gar nicht statuirbarer Fall und gehört überall nicht in die Lehre von der Wirkung der erfüllten Resolutiv-Bedingung. Wie Erdmann selbst wiederholt<sup>19)</sup> hervorhebt, ist die wirkliche Resolutiv-Bedingung ein untrennbarer Bestandtheil der Hauptwillenserklärung und diese sehr wichtige Bewandniß folgt auch nothwendig aus dem Wesen der bedingten Willenserklärung, „welche eben eine einige ist, nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines so und so gezeichneten, eines bedingten Willens“<sup>20)</sup>.

19) l. c. S. 144 und 153.

20) Windscheid l. c. § 86.

Wenn also dem zur Corroboration gestellten Rechtsgeschäfte die Resolutiv-Bedingung nicht beigefügt wäre, so könnte natürlich auch nicht von den Wirkungen der erfüllten Resolutiv-Bedingung die Rede sein, weil letztere überhaupt für dieses Rechtsgeschäft dann gar nicht existirt. Und dasselbe würde der Fall sein, wenn etwa in einem anderen, als dem corroborirten, Rechtsgeschäfte der Wiedererwerb resp. das Zusammenfallen des durch dieses letztere begründeten Rechts von einer Bedingung abhängig gemacht wäre, die dann, weil sie nicht einer Hauptwillenserklärung, — eben dem corroborirten Geschäfte, — als gleichzeitige, die Wiederaufhebung des durch dasselbe erzeugten Rechtsverhältnisses bezielende, Nebenwillens-Erklärung beigefügt worden, nur die Bedeutung einer suspensiven Bedingung einer auf Aufhebung des corroborirten Rechts gerichteten besonderen Willenserklärung haben könnte <sup>21)</sup>, deren dingliche Wirkung ohne Corroboration freilich nicht möglich wäre. — Alsdann aber handelte es sich abermals nicht um eine Resolutiv-Bedingung.

Es bliebe sonach nur noch der dritte Fall übrig, wo das auf Constituirung eines dinglichen Rechts gerichtete Rechtsgeschäft sammt seiner Resolutiv-Bedingung corroborirt worden. Für diesen Fall, der, Obigem nach, zugleich der einzige möglicher Weise hier in Betracht zu ziehende sein kann, giebt ja auch Erdmann zu, daß existente *conditione ipso jure* das constituirte dingliche Recht an den Rückertwerber zurückfalle, ohne sich freilich klar darüber auszusprechen, ob dann auch die vom Zwischenerwerber Anderen bestellten *jura in re aliena ipso jure* zusammenfallen?

Diese Frage aber wird in den Art. 1280, 1418 pr. und 4142 ganz entschieden, ohne die Erdmann'schen Distinctionen, bejaht.

21) Windscheid l. c.

Völlig unbegründet ist übrigens endlich auch die Behauptung Erdmann's, daß das „Gewohnheitsrecht“, auf welches Art. 3175 als Quelle verweise, im ganzen Provinzialrecht immer nur dann citirt wurde, wenn eine Abweichung vom gemeinen Rechte und dessen Quellen gelehrt werden sollte! — Das „Gewohnheitsrecht“ findet sich vielmehr zu sehr vielen Artikeln citirt, die mit dem gemeinen Rechte vollkommen übereinstimmen. cf. z. B. Art. 4130, 4136, 4068, 4064, 3967, 1329), ferner die meisten der über den Leibrenten-Contract handelnden Artikel — cf. Art. 3995 bis 4024, — ferner Art. 2466 u. s. w.

Daß das zu Art. 3175 bezogene „Gewohnheitsrecht“ aber sehr füglich auch auf die Bestimmung über die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte gehen kann, hinsichtlich deren das römische Recht das Gegentheil von dem im Art. 3175 Gesagten als Regel bei der *lex commissoria* hinstellt, habe ich schon in meiner citirten Abhandlung <sup>22)</sup> bemerkt.

Damit dürfte denn auch der offenbare Widerspruch der Art. 3175 und 3910 <sup>23)</sup>, — welche deutlich nur von einer

22) l. c. S. 205.

23) Der besseren Uebersicht wegen mag hier der Text dieser beiden Artikel folgen:

Art. 3175:

„Tritt die (auflösende) Bedingung ein, so ist es — soweit dies überhaupt möglich ist — so anzusehen, als wenn der Vertrag gar nicht vorhanden gewesen wäre. Beide Theile haben dann Alles zurückzugeben, was sie vermöge des Vertrages von einander erhalten haben. Die in der Zwischenzeit bezogenen Früchte bleiben übrigens Demjenigen, der sie während der Dauer des Vertrages erhoben hat. Hat ein Theil in der Zwischenzeit Dritten Rechte an der Sache bestellt, so bestehen diese zwar, ungeachtet des Eintritts der auflösenden Bedingung, fort; der Besteller ist jedoch, dem andern Theile gegenüber, verpflichtet, diese Rechte zu beseitigen, und, wenn dies nicht möglich, Schadenersatz zu leisten.“

Art. 3910:

„Tritt die auflösende Bedingung ein und wird der erste Kauf rückgängig, so erstattet der Käufer, mit der Sache selbst, auch die von derselben gezogenen Ruzungen, so wie den etwanigen Zuwachs, wogegen ihm der Kauffchilling nebst Zinsen, sowie der Betrag der auf die Sache gemach-

Verpflichtung zur Rückgabe der Sache an den f. g. Käufer sprechen, keinen directen Rückfall statuiren und dem entsprechend auch die vom f. g. Zwischenerwerber constituirten dinglichen Rechte und Lasten eben nicht existente conditione ipso jure zusammenfallen, sondern fortbestehen lassen, ohne auch nur den mindesten Anhaltspunkt für die Erdmannsche Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien und deren oberörterten verschiedenen Behandlung an die Hand zu geben, — mit den übrigen Bestimmungen des Provincial-Rechts<sup>24)</sup> über die dingliche Wirkung der erfüllten Resolutiv-Bedingung m. E. klar und deutlich dargethan sein und scheint mir daher ein anderer, als der von mir in meiner ei-

ten notwendigen Verwendungen zu entrichten ist. Auch muß der Käufer die Sache von allen Lasten befreien, mit denen er sie etwa in der Zwischenzeit beschwert.“

24) Art. 1418, welcher besagt, daß selbst beim Fortbestehen der Hauptschuld das für dieselbe bestellte Pfand aufhören soll:

„Durch das Aufhören des Rechts, welches der Verpfänder aus einem an sich widerruflichen Grunde oder in sonst beschränkter Weise an der verpfändeten Sache hatte.“

Art. 1280:

„Wurde das Nuzungsrecht an einer Sache in der Weise vermacht, daß dasselbe erst mit dem Eintritt einer gewissen Bedingung oder Zeitbestimmung seinen Anfang nehmen sollte, so darf der Erbe das Nuzungsrecht an einer solchen Sache einem Dritten nur bis zum Eintritt jener Bedingung oder Zeitbestimmung einräumen“

endlich Art. 4142:

„Dienstbarkeiten, Reallasten und Pfandrechte, mit denen der Erbpächter das Grundstück etwa beschwert, erlöschen mit seinem Rechte, und brauchen vom Verpächter nicht anerkannt zu werden.“

In diesen Artikeln ist aber die Rechtsregel: „resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis“ so entschieden und uneingeschränkt anerkannt und das Zusammenfallen der in der Zwischenzeit Dritten constituirten dinglichen Rechte, selbst wenn dieselben den Besitz oder die Detention der Sache den Dritten gewähren, so ohne alle Restriction ausgesprochen, daß die Unmöglichkeit des von Erdmann gesuchten Ausweges bei einer Vergleichung der in dieser Note aufgeführten Artikel mit den Art. 3175 und 3910 wohl kaum zweifelhaft erscheinen dürfte.

tirten Abhandlung vorgeschlagene Ausweg, — wonach, die vorhandene unlösliche Antinomie anzuerkennen und die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Wirkung der erfüllten Resolutiv-Bedingung, wie sie in den Eingang bezogenen Artikeln unseres Provincialrechts wiederholt Anerkennung gefunden, zur Richtschnur zu nehmen, — nicht wohl möglich.

Daß aber auch die hier vertheidigte Anschauung zu keinen größeren Härten, als die Erdmannsche, führen und sonach dem Rechtsleben nicht weniger zusagend sein würde, scheint mir eben so klar zu Tage zu liegen, als andererseits gegenüber der Frage: was die Gesetze über eine Materie sagen? die Rücksicht auf das, was die, doch mehr oder weniger subjective, Billigkeit verlangt, oder was dem Rechtsleben aus dem Gesichtspunkte der *lex condenda* etwa zusagender erscheinen dürfte, doch wohl in den Hintergrund zu treten hat.

Oberhofgerichts-Advocat J. Seraphim.

### III.

## Rechtliche Bedenken gegen Mag. C. Erdmann's „dingliches Miethrecht der modernen Provin- zialgesetzgebung“

siehe Dorp. Zeitschrift f. Rechtswiss. III. Jahrg. Heft 2 u. 3, Art. VI.

Se mehr das so unzweifelhaft schätzenswerthe und verdienstvolle Unternehmen, wichtige Lehren des provinziellen Privatrechts mit besonderer Rücksichtnahme auf die neueste Codification desselben wissenschaftlich-kritisch zu behandeln, gegründete Aussicht hat, einen läuternden und einigenden Einfluß auf die Ausbildung unserer, bei den verschiedenen Gerichten so sehr verschiedenartigen, Praxis auszuüben, um so leichter wird man es dem praktischen Juristen vergeben, wenn er seine rechtlichen Bedenken gegen die in einer solchen wissenschaftlichen Arbeit entwickelten Ansichten in den Fällen laut werden läßt, wenn ihm die praktischen Resultate, zu denen dieselben gelangt, nicht befriedigend erscheinen.

Von diesem Gesichtspunkte aus wünschte ich die Veröffentlichung dieser Bemerkungen gerechtfertigt zu wissen, da ich in der That die Resultate zu denen C. Erdmann in seinem in der Ueberschrift bezeichneten Aufsatz gelangt, nicht für befriedigend halten kann.

Im Anschluß an den Wortlaut des Art. 4045 des Prov. Cod. Bd. III nimmt Erdmann von vorn herein als feststehend an, daß diese Gesetzesbestimmung ein wirkliches „dingliches“

Miethrecht, in dem wissenschaftlich-technischen Sinne des Wortes dinglich, habe begründen wollen; er prüft sodann die einzelnen Kategorien der dinglichen Rechte und gelangt zu dem Resultat, es sei dieses Recht: „ein neues servitutähnliches, mit der Resolutivbedingung der jährlichen Miethzinszahlung an den Grundstückseigenthümer verknüpftes Recht an dem Grundstück, gerichtet auf Benutzung des Grundstücks, oder des darauf befindlichen Hauses, der Wohnung u. s. w.“

Zum Schluß behandelt er noch die speciellere Frage von den Folgen der Collision seines „dinglichen“ Miethrechts mit einem früher constituirten Pfandrecht an der vermieteten Sache, im Falle einer von dem vorstehenden Pfandgläubiger auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung bewerkstelligten Distraction des vermieteten Pfandobjekts zum Zwecke der Realisirung seiner hypothekarisch besicherten Forderung. Von dem Gedanken ausgehend, daß solchensfalls zwischen dem Pfandgläubiger und dem Inhaber seines dinglichen Miethrechts um deswillen nur eine Interessen- und keine Rechtscollision vorliege, weil „das Recht des Pfandgläubigers in sich die Befugnisse des Verkaufs, der Retention, der dinglichen Klage, gerichtet auf den Verkauf der Sache, schließend, durch das Recht eines Anderen in dem Grundstück zu wohnen nicht verletzt werde“ leugnet er in jedem Falle das Erlöschen des „dinglichen“ Miethrechts durch die Subhastation des vermieteten Grundstücks, nimmt jedoch an, daß das Pfandrecht auf das „dingliche“ Miethrecht übergehe, giebt dem Miether ein Recht „der *excussio realis*“ vermöge dessen derselbe verlangen kann, daß der Pfandgläubiger seine Befriedigung zu allererst „in dem der Disposition des Schuldners unterworfenen Objekt“ suche, und befürwortet dann einen Ausbot erst des Grundstücks abzüglich des Miethrechts, und sodann einen gesonderten Ausbot des „dinglichen“ Miethrechts.

Wir wollen zuvörderst suchen unsere Bedenken gegen die resumirten Resultate zu entwickeln und sodann dazu übergehen,

unsererseits die Natur des Miethrechts des Art. 4045 des Prov. Cod. Bd. III festzustellen und auch die von Erdmann aufgeworfene speciellere Frage zu entscheiden.

Was zunächst die von dem Verfasser des zu besprechenden Aufsatzes gefundene Definition des dinglichen Miethrechts anlangt, so haben wir zweierlei daran auszusagen: einmal, daß sie keinen genügenden Anhaltspunkt für die Beurtheilung des Charakters dieses Rechts und für die Construction der für dasselbe in Anwendung zu bringenden Bestimmungen bietet; sodann, daß sofern solche Anhaltspunkte vorhanden sind, dieselben zu offenbar falschen Resultaten führen.

Es ist ein unschätzbare Vorzug unserer auf dem consequenten Boden des römischen Rechts erwachsenen Jurisprudenz, daß sie sich daran gewöhnt hat nach dem, einem Rechtsinstitut zu Grunde liegenden, Gedanken mit dem Zwecke zu forschen, um dann auf dem Wege der logischen Schlußfolgerung aus diesem gefundenen Princip die einzelnen für das qu. Rechtsinstitut geltenden Rechtsätze abzuleiten und die Norm für Entscheidung im Gesetz nicht gelöster Fragen in allen Fällen sicher finden zu können. Die Definition soll diesen Gedanken, dieses Princip enthalten. Um solchem Zwecke zu entsprechen, muß sie offenbar — abgesehen von ihrer Richtigkeit — so klar und deutlich gefaßt sein, daß sich aus ihr überhaupt sicher folgern läßt.

Der gestellten Anforderung aber entspricht die Erdmannsche Definition des dinglichen Miethrechts keinesweges, denn mit dem vagen Ausdruck „ein servitutähnliches Recht u. s. w.“ ist die Natur dieses Rechts nicht klar bezeichnet, da es nicht erhellt, aus welchem Gedanken sich diejenigen für das qu. Rechtsinstitut geltenden Rechtsätze ableiten lassen, in welchen sich die Servitutähnlichkeit ausdrückt, noch sich ersehen läßt, wo die Grenze zu ziehen ist zwischen der Servitutähnlichkeit und Unähnlichkeit. Um diesem Mangel abzuhelpfen hätte aus

dem Wesen des zu definirenden Miethrechts, wie es sich aus den für dasselbe geltenden Bestimmungen ergibt, gezeigt werden müssen, warum es sich der Hauptsache nach als Servitut charakterisirt und hätte ferner der Grund angegeben werden müssen, aus dem es nach einer gewissen Seite hin diesen Charakter nothwendigerweise aufgeben mußte; aus diesem Grunde aber hätte das Princip der Abweichungen von den für die Servitut geltenden Rechtsätzen nachgewiesen werden müssen. Das ist in unserem Fall nicht geschehen und daher die gegebene Definition in erster Linie als unfruchtbar zu bezeichnen. In zweiter Linie aber ist sie auch offensichtlich unrichtig. Was nämlich erstens den Ausdruck servitutähnlich betrifft, so hat Erdmann selbst unmittelbar bevor er seine Definition giebt, ganz überzeugend dargethan, daß einer der hauptsächlichsten, grundlegenden, für alle Servituten ohne Ausnahme geltenden Grundsätze, daß nämlich servitus in faciendo consistere nequit auf das Miethrecht des Art. 4045 keine Anwendung finde, da nun aber wiederum derjenige Grundsatz welchen man als den Grundstein des ganzen Rechtsinstituts der Miethre bezeichnet könnte, daß nämlich der Vermiether dem Miether das *uti frui licere praestare debet*, unzweifelhaft ein *facere* des Vermiethers voraussetzt, so ergibt sich schon hieraus — will man anders das dingliche Miethrecht überhaupt als Miethrecht gelten lassen — die Unmöglichkeit dasselbe als servitutähnlich zu bezeichnen.

Eben so unrichtig ist aber zweitens die Supposition als sei das neue servitutähnliche Geschäft an die Resolutivbedingung der Miethzinszahlung (sollte richtiger heißen „Nichtmiethzinszahlung“) geknüpft. Läge wirklich eine solche Resolutivbedingung vor, so müßte das Nichtmiethzinszahlen *ipso juro* die Auflösung des „dinglichen“ Miethrechts zur Folge haben, das Geschäft wäre in seinen ferneren Wirkungen ungewollt, und das durch die Corroboratio erworbene Vorzugsrecht

wäre vernichtet. Wenn nun der Vermiether auch nachträgliche Zahlung annähme, so könnte man doch höchstens sagen der alte Vortrag sei unter denselben Modalitäten stillschweigend erneuert worden. Allein dieser neue Vertrag wäre nicht corroborirt! Jedenfalls würde dem Dritten gegenüber der inzwischen ein Pfandrecht erworben hat, der Inhaber des „dinglichen“ Miethrechts nachstehen, sobald derselbe ihm nachweisen könnte, daß Miether irgend wann mit seiner Miethzinszahlung manquéirt habe.

Wir halten es nicht für nöthig erst zu deduciren, daß dieses Resultat weder der Praxis, noch dem Gesetz, noch der Theorie entspricht, denn seine Unzuträglichkeit für den Rechtszustand liegt auf der Hand und ich finde nirgends einen gesetzlichen Anhaltspunkt dafür, daß unser Provinzialcodex wirklich im Sinne gehabt habe für das „dingliche“ Miethrecht in dieser Beziehung etwas so überaus Singulaires zu statuiren.

Auch hat der besprochene Aufsatz gewiß die Ziehung solcher Consequenzen nicht befürwortet, er hat dieselben vielmehr stets durch die für den Miethvertrag geltenden Bestimmungen, sobald sie diesen widersprechen, beschränkt wissen wollen, in dessen erscheint bei solcher Restriktion die Definition und Construction des fraglichen Rechtsverhältnisses als eines servitutähnlichen zwecklos und verwirrend.

Auch die Entscheidung der aufgeworfenen Frage über die Collision von Pfand- und „dinglichem“ Miethrecht bei der öffentlichen Versteigerung des Mieth-Pfandobjects auf Impetration eines vorstehenden Pfandgläubigers, können wir, wie schon oben bemerkt, nicht für richtig halten.

Zuvörderst macht das Unpraktische der gefundenen Lösung stugig. Es müßten nämlich bei dem proponirten Modus der Subhastation nothwendigerweise viele Bieter, ja, ganze Kategorien derselben vom Mitbieten abgeschreckt, oder doch ihr Bot bedeutend herabgedrückt werden. Es sind dies alle dieje-

nigen, welche die ausgedienten Grundstücke selber benutzen wollen, zumal wenn ihnen hieran ganz besonders gelegen, etwa weil sich in dem Grundstück ein gewerbliches Etablissement befindet. Sie würden das Haus ohne die Wohnung — ohne das Miethrecht — gar nicht kaufen; da sie nun nicht wissen können, wie viel nachträglich für das Miethrecht geboten werden wird, und ob man sie nicht, den Umstand, daß sie das Grundstück selbst schon gekauft haben und dadurch engagirt sind, benutzend, sehr in die Höhe treiben wird, so können sie für das bloße Eigenthumsrecht an dem Grundstück nur unverhältnißmäßig wenig bieten, oder aber werden sich ganz zurückschrecken lassen. Andererseits ist es dabei aber durchaus nicht sicher, daß nun das dingliche Miethrecht zu sehr hohem Angebot weggehen wird, denn wenn zufällig dem bisherigen Miethher nicht daran gelegen, so werden Dritte selten ein Interesse daran haben hoch zu bieten und der Pfandgläubiger wird, zum Nachtheil des Pfandschuldners das Grundstück sammt Miethrecht um so viel billiger erstehen, als er in Anbetracht des Risiko das Miethrecht nicht erwerben zu können oder überzahlen zu müssen, für das Grundstück ohne Miethrecht zu wenig geboten hat, während unter anderen Bedingungen weit vortheilhaftere Preise hätten erzielt werden können. Endlich sind auch die großen Unzuträglichkeiten wohl zu berücksichtigen, welche es für den Pluslicitanten hat, ein Grundstück zu erstehen, ohne zu wissen, ob er einst am Ende auf dem Wege des Meistbots einen ihm in den wesentlichsten Beziehungen nicht convenirenden Miethher erhalten werde.

Man könnte nun hiergegen einwenden: dies sind bloße Utilitätsrückfichten und nil hoc ad edictum praetoris! Allein, auch in rechtlicher Hinsicht halten wir die gegebene Entscheidung für unrichtig.

Der Verfasser geht, wie wir oben referirten von dem Gedanken aus, es läge zwischen dem Inhaber des dinglichen

Miethrechts und dem Pfandgläubiger nur eine Interessen-, keine Rechtscollision vor. Das Recht des Pfandgläubigers schließe nur das Recht des Verkaufs, der Retention, der dinglichen Klage gerichtet auf den Verkauf der Sache in sich und werde durch das Recht eines anderen in dem Grundstück zu wohnen nicht verletzt.

Hierin liegt der Trugschluß! Das Recht des Pfandbesizers besteht keineswegs bloß in dem Angeführten, sondern vielmehr in dem Recht die dem Pfandrechte zu Grunde liegenden Forderung, für welche die verpfändete Sache haftet, durch den Verkauf derselben zu realisiren. Daher muß man denn in der That behaupten, daß die nachträgliche Bestellung eines dinglichen Miethrechts an einer bereits verpfändeten Sache, sofern dieselbe den Werth dieser Sache — sei es wegen Stipulirung eines zu geringen Zinses, sei es wegen Vorauszahlung des Zinses — so weit vermindert, daß die Realisirung der mit dem vorgehenden Pfandrechte ausgestatteten Forderung illusorisch gemacht oder erschwert wird, nicht bloß ein Interesse, sondern ein Recht des vorgehenden Pfandgläubigers verletzt. Daher, und weil der vorgehende Pfandgläubiger sich nicht das Grundstück abzüglich des Miethrechts, sondern das Grundstück mit allen Rechten, welche der Verpfänder damals daran hatte, hat verpfänden lassen, erlischt denn auch in der That das dingliche Miethrecht sobald es den vorstehenden Pfandgläubiger in der Befriedigung seiner Forderung behindert, wie solches Alles der Prov. Cod. Bd. III Art. 1439 auch ausdrücklich sanktionirt, wenn es — in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht — heißt: „jede den Werth der verpfändeten Sache mindernde Bestellung von Rechten an derselben, ist, so weit sie die Sicherheit des Pfandgläubigers verletzt, demselben gegenüber nur dann wirksam, wenn er seine Einwilligung dazu ertheilt hat.“

Schon aus diesem Grunde braucht sich demnach der vorstehende Pfandgläubiger die proponirte Art der Subhastation

gar nicht gefallen zu lassen; vollends aber erscheint dieselbe, auch wenn der vorstehende Pfandgläubiger sie beliebte, rechtlich durchaus unstatthaft, weil das Miethrecht, als ein von den sonstigen Rechten des Verpfänders losgelöstes, noch gar nicht bestand, somit ihm als selbständiges Recht gar nicht verpfändet war und daher auch nicht als ein für sich bestehendes distrahirrt werden kann.

Wollte man aber auch in den übrigen Stücken Erdmann's Ansicht theilen, so könnte man endlich nie zugeben, daß der Inhaber des „dinglichen“ Miethrechts auf Grund der excussio realis verlangen könne, daß das Grundstück abzüglich des Miethrechts erst veräußert werde, da sich erstens das Recht desselben an dem Miethobjekt überhaupt nicht als Pfandrecht charakterisirt, zweitens aber keinesfalls, wenn man überhaupt ein Pfandrecht des Pfandgläubigers an dem selbständig gedachten Miethrecht annehmen wollte, dieses als ein generelles gegenüber dem Pfandrecht an dem Grundstück selbst, als einem speciellen sich bezeichnen ließe.

Indem wir uns die Darlegung unserer Entscheidung dieser speciellen Frage für den Schluß dieses Aufsatzes vorbehalten, schreiten wir — da wir der Meinung sind unsere Bedenken gegen die Erdmannsche Anschauung genugsam dargelegt zu haben, — zur Entwicklung unserer eigenen Ansicht über die Natur des Miethrechts des Art. 4045 des Prov. Cod. Bd. III.

Unserer Meinung nach ist die Frage dahin zu lösen, daß dieses Miethrecht gar kein dingliches Recht ist, sondern weiter nichts als ein im Uebrigen ganz nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Miethrechts zu beurtheilendes Miethrecht, welches durch die Corroboration die Eigenschaft erhalten hat, daß es jedem Dritten gegenüber wirksam ist, sofern demselben nicht ein solches dingliches Recht an dem Miethobjekt zur Zeit der Begründung dieses Miethrechts bereits zu-

stand, dessen Realisirung durch die Aufrechterhaltung des Letzteren vereitelt oder auch nur beschränkt würde.

Es ist mit anderen Worten dieses Miethrecht kein dingliches, sondern ein absolutes Recht, und steht daher auch dem Miether Dritten gegenüber, welche sein Miethrecht ihm entziehen oder verkümmern, nicht so wohl eine dingliche Klage, als vielmehr eine persönliche *actio in rem scripta* zu.

Schon oben machten wir darauf aufmerksam, daß es eine *contradictio in adjecto* sei, wenn man von einem *servitut-*ähnlichen Miethrecht spreche. Dasselbe gilt von dem Ausdruck dingliches Miethrecht.

Das charakteristische Merkmal der dinglichen Rechte ist bekanntlich dies, daß ihr unmittelbarer Gegenstand eine Sache ist. Wie das Eigenthumsrecht die unmittelbare Herrschaft über eine Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen, so begreift jedes andere dingliche Recht an einer fremden Sache die gleich unmittelbare Herrschaft über dieselbe in einer oder mehreren bestimmten Beziehungen. Immer bleibt das hervorstehende Merkmal, daß es zur Ausübung dieser Herrschaft des Mediums eines fremden Willens nicht bedarf. Fehlt dasselbe, so dürfen wir von einem dinglichen Recht, wie die neuere Wissenschaft sich dieses Ausdrucks als eines technischen bedient, nicht reden. Das Miethrecht dagegen ist eben so bekanntlich ein rein persönliches Recht, der Gegenstand desselben ist nicht sowohl die unmittelbare Herrschaft über die vermietete Sache in der Richtung, daß dem Berechtigten die Benutzung derselben, so wie sie die Gesetze dem Miether gewähren, zustände, sondern es besteht in der Unterwerfung des Willens des Vermiethers, dahin, daß dieser zur Gewährung einer solchen Benutzung der Sache — zum *praestare uti frui licere* — verpflichtet sein soll, gegen Gewährung eines Miethzinses. So wenig der Vermiether ein unmittelbares Recht an den den

Miethzins bildenden Sachen, so wenig hat der Miether ein solches an der vom Vermiether zu gewährenden Wohnung.

Schon oben bei Besprechung der Ansicht von der Servitutähnlichkeit des dinglichen Miethrechts hatten wir Gelegenheit darauf hinzuweisen, wie die wichtigsten der für die Miethе geltenden Grund- und Rechtsätze gerade in dieser rein obligatorischen Verpflichtung des Vermiethers zum *uti frui licere* ihren Grund haben: so z. B. die Reparaturpflichtigkeit des Vermiethers, so seine Verbindlichkeit zum verhältnißmäßigen Erlaß des Miethzinses für den Fall des Eintretens einer, auch nur zufälligen, Gebrauchsbehinderung, Beschränkung und Entziehung (Confiscation).

Dieses sind Bestimmungen, welche sich bei einem dinglichen Wohnungsrecht des Miethers aus dem Wesen der Sache nicht construiren ließen, während sie sich aus der persönlichen Verpflichtung des Vermiethers zur Gebrauchsgewährung unmittelbar ergeben. Hätte der Miether aus Art. 4045 ein dingliches Recht an der vermiethteten Sache, wäre sie seiner Herrschaft unmittelbar unterworfen, so müßte mit dem Untergang der Sache sein Recht untergehen, ohne daß er an denjenigen der ihm ein solches unmittelbares Recht vorher eingeräumt hätte, irgend welche Forderung in Grund eines zufälligen, den Untergang oder die Behinderung im Gebrauch der Sache herbeiführenden, Ereignisses erheben dürfte.

Dieselbe Erwägung ließe sich hinsichtlich der Reparaturpflicht und mancher anderen für die Miethе geltenden Rechtsätze wiederholen, indessen genügt das Gesagte. Hingewiesen mag noch darauf werden, daß für das wirkliche dingliche Wohnungsrecht, die *habitatio*, gerade in den hervorgehobenen Beziehungen bekanntlich andere Grundsätze als beim Miethvertrage gelten.

Aus dem Vorstehenden dürfte sich ergeben, daß ein dingliches Miethrecht in der That ein Widerspruch in sich, etwas

Unmögliches ist, daß nicht für dasselbe Rechtsverhältniß, einmal die für dingliche Rechte geltenden Rechtsgrundsätze und andererseits die für das persönliche Miethverhältniß maßgebenden, in Anwendung gebracht werden können. Wir haben nur zwischen Einem von Beiden die Wahl!

Daß es wirklich kein Miethrecht sein sollte, welches der Art. 4045 l. c. hat begründen wollen, daß dieses Recht nach anderen als den sonst für das Miethrecht geltenden Rechtsätzen beurtheilt werden sollte, daß das provincielle Privatrecht an jenem Ort, bei Gelegenheit der Behandlung des Miethvertrages sollte intendirt haben, so ganz beiläufig in einem mageren Artikel ein ganz singulaires, neues Rechtsinstitut zu schaffen, ohne auch nur irgend genügenden Anhaltspunkt dafür zu geben, welche Rechtsnormen denn eigentlich für dieses neue dingliche Rechtsverhältniß maßgebend seien! — dies Alles, namentlich ein solcher Mangel an Umsicht von Seiten des Gesetzgebers, ist zu unwahrscheinlich, als daß irgend Jemand es annehmen sollte.

Dagegen kann man sehr wohl in dem Rechte des Art. 4045 ein wahres obligatorisches Miethrecht sehen, so bald es gelingt sich den vom Gesetz gebrauchten Ausdruck „dinglich“ so zu erklären, daß er nicht in unlöslichem Widerspruch zu dem Begriff steht, dem er als bloßes Eigenschaftswort beigegeben ist.

Wir glauben die Lösung in der oben bezeichneten Weise, also darin gegeben, daß das Wort „dinglich“ hier nichts weiter als „absolut“, „gegen jeden Dritten verfolgbar“ bedeutet.

Der Provincialcodex braucht nämlich auch an anderen Stellen mehrfach das Wort „dinglich“ in dem Sinne von absolut, er greift dieses eine, allerdings sehr hervorragende, jedoch nicht ihnen allein eigenthümliche Merkmal der dinglichen Rechte heraus und spricht von denselben überall da, wo er jenes Merkmal trifft.

So in mehreren der in dem Art. 3004 Anm. als dingliche Rechte an Immobilien bezeichneten Fällen, zumal bei der Reallast, welche doch, wie Gerber so überzeugend nachgewiesen hat, und sich auch aus den bezüglichen Bestimmungen des Provincialcodez selbst ergibt (cf. Art. 1297, 1298, 1303 u. f. w.), keine dingliche Berechtigung, sondern nur eine Zustandsobligation in der Weise begründet, daß der Berechtigte gegen jeden Inhaber des belasteten Grundstücks sein obligatorisches Recht geltend machen kann.

Der Mangel an Präcision in der Terminologie des Provincialcodez, welcher allein vielleicht einige Bedenken gegen die Zulässigkeit der vorgetragenen Ansicht erwecken konnte, darf um so weniger Anstoß erregen, als

cf. Windscheid § 44 Anm. 1.

es ehemals eine nicht wenig verbreitete Ansicht war, daß unter dinglichen Rechten alle diejenigen zu verstehen seien, welche gegen einen jeden Dritten verfolgbar sind.

Unterstützt und in keiner Weise widerlegt wird unsere Ansicht durch den Wortlaut des Art. 4045, so bald man erst die Möglichkeit zugiebt, den Ausdruck „dinglich“ so zu verstehen, wie wir es gethan haben.

Der Art. lautet:

„Wenn der Pacht- oder Miethvertrag in die öffentlichen Gerichts- oder Hypothekenbücher eingetragen wird, so erhält der Pächter oder Miether dadurch ein dingliches, auch gegen dritte Personen wirksames Recht.“

Von vorn herein scheint mir aus dieser Fassung hervorzugehen, daß es im Uebrigen abgesehen von jener Wirksamkeit Dritten gegenüber ganz bei den sonst geltenden Rechtsätzen über den Miethvertrag bleiben soll, ferner aber liegt, denke ich die Annahme sehr nahe, daß der letzte Satz: „auch gegen dritte Personen wirksames Recht“ nur eine erläuternde und resp. corrigirende und einschränkende Opposition zu dem Aus-

druck „dingliches“ bildet, denn wäre mit diesem Satz nicht der Zweck der Erläuterung des Wortes „dinglich“ verbunden, so wäre er doch offenbar, was nicht anzunehmen, überflüssiger- und müßigerweise hingesezt worden — es wäre verwirrenderweise erst der umfassendere, ganz präcise Ausdruck gebraucht und sodann ein weniger umfassender, in dem ersten Ausdruck schon enthaltener hinzugefügt worden.

Ich glaube, daß das letztere bekannnten Interpretationsregeln nach nicht angenommen werden darf, denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber irgend einen Ausdruck ohne Grund und überflüssigerweise gebraucht habe.

Die Allegation des Art. 3016 spricht keinesweges gegen unsere Annahme, denn wenn es daselbst auch heißt: „die Corroboration bewirkt in den im Art. 3004 angegebenen Fällen die Erlangung des dinglichen Rechts für den Erwerber“ so beweiset doch gerade die Bezugnahme auf Art. 3004, dessen Anmerkung wir oben zur Unterstützung unserer Ansicht heranziehen durften, daß nichts dem entgegensteht das Wort „dinglich“ auch so zu fassen wie wir es gethan.

Glauben wir solchergestalt nachgewiesen zu haben, daß das Miethrecht des Art. 4045 kein dingliches, sondern das regelmäßige Miethrecht ist mit der alleinigen Modification, daß dasselbe auch dritten Personen gegenüber wirksam ist, so versteht es sich von selbst, daß die dem Miether zustehende Klage eine persönliche ist und braucht auch nicht weiter erörtert zu werden, daß diese Klage nur in rem scripta sein kann.

Demnächst, um zu der von Erdmann aufgeworfenen speciellen Frage zu gelangen, scheint es auch nicht weiter zweifelhaft, welches das Schicksal des corroborirten Miethrechts — so kann man es am Füglichsten nennen — bei der zwangswweisen Subhastation des vermietheten Grundstücks gegenüber den öffentlichen und stillschweigenden Pfandrechten an demselben ist. Wenn ein Pfandrecht, welches um seines Alters

willen den Vorzug vor dem corroborirten Miethrecht genießt, dem Subhastationsimpetranten zur Seite steht, so hat er sich um das Bestehen des Miethrechts insoweit nicht zu kümmern als es der Realisirung dieses seines Rechts im Wege steht, somit muß er auch bei der zwangsweisen Subhastation des ihm vorher verpfändet gewesenen und dennoch mit einem corroborirten Miethrecht belasteten Grundstücks in diesem Falle, ohne auf das Miethrecht Rücksicht zu nehmen, befriedigt werden, es wird das Grundstück ohne Reservation der Rechte des Miethinhabers versteigert. Nach dem allbekannten Grundsatz *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet* konnte der Vermiether zur Zeit der Corroboration dem Miether, den vorstehenden Pfandgläubigern gegenüber, gar keine Befugnisse einräumen, welche der Realisirung der bereits erworbenen Rechte derselben entgegenständen, räumte er daher dem Miether ein gegen dritte Personen wirksames Miethrecht ein, so konnte dies selbstverständlich nur von solchen dritten Personen gelten, denen gegenüber er selber zur Zeit der Corroboration, wenn es schon damals zur Distraction gekommen wäre, sein Wohnungsrecht in den vermiethteten Räumen hätte geltend machen können.

Tritt dagegen der soeben behandelte Fall nicht ein, das heißt, wird die Subhastation von einer solchen Person impetrirt, welche sich nur eines Pfandrechts spätere Datums, als desjenigen der Corroboration des Miethrechts erfreut, oder aber kann der vorgehende Pfandgläubiger sein besichertes Forderungsrecht realisiren, sich befriedigen, ohne daß es erforderlich wäre das später begründete Miethrecht anzugreifen, so bleibt dieses Miethrecht bestehen, und zwar: im ersten Falle weil die nachstehenden Pfandgläubiger, als sie ihr Pfandrecht erworben, wissen mußten, daß das corroborirte Miethrecht ihnen gegenüber wirksam sei, im zweiten Falle, weil nach dem, oben allegirten Art. 1439 des Prov. Cod. Bd. III eine den Werth der

verpfändeten Sache mindernde Bestellung von Rechten an derselben insofern dem Pfandgläubiger gegenüber wirksam bleibt als es die Sicherheit — bei der Distraction also die Realisirung — des Pfandrechts nicht beeinträchtigt.

Was die Art der Subhastation in solchem Falle betrifft, so ergäbe sich als Folge unserer Ansicht etwa der nachstehende Modus:

Da sich vor bewerkstelligter Subhastation nicht wohl mit Sicherheit feststellen läßt ob das Bestehen des Miethrechts den vorstehenden Pfandgläubiger beeinträchtigt oder nicht, so mußte — was selbstverständlich in die Subhastationsbedingungen aufzunehmen wäre — stets ein doppelter, eventueller Ausbot in jedem Ausbottermine vorgenommen werden und zwar: a, ein Ausbot unter der Bedingung der Aufrechterhaltung des corroborirten Miethrechts und a tempo b, ein anderer, in Gemäßheit dessen der Pluslicitant das Miethrecht nicht zu respectiren braucht. Läßt sich aus dem Pluslicitum des Ausbot a der vorstehende Pfandgläubiger befriedigen so gilt er, Ausbot b gilt nicht und das corroborirte Miethrecht bleibt bestehen. Kommt Subhastations-*Impetrant* beim Ausbot a nicht zur Realisirung seiner hypothekarischen Forderung, so gilt Ausbot a nicht, Ausbot b gilt und das corroborirte Miethrecht kann nicht aufrecht erhalten werden.

Ergiebt Ausbot b, was ja vorkommen kann, nur eben so viel oder weniger als Ausbot a, so bleibt der letztere gültig und mit ihm das Miethrecht bestehen.

Gleichgültig ist natürlich ob der vorstehende Pfandgläubiger beim Ausbot a mit einem Kopfen oder mit tausend Rubeln zu kurz schießt — er braucht sich auch den geringsten Verlust, selbst an seinen Kosten, nicht gefallen zu lassen.

Oberhofgerichts-Advokat Julius Schiemann.

## IV.

### Zur Lehre vom Gerichtsstand der Pfandklage an Immobilien nach livländischem Recht.

---

Wie alle aus dinglichen Rechten an unbeweglichen Sachen entspringenden Klagen, so hat selbstverständlich auch die Pfandklage, insofern ein Immobil den Gegenstand des ihr zu Grunde liegenden Rechts bildet, ihren Gerichtsstand bei dem *forum rei sitae*. Dieser unbestrittene Grundsatz des gemeinen Rechts ist auch in der jüngsten Redaction des einheimischen Privatrechts ausdrücklich anerkannt worden <sup>1)</sup>.

Insbefondere sollen „die in den Gebieten der livländischen Städte belegenen Immobilien, ohne Rücksicht auf den Stand der Eigenthümer oder Erbpandbesitzer oder sonstigen Nutzungseigenthümer der letzteren, dem livländischen Stadtrecht unterworfen sein“ <sup>2)</sup>.

So unbestreitbar diese Grundsätze zu sein scheinen, so haben dieselben in ihrer Anwendung auf den Gerichtsstand des auf Beitreibung aus dem Pfandobject gerichteten Executivprocesses und zwar in einem dem Unterzeichneten vorliegen-

---

1) Vgl. Prov.-R. Bd. III Einl. Art. XXXIII.

2) Vgl. ebendasselbst Art. VIII a. E. Daß aber der Umfang des Gebietes des Stadtrechts sich mit dem Umfang der Gerichtsbarkeit der Stadtgerichte deckt, wird direct ausgesprochen in Art. II der Einleitung des Prov.-Rechts.

den Abscheid des livländischen Hofgerichts eine Anfechtung erfahren. Man zog für diesen Fall den Gerichtsstand des Wohnorts des Schuldners dem der Belegenheit des Immobils vor, indem man an den Gläubiger das Verlangen stellte, zuerst die Buerkennung der Forderung bei dem competenten Richter zu erwirken, ehe er an die Realisation seines Pfandrechts selbst zu schreiten vermöge.

Die Tragweite dieser Frage für den Hypothecarcredit ist eine zu bedeutende, als daß nicht eine kurze Besprechung derselben als lohnenswerth erachtet werden dürfte. Wenn man erwägt, daß es in die Hand des Schuldners gelegt wäre, durch von dem Willen des Pfandgläubigers ganz unabhängige Veräußerungen des Pfandobjects den ersteren processualisch und materiell weit schlimmer zu stellen, als der ursprüngliche Pfandvertrag gewollt hatte, wohlervorbene Rechte somit in ihrer Wirkung durch einseitige Willensacte des Belasteten zu verändern und damit den Realcredit insbesondere städtischer Grundstücke wesentlich zu schmälern, so wird man die Gefahr nicht verkennen, welche in jener angeführten vorläufigen Verweisung der Executivklage aus Hypothecarobligationen an den *judex domicilii* liegt. Auch für die auf dem Lande belegenen Immobilien ist jene Gefahr nicht geringer, da auch für diese consequenter Weise der Beitreibung aus dem *Imobil* die Entscheidung der Schuldfrage durch das Landgericht des Wohnorts voranzugehen hätte. — Es liegen aber jener Anschauung insbesondere zwei Annahmen zu Grunde, deren Irrthümlichkeit hier kurz hervorgehoben werden soll: die Verwechslung der accessorischen Natur des Pfandrechts mit einer subsidiären Natur der Pfandklage und die Verwechslung der Beitreibung einer judicatsmäßigen Forderung aus einem Immobil mit der auf den Verkauf des letzteren gerichteten hypothecarischen Klage, also der Execution in Immobilien und des Pfandverkaufs dieser letzteren.

Daß die Pfandklage niemals als eine subsidiäre, erst nach Durchkämpfung der einfachen Forderungsklage anstellbare, erachtet worden, ist in der Theorie des gemeinen Rechts unbestritten. Es geht dies nicht nur mittelbar aus der Thatsache hervor, daß dieselbe nie in das Verzeichniß der wenigen subsidiären Klagen des römischen Rechts aufgenommen worden ist, sondern auch direct aus verschiedenen Quellaussprüchen. So ist nach l. 5 Cod. de distr. pign. (VIII 28) nicht einmal Litiquidität der Forderung zur Realisirung des Pfandrechts erforderlich<sup>3)</sup>. So ist ein Pfandrecht sogar für eine klaglose *naturalis obligatio* bestellbar und eintragbar<sup>4)</sup>. Ja sogar für Forderungen, denen eine zerstörlische Einrede gegenübersteht, die also an sich gar keine Aussichten auf Realisation darbieten, ist unter gewissen Bedingungen ein wirksames Pfandrecht denkbar<sup>5)</sup>.

Es wird eben in den römischen Quellen beständig hervorgehoben, daß die Existenz einer Forderung zur Bestellung des Pfandrechts genüge, daß somit nicht die *res iudicata*, sondern die *obligatio* selbst Voraussetzung des letzteren sei. Wäre erst der rechtskräftige Urtheilspruch hinsichtlich der primären Forderung genügend, um das Pfandrecht zu realisiren, so müßte man nach jener bekannten Theorie der processualischen Consumtion der Römer (wornach die eingeklagte Forderung durch die *Litiscontestation*, bezw. durch das Urtheil erlischt) sagen: Nicht die Existenz der Forderung, sondern gerade deren Untergang, die Verwandlung derselben in die *actio iudicati* genügt erst zur Geltendmachung des Pfandrechts. Eben weil

3) Vgl. Dernburg das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Leipzig 1864. Bb. II S. 128.

4) Vgl. l. 5. pr. Dig. de pign. (20, 1); *Res hypothecae dari posse sciendum est . . . vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali.*

5) Dernburg a. a. O. Bb. I S. 540 ff.

die Forderung mit allen ihr entgegenstehenden Bedenken und Zweifeln die Voraussetzung des Pfandrechts bildet, vermögen die dem letzteren opponirten Einreden gerade aus der Natur der Forderung entnommen zu werden, eine Consequenz, die nothwendig cessiren müßte, wenn über die Forderung bereits rechtskräftig entschieden wäre.

Unsere provincialrechtlichen Quellen enthalten, wie sie ja überhaupt so gut wie nie mit der inneren Natur der Rechtsinstitute sich beschäftigen, nirgendswa eine Abänderung jener gemeinrechtlichen Grundsätze; die moderne Codification<sup>6)</sup> hat hieran Nichts geändert. Im Gegentheil wird von derselben mehrfach implicite ausgesprochen, daß der Pfandgläubiger sofort nach Ausbleiben der schuldigen Leistung zum Verkauf des Pfandobjects zu schreiten vermag. So sagt Art. 1441:

„Der Pfandgläubiger hat die Befugniß, wenn er von dem Schuldner nicht zur bestimmten Zeit befriedigt wird, seine Befriedigung aus der verpfändeten Sache zu suchen und zu diesem Zweck die zur Veräußerung des Pfandobjects erforderlichen Schritte zu thun,“

und Art. 1452 gestattet dem Gläubiger sogar, wenn der größte Theil der Forderung noch nicht einmal fällig, die actio auf Leistung derselben also nicht einmal nata ist, die Pfandsache zum Verkauf zu stellen:

„War die Forderung des Pfandgläubigers in verschiedenen Terminen zahlbar, so darf der verpfändete Gegenstand zum öffentlichen Verkauf gebracht werden, sobald in irgend einem Termine die Zahlung ausgeblieben. . . .“

Vgl. ferner die Art. 1448, 1453 u. a. m.

Die Selbstständigkeit der Pfandklage ist daher bei uns eine zweifellose. In der That würde der ganze Zweck, welcher zur Einführung des Pfandrechts geführt hat, völlig vereitelt,

---

6) Provinzialrecht von 1864 Bb. III.

die beabsichtigte größere Sicherung des Gläubigers illusorisch gemacht werden, wenn derselbe gezwungen würde, einen doppelten Civilproceß anzustrengen, um Realisation aus dem Pfandobject zu erlangen. Denn nachdem er ein rechtskräftiges Urtheil zu Gunsten seiner Forderung erstritten, kann er ja auch ohne daß ihm ein Pfandrecht bestellt worden, zur Vertreibung aus Mobilien und Immobilien des Schuldners schreiten. In seine Lage ist sogar civilprocessualisch weit besser, wenn er kein Pfandrecht besitzt. Während er nämlich im ersteren Fall eine zweite Klage anstellen, sich etwaigen Einreden aus der Natur des Pfandrechts, überhaupt den Wechselfällen und Verzögerungen eines zweiten Processus aussetzen müßte, kann er, ohne Rücksichtnahme auf das Pfandrecht, sofort zur Execution schreiten, ohne eines zweiten Processus zu bedürfen. Das Pfandrecht, das dem Credit aufhelfen sollte, würde somit zum stärksten Hemmschuh desselben.

Und hier berühren wir jenen zweiten Irrthum, der zur Bildung der Anschauung, als habe zuerst der *judex domicilii* allein die primäre Forderung zu entscheiden, bezw. die Gouvernementsregierung (für den Fall liquider Executivurkunden) das Mandat zu ertheilen <sup>7)</sup>, beigetragen haben mag, die Verwechslung der Execution gegen das Immobiliargut eines rechtskräftig verurtheilten Schuldners und des Executivprocesses gegen ein Pfandobject auf Grund öffentlicher Urkunden. Die erstere setzt bekanntlich eine *res judicata* voraus, die letztere bloß eine geeignete Urkunde. Die erstere involvirt keinen neuen Proceß, sondern bloß das letzte Stadium des alten, kennt regelmäßig kein contradictorisches Verfahren und kein Rechtsmittel, ist ein Ausfluß der polizeilichen, nicht der richterlichen Gewalt. Der letztere bildet stets ein geeignetes, wenn auch summarisches Verfahren, gestattet dem Beklagten jede liquide Verthei-

7) Und zwar auch dann, wenn es sich um Verpfändung eines städtischen Immobilien handelt.

digung sowie weitere Berufung und setzt stets richterliche Cognition voraus. Nur darin haben sie bei uns eine gewisse Ähnlichkeit, daß auf dem Lande regelmäßig beide bei den alten „Befehlshabern“, bei der heutigen Gouvernementsregierung nachgesucht werden müssen. Doch haben die Städte für den Executivproceß bekanntlich sich ihr eigenes Forum gewahrt, so daß für diese letzteren, wenn der Schuldner seinem Gerichtsstande nach vor eine städtische Instanz competirt, jede Ähnlichkeit mit der Beitreibung judicatmäßiger Forderungen nach Landrecht verschwindet.

In welchen Fällen competirt nun ein Executivproceß auf Grund liquider Pfandverschreibungen vor die städtischen Gerichte? Da in den Städten die Einleitung dieser summarischen Verfahrensart nicht wie auf dem Lande auf die Gouvernements-Regierung übergegangen ist<sup>8)</sup>, sondern den städtischen Justizbehörden zusteht, so lautet die Antwort einfach: überall da, wo die Klage im ordentlichen Proceß ihren Gerichtsstand in der Stadt findet, behält sie auch für den Fall summarischer Verhandlung dasselbe Forum. Alle Ansprüche, welche Personen betreffen, die „unter der Gerichtsbarkeit der bezüglichen städtischen Gerichte Livlands stehen und in diesen Städten ihr Domicil haben . . .“, sowie alle Klagen, welche „die in den Gebieten der Livländischen Städte belegenen Immobilien betreffen, ohne Rücksicht auf den Stand der Eigenthümer u. s. w.“, gehören vor die Wirksamkeit des Stadtrechts und der Stadtgerichte nach Maßgabe des Art. VIII der Einleitung zu der jüngsten Codification des Provincialrechts Th. III. Auch nach gemeinem Recht<sup>9)</sup> ist das *forum rei sitae* für alle

8) Dieser Uebergang an die Befehlshaber läßt sich offenbar aus jener im Mittelalter nicht seltenen Verwechslung der Execution auf Grund rechtskräftiger Urtheile und des Executivverfahrens auf Grund „sauberer Schuldverschreibungen“ erklären.

9) Vgl. Beyer, Civilproceß S. 192.

actiones in rem, somit auch für die Pfandklage, competent, eine Bestimmung, die das Provincialrecht auf Immobilien beschränkt hat <sup>10)</sup>. Es kann daher die Pfandklage gegen städtische Immobilien in Livland nur bei den Stadtgerichten angestellt werden, mag nun dabei die Form der Pfandurkunde dem Kläger gestatten das summarische Verfahren des sog. Executivprocesses, oder ihn nöthigen, den weitläufigeren ordentlichen Proceß zu wählen <sup>11)</sup>.

Ob dabei der jedesmalige Eigenthümer des verpfändeten Immobilien seinem Stande oder Domicil nach den Stadtgerichten unterworfen ist, muß selbstverständlich, wie ja schon aus dem Begriff des forum rei sitae im Gegensatz zum forum domicilii hervorgeht, irrelevant sein. Ueberdies wird dieser Grundsatz auch schon durch die älteren einheimischen Rechtsquellen erhärtet. So sagt die königl. schwed. Testamentsstadga vom 3. Juli 1686 § 1 a. G.:

„Mit des Adels Häusern in den Städten wird“  
 „es in Testamenten gehalten (gleichwie im Erbe) gänzlich“  
 „nach dem Stadt-Rechte“

und die Note q zu pag. 15 des Landlaghs <sup>12)</sup>:

„Häuser aber und liegende Gründe (des Adels) in der“  
 „Stadt (sollen) nach Stadt-Rechten getheilt werden,“ und noch  
 allgemeiner die Note e zu pag. 95 desselben Gesetzbuchs:

„Mit Häusern, Höfen oder Gärten (Plätzen und lie-“  
 „genden Gründen in der Stadt) wird nach den Stadt-Rechten“  
 „(jus municipale) verfahren.“

10) Th. III Einl. Art. XXXIII sowie Einl. Art. II.

11) Selbstverständlich ist dem Gläubiger dabei unbenommen, statt der Pfandklage die einfache Obligationsklage — und diese letztere dann natürlich bei dem forum domicilii des Beklagten — anzustellen, ein Fall, der natürlich in der Praxis schwerlich vorkommen dürfte, weil er den Kläger aller processualischen Vortheile des Pfandrechts vorläufig beraubt.

12) Schwed. Hofgerichtsurtheil d. d. 16. Februar 1650.

Endlich Note a zu pag. 116 ebendasselbst:

„Mit Häusern und liegenden Gründen in den Städten“  
 „wird es bei Erbtheilungen nach Stadt-Rechten gehalten . . . ,“  
 „es mag der Verstorbene vom Adel gewesen sein oder nicht.“<sup>13)</sup>

Aus vorstehender Deduction möchte daher zweifellos hervorgehen:

1) Daß die Pfandklage an Immobilien keineswegs die gerichtliche Durchführung des Processes wegen der primären Forderung zu ihrer Anstellung voraussetzt, sondern selbstständig eingefordert werden kann, sobald ihre Voraussetzung, die Nichtzahlung der Forderung, eintritt.

2) Daß dieselbe, sei es summarisch oder auf dem Wege des ordentlichen Processes, stets bei dem Gerichtsstand der belegenden Sache, also in den Städten bei dem competenten Stadtgericht, auf dem Lande bei dem betr. Landgericht, bezw., falls es sich um liquide Pfandverschreibungen handelt, bei der Gouvernementsregierung, verfolgt werden muß.

C. Erdmann.

13) Daß auch nach heutigem Recht die Gerichtsbarkeit der Stadtgerichte (nicht bloß die Anwendung des Stadtrechts) alle Rechtsstreitigkeiten wegen städtischer Immobilien umfaßt, darüber vgl. Prov.-Recht Bd. I Art. 758 p. 22, Art. 642 p. 2. Städtische Gerichtsbarkeit und Gebiet des Stadtrechts sollen sich eben nach Prov.-Recht Bd. III, Einl. Art. II. decken.

## V.

# Ueber die Opportunität, Zweckmäßigkeit und Ausführbarkeit der Vorschläge des Professor D. Schmidt zur Reform des Civilprocesses für das Gebiet des Livländischen Landrechts.

Dorpater Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Jahrgang 3, Heft 2 und 3.

---

Wenn die Reformbedürftigkeit des Livländischen landrechtlichen Processes in diesen Vorschlägen als anerkannt vorausgesetzt wird, so trifft diese Voraussetzung nicht bloß für das rechtsuchende Publicum, sondern auch für die Praktiker, welche es mit diesem Proceß zu thun haben, gewiß allseitig zu. Alle Gegensätze der von der Mündlichkeit verhofften Erfolge, Langsamkeit und Schwerfälligkeit, Kostspieligkeit, Herrschaft der Formen auf Kosten der materiellen Wahrheit und des materiellen Rechts, wer hat sie nicht erfahren und beklagt, er mag nun als Richter, als Partei oder als Parteivertreter die Wege dieses Processes gewandelt sein?! Daß die fortgeschrittene Erkenntniß dieser Mängel unter dem Drang des wachsenden Bedürfnisses nach prompterem und vollständigerem Rechtsschutz, wie es aus der Steigerung des Verkehrs und der progressiven Vielfältigung der Rechtsbeziehungen sich ergibt, den guten Willen der Betheiligten vielfach beeinflusst, manche Fehler der Praxis bereits beseitigt, manche Härten gemildert hat, wird nicht geleugnet werden; aber eben so gewiß ist der

gute Wille aller Betheiligten durchaus ungenügend, so lange es an der Einstimmigkeit über die zum gemeinsamen Zweck führenden Mittel fehlt, wie sie allein durch zwingende Normen herbeigeführt werden kann.

Vorschläge zur Reform des Processus müssen also den Praktikern stets willkommen sein und dankenswerth erscheinen. Die vorliegenden Vorschläge sind daher von einem zahlreichen Kreise von Praktikern in Riga zum Gegenstande aufmerksamster Betrachtung gemacht worden, über deren Resultat in folgenden Bemerkungen Zeugniß abzulegen nur eine von der Sache auferlegte Verpflichtung erfüllen heißt.

Dabei darf die Rücksicht, daß eine derartige Discussion durch die zu erwartende Einführung eines den Anforderungen der Gegenwart entsprechenden Civilprocesses auf Grundlage der Mündlichkeit gegenstandslos werden könne, die werththätige Theilnahme nicht im Mindesten beirren. Denn abgesehen von der Ungewißheit darüber, wie weit eine organische Reform bereits vorbereitet sei, so erscheint die Erörterung der Reformfähigkeit des bestehenden Processus innerhalb seiner gegebenen Grundprincipien so förderlich für die Erkenntniß seiner Licht- und Schattenseiten selbst und deren Gründe, daß sich daraus zum Nutzen der einzelnen Betheiligten wie des Ganzen gewiß nicht bloß schätzbares Material, sondern auch praktische Motive für die Handhabung jedes Processus ergeben müssen.

Wenn freilich die gewichtigeren Verbesserungen nur mit Hilfe der Gesetzgebung bis zu einem solchen Maaße durchgeführt werden sollen, daß der bestehende Proceß noch für längere Zeit den Anforderungen des Landes zu genügen im Stande sei, so wird von vorn herein auf einen Theil solcher Verbesserungen verzichtet werden müssen; denn eine Vertiefung der Factoren der Gesetzgebung in die historische Entwicklung und das Wesen des bestehenden Processus kann zu Gunsten einzelner Reformen nicht rascher zu einem Resultat führen, als zu

Gunsten einer durchgreifenden, die Justizorganisation mit einschließenden Neugestaltung, und daher wohl kaum mit Hoffnung auf Erfolg in Anspruch genommen werden. Nur da etwa, wo es sich, wie z. B. hinsichtlich des Executionsmandats der Gouvernements-Verwaltung, um bloße Beseitigung eines dem geltenden Proceß in seinem Wesen fremdartigen Bestandtheils handelt, wird auf die Hülfe der gesetzgebenden Gewalt gerechnet werden dürfen. Indes dürfte sich aus der Betrachtung der Entwicklung des landrechtlichen Processes, wie sie von dem Herrn Verfasser in Bezug auf die einzelnen Fragen in so dankenswerther Weise aufgestellt ist, und der einzelnen Reformvorschläge im Verhältniß zu den gegenwärtigen, die oberrichterliche Competenz in Bezug auf das Proceßverfahren betreffenden Gesetzesbestimmungen ergeben, daß die meisten jener Vorschläge durch oberrichterliche Festsetzung realisirbar sind, so daß es sich wesentlich um Erzielung einer darauf gerichteten principiellen Entschließung handelt.

Denn einerseits ist das hofgerichtliche Constitutionenrecht, wie es in dem § 6 der Königlichen Resolution vom 30. November 1660 erscheint, in dem Punct 3 des § 311 des I. Bandes des Provincialrechts anerkannt, wo dem Hofgerichte auch die Befugniß zur Regelung der inneren Ordnung des Geschäftsverfahrens der Landgerichte ertheilt wird, andererseits hat sich der landrechtliche Proceß seit dem Ende der Schwedischen Periode wesentlich unter dem Einfluß hofgerichtlicher processualischen Autonomie gestaltet, wie besonders die von dem Herrn Verfasser nachgewiesene Anwendung des jüngsten Reichsabschiedes zeigt, welche einzig durch Vermittelung der Wissenschaft aus Zweckmäßigkeitsrückichten Platz greifen konnte.

Für die unbedingte Conservation einer dergestalt durch Selbsthilfe entwickelten Praxis fehlt es daher an jedem Grunde; vielmehr erscheint die Abschaffung von Mißbräuchen nicht nur, sondern auch die Neugestaltung unzureichend gewordener For-

men auf demselben Wege, auf welchem sie eingeführt worden, eben so zulässig, wie ausführbar. Die Grenzen dieser Ausführbarkeit ergeben sich bei Betrachtung der einzelnen Vorschläge von selbst, denen die folgenden Bemerkungen gewidmet sind:

### I. Die Fristen.

In Bezug auf die in dieser Beziehung angeführte Livländische landrechtliche Praxis wäre noch hervorzuheben, daß das Rigasche Landgericht, dessen Praxis in mehrfachen Beziehungen von derjenigen der übrigen Landgerichte abweicht, principiell nur auf Antrag der Gegenpartei eine neue Fristfestsetzung vornimmt, während das Hofgericht, wie die übrigen Landgerichte die sogenannten Sterate allerdings ohne solchen Antrag ex officio ergehen lassen. Auch geschieht jede Fristfestsetzung bei dem Hofgerichte und sämtlichen Landgerichten unter Androhung einer Geldpön für den Fall der Versäumniß, allein die Vigilanz hinsichtlich der Einhaltung der Termine und der Beitreibung der comminirten Pönen ist für mit Geschäften besonders überhäufte Behörden, wie das Hofgericht und das Rigasche Landgericht, so durchaus undurchführbar, daß in Wirklichkeit diese Pönfestsetzungen eben schlechterdings nicht beachtet und die erste und die zweite Pönalfrist mindestens bei diesen Behörden von den Parteien nur dann eingehalten werden, wenn sie es in ihrem eigenen Interesse geboten finden. Die Befugniß des Richters, wo es durch die Sache geboten erscheint, für jedes Verfahren sofort eine peremptorische Frist festzusetzen, ist nicht nur in den von dem Verfasser der Reformvorschläge angeführten Gesetzen, sondern auch bereits in der landrechtlichen Praxis anerkannt. Auch ist die sofortige Festsetzung einer allendlichen Frist noch in anderen Fällen außer beim ersten Verfahren auf die Klage und bei der Beweis-Introduction üblich, z. B. für das Interrogationsverfahren, in Fällen besonderer Dringlichkeit, wie für die Erklärung auf

eine Appellations- oder Revisionsanmeldung u. s. w. Eine hofgerichtliche Vorschrift wird daher zur Durchführung der vorgeschlagenen Zusammenlegung der üblichen drei Fristen vollständig genügen. Diese Zusammenlegung hat mit gutem Erfolg in der Praxis der Rigaschen städtischen Untergerichte bereits Eingang gefunden, und dürfte auch für die hofgerichtliche und die landgerichtliche Praxis sowohl wünschenswerth als unbedenklich erscheinen, zumal eine rechtzeitige Salvation auch peremptorischer Fristen durch Bescheinigung die Einhaltung behindernder Umstände oder der Einwilligung der Gegenpartei nach wie vor zulässig sein dürfte.

Die Zusammenlegung der üblichen drei Fristen wird aber den Zweck einer Beschleunigung des Verfahrens nur unvollkommen erreichen, wenn sie nicht durch eine Abkürzung dieser Fristen unterstützt wird. Für den schriftlichen Proceß im Hofgerichte wie in den Landgerichten dürften in der Regel, wo nicht schon kürzere Fristen üblich, dreiwöchentliche peremptorische Fristen vom Empfange der Auflage ab gerechnet, und in Sachen, die ihrer Natur nach eine besondere Beschleunigung erheischen, achttägige Fristen genügen, für den protocollarischen oder sogenannten mündlichen Proceß in den Landgerichten ebenso achttägige und resp. 48 stündige oder von einem Gerichtstage zum andern anberaumte Fristen.

## II. Die proceßhindernden Einreden.

Dem Vorschlage, die in der landrechtlichen Praxis übliche Behandlung peremptorischer Einreden als dilatorischer, welche von dem Verfasser auf den Hilchen'schen Landrechtsentwurf und den Polnischen Proceß zurückgeführt wird und im Uebrigen jeder Grundlage entbehrt, aufzugeben, und die peremptorischen Einreden, welche nicht liquide sind oder gleichzeitig mit der Vorbringung bewiesen werden, in das Hauptverfahren zu verweisen, muß vom Standpuncte der Erfahrung die vollständigste

Zustimmung geollt werden. Die Durchführbarkeit desselben durch hofgerichtliche Entscheidung, resp. Vorschrift, dürfte um so weniger zweifelhaft erscheinen, als das Princip dieses Vorschlages von sämmtlichen Landgerichten, mit Ausnahme des Riga'schen, unter Geltendmachung einer hofgerichtlichen Vorschrift, möglichst das Hauptverfahren einzuhalten, bereits anerkannt wird. Die Gefahr einer Verwechslung der Partierollen im Beweisverfahren, einer unrichtigen Vertheilung der Beweislast und einer Uebergangung wesentlicher Proceßhandlungen, wie z. B. der Einlassung, liegt dabei freilich nahe, und wird nicht immer vermieden, kann aber durch eine über den Zweck aufklärende und das Verfahren normirende Vorschrift unschwer beseitigt werden.

### III. Die Einlassung.

Dieser Abschnitt darf als der wichtigste für die Frage angesehen werden, wie der Verschleppung der Proceße zu begegnen sei. Es handelt sich dabei vorzüglich darum, zu erzwingen, daß die Aeußerungen jeder Partei auf die thatsächlichen Vorbringen der Gegenpartei so bestimmt und vollständig abgegeben würden, daß das Beweisverfahren auf das möglichst geringe Maaß reducirt werde.

Der Vorschlag des Verfassers geht nun dahin, den Grundsatz aufzustellen, daß die Einlassung in einer speciellen Beantwortung der Klagethatsachen zu bestehen haben und den ungehorsamen Beklagten in Betreff der nicht speciell geleugneten oder mit Stillschweigen übergangenen Thatsachen ebenso, wie im Falle der gänzlichen Unterlassung der Erklärung, die poena confessi treffen solle.

Die bisherige gegentheilige Praxis wurzelt in der auf den jüngsten Reichsabschied gegründeten gemeinrechtlichen Theorie, stützt sich mithin auf kein hier als solches gültiges Gesetz und steht in Widerspruch zu dem n. e. L. L. p. 336 und n.

e. L. L. pg. 338 sowie in der hofgerichtlichen Constitution vom 8. Mai 1669 anerkannten Grundsatz, daß den im Termin zur Erklärung auf die Klage ausbleibenden Beklagten die poena confessi treffe. Einer Aufnahme dieses letzteren Grundsatzes durch obrichterliche Normirung und einem Aufgeben der Praxis, das Schweigen des Beklagten als Negation auszuliegen, steht an sich nichts entgegen. Andernseits aber darf auch die poena confessi nur dann eintreten, wenn sie entweder von dem Gesez oder von dem Richter angedroht worden. Wenn es nun aber bei der Art und Weise der Reception unserer processualischen Rechtsquellen durch eine größtentheils auf Selbsthülfe angewiesene Praxis, welche nach dem jeweiligen Bedürfnisse und Bildungsstande das zweckmäßig Erscheinende herausgriff, an einem Gesez hierfür fehlt, so kann der Zweck, das Beweisverfahren durch Erzwingung bestimmter Äußerungen möglichst zu vermeiden und zu vereinfachen, nur durch Feststellung des Grundsatzes erreicht werden, „daß die Äußerungen auf die thatsächlichen Vorbringen der Gegenpartei den Parteien immer nur sub poena confessi aufzugeben seien“; ein Grundsatz, der sich, wenn überhaupt, wie projectirt worden, nur peremptorische Fristen anberaunt worden, sehr wohl durchführen läßt und für die Erklärung auf die Klage von der landrechtlichen Praxis gegenwärtig ausnahmslos beobachtet wird.

Die angedrohte poena confessi wird also selbstverständlich jedesmal dann eintreten müssen, wenn die aufgegebene Erklärung ganz ausgeblieben, oder die speciell aufgegebene directe Erklärung überhaupt nicht erfolgt ist. Eine Unvollständigkeit dieser letzteren muß hinsichtlich der übergangenen Klagenmomente die gleiche Folge haben, wenn in der abgestatteten Erklärung keine Einreden vorgeschützt worden, oder die directe Erklärung speciell aufgegeben, also neben diesen Einreden zu verlautbaren war.

War letzteres aber nicht der Fall, so wird die Unvollständigkeit einer in Verbindung mit Einreden vorgebrachten directen Erklärung nicht die poena confessi, sondern nur die Auflage der Ergänzung der directen Erklärung bei Verwerfung dieser Einreden oder Verweisung derselben in's Hauptverfahren zur Folge haben können.

So wenig die poena confessi überhaupt im Proceß des Livländischen Landrechts bloß kraft Gesetzes eintreten kann, so wenig darf sie schon dann zur Anwendung gebracht werden, wenn die Klagethatsachen bloß nicht speciell beantwortet worden, weil es auch für diese Verpflichtung an einer klaren gesetzlichen Grundlage fehlt; sie wird vielmehr, wenn sie angedroht worden, nur dann eintreten dürfen, wenn die Klagethatsachen nicht ausdrücklich und bestimmt geleugnet worden, da eine unbestimmte Aeußerung der Verweigerung der aufgegebenen Aeußerung wesentlich gleichkommt und Ungehorsam involvirt; eine specielle Aeußerung wird nur dadurch erzwungen werden können, daß der Richter die zu beantwortenden Thatsachen speciell bestimmt und die Beantwortung dieser Thatsachen sub poena confessi aufgibt. Es wird sich daher für den proceßleitenden Richter oft empfehlen, wie dies für die Praxis der Rigaschen Gerichte in Uebung gebracht ist, eine Ergänzung der directen Erklärung in bestimmter Richtung aufzugeben.

Daß diese Grundsätze über die Anwendung der poena confessi sich für den gleichen Zweck der Einschränkung verzweckenden Beweisverfahrens auch sehr wohl auf die Erklärungen auf Einreden, Replikten und thatsächliche Behauptungen der Gegenpartei überhaupt ausdehnen lassen, liegt auf der Hand.

#### IV. Schriftwechsel.

Davon ausgehend, daß von der Praxis vor dem Beweisverfahren statt der nach Maaßgabe der Vorschrift in den L.

O. pag. 609 zu wechselnden vier Schriften nur je eine, und, wenn in der Erklärung eine Einrede vorgeschützt worden, nur noch eine Aeußerung auf letztere (elisio) zugelassen, dagegen auch wenn diese Aeußerung neue thatsächliche Vorbringen enthalte, sofort zum Beweisverfahren geschritten werde, wird an dieser Stelle der gemeinrechtliche Grundsatz vom wechselseitigen Gehör zur Anwendung empfohlen, wonach über jede relevante neue thatsächliche Behauptung der einen Partei die Gegenpartei gehört werden müsse.

In der angeführten Vorschrift der L. O. sind die zu wechselnden zwei Schriften jeder Partei als bloße Vorbereitung des mündlichen Verfahrens aufgefaßt und ist das Princip des wechselseitigen Gehörs anerkannt, wenn es daselbst heißt, „worauf hernach die Parteien zum mündlichen Verhör eine oder mehre malen kommen mögen, wofern sie solches begehren, oder auch das Gericht es zu seiner Erleuchtung vor nöthig erachtet.“ Aber auch in der neueren landrechtlichen Praxis ist die Befugniß des Richters, Gegen- und Schlußerklärungen einzufordern, wenn durch die erste Erklärung die thatsächlichen Differenzen nicht genügend herausgestellt worden, principiell ebenso anerkannt gewesen, wie die Nothwendigkeit, über thatsächliche Vorbringen einer Partei die Gegenpartei zu hören, bevor ein entsprechendes Beweisverfahren auferlegt oder zugelassen wird. Die von dem Verfasser gerügten Unterlassungen dürften ihren Grund vielmehr darin haben, daß die Proceßleitung nach einer nicht für alle Fälle zutreffenden Schablone und häufig unter Zugrundelegung bloß der von den Parteien beliebten Bezeichnungen ihrer Schriften ohne vorgängige sorgfältige Erwägung des processualischen Charakters des Inhalts stattfindet. Eine oberrichterliche Normirung des zur Anwendung empfohlenen Principes des wechselseitigen Gehörs dürfte zur Erreichung des aufgestellten Zweckes vollständig genügen.

### V. Das Beweisverfahren und die Beweismittel.

Dem in diesem Abschnitte enthaltenen Vorschlage, das Beweisinterlocut, durch welches das Beweissthema festgestellt und die Beweislast vertheilt wird, für diejenigen Fälle, in denen dafür besondere Zweckmäßigkeitsgründe sprechen, zuzulassen, nämlich für den Fall, daß die Parteien über die Beweislast im Zweifel sind oder unter ihnen darüber Streit entsteht, sowie für den Fall, daß die Parteien nicht durch Rechtsbeistände vertreten sind, muß im Princip vollständig zugestimmt werden. Dieser Zulassung dürfte aber auch für den landrechtlichen Proceß weder irgend eine gesetzliche Bestimmung, noch ein durch den Gerichtsgebrauch ausgebildeter Grundsatz entgegenstehen; sie ist nur thatsächlich ausgeschlossen, durch die erwähnte schablonenmäßige Leitung des Processes, in Folge welcher es vor der Beweisantretung in der Regel weder zu einer Erwägung der Beweislast, noch zu einem bezüglichen Streit der Parteien kommen kann, zumal in der bezüglichen Auflage der Partei die Wahl zwischen dem Replik- resp. Salvationsverfahren einerseits und dem Beweisverfahren binnen peremptorischer Frist andererseits gelassen wird, so daß die betreffende Partei, obwohl sie über ihre Beweislast noch im Zweifel ist, doch genöthigt wird, den Beweis eventuell zu unternehmen. Wenn dagegen die processualischen Auflagen nur immer nach sorgfältiger Prüfung des processualischen Charakters der eingereichten Schriften ergehen und, falls durch die gewechselten Schriften die thatsächlichen Differenzen nicht bestimmt herausgestellt worden, noch eine Gegen- und eine Schlusserklärung für diesen Zweck eingefordert würden, so müßten sich Veranlassung wie Gegenstand des Beweisinterlocuts für die oben gegebenen Fälle des Zweifels, des Streits oder der Unkenntniß der Parteien über Beweislast und Beweissthema von selbst ergeben. Daß sich unter diesen Voraussetzungen das Beweisinterlocut in Riga als praktisch bewährt habe, darf bestätigt werden, jedoch ist die Frage, in

wie fern der Appellationsrichter an das Beweis-Interlocut des Unterrichters gebunden sei, in der Rigaschen Praxis noch keineswegs zum Austrage geblieben.

Was den Additional- und Superadditionalbeweis anlangt, so darf wohl die vom Verfasser gerügte Praxis, wonach es in die Willkür der Parteien gestellt wird, durch bloßen Vorbehalt eine mehrfache Auberäumung von Beweisfristen herbeizuführen (welche Fristanhäufung neben der Unbestimmtheit und Unvollständigkeit der Aeußerungen der Parteien über die gegnerischen tatsächlichen Behauptungen den wirksamsten und häufigsten Verschleppungsgrund bildet) unbedingt als ein Mißbrauch bezeichnet werden, der mit der Peremptorität der Beweisfrist in Widerspruch steht und keine gesetzliche Bestimmung für sich hat. Die dafür angeführte Bestimmung der Königlichen Resolution vom 22. September 1671, enthaltend zur Beförderung der Justiz gereichende Punkte, § 8, L. O. pag. 45:

„In Zeugen Aufnahme sollen forderst bei der Production deren sowohl Actoris als Rei nicht mehr als die tauglichste von jedwedem 7 admittirt werden, doch in denen erfordernten Fällen und anderen Beschaffenheit die Additionales jedem Theile auch vorbehaltenlich. Sonst Dilatio ad Producendos Testes soll keinem zuwider des Königlichen Landgerichts-Ordinanz verstattet werden“;

hat vielmehr die Tendenz, die Beweisführung auf ein gebührendes Maaß im Umfang und Zeitverwendung zu beschränken und gestattet die Additionales nur mit der Clausel „in denen erfordernten Fällen und anderen Beschaffenheit“, analog der Bestimmung der Rigaschen Stadtrechte im 2. Buch cap. 20 Art. 9: „Doch soll der Richter bescheidene Maaße hierin gebrauchen.“

Daß indeß besondere Umstände die Zulassung einer Additionalbeweisführung motiviren können, läßt sich vom Stand-

puncte der Erfahrung nicht in Abrede nehmen. Nicht nur können neue Beweismittel nach der Beweisantretung erst aufgefunden werden, sondern es wird auch häufig erst durch die Äußerungen der Gegenpartei auf die Beweisantretung die Dienlichkeit von Beweismitteln als solchen zu Tage gefördert, zumal für rechtsunkundige Parteien. Es empfiehlt sich daher hier der Mittelweg, dem Richter zu gestatten, eine weitere Beweisführung in Berücksichtigung der Umstände des vorliegenden Falles ausnahmsweise zuzulassen.

Die Einbringung von Urkunden als Beweismittel nach Ablauf der peremptorischen Beweisfrist und nach Schluß des Beweisverfahrens mit der Deductions- oder Gegenductionschrift muß eben so mit dem Verfasser als Mißbrauch bezeichnet und die Abschaffung dieses Mißbrauchs befürwortet werden.

Was endlich die Eidesdelation betrifft, so ist es heute mit dem Verfasser der Vorschläge gewiß allseitig anerkannt, daß der Grundsatz des Livländischen Landrechts, welcher sie ausschließt, schwer auf dem Rechtsleben laste und häufig eine Verweigerung des Rechtsschutzes involvire. Diese allgemeine Anerkennung hat auch auf die Praxis einiger Landgerichte, besonders des Rigaschen, insofern einen Einfluß geübt, als diese nicht bloß einen vom Gericht auferlegten Ergänzungs Eid statuiert, sondern die Eidesdelation in Verbindung mit anderweitigen Beweismitteln sogar zuläßt, indem sie dem Delanten die Äußerung über Annahme oder Relation des angetragenen Eides auferlegt, sobald die durch den Eid zu constatirenden Thatsachen auch nur einigermaßen durch die übrigen Beweismittel bescheinigt sind. — Wenn man aber auch annehmen wollte, daß das Resultat der logischen Interpretation der Richterregeln, auf welche die Praxis die Unzulässigkeit der Eidesdelation stützen will, die historische Interpretation, welche von dem Verfasser der Reformvorschläge im 1. Bande der Zeitschrift pag. 330 ff. gegeben wird, ausschliesse, so steht doch

das Festhalten gerade an den hinsichtlich des Ursprungs ihrer Autorität ohnehin so zweifelhaften Richterregeln in dieser Lehre in auffallendem Widerspruche zu dem Einbrange, den die Praxis sonst in der Beweislehre der gemeinrechtlichen Theorie gewährt hat. Es darf daher wohl unbedenklich angenommen werden, daß das Festhalten an der Unzulässigkeit der Eidesdelation gegenüber dieser Theorie zuerst in der Ueberzeugung von der Nützlichkeit der Vorschrift der Richterregeln seinen Grund gehabt, und daß erst langjährige Uebung diese Vorschrift auch der entgegengesetzten Ueberzeugung gegenüber mit der Autorität eines Gesetzes ausgestattet habe. Daß aber, nach dem Vorstehenden die Zulassung der Eidesdelation als selbstständigen Beweismittels befürwortet werden muß, ist selbstredend, und ebenso folgt aus dem Vorstehenden, daß es für diese Zulassung, da sie bloß einen Gerichtsgebrauch ändert, keines gesetzgeberischen Actes, sondern eben nur einer obergerichtlichen Entschließung und entsprechenden Vorschrift bedarf.

## VI. Die Rechtsmittel.

Was die hier in Vorschlag gebrachte Einführung des Instituts der vorbehaltenen Berufung betrifft, so ist zunächst zu constatiren, daß dasselbe für den schriftlichen Proceß eine Bedeutung haben würde, für welche die Erfahrungen, die auf Grund der neueren Proceßordnungen gesammelt worden, kaum maßgebend sein dürften. Die Frage, wieviel Zeit und Kosten durch dieses Institut im Verhältniß zum Zeit- und Kostenverlust, der durch die Suspensivkraft der Rechtsmittel gegen Zwischenbescheide verursacht wird, erspart werden würden, wieviel dagegen der Gegner desjenigen, welchem die Berufung vorbehalten wird, für den Fall des Erfolgs derselben durch die Fortsetzung des Processes riskire, dürfte auch der eingehendsten Erwägung maßgebend zu beantworten kaum gelingen; nur die Erfahrung könnte hier den Ausschlag geben. Zu diesem

naheliegenden Zweifel an der Zweckmäßigkeit des vorgeschlagenen Instituts kommt entscheidend die Gewißheit, daß die Einführung nur durch einen gesetzgeberischen Act zu ermöglichen wäre, hinzu. Ein solcher Act hat ein so tiefes Eingehen der Factoren der Gesetzgebung in das Wesen unseres Processes, wie in die concreten, noch nirgend constatirten Verhältnisse der landrechtlichen Rechtspflege zur Voraussetzung, daß er für den günstigsten Fall kaum früher erwartet werden dürfte, als die in Aussicht gestellte vollständige Reform des Processes, durch welche er vielleicht gegenstandslos werden würde. Es dürfte also von der Realisirung dieses Vorschlages abgesehen werden müssen.

Die in diesem Abschnitt schließlich in Vorschlag gebrachte Abschaffung der kostspieligen Verpflichtung des Appellanten zur Einbringung einer vidimirten Abschrift der Acten der Unterinstanz in der Oberinstanz bei Introduction der Appellation muß um so nachdrücklicher befürwortet werden, als sich für jene Verpflichtung kaum ein anderer Grund, als die Befürchtung, daß die Originalacte bei der Uebersendung verloren gehen könnte, finden läßt. Diese Befürchtung dürfte bei der heutigen Sicherheit der Postverbindung indeß ihr Gewicht verloren haben; überdies ist die Einsendung der Originalacten in Appellationsfachen armer Personen und für das Rigasche Landgericht in allen Sachen von dem Hofgerichte ohnehin bereits gestattet, und damit anerkannt, daß dieses Actenmundum kein wesentliches Appellationsformale ist.

## VII. Die Execution.

Die hier in Vorschlag gebrachte Abschaffung des jedes ersichtlichen Grundes und Zweckes entbehrenden Commissi der Gouvernements-Verwaltung zur Execution von appellabeln, aber in Folge Unterlassung der Appellation rechtskräftigen Erkenntnissen der Landgerichte dürfte zwar nur auf dem Gesetzge-

bungswege erfolgen können; allein ein baldiger und günstiger Erfolg einer entsprechenden obergerichtlichen Verwendung dürfte deshalb erwartet werden können, weil es sich hier um eine dem Wesen unseres Processes und der eigenthümlichen provinziellen Institutionen ganz fremde Einrichtung handelt, die in einer ohnehin bereits abgeschafften reichsrechtlichen Bestimmung ihre Grundlage hatte.

Ergiebt sich aus dem Vorstehenden, daß es sich hier für den Erfolg wesentlich um Wiederanregung der einst im Gebiete des Processes so thätig gewesenen Selbsthilfe handelt, so bleibt im Interesse aller Betheiligten nur übrig, den Wunsch und die dringende Bitte auszusprechen, daß der verehrte Verfasser der hier vom Standpunkte der Erfahrung befürworteten Reformvorschläge es nicht bei der Veröffentlichung bewenden lassen, sondern einen ferneren wirksamen Schritt zu ihrer Realisirung thun und sie dem demnächst zusammentretenden Livländischen Landtage zur Berücksichtigung im allgemeinen Interesse unterbreiten möge.

## II.

### Ueber die Unterbrechung der Klageverjährung durch Klageanstellung nach dem Provincialrechte der Ostsee-Provinzen.

Die gemeinrechtlich so bestrittene Frage: ob schon die Anstellung der Klage oder erst die Insinuation derselben die Verjährung der Klage unterbreche? dürfte, bei unbefangener Betrachtung der Bestimmung des Art. 3629 Thl. III des Prov.-Rechts der Ostsee-Provinzen, wohl offenbar zu Gunsten der Ansicht entschieden zu erachten sein, welche die Klageanstellung für den entscheidenden Moment erklärt.

Der bezogene Artikel lautet wörtlich:

„Die Verjährung wird unterbrochen, — so daß die schon abgelaufene Zeit nicht mehr in Betracht kommt, sondern eine neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt, — durch gerichtliche Verfolgung des Anspruches, also zunächst durch Anstellung der Klage vor dem competenten Richter oder vor dem erwähnten Schiedsrichter.“

So unzweideutig dieses Gesetz m. E. auch lautet, so ist doch gleichwohl in der Praxis noch neuerdings mehrfach die Meinung vertreten, daß erst die Mittheilung der Klage an den Beklagten die Verjährung unterbreche, und diese Anschauung scheint auch von D. Schmidt <sup>1)</sup> vertreten zu werden, welcher

1) Dorpater Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Jahrg. I. Nr. IX S. 309

wenigstens für das civilprocessualische Verfahren nach Livländischem Landrechte ganz allgemein den Satz aufstellt: „mit der Mittheilung der Klage an den Beklagten sind dieselben Wirkungen wie nach gemeinem Rechte verbunden.“

### § 1.

Eine nähere Begründung und Präcisirung dieses Satzes hat Schmidt nicht gegeben, von denjenigen Praktikern aber, welche die erst durch Mittheilung der Klage eintretende Unterbrechung der Verjährung vertheidigen, werden im Wesentlichen folgende Gründe für diese Ansicht angeführt:

- 1) der Art. 3629 l. c. sei in Grundlage des gemeinen Rechts zu interpretiren, wie dies auch schon aus den zu demselben bezogenen Bestimmungen des Römischen Rechts zu ersehen,
- 2) nach gemeinem Recht aber unterbreche nach der richtigern, von der Mehrheit der tüchtigsten Rechtslehrer vertretenen Ansicht, erst die Insinuation der Klageschrift die Verjährung,
- 3) zudem besage der Art. 3629, daß die gerichtliche Verfolgung des Anspruches, — als deren einleitender Act in den Worten: „zunächst durch Anstellung der Klage u.“ die Klageanstellung nur bezeichnet werde, — die Verjährung unterbreche,
- 4) ferner sei unter Anstellung der Klage im engern Sinn, wie aus v. Savigny System des heutigen Römischen Rechts<sup>2)</sup>, Goejchen Vorlesung über das gemeine Civilrecht<sup>3)</sup> u. A. zu ersehen, im Gegensatz zur bloßen Erhebung oder Uebergabe der Klageschrift, die insinuirte Klage zu verstehen, indem erst dann die Klage wirklich angesetzt zu erachten,

2) Bb. V S. 316 u. fg.

3) Bb. I § 152 S. 440 u. fg.

- 5) eine Bestätigung finde diese Anschauung in der Anm. zu Art. 3629, woselbst es heißt, daß nach Estländischem Landrechte zur Unterbrechung der Verjährung schon die Einreichung des Gesuches um Vorladung des Beklagten genüge. Da nun nach Estländischem Landrechte das Citationsgesuch, welches dem Ladungsbe-  
fehle abschriftlich beizulegen ist, den Gegenstand der Klage genau anzugeben habe, die Klage also schon enthalte, so bestätige diese Ausnahme nach Estländischem Landrecht gerade die Regel, daß die Klageverjährung nicht schon durch Anbringung der Klage bei Gericht, sondern erst durch deren Mittheilung an den Gegner unterbrochen werde,
- 6) hierfür spreche auch die Ausdrucksweise des Art. 3630, wo von dem durch Ausstellung der Klage in Gang gekommenen gerichtlichen Verfahren die Rede sei, was auf die Instinuation der Klage hinweise,
- 7) endlich erscheine auch bei der Auffassung, daß die bloße Erhebung der Klage zur Unterbrechung der Verjährung schon genüge, die Bestimmung des Art. 3632 über die ausnahmsweise zulässige Unterbrechung der Verjährung durch Protestation oder Bewahrung bei dem competenten Richter eigentlich ganz überflüssig, während sie doch nach der Absicht des Gesetzgebers nicht überflüssig sein sollte.

Diese Auffassung dürfte indessen in keiner Weise begründet sein.

## § 2.

So wenig es auch zu bestreiten ist, daß für die wissenschaftliche Auslegung eines, maßgeblich der dazu bezogenen Quellen, im gemeinen Rechte begründeten Rechtsatzes eben die Bestimmungen des gemeinen Rechts in Betracht zu ziehen sind, eben so wenig kann der, selbst unzweifelhafte Sinn der

betreffenden gemeinrechtlichen Norm allein für die Interpretation des provinciellen Rechts maßgeblich sein. Es muß vielmehr bei der Auslegung unseres Provincial-Rechts auch die betreffende Controverse, die Stellung der Praxis zu den verschiedenen Auslegungen, der Standpunkt der neueren Gesetzgebungen, die der Codification unseres Provincial-Rechts vorausgegangen und wegen ihrer Bedeutsamkeit schwerlich ohne Einfluß geblieben, ins Auge gefaßt und hiernach ermessen werden, für welche der verschiedenen Ansichten die Codification unseres Provincial-Rechts Theil III sich entschieden und durch welche Motive diese Entscheidung bestimmt worden ist.

Für das Justinianische und gemeine Recht hat allerdings, auf Grund von l. 3 § 1, l. 7 pr. u. § 1 Cod. VII. 39<sup>4)</sup> und l. 3 § 1 Cod. VII. 40<sup>5)</sup> die Mehrzahl der neueren Rechts-

---

4) l. 3 § 1 Cod. VII. 39. Quae ergo antea non motae sunt actiones, 30 annorum jugi silentio, ex quo jure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam licet per annotationem promeruisse responsum, vel etiam in judiciis allegasse, nisi allegato sacro rescripto, aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta per executores conventio. cf. hierzu Sintenis Erläuterungen Bd. I S. 152 und die daselbst citirten Schriftsteller und dagegen v. Wächter Erörterungen III S. 92 fg.

l. VII pr. Cod. VII. 39. Quum notissimi juris sit, actionem hypothecariam in extraneos quidem suppositae rei detentatores annorum triginta siniri spatiis, si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, id est etiam per solam conventionem. § 1. Quamobrem jubemus hypothecariam persecutionem — non ultra 40 annos, ex quo competere coepit, prorogari, nisi conventio aut aetas, sicut dictum est, intercesserit, ut diversitas utriusque rerum persecutionis, quae in debitorem aut heredes ejus, quaeque movetur in extraneos, in solo sit annorum numero. cf. hierzu Sintenis l. c. S. 154 und 155 Note 2 über die Bedeutung von conventio und convenire und dagegen v. Wächter l. c. S. 94

5) l. 3 § 1 Cod. VII. 40. Sancimus itaque, nullam in judiciis in posterum locum habere talem confusionem, sed qui abnoxium suum in judicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit, licet generaliter nullius caussae mentionem habentem, vel unius quidem specialiter tantummodo, aut personales actio-

Lehrer <sup>6)</sup> behauptet, daß erst die Mittheilung der Klage an den Beklagten, also die Insinuation der Klage, die Verjährung unterbreche; allein es hat sowohl in älterer als in neuerer Zeit auch nicht an sehr angesehenen Rechtslehrern <sup>7)</sup> gefehlt, welche schon der Anstellung oder Erhebung der Klage die Wirkung der Unterbrechung beilegen, so daß also, wenn die Verjährung zwischen der Anstellung der Klage und deren Insinuation abläuft, die Klageanstellung der unterbrechende Act ist, ihre Wirksamkeit aber durch die nachfolgende Insinuation bekräftigt sein muß <sup>8)</sup>. Selbst Unterholzner <sup>9)</sup> läßt wenigstens die, nach seiner Ansicht, auch noch im Justinianischen

---

nes vel hypothecarias continentem, nihilominus videri jus suum omne eum in judicium deduxisse et esse interrupta temporum curricula, cum contra desides homines et sui juris contemtorels odiasae exceptiones oppositae sunt. (Justinian.) — Ueber transmissio libelli conventionis als Folge des clamare in judicium oder als nebenher miterwähnten Bestandtheil der klägerischen Gesamthätigkeit, nicht als Bedingung der Unterbrechung der Extinctiv-Verjährung cf. Schaeffer in der Gießener Zeitschrift N. F. Bd. VII. S. 279 und Ahrens ebend. Bd. XII. S. 328 fg.

6) Bethmann-Hollweg Handb. des Civil-Proc. I § 22; v. Savigny System Bd. V. S. 316 fg.; v. Wächter l. c. S. 89 fg.; Schirmer in der Note 425a zu Unterholzner's Verj.-Lehre Bd. I. § 124; Arndts § 113 Anm. 4; Pfotenhauer über Unterbrechung der Klageverjährung; Heimbach in Weißke's Rechts-Lexikon S. 522 fg.; Unger Destr. Privatrecht II. § 121 Note 26, u. f. w.

7) Höpfner Commentar § 398; Glück Commentar Bd. III. S. 397 und die daselbst Note 9 Citirten; Kori Verjährung § 154 und 155; Sintenis Erläuterungen I. S. 150 fg. und Civil-Recht I § 31 Note 52; Höpfner Beiträge zur civilgerichtl. Praxis Bd. I Thl. 3 S. 192 u. 193; Schaeffer l. c. S. 276 fg.; Ahrens l. c. S. 319 fg.; Puchta Pandekten § 90 Note P und Vorlesungen dazu S. 207; Puchta Institutionen II § 208, u. f. w.

8) Puchta Vorlesungen l. c., welcher demnach die Insinuation der Klage nicht als Bedingung, sondern als Folge der Klageanstellung betrachtet und demgemäß der Klageanzelung nur dann keine unterbrechende Wirkung beilegt, wenn die Klage a limine judicii abgemiesen resp. vor der Ladung zurückgemiesen wird, ohne daß der Kläger mit Erfolg hiergegen remedirt hätte.

9) l. c. I § 124.

Rechte, die Klageverjährung unterbrechende Litiscontestation bis zur Anstellung der Klage zurückwirken, wenn in der Zwischenzeit von der Anstellung der Klage bis zur gerichtlichen Vernehmung resp. bis zu der die Herbeiführung der Litiscontestation bezweckenden Instinuation der Klage die Klageverjährung abgelaufen sein sollte <sup>10)</sup>, so daß also auch bei dieser Auffassung practisch doch alles nur darauf ankäme, daß die Klage innerhalb der Verjährungsfrist angestellt worden.

Es kann der Zweck dieser Erörterungen nicht sein, diese Controverse des gemeinen Rechts eingehend zu beprufen. Es wird hier genügen darauf hinzuweisen, daß die durchaus ungenaue Fassung und Mehrdeutlichkeit der betreffenden Quellsausprüche sehr berechtigten Zweifeln Raum giebt und mit Rücksicht auf die Worte: *id est etiam per solam conventionem in l. 7 pr. C. VII. 39* und auf die in *l. 2 u. 3 C. pr. <sup>11)</sup>* u. *l. 3 § 1 C. VII. 40 <sup>12)</sup>* angegebene *ratio legis*, wornach die Verjährung eine Strafe der Nachlässigkeit des Klägers sein soll, so wie im Hinblick auf die, auch von den Gegnern <sup>13)</sup> zugegebene, Bewandniß, daß nach *l. 5 § 1 C. II. 56 <sup>14)</sup>* die bloße Anstellung oder Erhebung der Klage vor dem erwählten Schiedsrichter die Klageverjährung unterbreche, dergleichen auf die Fassung der *l. 3 C. VII. 40* in den *Vasilliken <sup>15)</sup>*, in der That sehr Vieles für die von Buchta vertretene

10) Im Falle der *Contumaz* des Beklagten treten die Wirkungen der Litiscontestation ein. Unterholzner l. c.

11) „*sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia.*“

12) „*quum contra desides homines et sui iuris contemtores odiosae exceptiones oppositae sunt.*“

13) v. Savigny l. c. S. 320; v. Wächter l. c. S. 95; Unger l. c. Note 25.

14) *plenius tamen et generaliter definimus, conventum in scriptis apud compromissarium iudicem factum ita temporis interruptionem inducere, quasi in ordinario iudicio lis fuisset inchoata.*

15) *Ἐὰν τις πόλλας ἔχων ἀγωγὰς περὶ τίνων ἐπίδωσῃ λιβέλλον, πᾶσας διγνεκεῖς ἀποτελεῖ. Καὶ τὸ πλέον λέγει ἡ διάταξις, ὅτι κἄν ἔχων προσω-*

Ansicht spricht, daß die Klageanstellung der entscheidende Moment sei <sup>16)</sup>, wogegen das von Wächter <sup>17)</sup> aus I. 2 C. VII. 40 entlehnte Gegenargument, wie später zu erörtern sein wird, doch wohl nicht entscheidend sein dürfte.

Die gemeinrechtliche Praxis ist über diese Frage durchaus unsicher und schwankend und neigt sich jedenfalls überwiegend zu der hier, zunächst für unser Provincial-Recht, vertretenen Ansicht, wie selbst von den Gegnern <sup>18)</sup> derselben mehrfach zugegeben wird.

Es ist daher in der That nicht begründet, wenn v. Savigny <sup>19)</sup> behauptet, die von ihm vertretene Auffassung gelte in der Praxis unzweifelhaft, und es dürfte diesem berühmten Rechtslehrer schwerlich beigegeben werden können, wenn er es unseren Bedürfnissen völlig entsprechend erachtet <sup>20)</sup>, daß erst die Mittheilung der Klage die Verjährung unterbreche.

Hiergegen haben sich denn auch selbst solche Rechtslehrer <sup>21)</sup> entschieden erklärt, welche der Savigny'schen Ansicht, insoweit es sich um deren quellenmäßige Begründung handelt, beistimmen; denn es kann offenbar nicht dem practischen Bedürfnisse entsprechend erachtet werden, daß den noch so rechtzeitig die Klage anstellenden Kläger lediglich durch die vom Richter verzögerte oder unrechtfertig verweigerte Insinuation

*πικὰς καὶ περὶ δεσποτείας καὶ ὑπωθηχαρίας ἐπιδιώσῃ λιβέλλου, ὕχοντα ὅτι τὰς προσωπικὰς κινεῖ ἢ ὅτι τὰς περὶ δεσποτείας κινεῖ ἢ ὅτι τὰς περὶ ὑπωθηχαρίας, οὐδὲ αὐτὴ ἢ ὑπεξαυρεσις ἀδικοῖ αὐτῶν.*

16) Sintonis Civil-Recht I. c.; Schäffer I. c. S. 276 fg.; Ahrens I. c. u. fg.

17) I. c. S. 95.

18) Pfotenhauer I. c. S. 2; v. Wächter I. c. S. 89 Note 24a cf. auch Schäffer I. c. S. 276 fg.; Ahrens I. c. 333 fg.; Sintonis Civilrecht I. c.

19) I. c. S. 318.

20) I. c. S. 317.

21) v. Wächter I. c. S. 93; Unger I. c. Note 25.

der Klage die Strafe der Klageverjährung treffe und so, wie Sintonis <sup>22)</sup> treffend bemerkt, die Rechte der Parteien ganz in die Willkür eines, dem Klageobject gegenüber leicht insolventen, Richters gegeben werden, gegen den der solchergestalt geschädigte Kläger gar noch die Syndicats-Klage anzustellen hätte. Auch ist es vom Standpunkte des röm. Rechts, welches ja die Klageverjährung als Strafe der Nachlässigkeit des Klägers betrachtet wissen will, entschieden inconsequent, die Anstellung der Klage, mit welcher der Kläger von seiner Seite ja Alles gethan, was zur Wahrung seines Rechts von ihm gefordert werden konnte, nicht als den entscheidenden Moment anzusehen, sondern eine von dem Kläger ganz unabhängige Thätigkeit des Richters, nämlich die Insinuation der Klage <sup>23)</sup>.

Diese auf der Hand liegenden Inconvenienzen haben denn auch neuere Gesetzgebungen mehrfach zur Aufstellung des Grundsatzes veranlaßt, daß schon durch Erhebung der Klage bei dem competenten Richter die Unterbrechung der Klageverjährung bewirkt werde. So bestimmt schon das Preuß. Landrecht Thl. I Tit. 9. § 551 <sup>24)</sup>, und diesem folgend, das Oesterr. allgem. bürgerl. Gesetzbuch <sup>25)</sup>, desgleichen das Hess. Gef. Art. 23 <sup>26)</sup>.

Auf den gleichen Standpunkt hat sich denn ganz ersichtlich auch unser Prov.-Recht Thl. III. I. c. gestellt, und schon vor dessen Codification hatte sich die Praxis wesentlich in gleichem Sinne, zum Theil noch milder gestaltet.

22) Civilrecht I. c.

23) v. Wächter I. c. S. 93.

24) „Mit dem Augenblicke, da jemand seine Klage bei dem gehörigen Richter anmeldet, wird die Verjährung durch Nichtgebrauch unterbrochen.“ cf. auch ebendas. § 604 „Daß zwischen dem Zeitpunkte der Anmeldung (scil. der Klage) und der wirklich erfolgten Bekanntmachung die Verjährungsfrist abgelaufen ist, kommt dem Besizer nicht zu Statten.“

25) Unger I. c. Note 25.

26) Unger I. c. und Ahrens I. c. S. 321.

Nach Livl. Landrechte wurde die Verjährung von Jahr und Tag durch Erhebung der gerichtlichen Klage unterbrochen, die Verjährung der nach Schwedischem Rechte auf 20 Jahre beschränkten Klagen aus Privatforderungen, so wie die 10jährige Verjährung des Russischen Rechts wurde dagegen nicht durch die Erhebung der gerichtlichen Klage, sondern auch durch schriftliche oder mündliche (außergerichtliche) Mahnung unterbrochen <sup>27)</sup>.

Auch nach Estländ. Landrechte wird die Verjährung sowohl durch gerichtliche Protestation, als durch insinuirte Citation und bei Schuldforderungen auch durch bloße Privatmahnung unterbrochen <sup>28)</sup>.

Nach Rigischem Stadtrechte galten in der hier fraglichen Beziehung regelmäßig die Grundsätze des Livländ. Landrechts, nur daß ausnahmsweise auch die Verjährung von Jahr und Tag durch Privatmahnung oder Protestation unterbrochen werden konnte <sup>29)</sup>.

Dieses Letztere gilt auch für das Revalsche Stadtrecht, welches sonst von dem Estländischen Landrechte in dieser Lehre nicht abweicht <sup>30)</sup>.

Für die Bauerrechte Livlands und Estlands galt gleichfalls das für die resp. Landrechte Gesagte in dieser Lehre <sup>31)</sup>.

In Kurland war nach der älteren Praxis anerkannt, daß nicht nur die Anstellung der Klage, sondern auch gerichtliche und außergerichtliche Mahnung die Klageverjährung unterbrechen, während die neuere Praxis zur Unterbrechung der Klage-

27) v. Bunge Liv- u. Estl. Privatrecht (II. Aufl.) Thl. I § 196 S. 440 u. fg. cf. auch die daselbst bezogenen: Manifest v. 28. Juni 1787 § 4 u. S. U. vom 21. Juni 1815.

28) v. Bunge I. c. § 198 S. 446 u. fg.; Est. R.- u. L.-R. B. IV. Tit. 21. Art. 8 u. 14.

29) v. Bunge I. c. § 199 u. Rig. St.-R. B. III. Tit. 6 § 2.

30) v. Bunge I. c. § 199.

31) v. Bunge I. c. § 200.

verjährung regelmäßig die Anstellung der Klage erforderte und die gerichtliche Protestation nur ausnahmsweise für genügend erachtete, wenn der Erhebung der Klage oder doch der in Kurland derselben vorhergehenden förmlichen Ladung des Gegners ein Hinderniß entgegenstand <sup>32)</sup>).

Das Kurl. Bauerrecht <sup>33)</sup> endlich bestimmt, daß die Verjährung nicht nur durch Klageanstellung, sondern auch durch gerichtlich verlautbarten Widerspruch, ja selbst durch erwiesenermaßen stattgehabten außergerichtlichen Widerspruch unterbrochen werde.

Sowohl in Liv- und Estland, als auch in Kurland, ist in dieser Lehre übrigens der S. U. vom 21. Juni 1815 von erheblichem Einflusse gewesen, welcher der Klageanstellung für die Unterbrechung der Klageverjährung die entscheidende Bedeutung beilegt <sup>34)</sup>).

Bei solcher Sachlage wird über den Sinn des Art. 3629 l. c. wohl um so weniger ein Zweifel aufkommen können, als auch die Ausdrücke: Klageanstellung und Klageerhebung oder Ueberreichung der Klageschrift ic. keine von einander verschiedene Bedeutung haben, sondern, was auch Savigny und Gosschen gar nicht anders auffassen <sup>35)</sup>, auch im Prov.-Recht <sup>36)</sup> ausdrücklich anerkannt ist, nur verschiedene Bezeichnungen desselben Begriffes sind, da die Klage eben durch gerichtliche Ueberreichung der Klageschrift oder durch Verlautbarung der Klage zum gerichtlichen Protocoll an gestellt oder erhoben wird <sup>37)</sup>. Andererseits ist zu dem Art. 3629 l. c., außer den

32) v. Bunge Kurl. Priv.-R. § 59 und die daselbst Note f und g angeführten Urtheile.

33) Kurl. Bauer-Gesetzb. § 97.

34) v. Bunge Liv. u. Estl. Privatr. § 196 S. 412.

35) Diese unterscheiden l. c. (cf. Note 1a und 1b) nur zwischen der bloßen Anstellung der Klage und der Insinuation der angestellten Klage. cf. auch Unger l. c. Note 426.

36) Art. 3632.

37) Renard Civil-Proc. § 196.

oben erörterten provincialrechtlichen Quellen<sup>38)</sup>, auch die l. 5 § 1. C. de recep. arbit. (II, 56) bezogen, welche durch Erhebung der Klage beim erwählten Schiedsrichter die Verjährung unterbrechen läßt, und die Anmerkung zum Art. 3629 tritt dieser Auslegung durchaus nicht hindernd entgegen. Dieselbe erklärt sich vielmehr einfach aus der in den drei Ostsee-Provinzen verschieden gestalteten Form der Einleitung des Processes, welche theilweise vom gemeinen Rechte abweichend ist.

In Kurland wird beim Oberhofgerichte und den Oberhauptmannsgerichten die Klage nicht sofort bei Gericht eingereicht, sondern der Kläger nimmt vom Ober=Secretaire resp. Instanz=Secretaire ein Citations=Blancat, schreibt auf dasselbe, Namens des Gerichts, den Inhalt der Klage nebst Petito, bezeichnet den Namen und Stand des Beklagten, so wie Termin und Ort des Erscheinens, unter Androhung der gesetzlichen Nachtheile für den Fall des Ausbleibens, und läßt das also von ihm ausgefüllte Citations=Blancat mindestens 4 Wochen ante terminum durch den Ministerial des Gerichts insinuiren, der auf dem Citations=Blancate auch zu bescheinigen hat, wann und in welcher Weise die Insinuation stattgefunden. In termino weist der Kläger durch das Relations=Exemplar der rite insinuirten Citation die Bewerkstelligung derselben nach und stellt damit die qu. Klage an. Die Klage wird also hier erst nach geschehener, vom Citanten besorgter, Citation des Beklagten dem Gerichte überreicht und diesem erst dadurch bekannt. Dies ist auch bei dem stadtgerichtlichen Prozesse in Kurland, Riga und Reval der Fall, wo der Kläger den Beklagten zu einem mündlich vom Vorsitzenden des Gerichts bewilligten Termin Tags zuvor per ministerialem citiren läßt und sodann in termino, nachdem er durch die Relation des

---

38) cf. Note 23—25 incl.

Ministerials die geschehene Citation nachgewiesen, die Klage entweder schriftlich verabreicht oder zu Protocoll dictirt.

Anderß dagegen ist das einleitende Verfahren bei den Livländischen Gerichten — abgesehen von den Rigaschen Stadtgerichten — so wie bei dem Estländischen Oberlandgerichte und den ihm untergeordneten Behörden.

Bei ersteren bringt nämlich der Kläger seine Klage sofort bei Gericht an, das dann an den Beklagten den Auftrag erläßt, sich binnen bestimmter Frist auf die ihm mitgetheilte Klage zu erklären.

Beim Estländischen Oberlandgerichte und den demselben untergeordneten Behörden dagegen überreicht der Kläger ein schriftliches Citationsgesuch, in welchem der Gegenstand der, annoch anzustellenden, Klage genau ausgedrückt sein muß — (da der Beklagte nicht verpflichtet ist, auf etwas in der nachher verabreichten Klage zu antworten, was nicht schon im Citationsgesuche ausdrücklich erwähnt worden,) — und welches dem gerichtlichen Ladungsbefehle, in welchem dem Beklagten ein bestimmter Termin zum Erscheinen anberaumt wird, abschriftlich beizulegen ist. In diesem Termine verabreicht dann der Kläger seine Klage, wenn er sich nicht damit begnügt, sich einfach auf das, die Klage etwa schon vollständig genug enthaltende, Citationsgesuch zu beziehen.

Aus dem Erörterten ergibt sich denn aber, daß das Citationsgesuch in Estland die Klage schon im Wesentlichen enthält, die Verarbreichung des Citationsgesuchs also materiell schon die gerichtliche Klageanstellung involvirt, und daher der förmlichen Klageanstellung in termino in Bezug auf Unterbrechung oder Verjährung mit Recht gleichgestellt wird; keineswegs aber könnte daraus gefolgert werden, daß regelmäßig die Verjährung erst durch die erfolgte Mittheilung der Klage an den Beklagten unterbrechen werde, und zwar um so weniger, als der Art. 3629 eben nirgend von Mittheilung der Klage, son-

bern nur von deren Anstellung spricht, und es ist dabei für die Frage der Unterbrechung der Verjährung ganz gleichgültig, ob, je nach der oberrwähnten Verschiedenheit unserer provinciellen Proceßrechte, die Anstellung der Klage der Citation des Beklagten vorhergeht oder nachfolgt.

Der Art. 3630 l. c., der von der Proceßverjährung handelt, kann hier nicht als Gegenargument in Betracht kommen, wie sich wohl von selbst verstehen dürfte, denn eine Proceßverjährung ist überhaupt nur denkbar, wenn der Proceß schon in Gang gekommen, was nur durch das Medium der Klage geschehen kann. Ueberdies aber würde das zum Art. 3630 bezogene Manifest vom 28. Juni 1787 § 4 und das ebenda selbst allegirte Allerhöchst bestätigte Reichsrathsgutachten vom 21. Juli 1815 darauf hinführen, daß die Klageanstellung die Verjährung unterbrechen soll.

Daß darnach die Bestimmung des Art. 3632 über die, in gewissen Fällen schon zur Unterbrechung der Verjährung genügende, beim competenten Richter angebrachte, Protestation oder Bewahrung viel an Bedeutung verliert<sup>39)</sup>, ist allerdings zuzugeben, überflüssig wird sie dadurch aber keineswegs, denn die Klageanstellung erfordert in Kurland durchweg, desgleichen nach dem stadtgerichtlichen Verfahren in Riga und Reval, die vorgängige Citation des Beklagten. Wo diese also nicht möglich, weil der Gegner z. B. ein nicht bevormundeter Geisteskranker ist, oder wo die für die Klageanstellung noch übrige Zeit zu kurz ist, um nach vorgängiger Citation des Gegners die Klage noch vor Ablauf der Verjährungsfrist anstellen zu können, erscheint die Aushülfe der gerichtlichen Protestation sehr nöthig. Und wenn auch gegen Abwesende, deren Aufenthalt unbekannt ist, Edictalladungen statthaft sind, so wird doch der in solchen anzuberäumende Termin häufig so spatiös sein,

39) Unger l. c. Note 25.

daß in termino die Klage schon verjährt wäre. — Immerhin wird aus der theilweisen oder gar gänzlichen Entbehrlichkeit einer Gesetzesbestimmung nicht füglich etwas Entscheidendes gegen den Sinn eines anderen Gesetzes zu folgern sein, wie schon der § 97 der Kurl. B.-B. dafür den Beleg liefert. Wo es zur Klageanstellung der vorgängigen Citation des Gegners nicht bedarf, hätte der Art. 3632 l. c. dem Kläger in gewissen Fällen die Wahl zwischen der Klageanstellung und der gerichtlichen Protestation gelassen <sup>40)</sup>.

Der Art. 3629 l. c. enthält demnach nicht einmal etwas unserem in Geltung gewesenen Rechte Fremdes, sondern sanctionirt die humanere, selbst vom Standpunkte des gemeinen Rechts consequentere und jedenfalls legislativ richtigere Ansicht <sup>41)</sup>.

Oberhofgerichts-Advocat *J. Seraphim.*

---

40) Dies Alles auch gegen v. Wächter's Argumentation aus l. 2 C. II, 56. cf. Note 13.

41) v. Wächter l. c. S. 93.

### III.

## Ueber das Rechts-Institut der Zwangsenteignung.

---

Der Zweck der folgenden Erörterung soll der Nachweis darüber sein, daß es ein vollständiges, rechtlich begründetes und practisch erprobtes Expropriationsverfahren nach provinciellem Rechte giebt. Dazu schien es dem Unterzeichneten dienlich, zunächst eine Darstellung des Instituts der Expropriation nach gemeinem Rechte zu geben, dieser eine Ausführung über die Geltung der gemeinrechtlichen Bestimmungen in unserm provinciellen Rechtsstaate, sowie über die abweichenden Rechtsnormen desselben folgen zu lassen, um dann nach einer Kritik der über diese Sache bereits geäußerten Meinungen das provincialrechtliche Verfahren in Expropriationsfachen wiederzugeben, wie es in Sachen der Libau-Kownoer Eisenbahnbau-Gesellschaft pcto. Enteignung einzelner Theile der Illien-, Gawesen-, Susten-, Preetuln-, Bathenschen u. Eltesemschen Güter im Hasenpoth'schen Oberhauptmannsgerichte zur Anwendung gekommen.

A. 1) Gegenüber der in gesetzlicher Zeit durchweg anerkannten Unverletzlichkeit und Heiligkeit des Eigenthums jedes

---

1) Benutzte Literatur: Treichler im 12. Bd. der Zeitschrift für deutsches Recht. Häberlin im 39. Bd. des Archivs für civil. Praxis. Laband im 52. Bd. ibid. Seuffert Archiv. Mittermaier im Staatslexikon. Lette ibid. E. Meyer im Holtenborff'schen Rechtslexikon.

Staatsbürgers, dessen Schutz zu den vornehmsten Pflichten des Staates zählt, gilt als allgemeiner staatsrechtlicher Grundsatz, daß jedes Recht des Einzelnen weichen muß, sobald es mit der Wohlfahrt des Ganzen in Collision kommt und deshalb seine Aufhebung nothwendig wird. Dieser Grundsatz statuirte also eine Ausnahme von der oberrühnten Regel der Unverletzlichkeit des Eigenthums, die ihre rechtliche Begründung in den Aufgaben des Staates, resp. in den Pflichten seiner Bürger findet. Während einerseits der Staat nicht bloß als Rechtsanstalt zum Schutz der Privatrechte betrachtet werden kann, sondern seinen höchsten Zweck darin gesetzt erhält, den Menschen als seinen Angehörigen das Erreichen ihrer höchsten sittlichen Bestimmung möglich zu machen und die Interessen der Gesellschaft zu verwirklichen, weshalb er Anstalten und Einrichtungen der verschiedensten Art zu treffen hat, um der Menschheit Gelegenheit zur allseitigen Entwicklung ihrer Kräfte und Anlagen zu geben, also auch solche Einrichtungen treffen muß, durch welche die Wohlfahrt und der Reichtum seiner Bürger erhöht wird, so ist es andererseits die Pflicht der Staatsangehörigen für die Erreichung dieses Zweckes nach Kräften mitzuwirken. Denn nicht allein schon im Gehorsame gegen die Institutionen des Staates erfüllen sich die staatsbürgerlichen Pflichten; wo es sich um das allgemeine Wohl handelt, da kann der Staat im öffentlichen Interesse von dem Einzelnen noch besondere Opfer verlangen. Aber er wird für diese Opfer, die nicht auch jeder andere zu leisten braucht, wenn sie zu Geld angeschlagen werden können, möglichst vollkommen Entschädigung leisten müssen. Er bedarf nur des Rechts, er kann bloß die Abtretung des Eigenthums der Einzelnen verlangen, weil ihre Privatrechte mit dem öffentlichen Interesse in Widerspruch gerathen, nicht ihres Vermögens an sich. Durch die Expropriation selbst erwächst also dem Expropriaten ein Anspruch auf ein Aequivalent in Ansehung des Vermögenswerthes.

Aus diesen Principien ergiebt sich der Rechtsfag der Zwangsenteignung, auf welchen der einzelne Expropriationsgrund zurückzuführen ist, als die Befugniß der Staatsgewalt Privatrechte resp. das Eigenthum des Einzelnen, insofern es für öffentliche Zwecke unvermeidlich erfordert wird, gegen volle Entschädigung des Betroffenen durch seine verfassungsmäßig dazu berufenen Organe und in gesetzlich vorgeschriebener Form in Anspruch zu nehmen, entweder ganz hinwegzunehmen oder nach Maßgabe des Zweckes zu beschränken.

Obwohl fast alle Schriftsteller und Gesetzgebungen, um das Wesen und die rechtliche Natur des Instituts der Zwangsenteignung richtig zu erfassen, auf diese letzten thatsächlichen Voraussetzungen zurückgehen, die den Rechtsgrund der Zwangsenteignung doch unbedingt als einen staatsrechtlichen erscheinen lassen und die Aufhebung einzelner Normen des Priv.-Rechts involviren, so gelangen sie doch zu sehr verschiedenen Resultaten. Namentlich haben viele<sup>2)</sup> bis in die neueste Zeit eine privatrechtliche Gestaltung des Instituts der Zwangsenteignung versucht und die Auffassung desselben als eines Zwangskaufes allein für berechtigt erklärt. Unbestimmt spricht sich Mittermayer<sup>3)</sup> über diese Frage aus; er weist die Lehre des Instituts, insofern es auf die Frage ankommt, wie weit der Staat das Eigenthum der Bürger aus öffentlichem Interesse in Anspruch nehmen kann, dem Staatsrechte zu, nennt sie aber tief in das Privatrecht eingreifend, insofern es auf die Ausmittlung einer gerechten Entschädigung und auf Feststellung neuer Eigenthumsverhältnisse ankommt. Entschieden gegen obige Auffassung tritt Laband<sup>4)</sup> auf. Weil logisch die Enteignung

2) Häberlin S. 201. Beseler, Systeme d. Priv.-Rechts S. 101. Gerber, deutsch. Priv.-Recht, 9. Aufl. S. 440. Seuffert, Archiv Bd. IV. N<sup>o</sup> 117 u. a.

3) S. 199.

4) S. 171 folg.

das Frühere, die Verpflichtung zur Schadloshaltung erst die Consequenz davon ist, so begründet die Expropriation nicht ein zweiseitiges Rechtsverhältniß, namentlich keinen Consensual-Contract, sondern zwei einseitige. Nicht Eigenthumsübertragung gegen Bezahlung des Werthes als logisch einheitlicher Begriff, wie beim Kauf, ist das privatrechtliche Wesen der Expropriation, sondern Eigenthumsübergang kraft Gesetzes, in Folge eines einseitigen Staatsactes, und eine in unmittelbarer Folge davon entstehende einseitige Forderung auf Erstattung des Werthes. — Daß der Expropriat, um der Zwangsenteignung zu entgehen, sich zum Verlaufe entschließen kann, so daß also ein Kauf statt der Enteignung eintritt, ist selbstverständlich. Ebenso kann in Fällen, wo der Expropriat die Enteignung für gesetzlich begründet anerkennt, aber einen andern Preis verlangt, als ihm geboten worden, eine gütliche Einigung über diesen, wenigstens seinem Betrage nach zweifelhaften Anspruch, also ein Vergleich<sup>5)</sup> Statt finden. Denn dieser setzt bekanntlich nur eine Meinungsverschiedenheit über Rechtsansprüche voraus; wenn nun aber der Anspruch sich nach dem Werthe der entzogenen Sache normirt, so muß, falls der Werth dieser Sache streitig wird, auch der Anspruch streitig und dieser Streit durch Vergleich beseitigt werden können. Bei strenger Durchführung einer Zwangsenteignung wird ihr juristisches Princip immer nur als das eines derivativen Eigenthumserwerbes durch einseitige Willenserklärung des Berechtigten, resp. als dessen Aufhebungsgrund aufzufassen und die Obligation des Exproprianten zur Schadloshaltung des bisherigen Eigenthümers unter die quasi-contractlichen oder gesetzlichen Obligationen zu stellen sein, auf welche, wie bei andern Obligationen, die Regeln über Verzug, Compensation, Verjährung u. Anwendung finden. Darum erscheint die der Enteignung vorher-

5) Dagegen Häberlin S. 200.

gehende Zahlung der Entschädigungssumme, resp. das Retentionsrecht des Expropriaten als ein, wenn auch billiges Privileg, das so ziemlich die ganze Ähnlichkeit des Expropriationsgeschäftes mit dem Kaufe ausmacht. Dieser bedarf bekanntlich des Consensus über Gegenstand und Preis, um perfect zu werden. Bei der Zwangsenteignung, die den Eigenthümer wider seinen Willen aus dem Besitze vertreibt, an dem er mit ganzem Herzen hängt, soll das Gesetz diese essentialia fingiren. Die Wirkungen des Kaufgeschäftes verpflichten den Verkäufer zur Tradition, zur Evictionsleistung und Gewähr heimlicher Mängel; der Expropriirende verlangt und bedarf nach dem Obigem weder des einen, noch des andern, nur für die Zahlung an den Berechtigten, sowie für Beobachtung der Formen des Erwerbes dinglicher Rechte hat er zu sorgen. Wenn endlich auch der Expropriat, falls das Unternehmen nicht zu Stande kommt, logischer Weise Restitution verlangen kann, so bleibt es unerklärlich, wie Gerber l. c. wieder zur Theorie des Zwangskaufes zurückkehren konnte, und auch Laband noch die aus und mit der Enteignung erwachsene Obligation nach Analogie der Verbindlichkeiten eines Käufers beurtheilen lassen will.

Der obige Rechtsatz der Zwangsenteignung erwähnte als berechtigtes Subject die Staatsgewalt, als unterliegendes Object das Eigenthum des Einzelnen. Ob der Staat nun selbst von seinen Rechten Gebrauch macht, oder aber die Errichtung seiner Anstalten und damit jene Rechte auf Gesellschaften und Einzelpersonen überträgt, ist natürlich ebenso gleichgiltig, wie der Umstand, ob bewegliche oder meist unbewegliche Gegenstände oder endlich überhaupt darauf bezügliche Privatrechte ganz oder theilweise enteignet resp. durch Auflegung von Servituten belastet und beschränkt werden.

Falls dies für öffentliche Zwecke unvermeidlich erforderlich wird, soll die Expropriation gegen volle Entschädigung des

Betroffenen geschehen. Das sind weite und behnbare Begriffe. Im Allgemeinen wäre unter öffentlichem Interesse das zu verstehen, was zum Nutzen und Vorthail des Staats, einer Gemeinde und des Publicums gereicht, was das allgemeine Wohl gebieterisch verlangt. Aber wenn wir auch diesen Begriff näher zu definiren versuchen und den öffentlichen Nutzen<sup>6)</sup> als Expropriationsgrund bezeichnen, ja wenn wir zu größerer Präcision hinzufügen, daß die qu. Anlagen und Einrichtungen selbst zum Nutzen des Publicums gereichen, daß es öffentliche Anlagen sein müssen, so haben wir damit wenig gewonnen. Ein allgemeines Princip, welches eine Anlage als im öffentlichen Interesse gemacht sofort erkennen läßt, giebt es nicht und eine specielle Aufzählung aller solcher möglichen Anlagen dürfte kaum möglich sein. Es giebt daher nur einen Ausweg, der auch von dem Interesse an der Unverletzlichkeit des Eigenthums verlangt wird, daß in jedem einzelnen Falle durch ein Gesetz bestimmt werde, ob eine Anlage vom öffentlichen Interesse verlangt werde. In geringfügigen Angelegenheiten dürfte es zweckmäßig erscheinen, daß schon einer bestimmten Behörde die Befugniß eingeräumt werde, nach angegebenen Principien darüber zu entscheiden, ob der Fall zur Anwendung eines Expropriationsgesetzes geeignet sei. — Da überall in den deutschen Staaten der Regierung ein genauer Plan der Anlage vorgelegt werden muß, worin die Nothwendigkeit der einzelnen bestimmten Sachen und Rechte zur Ausführung des fraglichen Unternehmens dargethan wird, so ist zugleich mit dem die Anlage decretirenden Gesetze die Anwendung des Expropriationsrechtes gegeben. Darum weisen auch die bezogenen Schriftsteller und Gesetzgebungen die Begriffe über die Befugniß zur Expropriation, sowie die Erläuterung der einzelnen Fälle, in denen dieselbe zulässig ist, und das Verfahren zur Feststellung,

6) Mittermaier S. 201. Häberlin S. 160.

ob ein solcher Fall vorliegt, dem öffentlichen Rechte zu. Mit der Frage, was enteignet wird, sollen die Gerichte nichts zu thun haben, so daß gegen die Entscheidung der technischen oder Verwaltungsbehörde über diesen Punkt der Rechtsweg nicht zulässig sein soll.

Dagegen wird die Frage der zu gewährenden vollen Entschädigung, deren Begriff schon leichter zu definiren ist, übereinstimmend dem Privatrechte zugewiesen. — Da Ausnahmen streng zu interpretiren sind, der Staat nur des Dispositionsrechtes über das Eigenthum des Einzelnen bedarf, so kann er seinen Eingriff in die Rechtssphäre desselben auch nach privatrechtlichen Normen nur gegen möglichst volle Entschädigung ausführen. Ja wenn man berücksichtigt, welche theure, unschätzbare Interessen oft dabei verletzt werden können, dann dürfte die Entschädigung, obwohl das *pretium affectionis* als eines wahren Werthes entbehrend nicht in Anschlag gebracht werden kann, lieber höher<sup>7)</sup> als zu niedrig zu greifen sein. Das Princip, von dem man dabei ausgehen muß, ist also, daß der Staat jeden durch die Anlage bewirkten sachlichen Schaden zu ersetzen hat. Bei der Bestimmung desselben aber wird von dem Vermögen des Abtretungspflichtigen ausgegangen, und der Zustand desselben vor und nach der Abtretung festgehalten werden müssen. Die Differenz zwischen diesen beiden Momenten, *ohne id, quod interest*, ist zu vergüten<sup>8)</sup>. Vor Allem muß daher die Entschädigung den gemeinen Werth, den die abzutretende Sache an sich hatte, enthalten. Es sind bei Grundstücken namentlich in Betracht zu ziehen alle diejenigen Eigenschaften, welche schon nach den gewöhnlichen Verkehrsverhältnissen und nach den bei der Veräußerung ohne weiteres

7) Häberlin S. 181. Mittermaier S. 204. IV.

8) Treichler u. Häberlin S. 182. Mittermaier l. c. Seuffert, Archiv XVIII. 141. Instruction der sächsischen Regierung vom 3. Juli 1835, u. a. m.

zur Geltung kommenden Rücksichten auf den Werth bestimmend einwirken, ohne daß es darauf ankommt, welchen Gebrauch der bisherige Eigenthümer von ihnen gemacht und ob er dieselben in einer jenen Eigenschaften entsprechenden Weise bereits verwerthet hat oder verwerthet haben würde. So erkennt das Obertribunal zu Stuttgart<sup>9)</sup>, daß bei der Werthschätzung enteigneter Grundstücke gewiß nicht jede Hoffnung oder Aussicht auf einen möglichen Gewinn in Berücksichtigung kommen kann, daß aber solche Vortheile (das *lucrum cessans*) allerdings in Betracht zu ziehen seien, auf deren Erlangung der Eigenthümer nach Lage der Sache unter den gegebenen Verhältnissen vernünftiger Weise sicher zählen konnte. Unte keinen Umständen dürfen die Conjunctionen, welche die Anlage selbst bietet, bei Bemessung der Entschädigung berücksichtigt werden, denn nicht nur sind dieselben ungewiß, sie würden gegenüber dem von der Enteignung nicht betroffenen Nachbarn auch ungerecht sein<sup>10)</sup>. Maßgebend kann nur der Zustand zur Zeit der Enteignung sein, wobei natürlich alle solche Manipulationen, die nur zur Erzielung einer höhern Entschädigung dolose unternommen wurden, sich von selbst verbieten. Dann aber müssen den Eigenthümern auch die durch die Abtretung etwa verursachten sonstigen Nachtheile vergütet werden, sei es nun, daß dieselben in einem etwaigen Mehrwerthe, den der abzutretende Gegenstand durch seinen Zusammenhang mit andern Eigenthumstheilen hatte, sei es, daß sie in einer Werthsminderung, welche der nicht enteignete Theil erleidet, bestehen. Ja ist der Schaden ein derartiger, daß der zurückbleibende Theil entweder gar nicht mehr in der bisherigen Weise, oder nur noch in einem sehr geringen Grade benutzt werden kann, auch eine abgesonderte Benutzung keinen entsprechenden Ertrag liefern würde, dann kann der Eigenthümer sogar verlangen,

9) Seuffert, Archiv Bd. XX. 135. Bd. III. 176.

10) Holtendorff S. 391.

daß der Expropriirende auch diesen Theil behalte. Auch für etwa entbehrte Nutzungen muß dem Expropriaten Ersatz geleistet, so z. B. vom Tage der etwa früher geschehenen Uebergabe des enteigneten Grundstücks in Ermangelung abweichender Vertragsbestimmungen das zu zahlende Capital mit fünf Procent verzinst werden. Da omne id, quod interest, also jeder Schaden, mag er durch Wegnahme, Entwerthung oder Vernichtung von Sachen und Rechten z. B. eines jus prohibendi<sup>11)</sup> geschehen, vergütet werden muß, so hat jeder, gleichviel ob mittelbar oder unmittelbar Geschädigte gegen den Expropriirenden einen Anspruch auf Ersatz. Derselbe wird, wie z. B. bei dem expropriirten Servitutberechtigten, schon in der vorhin definirten Entschädigungssumme mitenthalten sein, oder wie bei dem Pfandgläubiger schon durch gerichtliche Deponirung des Capital-Äquivalents geleistet werden können; einer besondern Erwähnung bedarf nur noch ein in Beziehung auf die abgetretene Besizung etwa bestehendes Pacht- oder Nießbrauchsverhältniß. Dieses wird durch die Expropriation der ganzen Besizung nothwendig abgebrochen, und die dem Berechtigten nach Gesetz oder Vertrag bei Aufhebung seines Rechts vor Ablauf der contractmäßigen Zeit stipulirte Entschädigung fällt dem Enteignenden zur Last. Bei Enteignung eines Theiles des Gutes, wo hinsichtlich des Restes das Pachtverhältniß noch fortgesetzt werden kann, dürfte hingegen die Entschädigung im ganzen oder theilweisen Betrage der Zinsen des Capital-Äquivalents liegen. Die Zahlung geschieht durch Aushändigung, resp. Deponirung des qu. Capitals in baarem Gelde, oder je nach den entsprechenden Verhältnissen durch Gewährung einer immerwährenden Rente.

Frei von allen mit dem Zwecke der Anlage unverträglichen Lasten, sowie mit allen daran haftenden Rechten geht

11) Seuffert, Archiv Bd. II. 295.

das enteignete Grundstück nach Erlegung der Entschädigungssumme ohne besondere Bestimmung oder Einweisung auf den Expropriirenden über. Um die Ablösung der hypothekarischen Gläubiger zu rechtfertigen, greift Häberlin<sup>12)</sup> wieder zu einer andern Fiction, zu der Theorie der Subhastation; würde er die Zwangsentziehung als gesetzliche Obligation auffassen, deren Natur es widerstreitet, daß auf dem, einem öffentlichen Unternehmen dienenden Grundstücke ein Pfandrecht Privater bestehen bleibt, so wäre auch diese zweite Fiction der Subhastation zu vermeiden. — Daß auch die fideicommissarische Natur eines Gutes der Zwangsentziehung nicht hinderlich sein kann, ergibt sich schon von selbst aus dem Obigen. Es muß nur das Geldeaquivalent für solche Grundstücke gerichtlich deponirt werden, da dem Eigenthümer bloß die Nutzung, resp. die Zinsen und mit der Sorgfalt eines bonus paterfamilias die Anlage des Capitals zusteht<sup>13)</sup>. Die auf dem expropriirten Grundstücke ruhenden Servituten, soweit sie ohne Schädigung der neuen Anlage ausgeübt werden können, bleiben bestehen, da sie eben mit den Zwecken des Gemeinwohls nicht collidiren. Namentlich bleibt die darauf haftende Wegeservitut bestehen, wenn das Grundstück zur Anlage einer Chaussee, Eisenbahn u. dgl. abgetreten wird, und der Expropriationsberechtigte ist verpflichtet, solche Vorkehrungen zu treffen, daß die Berechtigten die Dienstbarkeit ohne Gefahr und Nachtheil nach wie vor auszuüben im Stande sind. Wo möglich ist der Weg auf der alten Stelle zu belassen; ist dies jedoch mit der neuen Anlage unvereinbar, dann muß der Unternehmer derselben auf seine Kosten einen neuen, den Berechtigten möglichst bequem gelegenen Weg, eventuell eine Brücke, Uebergänge ic. anlegen. Ja derselbe ist verpflichtet, wenn das Gut von der Bahnlinie durchschnitten und in zwei Theile gespalten

12) Häberlin S. 196.

13) Seuffert, Archiv Bd. XI. 68.

wird, selbst dem Gute eine Begegerechtigkeit in dem Umfange, wie sie die bisherige Bewirthschaftung des Gutes erfordert, einzuräumen und auf eigene Kosten die dazu nothwendigen Vorkehrungen herzustellen. Soweit dadurch eine Schädigung des Wirthschaftsbetriebs nicht vermieden werden kann, ist der Enteigner dem Expropriaten zum Ersatz verpflichtet.

Das Verfahren in Expropriationsachen<sup>14)</sup> zerfällt je nach dem Hineingreifen in verschiedene Rechtsgebiete in mehre Theile; nach geltender Praxis unterscheidet man namentlich drei Theile: 1) die Anordnung des Verfahrens durch ein Gesetz und 2) die Entscheidung über die Abtretung der einzelnen zu dem Unternehmen nöthigen Sachen und Rechte, welche in Deutschland vorwiegend einer Verwaltungsbehörde, mit Zulassung der Berufung an die oberste Regierungsgewalt, obliegt, sowie 3) das richterliche Verfahren und das Erkenntniß über die Entschädigungssumme, falls eine gütliche Einigung nicht darüber erzielt worden. — Das Abtretungsverfahren, welches die zur Ausführung des durch Gesetz angeordneten Unternehmens nöthigen Grundstücke, Sachen und Rechte definitiv feststellen soll, wird dadurch eingeleitet, daß der Plan der Anlage durch Vermittelung der Localbehörden den Betheiligten zur Kenntniß gebracht wird, damit diese in einer durch öffentliche Bekanntmachung und specielle Insinuation anberaumten ganz kurzen Frist ihre etwaigen Einwendungen dagegen vorbringen können. Darauf erfolgt im Termine vor einer besondern Commission sofort eine mündliche Verhandlung und der Versuch einer Einigung. Gelingt es nicht diese herbeizuführen, so findet Recurs an die höhere und höchste Verwaltungsbehörde statt, deren Erkenntniß die Grundlage des weitem Entschädigungsverfahrens bildet. Dieses gehört stets vor die Gerichte, da es sich allein um Rechtsfragen handelt und der Schutz des Eigen-

14) Häberlin S. 209 folgend., Mittelmaier S. 205. V. Söldendorff S. 390 II. A.

thums ein ordentliches Justizverfahren verlangt. Nach den deutschen Gesetzen wendet sich der Expropriat, welcher mit der von der Administration angebotenen Entschädigung nicht zufrieden ist, mit seiner Klage an das Untergericht, welches nun in diesen schleunigen Sachen nach den Regeln des summarischen Processes verhandelt. Die Hauptsache ist die Wahl der von dem Gerichte und den Parten zu ernennenden Sachverständigen, welche die Schätzung nach Beschaffung aller vorhandenen Beweismittel vornehmen. Nach der Abgabe des gehörig motivirten Gutachtens derselben, zu welchem die Parten ihre Erklärungen verlautbaren können, erfolgt das richterliche Urtheil, welches bei genauer Angabe der einzelnen abzutretenden Objecte nebst den darauf haftenden Lasten die Entschädigungssumme, falls möglich, für jeden Betheiligten besonders festsetzt und dem Entäußerer gegen Zahlung derselben das Eigenthum an dem Abgetretenen zuspricht. Der Unternehmer ist, abgesehen von den Fällen, in denen die Hinterlegung nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zulässig erscheint, befugt, die Entschädigungssumme zu hinterlegen, wenn entweder neben dem Eigenthümer Entschädigungsberechtigte vorhanden sind, deren Ansprüche an die Entschädigungssumme zur Zeit noch nicht feststehen, oder wenn das betreffende Grundstück Lehn-, Fideicommiss- oder Stammgut ist, oder wenn Reallasten und Pfandverschreibungen darauf haften <sup>15)</sup>. — In Berücksichtigung der eigenthümlichen Stellung des Gerichts, das, nachdem die Pflicht der Abtretung festgestellt ist, nun über die Entschädigungssumme sprechen soll, ist in neuerer Zeit das Abschätzungsverfahren als eine Vollziehungsinstanz betrachtet worden <sup>16)</sup>. — Bei dringendem Bedürfniß kann allerdings schon ein früherer Uebergang des Eigenthums gegen Cautionsbestellung Statt finden. — Gegen das Urtheil sind die gewöhnlichen

15) Holzendorff S. 392 B.

16) Mittelmaier S. 206. V.

Rechtsmittel zulässig, die jedoch nach der Natur des Enteignungsprocesses als eines summarischen keinen Suspensiveffect haben können. — Die Pflicht, die durch das Entschädigungsverfahren und die Schätzung entstehenden Kosten zu tragen, richtet sich nach den allgemeinen civilprocessualischen Bestimmungen; alle Kosten und Auslagen des Abtretungsverfahrens, sowie einer vorläufigen Verfügung und einer gerichtlichen Hinterlegung der Entschädigungssumme, vorausgesetzt daß letztere nicht in der Weigerung des Expropriaten die Zahlung anzunehmen ihren Grund hatte, trägt der Expropriirende allein.

Aus formellen Gründen lassen wir obiger Darstellung des heutigen Instituts der Zwangsent eignung nach gemeinem Rechte eine kurze Uebersicht seiner Geschichte nachfolgen, statt sie darin hinein zu verflechten. Sehen wir uns zuerst in dem ausgebildetsten Rechtsgebiete, auf dem unsere meisten Rechtsanschauungen basiren, im römischen Rechte nach darauf bezüglichen Bestimmungen um, so finden wir, trotzdem daß die Römer bekanntlich große Anlagen von Straßen, Wasserleitungen u. A. zu öffentlichem Nutzen gemacht haben, nur einzelne Fälle einer unfreiwilligen Abtretung oder Beschränkung des Eigenthums; ein durchgebildetes Princip der Expropriation kommt darin nicht vor. Denn in den beiden zumeist angeführten Gesetzen, l. 14. § 1. D. quemadmodum servitutes amittuntur (8, 6), über Gewährung einer Weggerechtigkeit zu seinem Besitze, und l. 12. pr. D. de religiosis et sumtibus (II, 7), über die Befugniß des Staats das nöthige Grundstück zur Wiederherstellung eines zerstörten öffentlichen Weges in Anspruch zu nehmen, ist allerdings von eingetretenem Nothfalle die Rede, der von dem engern Expropriationsrechte, das durch die höher gefassten Aufgaben des Staates zum Nutzen des Gemeinwohls seine Ausbildung erhalten hat, ausgeschlossen wird. Das letzterwähnte Rescript sagt sogar ausdrücklich, daß ein civilrechtlich verfolgbarer Anspruch dadurch nicht begründet

werde. Nur eine Bestimmung des römischen Kaiserrechts könnte als von der Expropriation in neuerm Sinne handelnd angesehen werden: Es ist dies die l. 9 C. de operibus publicis (8, 12), in welcher die regierenden Kaiser dem Präfecten der Stadt Rom vorschreiben, daß wegen eines von ihnen genehmigten Baues nur bis auf 50 Pfund Silber an Werth geschädigte Häuser eingerissen werden dürfen; in Betreff der Häuser von größerem Werthe, wo eine höhere Summe gefordert wird, solle die Kaiserliche Ermächtigung dazu durch besondere Vorstellung eingeholt werden. Wohl enthält diese Constitution eine vorgängige kaiserliche Genehmigung des öffentlichen Baues, eine Schätzung des abzutretenden Gebäudes und auch die Gewährung einer vielleicht vollkommenen Entschädigung, aber gerade das wesentlichste Erforderniß der Zwangsenteignung, das Verlangen des öffentlichen Nutzens ist nicht ausgesprochen. Die Tendenz der citirten Bestimmung dürfte nach ihrem Inhalte und der Zeit ihrer Abfassung hauptsächlich nur zu Bügelung der Launen, des Verschönerungsfinnes und der Verschwendung der Machthaber gegeben sein, so daß Häberlin<sup>17)</sup> zu viel sieht, wenn er ihr einen besonders reichen Inhalt vindicirt und Gründe anführt, warum sie auf die Praxis in Deutschland keinen Einfluß geübt. — Die Erklärung, warum die Lehre der Zwangsenteignung im römischen Rechte nicht vorkommt, finden wir einerseits in dem Umstande, daß die Römer in ihren Provinzen kein volles Eigenthum anerkannten, andererseits in dem Grundsätze des römischen Imperialismus: quod principi placuit, legis habet vigorem. Erst mußten sich die Grundsätze über die Unverletzlichkeit von Personen und Eigenthum in der Gesetzgebung Geltung verschaffen, erst mußte die Gerechtigkeit gegen alle Mitglieder des Staatsverbandes in der vollen Freiheit von Person und Ei-

---

17) Häberlin S. 5 u. 6.

genthum als Lebensaufgabe der modernen christlichen Staaten gefaßt werden, um eine ernstliche Collision von Privatrechten mit dem öffentlichen Interesse möglich und die Aufstellung allgemeiner Rechtsätze über die Zwangseenteignung erforderlich zu machen. Darum kennt weder das römische noch das ältere deutsche Recht dies Institut und darum konnten Gesetze, welche die Voraussetzungen und Fälle der Zwangseenteignung mit möglichster Vollständigkeit umfassen, weder im anarchischen Mittelalter, obwohl es schon eine Zwangseenteignung anerkennt, noch in den folgenden Jahrhunderten des aufgeklärten Absolutismus, sondern erst in neuester Zeit mit dem Rechtsstaate entstehen.

In Deutschland, sagt Häberlin, war es der Bergbau, der zuerst Veranlassung zur Aufstellung des Grundsatzes von der Zwangseenteignung gab. Der öffentliche Nutzen des im Mittelalter stark betriebenen Bergbaues verbunden mit der Regalität desselben bewirkte, daß man ihn als öffentliche Angelegenheit ansah und vor allen anderen Zweigen der Volkswirtschaft, namentlich dem Ackerbau bevorzugte, mit dem er wiederholt in Collision kam. Mit der Regalität der Bergwerke verschaffte sich allmählig auch die Ansicht Eingang, daß der Grundbesitzer zur Abtretung des zum Bergbau nöthigen Grund und Bodens, sowie sogar des nöthigen Holzes verpflichtet sei und gegen Schadenersatz dazu gezwungen werden könne. Die Bestimmung des Erfasses war zu verschiedenen Zeiten eine sehr verschiedene, sollte aber immer eine vollständige sein. — Die ersten Spuren der Zwangseenteignung erscheinen schon in einem vom Markgrafen von Brandenburg der Stadt Wiesenstadt verliehenen Privilege vom Jahre 1476, wonach jeder Grundbesitzer bei Strafe das Schürfen zu gestatten und, im Falle der Bergbau größeren Nutzen gewähren würde, als die Benutzung der Oberfläche zu Acker und Wiese, seinen Grund und Boden „nach pilliches Erkenntniss piderber leuth“ dem Bergmanne abzutreten verpflichtet wurde. In der nas-

saufischen Bergordnung vom 1. September 1559 Art. 28, mit welcher nach Häberlin<sup>18)</sup> ein großer Theil der spätern Bergordnungen genau übereinstimmen soll, werden dann diese Grundsätze, namentlich die Bestimmungen über die Entschädigung ausführlicher angegeben. Wenn der Grundherr den angebotenen Antheil am Betriebe als Entschädigung nicht annehmen will, so sollen die Gewerke und Lehenträger ihm seinen Schaden nach Erkenntniß der Geschworenen des Bergwerks zu erlegen schuldig sein; ja es verbleibt ihm das Eigenthum am Grund und Boden, sobald der Betrieb des Bergwerks aufgegeben wird. In allen österreichischen Bergordnungen des 16. und 18. Jahrhunderts soll die Entschädigung, wenn die Parteien sich nicht darüber einigen können, von dem Bergrichter und Geschworenen mit Zuziehung des Landgerichts festgestellt werden, während bezüglich der Nothwendigkeit der Expropriation in schwierigeren Fällen dem Hofgerichte und dem Kaiser die Entscheidung vorbehalten blieb. Auch zu andern öffentlichen Zwecken, wie zum Brückenbau, zur Befestigung einer Stadt, zum Holzflößen, zu Bewässerungen etc. fand schon im 17. und 18. Jahrhundert die Zwangsentziehung Anerkennung; die Bestimmungen sind aber dürftiger als in den Bergordnungen und werden ebenfalls auf das jus eminens, auf das Recht des Staates in dringenden Fällen das Eigenthum der Bürger in Anspruch zu nehmen, zurückgeführt. Obwohl nun das gegenwärtig herrschende Princip der Zwangsentziehung, wie erwähnt, noch nicht zur Geltung kommen und die selbstständige Gestaltung des Instituts herbeiführen konnte, so muß doch anerkannt werden, daß in den angeführten und den damit übereinstimmenden Bergordnungen die Grundsätze der Expropriation vorhanden sind. Der Eingriff in die Privatrechte der Bürger geschieht für öffentliche Angelegenheiten und gegen vollständige

18) Seite 124 unten.

Entschädigung, deren Betrag theilweise unter richterlicher Mitwirkung durch Sachverständige festgestellt wird; die Privatrechte weichen nur, soweit das öffentliche Interesse es verlangt, tritt dies zurück, so leben jene wieder auf. — Erst mit dem Allg. preuß. Land-N. von 1794 beginnt die Aufstellung allgemeiner Rechtsätze über die Zwangsenteignung, deren Rechtsgrund im § 74 desselben also lautet: „Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehen.“ An dem Erlasse eines vollständigen, umfassenden Expropriationsgesetzes fehlt es noch bis heut zu Tage in Preußen; dort wie in England kann die gezwungene Enteignung nur auf Grund eines ordentlichen Gesetzes erfolgen. Das erste umfassende Expropriationsgesetz ist das französische, in der Rheinprovinz noch geltende vom 8. März 1810, welches außer den bekannten Grundsätzen die von den deutschen Gesetzen abweichende Bestimmung enthält, daß das Gericht über die Verbindlichkeit zur Abtretung das Urtheil spricht, resp. über die locale Anwendung des Gesetzes entscheidet. Gegenwärtig und namentlich seit den 30iger Jahren des Jahrhunderts, wo der Bau von Eisenbahnen die alten Bestimmungen für unzureichend erkennen ließ, besitzen fast alle deutschen Staaten besondere, wenn auch nicht erschöpfende Expropriationsgesetze, deren Grundzüge in der obigen Darstellung des Instituts enthalten sind.

B. Gehen wir nun zu der Frage betreffs der Geltung dieser Rechtsgründe und Gesetze in unserm provincieellen Rechtsstaate über, so haben wir zunächst die Stellung der einzelnen hieselbst geltenden Rechtsgebiete zu einander und in das Gedächtniß zu rufen. Zu den einheimischen Rechtsquellen aus der Ordenszeit und aus der herzoglichen Regierungszeit, zu-

sammt den speciell für Kurland erlassenen Allerhöchsten Kaiserlichen Gesetzen seit der russischen Regierungszeit gehört als besondere provincielle Rechtsquelle das gemeine deutsche Recht<sup>19)</sup>, das als Hilfsrecht in dem Umfange, wie es sich aus dem römischen, canonischen und ursprünglich deutschen Rechte seit dem Mittelalter in Deutschland entwickelt hat, zur Anwendung kommt<sup>20)</sup>. Wenn auch dieses den Dienst versagt, dann treten als subsidiares Recht die allgemeinen russischen Reichsgesetze ein. Bei zweckmäßiger Berücksichtigung der einzelnen Theile eines vollständigen Expropriationsgesetzes wollen wir nun aus den bezüglichen Bestimmungen dieser Rechtsgebiete die geltenden herausnehmen, um somit die zur Zeit für das Institut der Zwangsentziehung maßgebenden Rechtsätze zu gewinnen.

Ueber die Bezeichnung der Fälle, in welchen die Gesetzgebung befugt sein soll die Zwangsentziehung eintreten zu lassen, sowie über die Formen, in welchen der öffentliche Nutzen constatirt werden soll, müssen uns als über rein staatsrechtliche Fragen das kurländische, resp. das russische Staatsrecht Anleitung geben. Ersteres<sup>21)</sup> statuirt die Expropriation als Ausnahme von der Regel kraft des dem Landesherrn zustehenden dominium eminens „bei der Collision, wenn das allgemeine Wohl oder eines einzigen Unterthans Güter auf's Spiel stehen und ersteres ohne Hintansetzung des letztern nicht zu erhalten ist;“ dergleichen Fälle sollen sich auf mancherlei Art ergeben können, wobei stets der Betroffene „so viel möglich“ schadlos gehalten werden soll. Diese Grundsätze athmen den Geist ihrer Zeit, sie erwähnen, aber verwerfen den öffentlichen Nutzen als Rechtsgrund der Expropriation; da sie noch direct durch Hinweis auf die gleichen Rechte der übrigen deutschen Fürsten sowie durch

19) v. Bunge, kurl. Priv.-Recht § 11, Provincialwob Th. I. Art. 2. Biegenhorn, kurl. Staats-Recht § 7.

20) v. Bunge § 14.

21) Biegenhorn § 616.

Verufung auf die für jene Zeit maßgebenden Schriftsteller begründet werden, so steht dem nichts entgegen, auf die oben erwähnten deutschen Gesetze bis zum 18. Jahrhundert zu recurriren. Die Grundzüge der Zwangsent eignung, die wir in ihnen erkannten, daß der Eingriff in die Privatrechte der Einzelnen nur zum Besten des allgemeinen Wohls gegen möglichst volle Entschädigung zu geschehen habe, deren Betrag theilweise unter richterlicher Mitwirkung durch Sachverständige festgestellt wird, kommen also auch in den provinciellen Rechtsquellen zur Geltung. Es sind nur wenige, aber wichtige Anhaltspunkte, wie wir sehen werden; die Anerkennung des modernen Princips der Zwangsent eignung, wie dasselbe aus dem allgemeinen preußischen Landrechte und dem französischen Expropriationsgesetze hervorging, gewähren uns erst die russischen Reichsgesetze <sup>22)</sup>, die auch in der Bestimmung des Art. 868 Btt. 6 des Baltischen Prov.-Rechts Thl. III., daß eine Expropriation nur Statt haben soll, wenn sie zum Wohl des Staats oder des Gemeinwesens unerläßlich ist, ihren Ausdruck finden. Dabei geschieht die Anordnung des Verfahrens laut dem eben bezogenen Artikel des Prov.-Rechts in jedem einzelnen Falle durch ein Gesetz. Ueber die Vorbereitung des Gesetzes aber enthält das Reichsrecht noch folgende Bestimmungen. Der vorläufige Plan des Unternehmens wird dem Minister der öffentlichen Bauten unterbreitet, der ihn entweder verwirft oder mit einem Gutachten dem Ministercomité zur definitiven Bestimmung vorstellt; dieser vorgestellte Plan ist nicht unveränderlich, zuweilen werden schon im Ministercomité Abänderungen bestimmt, gewöhnlich begnügt sich derselbe aber mit allgemeinen Angaben z. B. bei Eisenbahnbauten damit, die Endpunkte der zu concessionirenden Bahn, sowie die nicht zu überschreitende größte Länge zu fixiren, wobei die Richtung der Linie innerhalb jenes Längenmaßes den Unternehmern überlassen bleibt.

22) Sweb der Reichsgesetze Band X. Th. 1.

Wie schon die letzten Angaben vermuthen lassen, besitz das Reichsrecht keine Maßregeln für die Ausmittelung der Liegenschaften, welche zu den öffentlichen Anstalten nothwendig sind, und enthält auch keinerlei Bestimmungen über das Verfahren in Fällen, wo gegen die Abtretung Einwendungen erhoben werden. Für die unermesslichen Landstrecken Rußlands, die noch verhältnißmäßig wenig bebaut sind und einen meist geringen Preis haben, bedurfte man solcher Bestimmungen allerdings weniger, als in dem überfüllten und parcellirten Deutschland, wo die Regelung dieser Dinge bis auf die Rheinprovinz allgemein den Verwaltungsbehörden zugewiesen wird. Diese Lücke wird jedoch durch provincialrechtliche Bestimmungen ausgefüllt, so daß das Provincialrecht hierin sogar vollständiger erscheint als das Reichsrecht. Es heißt in der Anmerkung 1. des erwähnten Art. 868: „das bei der Zwangsenteignung zu beobachtende Verfahren schreibt die Ordnung des Civilgerichtsverfahrens vor.“ Daß damit kein anderes als das geltende und zu deducirende Civilgerichtsverfahren gemeint sein kann, ist natürlich. Ebenso selbstverständlich dürfte sein, daß ein Abtretungsverfahren zum Wohle des ganzen Gemeinwesens ein bevorzugtes, schleuniges, resp. summarisches sein wird. Dasselbe muß also nach dem streng summarischen Proceßverfahren ohne Suspensiveffect der Rechtsmittel vor dem competenten Gerichte verhandelt werden. Was sich hier von selbst versteht, kann noch zum Ueberflusse aus dem Geiste unserer provinciellen Rechtsgebiete auf Grund des Art. XXI. des III. Theils des Prov.=Rechts durch Analogie anderweitiger Bestimmungen für ähnliche Fälle dargethan werden. Die 2te Anmerkung besagten Artikels citirt nämlich für das Recht der Rittergutsbesitzer auf Zwangsenteignung in den von dem Gute abgetheilten Grundstücken die Civil. Bauer=Verordnung von 1860 § 42—45 und die Civil. Bauer=Verordnung von 1856

§ 204—207, laut welchen <sup>23)</sup> die competente Behörde nach stattgehabtem summarischen Verfahren über die petirte Abtretung entscheidet. Auch aus den natürlichsten innern Gründen rechtfertigt sich die Forderung richterlicher Cognition bei der Abtretung des Eigenthums, denn die enteignende Staatsgewalt muß zum Schutze der Unverleglichkeit des Eigenthums ihr Gegengewicht in dem unbefangenen Richter finden. Der Expropriat wäre sonst bei der allgemeinen Bestimmung des Expropriationsrechtes bedingungslos den Organen derselben, resp. beliebigen Bauunternehmern preisgegeben, die gleichsam in eigener Sache urtheilten. Was aber die technische Seite der Sache anbelangt, so dürfte es keinen Unterschied machen, ob der Richter oder die Verwaltungsbeamten sich durch competente Techniker belehren lassen; jedenfalls existirt in dem Institut der Sachverständigen ein vollkommen zureichendes Mittel zur Ergänzung der dem Richter abgehenden technischen Qualification. Zu alle dem dürfte die Anwendung des Expropriationsgesetzes, resp. die Frage, ob ein bestimmtes Object von der Wirkung dieses Gesetzes betroffen werde, wo dieselbe nicht wie in Deutschland gewöhnlich schon mit dem Gesetze zugleich durch Bestätigung eines genauen alle nothwendigen Rechte und Grundstücke bezeichnenden Planes gegeben ist, gleich allen Fragen über die Geltung und Anwendung bestimmter Rechte und Gesetze im gegebenen Falle von dem Richter zu entscheiden sein.

Für ein gleiches Verfahren, um die Entschädigung zu bestimmen, welche dem Expropriaten gebührt, entscheiden genau dieselben, eben angeführten sowie auch noch andere Gründe: bereits das kurländische Staatsrecht ließ uns beim Entschädigungsverfahren eine Entscheidung durch Sachverständige unter

---

23) „Die Expropriation nach provinciellem Rechte“ im Mai- und Juni-Hefte der Baltischen Monatschrift von 1870, Seite 269. „Zwangsenteignung und Prov.-Recht“ im ersten Hefte der Zeitschrift für Rechtswissenschaft, S. 7 fg.

richterlicher Mitwirkung kennen lernen; die Analogie der bezogenen Bauer=Verordnungen giebt uns ein Entschädigungsverfahren im Wege Rechts vor dem competenten Richter; die 2te Anmerkung des Art. 868 verweist uns auf das geltende Civilgerichtsverfahren, das dergleichen strittige Entschädigungsansprüche der Entscheidung des Richters in streng summarischem Proceffe unterstellt, und in erhöhtem Grade muß von allgemeinen Rechtsprincipien und Grundsätzen aus die Ueberweisung dieser, rein privatrechtlichen Normen unterliegenden Frage an die Gerichte gefordert werden. Endlich aber weisen sämtliche gemeinrechtliche Bestimmungen, die hier als besondere provincielle Rechtsquelle zur Geltung kommen, das Entschädigungsverfahren als summarischen Proceß unter Hinweis auf das bekannte Institut der Sachverständigen ganz entschieden dem Richter zu. — Die reichsgesetzlichen Bestimmungen über das Entschädigungsverfahren werden also durch die erwähnten provinciellen Rechtsquellen und Gesetze von dem Gebiete des provinciellen Rechts ausgeschlossen und haben somit für die Ostseeprovinzen keine Geltung. Indirect geschieht dies auch durch das für diese Provinzen unbedingt anerkannte Princip der vollen Entschädigung des Expropriaten.

Bezüglich der Grundlagen, nach welchen die Entschädigung erweisen werden muß, recurriren wir nochmals auf das kurl. Staatsrecht, in welchem bereits das Princip einer vollen Entschädigung des Expropriaten enthalten ist. Dasselbe gelangt dann zu unbedingter gesetzlicher Geltung in der Bestimmung des Art. 868: „Der Expropriation geht die vollständige Entschädigung des zu Expropriirenden voraus.“ Auch gemeinrechtlich ist dies allein gerechte Princip, dessen vorerwähnte gemeinrechtliche Grundsätze hieselbst zur Geltung kommen, stets anerkannt. Diesen Grundsätzen des geltenden Rechts entgegen behaupteten die Bauunternehmer der Libau-Kownoer Eisenbahn, daß gemäß der ihnen verliehenen Concession, resp.

gemäß dem für diesen Fall emanirten Expropriationsgesetze, welches ihnen das Recht der gesetzlichen Expropriation nach den im Swod der Reichsgesetze enthaltenen Bestimmungen verleihe, die allgemeinen reichsgesetzlichen Entschädigungsnormen pro casu in Kurland zur Anwendung kommen müßten. Wir entnehmen der abweisenden Entscheidung des Hasenpöthischen Oberhauptmannsgerichtes darüber folgende Motive: die erwähnte Behauptung könne im Hinblick auf das geltende Recht, wie es namentlich im osterwähnten Art. 868 des III. Th. des Prov.=Rechts enthalten sei, nur den Sinn haben, daß dieses Recht durch das Expropriationsgesetz für die Libauer Bahn aufgehoben worden sei; soll aber ein Rechtsatz aufgehoben werden, so muß bekanntlich die aufhebende Rechtsquelle einen Rechtsatz desselben Umfangs hervorbringen, der auch die Bestimmung hat, den andern aufzuheben (Puchta, Vorlesungen § 17). Daß nun ein Rechtsatz des geltenden Privat-Rechts, der eine Ausnahmestellung der Ostseeprovinzen anerkennt, beiläufig in einer Concession ohne irgend welche Beziehung darauf aufgehoben werden kann, solche Annahmen dürften nur einem bei der Sache interessirten Laien plausibel erscheinen. Ein pecuniäres Interesse aber hätten die Unternehmer daran, weil die allgemeinen reichsgesetzlichen Bestimmungen, die für ein Gebiet erlassen seien, wo das Land ungemein wohlfeil ist und vollkommen andere Agrarverhältnisse seit jeher herrschen, als in dem wohlangebauten, in eine Menge mit Mühe cultivirter Wirthschaftseinheiten parcellirten Kurland, nicht die volle Entschädigung dem Expropriirten gewähren würden. Auch widersprächen sich die Bestimmungen der Concession mit den Rechtsätzen des geltenden Baltischen Priv.=Rechts keineswegs, da die Verleihung des Expropriationsrechtes nach Bestimmungen des Swod der Reichsgesetze diejenigen des, einen Theil desselben ausmachenden und in Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse anerkannten, Balt. Priv.=Rechts nicht ausschließe.

Die Bezahlung der Entschädigung geschieht, wie in der gemeinrechtlichen Darstellung angegeben, entweder direct an denjenigen, für den dieselbe festgestellt wurde, oder durch gerichtliche Deponirung, deren Kosten das Aurländische Oberhofgericht in einer Cognitional-Resolution vom 13. October 1871 № 3237 auf Grund der Art. 3522 und 3324 Th. III. des Prov.-Rechts dem Gläubiger auferlegte. Für die Entscheidung etwa dahin einschlägiger Fragen gelten natürlich die Grundsätze von Privatrecht und Proceß.

Ein besonderes Verfahren endlich, das in gewissen außerordentlichen Fällen eintreten soll, besitzen wir nicht und können dessen süglich auch entbehren. Denn auch die in dringenden Fällen gebotene frühere, vor dem Erkenntniß herbeizuführende Abtretung gegen Cautionsbestellung verlangt weder, noch rechtfertigt sie ein besonderes Verfahren. Wenn die Forderung der Abtretung und die Gefahr des Verlustes bescheinigt worden, was wohl die wenigste Schwierigkeit machen würde, so kann in der durch provisorische Verfügung angeordneten sofortigen Besitzübertragung gegen Hinterlegung einer approximativ, nach Maßgabe des vorliegenden Planes und der bezüglichen Verhältnisse zu fixirenden Cautionssumme, über deren Bestimmung auch der Expropriat gehört worden, nichts besonderes gefunden werden.

C. Aus der ganzen Anordnung des vorstehenden Aufsatzes geht schon mancher bedeutende Widerspruch mit den Anschauungen der Herren Verfasser: „Die Expropriation nach provinciellen Rechte“, im Mai- und Juni-Hefte der Balt. Monatschrift von 1870, und „Zwangseuteignung und Provincial-Recht“, im 1. Hefte des 3. Jahrganges der Zeitschrift für Rechtswissenschaft, evident hervor, obwohl in allen drei Herren Autoren das Rechtsbewußtsein eines provinciellen Expropriationsverfahrens lebendig ist. Im Einzelnen sei noch Folgendes bemerkt:

Auf S. 268 des ersterschienenen Aufsages werden Staatszweck und öffentliche Interessen als Rechtsgründe der Expropriation auseinandergehalten, während sie doch zusammenfallen; der Zweck des Staates umfaßt die Verwirklichung der öffentlichen Interessen.

Gegen die Auffassung der dem Expropriaten gebührenden vollen Entschädigung, deren Wesen wir als gesetzliche Obligation faßten, als einer Schadenersatzpflicht nach Maßgabe der Fälle über culpose oder dolose Schädigung (S. 274), müssen wir uns mit dem Herrn Verfasser des zweiten Aufsages (S. 14 u. 15) erklären; nur bei Gleichheit des Grundes ist eine Analogie möglich, während gerade pro casu die verschiedene Beurtheilung der Forderungen auf ihrem verschiedenen Entstehungsgrunde hañt.

Wider beide Herren Autoren muß aber der Unterzeichnete unter Hinweis auf die oben erwähnten Grundsätze sich wenden, wenn sie (S. 285 u. 15) als Rechtsgrund für die Erwerbung des zu exproprirenden Grundstücks füglich den Kauf ansehen wollen, wobei die richterlich festgesetzte Entschädigungssumme als Kaufpreis gelten soll; dieser Auffassung widerspricht auch die Stellung des oftbezogenen Art. 868 Punkt 6 des Priv.=Rechts unter der Rubrik: Verlust des Eigenthums. Auch das Balt. Privatrecht schließt sich also der gemeinrechtlichen Doctrin an, welche die Zwangseenteignung unter die derivativen Erwerbarten durch einseitige Willenserklärung des Berechtigten rechnet.

Die Theilung des Verfahrens dann in ein Vorverfahren und ein ordentliches processualisches Verfahren halten wir mit dem Herrn Verfasser des zweiten Artikels (S. 16) für unnöthig und gesetzlich unbegründet.

Schließlich nun wenden wir uns gegen die Behauptung des letzteren Herrn (S. 7), als ob erst mit der Emanation der Rivil. und Estländ. Bauer=Verordnung das Institut der

Expropriation in das Privatrecht eingetreten sei, zu deren absoluter Rechtfertigung derselbe sich allein auf folgende, in einer Anmerkung des § 11 des Kurl. Priv.-Rechts von v. Bunge, welches Neumann durchgesehen habe, geschehene Aeußerung beruht: „die Expropriation sowohl, als die Entschädigung für dieselbe muß gegenwärtig nach den Bestimmungen des russischen Reichsrechts beurtheilt werden.“ Wir wagen es, bei gleicher Achtung für jene Männer, diese ohne Begründung geschehene Behauptung, wie oben ausgeführt, nicht zu theilen, da wir wichtige Grundlagen des Instituts schon im Kurl. Staatsrechte, resp. in den angeführten deutschen Gesetzen und im gemeinen Recht finden. Zu unserer Rechtfertigung berufen wir uns aber auf den Ausspruch Cicero's: „non autores, sed rationum momenta quaerenda sunt.“

Noch eines möge hier Platz finden. Wie Herr D. L. in der Anmerkung 1. des Art. 868, die betreffs des Verfahrens bei der Abtretung und Entschädigung auf das Civilgerichtsverfahren verweist, namentlich nach dem Vorgange der von ihm in analoger Anwendung genugsam gewürdigten Art. der Livl. Bauer-Verordnung, die Möglichkeit eines Hinweises auf ein administratives Verfahren erkennt, haben wir ebenso wenig herausfinden können, wie dies administrative Verfahren selbst.

D. Das provincialrechtliche Verfahren in Expropriations-sachen, wie es auch bei dem Hasenpoth'schen Oberhauptmannsgerichte zur Anwendung gekommen, ist nun folgendes. Als Kläger tritt der Enteigner auf, da er ja die Expropriation, resp. den Erwerb des qu. Object's prätendirt, deren Nothwendigkeit zu erweisen hat und nur gegen Erlegung der festgestellten Entschädigungssumme die Auslieferung des zu enteignenden Object's verlangen kann. Er wendet sich supplicando, wie in den meisten summarischen Processen, an die competente Behörde erster Instanz, verweist auch die Concessionirung des

Unternehmens, resp. auf das die Expropriation anordnende Gesetz und bittet unter Hinweis auf den der Supplik ange-schlossenen Bauplan um Schätzung und Uebergabe oder Beschränkung der zu enteignenden Grundstücke, Sachen oder Rechte.

Die expropriirende Libau-Kownoer Eisenbahnbau-Gesellschaft hatte sich zuvor noch mit der Bitte um Anordnung des gesetzlichen Expropriationsverfahrens an die Kurländische Gouvernements-Regierung gewandt, welche dieselbe an das competente Oberhauptmannsgericht verwies und diesem das Mandat ertheilte, die Sache bei sich in Verhandlung zu ziehen, die Schätzung, falls keine Einigung der Parten zu erzielen wäre, unter Zuziehung von Sachverständigen zu bewerkstelligen und dann darüber zu bescheiden.

Das richterliche Decret auf die Klage, das die möglichste Kürze der Verhandlungen bezweckte, lautete in den erwähnten Expropriations-sachen: Beklagten werde in Uebereinstimmung mit den bezüglichen provincial- und gemeinrechtlichen Satzungen die beregte Supplik mit dem injuncto eröffnet, daß sie in solch streng summarischem Proceffe innerhalb 3 Mal 3-tägiger präjudicieller Frist a dato insinuationis hujus mandati alle ihnen dawider etwa zur Seite stehenden Einreden bei dieser Behörde beizubringen hätten, oder aber gewärtigen sollten, daß eine Delegation dieser Behörde mit Zuziehung von Sachverständigen Seitens des Gerichts wie der Parten die Schätzung der zu enteignenden Objecte in loco controverso in einem weiter anberaumten Termine ausführe. Seitens des Gerichts ward zugleich ein Sachverständiger ernannt. Da in diesem ersten präjudiciellen Termine von Beklagten Niemand erschienen war, so wurden dieselben auf Antrag mit allen etwaigen Einreden präcludirt und durch Beweisbescheid eine Delegation zu dem in Aussicht genommenen Localtermin abgeordnet.

Gegen die Abtretung des verlangten Grund und Bodens ward in der Folge nur in einem Falle, wo der ursprüngliche

Bauplan verändert wurde und das Verfahren erneuert werden mußte, und zwar aus dem Grunde protestirt, weil unter der Prätension von Grund und Boden, angeblich zu einem Schuppenbau, die Absicht des Erwerbs von unter der Oberfläche befindlichem Material sich berge. Nachdem Parten je zwei Verfahren gewechselt hatten, wurde auch hier durch Beweisbescheid ein Localtermin anberaumt.

In diesem Termine ward zuerst den Anträgen, resp. den Beweisführungen der Parten das Protocoll eröffnet und die Angabe der von jedem der Parten und dem Gerichte in gleicher Anzahl zu ernennenden Experten verzeichnet. Nachdem dann die Parten, denen wie gegen den Richter ein Recusationsrecht zusteht, erklärt hatten, daß sie gegen die erwählten Sachverständigen nichts einzuwenden hätten, wurden diese, welche nach Vorschrift der Kammergerichtsordnung von 1555 I. 85 zu vereidigen sind, falls Parten nicht darauf verzichten, zu Beantwortung der einschlägigen, formulirten technischen Fragen in einem nach Stimmenmehrheit zu fassenden, motivirten Gutachten aufgefordert. Bei Schätzung des zu enteignenden Terrains werden sich diese Fragen hauptsächlich auf den gemeinen Werth desselben, auf die etwaige Entwerthung übrig bleibender Theile, auf die für den Wirthschaftsbetrieb erforderlichen Bahnüberfahrten, sowie auf die durch den Bahndurchschnitt etwa nothwendig gewordene Umtheilung der Felder oder endlich auf den in Zukunft durch ungenügende Bahnüberfahrten erschwerten Wirthschaftsbetrieb beziehen. Da die vorgelegten Baupläne häufig noch geringe Aenderungen erleiden und das Areal nicht immer gleich definitiv festgestellt werden kann, so hat sich als practisch erwiesen, die Entschädigungssumme in bestimmten Sätzen für jede Bodengattung (Acker, Wiese, Weide und Wald) pro Loostelle festsetzen zu lassen. Nach vorgenommener Localinspection fällen nun die Experten ihr Urtheil und geben ihr motivirtes Gutachten zu den Acten,

daß dann den Parten, wenn erforderlich, innerhalb präjudicialer Frist, zur Erklärung zugestellt wird. Daß darauf geschlossene Protocoll unterlegt die Delegation ihrer Behörde, die im Endurtheile auf Grund der Acten und des bei denselben befindlichen Bauplanes, ohne an das Gutachten der Experten, das vielmehr seiner Prüfung unterliegt, gebunden zu sein, die Entschädigung normirt und den Beklagten gegen Erlegung derselben zu Ueberlassung der zu expropriirenden Objecte an den Enteigner zu vollem Eigenthum verpflichtet, sowie alle andern Forderungen zur Entscheidung bringt. Daß namentlich bei Enteignung von Theilen eines Fideicommisses, wo die Zwangsent eignung stets einzutreten hat, weil der Fideicommissbesitzer zu freiwilliger Abtretung nicht befugt sein dürfte, die Entschädigungssumme, deren verzinsliche Anlegung nach Maßgabe eines sorgjamen Hausvaters der Fideicommissbesitzer zu besorgen hat, gerichtlich deponirt werden muß, ist bereits erwähnt worden. Ebenso ist die frühere Uebergabe des zu enteignenden Objects gegen Cautionsbestellung besprochen worden. Nur in einem Falle mußte bei Differenz der Ansprüche auf Grund der Acten eine Minderung der verlangten Cautionssumme vom Gerichte ausgesprochen werden.

Zum Schlusse sei noch erwähnt, daß mehre Fälle in sechs Wochen spruchreif wurden, ein anderer in 2½ Monaten definitiv erledigt wurde und die übrigen Fälle von den Parten auch nur auf mehre Monate hinausgezogen wurden. Es dürfte also der vorhandene summarische Proceß bei Anwendung des bekannten Schätzungsverfahrens und des Instituts der Sachverständigen in Expropriationsfachen allen Anforderungen genügen.

**Germann Adolphi.**

## IV.

### Noch einmal die Resolutivbedingung.

---

Herr Oberhofgerichts-Advocat F. Seraphim hatte im ersten Jahrgang dieser Zeitschrift<sup>1)</sup> die Ansicht aufgestellt, es walte zwischen den Artikeln 3175 und 3910 des Provincialgesetzbuchs Theil III, welche bei Constituirung eines dinglichen Rechts unter einer auflösenden Bedingung existente conditione nur eine obligatio auf Retradition der Sache gewährten, und einer Reihe von anderen Gesetzesausprüchen, welche die dingliche Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung betonten, ein unlösbarer Widerspruch ob. Dieser Anschauung gegenüber versuchte ich den Nachweis zu liefern, es beruhe diese scheinbare Antinomie auf den dem Provincialrecht eigenthümlichen Beschränkungen der vindication beweglicher Sachen gegenüber dem gutgläubigen Erwerber, bez. w. den Vorschriften des Eigenthumsübergangs von Immobilien erst mit der Corroboration der bezüglichen Rechtsurkunde<sup>2)</sup>. Gegenwärtig hat Seraphim die von mir gewählte Auslegung in dem letzten Heft dieser Zeitschrift zu widerlegen versucht<sup>3)</sup>.

Obgleich ich die ganze Frage im Allgemeinen für spruchreif halte, sehe ich mich doch veranlaßt, an den letzten Aufsatz Seraphim's einige Bemerkungen zu knüpfen.

---

1) Nr. VIII. S. 302 ff.

2) Dorp. Zeitschrift f. Rechtswissensch. Jahrg. III. S. 134 ff.

3) Jahrg. IV. Heft 1. Nr. II.

Allem zuvor muß ich noch den Standpunkt hervorheben, von welchem aus diese, wie alle derartigen Interpretationsfragen zu beurtheilen sind, daß nämlich gegenüber einer Anschauung, welche einen entschiedenen Widerspruch zwischen zwei Bestimmungen desselben Gesetzbuchs behauptet, jeder Vereini- gungsversuch der beiden letzteren, wenn er nur nicht den Aus- sprüchen der Gesetze Gewalt anthut, den Vorzug verdient 4).

Hiervon ausgehend erlaube ich mir den meiner Deduction opponirten Argumenten Seraphim's nachstehende Bemerkun- gen entgegenzusetzen.

1. Meinem Versuch, aus dem über das sog. Wieder- kaufrecht handelnden Art. 3926 des Provincialrechts einen Beleg für die Richtigkeit meiner Anschauung zu entnehmen, stellt Seraphim die Behauptung entgegen, daß Wiederkauf- recht, als identisch mit dem römischen pactum de retroven- dendo, sei keine auflösende Bedingung (wie der Art. 3923 ausdrücklich angiebt), sondern ein bloßer obligatorischer Ne- benvertrag, der somit für die Lehre von der Bedingung gar- nicht angezogen werden könnte. Das Gesetzbuch begehe hier einen ähnlichen Fehler, wie es derselben andere schon früher begangen habe.

Ich glaube nicht, daß man aus irgend welcher anderen irrigen Titulatur des Gesetzbuchs Rückschlüsse auf eine auch hier vorhandene ziehen darf, es sei denn, daß grade derselbe Fehler mehrfach vorkomme (was Seraphim gar nicht be- hauptet). Mit „Versehen“ des Gesetzbuchs darf man überhaupt nur im äußersten Fall operiren. Und wenn Seraphim zur Unterstützung seiner Annahme die Begriffsdefinition des Wie- derkaufrechts im Art. 3922 cit., welche der des römischen pactum de retrovendendo analog sei, anführt, so übersieht er, daß der Art. 3923 nur von dem Vorbehalt des Wieder-

---

4) Prob.-Recht Bb. III. Cnl. Art. XX.

kaufs, nicht von dem Wiederkaufsrecht überhaupt redet, und nur diesen, also nur die Verbindung des Wiederkaufsrechts mit dem Kaufvertrage eine auflösende Bedingung nennt. Daß aber das Wiederkaufsrecht des Prov.-Gesetzbuchs nicht wohl einfach als bloß auf den directen Rückfall des Eigenthums gerichtet erschöpfend bezeichnet werden konnte, sondern der weiteren Definition des Art. 3922 bedurfte, erkennt man, wenn man an die doch gleichzeitig erforderliche Rückzahlung des Kaufpreises denkt. Der Vorbehalt des Wiederkaufs, einem Kaufvertrage hinzugefügt, löst im Fall des Eintritts der Bedingung denselben nach dem Provincial-Gesetzbuch unmittelbar auf, ganz ebenso wie die als Analogie zu demselben (Art. 3923) citirte in diem addictio.

Falls man trotzdem mit Seraphim den Art. 3923 hinweg interpretiren will, so weiß ich nicht, wie man den Art. 3926 und die durch denselben dem dritten bösgläubigen Erwerber auferlegte Pflicht, sich dem bloßen obligatorischen Vertrage zwischen zwei Anderen Personen zu fügen, zu erklären vermag. Diesem Dritten gegenüber soll das Wiederkaufsrecht geltend gemacht werden können, wenn ihm bei der Erwerbung das Verhältniß bekannt war. Gemeinrechtlich wäre gegen denselben doch höchstens (wenn die Bedingungen einer solchen vorhanden sind) die Anstellung einer Bereicherungsklage oder der actio doli möglich, nie aber das Geltendmachen einer actio in rem scripta. Diesen Schwierigkeiten entgeht man, sobald man den Vorbehalt des Wiederkaufs wirklich als auflösende Bedingung anerkennt und die bekannten provinciellen Grundsätze des „Hand muß Hand wahren“ und der Corroboration den gutgläubigen dritten, bez. w. den eingetragenen Erwerber schügen läßt<sup>5)</sup>.

5) Allerdings ist es richtig, daß der Art. 3926 nicht ausdrücklich in seinem ersten Theil nur von Mobilien redet, auf welche der letztere, meiner Ansicht nach, bezogen werden muß. Allein die Entgegenstellung der Immo-

2. Daß die Regel „Hand muß Hand wahren“ die Eigenthumsfrage selbst nicht tangire, soll hier nicht in Abrede gestellt werden. Aber ich habe ja ausdrücklich hervorgehoben und Seraphim hat dies selbst bei seiner Wiedergabe meiner Deduction angeführt<sup>6)</sup>, daß in dem Art. 3175 von dem Verbleiben des Eigenthums bei dem Zwischenerwerber gar nicht die Rede sei, vielmehr bloß die Conservirung der von dem Zwischenerwerber Dritten bestellten Rechte die Vermuthung stütze, als sei die Riesser'sche Anschauung recipirt. Gelänge es daher, einen Weg ausfindig zu machen, welcher diese Sicherung Dritter erkläre, ohne zur Reception jener so selten vertretenen Ansicht zu zwingen, so falle der Rückschuß von selbst weg. Durch die Regel „Hand muß Hand wahren“, bez. w. durch die regelmäßige Corroboration der Immobilien übertragenden Rechtsgeschäfte wird aber das regelmäßige Wirkfambleiben der Rechte Dritter erklärt, ohne daß damit die Streitfrage entschieden werden soll, welche Natur diese Rechte Dritter besitzen. Der Käufer einer dem Verkäufer nur unter einer Resolutivbedingung zu Eigenthum übergebenen beweglichen Sache behält (wenn er nicht in mala fide verfierte) factisch das ihm zuertheilte Recht auch nach Eintritt der Resolutivbedingung, ohne daß dasselbe sich gradezu in ein unwiderrufliches Eigenthum verwandelt. Das Wirkfambleiben der Rechte Dritter wird nicht bloß hier, sondern an mehreren anderen Stellen als Kennzeichen der Anwendbarkeit der Regel „Hand muß Hand wahren“ gelehrt<sup>7)</sup>.

3. Den Art. 1418 des Provincialrechts, welcher gegen-

---

bilien im zweiten Theil sowie die im Provincialrecht regelmäßig bei Erwähnung der Vindication vorkommende gemeinschaftliche Anführung der bona resp. mala fides und der Beschränkung der Eigenthumsklage bei Mobilien dürften wohl dazu berechtigen, die letzteren hier zu subintelligiren. Vgl. Prov.-Recht Art. 923, 1358 Anm., 1370, 1418, 1436, 1474.

6) l. c. S. 48.

7) Vgl. z. B. Art. 1370, 1358 Anm.

über dem regelmäßigen Zusammenfallen des Pfandrechts bei Eintritt der dasselbe beherrschenden Resolutivbedingung dem in bona fide verfirenden Faustpfandgläubiger ausdrücklich gestattet, seine Rechte, unter Berufung auf die Regel „Hand muß Hand wahren“ zu conserviren, will Seraphim so verstanden wissen, als rede er bloß von einem Retentionsrecht des Pfandgläubigers, welches denselben also materiell vor Schaden bewahre. Der Gesetzesauspruch, sich mit einem „jedoch“ dem ersten Theil des Artikels (in welchem das regelmäßige Zusammenfallen des Pfandrechts erörtert wird) entgegensehend, betont aber ausdrücklich das Ungefränktbleiben des Rechts des Pfandcreditors, worunter doch dem Zusammenhang nach bloß sein Pfandrecht verstanden werden kann. Daß dabei das Eigenthum des Rückerverbers nicht tangirt wird, ist gewiß wahr, tangirt aber die Frage nicht.

4. Wenn Seraphim endlich, die Corroboration von Immobilien betreffend, den von mir statuirten Fall einer Möglichkeit der Corroboration eines Rechtsgeschäfts ohne seine Resolutivbedingung für garnicht statuirbar erachtet, da, wie ich selbst ausgeführt, die letztere immer einen untrennbaren Theil des Hauptgeschäfts bilde, so scheint er mir hier das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft mit der corroborirten Urkunde zu verwechseln. Es vermögen sehr wohl z. B. in einem Testament einer Reihe von Legataren Immobilien unter einer auflösenden Bedingung legirt zu werden, der bezügliche Passus aber in Beziehung auf einzelne derselben ohne die vorausgeschickte allgemeine Bedingung zur Corroboration zu gelangen. Daß der Fall in der Praxis ein seltener sein wird, ist gewiß wahr. Diese Thatsache dürfte eben dazu beitragen, daß das vom römischen Recht abweichende Anwendungsgebiet des Art. 3175 immer beschränkter werde.

Schließlich kann ich nur die Hoffnung aussprechen, daß durch Seraphim's und meine Versuche, Licht in diese

schwierigen Gesetzesausprüche zu bringen, die Interpretation derselben gefördert sein möchte, wobei ich nicht verkenne, daß die von mir versuchte Auslegung nicht alle Zweifel zu beseitigen im Stande ist.

C. Erdmann.

---

## V.

# Erwiderung auf Oberhofgerichtsadvocat Schiemann's rechtliche Bedenken gegen die Darstellung des dinglichen Miethrechts durch den Unterzeichneten.

~~~~~

Gegen die Darstellung, welche das im Art. 4045 des Provincialrechts Bd. III angeführte dingliche Miethrecht durch mich erfahren hat <sup>1)</sup>, hat Herr Oberhofgerichtsadvocat F. Schiemann in dem letzten Heft dieser Zeitschrift <sup>2)</sup> rechtliche Bedenken erhoben. So erfreulich es für den Theoretiker ist, wenn er bei der ersten Erörterung eines von der Gesetzgebung neu geschaffenen Rechtsinstituts einer Controlle der Praxis in Beziehung auf Anwendbarkeit und Durchführung im Einzelnen unterworfen wird, so hoffe ich im gegenwärtigen Fall doch, die meiner Anschauung opponirten gewichtigen Bedenken zerstreuen zu können.

Schiemann wendet sich insbesondere gegen zwei von mir rücksichtlich des „dinglichen Miethrechts“ aufgestellte Ansichten:

1) greift er meine Definition des durch den Art. 4045 geschaffenen Rechts an, indem er dasselbe nicht als ein wahres

---

1) Vgl. Dorp. Zeitschr. für Rechtswiss. Jahrg. III, Heft 2 u. 3, Art. VI.  
2) Ebendaselbst, Jahrg. IV, Heft 1, Art. III.

dingliches Recht, sondern als ein „absolutes Recht“ (d. h. eine Zustandsobligation) qualificirt wissen will, so daß bloß die Verfolgbarkeit der Ansprüche des Miethers auch gegen dritte Inhaber des bezüglichen Grundstücks durch die Corroboration gewährt werde<sup>3)</sup>, und

2) hält er die Art, wie ich den Conflict zwischen vorher ingrossirten Pfandrechten und dem späteren „dinglichen“ Miethrecht lösen will (indem ich dasselbe als für die Pfandschuld mitverhaftet ansehe), für verfehlt und substituirt ihr eine andere, auf den Art. 1439 des Provincialcodex gestützte, wonach eine die Interessen des Pfandgläubigers schädigende Bestellung von Rechten an der Sache nur unter dessen Einwilligung zur Wirksamkeit zu gelangen vermöge, die Thatsache dieser Schädigung aber im Versteigerungsfall durch einen Doppelausbot klargestellt werden solle<sup>4)</sup>.

Ad I. Schiemann erklärt das Miethrecht des Art. 4045 für kein dingliches Recht, obgleich der Wortlaut dasselbe ausdrücklich als solches bezeichnet. Er weist darauf hin, daß die Begriffe „dinglich“ und „Miethrecht“ einen unauflösbaren Widerspruch enthalten, indem zu den Eigenschaften des letzteren nothwendig die persönliche Leistung durch den Verpflichteten, das Getrenntsein von den Schicksalen der Sache u. s. w. gehöre, und folgert daraus, daß das Wort „dinglich“ von dem Gesetzbuch als ein ungenauer Ausdruck für „absolut“ gebraucht worden sei, wofür auch die nähere Definition desselben durch den Zusatz „auch gegen dritte Personen verfolgbar“ spreche. Die Schaffung eines ganz neuen Rechts durch einen einzigen mageren Gesetzartikel sei nicht zu präsumiren.

Es ist gewiß richtig, daß die bloße Benennung eines Rechts im Gesetzbuch als „dinglich“ oder „obligatorisch“ dasselbe nicht wirklich zu einem dinglichen oder obligatorischen

3) l. c. S. 70—75.

4) l. c. S. 79 ff.

Recht umschafft, wenn die von dem Gesetz demselben beigelegten Requisite nicht der Titulatur entsprechen. Ich stimme daher mit Schiemann ganz darin überein, daß Realasten und Naderrecht, wenngleich zu den dinglichen Rechten gezählt, bloße Zustandsobligationen, analog den entsprechenden Instituten des gemeinen Rechts, enthalten. Allein die Benennung eines Rechts durch das Gesetz zwingt uns doch jedenfalls den Gegenbeweis aus den mit der Titulatur angeblich nicht congruierenden Einzelbestimmungen des Gesetzbuchs zu führen. Finden wir in Beziehung auf ein Recht zweifelhafter Natur Nichts angeordnet, als daß dasselbe als ein dingliches zu betrachten sei, so werden wir an diese Dinglichkeit glauben und aus ihr Folgerungen ableiten müssen, mag auch Gewohnheit und Aehnlichkeit uns anderswohin ziehen wollen.

Die Unvereinbarkeit des Prädicats „dinglich“ mit den übrigen Eigenschaften des Rechts des Art. 4045 glaubt aber Schiemann dadurch zu erweisen, daß er die Eigenschaften des persönlichen Miethverhältnisses, insbesondere die obligatorische Natur desselben, auch dem Recht des Art. 4045 substituirt (obgleich dasselbe nicht einmal Miethrecht genannt wird).

Ich glaube, daß Schiemann hier die umgekehrte Operation vollzieht, als eine richtige Consequenz erfordern würde. Statt an die Spitze der Schlussfolgerung den Satz des Art. 4045 zu stellen: „das Miethrecht wird hier ein dingliches Recht“ und dann zu schließen: „Also müssen alle diejenigen Eigenschaften des persönlichen Miethrechts fortfallen, welche mit der obligatorischen Natur desselben zusammenhängen“, beginnt er mit der Prämisse: das Miethrecht hat eine Reihe rein obligatorischer Eigenschaften und folgert: Also hat der Art. 4045 Unrecht, wenn er dasselbe zu einem dinglichen Recht machen will.

Ich habe bereits in dem angegriffenen Aufsatz hervorgehoben, daß die bloße Verfolgbarkeit gegen dritte Personen

nicht genügt, um einem obligatorischen Recht den Character eines dinglichen zu geben <sup>5)</sup>. Nur wo die unmittelbare Herrschaft über die Sache selbst gewährt wird entsteht ein wahres Recht an dieser letzteren. Das Miethrecht war aber seiner nahen Beziehung zu einer Sache wegen, auf deren Gebrauch es ja (wenn auch durch Vermittelung einer Person) gerichtet war, sehr wohl dazu qualificirt, in ein dingliches Recht verwandelt zu werden <sup>6)</sup>. Daß es dabei alle diejenigen Eigenschaften des persönlichen Miethrechts, welche nicht der Dinglichkeit direct widersprechen, behält, schadet dem neu erworbenen Prädicat Nichts. Verfolgbarkeit gegen dritte Personen ist zwar nur eine Folge des dinglichen Rechts. Wo aber diese Eigenschaft noch zu der Bezeichnung „dinglich“ hinzugefügt wird, verstärkt es die Präsumtion zu Gunsten desselben.

Als einschränkend könnte der Zusatz im Art. 4045 („ein dingliches, auch gegen dritte Personen wirksames Recht“) außerdem höchstens dann gefaßt werden, wenn er wenigstens lautete: „auch gegen dritte Erwerber wirksames Recht“, wie dies z. B. bei der Definition des Nacherrechts gesagt wird <sup>7)</sup>. Durch die Ausdehnung des Verfolgungsrechts gegen jeden Dritten, z. B. den Besitzstörenden, wird die Vermuthung für ein unmittelbares Recht an der Sache, abgesehen von jedem Verpflichteten, noch vergrößert.

Bis zum stricten Erweis des Gegentheils bin ich daher genöthigt, das Recht des Art. 4045, seiner Bezeichnung daselbst entsprechend, für ein dingliches zu halten. Daß das neu geschaffene Recht bloß in einem kurzen Artikel behandelt worden ist, ist gewiß bedauernswerth, kann aber die Thatsache nicht ändern, welche das Gesetz hinstellt <sup>8)</sup>.

5) Vgl. a. a. O. S. 244 fg.

6) Vgl. ebendas. S. 245.

7) Prov.-Recht Bd. III, Art. 1614.

8) Warum Schiemann gegen die von mir gebrauchte Bezeichnung

Ad II. Meinen Versuch, die vom Gesetz nicht gelöste Collision zwischen älteren Pfandgläubigern und dem hier erörterten Miethrecht dadurch zu heben, daß das letztere als für die Pfandschuld mitverhaftet angesehen und es daher in die Willkühr des versteigernden Pfandgläubigers gestellt werden soll, ob er die Sache mit dem Miethrecht oder ohne dasselbe zum Ausbot bringen will, bezeichnet Schiemann zuvörderst als unpractisch, weil die Meistbotsumme durch die Furcht, vielleicht ohne das Miethrecht des „nudum“ dominium zu entstehen, gedrückt werden würde. Allein, da es in der Willkühr des Pfandgläubigers liegt, bei dem zweiten Ausbot, nachdem er im ersten keine Befriedigung erlangt hat, entweder nunmehr die ganze Sache, das Miethrecht eingeschlossen, oder das letztere separat, unter Aufrechterhaltung des ersten Ausbots zu versteigern, da es ferner in der Gewalt des Ausbietenden steht, den ersten Ausbot durch Nichtacceptation des Pluslicium zurückzuweisen, so dürfte in allen den Fällen, wo die Existenz des Miethrechts den Werth der Sache beeinträchtigt, jene practische Unzuträglichkeit durch den zweiten Ausbot bald geheilt werden. Ich glaube überhaupt, daß practisch meine beiden Ausbotacte von den von Schiemann vorgeschlagenen<sup>9)</sup> sich durch Nichts unterscheiden.

Dann schließt sich aber Schiemann der von mir bekämpften<sup>10)</sup> „ersten“ Anschauung an, nach welcher „eine die Sicherheit des Pfandgläubigers mindernde Bestellung von Rech-

des qu. Rechts als „servitutähnlich“ polemisiert, ist nicht wohl abzusehen, da ich doch in dem unmittelbar diesem Ausdruck vorhergehenden Satz sowohl die Ähnlichkeit als die Unterschiede beider Rechtsinstitute näher präcisirt habe. Vgl. a. a. O. S. 247. Tagedegen muß ich allerdings zugeben, daß das Ausbleiben der Miethzinszahlung nicht, wie ich gethan, als Resolutivbedingung des Rechts, sondern bloß als vom dominus rei geltendzumachender Deletionsgrund aufzufassen ist. Corroborirte Rechte erlöschen ja regelmäßig erst durch die Deletion.

9) l. c. S. 81.

10) l. c. S. 251 ff.

ten an der verpfändeten Sache demselben gegenüber nur dann wirksam wird, wenn er seine Einwilligung dazu erteilt hat.“ Ganz abgesehen davon, daß Schiemann diesen Ausdruck des Art. 1429 nicht für sich auszubeuten vermag, da ja nach ihm das Miethrecht des Art. 4045 gar kein „Recht an der Sache“ involvirt, wird durch denselben Nichts Anderes ausgesprochen, als was auch meine Anschauung vertritt. Auch nach dieser erlangt die spätere Bestellung des „dinglichen“ Miethrechts dem älteren Pfandgläubiger gegenüber keine Wirksamkeit, indem dessen Pfandrecht vielmehr die Sache ganz ebenso wie früher zu belasten fortfährt. Nur sehe ich in diesem Artikel keinen Grund, eine Erlöschung des Miethrechts anzunehmen. Von welchem Datum sollte dieselbe laufen, sobald bei dem Ausbot sich die Schädigung der Interessen des Pfandgläubigers durch dasselbe als liquid erweist? Offenbar nicht erst von dem zufälligen Datum des Erweises, sondern von dem der wirklichen Schädigung, der häufig mit dem der Bestellung zusammenfallen, häufig unnachweisbar bleiben wird. Und wenn das Miethrecht wirklich rückwärts als nie zur Wirksamkeit gelangt angesehen werden müßte, wie sollen sich die mehreren successive in der Zwischenzeit eingetretenen Inhaber der Sache zu einander verhalten? Welche Nachforderungen in Beziehung auf den unter dem Druck der Annahme eines dinglichen Miethrechts vereinbarten Miethpreis werden sanctionirt? Die Verwirrung und practische Undurchführbarkeit dieser Rückziehung der Nichtigkeit liegt auf der Hand <sup>11)</sup>.

Andererseits kann aber durch die Subhastation ebensowenig eine Erlöschung des Miethrechts verursacht werden. Es giebt kein Gesetz, welches dieselbe decretirt. Auch der Art. 1429 ist für dieselbe nicht zu verwenden <sup>12)</sup>, da derselbe bloß von dem „Nichtwirksamwerden“ einer versuchten dinglichen

11) Vgl. a. a. D. S. 249 fg.

12) Vgl. über das Nähere a. a. D. S. 253 fg.

Belastung, nicht aber von einem „Nichtwirksambleiben“, einem Erlöschen bereits existenter dinglicher Rechte reden kann und redet.

Von diesen Schwierigkeiten wird man befreit, wenn man sich der practisch ganz unverfänglichen Anschauung anschließt, welche ich in dem bezogenen Aufsatz vertheidigt habe, wornach eine Erlöschung des Miethrechts nur mittelbar auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung des Rechts ermöglicht werden kann, eines Rechts, welches als Theil des unumschränkten Eigenthumsrechts für die Pfandschuld, die das letztere getroffen hatte, als es noch in demselben steckte, auch später mitzuhause verpflichtet erscheint.

Carl Erdmann.

---

## VI.

### Der Concurſproceß

nach Livländiſchem Landrecht.

---

#### V o r w o r t.

Der Concurſproceß nach livländiſchem Landrecht findet ſeine Anwendung nicht allein in den Landgerichten und dem Hofgerichte, ſondern auch in den letzterem untergeordneten Magiſtraten der kleinen livländiſchen Städte; doch erſtreckt ſich dieſe Uebereinstimmung zwiſchen den Land- und Stadtbehörden, wie wir ſehen werden, meiſt nur auf das Verfahren, während das materielle Recht in den weſentlichſten Punkten nach verſchiedenen Normen geregelt wird. — Bei der großen Dürftigkeit und Zusammenhangsloſigkeit der ſich auf den Concurſproceß beziehenden geſetzlichen provinciellen Quellen mußte bei einer Darſtellung deſſelben das gemeine Recht, ſoweit es durch die Praxis beſtätigt wird, als weſentliche Stütze dienen. Die Praxis konnte aber, wenngleich ſie für den formellen Theil des Concurſproceſſes von ſehr großer Bedeutung iſt, in manchen ſich auf das materielle Recht beziehenden Hauptpunkten des Concurſes, wie namentlich bei der Classification der Gläubiger, faſt garnicht benutzt werden, weil ſie ſich in großer Verwirrung befand und ſo widersprechend und inconſequent erſchien, daß auch nur annähernd eine conſtante Praxis dort feſtzuſtellen unmöglich war. Von ſehr ſchädlichem Einfluß, ſelbſt auf die Praxis des Hofgerichts (ſ. z. B. Unterlegung

des livl. Hofgerichts vom 26. Febr. 1785 an den Gouverneuren Belleschoff), bei der Classification der Gläubiger sind die Schriften von Nielsen, v. Buddenbrock und v. Samson gewesen, welche sich, wie schon F. G. v. Bunge nachgewiesen, die größten Begriffsverwirrungen und Fehler zu Schulden kommen lassen (cf. theoretisch=practische Erörterungen aus den in Liv-, Est- und Curland geltenden Rechten. Bd. I. S. 38 fg.).

Wenn ich es, Angesichts dieser schwierigen Sachlage, dennoch unternommen habe mich an die Bearbeitung dieses Stoffes zu wagen, so ist es nicht in der Voraussetzung oder Hoffnung geschehen, daß es mir gelingen werde mein Thema völlig zu bewältigen; dazu bedarf es hier besserer und geübterer Kräfte!

Was im Einzelnen die Quellen betrifft, so finden sich die gesetzlichen, — soweit vorausgesetzt werden konnte, daß sie dem juristischen Publicum weniger leicht zugänglich seien, — in der Abhandlung wörtlich wiedergegeben. Wo aber im Text keine speciellen Citate angegeben sind, ist eine constante Praxis als Quelle benutzt worden; nur bei in der Praxis selten vorkommenden und theilweise auch bestrittenen Fällen sind als Beleg für die ausgesprochene Ansicht Präjudicate des Hofgerichts wörtlich angeführt worden.

## **Theil I. Allgemeine Grundsätze des Concursrechtes.**

### **§ 1. Begriff, Zweck und Arten des Concursproceßes.**

Unter dem Concurs oder Gantproceß wird dasjenige gerichtliche Verfahren verstanden, welches bei Ueberschuldung einer physischen oder juristischen Person Platz greift zum Zweck der Vertheilung der insufficienten Vermögensmasse des Schuldners unter mehrere Creditoren nach Maßgabe der Priorität ihrer Forderungen.

Der provincielle Concursproceß kann aber in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht ein zweifacher sein, ent-

weder der die Regel bildende Universalconkurs, oder ein Particularconkurs. Der letztere tritt jedoch nur beim schon Vorhandensein des ersteren ein, da als einziger Fall, den das provincielle Recht anführt, derjenige erscheint, wo Erbschaftsgläubiger und Legatäre, nach Art. 2658—62 des Prov.=Cod. Thl. III, vom *beneficium separationis bonorum* Gebrauch machen und die vom Vermögen des zahlungsunfähigen Erben separirte Erbschaft zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht. Können dagegen die Forderungen dieser beiden Kategorien vollständig aus der separirten Erbschaft berichtigt werden, so findet kein Particularconkurs, sondern nur eine den Gläubigern des Erben vorgehende Liquidation statt, so daß der etwa vorhandene Ueberschuß der Erbschaft der Universalconkursmasse zufällt (Prov.=Cod. Th. III, Art. 2658).

In der Praxis des livländischen Landrechts hat sich jedoch außer diesen beiden Arten leider noch eine dritte, der sog. Specialconkurs, ausgebildet, der nur beim Vorhandensein von mit Hypotheken überlastetem Immobilienvermögen stattfinden kann. Der häufigste Fall desselben ist der, wo der Schuldner in verschiedenen Gerichtsbezirken belegene, mit Hypotheken überlastete Immobilien besitzt, und von den Gläubigern der Specialconkurs über das betreffende Mobil bei dem nach der Belegenheit desselben competenten Gerichte provocirt wird. Es können demnach, je nach der Anzahl der schuldnerischen Immobilien, gleichzeitig mehrere Specialconcurse geführt werden (cf. z. B. Acta des livl. Hofg. Cath. N<sup>o</sup> 457). Die Verwickelungen und Uebelstände, welche durch ein derartiges Verfahren entstehen können, liegen so sehr auf der Hand, daß die Andeutung einiger derselben genügen wird, um die Unzweckmäßigkeit und Incorrectheit desselben nachzuweisen. Da es sich nämlich in diesen Fällen nur um Befriedigung der auf dem Mobil lastenden dinglichen Forderungen handelt, so sind alle persönlichen Ansprüche an den Schuldner, — auch

solche, welche im Universalconcurſ abſolut privilegirt ſind, — von dem betreffenden Specialconcurſe ausgeſchloſſen; ebenſo unterliegen die den Schuldner perſönlich ſonſt bei einem Universalconcurſ beruhenden Fragen, wie die Unterziehung einer Sicherheitshaft, die Ertheilung des *beneficii cessionis honorum etc.* nicht der Beurtheilung deſſenjenigen Gerichtes, welchem die Verhandlung deſſ Specialconcurſes obliegt <sup>1)</sup>). Dieſe Ansprüche und Fragen müßten daher an daſ perſönliche forum deſ Schuldners zur Entſcheidung gelangen, welcheſ möglicherweiſe ein von dem forum oder den verſchiedenen foris der Specialconcurſe unabhängigeſ andereſ Gericht ſein kann. Dem perſönlichen forum würde aber einerſeits in dieſem Fall die erforderliche Kenntniß der Vermögensumſtände deſ Schuldners mangeln, und müßte eſ ſich dieſelbe dann erſt von den die Specialconcurſe verhandelnden Gerichten durch einen zeitraubenden Schriftenwechſel verſchaffen, — andererſeits würden die rein perſönlichen im Universalconcurſ abſolut privilegirten Gläubiger <sup>2)</sup>, wenn der Schuldner kein zur Deckung ihrer Forderungen genügendeſ Mobilienvermögen beſitzt, durch die Specialconcurſe über die Immobilien um daſ ihnen zuſtehende Recht der Befriedigung vor den hypothekariſchen Creditoren gebracht werden. Wollte man aber dieſem Uebelſtande, allerdings inconſequenter Weiſe, dadurch abhelfen, daß man die im Universalconcurſ abſolut privilegirten Gläubiger auch in den Specialconcurſ an gleicher Stelle hineinbrächte, ſo würde daſ die Sachlage nur wenig verbeſſern, da beim Vorhandenſein mehrerer Specialconcurſe die Vertheilung der Ansprüche dieſer Creditoren auf die einzelnen Maſſen der Specialconcurſe mit ganz unberechenbaren Schwierigkeiten ver-

1) cf. Reſolution deſ Hofgerichtes vom 25. Juli 1867 im Cath. N<sup>o</sup> 457 deſ Hofg.-Archivs:

2) wie z. B. die Dienſtboten deſ Schuldners wegen ihreſ rückſtändigeſ Lohnes; die rein perſönlichen öffentlichen Abgaben deſ Schuldners.

bunden wären. — Hat ferner ein Gläubiger eine Generalhypothek am Vermögen des Schuldners oder sind ihm die Immobilien desselben jedes speciell für eine und dieselbe Schuld verpfändet, so müßte unter allen den verschiedenen foris eine Einigung darüber herbeigeführt werden, wie groß der Antheil sein soll, den der Gläubiger, der sich unzweifelhaft in jedem Specialconcurs zu melden berechtigt ist, aus jeder einzelnen Masse erhalten soll. Außer dem Angeführten ist noch in Betracht zu ziehen, daß für jeden einzelnen Specialconcurs besondere Concurscuratoren und ein besonderer Contradictor zu ernennen sind und von einander getrennte Gerichtsverhandlungen stattfinden, wodurch die Concurskosten zum Nachtheil der Gläubiger nutzlos vergrößert werden. Dieser sog. Specialconcurs könnte aber leicht vermieden werden, wenn man die im Th. I § 3 über das forum des Concurseß dargestellten Grundsätze stets zur Geltung bringt. Selbstverständlich müßte in dem Fall, wenn Immobilien als Theile der Universalconcursmasse in Betracht kommen, die in einem anderen Gerichtsbezirke als dem des Universalconcurseß belegen sind (nach der Einleitung zum Th. III des Prov.-Cod. sub IV und VIII), von letzterem forum das für die betr. Immobilien gültige materielle Recht zur Anwendung gebracht werden.

Was schließlich das Verfahren bei diesem sog. Specialconcurs betrifft, so unterliegt dasselbe ganz den für den Universalconcurs gültigen Normen<sup>3)</sup>.

3) cf. den Karaskyschen Specialconcurs im Hofg.-Archiv sub Litt. K. N. 14, und den Seflershoffschen Specialconcurs Cath. N. 457. Aus dem in der Acte des Letzteren befindlichen Urtheil des Hofg. vom 13. Febr. 1870 möge hier nachstehender Passus wörtlich folgen: „der Specialconcurs ist auch keineswegs, wie einzelne der oben aufgeführten Creditoren behauptet, nur eine provincielle Bezeichnung für das Executionsverfahren in ein bestimmtes specielles Vermögensobject des Schuldners, sondern eine species des Concurseß im Gegensatz zum Generalconcurs, wie denn ein bloßes Executionsverfahren in ein specielles Vermögensobject eines Schuldners und ein Specialconcurs besonders darin sich unterscheiden, daß in letzterem und auch

## § 2. Gegenstand des Concurſes oder die Concurſmaſſe.

Gegenſtand des Concurſes oder die Concurſmaſſe bildet alles bewegliche und unbewegliche Vermögen des Gemeinſchuldners, welches rechtlich und factiſch einer Werthmachung fähig iſt und ſich bereits zur Zeit der Eröffnung des Concurſes im Vermögen deſſelben befand, oder nach der Eröffnung als Frucht hinzugekommen iſt. Es iſt demnach ſowohl das nach beendigtem, als auch das durante concursu vom Cridar neu-erworbene Vermögen von der betreffenden Concurſmaſſe ausgeſchloſſen<sup>1)</sup>, doch ſteht nach beendigtem Concurſverfahren dem

im Generalconcurſe nicht, — wie es in erſterem der Fall iſt, — die, nach erfolgter gerichtlicher Geltendmachung einer Forderung, geſchehene Anerkennung einer ſolchen Forderung Seitens des Debitors den Creditor der Beweislaſt überhebt; daß ferner im bloßen Executionsverfahren der Debitor, ſofern das bezügliche Executionsobject nicht ſequeſtrirt worden, oder ſoweit in ſelbiges Creditore nicht immittirt ſind, — im Naturalbeſitz des bezüglichen Objectes bis zur Uebergabe an den meiſtbietlichen Acquirenten verbleibt, während nach Eröffnung des Specialconcurſes über ein Vermögensobject ſelbiges ſofort dem Debitor abgenommen, was im Generalconcurſe hiñſichtlich des ſämmtlichen Vermögens des Debitors ſtattthat, — und daß endlich zu allen Eingaben und Decreten im bloßen Executionsverfahren Stempelpapier, im Specialconcurſe aber gleich wie im Generalconcurſe ordinäres Papier verwandt wird.“

1) cf. Hofgerichtl. Appellationsurtheil vom 5. December 1838 im „Arch. N<sup>o</sup> 3961 des Dörpt. Landg.: . . . „Denn es fragt ſich bei Entſcheidung dieſes gravamens, ob überhaupt die Gage oder ein Theil derſelben zu ſolchen Vermögensſtücken des Cridars gehöre, welche er abzutreten hat, oder ob vielmehr ſelbige nicht in den Concurſ zu ziehen ſei. — Schon der Natur der Sache nach kann der Gemeinſchuldner nur das von ſeinem Vermögen abtreten, was er im Augenblick der Concurſ-Eröffnung wirklich beſitzt und kann die Concurſmaſſe ſich nur in Beſitz deſſen ſetzen, was wirklich vorhanden, nicht aber was erſt von der Zukunft zu erwarten ſteht, wie dies mit der Gage der Fall, und ſind hier nicht einmal Rechte zu cediren möglich, da das Recht der Gagen-Beziehung zur Zeit noch nicht exiſtirt, ſondern allererſt nach Ablauf beſtimmter Dienſtzeit eintritt und davon abhängig iſt, ob die Bedingung des Dienens in Erfüllung geht. — Aber auch geſchlich dürfte Cridarius zu keiner Gagen-Abtretung genöthigt ſeyn, weil, wie die königliche Reſolution vom 28. Mai 1687 im § 3 ſich ausdrückt, das höchſte Recht in ſolchem

nicht befriedigten Gläubiger allerdings der Regreß an den ehemaligen Cridar in Betreff dieses Neuerworbenen offen <sup>5)</sup>. (Ueber die bei stattgehabter cessio bonorum eintretende Beschränkung cf. Th. II, § 3.)

Im Einzelnen müssen zum Zweck der Klarstellung der Concurssmasse folgende sich im Vermögen des Schuldners befindende Gegenstände ausgeschieden werden:

1) Sachen, welche mit der Eigenthumsklage von Seiten eines Dritten in Anspruch genommen werden können <sup>6)</sup>. (Vindicanten oder Separatisten ex jure domini.)

2) Beim Schuldner deponirte (Prov.=Cod. Th. III Art. 3790 fg.), demselben geliehene (Art. 3752), oder zum precarium übergebene Sachen <sup>6)</sup> (Prov.=Cod. Th. III Art. 3769).

„Fälle nicht mehr als einmal gebraucht werden kann, mithin Cridarius, nachdem ihm einmal alles genommen, nachher zu keiner ferneren Abtretung weiter verpflichtet ist. Gehört nun aber hiernach das Gagen-Dritttheil nicht zu den von Cridario abzutretenden Vermögensstücken, und cessiren, Befehlen und steter Pragis nach, nach eröffnetem Concurse alle Sequestrationen und Executionen wider den Gemeinschuldner, so konnte auch die vor dem Concurse decretirte Beschlagnahme des Gagen-Dritttheils zu Appellanten's Besten, als executivische Maßregel nicht länger als bis zur Concurss-Eröffnung Bestand haben, und mochte appellans als Creditor auch nur bis zu solcher, nicht aber post motum concursum seine Befriedigung aus dem Gagen-Dritttheil gewinnen, da jeder Concursgläubiger diese nur aus der Concurssmasse zu holen hat, wobei es Cridario auf keine Weise präjudiciren mag, wenn judex a quo unrechtfertiger Weise den Beschlag und die Einforderung des Gagen-Dritttheils über die Concurss-Eröffnung hinaus erstreckte, und stellte dieser solches in classificatorio zurecht, so lag dieses einerseits in seiner Pflicht, in Rechten zu erkennen, andrerseits aber mochte solches unbeschadet früherer Erlasse sehr wohl geschehen, da bei den post motum concursum angeordneten Einzahlungen um so weniger von in Rechtskraft übergetretenen Bescheiden die Rede sein kann, als dies nicht bloß einseitige Decrete waren, sondern auch die fortgesetzte Beschlagnahme als nicht gesetzlich nur nulliter stattgefunden.“ — cf. auch den mit diesem Präjudicat übereinstimmenden Bescheid des Hofgerichts vom 7. Nov. 1839 auf Seite 154 sub 7.

5) Siehe die Präjudicate sub 77 und sub 7.

6) Landlag pag. 140 note e: „Alles, was unter eines Debitoris Gut befunden wird, das demselben nicht vollkommen zugehörig ist, das

3) Sachen, welche sich beim Creditar als Faustpfand vorfinden, müssen gegen Entrichtung der Schuld, für die sie haften, dem Faustpfandschuldner ausgeliefert werden <sup>6)</sup>. In allen unter 1, 2 und 3 angegebenen Fällen tritt jedoch bei beweglichen Sachen die Beschränkung ein, daß sie nur soweit von dem betreffenden Eigenthümer, Deponenten u. s. w. zurückgefordert werden können, als sie noch in natura vorhanden sind <sup>6)</sup>. (Prov.=Cod. Th. III, Art. 923, 1370, 1474, 3839). Ist Letzteres nicht mehr der Fall, so müssen sich die Eigenthümer, Deponenten u. s. w. mit ihren Ersatzansprüchen als Concursgläubiger melden, um womöglich ihre Befriedigung aus der Masse zu erhalten <sup>6)</sup>.

4) Diejenigen Rechte, welche dem Creditar ausschließlich für seine Person zustanden und weder durch Veräußerung und Vererbung (Prov.=Cod. Th. III, Art. 2645) auf Andere übergehen, noch von ihnen ausgeübt werden können, wie Aemter, Würden und Ehrenzeichen.

5) Beim Concurse eines Beamten gehört nur ein Drittel des bis zur Concurseröffnung noch rückständigen Gehaltes zur Masse und ist die durante concursu und nach beendigtem Concurse bezogene Gage zum neu erworbenen Vermögen des Creditars zu rechnen. Nach dem Schluß des Verfahrens kann jedoch der nicht völlig zur Perception gelangte Gläubiger, wenn ihm richterlich der Regreß am zukünftigen Vermögen des Schuldners offen gelassen worden, jährlich ein Drittel der Gage desselben bis zu seiner vollständigen Be-

---

„wird von dem übrigen Eigenthumb abgesondert, wann es noch vorhanden ist, und dem rechten Eigenthümer desselben wieder zugestellt, als: niedergelegt (Depositum) oder sonst anvertrautes Gut; zu Pfande gesetztes Gut, jedoch daß der Pfandschilling erlegt werde; Gut, so jemand gestohlen seyn kann; Rathen-Geld oder Geschenk; des unverschuldeten Ehegatten unbeweglich Erb- und Antenuptial-Güter. Ist aber solches nicht mehr alda zu finden, so bekommt der Eigenthümer das Seinige, nachdem er für sein Recht vigiliret hat.

friedigung beanspruchen<sup>7)</sup>. Es basirt diese Bestimmung auf dem gleichfalls in den in der Anmerkung genannten beiden Hofgerichtlichen Präjudicaten mehrmals angeführten, vom gemeinen Recht abweichenden Grundsatz des provincieellen Rechts, daß nur diejenigen Rechte und Forderungen des Creditors als zur Concurssmasse gehörig anzusehen seien, welche zur Zeit der Concurseröffnung bereits bedingungslos existent waren, und deren Erwerb nicht erst in der Zukunft zu erwarten stand, wie dieses namentlich bei dem Gehalt, wo der Erwerb noch an die Bedingung des weiteren Dienstes geknüpft ist, der Fall ist.

6) Es liegt in der Consequenz des sub 5 angeführten Grundsatzes, daß sich das Verhältniß des Creditors als Nutznießers eines Fideicommisses seinen Creditoren gegenüber gleichfalls abweichend vom gemeinen Recht gestalten muß. Erweist sich nämlich der Fideicommissbesitzer, vorausgesetzt, daß er kein Allodialvermögen besitzt, als insolvent, so erscheint es nur zulässig, daß, — da die Gläubiger ein Recht auf die während seiner Lebzeiten fälligen Früchte des Fideicommisses haben (Prov.-Cod. Th. III Art. 2562), — entweder bis zur Tilgung aller Schulden des Creditors, oder bis zum Ableben desselben auf Antrag der Gläubiger eine Sequesterverwaltung des Fideicommisses eintrete. Im ersten Fall kann, da alle Creditoren vollständig durch die Verwaltung befriedigt worden, dann

---

7) Hofger. Bescheid vom 7. November 1839: . . . „daß bei beobachteten Formalien die geführte Beschwerde auch im Wesentlichen der Sache nicht unrechtfertig, und sonach mit Abänderung decreti a quo auf Querulantis in der Vorinstanz angebrachtes Sequestergesuch festzusetzen: daß zwar nicht auf die im Laufe des über querulati Vermögen ventilirten Concursses eingehobenen Gagen-Dritttheile, dagegen jedoch nunmehr von dem Landgerichte auf das Dritttheil des Amtsgehaltes querulati zur Sicherung der im Concurse angegebenen und nur zum Theil berichtigten Forderung querulantis und bis zu dessen gänzlicher Befriedigung Sequester anzulegen und diese Gagen-Dritttheile querulanti in den einfälligen Terminen auszuführen seien.“ — Siehe außerdem noch das sub 4 angeführte Präjudicat des Hofgerichts.

natürlich von einem Concurse nicht mehr die Rede sein. Im zweiten Fall dagegen muß nach Beendigung der Sequesterverwaltung durch den Tod des Fideicommissars der Concurse über die während der Verwaltung erzielten Früchte eröffnet werden. — Besaß aber der Fideicommissar außerdem auch noch Adialvermögen, und wurde über dasselbe der Concurse provocirt, so können von den Früchten des Fideicommisses nur die bei der Eröffnung vorhandenen zur Masse gezogen werden, da die während des Concurses etwa zu erzielenden an die Bedingung des weiteren Lebens des Besitzers geknüpft erscheinen und daher als noch nicht existent von der Masse ausgeschlossen werden müssen. In diesem Fall unterbleibt die Sequesterverwaltung des Fideicommisses bis zur Beendigung des Concursprocesses, da durante concursu alle Sequestrationen und Executionen gegen den Gemeinschuldner cessiren (cf. Präjudicat in Ann. 4).

7) Beim Concurse über einen Nachlaß, zu welchem Kronarenden gehören, von denen der 3te Theil der den Erben zufallenden Revenue den Gläubigern des Erblassers verhaftet bleibt (Prov.=Cod. Th. III, Art. 2864), müssen die unter 5 und 6 dargestellten Grundsätze analoge Anwendung finden.

8) Das Eingebachte der Ehefrau, wozu nicht allein die Mitgabe sondern auch die Aussteuer gehört (Prov.=Cod. Th. III, Art. 14), ist nach Schwedischem Landrecht von der Concursmasse ihres Ehemannes auszuschließen<sup>8)</sup>. (Prov.=Cod. Th. III, Art. 47,

8) Hiernach ist das früher hier geltende Recht, wie namentlich die Stadga de ao 1682 und die Hofgerichtsconstitution vom 19. Juli 1707, umgestoßen worden, nach welchen die eingebrachten Mobilia der Frau vollständig, die Immobilien für den dritten Theil der vom Manne während der Ehe contrahirten Schulden hafteten, sofern dieselben nicht „von des Mannes Verschwendung, Verbrechen und Missethat oder dessen absonderliche muthwilligen Verursachen herrührten.“ — Doch schon die note e des Landlag pag. 140 schließt die „unbeweglichen Erb- und Antenuptial-Güter“ der Ehefrau von der Concursmasse des Ehemannes aus (cf. oben).

58 und 59). Diese Bestimmung bezieht sich aber natürlich nicht auf diejenigen Concurzproceffe, welche über das Vermögen eines nicht erbadligen livl. Landgeistlichen oder einer der Gerichtsbarkeit der kleinen Städte unterworfenen Person verhandelt werden, da bei diesen in Folge der Gütergemeinschaft das ganze ungetheilte Vermögen zur Concurzmasse des Ehe- mannes zu ziehen ist (Prov.=Cod. Th. III, Art. 75 und 85).

### § 3. Das forum des Concurfes.

In der Regel entscheidet über die Rüständigkeit eines Gerichtes zur Verhandlung einer Concurzsache der persönliche Gerichtsstand des Creditors, nur ausnahmsweise die Belegenheit des gemeinschuldnerischen Vermögens, wenn es nämlich vorzugsweise aus Immobilien besteht; in letzterem Fall hat das forum rei sitae vor dem persönlichen Gerichtsstande des Creditors den Vorzug.

Nach dem Prov.=Cod. Th. I, Art. 314,7 gehören Concurzsachen Erbadliger, — ausgenommen wenn blos in den Städten von ihnen besessenes Vermögen vorhanden ist, — in erster Instanz zu der Competenz des Hofgerichtes. Die Concurse aller übrigen auf dem Lande wohnenden Personen geistlichen und weltlichen Standes unterliegen, mit Ausnahme der vor die Bauergerichte und das Universitätsgericht gehörenden, — sofern es sich nicht vorzugsweise um städtisches Immobilienvermögen handelt, — der Competenz desjenigen Landgerichtes, in dessen Bezirk der Creditor sein Domicil hat. Die Concurzsachen der der Gerichtsbarkeit der kleinen Städte unterworfenen Personen, sowie die nach dem Vorhergehenden in Folge der Belegenheit des gemeinschuldnerischen Immobilienvermögens vor die Stadtgerichte competirenden Concurse werden gleich in erster Instanz vor dem betr. Rath verhandelt (Prov.=Cod. Th. I, Art. 643, 11).

Besteht aber die Vermögensmasse des Creditors vorzugs-

weise aus Immobilien, die in verschiedenen Gerichtsbezirken oder Gouvernements belegen sind, so greifen in Ermangelung einheimischer Bestimmungen die Grundsätze des gemeinen Rechtes Platz, nach welchen dasjenige Gericht für den Universalconkurs competent ist, in dessen Bezirk sich der größte Theil der Immobilien befindet; nur müßte allerdings dann das Concursgericht das für die betr. Immobilien ihrer Belegenheit nach gültige materielle Recht zur Anwendung bringen (Prov.-Cod. Th. III, Einleitung sub IV und VIII). Bei gleicher Vertheilung wird wohl die Concursprovocation für die weitere Verhandlung des Universalconcurses entscheidend sein müssen.

Das einmal begründete *forum concursus* erscheint aber obligatorisch für alle rechtlichen Ansprüche an den Cridar, welche zur Zeit der Concursöffnung noch nicht klagbar gemacht worden. Ein bereits früher anhängig gemachter Rechtsstreit wird von dem Concursgericht nicht angezogen, sondern dort wo er begonnen weiter fortgeführt, nur ist der Gläubiger verpflichtet zugleich seine Forderung innerhalb der Proclamsfrist bei der Concursbehörde anzumelden und sobald der Streit rechtskräftig entschieden durch Beibringung des Urtheils liquid zu stellen, worauf er im Concursurtheil die ihm zukommende Stelle angewiesen erhält (gemeinrechtlich, cf. Bayer's Concursproceß § 34).

In den Sachen wo der Cridar als Kläger auftreten müßte und in denen nach eröffnetem Concurs die Masse in seine Rechte eingetreten, bringt der Concurs keine Veränderung des Forums hervor.

#### § 4. Abwendung des Concurses.

Der Concurs kann abgewandt, oder, wenn der Proceß bereits begonnen, der weitere Fortgang desselben gehemmt werden, entweder gegen den Willen, oder mit Uebereinstimmung der Gläubiger. Ersteres geschieht durch die sog. Anstands-

briefe, Indulte oder Moratorien, über welche die im Prov.-Cod. Th. III, Art. 3512, 13, 54 und 3625 angegebenen Grundsätze gelten. Im zweiten Fall wird der Concurz abgewandt durch Accord mit den Gläubigern, welcher wieder seinem Inhalte nach entweder nur ein Stundungsvertrag oder ein Nachlaßvertrag sein kann. Die Form der Eingehung des Accordes, der sowohl eine gerichtlicher als außergerichtlicher sein kann, und die Wirkungen eines auf gültige Weise zu Stande gekommenen Accordes unterliegen ganz den im Prov.-Cod. Th. III, S. 615 und 616 festgesetzten Normen über Vergleiche. Die Art und Weise des Zustandekommens eines gültigen Accordes und die Frage, ob derselbe für alle Gläubiger bindend erscheint, sind hier jedoch näher zu erörtern. Die Beantwortung gestaltet sich verschieden, jenachdem es sich dabei um „kaufmännische Verbindlichkeiten und Handlungsvorfälle“, oder um Immobilienvermögen handelt.

1) Im ersten Fall soll nämlich der Senatsukas vom 5. September 1784 (der sog. Kononowsche Ukas) zur Anwendung kommen<sup>9)</sup>. Nach diesem Ukas tritt aber dann Zwang

9) Hofgerichtliches Appellationsurtheil vom 12. Juli 1854 in der Wegenerschen Accordssache N<sup>o</sup> 2365 im Dörpt. Rathsarchiv: . . . . „Alles „was man gegen die Anwendung des Accordzwanges in gegenwärtigem Falle „hat in sententia a qua und in der Appellations-Resolution aufstellen können, ist gehoben theils dadurch, daß die vorangeführten rechtskräftigen Entscheidungen des livländischen Hofgerichts die außergerichtlichen Verhandlungen der Wegenerschen Erben und Curatoren mit den Creditoren gutgeheißen, theils dadurch, daß durch das Resultat des erlassenen Proclams sichergestellt ist, daß alle Creditoren sich mit den Accordsverhandlungen völlig zufriedengestellt haben, bis auf den Einzigen, das Handlungshaus „W . . . . . mit einer Buchforderung von 5009 Rbl. S. M., hierdurch aber „war die Sache in das Stadium gebracht, daß rechtlich entschieden werden sollte, ob dieser Creditor gezwungen werden könne „dem Accord beizutreten und sich mit 30 Proc. zu begnügen, und das „konnte nur abhängig sein von dem Verhältnisse der Größe der W. . . . . schen „Forderung zu dem Betrag sämmtlicher anderer Forderungen. — Dieses „Verhältniß ist in dem Ukas vom 5. September 1784 (dem sog. Kononowschen) angegeben, daß drei Viertel der Gläubigerzahl zwei Dritttheile der

zum Accorde gegen die einzelnen mit den übrigen dissentirenden Gläubiger ein, wenn „ $\frac{2}{3}$  der persönlichen Anzahl der Gläubiger, deren Forderungen  $\frac{2}{3}$  aller Schulden ausmachen sich vereinigen, oder wenn  $\frac{2}{3}$  der persönlichen Anzahl, welche  $\frac{2}{3}$  aller Schulden zu fordern haben einig sind.“ Der auf diese Weise überstimmte Gläubiger hat daher nicht mehr das Recht zu seiner separaten Befriedigung gerichtliche Hülfe in Anspruch zu nehmen, und darf das Gericht auch nicht irgend welche Sicherheitsmaßregeln wie z. B. Sequester am Vermögen des Schuldners zum Nutzen eines einzelnen Gläubigers verfügen, sondern hat nur in vorkommendem Streitfall darüber ein Erkenntniß zu fällen, ob der Accord in gesetzlicher Weise zu Stande gekommen ist, oder nicht <sup>10)</sup>. Ist nun der Accord seinem Inhalte nach als Nachlaßvertrag abgeschlossen, und sind die Gläubiger demselben entsprechend befriedigt worden, so cessirt, im Fall der Schuldner später wieder zu Vermögen kommt, jeder Anspruch gegen denselben aus den durch den Accord reducirten Forderungen (Prov.-Cod. Th. III, Art. 3606). Da selbst wenn der Schuldner in der Auszahlung der accordmäßigen Quoten säumig ist, können die Gläubiger den einmal geschlossenen Vertrag aus diesem Grunde nicht rückgängig machen, sondern haben nur die Klage auf Erfüllung des Accordes (Prov.-Cod. Th. III, Art. 3608).

---

„sämtlichen Anforderungen besitze, oder umgekehrt. In vorliegendem Falle „ist das B....sche Handlungsbaus ganz allein gegen die ganze Masse „sämtlicher anderen Creditoren, mit einer Forderung von 5009 Rbl. S. M. „gegenüber der ganzen Schuldenmasse von 184258 Rbl. 45 Cop. S. M. — „Hier bedarf es keiner weiteren Berechnung.“ — Siehe auch Erkenntniß des Senats vom 9. December 1796 in der Köhler-Göttteschen Revisionssache; Senatsakus vom 10. October 1796 in der v. Drescherschen und Senatsurtheil vom März 1797 in der Gernet-Alberogischen Sache (Samson Theil II, S. 91).

10) cf. Präjudicat sub 9 und außerdem noch z. B. Hofgerichtliche Bescheide vom 11. und 25 April 1849 und Hofg. Resolution vom 14. April 1852 in ders. Sache.

2) Im zweiten Fall, wenn nämlich bei Abwendung des Concurfes Immobililvermögen in Betracht kommt, soll nach ausdrücklicher Vorschrift des Senates vom 9. December 1796, vom 10. October 1796 und vom März 1797 (cf. Num. 9) die königlich schwedische Verordnung vom 9. November 1685 auch fernerhin ihre Geltung behalten. Wenn hiernach<sup>11)</sup> der Schuldner sich zahlungsunfähig erweist, und einige der Creditoren ihm Aufschub oder Nachlaß gewähren wollen, so soll: a) wenn alle Gläubiger von gleichem Vorzugsrechte sind, von jeder Forderung ein Gleiches abgestrichen werden. Will nun einer der Gläubiger auf die von den übrigen dem Schuldner gewährte Stundung nicht eingehen, so soll er diejenige Quote seiner ursprünglichen Forderung, welche im Fall der gleichzeitigen Liquidation aller übrigen gleichberechtigten Forderungen sich für ihn aus der Concursumasse ergeben würde, executivisch betreiben zu lassen berechtigt sein, jedoch fernerhin von allem durch die Stundung der Gesamtheit der übrigen Creditoren etwa erwachsenden Vortheil ausgeschlossen sein. b) Hat dagegen derjenige, welcher nicht accordiren will, ein besseres Recht, als die Andern, so wird seine ganze Forderung vollständig berichtet ohne Rücksicht auf das, was die Uebrigen etwa beschlossen haben mögen. c) „Wenn aber die Andern, welche accordiren wollen, den Vorzug haben, muß derjenige, so ein schlechteres Recht hat, mit dem zufrieden sein wozu die Meisten einwilligen; einem Jeden dennoch das Recht, so er an des Debitoren eigene Person mit Fug haben kann, vorbehalten“<sup>12)</sup>.

Der unter a) bezeichnete Theil der königlich schwedischen Verordnung vom 9. November 1685 kann wohl nur auf die Chirographar- und Rechnungsgläubiger seine Anwendung fin-

11) Diese königl. schwedische Verordnung vom 9. November 1685 findet sich bei Buddenbrock, Sammlung der Gesetze, Band II, Seite 933.

12) cf. auch die königl. schwed. Verordnung vom 28. Mai 1687 bei Buddenbrock, Sammlung der Gesetze, Bd. II, Seite 1036.

den, da bei ihnen allein eine vollständige Gleichberechtigung ihrer resp. Forderungen und in Folge dessen eine Befriedigung pro rata eintritt, während in allen vorhergehenden Classen innerhalb jeder Classe wiederum eine bestimmte Rangordnung (nur höchst selten eine Concurrrenz gleichberechtigter Forderungen cf. Th. II, § 10) der einzelnen Forderungen stattfindet. Die beiden anderen Punkte der königl. schwed. Verordnung unter b) und c), welche in den übrigen Classen der Concursgläubiger zur Geltung gelangen müssen, bedürfen keiner weiteren Erörterung, mit Ausnahme eines combinirteren Falles, der, wenn auch in der Praxis wahrscheinlich selten, doch immer vorkommen kann: Der an erster Stelle zu locirende Gläubiger ist bereit auf einen Accord einzugehen, der demselben nachstehende die zweite Stelle einnehmende dagegen nicht, und der dritte, vierte, fünfte u. s. w. schließen sich dem ersten an; kann hier nun der zweite zum Accorde gezwungen werden oder nicht? Mir scheint die Uebereinstimmung des 3., 4., 5. Gläubigers mit dem ersten nicht in Betracht kommen zu dürfen, da der zweite „ein besseres Recht hat“ als die ihm nachfolgenden. Da nun aber dann der dem zweiten gegenüberstehende erste Gläubiger die in der Verordnung verlangte Majorität allein zu repräsentiren nicht im Stande ist, so darf in solchem Fall der zweite zum Accorde nicht gezwungen werden.

Anmerkung zu § 4: Buddenbrock Nr. 2, S. 934, 2 sucht die Anwendung des Kononowischen Ukases vom 5. September 1784 auf alle landrechtlichen Accordverhältnisse auszudehnen, und will dann eine Combination des Ukases mit der königlich schwedischen Verordnung vom 9. November 1685 in folgender Weise herbeiführen: „Da die Gläubiger nach der verschiedenen Natur ihrer Forderungen in verschiedene Classen eingetheilt werden müssen, so soll bei jeder Classe die im Ukas erwähnte Majorität in ihrer Classe über die Befestigung des Accords entscheiden. Auf diese Weise würde dann die königlich schwedische Verordnung mit diesem Reichsgesetz in eine modificirte Verbindung gesetzt werden können.“

Buddenbrock überseht jedoch bei dieser seiner Ansicht folgendes:

1) Die ausdrückliche Bestimmung des Ukases vom 5. September 1784, daß nur in „allen künftigen dem Kononowischen gleichen Fällen bei For-

## Theil II. Das Concursverfahren.

### § 1. Allgemeiner Ueberblick.

Das Concursverfahren nach livländischem Landrecht zerfällt in drei Hauptabschnitte:

1) Die Eröffnung des Concurses durch das decretum de aperiundo concursu, welchem noch häufig, jedoch nicht durchaus nothwendig, ein die Eröffnung vorbereitendes oder präparatorisches Verfahren vorausgeht. Seinen Abschluß findet dieser erste Abschnitt nach Ablauf der im Concursproclam gesetzten peremptorischen Frist mit dem Präclussionsbescheid des Gerichts in Betreff der innerhalb der Frist nicht angemeldeten Forderungen.

2) Das Liquidationsverfahren, welches in der Durchführung der die Liquidität der einzelnen Forderungen betreffenden Proceffe besteht. Da jedoch nach livländischem Landrecht auf die Liquiditätsproceffe unmittelbar das Classifications- oder Concursurtheil folgt, demnach abweichend vom gemeinen Recht ein besonderes Prioritätsverfahren demselben vollständig fremd ist, so müssen in diesem Stadium des Concursprocesses schon alle die Priorität der Forderungen erweisenden Umstände und Beweismittel beigebracht werden. Dem entsprechend erhält das Concursurtheil auch einen ganz anderen Charakter als meist im gemeinen Recht, indem eine Reformation desselben,

derungen von gleicher Natur nach Anleitung dieses Ukases verfahren werden soll.

2) Die oben erwähnten Erkenntnisse des Senats vom 9. December 1796, vom 10. October 1796 und März 1797.

3) Die rechtliche Unmöglichkeit des von ihm proponirten Abstimmungs- und Zwangsmodus, da innerhalb der Classen der Creditoren auch die einzelnen Forderungen einander durchaus nicht gleichberechtigt und gleichgestellt sind. Nach Buddenbrocks Theorie könnten z. B. die ersten öffentlichen Pfandgläubiger durch die im Ukas festgesetzte Majorität der ihnen nachstehenden öffentlichen Pfandgläubiger, ja sogar der privaten Pfandgläubiger, da sie zu derselben Classe gehören, zur Eingehung eines Accordes gezwungen werden!!

wie jedes anderen Definitivurtheils, nur auf dem Wege eines devolutiven Rechtsmittels erreicht werden kann.

3) Das Distributionsverfahren. Dasselbe hat zum Zweck die Vertheilung der Concurzmasse nach Anleitung des Concurzurtheils und der Distributionsrechnung.

## Abchnitt 1. Das präparatorische Verfahren und die Eröffnung des Concurses.

### § 2. Veranlassung zum präparatorischen Verfahren und zur Concurseröffnung.

Das gerichtliche Einschreiten bei wirklicher oder scheinbarer Insolvenz ist nur dann gestattet, wenn entweder einer oder mehrere Gläubiger darauf antragen, oder der Schuldner selbst dem Gerichte seine Insolvenz anzeigt. Das Gouvernementsregierungs-Patent vom 22. November 1819 N 53 fügt allerdings noch hinzu „oder wenn die Insolvenz des Schuldners auf andere Weise offenbar wird“, und könnte dadurch leicht zur falschen Annahme verleiten, daß der Richter seine sonstige Kenntniß von der Insolvenz des Schuldners zum Einschreiten ex officio zu benutzen habe. Es ergiebt sich jedoch bei genauer Vergleichung des deutschen Textes dieses Patentes mit dem russischen, daß bei der Uebersetzung sich ein Fehler in den ersteren eingeschlichen hat, da der russische Text eine solche irrige Auffassung nicht zuläßt <sup>13)</sup>.

Die angeführte der Verhandlungsmaxime und dem gemeinen Recht entsprechende Ansicht, daß das Gericht ohne Antrag der Gläubiger oder Insolvenzanzeige des Schuldners einzuschreiten nicht befugt sei, wird außerdem noch durch die

---

13) Буде купец объявить себя несостоятельным, плнеже о несостоятельности его объявлено и доказано или иным образом обнаружено будет одним или несколькими из его кредиторовъ, то произведет тотчасъ и. с. ш.

Praxis bestätigt<sup>14)</sup>. — Ist der Schuldner aber nicht mehr am Leben, so ist die competente Nachlaßbehörde, nach Anleitung des Prov.-Cod. Th. III, Art. 2587—98, Maßregeln zur Sicherstellung der Nachlaßmasse und zur Ausmittelung der Erbschaftsgläubiger auch von Amtswegen zu ergreifen berechtigt und verpflichtet, und hängt das weitere Verfahren dann von den Anträgen der innerhalb des Nachlaßproclams sich meldenden Gläubiger ab, wenn die Erben nicht selbst schon früher die Insolvenz der Erbschaft angezeigt und um Eröffnung des Concurseß nachgesucht haben, in welchem Fall die Art. 2648 sq. des Provinzialrechtes Th. III zu berücksichtigen sind.

### § 3. Verhandlungen der Parteien und Handlungen des Gerichtes bis zum decretum de aperiundo concursu.

Der Zweck des Verfahrens bis zum Eröffnungsdecret ist: die Insufficienz der gemeinschuldnerischen Vermögensmasse zu constatiren und auf Antrag der Interessenten provisorische Maß-

---

14) Der Abscheid des Hofg. v. 7. Januar 1847 lautet wörtlich: „Daß, bei Bestätigung der Beschwerde, das gravirende Decret aufzuheben, vielmehr der Implorantin und deren Kinder-Vertretern ein gütliches Arrangement mit den Gläubigern ihres verstorbenen Ehemannes herbeizuführen, vorläufig zu überlassen, der Rath aber nicht eher, als auf Provocation „implorantischen Theils oder von Gläubigern, den Concurß über den Nachlaß weiland Kfm. Wegener zu eröffnen berechtigt zu erkennen.“ Die Vormünder der Kinder und die Wittve des Kaufmanns Wegener hatten nach dem Ableben des Letzteren dem Dörpt. Rath als Waisenbehörde den status activus et passivus des Nachlasseß übergeben, nach welchem sich circa 80,000 Rbl. mehr passiva als activa ergaben. Der Rath glaubte sich, da die Insufficienz der Nachlaßmasse zur völligen Befriedigung aller Creditoren offenbar war, zur Eröffnung des Concurseß ex officio berechtigt. Auf die von Seiten der Erben dagegen erhobene Beschwerde erfolgte nun das oben angegebene Hofgerichtliche Präjudicat. Der Hofg. Abscheid erklärt ferner in seinen rationibus decidendi, daß das Patent vom 22. November 1819 nur so zu verstehen sei, daß jedes gerichtliche auf den Concurß abzielende Einschreiten ohne betreffenden Antrag der Gläubiger oder des Creditors auf Concurßeröffnung ungerechtfertigt sei.

regeln zur Sicherung derselben zu ergreifen. Das Verfahren gestaltet sich aber verschieden, je nachdem die Gläubiger auf die Concurseröffnung antragen, oder der Schuldner selbst seine Insolvenz anzeigt. Im ersten Fall muß, nachdem die Creditoren die Berechtigung ihres Antrages dem Richter wenigstens bescheinigt (Gouvernementsreg.-Patent vom 22. Nov. 1819), dem Schuldner davon Mittheilung gemacht werden. Hat dieser nichts Rechtliches dagegen einzuwenden, so wird sofort dem petitum der Gläubiger gemäß auf die Concurseröffnung erkannt; bestreitet er dagegen seine Insolvenz, so wird er innerhalb bestimmter Frist angewiesen ein genaues Verzeichniß seines Vermögens und seiner Schulden bei Gericht beizubringen, aus welchem sich, nach Beprüfung der Richtigkeit desselben durch den Richter und die Gläubiger, ergeben muß, ob auf die Concurseröffnung zu erkennen sei, oder ob die Creditoren zu separater Verfolgung ihrer Ansprüche zu verweisen seien <sup>15)</sup>.

Von bei weitem größerer praktischer Bedeutung ist jedoch der zweite Fall, wenn nämlich der Schuldner selbst seine Zahlungsunfähigkeit dem Gerichte anzeigt, womit er in der Regel das Gesuch um Ertheilung des *beneficium cessionis bonorum* verbindet. Zugleich mit diesem Gesuche hat der Creditar alle seine ihm bekannten Gläubiger und Schuldner namentlich dem Gerichte aufzugeben und ein genaues Verzeichniß seines beweg-

---

15) Dieser Fall stützt sich auf das gemeine Recht (cf. Bayer Concurspr. § 46), da provinzielle gesetzliche Bestimmungen darüber fehlen. Er ist insofern auch weniger wichtig, als er in der Praxis selten vorkommen wird, weil der einzelne Gläubiger, bevor er gerichtlich auf Concurseröffnung anträgt, stets alle nur möglichen Mittel zu seiner separaten Befriedigung anwenden wird, um den mehr oder weniger großen Nachtheilen eines Concursprocesses zu entgehen. Es wird daher die Mehrzahl der Concursprocesses unzweifelhaft von dem von allen Seiten bedrängten Schuldner selbst provocirt werden. So sind z. B. sämmtliche Concursprocesses des Oörytischen Landgerichtes aus diesem Jahrhundert auf Insolvenzanzeige des Creditars resp. seiner Erben veröffentlicht worden.

lichen und unbeweglichen Vermögens einzureichen, dessen Richtigkeit er eidlich zu bekräftigen hat <sup>16)</sup>.

Schon in früheren Zeiten ist jedoch dieses beneficium cessionis honorum vielfach gemißbraucht worden, indem es fast jedem Schuldner, der darum nachsuchte, ertheilt wurde, und dadurch die Gläubiger in ihren Rechten geschädigt wurden. Um diesem Uebelstande abzuhelpfen, setzte die königlich schwedische Verordnung vom 28. Mai 1687, II § 1 und die königlich schwedische Verordnung vom 14. März 1699 folgende Bedingung für die Ertheilung des beneficii cessionis honorum fest, die noch jetzt gefordert wird <sup>17)</sup>: Es soll nämlich der

16) Königl. schwedische Verordnung vom 28. Mai 1687 sub II § 2, in Buddenbrocks Sammlung der Gesetze Bd. II, S. 1035 zu fin en; Hofgerichts-Constitution vom 11. März 1703: . . . . „Das königl. Hofgericht hat allen und jeden, welche hinführo das cessionis beneficium etwa zu ergreifen sollten necessitiret werden, dieses hiemi kun zu machen vor nöthig gerachte, daß sie gemäß der Königl. Verordnung vom 28. Mai 1687 bei dem ersten Gesuch, da sie sich pro cedentibus angehen, und daß solches ihr Vorhaben, allen ihren Creditoren insägemein, durch einen öffentlichen Ausschlag intimiret werden möge, anhalten, gleich sofort auch einen pertinenten Aufschlag von allen ihren wissentlichen Creditoren und Debitoren mit übergeben; Ingleichen ein richtiges Inventarium, über alle dazu gehörige Schriften, Bücher, Urkunden und Handlungen, dabei einbringen sollen, und zwar also wie sie es auf Erfordern mit einem körperlichen Eyd zu erhalten sich getrauen, daß nicht das geringste von alle dem was aufgeführt, weder von ihnen selbst veräußert oder unterschlagen, noch sie durch andere solches haben thun lassen, und was hochgedachte Königl. Verordnungen de Anno 1687 d. 28. May sonst mehr im Munde führet, allermåßen diejenigen, welche bei diesem Königl. Hofgerichte um ein solch Proclama hinführo anhalten möchten, der deferirung ihres Gesuchs ehe nicht sich zu versehen haben sollen, bevor sie es nach obiger Ihrer Königl. Majestät allgeredhtsamsten Verordnungen gebührend einrichten und beibringen werden.“

17) Hofgerichtl. Appellationsurtheil vom 5. December 1838 sub 5: . . . . „Es ist nicht zu übersehen, daß creditorius, wie von ihm eingeräumt worden, selbst und zwar zum andern Male um das beneficium cessionis honorum angeucht, also nicht von seinen Creditoren zur Abtretung seines Eigenthums gezwungen worden, und daher um so mehr die Requisite zu erfüllen hatte, welche das Gesetz, § 3 der Königl. Resolution vom 28. Mai 1687, als nothwendige Bedingung um der Liberation theilhaftig zu werden

Schuldner nachweisen, daß sein Vermögensverfall ein unver- schuldeter und durch besondere Unglücksfälle wie Feuer, Schiff- bruch, feindliche Invasion und dergl. mehr herbeigeführt ist. Auch sind hiebei nicht die etwaigen Protestationen der Cre- ditoren abzuwarten, sondern der Richter ist schon von Amtes- wegen zur Untersuchung dieser thatsächlichen Voraussetzungen verpflichtet.

Es soll demnach das *beneficium cessionis bonorum* al- len denen nicht ertheilt werden, welche ihre Vermögenszerrüt- tung „durch Verschwendung, Spielen, augenscheinliche Faul- heit, Müßiggang und Verjämniß“ selbst verschuldet haben <sup>18)</sup>.

Ferner schließen die obengenannten königlich schwedischen Verordnungen von dem *beneficium cessionis bonorum* aus:

1) Alle, welche ihr Eigenthum zum Nachtheil ihrer Cre- ditoren veräußert und betrüglicher Weise Geld von Andern geliehen, oder mit fremdem Eigenthum zu entfliehen getrach- tet haben;

2) Diejenigen, welche bei Uebergabe ihres Vermögens- verzeichnisses vorsätzlich etwas verschwiegen oder bei Seite ge- bracht haben;

3) Die zu Geldstrafen für Vergehen Verurtheilten in Betreff derselben, und Personen, welche Eigenthum der Krone angegriffen haben;

---

„erfordert. Es bestehen diese aber darin, daß *debitor communis* zu erwei- sen hat, daß er nicht bloß ohne eigene Schuld, sondern auch durch unglück- liche Zufälle in die nothwendige Lage der Vermögens- Abtretung gerathen. „Mag also *credarius* auch notorisch ein einjegogenes, stillcs Leben geführt „haben, und keine Verschwendung ihm zum Vorwurf gereichen, so müßte er „dennoch um so unerläßlicher auch unglückliche Zufälle nachweisen, als nur „diese ihn rechtfertigen mögen, zur Bestreitung seiner Ausgaben fremdes Ei- „genthum verbraucht zu haben, ohne dasselbe wiedererstaten zu können.“

18) Ueber die criminalrechtliche Verantwortlichkeit eines leichtsinnigen oder falschen Bankerotteurs gelten jetzt die in russischen Strafgesetzbuch (Aus- gabe von 1866) Art. 1163—1188 festgesetzten Bestimmungen.

4) Der Vormund in Beziehung auf die Ansprüche seines Mündels aus der vormundschaftlichen Verwaltung;

5) Administratoren von Kirchen- und Armengeldern, solange sie nicht über ihre Verwaltung befriedigende Rechenschaft abgelegt haben.

Die Wirkungen und Vortheile des *beneficii cessionis honorum*, die sich aber nicht auf etwa vorhandene Bürgen erstrecken (königl. Verord. v. 28. Mai 1687) bestehen: 1) in der Befreiung von persönlichem Arrest<sup>19)</sup> und 2) im Genuß des *beneficii competentiae* (Prov.-Cod. Th. III, Art. 3526).

Die königliche schwedische Verordnung vom 28. Mai 1687, II, § 3 macht jedoch, bei freiwilliger Güterabtretung von Seiten des Schuldners, hinsichtlich der Haftung des künftigen Erwerbers für die durch die Güterabtretung nicht befriedigten Gläubiger einen Unterschied, je nachdem der Erwerb im Anfall einer Erbschaft, oder in einer Schenkung bestand, oder vom Schuldner erarbeitet und verdient worden ist. Bei der Erbschaft genießt der Schuldner nicht das *beneficium competentiae* und soll dieselbe, wenn erforderlich, vollständig zur Bezahlung der alten Forderungen verwandt werden. In Beziehung auf das durch eigene Arbeit und Dienst, sowie durch eine bedingungslose Schenkung Erworbene steht dagegen dem Erbdar das *beneficium competentiae* zu.

Ist der Schuldner aber von seinen Gläubigern zur Abtretung seines gesammten Vermögens gezwungen worden, und hat demnach nicht um dieselbe als ein *beneficium* nachgesucht, so soll er diesen Creditoren gegenüber in Betreff des künftigen Erwerbes von aller Verhaftung befreit sein<sup>20)</sup>.

19) Königl. schwed. Verordnung vom 28. Mai 1687 (siehe *Buddenbrock* Bd. II).

20) Königl. schwed. Verordnung vom 28. Mai 1687 (*Buddenbrock* Bd. II, Seite 1038); *Landlag* pag. 310 note a: „Ist er (Schuldner) aber „zu der Cession gezwungen worden, und darunter ganz kein Betrug vorge-

Das Verfahren, welches jetzt in Folge des Gesuchs des Creditars um Güterabtretung Platz greift, hat sich, gestützt auf eine constante Praxis abweichend vom früheren gesetzlich vorgeschriebenen <sup>21)</sup> wie folgt gestaltet: Nachdem der Schuldner sein mit den erforderlichen Beilagen und Requisiten (cf. oben) versehenes Gesuch bei Gericht eingereicht, erläßt dasselbe sofort das decretum de aperiundo concursu. Die Verhandlungen zwischen dem Creditar und den Gläubigern über die Berechtigung des Ersteren zum Genuß des beneficii cessionis bonorum werden hierauf gleichzeitig mit dem weiteren Fortgang des Concursprocesses nach den Grundsätzen des ordentlichen Civilprocesses fortgeführt und finden im Concursurtheil ihre definitive Entscheidung.

Was schließlich die provisorischen Maßregeln betrifft, welche das Gericht zur Sicherstellung des Vermögens des Creditars bis zur formellen Concursöffnung zu ergreifen hat, so richten sich dieselben nach der Beschaffenheit des concreten Falles und den Anträgen der Interessenten. Vor allen Dingen hat das Gericht, sobald die Insolvenz des Creditars von den Gläubigern bescheinigt oder vom Schuldner selbst angezeigt worden, die sofortige Versteigerung des Mobilienvermögens zu veranstalten, und über den Schuldner den persönlichen Arrest zu verhängen, jedoch ist ihm aus seiner Vermögensmasse der

„laufen, so können auch die Creditores auff ein mehreres, als er schon cediret gehabt, nicht fordern.“

21) Nach dem königlich schwedischen Rescript vom 17. Februar 1696 und der Hofgerichts-Constitution vom 30. März 1696 mußte nämlich, wenn der Schuldner um das beneficium cessionis bonorum nachgesucht hatte, zunächst ein Proclam erlassen werden, in welchem alle Diejenigen aufgefordert wurden sich zu melden, welche etwas gegen die Gewährung des beneficii einzuwenden hatten. Erst nachdem dieser Punct durch ein gerichtliches Erkenntniß entschieden war, wurde dann das eigentliche Concursproclam erlassen. Es hatten daher innerhalb der in letzterem gesetzten peremptorischen Frist sich auch alle Diejenigen zur Anmeldung ihrer Forderungen einzustellen, welche bei dem Streit über die Ertheilung des beneficii unbetheiligt geblieben waren. (cf. auch L. L. pag. 308 nota a.)

Unterhalt zu gewähren (Gouvernementsreg.=Patent vom 22. Novbr. 1819). Ferner kann das Gericht das sonstige Vermögen des Creditors mit Sequester belegen, und an die Schuldner desselben das Verbot der Zahlung, unter Androhung der Ungültigkeit, erlassen; einen Interims=Curator zur Verwaltung des Vermögens ernennen u. dgl. m.

#### § 4. Die Concurseröffnung.

Nachdem die Insolvenz des Schuldners in der im § 3 angegebenen Weise festgestellt worden, erkennt das Gericht mittelst eines Bescheides den Concurseröffnung. Der Inhalt dieses decretum de aperiundo concursu besteht in:

- 1) dem Erkenntniß der Concurseröffnung;
- 2) der Verfügung das Concurserproclam (§ 5) zu erlassen und den Gläubigern aufzugeben sich über die Wahl eines Curators, wenn sie noch keinen in Vorschlag gebracht haben, innerhalb bestimmter Frist (in den kleinen Städten innerhalb 3 Tagen <sup>22)</sup> zu einigen <sup>23)</sup>);

22) Diese Fristbestimmung des Patentes vom 22. Novbr. 1819 kann sich nur auf die kleinen Städte nicht auf die Landgerichte und das Hofgericht beziehen, da sie wegen der gewöhnlichen Entfernung der Gläubiger bei der Concurseröffnung unausführbar wäre; auch ist sie von der Praxis dort nie beobachtet worden.

23) Früher waren die Functionen des Curators und Contradictors stets vereinigt (cf. die Concurseracten bis 1840), und zwar erfolgte die Ernennung in der Person des Fiscals vom Gericht. Durch den Befehl des kgl. Hofgerichts vom 27. Mai 1840 ist — gestützt auf den Senatsukas vom 7. Mai 1840 — die Wahl der Concursercuratoren den Gläubigern überlassen. Seitdem wird nur noch der Contradictor vom Gericht bestimmt (cf. z. B. Arch. N. 4579 des Dörpt. Landgerichtes und Hofg.-Archiv z. B. den Fölkersahmschen Conc. 1849—1858). Der besagte Befehl des Hofgerichtes vom 27. Mai 1840 lautet: „Auf veranlaßte Vorstellung des Hofgerichtes hat Eines dirigirenden Senats erstes Departement in dem Ukas vom 7. Mai d. J. N. 26912 festgesetzt: „daß die durch den Ukas vom 11. December 1834 vorgeschriebene Bestellung des Oberfiscals zum beständigen Curator in allen Concurseracten aufhören zu lassen, und den Gläubigern freizustellen zu dieser Function zu wählen, wenn sie wollen, hierauf auch die Bestimmung der Curatoren in allen bei den Landgerichten anhängigen Nachlaß-

3) Der Ernennung eines Contradictors in der Person eines beeidigten Advocaten <sup>23)</sup>;

4) Der Verfügung den Gemeinschuldner anzuweisen einem genauen status activus und passivus seines Vermögens (falls es nicht schon früher geschehen, cf. Seite 165), binnen vier Wochen bei Gericht einzureichen und denselben eidlich zu bekräftigen <sup>24)</sup>. Nöthigenfalls, wie besonders bei überschuldeten Erbschaften, hat das Gericht durch eine Delegation die Inventur des Vermögens vornehmen zu lassen <sup>25)</sup> und alle Geschäftsbücher und Correspondenzen des Falliten ad depositum judiciale zu nehmen <sup>26)</sup>. In Ansehung der kaufmännischen Bücher soll dann vom Richter „binnen 3 Tagen eine Revision darüber veranstaltet werden, ob alle vorhanden sind, welche gesetzlicher Vorschrift nach von dem Falliten, seinen Gild-Verhältnissen gemäß, zu führen waren, und ob selbige in der Art geführt worden sind, wie ein ordentlicher, redlicher Kaufmann seine Bücher zu führen hat. Wird hierin kein Verschulden vom Richter befunden, so kann bei Zustimmung der Mehrheit der zur Stelle gegenwärtigen Gläubiger die Entlassung aus der Haft gegen Caution, über deren Beschaffenheit jedoch der Richter zu erkennen hat, stattfinden.

„...und Concursachen gegründet, und ebenfalls den Gläubigern überlassen werden müsse, zu dieser Function zu wählen, wen sie wollen“, als welches dem Landgerichte hiedurch zur Nachachtung in vorkommenden Fällen eröffnet wird.“

24) Gouvernementsregierungs-Patent vom 22. November 1813; cf. auch z. N. Arch. N<sup>o</sup> 3793 des Dörpt. Leg.

25) Hofgerichts-Constitution vom 31. August 1818 sub 1: „Es soll „hinkünftig in Nachlaß- und Concursachen den erlassenen Convocations- und Concurs-Proclamen eine, so weit möglich, vollständige Anzeige des Bestandes der Concurs- und Nachlaßmasse mit dem nöthigen Vorbehalt dessen, so künftig noch zur Masse gewonnen werden dürfte, inserirt werden, und „hat daher jede zur Verhandlung solcher Sachen nach ihrer Competenz geeignete Behörde darauf zu sehen, daß der Activ-Bestand der Massen sogleich nach entamirter Sache ausgemittelt und ad inventarium genommen werde.“

26) Gouvernementsregierungs-Patent vom 22. November 1819.

Wenn aber keine in obgedachter Art geführten Bücher vorgefunden werden, oder wenn der Fallite seine Handelsberechtigung überschritten, so vermag keine Bürgschaft den Schuldigen von der Haft zu lösen und hat der Richter wegen solcher Verschuldung sofort ein inquisitorisches Verfahren einzuleiten<sup>27)</sup>.

Die Wirkung der Concurseröffnung durch das decretum de aperiundo concursu äußert sich:

1) Zunächst darin, daß dem Creditar die Detention des nach Th. I, § 2 zur Concurssmasse gehörigen Vermögens, -- soweit sie nach Th. II § 3 durch provisorische Maßregeln nicht schon früher modificirt worden, -- sowie die Dispositionsbefugniß über dasselbe entzogen wird und auf den curator bonorum unter Controlle der Gläubiger und des Gerichts übergeht. Der Schuldner ist daher nicht mehr zur activen und passiven gerichtlichen Vertretung dieses Vermögens befugt, und sind letztwillige Verfügungen über dasselbe, sowie alle der Masse nachtheiligen Veräußerungen rescissibel. Die Folge solcher in fraudem creditorum vorgenommenen Veräußerungen ist, -- wenn sie gegen ein ausdrückliches gerichtliches Verbot erfolgten, -- unbedingte Nichtigkeit (Prov.=Cod. Th. III, Art. 956); lag dagegen ein solches Verbot nicht vor, so können sie von dem curator bonorum, oder auch von einem der Gläubiger durch die ganz den gemeinrechtlichen Grundsätzen unterliegende actio Pauliana angestritten werden. Ebenso verliert der Schuldner auch seinen Gläubigern gegenüber die Dispositionsbefugniß über das zur Masse gehörige Vermögen, so daß Zahlungen oder Ingrossationen ungültig sind, welche er, aus Bevorzugung Einzelner, nach eröffnetem Concurse, oder auch nachdem seine Zahlungsunfähigkeit notorisch bekannt geworden ist, vorgenommen hat<sup>28)</sup>. Gehören aber

27) Gouvernementsreg.-Patent vom 22. November 1819 § 3 u. § 9.

28) Lanblag pag. 142 nota e: „Siebey ist doch zu observiren, daß die Inprotocollirung, so jemand nach des Debitoris Absterben, und nach-

zur Concursmasse Immobilien, die der Schuldner schon vor Eröffnung des Concurfes verpachtet oder vermietet hatte, ohne daß dadurch eine alienatio in fraudem creditorum beabsichtigt worden, so besteht der Pacht- oder Miethcontract nur bis zu der im Laufe des Concursprocesses nothwendig werdenden Veräußerung des Immobiliis fort (Prov.-Cod. Th. III, Art. 4129); der Pächter oder Miether hat aber das Recht sich wegen seines durch die vorzeitige Auflösung des Contractes begründeten Ersatzanspruches im Concursprocess zu melden (Prov.-Cod. Th. III, Art. 4126). War jedoch der Pacht- oder Miethcontract in die Hypothekenbücher eingetragen, so bleibt er trotz des Concurfes über das Vermögen des Verpächters oder Vermieters unangetastet bestehen, nur tritt die Concursmasse in die Rechte des Creditors ein und kann dieselbe mithin auch eine Veräußerung des betr. Immobiliis vornehmen, ohne jedoch dadurch die Rechte des Pächters oder Miethers zu schädigen (Prov.-Cod. Th. III, Art. 4129 und 4126). Hatte dagegen der Creditor ein Mobil gepachtet oder gemietet, so sind weder seine Gläubiger noch der Verpächter oder Vermietter an eine Kündigungsfrist gebunden oder zur Fortsetzung des Vertrages verpflichtet (Prov.-Cod. Th. III, Art. 4130). Hatte der Creditor vor Eröffnung des Concurfes ein ihm gehöriges Mobil in Pfandbesitz gegeben, so muß der Pfandgläubiger dasselbe sofort an die Concursmasse herausgeben und kann seine Befriedigung nur in der dritten Classe der Concursgläubiger erwarten (Prov.-Cod. Th. III, Art. 1498 und Art. 1526). Hievon macht der sog. Erbpfandbesitz eine Ausnahme, indem ein vom Creditor oder dessen Rechtsvorgänger in Erbpfandbesitz

„dem es öffentlich kund worden, daß die Schulden sich höher, als sein Eigenthum erstrecken, hat geschehen lassen, ganz kein Vorzugs-Recht mit zu Wege bringet. Von welcher Beschaffenheit auch seynd die Inprotocollirungen, welche nachdem der Debitor wissentlich (notorie) fallit geworden, und sich unsichtbar gemacht, bewerkstelliget werden“. cf. auch Prov.-Cod. Th. III, Art. 1572.

gegebenes Immobil nur nach Ablauf der Pfandjahre und gegen Erstattung des Pfandschillings von der Concurssmasse förmlich eingelöst werden kann (Prov.-Cod. Th. III, Art. 1562).

2) Mit dem Moment der Concurseröffnung tritt in der Stellung des Creditors seinen bisherigen Gläubigern und Schuldern gegenüber eine wesentliche Veränderung ein. Erstere sind nicht mehr befugt ihre Ansprüche *separatim* zu verfolgen, sondern sind an den Gang des Concurssprocesses gebunden; es cessiren daher auch während der Dauer desselben alle Executionen und Sequestrationen gegen den Schuldner, selbst in Betreff des *durante concursu* von demselben erworbenen Vermögens<sup>29)</sup>; auch werden die beim Ausbruch des Concursses schon anhängigen Executionen inhibirt und die Impetranten zur Verfolgung ihrer Ansprüche an das betreffende Concurssgericht verwiesen. Ebenso tritt den Schuldnern des Creditors gegenüber, — wenn nicht schon früher Zahlungsverbote an sie erlassen waren (Th. II § 3), — mit der Concurseröffnung der curator bonorum als Vertreter der Masse in die Rechte des Creditors ein, so daß fortan Zahlungen nur gültig an den Curator, oder *ad depositum judiciale*, geleistet werden können.

3) Während der Dauer des Concursses, gerechnet vom Eröffnungsdecret, werden den Gläubigern, — mögen ihre Forderungen auch noch so gut locirt sein, — keine Zinsen gezahlt<sup>30)</sup> oder in Anrechnung gebracht, es sei denn, daß die Masse zur Befriedigung aller Capitalforderungen hinreicht und noch ein Ueberschuß nachbleibt, aus welchem dann allerdings auch die Zinsen zu berichtigen sind. Von dieser Regel sind ausgenommen: a) das Creditsystem; b) solche Pfandforderungen, wo die Hypothek ausdrücklich auch für die Zinsen be-

29) Siehe die sub 4 und 7 angeführten Präjudicate.

30) cf. z. B. Urtheil des Hofgerichts vom 29. Februar 1868 und Urtheil des Hofgerichts im Fölkersahmschen Concurse 1849—58, so wie auch Ernatsukas vom 8. October 1835 im Dettingenschen Concurse.

stellt ist; c) Forderungen, für die schon vor Eröffnung des Concurſes gerichtliche Inmiſſion erlangt worden<sup>31)</sup>. In dieſen drei Fällen laufen die Zinſen auch während des Concurſes fort und werden mit der Capitalforderung in gleicher Stelle locirt.

Die Wirkungen des Eröffnungsdecrets können inhibirt werden durch Ergreifung eines ſuſpenſiven Rechtsmittels von Seiten eines der Interessenten, ohne jedoch dadurch proviſoriſche Sicherheitsmaßregeln auszuschließen.

### § 5. Das Concurſproclam.

Gleich nach Decretirung des Concurſes beſorgt das Gericht die Ausfertigung des Concurſproclams. Als weſentlicher Inhalt deſſelben erſcheint:

1) Die Bekanntmachung der geſchehenen Decretirung des Concurſes, der gewöhnlich die Angabe der Veranlaſſung, — ob auf Antrag der Gläubiger oder auf Bitte des Schuldners, — vorangeht.

2) Die Aufforderung an alle, welche Forderungen oder ſonſt, aus irgend einem Grunde, rechtliche Ansprüche an den Creditar zu haben vermeinen, ſich in der peremptoriſchen Friſt von 6 Monaten a dato<sup>32)</sup> des Proclams mit ihren Anforderun-

31) Schon der Rudberg-Schradersche Landrechtsentwurf erkennt dieſes Recht der Immiſſarii ausdrücklich an und hat auch die Praxiſ dieſen Grundſatz beſtätigt. (cf. z. B. Arch. N<sup>o</sup> 3750 des Dörpt. Bd.)

32) Von dieſer Friſtbeſtimmung machen auch ſolche Nachlaſſachen, wo die Erben nach dem Tode ihres Erblassers um Eröffnung des Concurſes über das Vermögen deſſelben nachſuchen, oder die Erbschaft wegen Ueberſchuldung ausſchlagen keine Ausnahme (cf. z. B. Arch. N<sup>o</sup> 3882 und N<sup>o</sup> 4579 des Dörpt. Bd.). Samſon, welcher Th. II S. 109 Anm. 1 anderer Anſicht iſt, belegt dieſelbe weder durch geſetzliche Beſtimmungen, noch durch die Praxiſ. Wie mir ſcheint, verwechſelt er daſ bei Erbschaften übliche Nachlaſſproclam (Prov.-Cod. Th. III, Art. 373, 2597, 2451, 2452 u. 2619) mit dem hier in Rede ſtehenden Concurſproclam über Nachlaſſenſchaften. Das Erſtere hat zum Zweck etwa unbekannte Erben und Erbschaftsgläubiger zu ermitteln, um den bereits bekannten Erben gegen ſpättere Ansprüche zu

gen, unter Beibringung ihrer fundamenta actionum, zu melden, mit der ausdrücklichen Verwarnung: daß nach Ablauf dieser peremptorischen Frist alle innerhalb derselben nicht angemeldeten Forderungen als von diesem Concurse ausgeschlossen angesehen werden sollen<sup>33)</sup>.

3) Die Anweisung an alle diejenigen, welche dem Creditar Zahlung zu leisten oder Sachen desselben abzuliefern haben, solches jezt an den Curator oder das Gericht zu thun, — bei Androhung einer Strafe im Fall des Ungehorsams.

4) Anzeige des Bestandes der Masse zur Zeit der Concurseröffnung mit Vorbehalt dessen, was etwa während des Concurses noch hinzukommen sollte. Es soll demnach das Proclam nicht früher erlassen werden, als bis der Activ-Bestand der Masse inventarisiert und genau festgestellt worden ist<sup>34)</sup>. Ergiebt sich dabei, daß derselbe die Summe von 150 Rbl. S.=M. nicht erreicht, so soll der Masse sofort das Armenrecht erteilt werden, so daß sie in Folge dessen nicht allein von der Entrichtung der Kronsabgaben und Kanzelleigebühren befreit wird, sondern auch curatores honorum und einen contradictor ex officio erhalten soll<sup>35)</sup>. Vermindert sich aber

---

sichern. Das Zweite dagegen wird vom Gericht auf Antrag der Gläubiger oder Erben, zum Zweck der Befriedigung der Ersteren auf dem Wege des Concursprocesses, erlassen.

33) Im Hofgerichte und den Landgerichten des lettischen Livlands folgen auf diese 6-monatliche Frist noch jezt zwei Aclamationen zu je 6 Wochen. In den Landgerichten des estnischen Livlands und beim Magistrat der II. Städte kamen am Anfang dieses Jahrhunderts auch Aclamationen vor und zwar bei Ersteren 3 zu je 10 Tagen, bei Letzterem 3 zu je 14 Tagen. In der neueren Praxis dieser Behörden findet sich jedoch keine Spur mehr davon.

34) Hofgerichts-Constitution vom 31. August 1818 sub 1 siehe auf Seite 171 sub 25.

35) Hofgerichts-Constitution vom 31. August 1818 sub 2: „Denjenigen Concur- und Nachlassmassen, deren Activ-Bestand dem gelegten Inventario zufolge und nach richterlicher Würdigung unter Einhundertfünfzig Rbl. S.=M. geschätzt würde, soll sogleich und möglichst bei entamirter Verhandlung das Armen-Recht concedirt werden, dergestalt, daß sie nicht „blos von Entrichtung der Kronsabgaben und Kanzelleigebühren befreit sind,

die Masse während der Dauer des Concurzprocesses bis zu 150 Rbl. S.-M., so ist ihr gleichfalls von dem Moment an das Armenrecht zu gewähren<sup>36)</sup>.

5) Schließlich erscheint es nothwendig, da die Wahl des curator bonorum den Gläubigern zusteht (cf. Th. II § 4 sub 23), denselben aufzugeben, — wenn sie sich nicht schon während des präparatorischen Verfahrens darüber geeinigt haben, — längstens innerhalb der Proclamsfrist curatores bonorum in Vorschlag zu bringen. Nöthigenfalls ernennt das Gericht bis dahin einen Interimscurator.

Die Veröffentlichung dieses Proclams erfolgt gewöhnlich in den localen Zeitungen, namentlich aber in der Gouvernements-Zeitung, in den größeren Residenz-Blättern und, je nach den Umständen, wenn das Gericht es für nothwendig erachtet, auch in den Gouvernements-Zeitungen anderer Provinzen und in ausländischen Blättern. Außerdem versenden die Landgerichte Exemplare der Proclame über die bei ihnen zu verhandelnden Concurse an das Hofgericht und die übrigen Landgerichte, das Hofgericht aber an die Landgerichte, die Gouvernementsregierung, das livl. Collegium allg. Fürsorge und wenn es erforderlich erscheint auch an die höchsten Gerichtsbehörden anderer Gouvernements, um sie in loco publico affigiren zu lassen. Im Fall zur Concurzmasse auch der livländischen adligen Creditsocietät verpfändete Güter gehören, ist ein Exem-

---

„sondern auch Curatores bonorum und Contradictores ex officio zugelegt erhalten.“

36) Hofgerichts-Constitution vom 9. März 1836: . . . . „vergeschrieben: nicht allein alle diejenigen Massen, welche gleich anfangs von geringerem Betrage als 150 Rbl. S.-M. befunden werden, das Armenrecht genießen zu lassen, und sowohl von Canzelleiunkosten als auch vom Honorar des Curators und Contradictors zu befreien, sondern überhaupt allen Massen, wenngleich ihr Bestand diese Summe übersteigt, keinesfalls durch dergleichen Kosten oder Honorar unter den Betrag von 150 Rbl. S.-M. vermindert, vielmehr, sobald sie bis dahin verringert sind, das Armenrecht mit Befreiung von jeglichen Canzellei- und Honorar-Kosten genießen zu lassen.“

plar des Proclams der Oberdirection der Creditsocietät zur Wissenschaft zuzuschicken<sup>37)</sup>. — Außer dieser öffentlichen Bekanntmachung ist eine specielle Notification an alle bekannten Gläubiger, — mit Ausnahme des eben erwähnten Falles der Creditsocietät, — nach livländischem Landrecht nicht üblich.

In Folge dieses Concurßproclams haben sich alle diejenigen Gläubiger des Creditars innerhalb der peremptorischen Frist zu melden, welche den Passiv=Bestand der Concurßmasse bilden, und außerdem noch alle diejenigen, welche aus irgend einem Rechtsgrunde herrührende Ansprüche an den Creditar haben<sup>38)</sup>, also, — abweichend vom gemeinen Recht, — auch die Vindicanten und Separatisten (cf. Th. II, § 5, 2). Es erscheint dieses als bedeutender Vorzug des provinciellen Concurßprocesses vor dem gemeinrechtlichen, da dadurch die raschere Ermittlung des Effectivbestandes der Masse erleichtert wird. Die Vindicanten und Separatisten sind jedoch durch diese Meldung nicht an den weiteren Gang des Concurßprocesses gebunden, sondern führen ihre resp. Vindications= und Separationsprocesses mit den Vertretern der Masse ganz unabhängig vom Concurßverfahren nach den Regeln des ordentlichen Civilprocesses.

Nicht verpflichtet zur Meldung innerhalb der Proclamsfrist sind:

1) Diejenigen, welche aus einem Rechtsgeschäft mit dem curator honorum, oder dem Corps der Gläubiger, Forderungen erworben haben, da in diesem Fall nicht allein die Masse

37) Allerhöchst bestätigtes Reglement der livländischen adligen Creditsocietät Punct 3: „Jede Gerichtsbehörde des Rigischen Gouvernements, welcher ein Verzeichniß der verbundenen Güther nach dem § 38 des Reglements von der Ober=Direction zugestellt wird, ist verpflichtet, alle von der Behörde zu erlassende Praclamata, welche die angezeigten verbundenen Güther betreffen, der Ober=Direction abschriftlich mitzutheilen.“

38) Natürlich vorausgesetzt, daß sie schon vor der Concurßöffnung begründet waren.

vor Befriedigung der eigentlichen Concursgläubiger, sondern eventuell diese selbst mit ihrem sonstigen Vermögen verhaftet bleiben. (cf. Bayer Concurspr. § 50.)

2) Die sog. Massengläubiger. Dahin gehören: a) Personen, welche von zur Concursmasse gehörigen Grundstücken Realkaften zu fordern berechtigt sind. Es übernimmt hier „die Concursmasse die Erfüllung der laufenden Leistungen“; (Prov.-Cod. Th. III, Art. 1307) und b) die durch den Concur veranlaßten Gerichtskosten, Zeitungsbekanntmachungen, Honorarzählungen für den Curator und Contradictor, und dgl. mehr, da diese Forderungen nicht aus einem Rechtsverhältniß zum Creditar, sondern zur Concursmasse entstanden sind. (cf. auch v. Bunge in den theoretisch=practischen Erörterungen Bd. I, S. 38 fg.)

3) Das berechnigte Subject einer Servitut, da das verpflichtete Subject nicht der Creditar, sondern das dienende Grundstück ist, daher das Recht zur Ausübung durch Veränderung in der Person des Eigenthümers des Letzteren nicht verändert wird (Prov.-Cod. Th. III über die Servituten).

## § 6. Die Verwaltung der Concursmasse<sup>39)</sup>.

Während der Dauer des Concurprocesses wird die Masse in der Regel durch einen curator honorum unter Controлле der Gläubiger und des Gerichtes verwaltet. Letzteres ist in dieser Beziehung nicht an die Verhandlungsmaxime gebunden, indem es, ohne die Anträge der Interessenten abzuwarten, ihm bekannt gewordene Unordnungen in der Verwaltung auch ex officio zurecht zu stellen hat, und nimmt dasselbe in Beziehung auf die Administration dem Curator gegenüber eine den Vor-

---

39) Eine erschöpfende Angabe des curatorischen Wirkungskreises kann hier nicht beabsichtigt werden, da derselbe je nach der Verschiedenheit des concreten Falles einen größeren oder kleineren Umfang haben muß.

mundschaftsbehörden analoge Stellung ein<sup>40)</sup>. — Die Anstellung der Curatoren erfolgt, nach Wahl der Gläubiger (Ch. II, § 4 und 5), durch Ausfertigung des gerichtlichen constitutorii. Fähig zur Uebernahme dieses Amtes sind, — natürlich mit Ausnahme des Erbindars, — alle Personen, deren Handlungsfähigkeit nicht beschränkt ist; ausgeschlossen sind daher alle unter Vormundschaft und Curatel stehende Personen. — Je nach dem Umfang des zu verwaltenden Vermögens werden von den Gläubigern ein oder mehrere Concurscuratoren gewählt; letzteres ist besonders der Fall, wenn Immobilienvermögen vorhanden ist, welches in verschiedenen Kreisen oder Gouvernements belegen ist.

Der Curator hat alle zur Erhaltung und Klarstellung der Masse erforderlichen Maßregeln zu ergreifen. Zu diesem Zweck ist er verpflichtet die zur Verwaltung nothwendigen Leute zu engagiren, unsichere Forderungen der Masse womöglich beizutreiben, über die während des Concurse einlaufenden Gelder bei Gericht Anträge zu ihrer möglichst zweckmäßigen und vortheilhaften Anlegung bis zur Beendigung des Concurse zu machen. Das Gericht hat jedoch solche Capitalien nur gegen genügende Sicherheit auszuliehen, die wenigstens darin bestehen muß, daß das Darlehn schon durch die ersten  $\frac{2}{3}$  des Werthes der Hypothek gedeckt und gesichert erscheint. Gliedern und Beamten des Gerichtes ist es jedoch unter allen Umständen untersagt Anleihen aus der Masse zu machen<sup>41)</sup>. Veräußerungen

40) Reichsrathsgutachten vom 29. Juli 1839, publicirt durch Gouvernementsregierungs-Patent N<sup>o</sup> 58, 1339.

41) Hofgerichts-Constitution vom 31. October 1818 sub 11: „Es soll den Gliedern und Beamten der Behörde schlechterdings untersagt sein „aus den bei Gericht deponirten Concur-, Nachlaß-, Pupillen- oder anderen „Geldern Anleihen zu machen, auch sollen letztere an andere Personen nur „gegen ein angemessenes Unterpfand und nach gerichtlicher Bestätigung der- „gestalt bewilligt werden, daß das Darlehn wenigstens innerhalb den ersten „zwei Dritttheilen des Werthes der Hypothek besichert erscheine.“

ist der Curator ohne Genehmigung des Gerichts nur soweit vorzunehmen berechtigt, als sie nothwendig zur Administration gehören, z. B. den Verkauf der auf den Massegütern erzielten Früchte. Sind jedoch diese Güter der livländischen adligen Creditsocietät verpfändet, so tritt, bis zum Verkauf derselben, eine Sequesterverwaltung nach Anordnung der Creditsocietät ein, so daß, nach Abzug der dem Creditsystem zukommenden Zinsen, der Ueberschuß der Revenüen dem Concurtsgericht zugestellt wird<sup>42)</sup>. Bei der Abschließung aller wichtigeren Verträge, wie namentlich Pachtverträge, ist der Curator an die Zustimmung des Gerichts gebunden. Er ist auch verpflichtet, so oft das Gericht es verlangt über die von ihm vorgenommenen Verwaltungshandlungen Rechenschaft abzulegen<sup>43)</sup>.

42) Punct 6 des Allerhöchst bestätigten Creditreglements; Befehl des Hofgerichts vom 21. Decbr. 1856, in Arch. N<sup>o</sup> 4579 des Dörrt. Bd.: „In Veranlassung des über den Nachlaß des weiland Immoferischen Pfandhalters Michelson den öffentlichen Blättern inserirten landgerichtlichen Concurtsproclams vom 9. November 1856 sub N<sup>o</sup> 932, hat die livländische Credit-Oberdirection . . . . dieses Hofgericht in Grundlage der Eingangspuncte des livl. Creditreglements und insbesondere des 6. Punctes, um Beauftragung des Landgerichts zur sofortigen Uebergabe des restirenden Guths Immofer in die reglementsmäßige Sequester-Verwaltung der estnischen Districts-Direction requirirt. — Wenn nun bei den dem Creditsystem verhafteten Gütern im Falle einer Restanz deren vom Creditsystem durch die betreffende Credit-Direction verfügt: Sequestration keineswegs verhindert werden darf, auch andernteils den Gerichtsbehörden das Einschreiten mit Executivmaßregeln in dergleichen Güter nur durch die örtliche Credit-Direction gestattet ist; als wird das obgenannte Landgericht desmit- telst darauf aufmerksam gemacht, daß, unbeschadet der von demselben bestellte Concurtscuratel, die in dieser Concurtsache, als in einer species executionis, von dem Landgerichte etwa verfügte executiv Administration besagten Concurtsgutes reglementsmäßig nur durch die estnische Districts-Direction zur Ausführung gebracht werden kann.

43) Hier würde eine strengere Durchführung des gemeinrechtlichen Grundsatzes: daß der Curator zu jährlicher Rechenschaftsablegung verpflichtet ist, in der Praxis der Gerichte wünschenswert erscheinen. Auch würde sich diese Maßregel durch das in analogen Verhältnissen, z. B. bei Erbschaftscuratelen, Vorgeschiedene rechtfertigen lassen. Sowohl den Gläubigern als auch dem Gericht würde dadurch die Controüe und der Ueberblick wesentlich erleichtert werden.

Der Curator hat nicht allein Anspruch auf Ersatz der von ihm für die Masse gemachten Auslagen, sondern kann auch ein nach richterlichem Ermessen zu bestimmendes Honorar für seine Mühwaltung verlangen. Er darf aber, ohne Vorstellung wichtiger gesetlicher Gründe und Überprüfung derselben durch das Gericht, während der Dauer der Verwaltung der Masse von seinem Amte nicht entlassen werden<sup>44)</sup>. Seine Entlassung wird er jedoch in der Regel nach Fällung des Concursturtheils erhalten, da dann die Masse durch Auction der Mobilien und Subhastation der Immobilien bereits flüssig gemacht sein muß.

#### § 7. Die Anmeldung und Präclusion der Forderungen.

Die innerhalb der Proclamsfrist anzumeldenden Forderungen (Th. II, § 5) müssen von den betreffenden Creditoren entweder persönlich, oder durch gehörig legitimirte Stellvertreter ad acta gebracht werden, und zwar ist es dabei bei den Unterbehörden gestattet die exhibita sowohl mündlich kostenfrei ad protocollum zu verlautbaren<sup>45)</sup>, als auch durch eingereichte Schriftsätze actenfundig zu machen. Letztere müssen aber ganz nach den für den ordentlichen Civilproceß gültigen Regeln, auch hinsichtlich des Stempelpapiers, abgefaßt werden. Wenn auch nicht unbedingt nothwendig, so doch in hohem Grade zweckmäßig erscheint es zugleich mit der Angabe der Forderung auch die fundamenta und Beweismittel derselben, wenn sie in Documenten bestehen, in beglaubigter Abschrift einzureichen, da auf diese Weise das Liquiditätsverfahren we-

44) Reichsrathsgutachten vom 29. Juni 1839, publicirt durch Gubernementsreg.-Patent N<sup>o</sup> 56, 1839.

45) Hofgerichts-Constitution vom 31. August 1818 sub 3: „Es soll bei den Unterbehörden in allen Fällen, besonders aber in vorgedachten“ (sub 2 der Constitution angeführten, siehe Seite 176) „geringfügigeren Concur- und Nachlasssachen allezeit unverwehrt sein, ihre Angaben und Anträge persönlich oder per mandatarios kostenfrei ad protocollum zu verlautbaren.“

sentlich vereinfacht und somit die Kosten des Processes verringert werden. (cf. auch Th. II, § 5, 2.) Wird von einem Exhibenten während der Proclamfrist ein formwidriger Schriftsatz eingereicht und vom Gericht nicht zurückgewiesen, so schützt ihn diese Annahme vor der etwa später vom Contradictor geltend gemachten exceptio praeclusionis, und wird die Frist als beobachtet angesehen <sup>46</sup>).

Die im Concursproclam angedrohte Präclusion aller innerhalb der 6-monatlichen Frist nicht angemeldeten Forderungen tritt jedoch nicht ipso jure ein, sondern setzt immer erst einen darauf bezüglichen Bescheid des Gerichts voraus <sup>47</sup>). Es sind

46) Querel-Bescheid des Hofgerichts vom 7. December 1832 in Sachen des Wold. Martinson contra seine geschiedene Frau: . . . . „Es mügte jedenfalls, sollte der Mangel gerügt werden, die unsförmliche Schrift nicht entgegen genommen, sondern mit der erforderlichen Verweisung auf die geschlichen Vorschriften dem rechtsunkundigen Querulanten sofort von der Canzellei retradit, dadurch aber Gelegenheit gegeben werden den leicht zu beseitigenden Mängeln abzuhefen und den Präclusivtermin einzuhalten, keinesfalls aber über ihn die Präclusion ausgesprochen werden durfte, war einmal das Exhibitum angenommen und an die Behörde gelangt, wie hiemit auch übereinstimmend von Einem dirigirenden Senat erkannt, und das Hofgerichtliche Verfahren genehmigt worden.“ — Die verba decisiva des Querel-Bescheides lauten: „Daß bei beobachteten Formalien die querulantische Beschwerde auch im Wesentlichen zu befätigen, und demnach, mit Aufhebung decreti a quo des Dörptischen Landgerichts Bescheides vom 1. Febr. d. J. N<sup>o</sup> 218, Querulata mit ihrem sub prod. d. 4. December 1831 exhibirten Präclusionsanbringen ab- und dagegen anzuweisen sey, auf Querulantis exceptivisches Verfahren in anderweiter Frist von zehn Tagen von Erhalt des oberrichterlichen Erkenntnisses bei 10 Abl. Wön elidendo zu verfahren.“

47) Hofgerichtliches Urtheil, in Appellationsfachen der Wäuerleschen Erben contra den contradictor im Schuchschen Concurs, vom 18. Jan. 1851: „Es fragt sich, ob die Präclusion der unangemeldet gebliebenen Ansprüche auf einen früheren Zeitpunkt, als den der Eröffnung des Präclusionsbescheides zurückgesetzt werden darf?“ Soll mit dem Ablauf des Proclam schon ipso jure Präclusion eintreten, so ist einleuchtend, daß es alsdann einer weiteren Schließung des aditus durch den Präclusionsbescheid garnicht bedürfte und daß vielmehr in diesem Bescheide ein logischer Fehler läge, indem das schon Präcludirte abermals, und zwar von einer späteren Frist ab, präcludirt wird. Da aber der Präclusionsbescheid nicht eine müßige, alles

daher auch nach Ablauf des Proclams, jedoch vor Eröffnung des Präklusivbescheides geltend gemachte Forderungen als nicht präcludirt und noch rechtzeitig angemeldet anzusehen. Aus diesem Grunde liegt es offenbar im Interesse der Masse, daß der Präklusivbescheid möglichst bald nach Ablauf des Proclams erlassen werde, und ist daher der curator bonorum für eine Verzögerung oder Unterlassung des darauf abzielenden Antrages besonders verantwortlich zu machen. Die rechtskräftige Präclusion besteht jedoch, — der Natur der Sache nach und gemäß dem Wortlaute des Proclams (cf. Th. II § 5), — nicht in dem vollständigen Verlust der nicht rechtzeitig angemeldeten Forderungen, sondern nur in dem Ausschluß von der Theilnahme an dem in Rede stehenden Concurse <sup>48)</sup>. Der präcludirte Creditor kann daher zum Zweck seiner Befriedigung sich an alles nicht zur Masse gezogene dem Creditor gehörige oder von ihm neu erworbene Vermögen halten, soweit dasselbe überhaupt rechtlich angreifbar erscheint <sup>49)</sup>. Gegen die rechtskräftige Präclusion ist, — wenn die allgemeinen Voraussetzungen dafür vorhanden sind (Prov.=Cod. Th. III, Art.

Sinnes und Zweckes baare Formel, sondern eine wesentliche und notwendige Epoche des Edictalprocesses sein soll, so folgt hieraus von selbst, daß aditus in der That erst dann geschlossen ist, wann der Präclusionbescheid diese Schließung ausspricht, und daß also nicht präcludirt sein kann, was vor Schließung des aditus, und sei es auch nach Ablauf des Proclams, angemeldet worden ist.“ — cf. auch schon das Concursurtheil des Dörrpfschen Rathes vom 29. October 1832 in Arch. Nr. 7795. Auch die ältere Praxis bestätigt wenigstens darin das eben angeführte Hofgerichtliche Präjudicat, daß stets ein Präclusionbescheid erlassen worden ist. — Samson, welcher behauptet, daß die Präclusion ipso jure eintrete, stützt diese Ansicht weder auf gesetzliche Quellen, noch auf die Praxis.

48) Bei den Vindicanten und Separatisten muß sich die Wirkung der Präclusion im Verlust des Vindications- und Separationsrechtes äußern, und stehen sie mit ihrem Erfasanspruch an den Creditor den anderen präcludirten Gläubigern gleich.

49) So kann der präcludirte Gläubiger z. B. die 3/4 der Gage des Schuldners, welche nach Abzug des zur Concursmasse gezogenen Dritttheils demselben verbleiben (Th. I, § 2), zu seiner Befriedigung nicht in Anspruch

3088—92), — ein Restitutionsgesuch nach den Regeln des ordentlichen Civilprocesses statthaft.

Der Praxis nach ist der Inhalt des Präclusivbescheides folgender: 1) Der aditus wird geschlossen, und die nicht angemeldeten Forderungen werden für präcludirt erklärt; 2) Wird verfügt die ordnungsmäßig ad acta gebrachten exhibita dem Contradictor, — bei Androhung einer Pön, — zur Erklärung binnen bestimmter Frist zuzufertigen. — Durch diesen Präclusionsbescheid findet der erste Abschnitt des Concurssprocesses seinen Abschluß; doch wird zugleich auch durch die in demselben enthaltene Verfügung der Zufertigung der exhibita an den Contradictor der Uebergang und die Einleitung zum darauf folgenden Liquidationsverfahren hergestellt.

## Abschnitt 2. Das Liquidationsverfahren und das Concursurtheil.

§ 8. Erklärung des Contradictors auf die exhibita.

Die Prüfung der Richtigkeit der angemeldeten Forderungen und die correcte Durchführung der einzelnen Liquidationsproceffe ist die Aufgabe und Pflicht des gerichtlich bestellten (Th. II, § 4, 3) Contradictors. Die Eröffnung dieses Verfahrens geschieht durch Zufertigung aller exhibita an den Contradictor zur Erklärung binnen bestimmter Pönalfrist (§ 7). Leistet er hierauf diesem ersten gerichtlichen injuncto nicht Folge, so wird dasselbe bei doppelter Pön wiederholt, und schließlich bei nochmaligem Ungehorsam zum dritten und letzten Mal, sub poena praeclusi, demselben aufgegeben sich zu erklären, — unter der ausdrücklichen Androhung des Schaden-

---

nehmen, da nur  $\frac{1}{3}$  des jährlichen Gehaltes überhaupt angreifbar ist, und dieses von der Masse bereits eingezogen worden. Dagegen haftet ihm wohl  $\frac{1}{3}$  der nach Eröffnung des Concursses von dem Creditur zu beziehenden jährlichen Gage, da dieses Drittheil nicht zur Masse gehört, im Uebrigen aber den Angriffen der nicht am Concurssproceß theilnehmenden Gläubiger offen steht.

ersages für die durch seine culpa den Interessenten verursachten Nachtheile. Jedensfalls wird aber auch den in hohem Grade dabei beteiligten Gläubigern, so wie auch dem wegen seiner Haftungspflicht nach dem Concurse dabei interessirten Creditar diese Präklusivfrist des Contradictors bekannt gemacht werden müssen, damit sie noch rechtzeitig zu interveniren im Stande sind. — Gibt dagegen der Contradictor die ihm demantirte Erklärung ab, so geschieht dieses in der Regel in einer Sagschrift. Der Inhalt derselben richtet sich nach der Beschaffenheit der einzelnen exhibita. Unstreitig liquide Forderungen hat er demgemäß sofort anzuerkennen, wogegen solche, die noch durch nichts documentirt worden, bis auf Weiteres von ihm zu bestreiten, oder wo erforderlich die geeigneten Einreden vorzuschützen sind. Der Contradictor hat sich in diesem seinem Verfahren ganz nach den Regeln des ordentlichen Civilproceßes zu richten, nur kann er, der Natur der Sache und der Praxis gemäß, von den Exhibenten nicht die sonst im ordentlichen Proceß dem Kläger obliegenden Proceßcautionen verlangen. Ebensovienig berechtigt ihn die Anmeldung einer noch nicht fälligen unbedingten Forderung zum Vorschützen der *exceptio plus petitionis tempore*, da das Concursproclam seinem Inhalte nach eine Kündigung erzwingt. Bei bedingten Forderungen ist er zur Vorschütung der *conditio* allerdings verpflichtet, jedoch mit der Wirkung, daß, wenn dem Anspruch sonst nichts Rechtliches entgegensteht, im Concursurtheil, falls die Bedingung dann noch schwebt, eventuell auch über diese Forderung erkannt werden muß. (cf. auch Bayer, Concursproceß § 59.)

Der Contradictor hat übrigens bei seiner Erklärung, sowie auch im späteren Verfahren darauf zu achten, daß er nur die die Liquidität, nicht aber die die Priorität beeinflussenden Momente der Forderungen zu prüfen und festzustellen verpflichtet ist, da das Rangverhältniß der liquiden Ansprüche,

weder das Interesse der Masse, oder der Gesamtheit der Gläubiger, noch den Credit tangirt. — Bei der Abfassung aller Schriftsätze ist sowohl der Contradictor, als auch der Curator vom Gebrauch des Stempelpapiers liberirt. Diese Befreiung bezieht sich nicht nur auf die im Concurverfahren selbst erforderlichen Schriften, sondern auch auf diejenigen, welche in den Processen zur Geltendmachung von den der Masse zustehenden Rechten oder ausstehenden Schuldforderungen etwa nothwendig sind <sup>50)</sup>.

### § 9. Weitere Verhandlung der Liquiditätsproceffe.

Die erste Erklärung des Contradictors wird jedem einzelnen Creditanten mittelst Dorsualresolution zugestellt. Der Inhalt dieser Resolution richtet sich nach der Beschaffenheit der vom Contradictor gemachten Einwendungen und folgt dabei ganz den Regeln des ordentlichen Civilprocesses, sowohl in dem Hauptverfahren, als auch in dem in Folge der Vorschüßung einer Einrede sich etwa ergebenden Zwischenverfahren. Demnach werden die Creditoren, je nachdem die Erklärung des Contradictors eine Einlassung oder eine Vertheidigung durch Exceptionen enthält, als Beantwortung derselben probando, replicando oder elidendo binnen der im ordentlichen Civilproceß festgesetzten Fristen zu verfahren haben. Hieraus ergibt sich aber, daß von diesem Moment an der gleichzeitige Fortschritt in der Verhandlung über die Liquidität der einzelnen Forderungen aufhören muß, da die eine Forderung möglicher Weise schon sogleich, oder durch einen einfachen Schriftenwechsel, andere dagegen erst nach völliger Durchführung eines indirecten und directen Verfahrens liquid gestellt werden können. Diese Trennung der einzelnen Liquiditätspro-

---

50) Senatskulaß vom 22. April 1837, publicirt durch Gouvernementsreg.-Patent von 1837 N<sup>o</sup> 81.

ceffe dauert fort bis zur allendlichen gleichzeitigen Entscheidung derselben im Concursurtheil.

Ueber die Beweislast und die Beweismittel gelten gleichfalls die Normen des ordentlichen Civilprocesses, nur in Betreff des gemeinschuldnerischen Geständnisses und der Eidesdelation werden, — in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht<sup>51)</sup>, — einige aus der Natur der Sache sich ergebende Modificationen eintreten müssen. Bei dem Geständniß kommt es darauf an, ob dasselbe vor oder nach Eröffnung des Concurses abgelegt wurde. Im ersten Fall muß ihm ganz dieselbe Bedeutung wie im ordentlichen Civilproceß zugesprochen werden, mit der Ausnahme jedoch, daß, wenn in demselben eine alienatio in fraudem creditorum liegt, es durch die actio Pauliana angestritten werden kann. Nach der Eröffnung des Concurses kommt ein Geständniß des Creditors nur in der Weise in Betracht, daß der Contradictor bloß auf die Aussage des Gemeinschuldners gestützt ein exhibitum anerkennt, denn, da mit der Concurseröffnung dem Creditor alle Dispositionsbefugniß über das zur Masse gezogene Vermögen entzogen ist, kann ihm eine directe Einwirkung auf den Bestand desselben durch Ablegung eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Geständnisses unmöglich zugestanden werden. Die Beurtheilung des Werthes und der Glaubwürdigkeit eines solchen indirecten, durch den Contradictor abgelegten, Geständnisses unterliegt dem Ermessen des Richters, welcher sich dabei nach den Umständen des concreten Falles zu richten hat.

Die Eidesdelation, die, — wie im ordentlichen Civilproceß, — nach Landrecht nur in den Behörden der kleinen Städte vorkommt, richtet sich auch im Concursproceß nach den Normen des gemeinen Rechtes (cf. Bayer, Concursproceß § 62). Nach demselben kann der Eid dem Contradictor, einem

---

51) cf. Bayer, Concursproceß § 61 und 62; Endemann § 298.

Exhibenten, oder selbst dem Cridar deferirt werden. Der den beiden ersten Personen deferirte Eid bietet nichts für den Concurſproceß Bemerkenswerthes dar, nur daß derselbe vom Contradictor natürlich nicht de veritate, sondern nur de ignorantia geleistet wird. Acceptirt und leistet aber der Cridar den ihm deferirten Eid, so liefert derselbe vollen Beweis gegen die Liquidität der fraglichen Forderung; recusirt er dagegen den Eid, so können die dabei interessirten Gläubiger das in der Recusation liegende Geständniß anfechten, und wird dasselbe nach den oben über das Geständniß angegebenen Regeln beurtheilt.

Sind nun die Liquiditätsverhandlungen alle vollständig durchgeführt und reif einer richterlichen Entscheidung unterzogen zu werden, und ist das ganze Mobiliar- und Immobiliarvermögen des Cridars bereits flüssig gemacht, so erläßt das Gericht das Concurſurtheil.

### § 10. Das Concurſurtheil <sup>52)</sup>.

Das Concurſurtheil ist in formeller Beziehung in allen Behörden vollständig übereinstimmend, wogegen in materieller Hinsicht die Location der Gläubiger in den Landgerichten und dem Hofgerichte nach anderen Grundsätzen wie in den Behörden der kleinen Städte geregelt wird. Die Classification findet nämlich in den Landbehörden nach Anleitung des Landlag pag. 140 nota e und Prov.=Cod. Th. III und in subsidium der Praxis <sup>53)</sup> und des gemeinen Rechtes statt, während beim

52) Mir erscheint die Bezeichnung „Concurſurtheil“ richtiger als „Classificationurtheil“, da in demselben nicht allein die Priorität der einzelnen Forderungen, sondern alle Streitpunkte des Concurſproceſſes, wie z. B. die Liquidität, Proceßkosten, Gewährung des beneficii cessionis bonorum u. s. w. entschieden werden.

53) Die Praxis darf jedoch hier nur mit größter Vorsicht als Quelle benutzt werden, da sie theils sehr schwankend und inconsequent erscheint, theils geradezu die größten Begriffsverwirrungen in derselben vorkommen. So gehört z. B. die Identificirung der öffentlichen und gesetzlichen Hypotheken zu

Rath der kleinen Städte die Rigaschen Statuten Lib. III Tit X de prioritare creditorum zur Anwendung kommen. — Das livländische Landrecht kennt keinen Prioritätsstreit im Sinne des gemeinen Rechtes. Die Gläubiger sind vielmehr nur verpflichtet ihre betreffenden Schulddocumente zu den Acten zu bringen, ohne daß sie daran das *petitum* der Locirung an einer bestimmten Stelle zu knüpfen brauchen, indem die Classification der einzelnen Forderungen dem Richter *ex officio* obliegt<sup>54</sup>). Erst nach der Publication des Concursumrtheils kann es zu Prioritätsprocessen kommen, indem der durch die Classification sich verletzt fühlende Gläubiger das Rechtsmittel der Appellation resp. Revision ergreift.

#### I. Uebereinstimmende Momente der Concursumrtheile in den Land- und Stadtbehörden:

Das Concursumrtheil enthält:

- 1) Als Einleitung eine kurze Actenrelation und historische Darstellung des betr. Concursumprocesses, so wie eine Anzeige der etwa durchgeführten Vindications- und Separationsprocesses;
- 2) Eine genaue Angabe des Bestandes der flüssig gemachten Activmasse;
- 3) Die Classification der passiva nach den Seite 191 ff. unter II angegebenen Regeln des materiellen Rechtes;
- 4) Das Erkenntniß über die Liquidität jeder einzelnen Forderung mit Hinzufügung der *rationes decidendi*. Dieses

---

den gewöhnlichsten Fehlern, und mögen diese zum Theil wohl durch die Classificationen von Nielsen, Buddenbrock und Samson veranlaßt sein; diese Versehen sind von F. G. v. Bunge in so treffender Weise beleuchtet worden, daß hier näher auf sie einzugehen unnütz erscheinen muß. (cf. *theor.-practische Erörterungen* Bb. I S. 38 fg.)

54) Mit dieser constanten Praxis stimmen auch ältere rechtshistorische Quellen, wie der Bubberg-Schradersche Landrechts-Entwurf, überein. In der älteren deutschen Praxis wurde theilweise gleichfalls dieser Grundsatz befolgt. (cf. Hoffmann, *deutsche Reichspraxis* Th. 2 § 1244 S. 52.)

Erkenntniß wird bei der für liquid erkannten an der Stelle angeführt, die sie im *classificatorio* einnimmt;

5) Die Entscheidung über den Kostenersatz; die Kosten sollen bloß dann zuerkannt werden, wenn sie rechtzeitig designirt worden und nach Deckung aller Forderungen in der Masse ein Ueberschuß verbleibt. Nur wenn eine Hypothek ausdrücklich außer für das Capital auch „für Kosten und Schäden“ bestellt worden ist, muß von dieser Regel eine Ausnahme gemacht werden, indem dann der Kostenersatz zugleich mit der Capitalforderung locirt wird;

6) Das Erkenntniß über die Ertheilung des *beneficii cessionis honorum* und über die Haftungspflicht des Schuldners nach beendigtem Concurse, sowohl in persönlicher Beziehung, als auch in Betreff des zukünftigen Vermögens;

7) Die Vorschrift an die Creditoren, den Gläubigereid zu leisten. Derselbe besteht in dem Schwur, daß die betreffenden *exhibita in summis et datis* richtig und weder durch *Solution*, *Cession*, *Novation*, *Transport*, noch auf irgend eine andere Art befriedigt worden sind. Hieran schließt sich die Anweisung an die Gläubiger, die Schulddocumente, — falls solches nicht schon geschehen, — im Original *ad acta* zu bringen.

## II. Location der Gläubiger.

### A. Im Hofgerichte und den Landgerichten.

Die Concursegläubiger (nach Ausschluß der *Vindicanten*, *Separatisten* und *Massегläubiger*) zerfallen, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht, nach der Note e<sup>55</sup>) des L. L. pag. 140 fg. in folgende 5 Classen:

#### I. Die absolut privilegirten Gläubiger;

---

55) Wenngleich die Note e nicht ausdrücklich eine Classeneintheilung erwähnt, so zeigt sich doch bei genauerer Betrachtung, daß dieselbe der gemeinrechtlichen Eintheilung in 5 Classen folgt. (cf. auch v. Bunge in den *theor.-pract. Erörterungen* Bd. I.)

- II. Die privilegirten Pfandgläubiger ;
- III. Einfache, nicht privilegirte Pfandgläubiger ;
- IV. Privilegirte chirographarische Gläubiger ;
- V. Einfache chirographarische Gläubiger.

Von diesen 5 Classen kommt die nächstfolgende immer erst dann zur Perception, wenn alle Creditoren der vorhergehenden völlig befriedigt sind. Innerhalb jeder einzelnen Classe findet auch wieder zwischen den Gläubigern, welche zu verschiedenen Nummern gehören, dasselbe Verhältniß statt, mit Ausnahme der 5. Classe, wo eine Befriedigung pro rata Platz greift. (cf. Seite 202.)

Classe I. Absolut privilegirte Forderungen <sup>56)</sup>:

- 1) Die Begräbniskosten des Creditors ;
- 2) Das Honorar des Arztes und die Ansprüche wegen während der letzten Krankheit des Creditors gelieferter Medicamente ;
- 3) Die rückständigen persönlichen öffentlichen Abgaben des Gemeinschuldners <sup>57)</sup> ;

---

56) Landtag pag. 140 nota e über diese Classe lautet: „Nach diesen „(indicanten und Separatisten, cf. Th. I § 2) müssen zuerst die Begräbniskosten bestanden werden. Und hernach das Arz-Lohn und Bezahlung der Medicamenten. Ferner kommen die, welche mit dem Debitoren in ungetheilter Massa stehen, als wegen Compagnie, Handel oder Gemeinschaftsgut (bona socii). Des unverschuldeten Ehegatten Eheliches Recht und „Antheil aus der Massa, (portio statutaria uxoris vel mariti. Eingebrachte Mitgabe, wenn die Eltern, welche selbige gegeben, annoch im Leben sind; oder einstehende Erbschaft. Und kann keines von diesen ob specificirten exequiret werden, wenn etwa die Execution über den Debitoren „ergehen soll.“

57) Von der Praxis anerkannter gemeinrechtlicher Grundsatz. (cf. auch Schweppe, Syst. d. Conc. § 69 S. 128). Nur begeht leider die Praxis häufig den Fehler, auch die an dem Besitz eines Grundstücks haftenden rückständigen öffentlichen Lasten und Abgaben hierher zu rechnen. Diese sind aber Reallasten (Prov.-Cod. Art. 1320 und 1321) und gehören daher gar nicht zu den Concursgläubigern, denn nach Art. 1300 haftet der Nachfolger im Besitz des betr. Grundstücks auch für die Rückstände seines Vorgängers bis

4) Der restirende Lohn für auf Grundlage eines Dienst- oder Befindevertrages geleistete Dienste <sup>58)</sup>;

5) Die Forderungen einer Handelsgesellschaft oder einer sonstigen auf Grund eines Gesellschaftsvertrages bestehenden Gemeinschaft an einen ihrer in Insolvenz gerathenen Mitgesellschafter in Betreff der gesellschaftlichen Verpflichtungen und gesellschaftlichen Güter (*bona socii*) <sup>59)</sup>;

6) Die Ehefrau mit ihrem Ersatzanspruch wegen ihrer *in natura* nicht mehr vorhandenen Mitalen <sup>60)</sup>.

zum Werthe des Immobils; da nun aber die Concursmasse Nachfolger des Eridars im Besiz des Grundstückes ist, so hat dieselbe auch die gemeinschuldnerischen Rückstände als Massagläubiger zu befriedigen (cf. auch Th. II § 5).

58) Die Note e erwähnt den Dienstlohn garnicht, es muß daher hier das gemeine Recht zu Hülfe genommen werden, wie es auch die Praxis gethan zu haben scheint, indem sie dem Dienstlohn immer die hier angegebene privilegierte Stelle anweist (cf. z. B. Urtheil des Hofgerichtes vom 7. Januar 1853). Auch die Anmerkung zu Art. 4206 des Prov.-Cod. Th. III scheint für diese Ansicht zu sprechen.

59) Nur auf den Ersatzanspruch der Gesellschaft wegen der aus dem Vertrage hervorgehenden nicht erfüllten Verbindlichkeiten des Gesellschafters scheint mir diese Stelle der Note anwendbar zu sein, da die Concursmasse auf den *in natura* vorhandenen Antheil des Eridars am Gesellschaftsvermögen erst nach Auslösung der Gesellschaft und Befriedigung der Gläubiger der Letzteren Anspruch erheben kann. Der Prov.-Cod. Th. III Art. 4320 sagt allerdings: „Wenn über das Vermögen eines der Gesellschafter Concurs entsteht, wird der Gesellschaftsvertrag aufgehoben.“ Der Prov.-Cod. stützt sich aber bei diesem Art. lediglich auf gemeinrechtliche Citate; es erscheint daher nothwendig bei der kurzen aphoristischen Fassung dieses Art. zur Erläuterung desselben auf das gemeine Recht zurückzugehen. Nach demselben ist im Fall der Insolvenz eines Gesellschafters die Gesellschaft berechtigt nicht aber verpflichtet den Vertrag deswegen aufzulösen, sie kann denselben ohne Veränderung weiter fortführen. Die Concursmasse tritt dann in die Rechte und Pflichten des Eridars als Gesellschafter ein, und muß daher auch fernerhin die Einlagen des Eridars dem Gesellschaftszwecke und Vertrage gemäß verwenden lassen. Kommt es nun aber zur Auslösung der Gesellschaft, so erhält die Concursmasse den nach der allendlichen Liquidation der Gesellschaft mit ihren Creditoren sich etwa ergebenden Rest der Einlage des Eridars. (cf. Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts § 48.)

60) Die Note führt hier eigentlich an des unverschuldeten Ehegatten eheliches Recht und Antheil aus der Masse (*portio statutaria uxoris vel mariti*)<sup>61)</sup>. Die *portio statutaria*, unter welcher man das Erbrecht an der

7) Das sogenannte „Erbegeld“ (Prov.-Cod. Th. III Art. 2705) und überhaupt der bei dem Gemeinschuldner einstehende Antheil eines Miterben aus der gemeinschaftlichen Erbschaft<sup>61)</sup>.

### Classe II. Privilegirte Pfandgläubiger<sup>62)</sup>.

Von den fünf hier anzuführenden Pfandrechten sind die

in der Gütergemeinschaft befindlichen Masse verstanden, muß in diesem Sinne nach libl. Landrecht wegfallen, da jetzt dem Ehegatten das Eigenthumsrecht an seinem in die Ehe Gebrachten erhalten bleibt. Es besteht daher jetzt auch „das Recht der unverschuldeten Ehefrau“ zunächst in der vindication des noch in natura vorhandenen Eingebrachten (Th. I § 2); wenn dasselbe dagegen nicht mehr vorhanden, so tritt der Erbschaftsanspruch an die Stelle (Prov.-Cod. Th. III Art. 60 fg.), welcher in diesem Fall „ihr Recht und Antheil aus der Concursumasse“ des Mannes bildet. Es würde also das Prov.-Cod. Th. Art. 1400 angeführte gesetzliche Pfandrecht der Ehefrau, da es *N* 7 vorgeht, nicht zu der zweiten Classe zu rechnen sein, wozu man wohl durch das gemeine Recht sich leicht verführen lassen könnte. Es erklärt sich wohl diese Stellung der Ehefrau aus der dem ganzen provincieellen *Ld.*-Rechte eigenthümlichen außergewöhnlichen Bevorzugung derselben in Betreff der ehelichen Güterrechte. Hatte jedoch die Ehefrau ihre in die Ehe gebrachten Capitalien in Folge eines förmlich abgeschlossenen Darlehnvertrages dem Ehemann geliehen, so nimmt sie keine vor anderen Gläubigern des Mannes bevorzugte Stellung ein und wird daher mit dieser ihrer Forderung, — je nachdem sie sich ein Pfandrecht ausbedungen, oder nicht, — in der dritten oder den folgenden Classen zu lociren sein. (Senatsukas vom 20. Januar 1820 und Hofger. Abscheid vom 16. December 1821 im Concurse des *L. v. Krüdenert*).

61) Landlag pag. 141 note e. Die Praxis führt außerdem in Uebereinstimmung mit Nielsen, Buddenbrock und Samson in dieser Classe häufig irrthümlicher Weise noch eine Anzahl Forderungen auf, die ich hier nur kurz erwähnen und ihnen den richtigen Platz anweisen will: 1) Die auf das Concursverfahren verwandten Kosten, wie z. B. das Honorar des Curators und Contradictors, die Gerichtskosten u. s. w.; dieselben gehören garnicht zu den Concursgläubigern, sondern zu den Massegläubigern (cf. Th. II § 5). 2) Die vom Gemeinschuldner geerbten väterlichen Schulden; diese sind Separatisten (cf. Prov.-Cod. Th. III Art. 2658 fg., cf. auch Urth. des Hofg. v. 30. November 1807). 3) Die auf ein Immobilien verschriebenen Forderungen bevor Gemeinschuldner dessen Eigenthümer wurde; diese gehören gleichfalls zu den Separatisten. (Im gemeinen Recht bezeichnet man sie als Separatisten *ex jure hypothecario*.) (cf. auch über diese, sowie über die sonst in der Praxis noch vorkommenden Verirrungen Bunge, in den *theor.-pract. Erörterungen* Bd. I S. 38 fg.)

62) Die Note e des Landlag pag. 141 über diese Classe lautet:

vier ersten Specialpfandrechte, während das 5. allein eine Generalhypothek ist. Es bezieht sich daher die privilegierte Stellung der 4 ersten nur auf den speciell vom betreffenden Pfandrechte ergriffenen Gegenstand und nicht auf das ganze zur Concursmasse gezogene Vermögen des Gemeinschuldners, wie das bei dem 5. der Fall ist. Diese Pfandrechte sind nun:

1) Das im Prov.-Cod. Th. III Art. 1403 angeführte stillschweigende Pfandrechte des Verpächters eines ländlichen Grundstückes an den Erzeugnissen und Einkünften desselben wegen aller Forderungen an den Pächter, die aus dem Pachtvertrage herrühren<sup>63)</sup>.

2) Der Vermietter eines Schiffes wegen des zu zahlenden Frachtlohnes an der in dem Schiff noch befindlichen Ladung<sup>64)</sup>.

„Nach diesen (die vorhergehende Classe) kommen diejenige, welche privilegierte Pfand-Rechte in Händen haben, jedoch ein jedweder in seinem Pfande; als der zu den Einkünften aus Debitoris Zinspflichtigem Lande berechtigt ist, der seinen zu Arbeitung eines Bergwerks gethanen Vorschuß, aus der von selbigem Vorschuß geflossenen Nutzung fordert, der die Schiffs-Heure, aus der in dem Schiffe noch übrig gebliebenen Ladung fordert, der Geld vorgestreckt hat, ein Schiff damit zu bauen, oder zu repariren, oder Schiffs-Volk damit zu bezahlen und zu unterhalten, oder auch dergleichen auf das Schiff haftende Schulden, damit zu entrichten, und seine Zahlung nun dafür aus dem Schiffe selbst fordert; jedoch daß die letztere Vorstreckung in solchem Fall vor der ersteren den Vorzug haben möge. Item der, so wegen vorgestreckten Bodmerey-Geldern auf das Schiff Praestension macht, jedoch müssen die jüngere Bodmerey-Brieffe vor den ältern, und Viel-Brieffe vor der Bodmerey-Brieffen den Vorzug haben. Diese alle kan keiner von ihren privilegierten Pfänden, so lange ein solch Pfand noch behalten ist, treiben. Nach diesem kommen die Waisen-Gelder, welche bei dem Verschuldeten, als Vormund, einstehen geblieben, und müssen diese vor andere des Debitoris Schulden executive entrichtet werden.“

63) Der Wortlaut dieses Punctes im L. L. lautet: „Der zu den Einkünften aus Debitoris Zinspflichtigem Lande berechtigt ist.“ Daß hiemit nichts Anderes als das im Text Gesagte gemeint sein kann, zeigt sich aus dem in der Note e hiebei als Quelle citirten Cap. 30 von Gerichtssachen L. L., und dem dort wiederum allegirten Cap. XX von liegenden Gründen L. L.

64) L. L. pag. 141 note e. Daß in der Note e überdies angeführte privilegierte Pfandrechte desjenigen, der zur Bearbeitung eines Bergwerkes

3) Derjenige, welcher zur Wiederherstellung oder Verbesserung und Unterhaltung eines Grundstückes, Gebäudes oder Schiffes Geld oder Sachen, namentlich Baumaterial, vorge-  
streckt hat, wenn das Geld wirklich zu dem angegebenen Zwecke  
verwandt worden <sup>65)</sup>, eine privilegirte Hypothek an dem Grund-  
stücke, resp. Hause oder Schiffe <sup>66)</sup>. Bei der Collision mehrerer  
derartiger Forderungen geht das letzte Darlehn immer  
dem älteren vor.

4) Derjenige, welcher aus einem Vielbriefe oder einem  
Bodmereicontracte herrührende Forderungen an das Schiff hat.  
Trotz gehen die Vielbriefe den Bodmereicontracten vor. Bei  
mehreren Forderungen derselben Art geht hier auch die der  
Zeit nach jüngere der älteren vor <sup>67)</sup>.

Geld geliehen, an dem durch diesen Vorschuß erzielten Gewinn, erscheint, da  
hier keine Bergwerke existiren, für Livland nicht anwendbar, und ist aus  
diesem Grunde im Text fortgelassen worden.

65) Daß das Geld wirklich zu dem angegebenen Zwecke verwandt  
worden, hat im Zweifel der Gläubiger zu beweisen. (cf. auch Schweppe,  
Syst. d. Concurfes § 70 S. 135.)

66) Die Note e pag. 141 führt allerdings dieses privilegirte Pfand-  
recht nur in Beziehung auf Schiffe an. Mir scheint aber Folgendes sehr  
für die von mir gegebene Erweiterung auf Grundstücke und Häuser zu sprechen:

a) Im gemeinen Recht gilt dieses privilegirte Pfandrecht gleichfalls in  
der hier angegebenen Weise. (Privilegirtes Pfandrecht wegen in rem versio.)

b) Die Note zeigt durch die Bestimmung, daß bei mehreren derartigen  
Pfandrechten das letzte dem älteren vorgehen soll, daß das gemein-  
rechtliche Pfandrecht wegen in rem versio damit gemeint ist.

c) Der Prov.-Cod. Th. III Art. 1407 stellt bei Aufzählung der spe-  
ciellen gesetzlichen Pfandrechte diese drei in der oben angegebenen Weise  
zusammen und stützt sich dabei als Quelle auf das g e m e i n e R e c h t  
und die Note e.

d) Schließlich käme auch noch in Betracht, daß der auf Billigkeit beru-  
hende Grundsatz, welcher die Veranlassung zur privilegirten Stellung dieser ge-  
setzlichen Hypothek war, bei einem Grundstück oder Hause ebenso in die Wag-  
schale fällt, wie beim Schiffe. Dieser Grundsatz besteht nämlich darin, daß  
diese Gläubiger darum so bevorzugt sind, weil sie hauptsächlich durch ihr  
Darlehn die Verwerthung und Nutzung des Immobils erst ermöglicht haben.

67) L. L. pag. 141 nota e. cf. über diese Vielbriefe und Bodme-  
reicontracte auch Kaltenborn's Seerecht.

5) Die Waisengelder, welche bei dem Gemeinschuldner als Vormund einstehen geblieben, haben eine privilegierte Generalhypothek<sup>68)</sup>).

Classe III. Nicht privilegierte Pfandgläubiger<sup>69)</sup>:

In dieser Classe, zu welcher alle übrigen Pfandrechte gehören, würden sich, nach dem Prov.-Cod. Th. III Art. 1585 und 1612, — in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht (cf. Martin § 334), — ohne Rücksicht auf die Art der Entstehung des Pfandrechts, welche eine nothwendige oder freiwillige sein kann (Prov.-Cod. Th. III Art. 1383), zwei größere Abtheilungen ergeben:

1) Die ingrossirten oder öffentlichen Pfandrechte. Unter diesen entscheidet über ihre Priorität das Alter der Eintragung in die Hypothekenbücher (Prov.-Cod. Th. III Art. 1612), und bedürfen die gesetzlichen und richterlichen Pfandrechte in gleicher Weise, wie die freiwilligen der Ingrossation, um hierher gerechnet zu werden (Prov.-Cod. Th. III Art. 1574, 76, 77 und Art. 1569 und 1585). — Aus dieser unbedingten Locirung nach dem Alter der Ingrossation geht somit hervor, daß z. B. auch eine früher eingetragene Generalhypothek selbst einer, wenngleich früher entstandenen, so doch später ingrossirten Specialhypothek vorgeht (cf. außer den schon citirten Art. noch Art. 1610). Eine Collision zweier öffentlichen Pfandrechte erscheint aber, der Natur der Sache nach, nicht denkbar, da eine Gleichzeitigkeit hinsichtlich der Ingrossation nicht mög-

68) L. L. pag. 141 nota e, cf. Seite 195. cf. auch Senatsukas vom 8. October 1835 im Dettingenschen Concurse. Hier erscheint eine analoge Anwendung dieser, der Note gemäß, sich nur auf Unmündige beziehenden Gesetzesvorschrift auf alle übrigen Curatel-Verhältnisse geboten, da der Prov.-Cod. Th. III bevormundete und unter Curatel stehende Personen in ihren Ansprüchen an den Vormund resp. Curator einander gleichstellt. Es müßte demnach das im Prov.-Cod. Th. III Art. 1397 angegebene Pfandrecht an dieser Stelle locirt werden.

69) Natürlich mit Ausnahme derjenigen, denen schon oben eine privilegierte Stellung angewiesen worden.

lich ist. Läßt sich jedoch bei zwei oder mehreren an demselben Tage ingrossirten Hypotheken nicht nachweisen, welche früher in die Hypothekenbücher eingetragen worden, so gelangen dieselben, da sie dann gleichberechtigt erscheinen, zu gleichen Theilen zur Perception. (cf. z. B. Hofg. Urth. vom 17. Mai 1850 und Hofg. Urtheil im Conc. Baranoff 1868—70.)

2) Die nicht ingrossirten oder Privathypotheken. Zu diesen gehören alle gesetzlichen<sup>70)</sup>, richterlichen und durch freiwillig

70) Die Note e des L. L. pag. 141 fg. lautet über diese Classe wörtlich: „Hernach kommen die, welche sonst ein Pfandrecht in des Debitoris Eigenthumb haben, entweder durch eine Verschreibung, die inprotocolliert worden, oder durch Besitz und Inhabung des Pfandes, oder auch sonst durch Verfügung der Rechte (ex dispositione legis), zum Exempel“: hierauf folgt eine beispieisweise Aufzählung gesetzlicher und richterlicher Pfandrechte, und fährt die Note dann wieder weiter fort: „Unter den Pfandhalten wird auch allemal inacht genommen, daß wer das älteste Recht hat, selbiger auch das Seinige vor den andern auskomme.“ Wie hieraus hervorgeht giebt die Note noch keine Bevorzugung der ingrossirten vor den nicht ingrossirten Pfandrechten an, sondern locirt sie alle nur nach dem Alter der Entstehung. Die Praxis, welche allerdings die öffentlichen den privaten meist überordnet, ist sich aber in der Regel über den Begriff derselben garnicht klar geworden, so daß dadurch die größte Verwirrung entstanden ist. (cf. z. B. Unterlegung des Hofgerichtes an den Gouverneuren Belleshoff vom 26. Februar 1785). Gewöhnlich werden die in der Note nur beispieisweise angegebenen gesetzlichen Pfandrechte, selbst wenn sie nicht ingrossirt worden, blindlings in der von der Note aufgezählten Reihenfolge zu den öffentlichen Hypotheken gerechnet oder ihnen sogar übergeordnet. -- Eine Aufzählung aller in der Praxis vorkommenden derartigen Fehler würde zu weit führen und verweise ich zu dem Zweck auf die schon citirte Hofgerichtliche Unterlegung vom 25. Februar 1785, in welcher sich die häufigsten Versehen alle vereinigt finden. — Aus dieser schlimmen Lage hat uns nun der Prov.-Cod. Th. III durch seinen Anschluß an das gemeine Recht wie oben angegeben herausgeholfen, indem bei strenger Durchführung der im Text citirten Art., besonders aber des Art. 1612, ein Zweifel über die Locirung jeder einzelnen Pfandforderung im concreten Fall nicht mehr obwalten kann.

Da jedoch die hier aufgestellte Ansicht vielfach bestritten wird, und auch nach Emanirung des Prov.-Cod. Th. III eine constante Praxis sich nicht ausgebildet hat, erscheint es geboten, die schon im Text citirten Artikel des Prov.-Cod. Th. III näher in Augenschein zu nehmen. Art. 1585 sagt: „Nach liv- und estländischen Landrechten, sowie in den Städten Liv- und Estlands, außer Reval, wirkt die Ingrossation einer Hypothek nur einen Vorzug dieser letzteren vor jeder nicht ingrossirten, wemgleich älteren, Pri-

lige Uebereinkunft oder Testament entstandenen Pfandrechte, welche nicht in die Hypothekenbücher eingetragen worden. Unter einander werden sie aber nach dem Alter der Entstehung

vathypothek.“ Eine Privathypothek heißt aber nach dem Prov.-Cod. Th. III Art. 1569 jede nicht in die Hypothekenbücher eingetragene Hypothek. — Art. 1574 lautet: „In Liv- und Curland sind nur solche Forderungen zur Ingrossation geeignet, zu deren Sicherheit ein Pfandrecht in dem Immobil überhaupt besteht; sei es durch Gesetz, gerichtliche Verfügung, oder Privatwillkür entstanden.“ Die gesetzlichen und richterlichen Pfandrechte sind nach Art. 1576 aber insofern vor den freiwilligen begünstigt, daß sie nicht wie diese letzteren der Einwilligung des Schuldners zur Ingrossation bedürfen. Würden die gesetzlichen Hypotheken, auch wenn sie nicht ingrossirt sind, schon ipso jure den öffentlichen gleichberechtigt sein, oder ihnen gar vorgehen, so würde doch offenbar die im Prov.-Cod. angegebene Ingrossation derselben ganz zwecklos und überflüssig erscheinen, da sie durch dieselbe eben nur die Rechte öffentlicher Hypotheken erhalten würden. Auch würde dann wohl kaum eine solche Ingrossation stattfinden, da weder der Gläubiger noch der Schuldner ein Interesse für die Vollziehung derselben hätten. Ferner heißt es im Prov.-Cod. Th. III Art. 1610: „Durch die Ingrossation einer General- oder Mobiliar-Hypothek erlangt zwar der Gläubiger, dem Schuldner gegenüber, kein größeres Recht, als er vor der Ingrossation hatte (Art. 1377, 1379—81), wohl aber erhält seine Hypothek dadurch in Livland ein Vorzugsrecht vor den nicht ingrossirten, wengleich älteren Hypotheken Dritter, die zugleich auf dem ihm verpfändeten Vermögen haften“; und Art. 1612: „Wenn dieselbe Sache oder Sachengesamtheit mehreren Gläubigern, und zwar jedem ganz, verpfändet ist, und zur Befriedigung aller nicht hinreicht, so gebührt dem privilegierten Pfandrechte der Vorzug vor dem nicht privilegierten, dem ingrossirten vor dem nicht ingrossirten Pfandrechte, bei im Uebrigen gleicher Beschaffenheit der Pfandrechte aber geht das ältere dem jüngeren vor.“

Wie demnach aus den angeführten Artikeln klar hervorgeht, hat F. G. v. Bunge durch unbedingte Ueberordnung der öffentlichen über alle privaten Hypotheken der bis zur Emanirung des Th. III des Prov.-Cod. schwankenden und durch Samson, Kielsen und Buddenbrock verwirkten Praxis eine feste Norm gegeben, die für das jetzige und zukünftige Verkehrs- und Rechtsleben von segensreichstem Einfluß sein muß. Daß aber dieses Bunge's Ansicht und Absicht gewesen, erhellt überdies aus seinen über diesen Gegenstand vor und nach Emanirung des Prov.-Cod. Th. III veröffentlichten Schriften. So heißt es namentlich in der schon mehrmals citirten Abhandlung: die Classen der Concursgläubiger nach livl. Landrecht (cf. theoretisch-practische Erörterungen Bd. I Seite 53 fg. sub 26): „Jedes Pfandrecht wird entweder durch Privatwillkür begründet, und heißt dann ein freiwilliges Pfandrecht (*pignus voluntarium*), — oder nicht: unfreiwilliges oder notwendiges Pfandrecht (*pignus necessarium*). Das freiwillige oder

locirt (Prov.-Cod. Th. III Art. 1612). Es erscheint daher hier eine Collision mehrerer Pfandrechte in dem Fall allerdings denkbar, wo ein gesetzliches, richterliches und ein freiwilliges

ausdrücklich bestellte Pfandrecht hat seinen Grund entweder in einem Vertrage (vertragsmäßiges Pfandrecht, *pignus conventionale*), oder in einem Testamente (testamentarisches Pfandrecht). Das unfreiwillige oder nothwendige — ohne des Schuldners Willen entspringende — Pfandrecht entsteht entweder durch Anordnung des Richters (richterliches Pfandrecht, *pignus judiciale*, bei Immobilien Immission genannt) — oder des Gesetzes (gesetzliches oder stillschweigendes Pfandrecht, *pignus legale s. tacitum*). — Auf ganz anderen Gründen, als die eben erwähnten, beruhen die folgenden Einteilungen des Pfandrechts: 1) in öffentliches und Privatpfandrecht (*pignus publicum et privatum*), indem unter jenem das in die Gerichtsbücher (Hypotheken- oder Pfandbücher) eingetragene (ingrossirte, inprotocollirte) Pfandrecht, unter diesem jedes andere verstanden wird; 2) in specielles (nicht „particuläres“) und generelles oder Universal-Pfandrecht (*pignus speciale et generale s. universale*), je nachdem es eine einzelne Sache, oder das Gesamtvermögen des Schuldners umfaßt; 3) in privilegiertes und einfaches Pfandrecht (*pignus privilegiatum et simplex*), je nachdem es im Gläubigerconcurse ein besonderes gesetzliches Vorzugsrecht genießt oder nicht; 4) in Faustpfand (Kastenspfand) und Hypothek, je nachdem der Gläubiger den Besitz der verpfändeten Sache hat, oder nicht. — Es ergibt sich hieraus, daß jedes Pfandrecht, ohne Rücksicht auf seinen Entstehungsgrund, durch Eintragung in die Gerichtsbücher, Ingrossation (der Regel nach jedoch nur mit Einwilligung des Schuldners) zum öffentlichen Pfandrecht erhoben werden kann; wie es denn keinem Zweifel unterliegt, daß auch ein gesetzliches oder stillschweigendes Pfandrecht ingrossirt werden darf. Durch die Ingrossation erwirbt zwar in der Regel eine Hypothek ein Vorzugsrecht vor den nicht ingrossirten oder Privathypotheken, jedoch nur insofern, als letztere nicht privilegierte sind, d. h. schon vermöge besonderer Begünstigung des Gesetzes (ohne Zutun des Gläubigers) ein Vorzugsrecht vor anderen Hypotheken — selbst vor den öffentlichen oder ingrossirten — genießen, und daher sowohl nach gemeinem Recht, als nach der Note e des L. L.“ (cf. S. 78 sub 62) „in die zweite Classe der Concursgläubiger gesetzt werden, während die nicht privilegierten oder einfachen Pfandrechte, mit Einschluß der öffentlichen, in die dritte Classe gehören. Unter den privilegierten Pfandrechten bestehen einige schon gesetzlich oder stillschweigend, andere müssen ausdrücklich bestellt worden sein. Keineswegs aber ist jedes gesetzliche oder stillschweigende Pfandrecht an sich ein privilegiertes, vielmehr kennt sowohl das gemeine Recht, als auch die Note e des L. L. mehrere stillschweigende Pfandrechte, welche nicht privilegiert sind und daher in die dritte Gläubigerklasse gehören.“

In seiner nach Emanirung des Prov.-Cod. Th. III erschienenen Schrift: „Entwurf einer Grund- und Hypothekenordnung“ hat sich F. G. v.

gleichzeitig entstanden, und müssen dieselben dann, da sie ihrer Entstehung nach gleichberechtigt sind, pro rata zur Perception gelangen.

Bunge dem modernsten Hypothekenrecht angeschlossen, nach welchem „eine Hypothek, als dingliches Recht, ohne Unterschied des Rechtstitels, erst durch die förmliche Eintragung der Forderung in das Grund- und Hypothekenbuch auf dem Folium des damit zu belastenden Immobiliis wirklich erlangt wird“ (§ 38). „So lange die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nicht erfolgt ist, besteht nur erst ein Rechtstitel zur Erlangung des Eigenthums, der Hypothek oder anderer dinglicher Rechte an dem Mobil, selbst wenn mit dem Rechtstitel der Besitz des Immobiliis erworben wäre“ (cf. § 2 ebend). Leider hat jedoch bisher dieser Entwurf keine gesetzliche Kraft erhalten und legt daher nur Zeugniß ab von der Rechtsanschauung und Absicht Bunge's, sich ganz dem modernsten Hypothekenrecht anzuschließen, wozu die oben angegebenen Artikel des Prov.-Cod. Th. III gewissermaßen den Uebergang bilden sollten.

Ueber die Frage: welche Stellung der Faustpfandgläubiger im Concourse einnehme, herrschen zwei wesentlich verschiedene Ansichten. Nach der einen soll der Faustpfandgläubiger im Concourse berechtigt sein, sein Pfandrecht wie es ihm dem Creditar gegenüber Zustand auch der Masse gegenüber zur Geltung zu bringen, demnach das Pfandobject nicht früher an letztere herauszugeben haben, als bis er hinsichtlich der Forderung, für die es haftet, befriedigt ist. Falls die Masse diesen Verpflichtungen nicht nachkommt, soll er zum Verkauf des Faustpfandes nach den gewöhnlichen Grundsätzen berechtigt sein, und nur den etwa erzielten Ueberschuß an die Masse auszuliefern haben. Er würde also wie ersichtlich dem Concourse gegenüber als Separatist erscheinen. Im gemeinen Recht ist diese Ansicht, welche früher allerdings Vertheidiger fand (cf. Schweppe Syst. des Conc. § 47 und § 60), jetzt meistens verworfen, (cf. Bayer § 28) und dagegen die Meinung aufgestellt worden, daß der Faustpfandgläubiger zur Auslieferung des Pfandobject's an die Masse verpflichtet sei, und demnach gleich den anderen Pfandrechtsgläubigern seine Befriedigung in der 3. Classe der Concursgläubiger zu erwarten habe. Die Entstehung der ersten Ansicht läßt sich wohl auf die Zeit zurückführen, wo im gemeinen Recht überhaupt allen Pfandrechten und Hypotheken im Concourse ein Separationsrecht Zustand, und jedes derselben in seiner vollen Wirkung als dingliches Recht zur Geltung kam; seitdem jedoch dieses Verhältniß aufgehört und die Pfandforderungen aus der Masse als Concursgläubiger befriedigt werden, muß eine solche Ausnahmestellung des Faustpfandes ohne gesetzliche Basis willkürlich und inconsequent erscheinen. Nach provinciellem Rechte scheint mir gleichfalls die erste Ansicht verwerfbar zu sein, denn für dieselbe läßt sich nur höchstens die Anmerkung zum Art. 1491 des Prov.-Cod. Th. III anführen, mit der jedoch noch nichts bewiesen ist, da dieselbe auch die Deutung zuläßt, daß unter den „besonderen Rechten des Faustpfandgläubigers“ nur die Bevorzugung desselben vor anderen Creditoren

Classe IV. Privilegirte chirographarische Gläubiger <sup>71)</sup>:

1) Die Wechselgläubiger. Reicht die Masse zur Bezahlung aller Wechselforderungen nicht hin, so werden sie pro rata befriedigt (Wechselordnung von 1832 § 118).

2) Die Handwerker mit ihren vor Ausbruch des Concurfes begründeten Forderungen an den Cridar.

Classe V. Nicht privilegirte chirographarische Gläubiger <sup>72)</sup>:

Zu dieser Classe gehören alle übrigen Creditoren des Gemeinschuldners, welche ihre Forderungen aus einfachen Schuldverschreibungen, erwiesenen Schuldversprechen oder Rechnungen, denen nach dem Früheren kein besserer Platz angewiesen ist, herleiten. Das Alter der Forderungen übt hier auf ihre Stellung zu einander keinen Einfluß, sondern es werden dieselben alle pro rata befriedigt.

des Cridars (der IV. und V. Classe), nicht aber eine privilegirte Stellung anderen Pfandgläubigern gegenüber gemeint ist. — Gegen die betreffende Ansicht aber spricht die neuere Doctrin des gemeinen Rechts und der Wortlaut der Note s (cf. oben), welche letztere auch diejenigen Pfandrechte hierher rechnet, welche mit „Besitz und Inhabung des Pfandes“ verbunden sind, wounter wohl nicht nur der auch im Prov.-Cod. Th. III Art. 1498 angeführte Fall des mit Besitz verbundenen Pfandrechts an Immobilien zu verstehen sein kann, und steht demnach dem Faustpfandgläubiger, nach Auslieferung des Pfandobjects an die Concurfsmasse, nur ein specielles Pfandrecht an der durch Verkauf des Faustpfandes gewonnenen Summe zu. (cf. auch Hofg. Urth. vom 29. Februar 1868 im Conc. v. Buddenbrock). — Ist aber zur Zeit der Concurferöffnung das Faustpfand bei dem Gläubiger nicht mehr in natura vorhanden, sei es, daß er es vor dem Termin verkauft, oder wirksam weiter verpfändet (Prov.-Cod. Th. III Art. 923 und 1370), so ist er der Concurfsmasse zunächst zu vollem Erfas verpflichtet, und kann dann erst Anspruch auf Befriedigung seiner Schuldforderung in der 3. Concurfscasse machen.

71) L. L. pag. 143 nota e: „Von dem was noch übrig in Massu verbleibet, bekommen so wohl diejenigen, welche wegen Wechsels zu fordern haben. Als auch die, welche von den Handwerks-Häusern sind, und etwas so davon herfließet, zu fordern haben.“

72) L. L. pag. 143 nota e: „Bleibet ferner was übrig, so theilet man solches zwischen den andern Creditoren, und gehet von dem einen so viel, als von dem andern proportionaliter ab, nemlich von der einen Mark so viel, als von der andern.“

## B. Location der Gläubiger bei den Behörden der kleinen Städte.

Wie schon erwähnt findet die Locirung der Creditoren in den Behörden der kleinen Städte nach den Rigaschen Statuten Lib. III Tit. X de prioritata creditorum statt. Die Statuten theilen die Gläubiger nicht in einzelne Classen, sondern reihen dieselben in fortlaufenden Nummern an einander und führen selbst die Massegläubiger und Vindicanten hier an, ohne sie von den eigentlichen Concursgläubigern zu unterscheiden. Die Location ist nun folgende:

1) Die öffentlichen Abgaben und Steuern und die auf den Immobilien ruhenden rückständigen Leistungen an Kirchen und geistliche Stiftungen;

2) Die Gerichtskosten und Expensen des Concurfes;

3) Diejenigen, welche ihr eigenes dem Creditar anvertrautes, geliehenes oder zur Aufbewahrung übergebenes Gut, — soweit es noch in natura vorhanden, — vindiciren oder zurückfordern;

4) Diejenigen, welche beim Verkauf einer Sache sich das Eigenthumsrecht, bis zur vollständigen Berichtigung des Kaufpreises, ausdrücklich vorbehalten;

5) Der Miterbe, welcher aus dem noch ungetheilten Nachlaß sein Erbtheil fordert, und der nach stattgefunderer Theilung auf dem gemeinschuldnerischen Immobil als „Erbegehd“ stehen gebliebene Erbtheil eines Unmündigen;

6) Die Begräbniskosten des Creditars und die Kosten der letzten Krankheit desselben;

7) Der Dienstbotenlohn, die Hausmieth<sup>e</sup> 73) und die Kostgelder, es sei denn, daß der Creditor durch Ausantwortung

---

73) Das im Prov.-Cod. Th. III Art. 1404 angegebene gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers eines Gebäudes wird demnach hier unter den absolut privilegirten Forderungen aufgeführt.

der Muta des Miethers, oder durch langes Stillschweigen des Debitoris fidem gefolget;

8) Die Morgengabe der Wittve, wenn sie rechtzeitig zu der im Prov.=Cod. Th. III Art. 1821 bezeichneten Güterabtretung geschritten ist; bei alleiniger Concurrenz mit den Ausspruchsgeldern der Kinder erster Ehe müssen diese vor jenen den Vorzug haben<sup>75</sup>;

9) Derjenige, welcher zur Ausbesserung und Erhaltung eines Hauses dem Schuldner Geld vorgestreckt und dafür ausdrücklich ein Pfandrecht an dem Hause bestellt erhalten hat; vorausgesetzt wird aber, daß das Geld wirklich zu dem angegebenen Zwecke verwandt worden und das Haus auch noch vorhanden ist, daher, wenn dasselbe z. B. völlig zerstört worden, der Grund und Boden, auf welchem dasselbe gestanden, von dem Pfandrechte nicht ergriffen wird, sondern dasselbe als erloschen anzusehen ist. War jedoch das Haus gegen den Untergang versichert, so tritt die Affecuranzsumme an die Stelle desselben; oder wird das Haus wieder aufgebaut, so lebt auch das daran bestellte Pfandrecht wieder auf (Prov.=Cod. Th. III Art. 1419 und 20). Bei Concurrenz mehrerer solcher Pfandrechte wird aber wohl auch hier, — in Grundlage des gemeinen Rechtes, — das jüngere dem älteren vorgehen müssen.

10) Derjenige, welcher zum Ankauf eines Hauses Geld geliehen und sich vor Auszahlung desselben ein Pfandrecht an dem zu kaufenden Hause ausbedungen; gleichfalls unter der Voraussetzung, daß das Geld wirklich dazu verwandt worden.

11) Derjenige, welcher beim Verkauf einer Sache sich ausdrücklich ein Pfandrecht an derselben, bis zur vollständigen Berichtigung der Kaufsumme, vorbehalten hat.

12) Unter dieser *N* befinden sich bei gleichem Alter als einander gleichberechtigt:

- a) Die öffentlichen Pfandrechte <sup>74)</sup>; bei Concurrenz mehrerer steht das später ingrossirte dem früher eingetragenen stets nach (Prov.-Cod. Art. 1612);
- b) Forderungen des Pupillen an den Vormund aus der vormundschaftlichen Verwaltung;
- c) Die bei Eingehung einer neuen Ehe den Kindern früherer Ehe festgesetzten Ausspruchsgelder <sup>75)</sup>.

Bei verschiedenem Alter dieser drei Kategorien von Forderungen hat die ältere vor der jüngeren den Vorzug.

13) Die privaten nicht ingrossirten Pfandrechte. Wenn aber keine öffentlichen Pfandrechte vorhanden sind, concurriren mit den privaten auch die unter № 12, b und c angegebenen Forderungen in der Weise, daß das Alter derselben über den Vorrang entscheidet <sup>75)</sup>.

14) Die Schadenersatzforderung des Deponenten, wenn das Depositum durch Schuld des Creditars (Depositars) in der Masse nicht mehr vorhanden ist.

15) Derjenige, welcher ohne sich ein Pfandrecht aus-

74) Hier ist die im Prov.-Cod. Th. III Art. 1607—1611 angegebene Abweichung von den für Riga gültigen Normen (Prov.-Cod. Th. III Art. 1603 u. 1604) zu beachten; demgemäß können in den kleinen Städten auch öffentliche General- und Mobilien-Hypotheken bei der Location unter dieser № in Betracht zu ziehen sein, während in Riga nur öffentliche Specialhypotheken vorkommen können. — Das Ann. 70 über die Ingrossation und deren Wirkung in Betreff der gesetzlichen Hypotheken Gesagte gilt auch für die kleinen Städte.

75) Anmerkung zu № 8, 12 und 13: Wie ersichtlich wird die Location der Morgengabe, der Ausspruchsgelder und der Ansprüche des Pupillen sich darnach zu richten haben, ob öffentliche oder private Pfandrechte vorhanden sind oder nicht. Sind keine vorhanden, so rücken die Ausspruchsgelder vor die Morgengabe, und sind also, — da ihnen nach dem Prov.-Cod. Th. III Art. 1398 eine stillschweigende Hypothek zusteht, — privilegierte Pfandforderungen. Sind aber öffentliche Pfandrechte da, so sehen wir die eigenthümliche Erscheinung, daß zwei stillschweigende Hypotheken (№ 12, b und c; cf. Prov.-Cod. Th. III Art. 1357 und 98), auch wenn sie nicht ingrossirt sind, den öffentlichen gleichberechtigt erscheinen. (cf. auch Papier-84, die Morgengabe des rigaschen Rechts S. 58—60).

drücklich vorzubehalten, Geld zum Ankauf eines Hauses gegeben hat <sup>76)</sup>).

16) Der Verkäufer einer beweglichen Sache, wenn er sich kein Pfandrecht an derselben vorbehalten, wegen des Restes der Kaufsumme. Der Verkäufer eines Immobilien hat in diesem Fall nach dem Prov.-Cod. Th. III Art. 1406 ein stillschweigendes Pfandrecht an demselben und gehört daher, je nachdem er dasselbe hat ingrossiren lassen oder nicht, unter *N* 12, a, resp. *N* 13.

17) Derjenige, welcher dem Creditar unverzinslich Geld geliehen.

Die Gläubiger unter *NN* 14, 15, 16 und 17 gelangen im Fall die Masse zu ihrer vollständigen Bezahlung nicht ausreichend, pro rata zur Perception.

Schließlich kommen noch diejenigen Creditoren, welche aus einfachen Schuldscheinen, Büchern, Rechnungen, oder sonst irgend wie erweislich etwas zu fordern haben, und werden dieselben alle pro rata befriedigt.

### § 11. Rechtsmittel.

Das nach den dargestellten Grundsätzen gefällte Concursumrtheil wird vom Gericht allen dabei Interessirten, — sowohl den Gläubigern, als auch dem Contradictor und dem Creditar, — bekannt gemacht. Wie jedes Definitivurtheil, so kann auch das Concursumrtheil, wenn die nach den Regeln des ordentlichen Civilprocesses erforderlichen Requisite vorhanden sind, durch die Nichtigkeitbeschwerde oder die Appellation und Revision angefochten werden, mit Beobachtung der für dieselben nach

---

76) Die Rigaschen Statuten führen unter *N* 15 noch den Fall an, wo Geld zur „Reparirung“ eines Hauses ohne ausdrückliche Pfandbestellung gegeben worden. Da jedoch in solchem Fall nach dem Prov.-Cod. Th. III Art. 1407 der Creditor ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Hause hat, so gehört er, — jenachdem sein Pfandrecht ingrossirt oder nicht ingrossirt worden, — unter *N* 12, a oder *N* 13.

dem ordentlichen Civilproceß vorgeschriebenen Formalien. Zu erwähnen wäre aber, daß bei Berechnung der *summa appellationis*, wenn mehrere Interessenten sich zur Appellation gegen das Urtheil vereinigen, jeder einzelne mit seiner Beschwerdesumme die Höhe der Appellationssumme erreichen muß (cf. gemeines Recht, Bayer S. 189), da hier eine bloß äußerliche Vereinigung mehrerer in materieller Beziehung häufig sehr verschiedener Appellationsproceße vorliegt, die nur aus rein practischen Gründen, um das Verfahren und die Kosten zu vereinfachen, stattgefunden hat. — In Betreff der Wirkung der Appellation auf die Rechtskraft des Urtheils *a quo* wird auch im livländischen Landrecht der Grundsatz des gemeinen Rechtes (Fr. 16 D. 20, 4): „*nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere debet; sed sine praejudicio prioris sententiae totum jus alii creditori relinquitur*“, bestätigt. D. h. siegt der Appellant so äußert die dadurch erfolgte Reformation des Urtheils *a quo* nur für ihn ihre Wirkung und alterirt die Stellung eines Anderen garnicht, welcher, — wenn gleich ihm dieselben materiellen Rechtsgründe wie dem Appellanten zur Seite standen, — das Urtheil *a quo* in Rechtskraft hat übergehen lassen<sup>77)</sup>. Hat z. B. ein Gläubiger gegen das dem Cridar zugesprochene *beneficium cessionis honorum* appellirt, und ist vor dem Oberrichter als Sieger hervorgegangen, so ist er allein von den für die Gläubiger nachtheiligen Folgen des dem Schuldner bewilligten *beneficii* befreit, während alle übrigen Creditoren durch die für sie in Rechtskraft über-

77) cf. Appellationsurtheil des Hofgerichts vom 5. December 1838 im Arch. № 3961 des Dörpt. Landgerichts das am Ende lautet: „Da er (Appellant) diesen Nachweis“ (der erzwungenen Güterabtretung und des durch Unglücksfälle hervorgerufenen Vermögensverfalls) „zu liefern nicht vermocht, so hat „Appellanten auf dessen desfallsige Beschwerde der Regreß an des Cridarii „künftiges Vermögen offen gelassen werden müssen, indem die übrigen „Interessenten *sententiam* unde unangefochten in Rechtskraft „haben treten lassen.“

gegangene *sententia a qua* gebunden bleiben. — Greift aber der Appellant die Priorität eines oder einiger ihm vorgezogener Mitgläubiger an, so nehmen Letztere in den in Folge dessen erwachsenden Prioritätsprocessen die Stellung des Appellanten ein, und findet die weitere Verhandlung vor dem Oberrichter ganz nach den Regeln des ordentlichen Civilprocesses statt. Siegt nun der Appellant, so tritt er, wenn der Besiegte in der Classification ihm unmittelbar vorangestellt war, an die Stelle des Letzteren. Befanden sich dagegen zwischen beiden Parteien noch andere bei der Appellation nicht angegriffene Gläubiger, so erscheint ein solcher einfacher Austausch der Location nicht so ohne weiteres statthast, da dadurch möglicher Weise die Stellung der dazwischen liegenden Creditoren bedeutend alterirt werden könnte<sup>78)</sup>. Es kommt demnach hier darauf an, ob die Forderung des Appellanten ebenso groß, größer oder kleiner wie diejenige des Appellaten ist. Im ersten Fall steht, der angegebenen Rechtsregel gemäß, dem einfachen Austausch der Stellen der betreffenden Parteien nichts im Wege. Im zweiten Fall dagegen wird der siegende Appellant nur bis zum Betrage der Forderung des Appellaten in dessen Stelle eintreten dürfen und mit dem Rest an seinem ursprünglichen Plage verbleiben müssen, allerdings mit dem Anspruch, in Betreff dieses Restes vor dem Appellaten befriedigt zu werden. Prätendirt daher der Appellant mit dem ganzen Betrage seiner Forderung eine bessere Stelle, als ihm in der *sententia a qua* angewiesen worden, so wird er, — wenn seine Forderung größer als die an der prätendirten Stelle locirte, und *creditores intermedii* vorhanden, — um diesen

78) Hat z. B. der siegende Appellant eine Forderung von 10000 Rubeln, während diejenige des Appellaten nur 1000 Rubel betrug, so würden durch einen einfachen Stellenaustausch die zwischen Beiden liegenden Creditoren leicht garnicht mehr, oder doch nur theilweise zur Perception gelangen, was aber mit dem oben angeführten Rechtsgrundsatz: *nec inter alios res judicata u. s. w.* unvereinbar erscheint. (cf. auch Bayer Concursspr. S. 188).

Zweck zu erreichen Letztere gleichfalls als Appellaten belangen müssen. Im dritten oben angegebenen Fall rückt der Appellant in die Stelle des Appellaten; Letzterem verbleibt jedoch der sich dabei ergebende Rest des ursprünglichen Postens, und mit dem übrigen Theil seiner Forderung wird er an die frühere Stelle des Appellanten locirt. — Will aber der Appellat den Nachtheil vermeiden, welcher ihm durch seine Nachsetzung hinter die creditores intermedii erwächst, so hat er ihre Heranziehung in den Prioritätsstreit vor dem Obergerichte sofort in seiner Appellationswiderlegung zu bewirken. In solchem Fall kann dann im Appellationsurtheil über alle diese Posten, nach Prüfung der materiellen Rechtsgründe, erforderlichen Falles eine ganz neue Location desselben verfügt werden.

Alle anderen bei der Ergreifung eines Rechtsmittels gegen das Concursumurtheil in Betracht kommenden Momente bedürfen hier keiner näheren Erörterung, da für dieselben ganz die Regeln des ordentlichen Civilprocesses Geltung haben.

### Abchnitt 3. Das Distributionsverfahren.

#### § 12. Distributionsbescheid und Distributionsrechnung.

Nachdem das Concursumurtheil rechtskräftig geworden ist, hat das Gericht sofort eine Bekanntmachung und Vorladung der Interessenten zu erlassen, in welcher dieselben aufgefordert werden, sich zu dem zur Publication des Distributionsbescheides und Eröffnung der Distributionsrechnung festgesetzten Termin einzufinden<sup>79)</sup>. Bis zu diesem Termin ergreift das

79) Hofgerichts-Constitution vom 31. August 1818 sub 4: „Vor Publication oder Extradition der Distributions-Erkenntnisse und der unactu zu bewerkstelligenden Edition der Concursum- und Exdivisions-Rechnungen ist darüber zeitig vorher und mit Anzeige des angelegten Publications- und Extraditions-Tages von den Unterbehörden eine Bekanntmachung und Vorladung der Interessenten zu erlassen, auch solche gleich den Proclamationen, more solito, zur allgemeinen Wissenschaft zu bringen.“

Gericht die geeigneten Maßregeln zur vollständigen Flüssigmachung der Activmasse, indem es alle während der Dauer des Concurſes etwa ausgetretenen oder sonst irgendwie angelegten Gelder der Masse wieder eintreibt. Ferner zieht das Gericht die Rechnungen der Massegläubiger ein, und berechnet die durch das ganze Concurſverfahren der Masse verursachten Kosten, welche von dem Activbestande derselben in Abzug zu bringen sind<sup>80)</sup>. Die auf diese Weise klar gestellte Activmasse wird dann auf die eigentlichen Concurſgläubiger, nach der im Concurſurtheil enthaltenen Anordnung, mit Berücksichtigung der durch etwa ergriffene Rechtsmittel hervorgerufenen Modificationen, verrechnet. Das Ergebnis aller dieser gerichtlichen Maßregeln und Untersuchungen bildet den Inhalt der sog. Distributionsrechnung. Der Distributionsbescheid aber, welcher an dem in der Bekanntmachung festgesetzten Tage zu publiciren ist, enthält der Praxis gemäß: 1) Die Verfügung, daß nunmehr die Distributionsrechnung eröffnet werden soll; 2) Die Aufforderung an die Interessenten, ihre etwaigen Einwendungen gegen die Richtigkeit der Distributionsrechnung binnen bestimmter Frist bei Gericht vorzubringen, bei der Androhung, nach Ablauf derselben sie als die Richtigkeit der Rechnung Anerkennende zu betrachten; 3) In der Regel die Festsetzung eines Termins, von welchem an die Auszahlung an die Creditoren zu beginnen hat. — Werden nun von den Interessenten Einwendungen gegen die Richtigkeit der Distributionsrechnung erhoben und stellen sich dieselben als begründet heraus, so werden diese Rechnungs- und Schreibfehler, — wie im ordentlichen Civilproceß in solchen Fällen, — von demjenigen Gerichte, welches die Rechnung und den Bescheid angefertigt, selbst wieder zurecht gestellt. (cf. z. B. Arch. № 3961 des Dörpt. Bd.)

80) Der Abzug der Concurſkosten findet statt *pro rata* der ursprünglichen Vermögensobjecte, nicht aber von den einzelnen im Concurſe zur Perception gelangenden Forderungen (cf. die Concurſacten des Hofgerichtes).

### § 13. Die Beendigung des Concurſsprocesses.

Seinen völligen Abschluß findet der Concurſsproceß mit der gemäß dem Distributionsbeſcheide und der Distributionsrechnung erfolgenden Auszahlung an die Gläubiger<sup>81)</sup>. Letztere haben vor Empfang der ihnen zukommenden Summen den im Concurſsurtheil (Th. II, § 11, I, 7) vorgeschriebenen Gläubigereid zu leisten, und ihre Original=Schulddocumente spätestens jetzt bei Gericht einzuliefern. Ueber die geschene Eidesleistung und Auszahlung wird jedes Mal ein gerichtliches Protocoll aufgenommen, mit welchem dann der Concurſsproceß schließt.

Hofgerichts=Advocat Harald von Wahl.

---

81) Allerdings finden auch schon früher während des Ganges des Concurſsprocesses häufig Auszahlungen an einzelne Gläubiger statt, jedoch nur unter den Voraussetzungen, daß dieselben sicher zur Perception gelangen werden und es ohne Beeinträchtigung der übrigen Interessenten geschehen kann. Unter allen Umständen hat aber der betreffende Gläubiger dann noch genügende Sicherheit für eine eventuelle Rückzahlung zu leisten.

---

## XI.

### Das gerichtliche Verfahren in Wechselfachen nach Kevalschem Stadtrecht.

---

Wie überhaupt alles Recht unserer Provinzen sich in Land- und Stadtrecht scheidet, so tritt uns diese Scheidung in Estland auch im Wechselrecht entgegen: für das Land gilt die schwedische, für die Stadt die lübische Wechsel-Ordnung. Demgemäß hat sich auch das Verfahren für die Beitreibung von Wechselforderungen in beiden Rechtsgebieten verschieden gestaltet und zwar so, daß ein eigenthümlicher, ausschließlich auf Wechselfachen Anwendung findender Proceß sich nur im Stadtrecht ausgebildet hat, während Wechselforderungen an alle der städtischen Jurisdiction nicht unterworfenen Personen in derselben Weise, wie alle andern unstreitigen Forderungen beigetrieben werden. Dieses erklärt sich daraus, daß die Beitreibung derselben schon früh und zwar durch die kön. schwedische Executions-Ordnung von 1669 den Gerichten des Landes entzogen und den mit der Executivgewalt betrauten Autoritäten übertragen wurde, d. h. den kön. schwedischen Befehlshabern, dann unter russischer Herrschaft den Gouverneuren und seit 1783 den Gouvernements-Regierungen. Bei den letzteren sollen nämlich nach Pct. 97 der Gouvts.-Verordnung Wechsel, unterschriebene Rechnungen, deutliche und formelle Contracte, überhaupt alle Sachen, bei denen kein Widerspruch und Streit stattfinden kann, ausgeklagt und zur Execution gebracht werden, während

die Zuständigkeit der städtischen Gerichte zur Verhandlung von Wechselsachen niemals einer Aenderung unterworfen worden ist.

### § 1. Quellen.

Das Verfahren der städtischen Gerichte in Wechselsachen, welches im Wesentlichen mit dem auch im gemeinen Recht geltenden übereinstimmt, beruht, wie auch das materielle Wechselrecht, zum größten Theil auf gemeinrechtlicher Grundlage, da die Bestimmungen der stadtrechtlichen Quellen über diese Materie äußerst dürftig sind. Mit Ausnahme der etwa einschlägigen Bestimmungen des Lübschen Stadtrechts ist die Lübsche Wechsel-Ordnung vom 26. August 1662 („Eines Erbaren Rathes Ordnung, wie in Wechsel-Sachen procedirt werden sol“), die einzige Quelle und diese enthält für das materielle Recht fast gar keine, für den Proceß nur wenige Vorschriften. Die „revidirte und verbesserte Wechsel-Ordnung, danach in der Stadt Lübeck Ober- und Untergerichten in Wechsels-Sachen soll verfahren werden“ vom 24. Novbr. 1669 ist zwar durch einige Zusätze vermehrt, hat aber in Reval keine gesetzliche Geltung erlangt, wenigstens findet sich in den Urtheilen der Stadtbehörden nirgends eine Berufung auf dieselbe. Doch scheint sie nicht ohne Einfluß auf die Praxis geblieben zu sein <sup>1)</sup>, da mehrere der darin enthaltenen Vorschriften von derselben befolgt werden. Dasselbe ist auch mit dem Appendix vom 15. Jan. 1706 der Fall, da der Wechselproceß gegenwärtig ohne Unterschied auch auf Grund von Wechseln, welche „keine drei Personen oder keine distantiam loci begreifen“ Platz greifen kann.

Dagegen ist sowohl die für das Land gültige schwedische Wechsel-Ordnung vom 10. März 1671, als auch das russische Wechselrecht für Reval von keiner Bedeutung, die erstere hat, wie ein Erkenntniß des Niedergerichts vom 20. Aug. 1825 ausspricht,

1) Siehe Bunge: Die Quellen des Revaler Stadtrechts. S. 236.

niemals vim legis gehabt, das letztere kam früher zur Anwendung, wenn der Wechsel ausdrücklich nach russischem Wechselrecht ausgestellt war, ist aber, seitdem dieses den Bewohnern Estlands durch den Senats-Ukas vom 12. Septbr. 1805 verboten ist, nur für die im Reiche ausgestellten Wechsel im Gebrauch.

### § 2. Der Gerichtsstand für Wechselfachen.

Die zur Verhandlung von Wechselforderungen gegen Personen, die der städtischen Gerichtsbarkeit unterworfen sind, competenten Gerichte sind im Prov.-Cod. Bd. I angegeben. Demnach sortiren dieselben vor das Niedergericht in erster, vor den Rath in zweiter Instanz. Von hier können sie unter den gewöhnlichen Voraussetzungen vermittelt des Rechtsmittels der Revision an den Senat gelangen.

Gehen wir nunmehr zur Darstellung des Verfahrens über, so sind zunächst die Voraussetzungen desselben und sodann das Verfahren selbst zu betrachten.

## Erster Abschnitt.

### Die Voraussetzungen des Wechselprocesses.

#### § 3. Allgemeines.

Soll überhaupt das für Wechsel eigenthümliche Verfahren eintreten, so müssen zunächst die dazu erforderlichen Vorbedingungen vorhanden sein. Diese sind:

- 1) die Fähigkeit der Parteien als solche im Wechselproceß aufzutreten und
- 2) das Vorhandensein einer formell genügenden, nicht präjudicirten Urkunde.

Ist hinsichtlich dieser Erfordernisse ein Mangel vorhanden, so greift nicht der Wechselproceß, sondern das gewöhnliche, nach Umständen das executivische Verfahren Platz.

#### § 4. Fähigkeit der Parteien.

Zur Fähigkeit als Partei im Wechselproceſſe aufzutreten, gehört zunächſt, daß die Parteien überhaupt die Fähigkeit beſitzen, Wechselberechtigungen zu erwerben und Wechselverpflichtungen zu übernehmen, alſo activ und paſſiv wechſelfähig ſind, ſodann, daß ſie im gegebenen Fall auch die wirklich Berechtigten und Verpflichteten ſind und ſich alſo ſolche legitimiren.

I. Die Wechſelfähigkeit, welche urſprünglich, alſo ſich das Wechſelgeſchäft alſo ſelbſtändiges Inſtitut entwickelt hatte, keine bloß den Kaufleuten zukommende Eigenschaft war und erſt durch ſpättere Particulargeſetze einer ganzen Reihe von Perſonen entzogen wurde<sup>2)</sup>, iſt provinzialrechtlich ebenſo wenig, wie im gemeinen Recht, irgend einer Beſchränkung unterworfen. Demnach ſteht ſie zu:

activ: jedem, der aus einem Vertrage Rechte erwerben kann,  
paſſiv: jedem, der fähig iſt, ſich vertragsmäßig zu verpflichten.

Die Wechſelfähigkeit iſt an die allgemeine Diſpoſitionsfähigkeit geknüpft, nicht aber, wie ſämmtliche Schriftſteller des gemeinen Rechts anerkennen, an die Fähigkeit gebunden, alle und jede Verträge einzugehen. Die den Frauen, Geiſtlichen, Staatsbeamten u. ſ. w. in Beziehung auf einzelne Geſchäfte entgegenſtehenden Beſchränkungen und Erſchwerungen haben auf ihre Wechſelfähigkeit keinen Einfluß<sup>3)</sup>. Denn da der Wechſel abgesehen von dem zu Grunde liegenden Geſchäft eine ſelbſtändige Obligation begründet, ſo kann es ſich, wie Borchardt bemerkt, in Beziehung auf dieſe Perſonen nur fragen, inwiefern aus der Natur des reſp. Geſchäfts ein Einwand gegen die Wechſelverpflichtung hergenommen werden kann. Die Ent-

2) Renand: „Lehrbuch des gemeinen deutſchen Wechſelrechts.“ § 23.

3) Borchardt u. L. Jacoby in Weiße's Rechtslegicon. Bd. XIV.

scheidung dieser Frage hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab und kann nur nach den Grundsätzen des Privatrechts erfolgen 4). Im Einzelnen ist zu bemerken:

Unverheiratheten Frauenspersonen ist es nicht verwehrt, sich wechseltrechtlich zu verpflichten, da ihre Dispositionsfähigkeit nach Prov.-Cod. III Art. 512 keiner Beschränkung unterliegt. Ähnlich verhält es sich mit Ehefrauen, nur haften sie, falls sie nicht Kauffrauen sind, nur mit ihrem Sondergut und erst nach aufgelöster Ehe auch mit ihrem übrigen, in der Verwaltung des Mannes befindlichen Vermögen 5). Hinsichtlich der Uebnahme von Bürgschaften in Form und bei Wechselverbindungen durch Frauen gelten die allgemeinen Grundsätze des Privatrechts, so daß also die Frau, die „ihrer fräulichen Gerechtsame nicht erinnert und sich derselben nicht verziehen“ das beneficium S. C. Vellejani geltend machen kann. Doch steht ihr diese Einrede im Wechselproceß nicht gegen jeden Kläger zu, sondern nur gegen denjenigen, der das unerlaubte, die Intercession bergende Geschäft mit ihr abschloß, sowie gegen den Nachmann desselben, der von der Intercession Kunde hatte. Dagegen kann sie dieselbe dem Wechselinhaber, der von einer Bürgschaft seitens der Frau nichts wußte, nicht entgegensehen. Denn da einerseits die Bürgschaften der Frauen, welche obige Voraussetzungen nicht erfüllen, ungültig sind und dadurch nicht gültig werden können, daß eine besondere, die Wechsel-Form, für sie gewählt wird, andererseits die Wechselstrenge, welche diese Forderungen vor allen übrigen auszeichnet, gerade in dem Verzicht auf alle Einreden, welche dem Nehmer des Wechsels gegenüber geltend gemacht werden können, für den Fall, daß er in andere Hände übergeht, ihr Wesen hat 6), so

4) Ebenbaselbst S. 357.

5) Prov.-Cod. III Art. 103.

6) Brauer: „Die allgemeine deutsche Wechsel-Ordnung.“ S. 34.

scheint diese Ansicht unter den von den Schriftstellern vertretenen, die meiste Billigung zu verdienen.

Unmündige können, wie im gemeinen Recht<sup>7)</sup>, durch ihre Vormünder wechselrechtlich verpflichtet werden, da die Vormünder im Interesse ihrer Mündel Verträge aller Art abschließen können, welche für die Pupillen verbindlich sind<sup>8)</sup>. Derselben Geistesranke, Verschwender u. s. w.<sup>9)</sup>.

Großjährige, in elterlicher Gewalt stehende Kinder dürfen auch ohne elterliche Genehmigung Verbindlichkeiten, mit hin auch Wechselverbindlichkeiten übernehmen und haften für dieselben mit ihrem Sondergut und ihrem künftigen Vermögen<sup>10)</sup>.

Endlich müssen auch Geistliche als wechselfähig angesehen werden, da ihnen die Rechte des persönlichen Adels eingeräumt sind, Edelkenten aber der Art. 884 d. Prov.-Cod. Bd. II ausdrücklich gestattet, Wechsel auszustellen. Dem Wechselarrest dagegen können sie, als mit ihrer Stellung unvereinbar nicht unterworfen werden.

Die Wechselfähigkeit muß nach der Zeit der Ausstellung des Wechsels beurtheilt werden, also in dem Zeitpunkt vorhanden gewesen sein, wo sich der Beklagte nach Wechselrecht verpflichtete, zur Zeit der Klageanstellung ist sie weder genügend, noch überhaupt erforderlich. Es wird also gegen den Schuldner, der nach der Ausstellung des Wechsels die Wechselfähigkeit verlor, z. B. geisteskrank wurde oder in einen Stand trat, dem die Wechselfähigkeit entzogen ist<sup>11)</sup>, nichtsdestoweniger nach Wechselrecht verfahren werden können, dagegen kann ein von einem Wechselunfähigen ausgestellter Wechsel, auch wenn der Grund der Unfähigkeit später wegfällt, als Wechsel nicht zur Ausklage gebracht werden.

7) Renaud a. a. O. § 22.

8) Prov.-Cod. III Art. 398.

9) Ebenbaselbst Art. 495.

10) Ebenbaselbst Art. 223.

11) S. Art. 546 der russ. Wechsel-Ord. im XI. Bde. der Reichsgesetze.

Der Beweis, daß der Beklagte zur Zeit der Wechselverpflichtung passiv wechselfähig gewesen sei, kann dem Kläger nicht zugemuthet werden, da die Wechselfähigkeit keiner Beschränkung unterliegt und für dieselbe daher eine rechtliche Vermuthung streitet. Auch würde ein solches Verlangen die Realisirung der Wechselforderungen erschweren und dadurch nur hemmend auf den Wechselverkehr wirken können.

II. Nicht minder wichtig für die Begründung des Wechselprocesses als die Wechselfähigkeit, ist die Legitimation der Parteien. Insbesondere muß der Kläger sofort mit der Klage die auf diesen Punct sich beziehenden Urkunden und sonstigen Beweismittel vorstellen. Der Kläger legitimirt sich namentlich: falls er Remittent ist durch Production der auf ihn gestellten Originalwechselurkunde, falls er Indossatar ist durch ein fortlaufendes, bis auf ihn hinabreichendes Giro oder wenn der Wechsel in blanco indossirt ist durch den Besitz des Wechsels selbst. Ein Blancoindossament wurde jedoch von der älteren Praxis bisweilen nicht für hinreichend geachtet<sup>12)</sup>. Ist er Erbe, so muß er sich als solcher und als zur Erhebung der Forderung befugt ausweisen, ist er Vormund oder Curator durch Vorlegung des Tutoriums oder Curatoriums legitimiren u. s. w.

Tritt der Kläger für einen anderen Interessenten auf, so muß er dessen Vollmacht beibringen, welche sowohl in der gewöhnlichen Form, als auch durch das sog. unentgeltliche Indossament ertheilt werden kann. Dem Inhaber eines solchen in procura indossirten Wechsels räumte die Praxis eine Zeitlang so gar das Recht ein, im eigenen Namen zu klagen und Zahlung zu empfangen, was auch in einem Erkenntniß vom 23. Octbr. 1847 ausdrücklich ausgesprochen ist, doch hat sich

---

12) Erkl. vom 16. Oct. 1824; siehe auch Danz: „Grundsätze der summar. Prozesse.“ § 88.

dieselbe neuerdings wieder dem gemeinrechtlichen Grundsatz zugewandt, welcher ihm die Stellung eines bloßen Mandatars anweist. — Ein Indossament nach Verfall des Wechsels und erhobenem Protest wird halb, wie ein indossamentum in procura angesehen, ja bisweilen noch eine Specialvollmacht vom Procuristen verlangt<sup>13)</sup>, bald wie ein vollständiges Indossament behandelt<sup>14)</sup>.

### § 5. Die Wechselurkunde.

Die Möglichkeit einer gerichtlichen Geltendmachung von Wechselforderungen beruht ferner und zwar hauptsächlich auf dem Vorhandensein einer rechtsgenügenden Urkunde. Als solche gilt nur der Wechsel, gleichviel, ob eigener oder transfirter, ob Platz-, oder Distancewechsel, andere Papiere mit Wechselkraft, wie sie in Deutschland, England u. s. w. vorkommen, kennt unser Provinzialrecht nicht. Um aber überhaupt eine wechselrechtliche Wirkung hervorbringen zu können, also Wechsel zu sein, muß die Wechselurkunde sowohl allen gesetzlichen Erfordernissen hinsichtlich ihrer Form und ihres Inhalts entsprechen, als auch zur Zeit der Anstellung der Klage noch bei vollkommener Kraft sein.

I. Hinsichtlich der Erfordernisse eines Wechsels gelten beim Mangel einheimischer Bestimmungen die Regeln des gemeinen Rechts. Zu denselben gehören demnach<sup>15)</sup>:

1) die Bezeichnung der Urkunde als Wechsel im Contexte selbst. Dagegen genügt die einfache Wechselclausel oder das Versprechen „nach Wechselrecht zahlen zu wollen“ nach unserem Recht nicht, obgleich es nach gemeinem Recht hinreichend ist<sup>16)</sup>. Ist der Wechsel in einer fremden Sprache

13) S. Bescheid v. 6. Sept. 1823, desgl. v. 23. März 1825.

14) Erfl. v. 13. April u. 20. Aug. 1825, 11. Oct. 1845, 11. Juli 1855 u. s. w.

15) Renaud a. a. D. § 15; Weiske's Rechtslexicon. S. 364 ff.

16) Renaud a. a. D. § 15.

ausgestellt, so muß der entsprechende Ausdruck darin gebraucht sein.

2) Die Angabe der zu zahlenden Geldsumme (Wechselsumme) in Buchstaben. Auch in Estland können Wechsel nur auf Geld, nicht auf Waaren oder andere Gegenstände gestellt werden. Die Auszahlung geschieht in russischer Münze, auch wenn der Wechsel auf eine andere Münze lautet, in welchem Fall der Betrag nach dem Course berechnet wird.

3) Die Angabe der Person oder Firma, an welche oder an deren Ordre gezahlt werden soll.

4) Die Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll.

5) Die Unterschrift des Ausstellers mit seinem Namen oder seiner Firma. Der Vorname ist nicht unbedingt erforderlich, es genügt vielmehr, wenn aus der Unterschrift die Person des Ausstellers unzweifelhaft hervorgeht<sup>1</sup> ).

6) Die Angabe des Ortes und des Datums der Ausstellung.

7) Die Bezeichnung des Bezogenen mit seinem Namen oder seiner Firma bei Tratten.

8) Angabe des Ortes, wo die Zahlung erfolgen soll. Ist ein solcher nicht hinzugefügt, so gilt bei trassirten Wechseln der Ort, der neben dem Namen des Bezogenen steht, bei eigenen der Ausstellungsort zugleich als Ort der Zahlung.

Als neuntes, nicht gemeinrechtliches Erforderniß eines in Reval ausgestellten Wechsels kommt noch der Gebrauch des vorschriftmäßigen Stempelpapiers hinzu. Die hierüber geltenden Bestimmungen sind in den Reichsgesetzen enthalten.

Der außerwesentliche Inhalt des Wechsels, wie der Zusatz „nicht an Ordre,“ Sicherstellung durch eine Hypothek, Verabredung von Zinsen u. s. w. kommt hier nicht weiter in Betracht. Nur soviel sei beiläufig bemerkt, daß auch die Be-

17) Renaud a. a. D. Note 5.

scheinigung über den Empfang der Valuta keinen wesentlichen Bestandtheil des Wechsels bildet, obwohl sie in der Regel hinzugesetzt zu werden pflegt.

II. Der Wechsel muß, um zur Grundlage eines Wechselprocesses dienen zu können, zur Zeit der Anstellung der Klage noch bei vollkommener Kraft sein, d. h. er muß unstreitig fällig, nicht präjudicirt und noch nicht verjährt sein.

Die Fälligkeit des Wechsels ergibt sich aus der Urkunde selbst. Er darf aber auch nicht präjudicirt sein, d. h. es darf keine von den durch die Gesetze zur Aufrechterhaltung der Wechselwirkung vorgeschriebenen Formalitäten unbeobachtet gelassen sein. Insbesondere muß der Wechsel dem Schuldner zur Zahlung präsentirt und in vorgeschriebener Weise Mangels Zahlung protestirt sein. Ueber die beim Protest zu beobachtenden Formen entscheiden die Gesetze des Ortes, wo derselbe vorgenommen wird. In Reval muß derselbe am letzten der durch die Lübische Wechsel-Ordnung vorgeschriebenen zehn Respittage stattfinden und wird durch den Magistrat vollzogen.

Den Nachweis, daß die Bedingungen zur Bewahrung der Wechselkraft der Urkunde erfüllt seien, muß der Kläger sofort mit seiner Klage liquid stellen, durch Beibringung des Protestinstruments u. s. w. Ist er diesen Beweis zu liefern außer Stande, ist der Protest ganz unterblieben oder verspätet oder sonst eine gesetzliche Vorschrift unerfüllt gelassen, so geht der wechselfähige Anspruch verloren und das Gericht erkennt von Amtswegen nicht nach Wechselrecht.

Endlich darf der Wechsel nicht verjährt sein. Die meisten Particularrechte, so auch die allgemeine deutsche Wechselordnung, bestimmen für Wechselklagen besondere und zwar für die verschiedenen Klagen verschiedene Verjährungsfristen. Unser Provinzialrecht dagegen kennt solche besondere Fristen nicht. Es gilt daher für dieselben die gewöhnliche zehnjährige Ver-

jährungsfrist und zwar für alle Klagen ohne Unterschied. Ebenso sind auch die übrigen Grundsätze über die Verjährung (Ruhen, Unterbrechung, Berechnung derselben) nach Prov.=Cod. III Art. 3618—40 zu beurtheilen. Die Wirkung der Verjährung ist deshalb auch die, daß die Forderung ganz erlischt und auch im gewöhnlichen Civilproceß nicht mehr geltend gemacht werden kann.

## Zweiter Abschnitt.

### Das Verfahren.

#### § 6. Allgemeines.

Das Verfahren in Wechselsachen zeichnet sich vor dem ordentlichen durch seine größere Kürze und seinen summarischen Charakter aus. Der ordentliche Proceß, dessen Zweck darin besteht, die vorliegende Sache nach allen ihren Seiten einer gründlichen Erörterung zu unterwerfen und durch den Richterspruch für immer zu erledigen, kann wegen der dabei unvermeidlichen Verzögerungen dem Wechselrecht nicht genügen, welcher seiner Natur nach die Möglichkeit einer schnellen Realisirung der Forderung verlangt. Es ist daher Alles, was irgend Weiterungen herbeiführen kann, im Wechselproceß ausgeschlossen, die Fristen sind verkürzt und Behauptungen der Parteien, die eines längern Beweises bedürfen, ausgeschlossen. Eben deshalb hat aber der Wechselproceß einen bloß provisorischen Charakter, er ist bloß auf eine schnelle Erledigung, nicht auf eine eingehende Erörterung der Sache berechnet und alle wegen Illiquidität in demselben ausgeschlossenen Einreden u. s. w. sind der Ausführung im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Diese verkürzte Proceßart ist aber für die Wechselsachen keine ausschließliche; dieselben können vielmehr auch im ordentlichen Verfahren ausgefochten werden. Denn da sie nur den Vor-

theil des Berechtigten wahrnimmt, so ist selbstverständlich, daß ihm freistehen muß von diesem Vortheil Gebrauch zu machen oder nicht.

Was den Gang des Verfahrens betrifft, so erscheint der Wechselproceß in Neval, als eine Art des Executivprocesses<sup>18)</sup>, so daß, wie auch im gemeinen Recht<sup>19)</sup>, zunächst nur ein Recognitionstermin anberaumt wird, während die Execution erst nach gefällttem Urtheil durch einen selbstständigen Antrag erbeten werden muß. Somit ist die parate Execution, obwohl in der Lübischen Wechsel-Ordnung ausgesprochen<sup>20)</sup>, in der Praxis weggefallen.

Die Eigenthümlichkeiten des Wechselprocesses bestehen im Einzelnen darin:

1) daß die Verhandlung *usque ad sententiam* mündlich ist<sup>21)</sup>. Nur die Klage kann auch schriftlich übergeben werden;

2) daß die Fristen abgekürzt sind;

3) daß der Beklagte keine Cautionen verlangen darf;

4) daß die Einredevertheidigung beschränkt ist;

5) daß Rechtsmittel keinen Suspensiveffect haben.

### § 7. Die Klage.

Als Kläger im Wechselproceß aufzutreten ist nicht nur der Inhaber der Wechselurkunde, mag er nun Remittent oder Indossatar sein, berechtigt, sondern auch Jeder, auf den das Recht jener Personen übergegangen oder übertragen ist, wie namentlich der Erbe, Cessionar und der gehörig legitimirte Stellvertreter und steht diesen Personen die Klage gegen den

18) Vgl. den Bericht des Rathes über das gerichtliche Verfahren v. 10. Nov. 1784.

19) Endemann: „Das deutsche Civilproceßrecht“ § 273 Note 7.

20) „Und aber nach aller Rechtsgelehrten Meinung die *parata executio* in solchen Wechselfachen Platz hat.“ Vgl. auch den Appenzig v. 1706.

21) Bericht des Rathes v. 1784.

Acceptanten, so wie den Aussteller des eigenen Wechsels, gegen den Trassanten und alle Vormänner, endlich auch gegen den Bürgen zu. Die Verbindlichkeit des letztern unterliegt aber andern Grundsätzen, als im gemeinen Recht. Sie wird nämlich nach den Regeln des Privatrechts beurtheilt. Demnach steht ihm, auch wenn er seine Bürgschaft in der Wechselurkunde selbst verschrieben hat, die Rechtswohlthat der Vorauflage gegen jeden Gläubiger zu, er haftet aber, falls sich der Hauptschuldner als zahlungsunfähig erweist, gleich ihm nach Wechselrecht. Nur dann darf er sich dieser Rechtswohlthat nicht bedienen, wenn er sich ausdrücklich als Selbstschuldner, expromissorischer Bürge oder Cavent, verbindlich gemacht hat, ferner wenn der Hauptschuldner erweislich zahlungsunfähig oder der Concurß über sein Vermögen ausgebrochen ist<sup>22)</sup>.

Wie alle übrigen, so werden auch die Wechselsachen im Niedergericht unter Anschlag verhandelt. Der Kläger bittet beim Vorsitzenden des Gerichts um Anschlag der Sache zu einem bestimmten Tage und das Gericht erläßt von sich aus die Citation, die Tags vor dem anberaumten Termine dem Beklagten insinuiert werden muß. In dem Termin überreicht der Kläger seine Klage entweder schriftlich oder bringt sie, was das Gewöhnliche ist, mündlich an und producirt mit derselben den Originalwechsel, das Protestinstrument und die sonstigen Urkunden, welche seine Klage begründen. Bei Regreßklagen insbesondere müssen die Beweismittel für die designirten Kosten, wie Courszettel, Retourrechnungen u. s. w. hinzugefügt sein. Wird die Klage durch einen Stellvertreter erhoben, so muß derselbe auch seine Vollmacht gleich mit derselben einreichen. Ist hinsichtlich des Legitimationspunctes irgend ein Mangel, so kann, wie im ordentlichen Proceß, das Gericht so-

22) Prov.-Cod. III Art 4519—23.

wohl von Amtswegen, als auch auf Antrag der Gegenpartei die nachträgliche Beseitigung desselben fordern.

Eine besondere Form für die Klage existirt nicht. Sie muß nur kurz und klar sein. Das Petitum ist auf Condemnation des Beklagten zur Zahlung des ausgeklagten Wechselcapitalz, der Zinsen und der gehaltenen Kosten, welche genau angegeben sein müssen, nach Wechselrecht gerichtet. Die Recognition der Urkunde braucht nicht ausdrücklich verlangt zu werden, sie versteht sich von selbst.

Die Regeln über Klagenhäufung kommen hier ganz in derselben Weise, wie im ordentlichen Proceß, zur Anwendung, so daß also sowohl die mehrern Aussteller eines Wechsels, oder der Aussteller und der selbstschuldnerische Bürge u. s. w. in einer Klage belangt werden, als auch mehrere von demselben Beklagten ausgestellten, indossirten u. s. w. Wechsel zugleich ausgeklagt werden können.

### § 8. Die Verttheidigung des Beklagten.

Nachdem der Kläger seine Klage angebracht hat, wird dem Beklagten der Originalwechsel ad recognoscendum vel diffidentum vorgelegt und derselbe muß sich in *continenti* auf die Klage erklären.

Bleibt er in diesem ersten Termine ungehorsam aus, so wird ihm die Klage auf seine Kosten schriftlich zugefertigt und ihm aufgegeben sich binnen einer kurzen Frist, regelmäßig bis zur nächsten ordinairn Sitzung des Gerichts *sub poena praeclusi et recogniti* entweder in Person oder durch einen gehörig legitimirten Stellvertreter zu erklären. Erscheint der Beklagte auch das zweite Mal nicht, so gilt der Wechsel für *recognoscirt* und er wird mit allen seinen Einreden *praecludirt*. Etwaige Gegenforderungen kann er dagegen *separatim* ausführen. Der Eintritt der *Contumacialnachteile* setzt hier übri-

gens, wie im ordinären Proceß eine *accusatio contumaciae* voraus.

Die Erklärung des Beklagten kann eine verschiedene sein :

1) Er erkennt seine Unterschrift und Zahlungsverbindlichkeit pure an. In diesem Fall ist die Verhandlung geschlossen und es wird sogleich zum Urtheil *concludirt*.

2) Er erkennt seine Unterschrift an, schützt aber Einreden vor. Auf diese muß sich der Kläger dann gleich erklären und es findet ein weiteres mündliches Verfahren statt, bis die Parteien keine weiteren Anträge zu stellen haben.

Die Exceptionalvertheidigung ist aber im Wechselproceß beschränkt, wenn auch nicht in dem Maße, wie im gemeinen Recht. Die Lübische Wechsel-Ordnung läßt allerdings nur zwei Einreden zu, die *exceptio doli mali* und *solutionis*, doch wird diese Vorschrift von der Pragis nicht streng beobachtet. Außer jenen beiden müssen selbstverständlich alle diejenigen statthast sein, welche sich auf die Competenz des Gerichts oder auf einen Mangel hinsichtlich der nothwendigen Voraussetzungen des Wechselprocesses beziehen, da diese schon von Amtswegen supplirt werden können. Hierher gehören die gerichtssablehnenden Einreden, wie die *exceptio fori incompetentis*, *litis alibi pendentis* u. s. w., ferner die Einrede, daß die Sach- oder Proceßlegitimation ungenügend sei oder fehle, endlich alle diejenigen, welche aus dem Wechsel selbst und dem Wechselrecht hervorgehn, wie z. B. die Einrede, daß die Form oder der Inhalt der Wechselerklärung mangelhaft sei, daß die Verfallzeit noch nicht eingetreten, daß der Protest oder eine andere wechselrechtliche Förmlichkeit unterblieben sei u. s. w. Die Pragis gestattet aber auch andere Einreden, wie die der Compensation, des Vergleichs, der Güterabtretung u. s. w., die nach der Wechsel-Ordnung eigentlich ausgeschlossen sein sollten<sup>24)</sup>.

24) Man kann vielleicht alle diese Einreden unter den weiten Begriff

Auch die *exceptio non numeratae valutae*, welche im gemeinen Recht jetzt ganz beseitigt ist<sup>25)</sup>, in der ältern Theorie dagegen, wenn auch in beschränktem Umfange zulässig war<sup>26)</sup>, scheint nach einem Erkenntniß vom 29. Mai 1847 für statthaft erachtet worden zu sein. In demselben heißt es nämlich in Bezug auf diese Einrede: „... dieser völlig beweislose Einwand der Impetratin hingegen wird durch das beigebrachte Ingrossationsinstrument Eines Hochedlen Rathes vom 18. Jan. 1845, welchem zufolge sie selbst schon damals um die Ingrossation dieses ... Wechsels auf ihr ... Wohnhaus gebeten, zureichend widerlegt.“ Indessen dürfte es dem Wesen des Wechselprocesses angemessener scheinen, sich auch in diesem Punkte dem gemeinen Recht anzuschließen.

Daß dem Bürgen nach Nevalschem Stadtrecht die *exceptio ordinis* zusteht, ist schon früher erwähnt worden. Ebenso wird auch den mehreren Ausstellern eines Wechsels oder den mehreren Bürgen die *exceptio divisionis* eingeräumt. Nur wenn sie sich solidarisch verpflichten, können sie auf das Ganze belangt werden, es steht ihnen aber in diesem Fall frei, ihren Regreß gegen ihre Mitverpflichteten zu nehmen<sup>27)</sup>.

Auch daß die Einreden, die nicht aus dem Wechselrecht selbst entspringen, dem Beklagten unmittelbar gegen den Kläger zustehen, wird nicht immer verlangt, obwohl dieser Grundsatz in mehreren Urtheilen anerkannt ist. Dagegen wird die Bedeutung der Einreden im Wechselproceß andrerseits dadurch

---

einer *exceptio doli generalis* subsumiren, und vielleicht ist ihre Zulassung aus diesem Grunde erfolgt, mir ist aber in den Urtheilen des Niedergerichts nirgends ein Hinweis darauf aufgestoßen, daß dieser Gesichtspunct der maßgebende gewesen sei.

25) Renaud a. a. O. Note 8.

26) Lang a. a. O. § 94. Claprotz: „Einleitung in sämmtl. summarische Proceße“ § 69. Bendor: „Grundsätze des deutschen Wechselrechts“ § 461.

27) Prov.-Cod. III Art. 3348 u 4533.

wesentlich vermindert, daß sie nach Vorschrift der Wechsel-Ordnung alsbald erwiesen werden müssen. Da dieses häufig sehr schwierig oder ganz unmöglich ist, so müssen sie in den meisten Fällen, wenn sie nicht etwa gleich vom Gegner zugegeben werden, wegen Illiquidität verworfen werden, und hier tritt die Strenge des Wechselprocesses am deutlichsten hervor. In der Praxis wird aber auch dieses Erforderniß nicht immer streng beobachtet. Ein ordentliches Beweisverfahren kommt zwar nicht vor, es wird aber dem Probanden nicht selten gestattet, seine Beweise in einem spätern Termin beizubringen.

Hinsichtlich der im gemeinen Recht bestrittenen Frage, ob der Beweis nur durch Urkunden oder auch durch andere Beweismittel, namentlich durch Eidesdelation, erbracht werden könne<sup>28)</sup>, spricht sich ein Erkenntniß vom 25. Oct. 1825 dahin aus, daß „.... in Wechselfachen zufolge der hieselbst geltenden Lübeckischen Wechsel-Ordnung vom 26. April 1662 auf keine andere Exceptionen, als nur *doli mali* und *solutionis* und auf diese auch dann nur, wenn sie in *continenti liquid* sind und zwar wenn sie entweder sofort an sich liquid sind oder durch klare und ungezweifelte Urkunden sofort erwiesen werden, Rücksicht genommen werden darf“ .... Zeugen sowohl, als Eidesdelation sind somit ausgeschlossen, aber auch der Urkundenbeweis ist insofern beschränkt, als Handelsbücher im Wechselproceß unzulässige Beweismittel sind, „da die Beweisführung durch dieselben von mancherlei Bedingungen und Voraussetzungen, deren nähere Erörterung nicht im Wechselproceß stattfinden kann, abhängig ist und sie das Beweissthema nicht dergestalt zur Liquidität erhebt, wie sie durch die Lübeckische Wechsel-Ordnung und das in Wechselfachen übliche Verfahren verlangt wird“<sup>29)</sup>.

28) Endemann a. a. Ort. § 273. Weiske's R.-Lexicon a. a. D. 455.

29) Grfl. v. 10. Juli 1844.

Das Erforderniß der Liquidität bezieht sich in gleicher Weise auch auf alles weitere Vorbringen der Parteien, so daß im Wechselproceß im Grunde auf nichts Rücksicht genommen werden darf, was nicht auf der Stelle erwiesen worden ist.

3) Endlich kann der Beklagte die Ausstellung des Wechsels und seine Unterschrift gänzlich leugnen. Hier muß der Kläger, wenn er nicht etwa auf der Stelle die Ausstellung oder Anerkennung des Wechsels durch gerichtlich oder vom Notar beglaubigte Instrumente nachweisen kann, in welchem Fall dann der Beklagte den Beweis der Fälschung zu führen hat, wie im gemeinen Recht, entweder den Impetraten schwören lassen oder vom Wechselproceße abstehen und die Richtigkeit des ausgeklagten Wechsels im gewöhnlichen Verfahren ausführen.

Die Ausschwörung des Eides muß durch den Beklagten persönlich im Gericht nach den Regeln des ordentlichen Processes erfolgen. Der Eid bezieht sich auf die Unterschrift, nicht auf den Inhalt, da die Wechselverpflichtung auf der Unterschrift beruht. Erkennt daher der Beklagte seine Unterschrift an und erbietet sich nur zur Abschwörung des Inhalts, so schützt ihn dieses nicht vor Condemnation, wenn er nicht zugleich liquid nachweisen kann, daß die Schuld der Verfälschung gerade den gegenwärtigen Kläger trifft, daß er als Betrüger die Vermuthung wider sich hat u. s. w.<sup>30)</sup> Die Eidesformel ist daher so zu fassen, daß der Beklagte den Wechsel weder selbst geschrieben, noch unterschrieben, noch mit seinem Wissen und Willen habe schreiben oder unterschreiben lassen. Ebenso ist von den Erben des Schuldners, wenn sie von der Ausstellung keine Wissenschaft haben (namentlich auch nicht zu lesen verstehen und dergl.) das juramentum ignorantiae dahin zu leisten, daß sie weder wissen, ob der ausgeklagte Wechsel von ihrem Erblasser unterschrieben ist, noch ob er aus demselben

30) Bendor a. a. D. § 462.

dem Impetranten die geforderte Summe schuldig sei. Dem Letztern muß in diesem Fall offen gelassen werden, die Richtigkeit seines Anspruchs im ordentlichen Proceß auszuführen, während beim juramentum de veritate ihm nichts übrig bleibt, als im ordentlichen Verfahren den äußerst schwierigen Beweis des Meineids zu versuchen. Gelingt ihm dieser, so kann er seinen Gegner von Neuem nach Wechselrecht angreifen <sup>31)</sup>).

### § 9. Das Endurtheil.

Nachdem die Verhandlung geschlossen ist, concludirt das Gericht nach Vortrag der Sache zum Urtheil. Dasselbe lautet condemnatorisch, wenn der Beklagte seine Unterschrift und Zahlungsverbindlichkeit unbedingt anerkannt hat oder seine Einreden gänzlich unstatthaft oder unerwiesen geblieben sind, absolutorisch, wenn der Beklagte den Diffessionseid geleistet oder begründete, liquide Einreden vorgeschützt hat. Und zwar wird der Kläger für immer abgewiesen, wenn solche Einreden liquid gestellt sind, welche das Recht des Klägers als gar nicht existirend oder als bereits erloschen darstellen, dagegen bloß ab- und in den ordentlichen Proceß gewiesen, wenn die Berechtigung des Klägers, eine Wechselklage zu erheben, widerlegt wird. Die illiquiden Einreden des Beklagten werden ihm zur separaten Ausführung im Urtheil vorbehalten.

In Beziehung auf Form und Inhalt zeichnet sich das Urtheil in Wechselfachen nicht wesentlich vor den gewöhnlichen Urtheilen aus. Dasselbe muß stets schriftlich abgefaßt sein, sich auf alle Punkte richten, über welche die Parteien verhandelt haben und eine Entscheidung, sowohl über das ausgellagte Capital, als die etwaigen Zinsen und die Proceßkosten enthalten. Die condemnatorischen Urtheile sind nur insofern von den gewöhnlichen verschieden, als sie nach Vorschrift der Wechsel-Ordnung

31) Vender a. a. D. § 462.

auf Zahlung, nach Befinden Deposition der Summe nach Wechselrecht binnen dreien Tagen bei Vermeidung der Hülfe lauten.

Zur Eröffnung des Urtheils werden die Parteien zum nächsten Gerichtstag citirt. Sind sie nicht erschienen, so wird ihnen dasselbe in vim publicati extradirt.

### § 10. Die Rechtsmittel.

Von den Urtheilen des Niedergerichts ist die Appellation unter den gewöhnlichen Voraussetzungen zulässig, mit dem einzigen Unterschiede, daß nach der „usuellen Interpretation“ der Worte der Lübschen Wechsel-Ordnung: „ohnehindert einiger Appellation oder Provocation“ mit derselben wie im gemeinen Recht, nur der Devolutiv-, nicht auch der Suspensiv-effect verbunden wird, wenn nicht etwa ein Hemmungsbefehl des Obergerichts die Vollziehung des Urtheils hindert.

Die bei der Einlegung derselben zu beobachtenden Formalien sind die gewöhnlichen. Die Appellation muß also intra decendium gegen Erlegung des Appellationschillings angemeldet und um Nachgabe derselben gebeten werden, worauf das Gericht, nachdem es vom Appellaten eine Erklärung eingefordert, mittelst Bescheides über die Statthaftigkeit derselben erkennt. Wird sie für zulässig befunden, so ertheilt das Gericht zugleich das attestatum appellationis, in welchem der Termin zur Introduction und Justification derselben auf 14 Tage nach Ablauf des decendii festgesetzt wird. Im Introductionstermin übergiebt der Appellant im Obergericht die Appellationsrechtfertigung nebst den Appellationszeugnissen, dem angefochtenen Erkenntniß des Untergerichts und den beglaubigten Protocollabschriften. Darauf hat der Appellat seine Widerlegung einzureichen. Sind keine nova vorgebracht, so erfolgt noch eine mündliche Conferenz und die Acten werden behufs der Aburtheilung zum Vortrag gebracht.

## § 11. Die Execution.

Die wechselfähige Execution des gemeinen Rechts zeichnet sich vor der gewöhnlichen dadurch aus, daß hier außer der Execution in das Vermögen auch noch Personalarrest statthaft ist. Der letztere, der im früheren deutschen Recht allgemeines, subsidiäres Executionsmittel war, seit der Reception des römischen Rechts aber den Character eines nur ausnahmsweise zur Anwendung zu bringenden, außerordentlichen Zwangsmittels annahm, verschwand endlich für gewöhnliche Forderungen ganz und blieb nur für Wechselforderungen bestehen. Er wurde daher von vielen Schriftstellern, welche in der Personalhaft das Wesen der Wechselstrenge erblickten, für ein charakteristisches Merkmal des Wechselprocesses gehalten. In der That aber bestand der Personalarrest, wie bemerkt ursprünglich für alle Schuldner und im revalschen Stadtrecht hat sich derselbe bis auf den heutigen Tag als civilprocessualisches Zwangsmittel erhalten, so daß die wechselfähige Execution in dieser Beziehung sich keineswegs von der gewöhnlichen unterscheidet. Ja im Anfange unseres Jahrhunderts kam noch auf Grund der Vorschriften des Lübischen Stadtrechts und der Lübischen Wechsel-Ordnung: „daß die debitores dergestalt zur Schuldigkeit angehalten werden sollen, daß sie entweder zahlen oder selbst Bürge werden müssen“, sogar noch Schuldknechtschaft vor<sup>32)</sup>.

Da die Schuldknechtschaft gegenwärtig unpractisch ist, so bestehen die Mittel zur Beitreibung von Forderungen überhaupt, also auch von Wechselforderungen in der Execution in das Vermögen und im Personalarrest. Während aber der Gläubiger nach gemeinem Recht von beiden zu gleicher Zeit Gebrauch

32) So wurde noch am 8. Nov. 1823 ein Wechselfuldner, der seinen an die Reichscommerzbank ausgestellten Wechsel nicht zahlen konnte, zur Kronsarbeit verurtheilt.

machen kann<sup>33)</sup>, stehen ihm dieselben nach revalschem Stadtrecht nur electiv und subsidiär zu Gebote. Nach der Bestimmung des Lübischen Stadtrechts<sup>34)</sup> soll sich nämlich der Gläubiger bis zum nächsten Gerichte bedenken, ob er den Schuldner gefänglich einziehen lassen oder sich an dessen Gut halten wolle. Wählt er das erstere, so kann ihn dieses, da durch die Haft die Schuld nicht getilgt wird, nicht hindern, wenn er auf diese Weise seinen Zweck nicht erreicht, seine Befriedigung an den Gütern des Schuldners zu suchen, welcher in diesem Fall in Freiheit gesetzt wird<sup>35)</sup>. Zieht er dagegen die Execution in das Vermögen des Schuldners vor, so kann er nachher ohne genügende Gründe, wie z. B. Mangel an Executionsobjecten u. s. w. nicht die Person des Schuldners angreifen<sup>36)</sup>. Es steht ihm also ein jus variandi, aber in beschränktem Maße zu.

Das Executionsverfahren anlangend, so setzt die Einleitung desselben stets einen selbstständigen Antrag voraus. Leistet der Verurtheilte dem Erkenntniß innerhalb dreier Tage keine Folge, so ist der Sieger befugt, den Antrag auf Execution beim Niedergericht zu stellen. Zu diesem Zwecke wirkt er wiederum den Anschlag der Sache und die Vorladung des Gegners zu einem bestimmten Tage aus, producirt im Termin das rechtskräftige Urtheil und bittet das Gericht, auf Execution zu erkennen und das bezügliche Requisitionsschreiben an die Polizei, wegen Beitreibung der ihm durch das Urtheil zuerkannten Summe, so wie der durch dieses neue Verfahren verursachten Kosten oder wegen Verhaftung des Schuldners zu erlassen. Im letztern Falle muß er zugleich Alimentationsgelder

33) Renaud: „Lehrbuch des gemein. deutschen Civilproceßrechts“ § 169.

34) Buch I, Tit. III, Art. 1.

35) Stein: „Gründliche Abhandlung des Lübischen Rechts.“ § 70.

36) Ebendasselbst §. 71.

für den Unterhalt des Schuldners erlegen. Das Gericht sendet darauf das Requisitionsschreiben an die Polizei und bestimmt zugleich den Termin zur Vornahme der Execution, welcher nicht, wie sonst, über vier Wochen, sondern über eine kürzere Frist, gewöhnlich acht bis zehn Tage anberaunt wird. Handelt es sich um Immobilien, so wird die Execution durch den Rath vollzogen.

Die Vollstreckung selbst geht nach den allgemeinen dafür festgestellten Regeln vor sich und zwar geschieht die Execution in das Vermögen mittelst Versteigerung der gepfändeten Mobilien oder der Immobilien, durch Beitreibung ausstehender Forderungen des Schuldners, Beschlagnahme auf Wagen und Pensionen desselben u. s. w., die Execution gegen die Person durch Arrestirung des Schuldners und Unterbringung desselben in einem städtischen Gewahrsam, Bürgergewahrsam, welches von dem Straf- und Untersuchungsgefängniß abge sondert ist. Der Gläubiger ist zur Alimentation des Arrestanten verpflichtet und zwar muß er die Alimentationsgebühren fortlaufend praenumerando einzahlen und diese Verpflichtung ist so streng, daß falls er derselben nicht nachkommt, der Schuldner sofort in Freiheit gesetzt wird. Abgesehen von diesem Fall kann derselbe nur durch Verzicht des Gläubigers oder vollständige Bezahlung der Schuld von der Haft befreit werden, da die Entziehung der Freiheit keine Strafe, sondern nur ein Zwangsmittel zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen sein soll<sup>37)</sup>.

---

37) Siehe über den Personalarrest *Me vius*: „*Commentarii in jus Lubecense*“ zum Tit. III, Art. 1, Buch I.

## A n h a n g.

### Das Verfahren in der Gouvernements-Regierung.

Auf Grund des Art. 9 Tit. VIII Buch I des estländischen Ritter- und Landrechts konnten ursprünglich Gesuche um Beitreibung von Forderungen, die auf klaren Obligationen beruhten, dawider der Debitor nichts zu sprechen oder einzubringen vermag, sowohl beim kön. Landgericht, als auch beim kön. Gubernurator angebracht werden und das Oberlandgericht hat sich, auf denselben fußend, noch neuerdings (im J. 1861) für competent erklärt, Wechselsachen anzunehmen und dieselben *processo summario* zu verhandeln. Allein schon durch die kön. schwed. Executions-Ordnung vom 10. Juli 1669, welche noch heute geltendes Recht enthält, und namentlich durch den 5. Punct derselben ist diese Befugniß den Gerichten entzogen und den königlichen Befehlshabern zugewiesen worden, wenigstens war ein gerichtliches Urtheil in Sachen, die sich auf klare und saubere Schuldbriefe gründeten unnöthig und nur solche Sachen, worin sich ein Zweifel ereignet, sollten zuerst an den Richter verwiesen werden. Ein summarischer Wechselproceß im Oberlandgericht war dadurch zum Mindesten überflüssig geworden. Diese Ordnung des Verfahrens blieb auch nach der Vereinigung Estlands mit dem Russischen Reich bestehen bis unter der Regierung Katharina's die Verwaltung der Gouvernements umgestaltet wurde, wo sie insofern eine Abänderung erlitt, als an die Stelle der bisherigen Gouverneure die Gouvernements-Regierungen traten. Durch die Gouvts.-Verordnung v. J. 1775 Pct. 97 wurden denselben ausdrücklich alle Executions-sachen oder solche, die schnelle Besorgung oder Befehle erfordern, wie auch Sachen, bei welchen kein Widerspruch oder Streit stattfinden kann, z. B. unterschriebene Rechnungen, Wechsel, deutliche und formelle Contracte u. s. w. zur Verhandlung

und Beitreibung überwiesen, welche Vorschrift später auch in den Smod der Reichsgesetze Bd. II Art. 716 Pct. 33 aufgenommen worden ist. Dem Oberlandgericht verblieb demnach nur die Verhandlung der streitigen Sachen. Dieses wurde auch in der auf Befehl des Generalgouverneurs Fürsten von Holstein-Oldenburger am 27. Oct. und 7. Nov. 1808 abgehaltenen Palatenconferenz, welche die Grenze zwischen der executiven und judiciären Gewalt bestimmen sollte, einstimmig anerkannt. Seitdem aber durch Prov.=Cod. Bd. I. Art. 861 und 934 streitige Schuldforderungen den Manngerichten zur Verhandlung zugewiesen sind, können Klagen wegen derselben im Oberlandgerichte in erster Instanz gar nicht angebracht werden. — Die zur Beitreibung von Wechselforderungen in einem schleunigen Verfahren allein competente Behörde ist somit die Gouvts.=Regierung. Genauere Regeln für das von derselben dabei zu beobachtende Verfahren sind in den Gesetzen nicht enthalten. Die Gouvts.=Verordnung von 1775 bestimmt nur, daß unstreitige Forderungen bei der Gouvts.=Regierung eingeklagt und von derselben zur Execution gebracht werden sollen. Daß aber dabei nicht das russische Recht zur Anwendung zu bringen ist, geht aus mehrfachen Senats-Ukassen hervor, so aus dem Sen.=Ukase vom 9. Dec. 1801 und vom 12. Sept. 1805, in welchen ausgesprochen ist, daß mit in St. Petersburg nach russischem Wechselrechte ausgestellten Wechseln nach russischem, mit in Estland auf Grund der dortigen Rechte contrahirten Schuldforderungen nach provinciellen Rechten zu verfahren sei. Als Grundlagen für die Beurtheilung derselben würden demnach dienen: das estländische Ritter- und Landrecht, die schwedische Executions=Ordnung von 1669 und die schwedische Wechsel=Ordnung von 1671. Sowohl in diesen Gesetzen, als auch in der Gouvts.=Verordnung von 1775 sind die Wechsel mit unterschriebenen Rechnungen, deutlichen und formellen Contracten und klaren Obligation aller Art in eine Reihe gestellt und ist

in denselben nirgends eine Andeutung vorhanden, daß für Wechselfachen ein besonderes Verfahren eintreten soll. In der schwedischen Wechsel-Ordnung wird allerdings von Wechseln allein gesprochen, das darin angegebene Verfahren setzt aber voraus, daß die Forderungen durch das Gericht begetrieben werden und ist daher in der Gouvts.-Regierung unanwendbar. In der Pragis wird aber, wohl durch Einwirkung des russischen Rechts, zwischen den Wechsel- und andern unstreitigen Forderungen insofern ein Unterschied gemacht, als die Beitreibung der ersteren vollkommen der resp. örtlichen Polizeibehörde überlassen wird. während bei letzteren sie nur die wirkliche Vollziehung der Execution vorzunehmen hat.

Das übrigens sehr einfache Verfahren besteht in Folgendem. Es beginnt mit der Einreichung eines Executionsgesuchs von Seiten des Klägers, welches auf dem vorschriftsmäßigen Stempelpapier geschrieben und in der für Eingaben überhaupt vorgeschriebenen Form abgefaßt sein muß. Diesem Gesuch, das in zwei Exemplaren übergeben wird, sind die Documente, auf welche sich die Forderung stützt, im Original und in einer beglaubigten Abschrift beizulegen. Die Gouvts.-Regierung prüft darauf, ob die eingeklagte Forderung eine unstreitige sei, insbesondere ob die beigelegte Urkunde ein Wechsel ist und ob alle Bedingungen zur Aufrechterhaltung der Wechselkraft erfüllt seien. Ist dieses der Fall, so werden dem Schuldner die Duplicate des Gesuchs und der ausgeklagten Urkunden durch die örtliche Polizeiautorität, also das örtliche Vogteigericht oder falls er auf dem Lande lebt durch den Hakenrichter des Districts insinuiert, worüber ein Positionsschein einverlangt wird und wird der letztern zugleich vorgeschrieben, die Execution unverzüglich zu vollstrecken, falls der Schuldner keine liquiden Einreden vorzuschützen im Stande ist. Ist die Urkunde dagegen kein Wechsel, so wird zunächst von dem Schuldner binnen 14 Tagen eine Erklärung eingefordert, welcher Termin entweder

gleich präclusivisch oder zunächst nur unter Androhung einer Pön anberaunt wird und erst darauf, wenn der Schuldner keine genügenden Einwendungen vorbringt, der Polizei die Vollstreckung der Execution vorgeschrieben. Als zulässige Einreden gelten in beiden Fällen nur die im Art. 6 Tit. XXVIII Buch I des R.= u. L.=Rechts angegebenen und als liquid nur dann, wenn sie durch Quittungen, ergangenes Urtheil, briefliche Urkunden und glaubwürdige Documenten also bescheinigt werden, daß es anderer Zeugnisse nicht bedarf. — Die Execution wird nach den gewöhnlichen Regeln vollstreckt. Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß die Gouvts.=Regierung die gefängliche Einziehung des Schuldners von sich aus nicht verfügen kann, da dieselbe laut Art. 2217 Bd. X des Swod der Reichsgesetze nur auf Grund eines gerichtlichen Urtheils erfolgen darf. Ist daher das Gesuch des Klägers auf Personalarrest gerichtet, so erkennt ihm die Gouvts.=Regierung nur die Forderung, falls sich diese als begründet erweist, zu und verweist ihn darauf mit seinem Gesuch an das competente Gericht. Edelleute sind nach Pct. 15 der schwedischen Executions-Ordnung nur dann dem persönlichen Arrest unterworfen, wenn sie sich „durch verschwenderisches und liederliches Leben“ selbst in Schulden gestürzt. Die Entscheidung darüber, ob dieses der Fall ist, gebührt dem Gericht. (Sen.=Urk v. 1805.)

Sämmtliche Verfügungen der Gouvts.=Regierung werden den Parteien durch Resolutionen eröffnet und durch die örtliche Polizei insinuirt. Ueber den Empfang muß jedesmal ein Positionsschein ausgestellt werden. Beschwerden über die Gouvts.=Regierung sind an den Senat zu richten.

**Bernhard Weise.**

## XII.

# Civilrechtliche Entscheidungen,

herausgegeben von U. Bwingmann

Riga 1871.

---

Gewiß hat Jeder, der dem Entwicklungsgange des Provinzialrechts der Ostseeprovinzen mit Theilnahme zu folgen gewohnt ist, das Erscheinen des ersten Bandes der „civilrechtlichen Entscheidungen der Rigaschen Stadtgerichte“ mit Freude begrüßt und weiß sich dem Herrn Herausgeber schon deshalb zu warmem Danke verpflichtet, weil derselbe sich mit geschickter Hand einer schwierigen Arbeit unterzogen, um auf eine möglichst einheitliche Auffassung und Anwendung der Bestimmungen des codificirten Privatrechts hinzuwirken und zur Fortbildung desselben beizutragen. Was die veröffentlichten Entscheidungen selbst anlangt, so nehmen wir keinen Anstand zu gestehen, daß wir dieselben mit Genugthuung gelesen haben, denn sie scheinen uns für die Rechtspflege in den Ostseeprovinzen ein entschieden günstiges Zeugniß abzulegen, für nicht wenige mehr oder weniger schwierige Fragen eine befriedigende Lösung zu enthalten und die Aufmerksamkeit der Rechtskundigen auf eine Reihe anderer, mehr controverser Fragen zu lenken, die, so lange sie offen stehen, in den Geschäftsverkehr Unsicherheit bringen und den Conflict einander widersprechender gerichtlicher Entscheidungen in Aussicht stellen.

Wenn dieses Werk, soviel uns bekannt, bisher nicht zum Gegenstande einer literarischen Erörterung gemacht worden ist,

so kann uns das hinsichtlich des Werths und der Bedeutung, die wir demselben vindiciren zu dürfen glauben, durchaus nicht irre machen, denn eines Theils liegt es in der Natur der Sache, daß man den Inhalt einer Sammlung gerichtlicher Entscheidungen sehr allmählig kennen lernt, da sich kaum Jemand entschließen wird, ein derartiges Werk in einem Zuge durchzulesen — und anderen Theils lehrt die Erfahrung, daß die Veröffentlichung der civilrechtlichen Entscheidungen der Rigaschen Stadtgerichte schon jetzt erkennbare Früchte getragen, indem diese Entscheidungen jedenfalls nicht wenige practische Juristen Livlands zum Studium wenigstens einzelner Institute des Privatrechts angeregt und ihnen Stoff zu wechselseitigem Gedankenaustausch gegeben hat.

Besondere Beachtung dürfte auch der von dem Herrn Herausgeber in der Vorrede ausgesprochene Wunsch verdienen, daß Andere seinem Beispiele folgen und die bemerkenswerthen Entscheidungen der übrigen Gerichte Liv-, Est- und Curlands veröffentlichen mögen.

Würde diesem Wunsche auch nur mit einiger Bereitwilligkeit entsprochen werden, so wäre es freilich nicht unmöglich, daß dem Provocanten fast bange werden könnte vor den von allen Seiten herandrängenden Geistern, die er gerufen, denn schon die Veröffentlichung der bemerkenswerthen Entscheidungen des Hofgerichts, des Oberhofgerichts, des Oberlandgerichts und des Revalschen Rathes würde voraussichtlich offenbaren, daß, ganz abgesehen von der Verschiedenheit der für das eine und das andere Rechtsgebiet geltenden Rechtsnormen, die Anzahl der controversen Rechtsfälle eine überraschend große sei, ja daß in Bezug auf das Bauer-Privatrecht und das Verfahren der Bauergerichte ganze Rechtsinstitute von verschiedenen Seiten ganz verschieden aufgefaßt werden. So nachtheilig aber eine übergroße Anzahl controverser Rechtsfälle auf die Rechtspflege und den Geschäftsverkehr zurückwirken muß, so wenig läßt sich

dem Uebel dadurch abhelfen, daß man vor Aufdeckung desselben zurückschreckt, anstatt die Aufdeckung gerade als ersten Schritt zur Abhilfe oder doch als nothwendige Voraussetzung der Abhilfe zu betrachten. Daß aber die Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen geeignet sei, die streitigen Rechtsfragen, die das Provinzialrecht in sich birgt, nicht allein nach und nach an das Licht zu ziehen, sondern auch zur Lösung derselben wenigstens mittelbar beizutragen, deutet der Herr Herausgeber zutreffend an, indem er in der Vorrede bemerkt:

„Nur, wenn die in einen Erkenntnisse in Betreff einer  
 „streitigen Rechtsfrage niedergelegten Rechtsansichten  
 „auch den übrigen Gerichten, welchen später die gleiche  
 „Frage zur Entscheidung vorliegt, zugänglich gemacht  
 „und so die erneuerte kritische Prüfung jener Ansichten  
 „ermöglicht wird, läßt sich die Bildung fester einheit-  
 „licher Rechtsätze durch die Rechtsprechung erzielen.“

Ohne die Bedeutung der Rechtsprechung als Mittel zur Bildung einheitlicher Rechtsätze irgend zu unterschätzen, läßt sich doch auf der anderen Seite nicht wohl verkennen, daß die Anwendung dieses Mittels nur in sehr langen Zeiträumen zur Erreichung des vorgesteckten Zieles führen kann, wie schon daraus erhellt, daß die von einem Gerichte in dessen Urtheilsprüche in Betreff einer streitigen Rechtsfrage niedergelegte Ansicht von einem anderen Gerichtshofe einer erneuerten kritischen Prüfung nur dann unterzogen werden kann, wenn bei demselben eine die Entscheidung eben jener streitigen Rechtsfrage erheischende Rechtsache zur Aburtheilung gelangt, der Eintritt dieser Voraussetzung aber von verschiedenen zufälligen Umständen abhängt. Eben daher muß es im hohen Grade wünschenswerth erscheinen, daß zur Beseitigung der durch ergangene Urtheilsprüche aufgedeckten Controversen des Provinzialrechts auch andere, von zufälligen Ereignissen unabhängige und unmittelbar auf Erreichung des Ziels hinarbeitende Mittel

zur Bildung einheitlicher Rechtsfäße zur Anwendung kommen. Als dergleichen Mittel kann die übergeordnete Stellung, die der Dirigirende Senat den höchsten Gerichtshöfen der Ostsee-provinzen gegenüber einnimmt, kaum angesehen werden, weil in den Ostseeprovinzen nur Proceffe, in denen es sich um einen ansehnlichen Streitgegenstand handelt, an den Dirigirenden Senat zur Entscheidung gelangen können, von diesen Proceffen aber nur sehr wenige an den Dirigirenden Senat in Wirklichkeit devolvirt zu werden pflegen.

Auch auf die in dem Punkt XXIII der Einleitung in das Privatrecht offen gelassene Einholung authentischer Auslegung kann in der fraglichen Hinsicht wenig Gewicht gelegt werden, indem dieselbe, wie schon der Herr Herausgeber der Präjudiciensammlung bemerkt hat, nur unter der Voraussetzung statthast ist, wenn sich die entstandenen Zweifel durch Anwendung der in den Punkten XVI—XXII l. c. angegebenen Regeln nicht beseitigen lassen, der Nachweis des Vorhandenseins eines solchen Falles aber immer mit der Schwierigkeit zu kämpfen haben wird, daß sich nicht wohl constatiren läßt, ob der urtheilende Richter über die ihm erwachsenen Zweifel nicht hinwegkommen könne, wenn er den Geist und inneren Zusammenhang der Bestimmungen des positiven Rechts gehörig zu erfassen, die Regeln der Auslegungskunst geschickt zu verwerthen und durch einsichtsvolle Anwendung der Rechtsanalogie Rechtsfäße zu gewinnen weiß, die als nothwendige Consequenzen des vom Gesetzgeber urkundlich ausgesprochenen Willens und somit gewissermaßen als dieser Wille selbst betrachtet werden dürfen. Weit entfernt davon, mit dem eben Gesagten einen Tadel gegen die bezogenen Punkte der Einleitung in das Privatrecht ausdrücken zu wollen, sind wir im Gegentheil überzeugt, daß jene Punkte die Bedeutung des Richteramts erhöhen, da sie an dasselbe die Anforderung stellen, mit der Doctrin stets in lebendigem Verkehr zu bleiben und durch die

Rechtssprechung nicht allen in concreto vorhandene Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, sondern zugleich auch zur Fortbildung des Rechts selbst mitzuwirken. Je höher aber diese Mitwirkung des Richters veranschlagt wird, desto mehr muß es wünschenswerth sein, daß solche veröffentlichte Urtheilssprüche, welche der Begründung zu ermangeln oder doch der Berichtigung zu bedürfen scheinen, sowohl auf den Lehrstühlen der Rechtswissenschaft als auch in der juristischen Literatur zum Gegenstande eingehender Untersuchung gemacht werden, denn gelingt es, die Urtheilssfähigen zur Prüfung der entstandenen Streitfragen zu veranlassen und sie anzuregen, das Resultat ihres Nachdenkens und Forschens auf literarischem Wege zu veröffentlichen, so läßt sich erwarten, daß die Praxis das, was sich aus den hien und drüben vorgebrachten Gründen und Gegengründen nach und nach als schließliches Ergebniß abgeklärt hat, als allgemein geltende Norm anerkennen und bei der Rechtssprechung zur Richtschnur nehmen werde, wie solches in Betreff nicht weniger Rechtsfragen geschehen ist, die in den theoretisch = praktischen Erörterungen von verschiedenen Seiten beleuchtet wurden.

Von einem Compromittiren des Richters, welcher über eine controverse Frage erkannt hat, oder von Oblocution der ergangenen Erkenntnisse kann aber bei den Untersuchungen, welche wir im Auge haben, nicht die Rede sein, da sich von selbst versteht, daß diese Untersuchungen nur in einer maßvollen Erörterung der controvers erscheinenden Rechtsfrage als solcher bestehen können und auf den concreten Fall, der dem urtheilenden Richter vorgelegen hat, nicht eingehen dürfen.

Hiernach überzeugt, daß die Erreichung des Zweckes, der durch die Veröffentlichung bemerkenswerther gerichtlicher Entscheidungen verfolgt wird, in nicht unerheblichem Maße dadurch gefördert werden könne, daß die in denselben niedergelegten Rechtsansichten einer literarischen Discussion unter-

worfen werden, wollen wir in Nachstehendem wenigstens einen kleinen Theil der Bedenken zu begründen versuchen, welche sich uns gegen die Richtigkeit der Rechtsansichten aufgedrängt haben, auf denen einige der veröffentlichten Entscheidungen der Rigaschen Stadtgerichte beruhen.

I. Die № 4 der Präjudicienssammlung beschäftigt sich unter Anderem mit der Frage:

ob nach Livländischem Stadtrecht die dem Ehemann über die Ehefrau nach Art. 11 des Privatrechts zustehende eheliche Vormundschaft die Fähigkeit der Frau zur selbständigen Führung eines Rechtsstreits ausschliesse?

Während diese Frage in dem darüber handelnden Urtheilsspruche verneint wird, glauben wir unserer Seits dieselbe bejahen zu müssen und da die Praxis in Bezug auf die zweite Frage: ob großjährige Jungfrauen und Wittwen bei Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten einen Geschlechtsvormund zuziehen müssen? schwankend zu sein scheint, so werden wir beide Fragen in der nachfolgenden Erörterung behandeln, wozu um so mehr Anlaß geboten sein möchte, als dieselben mit einander in engem Zusammenhange stehen und die Bejahung der ersten Frage leicht so aufgefaßt werden kann, als bedinge sie auch eine Bejahung der zweiten Frage.

In der Geschichte, die die Geschlechtsvormundschaft und die eheliche Vormundschaft in den Ostseeprovinzen durchlaufen sind, lassen sich drei Abschnitte unterscheiden:

- 1) die Zeit der lebenslänglichen Bevormundung aller Personen weiblichen Geschlechts;
- 2) die Zeit von Aufhebung der lebenslänglichen Bevormundung bis zum Schluß des Jahres 1785, und
- 3) die Zeit vom Jahre 1786 bis auf die Gegenwart.

Ueber jede dieser drei Perioden wird hier in Bezug auf die Kriegsvogtei besonders zu handeln sein.

## Erste Periode.

Wie bekannt, war jeder freie Mann im Mittelalter in Deutschland berechtigt, Verletzungen seiner Person oder seiner Sachen durch eigene Gewalt zu rächen. Neben der Befugniß, die gestörte Rechtsordnung durch die Waffen wieder herzustellen, stand dem Verletzten offen, denjenigen, von dem die Verletzung ausgegangen war, auf Entrichtung einer Buße (compositio) zu belangen und zwar, weil damals ständige Gerichtshöfe nicht vorhanden waren, entweder vor die Volksversammlung oder vor ein ad hoc berufenes Schiedsgericht. Der Gegner war nicht gezwungen, sich auf die angebrachte Klage einzulassen, sondern konnte der Fehde den Vorzug geben. Ließ er sich aber auf die Klage ein, so mußten beide Theile den erfolgenden Rechtspruch gegen sich gelten lassen. Klagen und sich vertheidigen konnten in jenen Zeiten nur solche vollfreie Personen, welche die Waffen zu führen im Stande waren. Da jedoch die Rechtsfähigkeit keineswegs von der Waffenfähigkeit abhängig war, so lag es in der Natur der damaligen Verfassungsverhältnisse, daß alle Personen, die zwar frei, jedoch vermöge ihrer körperlichen oder geistigen Beschaffenheit an der Führung der Waffen verhindert waren, bei dem Mangel einer schützenden Obrigkeit im heutigen Sinne des Wortes, unter dem Schutze einer waffenfähigen Person stehen mußten. In diesem Schutzverhältnisse, in welchem sich außer unmündigen Knaben, alle Personen weiblichen Geschlechts, ohne Rücksicht auf das Alter, Geistliche, Verwundete, sogenannte preßhafte Personen und unvollkommen Freie befanden und welches Mund, mundium, später Vormundschaft genannt wurde, ist nun die Wurzel aller Formen der Bevormundung, die dem deutschen Rechte eigen sind, zu erblicken. Aus dieser Wurzel sind auch die sogenannte Kriegsvoigtei und die eheliche Vormundschaft hervorgewachsen, die erstere, indem man die Unfähigkeit der

Frauen in der nur von Waffenfähigen besuchten Volksversammlung klagend und sich vertheidigend aufzutreten, später auf die Proceßführung in ständigen Gerichten übertrug, die eheliche Vormundschaft, indem dieselbe aus dem Brautkauf hervorging. Der letztere bestand aber darin, daß der Vater der Braut oder deren ältester Schwertmagen oder unter dessen Mund die Braut sonst sich befand, dem Bräutigam gegen den von diesem in Geld oder in anderen Gütern zu entrichtenden Muntschag die Vormundschaft über die Braut übertrug. Gerade wie in Deutschland, so war das weibliche Geschlecht auch in den Ostseeprovinzen in der älteren Zeit einer beständigen und nothwendigen Vormundschaft unterworfen und für die ganze Lebensdauer in seiner Handlungsfähigkeit kaum weniger beschränkt, als es gegenwärtig bei Unmündigen der Fall ist. Dies erhellt schon daraus, daß das ältere provinzielle Recht einen Termin für die Mündigkeit der Personen weiblichen Geschlechts überhaupt nicht bestimmt, dieselben vielmehr ohne Rücksicht auf ihr Alter einer beständigen Bevormundung, sei es durch den Vater oder den Chemann oder den nächsten Agnaten oder einen gerichtlich bestellten Vormund, unterstellt und dabei von der Voraussetzung ausgeht, daß die Vormundschaft über die Frauen durchaus gleich zu achten sei der Vormundschaft über Kinder.

Siehe: Art. 4 des Woldemar=Erichschen Lehnrechts und Art. 13 des ältesten Livländischen Mitterrechts.

### Zweite Periode.

Uebereinstimmend mit dem Entwicklungsgange in Deutschland lösteten sich im Laufe der Zeit mehr und mehr die Schranken, welche die Handlungsfähigkeit der Frauen ursprünglich eng umschlossen. Insbesondere Wittwen und erwachsenen Jungfrauen wurden gewiß schon im 15. Jahrhundert bestimmte Verfügungen über ihr Vermögen, namentlich auf den Todesfall, theils ohne Erlaubniß ihres Vormundes, theils mit Bolkwort

desselben gestattet, wie solches z. B. in dem § 2 Cap. 42 des mittleren Livländischen Ritterrechts und im § 4, Tit. 4, lib. III der Rigaschen Statuten geschehen ist. Mag es nun wahr sein, daß die Praxis auf Grund der bereits allegirten Rechtsquellen, wie namentlich auch unter Berufung auf Sylvesters neue Gnade vom 6. Febr. 1457 § 4 und auf das schwedische und gemeine Recht schon vor der Einverleibung Livland's in Rußland den Grundsatz ausbildete und befolgte, daß unverehelichte Personen weiblichen Geschlechts mit dem vollendeten zwanzigsten Lebensjahre als mündig anzusehen und nach erlangter Mündigkeit nicht allein zur eigenen Verwaltung ihres Vermögens, sondern auch im Allgemeinen zur Verfügung über dasselbe befugt seien, wenn auch mit der Einschränkung, daß sie bei Veräußerung von Immobilien und bei Ausstellung von Urkunden einen selbstgewählten Curator als Rathgeber hinzuzuziehen haben; mag es ferner wahr sein, daß auch Ehefrauen wenigstens in Ansehung ihres in der Gütergemeinschaft nicht begriffenen und der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes entzogenen Vermögens den unverehelichten Personen schon in jener Zeit so ziemlich gleich gestellt waren: so läßt sich doch nicht in Abrede stellen, daß damals alle Personen weiblichen Geschlechts ohne Rücksicht auf ihr Alter und ohne Rücksicht darauf, ob sie verhehlicht waren oder nicht, zur gerichtlichen Führung von Rechtsstreitigkeiten nothwendig eines kriegerischen Vormundes bedurften. Dies geht nicht allein aus der Gerichtspraxis jener Zeit hervor, sondern ergibt sich auch in unzweideutiger Weise:

1) für Estland aus Art. 3, Tit. XIV, Buch III des Estländischen Ritter- und Landrechts:

„Unmündige und Minderjährige, wie auch Wittwen  
 „und Jungfrauen, mögen für Rechte weder Klägers  
 „noch Beklagten Stelle vertreten, sondern sie müssen  
 „ihre kriegerischen Vormünder haben, die ihrentwegen  
 „die Sache für Gericht führen und sie vertheidiren“;

2) für Livland aus dem Capital 42 des mittleren Livländischen Ritterrechts:

„Megede unde Wiwe mögen Vormünder hebben, an welcher klage, doch dat men se nicht verthuegen en mach, dat se vor gerichte spreket edder deit“;

3) für Curland aus dem § 14 der Curländischen Statuten:

„Mulieres, pupilli et minores sine curatore a iudiciis abstineant, sub poena nullitatis, quin et non petentibus curatores ad litem ex officio dabuntur;“

4) für Riga und die anderen Städte Livlands aus dem § 2, des Cap. VI, lib. II der Rigaschen Statuten:

„Allen Weibspersonen, wes Standes und Alters die seyn, sie halten gleich Klägers oder Beklagten Stelle, soll in Gerichtshändeln nach der Sachen Wichtigkeit ein kriegischer Vormund aus richterlichem Amte zugeordnet werden, ob sie gleich denselben nicht begehreten“.

Vergl. auch Piltensche Statut. Thl. I, Tit. 2, § 17; Lübisches Stadtrecht Buch I, Tit. 7, Art. 1, 4, 8, 12; Tit. 9, Art. 4, 5; Tit. 10, Art. 1; Buch II, Tit. 1, Art. 14; Buch III, Tit. 6, Art. 13.

Während die für Livland, Curland und Riga aufgeführten Rechtsquellen von Personen weiblichen Geschlechts im Allgemeinen sprechen, mithin sowohl Ehefrauen als auch Wittwen und Jungfrauen vor Augen haben, erwähnt die dem estländischen Ritter- und Landrecht entnommene Stelle nur der mündigen Jungfrauen und Wittwen. Dies geschieht aber sicherlich nicht, um anzudeuten, daß die Ehefrauen in Estland befugt seien, in ihren Rechtsstreitigkeiten ohne den Beistand eines kriegerischen Vormundes aufzutreten. Jenes Stillschweigen läßt sich vielmehr nur dahin deuten, daß die Nothwendigkeit eines kriegerischen Vormundes bei Ehefrauen als ganz selbstverständlich angesehen wurde, denn eines Theils ist die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen immer mehr beschränkt gewesen, als die der Wittwen und großjährigen Jungfrauen — und anderen

Theils läßt sich die Anschauungsweise, die das estländische Ritter- und Landrecht in dieser Hinsicht hegte, deutlich erkennen aus dem Art. 1, Tit. II des vierten Buches, woselbst ausgesprochen ist, daß:

„alle, die unter eines Andern Gewalt seyn, als Un-  
 „mündige, Minderjährige, Sinnlose, ingleichen Frauen  
 „und Jungfrauen, ohne ihrer verordneten ehelichen und  
 „kriegerischen Vormünder Wissen und Willen nicht kau-  
 „fen und verkaufen mögen und da Jemand mit ihnen  
 „allein handelte, so sei solcher Handel und Kauf nichtig  
 „und von keiner Würden.“

Der Grund aber, weshalb die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen, wie wir oben bemerkten, mehr beschränkt war, als die Handlungsfähigkeit der großjährigen Wittwen und Jungfrauen, wurzelte bekanntlich in der ehelichen Vormundschaft, der die Ehefrauen in allen Gebieten Liv-, Est- und Curlands unterworfen waren und unterworfen sein mußten zum Schutze der ausgedehnten Rechte, die dem Ehemanne während der Ehe auch da, wo die Gütergemeinschaft nicht heimisch war, an demjenigen Theile des Vermögens der Frau zustanden, welches dieselbe ihrer ausschließlichen Verfügung nicht vorbehalten hatte. Auf die durch diese Rechte des Ehemannes bedingten Beschränkungen der Handlungsfähigkeit der Ehefrauen brauchen wir hier nicht näher einzugehen; wohl aber müssen wir hier bemerken und behaupten, daß die eheliche Vormundschaft für die Ehefrauen auch die Wirkung hatte, daß sie sich in ihren Rechtsstreitigkeiten einen Beirath, Assistenten, Rathsfreund nicht wie andere großjährige Personen weiblichen Geschlechts freiwählen konnten, sondern in dieser Hinsicht an die Person ihres Ehemannes gebunden waren, mit Ausnahme jedoch des Falles, wenn der Rechtsstreit zwischen den beiden Ehegatten selbst stattfand.

Um diese Behauptung zu begründen, kann man in zweifacher Weise verfahren, nämlich entweder so, daß man zeigt,

wie die aufgestellte Behauptung ihre Begründung schon in dem Begriffe der ehelichen Vormundschaft finde; oder aber so, daß man sich auf einzelne Aussprüche der Rechtsquellen beruft und aus denselben das Vorhandensein des fraglichen Rechtsfages nachzuweisen sucht. Das zuletzt bezeichnete Verfahren hätte das Mißliche, daß das aus einem vereinzelt ausgesprochenen Ausspruch einer Rechtsquelle gewonnene Ergebnis dem Einwande bloß gestellt wäre, daß dasselbe nur für das eine oder das andere Rechtsgebiet Geltung habe. Wenn man z. B. aus dem § 6 der Königlich Schwedischen Testamentsstadga deduciren würde, daß dieser Paragraph der Ehefrau die Befugniß, sich unter Befreiung ihres Ehemannes einen anderen Beirath zu wählen, offenbar versage, indem er der Ehefrau in dem Falle, wenn sie an einer rechtlich statthafter letztwilligen Disposition durch den (seinen Consens verweigernden) Ehemann gehindert wird, nur den Weg richterlicher Hilfe offen läßt; so hätte dies Ergebnis, selbst abgesehen von anderen Bedenken, die sich gegen dasselbe erheben lassen, jedenfalls nicht den Character einer für alle drei Schwesterprovinzen in Geltung gewesenen Norm.

Aber auch eine Definition der ehelichen Vormundschaft oder auch nur eine Aufzählung der durch dieselbe für die Ehefrau begründeten Beschränkungen der Handlungsfähigkeit findet sich in den einheimischen Rechtsquellen nirgends. Während das Estländische Ritter- und Landrecht (Art. 2, Tit. 13 und Tit. 14, Buch II) wenigstens die beiden allgemeinen Sätze enthält: „wenn eine Jungfrau heirathet, wird der Mann ihr „Ehevoigt oder ehelicher Vormund“ — und: „der Mann ist alle Wege seiner Frau rechter und ehelicher Vormund“ — finden sich in den übrigen einheimischen Rechtsquellen nur gelegentliche Hinweise auf die eheliche Vormundschaft, welche dieses Institut als ein bekanntes behandeln und dessen Zurechtbeständigkeit als sich von selbst verstehend voraussetzen. Diese Beschaffenheit der einheimischen Rechtsquellen kann nun aber

keineswegs auffallend erscheinen, erklärt sich vielmehr hinreichend aus dem rechtsgeschichtlich feststehenden Verhältniß zwischen den einheimischen Rechtsquellen und dem gemeinen deutschen Rechte. Vergewärtigt man sich nämlich, daß letzteres in den Ostseeprovinzen damals, als deutsche Einwanderer daselbst einen Ordensstaat und verschiedene Bisthümer gründeten, einheimisch wurde und daß die in Deutschland derzeit übliche eheliche Vormundschaft zu den *jura Germanorum propria et consuetudine* gehörte, welche von dem *Privilegium Sigismundi Augusti* ausdrücklich als in den Ostseeprovinzen geltendes Recht anerkannt wurden; erwägt man ferner im Hinblick auf die Regel: „*in toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est*“, daß die Satzungen des gemeinen Deutschen Rechts vor der Codification des Provinzialrechts in ihrer Verbindlichkeit und Geltung für die Ostseeprovinzen nur soweit beschränkt wurden, als in diesen letzteren selbst entstandene Rechtsnormen Abweichendes festlegten: so kann nicht zweifelhaft sein, daß das Institut der ehelichen Vormundschaft in der Gestalt, wie es damals in Deutschland oder doch in den vorzugsweise nach sächsischem Rechte lebenden Theilen Deutschlands üblich war, auch in den Ostseeprovinzen Kraft und Geltung hatte, soweit nicht specielle, specifisch einheimische Rechtsbestimmungen eine Modification im Einzelnen eintreten ließen.

Es würde zu weit führen und außerdem überflüssig sein, wenn wir hier eine erschöpfende Aufzählung und Begründung derjenigen Rechtsfälle einschalten wollten, die in den nach sächsischem Rechte lebenden Theilen Deutschlands hinsichtlich der ehelichen Vormundschaft zur Herrschaft gelangten, nachdem auch in Deutschland die perpetuelle Unmündigkeit und lebenslängliche Bevormundung der Personen weiblichen Geschlechts antiquirt und die Geschlechtscuratel über mündige Wittwen und Jungfrauen dahin abgeschwächt war, daß diesel-

ben nur bei processualischen Handlungen, bei gewissen anderen gerichtlichen Geschäften, bei Abschließung von Erbverträgen und bei der Veräußerung von Immobilien einen von ihnen selbst gewählten Geschlechtscurator zuzuziehen hatten. Es wird vielmehr genügen, hier unter Berufung auf Gerber's deutsches Privatrecht § 245 u. 246, Mittermaier's Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts § 431 und Kraut's Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts § 75 Band II hervorzuheben, daß die Geschlechtsvormundschaft in Deutschland da, wo sie, wenn auch in der oben angegebenen abgeschwächten Bedeutung, überhaupt rechtlich begründet war, in Bezug auf verheirathete Frauen mit dem Institut der ehelichen Vormundschaft zusammenschmolz und daß letztere in Folge dessen unter Anderem auch die Wirkung hatte, daß die Ehefrau ihren Ehemann während der ganzen Dauer der Ehe als gesetzlichen und zugleich ausschließlichen Geschlechtsvormund gelten lassen mußte, dergestalt, daß sie weder allein noch unter Zuziehung eines anderen Geschlechtscurators (außer in Processen mit dem eigenen Mann) weder als Klägerin noch in der Rolle der Beklagten vor Gericht auftreten durfte, bei Strafe der Nichtigkeit der ohne Zuziehung ihres Mannes vorgenommenen processualischen Handlungen. So gewiß diese Beschränkung der Ehefrau nicht sowohl durch das vermögensrechtliche Interesse des Mannes gefordert wurde, sondern vielmehr als ein natürlicher Ausfluß der deutschen Auffassung der Ehe als einer vollendeten Lebensgemeinschaft erscheint, in welcher dem Manne die Vertretung nach außen ausschließlich gebührt, so gewiß läßt sich auf der anderen Seite behaupten, daß die einheimischen Rechtsquellen der Ostseeprovinzen in der Periode, von der hier die Rede ist, mit dem Ausdruck „eheliche Vormundschaft“ denselben Begriff verbinden, der damals in Deutschland mit eben jenem Ausdrucke verbunden wurde, und daß sie daher, indem sie die Ehefrau

unter die eheliche Vormundschaft des Mannes stellen, schon dadurch unter Anderem auch anerkennen, daß die Ehefrau in ihren Rechtsstreitigkeiten ihren Ehemann als Beirath zuziehen müsse und sich ohne Zustimmung desselben einer dritten Person als Beirath nicht bedienen dürfe. Dies ergibt sich nicht allein daraus, daß die Ehe auch in jener Zeit in sittlicher und rechtlicher Hinsicht in den Ostseeprovinzen gerade ebenso aufgefaßt wurde wie in Deutschland, folgt nicht allein aus dem oben erwähnten Verhältniß zwischen dem gemeinen deutschen und provinziellen Recht, sondern wird auch dadurch zur Gewißheit erhoben, daß der Ehemann in den Rechtsquellen als gesetzliche (rechter und ehelicher) Vormund der Frau angesehen wird; denn wäre die Frau berechtigt, in ihren Rechtsstreitigkeiten beliebig eine dritte Person unter Umgehung ihres Mannes oder doch ohne dessen Zustimmung zuzuziehen, so würde der Ehemann als zufälliger, weil von dem Belieben der Frau abhängiger, nicht aber als gesetzlicher oder rechter Vormund erscheinen.

### Dritte Periode.

Die ganze bisherige Erörterung müßte freilich das Endziel, dessen Erreichung sie anbahnen soll, verfehlen, wenn es begründet wäre, daß der Senatsbefehl vom 22. December 1785 beide Geschlechter in Bezug auf die Handlungsfähigkeit einander völlig gleichgestellt habe oder daß das bestätigte Reichsrathsgutachten vom 28. October 1863, wie Professor Erdmann in seinem Güterrecht der Ehegatten lehrt, den „letzten Rest des Mundium's, welcher in der sogenannten Geschlechtscuratel enthalten war, aufgehoben habe.“

Der Senatsbefehl vom 22. December 1785 bestimmt:

- 1) daß ein Minderjähriger nach vollendetem 14. Lebensjahre das Recht habe, sich einen Curator, mit gleichen Eigenschaften, wie wegen der Vormünder verordnet sei, zum Rath und Beistand in allen Sachen zu erbitten;

2) daß der Minderjährige nach Vollendung des 17. Lebensjahres in die Volljährigkeit und in die Verwaltung seines Vermögens trete, daß ihm aber vor zurückgelegtem 21. Lebensjahre der Verkauf und die Verpfändung seines unbeweglichen Vermögens ohne Einwilligung und Unterschrift des Vormundes untersagt sei — und

3) daß diese Verordnung für beide Geschlechter gelte.

Eine Abänderung des Rechts, welches bis 1785 in Curland galt, ist durch diesen Ukas sicherlich nicht herbeigeführt worden, da Curland im Jahre 1785 dem russischen Reiche noch nicht einverleibt war und eine spätere Ausdehnung des Ukases auf Curland, soviel uns bekannt, nicht stattgefunden hat.

Aber auch die rechtlichen Grundsätze, die in Livland und Estland bis 1785 über die eheliche Vormundschaft und Geschlechtscuratel galten, sind, wenn man von dem Zeitpunkt des Eintritts derselben absieht, in keiner Hinsicht durch den in Rede stehenden Senatsukas abgeändert worden. Daß dieses in Bezug auf die eheliche Vormundschaft richtig sei, ist unseres Wissens nie bestritten worden und geht schon aus der Erwägung hervor, daß der Senatsukas vom 12. Decbr. 1785 über die das Verhältniß zwischen den Ehegatten regelnden besonderen Bestimmungen des provinziellen Rechts weder direct noch indirect handelt, mithin diese Bestimmungen intact läßt.

Was unverheirathete Personen weiblichen Geschlechts betrifft, so kann bei denselben während der Zeit, in welcher sie wegen Minderjährigkeit in elterlicher Gewalt oder unter gerichtlich bestellter Vormundschaft stehen, selbstverständlich von einer Geschlechtscuratel nicht die Rede sein, denn während dieser Zeit wird die Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch die dem minderjährigen Alter anhaftende Unreife und Schutzbedürftigkeit schon so ausreichend motivirt, daß auf das Geschlecht nichts ankommt. Da nun der Senatsukas v. 22. Decbr. 1785 ausschließlich in Anbetracht der Unreife des Alters

die Handlungsfähigkeit beider Geschlechter in gleichem Maße beschränkt, so stellt er dieselben nur während der Dauer der Minderjährigkeit gleich, läßt die Frage, ob und wie weit eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit wegen des Geschlechts einzutreten habe, offen — und läßt somit auch diejenigen provinziellen Bestimmungen intact, die, von der Unreife des Alters absehend, eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit ausschließlich in Anbetracht des Geschlechts vorschreiben. Hierbei leuchtet freilich ein, daß diese Bestimmungen nur insoweit in Kraft bleiben konnten, als sie vereinbar waren mit den Rechten und Befugnissen, die der Senatsufas den Personen weiblichen Geschlechts in Folge erlangter Großjährigkeit ausdrücklich einräumt. Da dies nun blos in Betreff der Befugniß zur unbeschränkten Verwaltung und Veräußerung des Vermögens geschieht, die Geschlechtscuratel aber schon ihrem Begriffe nach mit der Verwaltung des Vermögens der Curandin überhaupt nichts zu schaffen hat, so collidirte der fragliche Senatsufas höchstens mit denjenigen in der Geschlechtscuratel wurzelnden provinziellen Bestimmungen, die den großjährigen Jungfrauen und Wittven bei Veräußerung ihrer Immobilien und bei Abschluß von Rechtsgeschäften vor Gericht die Zuziehung eines Beiraths auferlegten, keineswegs jedoch mit dem eigentlichen Kern der Geschlechtscuratel, der Kriegsvoigtei, d. i. mit der Sagung, daß Frauen zur Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten eines männlichen Beistandes bedürfen. Aber nicht einmal die Befähigung der Frauen zur unbeschränkten Veräußerung ihrer Immobilien und zum Abschluß von Rechtsgeschäften vor Gericht leitete die Pragis aus dem Senatsufas vom 22. Decbr. 1785 ab, denn sie fuhr auch nach Publication desselben fort, bei allen gerichtlichen Handlungen der Frauen die in der Geschlechtscuratel begründete Mitwirkung eines Beiraths zu fordern, wie von Bunge in dem § 43 seines Liv- und Estländischen Privatrechts bezeugt. Daß auch die gesetzgebende Ge-

wast mit dieser Auslegung des mehrerwähnten Ukases durchaus einverstanden war, beweisen die später emanirten Bauer-Verordnungen, welche den Fortbestand der Geschlechtscuratel in jeder der drei Schwester-Provinzen ohngeachtet dessen in den unzweideutigsten Ausdrücken bestätigen, daß der Senatsukas vom 22. Decbr. 1785 ausgesprochen hatte: die von ihm getroffenen Bestimmungen „seien für das ganze Reich ohne Ausnahme gültig.“ Vrgl. Livländische Bauer-Verordnung § 217, Estländische Bauer-Verordnung § 110 und Curländische Bauer-Verordnung § 377 Pkt. 3, woselbst es in genauer Uebereinstimmung mit der von uns vertretenen Rechtsansicht heißt:

„Verheirathete Weiber können nicht anders als in Assistenz ihrer Ehemänner Sachen vor Gericht betreiben.  
 „Wittwen und Mädchen von majorennem Alter können ohne Weirath eines Assistenten nichts rechtsverbindlich vor Gericht verhandeln.“

Was demnächst das bestätigte Reichsrathsgutachten vom 23. October 1863 anlangt, so ist dasselbe nie publicirt worden und kommt als ein für sich bestehendes Gesetz jedenfalls nicht in Betracht, weil die in ihm enthaltenen Bestimmungen in den dritten Theil des Provinzialrechts übergegangen sind und dort, soweit sie die Geschlechtscuratel betreffen, in den Artikeln 512—515 des Privatrechts Gesetzeskraft gewonnen haben.

Nach dem Art. 512 treten unverheirathete Frauen zwar, gleich Personen männlichen Geschlechts, in die Verwaltung ihres Vermögens; „es ist ihnen jedoch nicht verwehrt, sich dabei (also bei Verwaltung ihres Vermögens) des Rathes und der Unterstützung eines Mannes in der Eigenschaft eines Geschlechtscurators (Weiraths, Assistenten) zu bedienen.“ Daß hierdurch und durch die Art. 513—515 die Wahl eines Curators von Seiten der unverheiratheten Frauenspersonen als facultativ hingestellt, die Bestätigung des Curators für irrelevant erklärt und derselbe ausdrücklich als bloßer Rathgeber bezeichnet wor-

den, läßt sich nicht in Abrede stellen. Daß daraus aber, wie Professor Erdmann in seinem Güterrecht behauptet, die Aufhebung des letzten Restes der Geschlechtscuratel folge, müssen wir unserer Seite entschieden bestreiten.

Schon der Senatsukas vom 22. Decbr. 1785 hatte außer Zweifel gesetzt, daß unverheirathete großjährige Frauenspersonen in Bezug auf die Verwaltung ihres Vermögens keiner Beschränkung unterliegen. Im Wesentlichen dasselbe wird nun auch von dem Art. 512 ausgesprochen, denn indem derselbe den unverheiratheten Frauen anheim stellt, bei Verwaltung ihres Vermögens einen Beirath zuzuziehen oder die Verwaltung ohne einen Beirath zu führen, erklärt auch er, daß unverheirathete großjährige Frauen bei Verwaltung ihres Vermögens völlig unabhängig seien. Da nun die rechtliche Handlungsfähigkeit eines Menschen sich vielfältig in solchen Handlungen betheiligen kann, die sich unter den Begriff der Vermögensverwaltung nicht subsumiren lassen, wie z. B. letztwillige Verfügungen, Veräußerungen verschiedener Art, Verbürgungen, Vornahme processualischer Handlungen u., die Art. 512 — 515 aber eine unbeschränkte Handlungsfähigkeit der unverheiratheten Frauen nur hinsichtlich der Vermögensverwaltung statuiren und die Kriegsvoigtei sich ihrem Begriffe nach wiederum nicht in einer Vermögensverwaltung, sondern ausschließlich in der Mitwirkung bei Vornahme von Rechtsgeschäften und processualischen Handlungen insbesondere äußert, so handeln die Art. 512 — 515 überhaupt gar nicht über die Kriegsvoigtei, haben somit das Institut der Kriegsvoigtei, in soweit dasselbe vor Erlaß des dritten Theils des Provinzialrechts in den Ostseeprovinzen zu Recht bestand, nicht allein nicht aufgehoben, sondern es nicht einmal berührt. Demnach sind wir überzeugt, daß die Kriegsvoigtei in den Ostseeprovinzen auch für unverheirathete großjährige Frauen noch gegenwärtig genau in demselben Umfange fortbesteht, in welchem sie vor Erscheinen des

codificirten Privatrechts bestand — und daß dieselben daher auch noch jetzt bei allen gerichtlichen Handlungen der Mitwirkung eines von ihnen gewählten oder ihnen auf ihr Ansuchen gerichtlich beigeordneten Curators (Beiraths, Assistenten) nothwendig bedürfen, was übrigens mit Professor Erdmann's Ansicht wenigstens insofern übereinstimmt, als er (Seite 44 des Güterrechts) bemerkt, daß nur der kriegerische Vormund, welcher der proceßführenden Frau zur Seite stehen mußte, durch das neuere Gesetz nicht tangirt worden sei. Wenn Professor Erdmann in Uebereinstimmung mit der *N* 4 der Bwingmann'schen Präjudicienssammlung die Ehefrau nichtsdestoweniger zur selbstständigen Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten berechtigt erklärt, so ist das wahrscheinlich so zu verstehen, daß die Ehefrau bei Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten zwar einen Beirath oder Assistenten zuziehen müsse, hiebei jedoch nicht an die Assistentenschaft ihres Ehemannes gebunden sei, sich vielmehr, wie unverheirathete Frauen, einen Assistenten nach ihrem Belieben wählen könne.

Um die Befugniß der Ehefrau zur selbstständigen Proceßführung zu begründen, wird in dem Erdmann'schen Güterrecht, wie in der *N* 4 der Präjudicienssammlung auf den Art. 8 Pkt. 4 und auf den Art. 91 des Privatrechts Bezug genommen, und zwar auf den ersteren, weil er dem Ehemann eine bloße Befugniß zur Beirathenschaft, nicht eine Pflicht der Vertretung einräume und dadurch constatire, daß der Ehemann nicht mehr Geschlechtsvormund seiner Frau sei — auf den Art. 91 aber, weil derselbe ausdrücklich bestimme, daß Schulden, welche die Frau während der Ehe ohne Vorwissen des Mannes contrahirt habe und für welche die gemeinsame Gütermasse allerdings nicht hafte, dennoch als existent und exigibel anzusehen seien, indem den Gläubigern offen stehe, entweder sich an das Sondergut der Frau zu halten oder ihre Forderungen nach Auflösung der Ehe geltend zu machen. Keiner

der beiden angezogenen Artikel scheint uns indeß das zu beweisen, was aus ihnen abgeleitet wird.

Art. 8 Pft. 4 lautet:

„Der Ehemann ist berechtigt, als vermutheter Anwalt  
„und ehelicher Beirath ihre (d. i. der Frau) Gerech-  
„tsame gerichtlich wie außergerichtlich zu vertreten.“

Offenbar werden dem Ehemann hier zwei von einander verschiedene und selbstständig neben einander bestehende Rechte beigelegt, nämlich:

- 1) das Recht, auch ohne Legitimation zur Vertretung der Frau vor Gericht, wie außergerichtlich handeln zu dürfen, selbstverständlich unter dem Vorbehalt der schließlichen Ratihabition dieser Handlungen durch die Frau — und
- 2) das Recht und nach Art. 9 zugleich auch die Pflicht, die Frau dann, wenn sie in eigener Person handelnd auftritt, durch seinen Rath und Beistand in ihren Rechtsangelegenheiten vor Gericht, wie außergerichtlich zu unterstützen.

Mit diesen beiden Rechten des Ehemannes hat nun Professor Erdmann, wie uns bedünken will, einen ziemlich gewagten Verschmelzungs- und Verflüchtigungsproceß vorgenommen. Das dem Ehemann zugesicherte *mandatum praesumentum* gewissermaßen als ein die Beirathschafft näher bestimmendes Eigenschaftswort auffassend, gelangt er im § 1 des Güterrechts dahin, den Ehemann auf Grund des Art. 8 einfach zu einem präsumtiven Beirath der Ehefrau zu degradiren. Wenn der Ehemann die Gerechtsame der Frau als präsumtiver Anwalt vertritt, wie er durch das Gesetz dazu berechtigt ist, so handelt er überhaupt gar nicht als Beirath, sondern als ein Anwalt, dessen Handlungen der Ratihabition bedürfen — und fragt sich daher wohl mit Recht, wodurch man befugt sei, über seine vermuthete Anwaltschaft zur Tagesorgnung überzugehen. Was wiederum die Beirathschafft anlangt, so ist dieselbe dem Ehe-

mann vom Gesetz gar nicht als eine bloß vermuthliche, sondern als eine ihrer Existenz nach ganz gewisse beigelegt — und fragt sich daher wohl auch mit Recht, wodurch der Ehemann die Bezeichnung eines vermutheten Weirathes verdient habe? Daß übrigens die Weirathenschaft des Ehemannes keine von seinem Belieben abhängige Befugniß, sondern ein Recht sei, welches sich zugleich als Pflicht darstellt, beweist der Artikel 9, der, indem er der Ehefrau ein Recht auf den Rath und Beistand des Mannes verleiht, diesen letzteren zur Ertheilung des Rathes und zur Leistung des Beistandes verpflichtet. Uns scheint es fast selbstverständlich, daß sich an diese Verpflichtung des Mannes als Correlat die Berechtigung desselben knüpfe, zur Berathung seiner Frau ausschließlich befugt zu sein; allein in der *N* 4 der Präjudicien herrscht die Auffassung, daß der Punkt 4 des Art. 8 der Frau eben nur offen lasse, sich in ihren Rechtsangelegenheiten je nach ihrem Belieben des ehemännlichen Weirathes und Beistandes zu bedienen oder nicht zu bedienen. Nach dieser Auffassung würde sich der Punkt 4 des Art. 8 insoweit, als er über die Weirathenschaft handelt, auf die höchst überflüssige, ja triviale Bestimmung reduciren, daß es der Frau nicht verboten sei, ihren Ehemann in ihren Rechtsangelegenheiten als Weirath oder Assistenten hinzuzuziehen. Da der Ehemann, wenn die Frau hinsichtlich der Zuziehung und Wahl eines Weirathes vollkommen freie Hand hat, wie doch in der *N* 4 der Präjudicien angenommen wird, in der hier fraglichen Hinsicht jeder dritten großjährigen Person männlichen Geschlechts vollständig gleich gestellt wäre, so würde es schlechterdings unbegreiflich sein, wie der Art. 8 dazu gekommen sei, eine Befugniß, die der Ehemann mit jeder sich als Assistenten qualificirenden dritten Person männlichen Geschlechts theilt, unter die dem Ehemanne als solchem zustehenden Berechtigungen mit ernsthafter Miene aufzuzählen und dabei einer völlig unstatthaften Terminologie Raum zu

geben. Wenn Berechtigung nicht bloß Berechtigung heißen, sondern in Wirklichkeit sein soll, so kann der Punkt 4 des Art. 8 nur so aufgefaßt werden, wie wir ihn oben aufgefaßt haben, kann nur besagen, daß der Ehemann, wie er allein verpflichtet ist, der Frau in ihren Rechtsangelegenheiten Beistand und Unterstützung zu Theil werden zu lassen, auch allein ein Recht darauf habe, von seiner Ehefrau in allen denjenigen Fällen als Beirath zugezogen zu werden, in welchen die Frau entweder nach dem Gesetz nicht ohne Beirath wirksam handeln kann, oder in denen sie, obschon sie allein wirksam handeln könnte, doch nicht ohne Beirath handeln will. Nur diese Aufassung entspricht der Rechtsgeschichte, deren Ergebnisse in dem codificirten Privatrechte eine systematische Zusammenfassung gefunden haben — und erscheint allein vereinbar mit dem Art. 11 des Privatrechts, welcher dem Ehemanne seiner Frau gegenüber die Stellung des Vormundes (Ehevoigts, ehelichen Beiraths oder Assistenten) anweist. Da nämlich das Privatrecht die synonymen Ausdrücke: „ehelicher Vormund, Ehevoigt u.“ doch nur in quellenmäßigen Sinne nehmen kann und sie, wie die zum Art. 11 citirten Rechtsquellen beweisen, in diesem Sinne wirklich aufgefaßt hat, oben aber gezeigt wurde, daß wie in Deutschland, so auch in den Ostseeprovinzen zu den in ihrer Gesamtheit das Institut der ehelichen Vormundschaft bildenden Rechtsräthen vor Codification des Privatrechts auch der Rechtsrath gehörte, daß die Ehefrau (von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen) vor Gericht nicht ohne Beirath ihres Ehemannes mit unbedingtem Rechtseffect handeln könne und daher auch bei Vornahme processualischer Handlungen der Assistenz ihres Mannes nothwendig bedürfe, so sind wir überzeugt, daß das Privatrecht in dem Art. 11 implicite auch der Zurechtbeständigkeit des eben erwähnten Rechtsrathes Ausdruck gegeben hat. Wäre dem nicht so, würde die Ehefrau vielmehr ermächtigt sein, auch vor Gericht ohne

ehemännliche Mitwirkung mit Rechtseffect zu handeln, so würde man zu der Inconsequenz gelangen, daß eine Frau, die im 17. Jahre eine eheliche Verbindung eingegangen und dadurch aus der elterlichen Gewalt, beziehungsweise der Vormundschaft über Minderjährige ausgeschieden ist (Art. 235 und 467), vom 17. bis zum vollendeten 21. Lebensjahre vor Gericht selbstständig und mit rechtlicher Wirksamkeit handeln könnte, obschon die Art. 359, 353 und 354 vorschreiben, daß Minderjährige weder bei Gericht klagen noch sich vertheidigen noch auch für sie rechtsverbindliche Rechtsgeschäfte abschließen können. Das eben Bemerkte scheint freilich auf den ersten Blick zu viel zu beweisen, weil die eheliche Vormundschaft, um jene Inconsequenz vollständig zu beseitigen, die Ehefrau auch in der außergerichtlichen Verfügung über ihr Sondergut beschränken müßte, während sie die Ehefrau vornehmlich nur hinsichtlich deren gerichtlicher Handlungsfähigkeit und in Betreff des Rechts zur Verfügung über das der ehemännlichen Verwaltung unterworfenene Vermögen beschränkt. Hiergegen läßt sich aber erwidern, eines Theils, daß die Frau auf die Verfügung über ihr Sondergut in der That in einem sehr wichtigen Stück beschränkt ist, indem sie zur Veräußerung ihres unbeweglichen Sondergutes, so wie zur Ausstellung von Verbindungsschriften, die dies Gut betreffen, nach Art. 29 des ehemännlichen Consenses bedarf — und anderen Theils, daß die innige Lebensgemeinschaft der Ehegatten verbunden mit dem natürlichen Uebergewicht des Mannes schon genügende Garantie darbiete gegen leichtsinnige außergerichtliche Verfügungen der Frau über ihr bewegliches Sondergut.

Uns nunmehr der Behauptung zuwendend, daß der Ehefrau die selbstständige Führung eines Rechtsstreits nicht abgeschnitten werden dürfe, weil sie nach Art. 91 berechtigt ist, ohne Vorwissen des Mannes zu Recht bestehende Schulden zu contrahiren — glauben wir die Unhaltbarkeit dieser Behauptung unschwer darthun zu können.

In der Zeit, als in Deutschland die Geschlechtscuratel noch in Blüthe stand und die Ehefrau ihren Mann unbedingt als gesetzlichen und ausschließlichen Kriegsvogt gelten lassen mußte, war sie nichtsdessenweniger zur Abschließung von Rechtsgeschäften und namentlich auch zur Contrahirung von Schulden befugt. Hatte sie indeß ohne Zustimmung des Ehemannes contrahirt, so waren die ihr daraus erwachsenen Verbindlichkeiten (mit Ausnahme jedoch derjenigen, welche durch die der Frau obliegende Führung der engeren Hauswirthschaft veranlaßt waren) während der Dauer der Ehe nur so weit wirksam, als sie keine Beeinträchtigung der Rechte des Ehemannes in sich begriffen, weshalb denn auch das in der ungezweiten Masse stehende Vermögen der Frau zur Tilgung von Schulden, die sie ohne Consens des Ehemannes contrahirt hatte, nur mit Zustimmung des letzteren angegriffen werden konnte. (Gerber's Privatrecht Seite 564 und 600.)

So ziemlich dieselben Grundsätze kamen auch in den Ostseeprovinzen zur Geltung, nachdem die Strenge, die ursprünglich in Bezug auf die Handlungsfähigkeit der Frauen und ganz besonders hinsichtlich der in der ehelichen Vormundschaft mitbegriffenen Geschlechtstutel vorherrschend war, milderer Grundsätzen Platz gemacht hatte, wie das aus den Rechtsquellen, die in den Ostseeprovinzen vor dem Jahre 1785 unmittelbare practische Anwendung fanden, nachgewiesen werden könnte. Eines solchen Beweises bedarf es aber nicht einmal, weil das Privatrecht selbst das Behauptete bestätigt.

Der Rechtsatz, daß die Ehefrau auch während der Ehe ohne Zustimmung des Mannes sie verbindende Schulden contrahiren könne und daß die Gläubiger sich wegen dieser Schulden während der Ehe an das Sondergut der Frau und nach aufgelöster Ehe an das von dem Nießbrauch und der Verwaltung des Ehemannes befreite Vermögen der Frau halten können, findet sich für die nach Liv-, Est- und Curländischem

Landrechte, sowie nach Est- und Curländischem Stadtrecht zu beurtheilenden Gebiete in dem Art. 55 und 103, für die Livländischen Städte in dem schon erwähnten Art. 91. — Als Quelle für den Art. 55 sind, außer Bestimmungen des römischen Rechts, das Livländische Ritter-Recht Cap. 42, das Estländische Ritter- und Land-Recht Buch II Tit. 14, die Königlich Schwedische Testaments-Stadga vom 3. Juli 1686 § 6, die Curländischen Statuten vom Jahre 1617 § 144, Commiss. Decis. vom Jahre 1717 ad desid. Art. XIII §. 4, für den die Städte Estland's betreffenden Art. 103 dagegen eine Reihe von Paragraphen des Lübeck'schen Stadtrechts und für den Art. 91 das Rigasche Stadtrecht Buch III Tit. 6 § 3 und Tit. 11, § 8 angezogen. Da nun nach dem eigenen Zeugniß des Privatrechts durch diese Quellen außer Zweifel gesetzt ist, daß den Ehefrauen in den Ostseeprovinzen schon mehr als 200 Jahr vor Codification des Privatrechts, ja vor Erlass des Senatsukases vom 22. Decbr. 1785 das Recht zustand, während der Dauer der Ehe ohne Vorwissen des Mannes verbindliche Schulden zu contrahiren, während dieser Zeit aber der Rechtsatz, daß Ehefrauen bei Vornahme gerichtlicher, insbesondere processualischer Handlungen des Beiraths oder der Assistenz ihrer Ehemänner nothwendig bedürfen, unbestritten Kraft und Geltung gehabt hat, so kann die Antiquirung dieses Rechtsatzes unmöglich daraus gefolgert werden, daß das codifizierte Privatrecht in Uebereinstimmung mit den citirten Rechtsquellen jene Berechtigung der Ehefrau zur Contrahirung von Schulden aufgenommen hat, denn beide fraglichen Rechtsätze haben ja seit längst verklungenen Zeiten friedlich neben einander zu Recht bestanden, ohne einander auszuschließen. Dies Nebeneinanderbestehen der beiden Rechtsätze kann aber nichts weniger als befremden, wenn man sich an die rechtsgeschichtlichen Momente erinnert, welche denselben zu Grunde liegen.

Die Befugniß, ohne Zuziehung eines männlichen Bei-

raths zu Recht bestehende Schulden zu contrahiren, ist eine Befugniß, die den unverheiratheten, wie den verheiratheten Frauen zustehen muß, weil den einen, wie den andern rechtlicher Wille zugeschrieben wird und ihnen nothwendig zugeschrieben werden mußte, als mit der Antiquirung des Fehderechts die Unfähigkeit der Frauen zur Führung der Waffen nicht mehr das Motiv abgeben konnte, die Frauen einer perpetuellen Bevormundung zu unterwerfen, in welcher nicht bloß das Vermögen der Frauen, sondern das gesammte physische und geistige Dasein derselben vertreten war.

Die Kriegsvoigtei beruht nicht darauf, daß den Frauen überhaupt rechtlicher Wille abgehe, sondern auf einer Theorie, die von den Juristen des 14. Jahrhunderts ausgebildet wurde und noch gegenwärtig nicht beseitigt ist.

Wir erwähnten schon oben, daß in Deutschland in der ältesten Zeit nur Waffenfähige zur Durchführung eines Rechtsstreits vor der Volksversammlung oder einem ad hoc berufenen Schiedsgerichte erscheinen durften. Als später an Stelle der Volksversammlung und der Schiedsgerichte ständige Gerichte traten, hielt das Volk ohngeachtet dessen, daß der Grund, der den Frauen das Auftreten in der Volksversammlung unmöglich gemacht hatte, hinweg gefallen war, doch an der Vorstellung fest, daß Frauen sich an öffentlichen Gerichtsverhandlungen nicht oder doch nicht ohne männlichen Beistand betheiligen könnten. An diese Vorstellung anknüpfend, bildeten die Juristen des 14. Jahrhunderts mit Hilfe des damals als „kaiserliches beschriebenes Recht“ eindringenden römischen Rechts die Theorie aus, daß die Schwäche der Weiber, die Unerfahrenheit derselben in bürgerlichen Rechtsachen und wohl auch die der Frauennatur eigenthümliche Scheu und Abneigung gegen öffentliches Auftreten und Handeln es nöthig mache, die Frauen bei Vornahme gerichtlicher Handlungen und Abschluß einiger besonders wichtiger Rechtsgeschäfte an die Buziehung eines männ-

lichen Beistandes dergestalt zu binden, daß die ohne die Zustimmung des Beiraths vorgenommenen Handlungen als nichtig zu betrachten seien. Hätte diese Theorie den Frauen rechtlichen Willen abgesprochen, so wäre sie mit der Befugniß der Frauen, ohne Beziehung männlichen Beiraths Schulden contrahiren zu können, allerdings unvereinbar gewesen. Da jedoch die geforderte Zustimmung des Beiraths die rechtliche Relevanz des Willens der Berathenen zur selbstverständlichen Voraussetzung hat und das außergerichtliche Contrahiren von Schulden nicht zu denjenigen Rechtsgeschäften gehörte, zu deren Abschließung die fragliche Theorie die Beziehung eines männlichen Beiraths forderte, so schließt dieselbe und somit auch die in ihr mitbegriffene Kriegsvoigtei die Befugniß der Frauen zur selbstständigen Contrahirung von Schulden keineswegs aus.

Nach Anerkennung des rechtlichen Willens der Frauen war kein Grund vorhanden, den Jungfrauen und Wittwen die freie Auswahl ihres kriegerischen Vormundes zu versagen. Anders bei verheiratheten Frauen. Auch bei diesen war der rechtliche Wille außer Zweifel, wie z. B. schon daraus ersichtlich, daß sie ihren Mann in Fällen der Abwesenheit und Krankheit desselben vertreten, mit dem Manne unter Beziehung eines beliebig gewählten Assistenten Verträge schließen und in Bezug auf ihr Sondergut, gleich großjährigen unverheiratheten Frauen, ohne Beziehung eines Beiraths außergerichtliche Rechtsgeschäfte aller Art (Veräußerung, von Immobilien ausgenommen) vollziehen und außergerichtlich Schulden contrahiren konnten. Daß aber die Verfügungen, die die Ehefrau über ihr der Verwaltung und dem Nießbrauch des Mannes unterliegendes Vermögen traf, während der Dauer der Ehe unwirksam waren, hatte seinen Grund nicht in dem Mangel rechtlichen Willens, sondern in der von ihr freiwillig eingegangenen Ehe. Ebenso ist in dem ehelichen Verhältniß der Grund zu suchen, weshalb die Ehefrau in den Fällen, wo sie eines kriegerischen

Vormundes bedarf, sich ihren Ehemann als kriegerischen Vormund gefallen lassen muß. Der Frau zu gestatten, sich hinter dem Rücken oder wider den Willen des Ehemannes eine dritte Person als ehelichen Weirath zu erwählen, wäre dem Begriff der Ehe zuwider gewesen, würde die natürliche Stellung, die der Mann in der zwischen Ehegatten bestehenden Lebensgemeinschaft einnimmt, beeinträchtigen oder doch bloßstellen und wäre außerdem durchaus inconsequent; denn indem die Frau in die eheliche Verbindung willigt, erwählt sie ihren Ehemann für die Dauer der Ehe zugleich als Schutz und Beistand, verpflichtet sich ihm zum Gehorsam und macht ihr Lebensglück überhaupt in so wesentlichen Beziehungen von dem Willen und Thun ihres Mannes abhängig, daß mit dieser Abhängigkeit verglichen, die Abhängigkeit der Frau von der ehemännlichen Kriegsvogtei verschwindend klein erscheint. Ebendeshalb constatirt der Art. 30 des Privatrechts, daß die Frau sich nur in dem Falle, wo ihr Interesse mit demjenigen ihres Ehemannes kollidirt, einen besonderen Weirath zu erwählen habe.

Nachdem wir so die beiden Einwendungen, die erörtertenmaßen gegen die gegenwärtige Gültigkeit und Anwendbarkeit der Kriegsvogtei vorgebracht worden, genügend widerlegt zu haben meinen, glauben wir die Frage aufwerfen zu müssen, ob Frauen auch noch jetzt, wie es früher der Fall war, bei Veräußerung von Immobilien und Ausstellung von Schulurkunden aller Art einen Weirath zuzuziehen haben, oder aber bei Abschließung außgerichtlicher Rechtsgeschäfte von der Hinzuziehung eines männlichen Weiraths überhaupt befreit seien? Uns scheint letzteres der Fall zu sein; denn da die aufgeworfene Frage augenscheinlich eine solche ist, die in das Privatrecht gehört, das codificirte Privatrecht aber in dem Abschnitt, wo es über die Geschlechtscuratel handelt, bloß verordnet, daß unverheirathete Frauenspersonen sich nach erlangter Großjährigkeit eines selbstgewählten Weiraths bedienen

können, nicht müssen, so scheint bei dem Schweigen, welches das Privatrecht in Betreff der aufgeworfenen Frage sonst beobachtet, angenommen werden zu müssen: das Privatrecht habe jedenfalls unverheiratheten Frauen bei Abschließung außergerichtlicher Rechtsgeschäfte vollkommen freie Hand lassen wollen. Ein Gleiches kann auch zu Gunsten der verheiratheten Frauen in Bezug auf deren Sondergut behauptet werden, soweit nicht in den Art. 29 und 30 Abweichendes verordnet ist.

Anlangend hiernächst die Befugniß der Frauen zur Vornahme gerichtlicher Handlungen, so kann aus dem im codificirten Privatrechte hierüber beobachteten Stillschweigen keineswegs auf Antiquirung der Kriegsvogtei geschlossen werden, denn letztere stellt sich dar als eine Beschränkung der Gerichtsstandsfähigkeit (*legitima persona standi in judicio*) und da die systematische Darstellung dieses proceßrechtlichen Instituts nicht in das Privatrecht, sondern in die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens in Civilrechtssachen gehört, so leuchtet bei Berücksichtigung des in dem Namentlichen Ukas vom 1. Juli 1845 festgestellten Codificationsplanes ein, daß die systematische Zusammenfassung der die Gerichtsstandsfähigkeit der Frauen und somit auch die Kriegsvogtei betreffenden Bestimmungen bei Codification des Privatrechts dem noch nicht emanirten vierten Bande des Provinzialrechts vorbehalten worden ist, nämlich die Beschränkung der Frauen bei Vornahme processualischer Handlungen (oder die Kriegsvogtei im engeren Sinne) dem Abschnitt über das Verfahren in streitigen Civilrechtssachen und die Beschränkung der Frauen bei Abschließung unter richterlicher Mitwirkung zu Stande kommender Rechtsgeschäfte dem Abschnitte über das Verfahren in nicht streitigen Civilrechtssachen.

Ob der vierte Band des Provinzialrechts die Kriegsvogtei beibehalten oder über Bord werfen werde, hängt davon ab, ob die Festsetzungen des Ukases vom 1. Juli 1845 maß-

gebend bleiben werden oder nicht; so lange aber der vierte Band des Provinzialrechts aussteht, können nur die in demselben zu codificirenden Rechtsquellen den Ausschlag geben und da diese, wie oben gezeigt wurde, zu dem Ergebniß führen:

- 1) daß großjährige Frauen bei processualischen Handlungen und gerichtlichen Geschäften überhaupt der Zuziehung eines männlichen Beiraths bedürfen — und
- 2) daß Wittwen und Jungfrauen ihren Beirath selbst wählen können, Ehefrauen aber, von den oben besprochenen Ausnahmen abgesehen, an die Beirathschafft ihrer Männer gebunden sind —

so bestehen diese Sätze noch gegenwärtig zu Recht, woraus folgt, daß Frauen zu einer selbstständigen Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten nicht befugt sind. Sollte die Entscheidung Nr. 4 von der Ansicht ausgegangen sein, daß Frauen zur selbstständigen Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten deshalb befähigt erscheinen, weil sie, auch wenn sie einen Beirath hinzuzuziehen haben, doch nicht an den Rath desselben gebunden seien, so müßten wir auch dieser Ansicht widersprechen, weil zur unbedingten Gültigkeit einer von einer Frau vollzogenen gerichtlichen Handlung nicht ein derselben widersprechender Rath des Assistenten genügt, sondern die Genehmigung und formelle Legalisirung der Handlung durch den Assistenten erforderlich sein dürfte. (Confer. Gerber § 246.)

Da übrigens processualische Handlungen, welche von Jungfrauen und Wittwen ohne Zuziehung irgend eines Beiraths und von Ehefrauen ohne Zuziehung ihres Ehemannes vollzogen worden sind, von diesen Frauen jedenfalls dann, wenn sie im Proceß unterliegen, wegen Nichtigkeit angefochten werden können, der Richter aber jedem procedere, daß zu einer wenn auch nur relativen Nichtigkeit führen kann, ex

officio vorzubeugen verpflichtet ist, so folgt daraus, daß der Richter berechtigt und verpflichtet sei, zur Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten bei Gericht auftretende Frauen (von Noth- und Eilfällen abgesehen) zur Vornahme processualischer Handlungen nicht zuzulassen, wenn dieselben ohne einen gewählten, beziehungsweise den gesetzlichen Beirath erschienen sind.

## II.

In der N<sup>o</sup> 32 der veröffentlichten Entscheidungen wird die Rechtsansicht vertreten, daß der Grundzinnsmann in Ermangelung besonderer Verabredung kein Recht auf die ausschließliche Nutzung der das Zinsgrundstück begrenzenden, gleichfalls im Eigenthum des Grundzinsherrn befindlichen Gewässer habe, indem dieses Recht vielmehr dem Grundzinsherrn verbleibe. Auch die Richtigkeit dieser Rechtsansicht glauben wir aus den nachfolgend zu entwickelnden Gründen bestreiten zu müssen. Gegenstand des Besitzes und Eigenthums können bekanntlich nur solche körperliche Sachen sein, über welche eine factische und juristische Herrschaft möglich ist. Diesen Sachen kann nach römischem Rechte das Wasser eines Flusses, so lange es ein continuirlich dahinströmendes ist, nicht beigezählt werden, denn obschon sich Theile des Flußwassers durch Schöpfen, künstliche Anlagen u. gleich den im Flusse schwimmenden Fischen, einfangen und dadurch occupiren lassen, so ist doch die Occupation des gesammten Flußwassers wegen der Continuität seines Fließens unmöglich und würde, wenn sie möglich wäre, jedenfalls den Begriff des Fließens aufheben und dadurch die strömende Wasserwelle in stehendes Wasser verwandeln. Dieserhalb kann nach römischem Rechte wohl von einem Privateigenthum am Flußbette, nicht aber von einem Eigenthums-

rechte an dem dahin strömenden Flußwasser die Rede sein. Letzteres wird vielmehr vom römischen Rechte, wie der § 1 Inst. de rer. divis. 2. 1:

Et quidem naturali jure communia sunt haec: aer, aqua profluens et mare et per hoc littora maris — beweist, zu den res communes omnium gerechnet und kann in Flüssen aller Art von Jedermann benutzt werden, wobei jedoch in Betracht kommt, daß die Benutzung der dauernd fließenden Gewässer, wie jeder usus publicus, unter dem Oberaufsichtsrecht des Staates stand, und daß die Benutzung namentlich der nicht schiffbaren Flüsse durch die Ufereigenthümer der Ausschließlichkeit thatsächlich mehr oder weniger nahe kam, nicht weil den Ufereigenthümern ein Eigenthumsrecht an dem hinströmenden Wasser zugestanden hätte, sondern weil eine ausgedehntere Benutzung fließenden Wassers von einer gleichzeitigen Benutzung des Ufers und oft auch des Flußbettes abhängig ist, die Ufereigenthümer aber kraft ihrer Eigenthumsrechte an dem Ufer und dem Flußbette jeden Dritten von der Benutzung derselben ausschließen konnten. Dürfte man von diesem Standpunkte des römischen Rechts ausgehen, so würde sich die Unhaltbarkeit der in der *N* 32 der Präjudiciensammlung vertretenen Rechtsansicht beinahe von selbst ergeben. Da aber das provinzielle Privatrecht, wahrscheinlich von der Thatsache geleitet, daß die decursus aquarum schon im Mittelalter als Zubehör der Landgüter angesehen und sowohl Quellen und Bäche als auch andere, zu den öffentlichen Flüssen nicht gehörige Gewässer zu den aquarum decursus gezählt wurden, im Widerspruche mit dem römischen Rechte ein Eigenthumsrecht auch an dem fließenden Wasser anerkennt, indem es in dem Art. 1012 und 1013 ausspricht, daß die innerhalb der Grenzen eines Grundstücks befindlichen Gewässer, sie mögen fließende oder stehende sein, dem Grundeigenthümer gehören und von demselben ausschließlich und nach Belieben

genutzt werden können und daß diejenigen fließenden sowohl als stehenden Gewässer, welche die Grundstücke verschiedener Eigenthümer durchschneiden oder bespülen, im gemeinschaftlichen Eigenthume der angrenzenden Grundherren stehen; so bilden diese beiden Bestimmungen den natürlichen Ausgangspunkt unserer Erörterung. In den beiden allegirten Artikeln wird nichts ausgesagt über das Verhältniß des fließenden Wassers zu den dasselbe ganz oder zum Theil einrahmenden Grundstücken und zu dem Flußbette. Deshalb ist vor Allem zu untersuchen, ob das Wasser eines Flusses den Ufergrundstücken gegenüber als selbständige Sache oder als Theil derselben anzusehen sei und wenn letzteres der Fall wäre, ob es sich zu jenen Grundstücken verhalte:

- a. einfach wie ein Theil zum Ganzen d. i. wie ein solcher Theil, der körperlich aber nicht wesentlich mit dem Ganzen zusammenhängend, ohne Veränderung seines Wesens getrennt und auch während der factischen Verbindung rechtlich als selbstständig behandelt werden kann, z. B. eine auf einem Landgut vorfindliche Wiese, welche sich während ihrer Verbindung mit dem Landgute absondert verpachten, mit einer Weideservitut belasten oder auch gänzlich von dem Landgute abtheilen läßt und nach erfolgter Abtheilung ein selbstständiges Rechtsobject, ein für sich bestehendes Immobil darzustellen vermag — oder aber
- b. wie ein integrierender Theil zum Ganzen d. i. wie ein Theil, der körperlich und wesentlich mit dem Ganzen zusammenhängend, nicht ohne wesentliche Veränderung seiner Natur getrennt und daher auch während seiner Verbindung nicht als selbstständige Sache behandelt werden kann, z. B. ein auf einem Grundstück vorfindlicher Baum (*arborum, quae in fundo continentur non est separatum corpus a fundo*) oder endlich

- c. wie eine Pertinenz, die ohne in Wirklichkeit Theil der Sache zu sein, doch die Bestimmung hat, dauernd als Theil der Sache behandelt zu werden. (Conf. Buchta's Pandecten § 37.)

Jeder Fluß besteht aus der Coexistenz des Wasserzuflusses (flumen), des Bettes (alveus) und der Ufer (ripae). Nach römischem Rechte war bei den dauernd fließenden und unter Staatsschutz stehenden Gewässern das Wasser immer der für den Rechtsbegriff entscheidende Bestandtheil.

Die Ufer und das Flußbett gehörten zwar den Eigenthümern der Ufergrundstücke und wurde das Flußbett als Fortsetzung derselben angesehen. Allein das Eigenthum wurde als ruhend betrachtet, weil der dem usus publicus dienende Wasserstrom das Flußbett zur res publica machte und auch die Flußufer dergestalt dem Gemeingebrauch unterstellte, daß die Grundherren sich die mit dem Leinpfadrecht verbundenen Beschränkungen ihres Eigenthums gefallen lassen mußten. Veränderte der Fluß seinen Lauf, so machte das Eigenthum der Ufergrundherren an dem Flußbett wieder auf oder wurde doch wirksam und die Beschränkungen des Ufereigenthums fielen weg. L. 30 § 2 D. 41. 1, L. 7 § 5 D. eod. L. 1 § 7 D. 43, 12 (quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus) § 33 Inst. 2. 1.

Wenn nun auch der Art. 1013 des Privatrechts, wie wir eben sahen, die verschiedene Grundstücke durchschneidenden oder bespülenden Gewässer, ohne dabei zwischen öffentlichen und Privatflüssen und Seen zu unterscheiden, als gemeinschaftliches Eigenthum der angrenzenden Grundherren erklärt, so führt die Beachtung der die Benutzung der öffentlichen Flüsse regelnden Bestimmungen des Privatrechts doch zu dem Ergebnis, daß das Eigenthum der angrenzenden Grundherren an den öffentlichen Flüssen (wenn die Möglichkeit eines Eigenthumsrechts nicht schon durch die Bezeichnung derselben als

öffentlicher ausgeschlossen ist), jedenfalls einer *nuda proprietatis* ziemlich nahe komme; denn da die Benutzung der öffentlichen Flüsse nur „ohne Nachtheil für das Publicum“ stattfinden soll (Art. 1015), jede geringfügige Benutzung des Wassers, wie das Waschen, Baden, Schwimmen, Schwemmen, Viehtränken, Fischen mit Angeln *z.* Jedermann gestattet ist (*ebenda*), Jedem in öffentlichen Flüssen die Benutzung derselben zur Schifffahrt mit Flußfahrzeugen jeder Art, so wie zum Holzflößen freisteht (Art. 1016), den angrenzenden Grundeigentümern Anlagen und Vorrichtungen (Mühlen, Dämme, Fischwehren *z.*), durch welche die Schifffahrt beeinträchtigt werden könnte, untersagt ist (Art. 1018 — 1027), den Grundeigentümern die Verpflichtung obliegt, am Ufer der schiffbaren Flüsse einen entsprechenden Raum als Leinpfad zur Benutzung für die Schifffahrer und Holzflößenden frei, unbesäet und unbebaut zu lassen (Art. 1028 und 1030), so hat das Gesetz dem Wasser der öffentlichen Flüsse und insbesondere dem sogenannten Lagang eine über das Sonderinteresse der Ufereigentümer soweit hinausgreifende und vorzugsweise die Begründung ungehinderten Wasserverkehrs so unverkennbar bezweckende Bestimmung gegeben, daß es den angrenzenden Grundstücken gegenüber als selbstständiges Rechtsobject und zwar als eine *res publica* erscheint, in deren Dienst die Flußufer und das Flußbett gestellt sind, indem sie gerade wie nach römischem Rechte, zwar im Eigenthum der angrenzenden Grundherren verbleiben, gleichwohl aber dem *usus publicus* gewidmet sind, dem obrigkeitlichen Aufsichtsrecht unterliegen und erst, wenn der Strom seinen Lauf verändert, den Charakter unbeschränktesten Eigenthums wieder annehmen (Art. 763 *ff.*). Ein ganz anderes ist das Verhältniß, das zwischen dem Wasser eines Privatflusses einerseits und den von demselben bespülten Grundstücken andererseits obwaltet. Hier fehlt es nach provinziellem Rechte an allen jenen Vorschriften, welche

bei öffentlichen Flüssen das Wasser dem Gemeingebrauch anheimgeben, hier verengt sich die Benutzung des Wassers auf das Interesse der angrenzenden Grundeigentümer, hier kann es auf Grundlage der Art. 1012 und 1013 kaum einem Zweifel unterliegen, daß der Wasserstrom, obgleich er als solcher nicht Gegenstand des Besitzes und Eigenthums sein kann, doch kraft gesetzlicher Fiction als Eigenthum der angrenzenden Grundherren behandelt und, da das Flußbett und die Ufer nicht, wie bei öffentlichen Flüssen, den Ufergrundstücken gegenüber neutralisirt sind, als mit letzteren zu einem Ganzen verbunden, oder doch als zu jenen Grundstücken gehörig, betrachtet werden muß.

Hiermit ist auch die Entscheidung № 32 wenigstens im Allgemeinen einverstanden, denn sie faßt das Wasser eines Privatflusses einfach als Theil der von demselben durchschnittenen oder bespülten Grundstücke auf und bemerkt unter Bezugnahme auf L. 1 § 4 Dig. 43, 12 de fluminibus, ne quid in flum. publ. (nicht 47, 12 wie es in der Sammlung in Folge eines Druckfehlers heißt), daß ein Privatfluß sich von anderen Privatplätzen in Nichts unterscheide. Würde diese Digestenstelle wirklich das besagen, was ihr zugeschrieben wird, so würde sie jedenfalls dem oben hervorgehobenen Grundsatz des römischen Rechts, wonach die aqua profluens der res communis omnium überhaupt nicht im Privateigenthum stehen und somit auch nicht Theil eines im Privateigenthum befindlichen Grundstückes sein kann, in entschiedenster Weise widersprechen. Es hat aber jene Digestenstelle, welche augenscheinlich wegen des in ihr vorkommenden Schluppassus: „nihil enim differt a caeteris locis privatis flumen privatum“ angezogen worden ist, keineswegs den in sie hineingelegten Sinn. Nach römischem Rechte standen bekanntlich Privatflüsse, weil sie dem usus publicus nicht erschlossen waren, nicht unter der Obhut des Staates, waren nicht, wie die öffentlichen Flüsse, durch Interdicte gegen Hand-

lungen geschützt, die, wo es sich um Gewährung des *usus publicus* handelte, verboten sein mußte.

Wenn nun die L. 1. D. 43, 12 im Eingange das Verbot des Prätors, daß weder auf dem Strome eines öffentlichen Flusses, noch an den Ufern desselben etwas veranstaltet werden dürfe, wodurch die Schifffahrt beeinträchtigt werde, wörtlich aufführt, später (nämlich im § 4) ausspricht, daß dies Interdict des Prätors sich nur auf öffentliche, nicht auf Privatflüsse beziehe und diesen Ausspruch durch die Bemerkung motivirt, daß ein Privatfluß anderen *locis privatis* gleich zu achten sei, so erstreckt sich diese Gleichstellung doch nur darauf, daß die dem Interdict zu Grunde liegende *ratio*, nämlich das Interesse, das der Staat an dem ungeschmälerten Bestehen des *usus publicus* hat, bei den Privatflüssen ebensowenig zutrefte, wie bei anderen, dem *usus publicus* nicht anheimgegebenen Dertlichkeiten. Eine derartige Gleichstellung sagt über das Verhältniß des Wassers eines Privatflusses zu den angrenzenden Grundstücken nichts aus, widerstreitet auch der Natur der *aqua profluens* als einer *res communis omnium* keineswegs, indem die Benutzung des Wassers der Privatflüsse nach römischem Rechte an und für sich zwar Jedermann frei steht, der Staat aber die angrenzenden Grundeigenthümer in deren Befugniß zur Verfügung über die Flußufer und das Flußbett nicht oder doch nur insoweit beschränkt, als erforderlich ist, damit der Privatfluß nicht aufhöre Fluß zu sein. So wenig man sich hiernach auf das von den Art. 1012 und 1013 des Privatrechts abweichende römische Recht berufen kann, um das Verhältniß des Wassers eines Privatflusses zu den angrenzenden Grundstücken zu bestimmen, so wenig läßt sich behaupten, daß das erstere sich zu den letzteren einfach wie ein Theil zum Ganzen verhalte, also weder wie ein integrierender Theil noch auch wie eine Pertinenz. Um einfach als Theil der angrenzenden Grundstücke gelten zu können, müßte das

Wasser eines Privatflusses nach der oben erwähnten gemeinrechtlichen, auch vom provinziellen Privatrechte adoptirten Theorie

- 1) mit den Ufergrundstücken körperlich zusammenhängen, und müßte ferner
- 2) der Zusammenhang kein wesentlicher, d. h. ein solcher sein, daß das Wasser, wie wir schon oben bemerkten, sich ohne Veränderung seines Wesens von dem Grundstücke trennen und sich auch während der factischen Verbindung mit demselben als selbstständig behandeln ließe.

Gleich das erste Requisit trifft nicht zu, denn da es zum Begriff eines Flusses gehört, daß das Wasser desselben beständig längs den Ufern und über das Bett dahinströmt, also an denselben physisch nicht haftet, so ist die Verbindung, die zwischen dem strömenden Flußwasser einerseits und dem Flußbette und den Ufern andererseits stattfindet, offenbar eine bloß juristische, d. i. eine solche, die dadurch hergestellt wird, daß eine Sache als für die andere Sache bestimmt behandelt wird und ihrer natürlichen Beschaffenheit nach dieser Bestimmung auch wirklich entspricht. Von einer körperlichen Verbindung kann aber bei dem fraglichen Verhältniß, ohne der Natur der Sache Gewalt anzuthun, ebensowenig die Rede sein, wie davon, daß zwischen dem durch einen Trichter rieselnden Wasser und dem Trichter selbst eine körperliche Verbindung stattfindet. Aber selbst wenn man, etwa vermöge allmächtiger Fiction, über diese Schwierigkeit hinweggelangen könnte, würde man gleich auf die neue, noch größere Schwierigkeit stoßen, daß das strömende Flußwasser oder die strömende Wasserwelle, wie es genannt zu werden pflegt, sich ohne Veränderung seines Wesens weder verselbständigen, noch aus seiner Abhängigkeit von dem Flußbette und den Ufern loslösen läßt. Ein Acker, eine Wiese, ein Wald (letzterer natürlich als eine mit Bäumen bestandene Bodenfläche gedacht) werden als Theile des Landgutes, innerhalb dessen Grenzen sie sich befinden, deshalb an-

gesehen, weil sie sich von dem Landgute abtheilen und selbstständigen lassen, ohne dadurch ihr Wesen zu verändern, indem sie vielmehr nach wie vor Acker, Wiese, Wald bleiben.

Auch die Ufer und das Flußbett sind einfach Theile der Grundstücke, mit denen sie physisch zusammenhängen, einmal weil sie, wenn der Fluß seinen Lauf ändert oder auf künstlichem Wege in ein anderes Flußbett geleitet wird, eine Veränderung ihrer natürlichen Beschaffenheit nicht erfahren, sondern weil sie sich den Grundstücken gegenüber, deren Theil sie sind, selbstständig behandeln lassen, wie solches mit den Ufern und dem Flußbette eines öffentlichen Flusses geschieht, indem dieselben der ausschließlichen Benutzung der Ufereigenthümer entzogen und im Interesse des Gemeinwohls in den Dienst der strömenden Wasserwelle gestellt und mit derselben zu einem aus Ufern, Flußbett und fließendem Wasser bestehenden Ganzen, einem öffentlichen Flusse, rechtlich verbunden sind. Was dagegen die strömende Wasserwelle eines Privatflusses anlangt, so brauchen wir keine Rücksicht zu nehmen auf den Fall, wenn der Privatfluß, gleichviel ob in natürlicher oder künstlicher Veranlassung, seinen Lauf dermaßen verändert, daß er die Grenzen eines Grundstücks, die er früher durchschnitt oder bespülte, gar nicht mehr berührt, denn daß er in diesem Falle zu dem verlassenen Grundstücke in gar keiner factischen oder rechtlichen Beziehung steht, versteht sich von selbst. Solange ein Privatfluß aber die Grenzen eines Grundstücks durchschneidet oder bespült, ist er von den Ufern und dem Flußbette, also von dem Grundstücke selbst so abhängig, daß er sich als ein für sich bestehendes Rechtsobject von dem Grundstücke unmöglich abtheilen, noch auch sich während der Verbindung als solches behandeln läßt und ebendaher auch nicht einfach als Theil des Grundstücks betrachtet werden kann. Auf künstlichem Wege, z. B. durch Schöpfen, läßt sich zwar ein Theil der strömenden Wasserwelle von ihrer Abhängigkeit von dem

Grundstücke loslösen; allein das so gewonnene Wasser, welches allerdings eine für sich bestehende Sache darstellt, hat das Wesen, das ihm während seiner Abhängigkeit vom Grundstücke eigen war, völlig verändert, bildet nicht mehr einen Bestandtheil einer dahinströmenden Wassermasse, sondern ist eitel Wasser geworden. Selbst wenn ein Grundeigenthümer das Wasser eines innerhalb der Grenzen seines Landgutes entspringenden Privatflusses vermittelst vorgezogener Dämme über die Flußufer hinausdrängen und es dergestalt nöthigen würde, auf dem Grundstücke zu verrieseln oder sich in Niederungen als stagnirendes Gewässer zu sammeln, so wäre auch dadurch das Wesen der strömenden Wasserwelle gänzlich verändert, welches ja eben, wie schon oft hervorgehoben, in dem continuirlichen Fließen einer zusammenhängenden Wassermasse besteht. Kurz, da die strömende Wasserwelle, solange ihr dies Wesen eigen bleiben soll, von den durchschnittenen oder bespülten Grundstücken schlechterdings abhängig ist, während letztere in Ansehung ihres Wesens von dem Wasser des Flusses keineswegs abhängig sind, so ist es nach der Theorie ganz unmöglich, die strömende Wasserwelle als Theil des Grundstücks anzusehen. Gerade diese Abhängigkeit der strömenden Wasserwelle von den Ufergrundstücken, gerade die Unmöglichkeit, dieselbe ohne Veränderung ihres Wesens als für sich bestehendes Rechtsobject zu behandeln, prägen ihm nach der im provinziellen Privatrecht herrschenden Anschauung den Charakter einer Accession der Ufergrundstücke auf, denn nach dem Art. 547 des Privatrechts ist alles dasjenige, was nur durch die Hauptsache besteht, zu ihr gehört oder auf andere Weise mit ihr zusammenhängt, Nebensache, *Accessio, causa*. Unter den Begriff der Accessionen fallen nach Art. 548:

- 1) integrirende Bestandtheile und darunter auch der Zuwachs oder die Accessionen im engeren Sinne,
- 2) die Früchte der Hauptsache,

- 3) Zubehörungen und Pertinenzien und  
 4) die auf die Hauptsache verwendeten Kosten und die auf ihr ruhenden Lasten.

Hiernach und bei der Unmöglichkeit, die strömende Wasserwelle der Privatflüsse den unter den Ziffern 2 und 4 aufgeführten Accessionen beizählen zu können, muß dieselbe entweder zu den integrireuden Theilen oder den Pertinenzien gehören. Mit den ersteren hat die strömende Wasserwelle allerdings das gemein, daß sie, gleich den als integrirende Bestandtheile des fundus anzusehenden Häusern und Bäumen (Art. 771 und 777 ffg.), ohne den Grund und Boden, über den sie hinwegströmt und von dem sie umfaßt wird, nicht zu bestehen vermag. Das bei den integrirenden Bestandtheilen unerläßliche Requisit eines körperlichen Zusammenhanges mit der Hauptsache findet jedoch bei der strömenden Wasserwelle eines Privatflusses nicht statt und sind wir daher der Ueberzeugung, daß dieselbe nach dem Privatrechte nur als Zubehör der Ufergrundstücke qualificirt werden könne, was auch mit den Merkmalen übereinstimmt, die im Privatrecht zur Bestimmung des Begriffs der Pertinenzien angegeben sind. Der Artikel 557 macht die Pertinenzzeigenschaft zunächst davon abhängig, daß die Nebensache zum Dienst der Hauptsache bestimmt sei. Dies trifft bei der strömenden Wasserwelle zu, denn sie hat schon durch ihre natürliche Beschaffenheit die Bestimmung, den von dem Privatfluß durchschnittenen oder von ihm wenigstens bespülten Grundstücken zu dienen. Der Artikel 558 fordert für die Pertinenzzeigenschaft eine Verbindung zwischen der Hauptsache und der Nebensache, bemerkt aber dabei, daß die Verbindung nicht in einem festen physischen, also körperlichen Zusammenhange zu bestehen brauche. Auch diese Bestimmung trifft bei der strömenden Wasserwelle zu, denn der Zusammenhang derselben mit den Ufergrundstücken ist, wie bei dem Stroh, Viehfutter, Dünger (Art. 566) bloß ein juri-

stischer, der, entsprechend dem Art. 559, nicht auf der Willkür der Grundstückseigenthümer, sondern auf der natürlichen Beschaffenheit der strömenden Wasserwelle und der Ufergrundstücke beruht.

Nunmehr die besonderen Rechtsverhältnisse des Grundzinsmannes in's Auge fassend, ersieht man aus dem Art. 1325, daß dem Grundzinsmann das Nutzungseigenthum an dem zinspflichtigen Grundstücke zusteht und daß er vermöge desselben zur Ausübung aller dem Eigenthümer zustehenden Rechte (Art. 947 ff.) befugt ist. Hiernächst glauben wir ganz besonders hinweisen zu müssen auf den Art. 550, welcher festsetzt, daß jegliche Accession „an allen die Hauptsache betreffenden Rechtsverhältnissen von selbst Antheil nehme, so daß namentlich „bei jeder Veräußerung der Hauptsache die Nebensache im „Zweifel als mitveräußert angenommen werde, falls nicht das „Gegentheil ausdrücklich bestimmt sei.“ Da nun oben gezeigt wurde, daß die strömende Wasserwelle eines Privatflusses Zubehör und jedenfalls Accession der ihr gegenüber als Hauptsache zu qualificirenden Ufergrundstücke sei, so folgt aus den allegirten Art. 1325 und 550, daß dem Grundzinsmanne das Nutzungseigenthum, wie an jedem Zubehör des zinspflichtigen Grundstücks, so auch an der strömenden Wasserwelle insoweit zusteht, als dieselbe nach Maßgabe der Art. 1012 und 1013 dem dominus directus angehört, denn das in dem Grundzinsvertrage (Art. 1310) enthaltene Veräußerungsgeschäft begreift nach Art. 550 auch das zu dem zinspflichtigen Grundstücke als Accession gehörige Privatgewässer in sich und überträgt das dem dominus directus gebührende Recht zur Benutzung desselben Gewässers auf den Grundzinsmann, falls nicht im Grundzinsvertrage Abweichendes bestimmt wird.

Ueberdies ist es durchaus nicht schwer, aus dem provinziellen Privatrechte einige Bestimmungen nachzuweisen, die das eben gewonnene Resultat in schlagender Weise bestätigen.

Gemäß den Art. 760 und 761 fällt eine inmitten eines Flusses auftauchende Insel den Eigenthümern der Ufergrundstücke an. Setzt man nun den Fall, daß diese Insel in Folge der Bestimmungen des Art. 761 einem auf Grundzins vergebenen Grundstücke zuwachse, so müßte nach der in der Nr. 32 der Präjudizienammlung vertretenen Rechtsansicht nicht allein das Obereigenthum, sondern auch das *dominium utile* an der Insel dem Grundzinsherrn zugesprochen werden, weil sich das Nutzungseigenthum des Grundzinsherrn nach jener Ansicht nur bis an das Wasser des Flusses erstrecken, das Flußbett und die strömende Wasserwelle aber in unbeschränktem Eigenthum des Grundzinsherrn zurückbleiben soll. Daß dieses jedoch nicht der Fall sei, geht mit Evidenz aus dem Art. 949 hervor, welcher festsetzt, daß der Nutzungseigenthümer — und folglich nach Art. 1325 auch der Grundzinsherr — „an dem „Zuwachs oder den Accessionen im engeren Sinne, z. B. einer „neu entstandenen Insel das *dominium utile* erwerbe, während „dem Grundzinsherrn nur das Obereigenthum gebühre“ — eine Bestimmung, die nicht allein die von uns oben entwickelte Ansicht *implicite* bestätigt, sondern auch in positiver Weise feststellt, daß das *dominium utile* auch das zum zinspflichtigen Grundstück ganz oder zum Theil gehörige Flußbett nebst der darüber hinströmenden Wasserwelle umfaßt.

Der Usufructuar genießt weniger ausgedehnte Befugnisse als der Grundzinsherr. Während letzterer juristischer Besitzer und zur Anstellung der Eigenthumsklage berechtigt ist, Anspruch auf den im zinspflichtigen Grundstücke vorfindlichen Schatz hat und in Bezug auf die Nutzungsbefugnisse dem Eigenthümer gleich gestellt ist, unterliegt der Usufructuar hinsichtlich der Nutzung des mit dem Usufructus belasteten Gegenstandes vielfachen Beschränkungen, ist nicht juristischer Besitzer, ermangelt der *rei vindicatio*, hat keinen Anspruch auf den Schatz, darf nicht zur Veräußerung des Usufructus schreiten und entbehrt

als bloßer Inhaber einer persönlichen Servitut noch verschiedene andere Vorzüge, deren der Grundzinnsmann sich erfreut. Bei diesem Verhältniß zwischen dem Grundzinnsmann und dem Usufructuar wäre es völlig unerklärlich, wenn das Privatrecht dem Grundzinnsmann die Benutzung der angrenzenden Privatgewässer versagen, dem Usufructuar aber die Benutzung eines Privatgewässers einräumen würde, welches zu dem mit dem Usufructus belasteten Grundstücke gehört. Da nun aber der Usufructuar nichtsdestoweniger die zum belasteten Grundstück gehörigen Fischereien, ohne daß es dazu einer besonderen contractlichen Festsetzung bedürfte, nach Art. 1212 zu benutzen berechtigt ist, so kann auch hieraus der Rückschluß gezogen werden, daß der Grundzinnsmann als Nutzungseigentümer umso mehr zur Nutzung der zu dem zinspflichtigen Grundstücke gehörigen Privatgewässer befugt sein müsse. Endlich braucht kaum bemerkt zu werden, daß die Bestimmungen der Art. 949 und 1212 einfach als natürliche Folge der beiden Rechtsätze erscheinen, daß Privatgewässer Accession der Ufergrundstücke sind und als solche an den „Rechtsverhältnissen der Ufergrundstücke von selbst“ Theil nehmen. Eine Verneinung des Vorstehenden möchte nicht ungeeignet sein, den Grundzinnsmann auf die Ueberraschung vorzubereiten, daß man noch einen Schritt weiter gehen, ihm auch die Aufführung von Bauten, die in den über dem bezüglichen Grundstücke nach der üblichen Vorstellung befindlichen Luftraum hineinragen, verbieten, und an dies Verbot die erbauliche Belehrung knüpfen werde, daß der Luftraum nach Art. 877 im Eigenthum des Grundherrn stehe, daß ihm, dem Grundzinnsmanne, das Nutzungseigenthum an dem Grunde und Boden nicht ausdrücklich übertragen worden und daß er, wenn er auch den Luftraum benutzen wolle, vor Allem einen justus titulus nachweisen müsse, kraft dessen er das Nutzungseigenthum an dem Luftraume erworben habe.

V. Kupffer.

## XIII.

### Die Vindication beweglicher Sachen

nach provinciellem Recht.

---

Durch Art. 897 der Codification von 1864 ist die gemeinrechtliche Eigenthumsklage gegen jeden Dritten dem Eigenthümer gewährt worden. Durch den Art. 923 ist jedoch für die Vindication von Mobilien die deutschrechtliche Regel „Hand muß Hand wahren“ zum Theil anerkannt und damit der Grundsatz, daß gegen den dritten redlichen Erwerber von Sachen, deren Besitz der Eigenthümer freiwillig einem Andern anvertraut habe, die Eigenthumsklage cessire, für das baltische Provinzialrecht sanctionirt worden.

Von wesentlicher practischer Wichtigkeit wird nun die Frage nach dem Verhältniß dieser der germanischen Rechtsanschauung entspringenden Regel zu dem allgemeinen Princip der Verfolgbarkeit des Eigenthums contra quemcunque possidentem. Schon Madai hat die Schwierigkeit der practischen Vereinigung beider Grundsätze in's Licht gestellt <sup>1)</sup>, wenn er auch dadurch zu der irrthümlichen Folgerung veranlaßt wurde, die Regel „Hand muß Hand wahren“ ganz aus dem provinciellem Recht entfernen zu wollen. Er vergaß, daß

---

1) Theor.-pract. Erörterungen von v. Bunge und v. Madai, Bb. III, S. 386 fg.

dieselbe vor dem römischrechtlichen Grundsatz den Vorrang des Alters und Besitzes besaß<sup>2)</sup>).

Die in der deutschrechtlichen Literatur vielfach ventilirte<sup>3)</sup> Frage, was den inneren Grund zur Entstehung dieser auf den ersten Blick auffallenden Beschränkung der Verfolgbarkeit des Eigenthums gebildet habe, tangirt die folgende Erörterung nicht unmittelbar, da die provinciellen Quellen die Regel selbst und deren Grenzen genau definiren. So bestritten übrigens der wahre Einführungsgrund derselben noch immer sein mag, so geht aus den bisherigen Deductionen<sup>4)</sup> doch jedenfalls soviel hervor, daß die Grundlage der ganzen Frage, die Auffassung der Eigenschaften des Eigenthumsrechts, im alten deutschen Recht eine andere gewesen ist als im römischen. Einerseits ist die Bevorzugung des Obligationenrechts vor dem Eigenthum, sowie die nicht genügende Auseinanderhaltung beider Institute auch in anderen Fällen bemerkbar, wie z. B. in der particularrechtlichen Bevorzugung der Miethen vor dem Kauf<sup>5)</sup>. Andererseits verlangte das deutsche Recht zur vollen Ausübung der Eigenthumsbefugnisse regelmäßig eine gewisse Oeffentlichkeit oder äußerliche Sichtbarkeit des Eigenthums-erwerbs, wie sie die Auflassung bei Immobilien und die Gewere bei Mobilien darboten und verband daher mit der freiwilligen Entäußerung der Gewere auch den Verlust der Verfolgbarkeit der Sache. Jedenfalls ist die Regel „Hand muß Hand wahren“ begrifflich nicht mit der gemeinrechtlichen Auffassung

2) Vgl. v. Bunge, *Lib- u. Gfhl. Privat. Bd. I § 138 Anmerk. e.*

3) Vgl. u. A. Gerber, *Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Jahrg. 1854 S. 25 ff.*, Albrecht, *die Gewere S. 81 ff.*, Sandhaas, *Germanistische Abhandlgn. Gießen 1852 S. 101 ff.*, Delbrück, *die dingliche Klage des deutschen Rechts, Leipzig 1857 S. 36 ff.*, Laband: *Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters Königsberg 1869 S. 68 u. 132 ff.*

4) Vgl. bes. Laband a. a. O. S. 50 ff.

5) Vgl. Gerber, *Deutsches Privatrecht § 180 Not. 4. Provinzialgesetzbuch Bd. III Art. 4045.*

des Eigenthums als der ausschließlichen rechtlichen Herrschaft über eine Sache, ohne Berücksichtigung der wirklichen Detention derselben, vereinbar, und vermochte daher nur zu einer Zeit, wo das römische Recht in dieser Lehre noch nicht zur Herrschaft gelangt war, sich vollständig auszubilden. War aber einmal das gemeinrechtliche Princip der Vindication contra quemcunque possidentem als allgemeine Regel anerkannt worden, so mußte die Anwendung jenes älteren Grundsatzes, welcher ursprünglich aus der allgemeinen Theorie der deutschrechtlichen Klage entsprungen war, so weit eingeengt werden, bis derselbe mit jenem allgemeinen Princip in Einklang gesetzt werden konnte.

Diese Verschmelzung der beiden disharmonischen Rechtsätze hat für das baltische Recht erst in der neuesten Codification Statt gefunden. Für die genaue Angabe der Grenzen jener alten Regel und heutigen Ausnahme fragt es sich nun:

1) In welchem Maße und mit welchen Eigenschaften ist dieselbe in dem älteren Recht der Ostseeprovinzen recipirt und wie ist sie bis zur neuesten Codification weiter entwickelt worden?

2) In wie weit ist sie von der Codification von 1864 aufgenommen und mit der gemeinrechtlichen Vindication verschmolzen worden?

---

## I.

Von den landrechtlichen Rechtsquellen der unabhängigen Periode erwähnen das Woldemar=Ericksche und das älteste Ritterrecht der Verfolgung des Eigenthumsrechts an Mobilien gar nicht. Wo dieselben überhaupt von der fahrenden Gabe reden, da geschieht es bloß, um dieselbe dem Lehne

in Bezug auf die Vererbung entgegenzustellen 6). Das erste Rechtsbuch, welches die Eigenthumsfrage an beweglichen Sachen erwähnt, ist das wief=öfelfche Lehnrecht oder der von Bunge sogenannte 7) libländische Rechtspiegel, welcher auch in diesem Fall sein Muster, den Sachsenspiegel nicht verleugnet und fast wörtlich mit demselben gleichlautend, erklärt 8):

„Welch Man setzet oder lehnet ein Pferdt oder ander  
„fahrende Haabe, und zu welcher Weise er aus seiner Wehrde  
„lest, mit seinem Willen, verkaufft sie derjenige, der sie in sei-  
„ner Wehre hat, oder wird sie ihm gestohlen oder geraubet,  
„derjenige sie verlehnet oder versezet hat, der mage keine Be-  
„förderung haben denn auf den, welchem sie versezet sein.“

Dagegen wird die Verfolgbarkeit der Sache contra quemcunque possidentem für den Fall gewaltsamer Besitzentziehung ausdrücklich anerkannt durch Cap. 14 § 2 des Rechtspiegels:

„Welcher Man Guth, das gestolen, geraubet oder mit  
„Gewalt genommen ist, und mit betagten Leuthen bezeugen  
„kann, daß er es offenbahr gekaufft hat, spricht Jemand das  
„Guth an, das ist ihm nicht schendlich am Leib, Guth und  
„Ehr, ob er es wieder gebe; weigert er ihm das vor Gericht,  
„so ist es Diebstahl. Kaufft einer Gut auf einem Friede Markt  
„und bezeuget das, daß er ihm darnach ließe geben Lohn,  
„das Gelt hat er verlohren, das er darvor gab.“

Also auf den etwaigen guten Glauben des dritten Erwerbers soll es nicht ankommen. Bloß die Art des Verlustes der Gewere, jenachdem dieselbe eine freiwillige oder eine unfreiwillige war, sollte darüber entscheiden, ob der neue Erwer-

6) Walbemar-Grichsches Recht Art. 12. Aelt. Ritterrecht Cap. 6

7) v. Bunge, Einleitung in die libl., esth- u. curländ. Rechtsgesch. Reval 1849 § 40.

8) Wief=öfelfches Lehnrecht bei Ewers; des Herzogthums Esthens Ritter- u. Landrecht. Dorpat 1821. Bb. II Cap. 14 § 3.

ber oder der alte Eigenthümer die Sache behalte oder, um mit dem Ausdruck der deutschen Rechtsquellen zu reden<sup>9)</sup>, wer „näher sei sie zu behalten“. Eine Anerkennung der unmittelbaren Beziehung zur Sache, eines wahren Eigenthumsrechts kommt gar nicht vor. Es handelt sich blos um die Concurrenz zweier verschiedener Ansprüche aus der Gewere, von welchen die eine wegen freiwilliger Entäußerung dieser letzteren zurückgewiesen wird.

Fast durchgängig bleibt der Ausspruch des Rechtspiegels auch in den jüngeren Rechtsquellen Livlands bis auf die neueste Zeit herab erhalten. So heißt es namentlich im mittleren livländischen Ritterrecht, Cap. 172:

„Welck man lehent, edder vorsettet perde, edder „kleder edder andere varende habe, unde tho welcker wise „he ydt uth syner wehren leth mit synem willen, vor- „kofft se de yenne, de ydt in syner wehren hefft, edder „vorsettet he ydt edder vorspelet he ydt, edder wert ydt „em gestalten, edder affgerovet, de yenne de ydt vorle- „net hefft, mach dar nene vorderinge up hebben, denn „up den genen de ydt gelehent hefft edder vorsettet, Ster- „vet de yenne rechtes edder unrechtes dodes, so thu he „sick tho synem gude na rechte yegen den Erven edder „yegen den Richter yfft dat an en gehöret“ wo bloß der im Rechtspiegel fehlende Zusatz des Sachsenspiegels, welcher die Klage auch gegen den Erben des treulosen Detentors erstreckt, wiederhergestellt ist.

Wie überhaupt in den älteren deutschen Rechtsquellen<sup>10)</sup>, so wird auch hier das „Leihen und Verleihen“ als Beispiel für

9) Vgl. auch Lüb. Stadtrecht von 1282 Art. 118. 193. Fabri formulare procuratorum. Bd. V. p. 103. Rebal-rigisches Stadtrecht (v. Bunge, Archiv für d. Geschichte Liv-, Est- u. Curlands Bd. I S. 14.) Art. 15. Der Ausdruck bezieht sich auf das Beweisprivilegium durch den Eid.

10) Vgl. Sachsenspiegel II, 60.

die freiwillige Uebertragung der Gewere gebraucht. Daß hier bloß ein Beispiel, nicht eine Beschränkung des Rechtsfages auf die beiden genannten Realcontracte gemeint ist, geht auch aus den ausdrücklichen Worten

„unde tho welcker wise he ydt uth syner weren  
„leth mit synem willen“

herbor, welche den Rechtsgrund für den Verlust des unmittelbaren Verfolgungsrechts der Sache enthalten.

Von den Stadtrechten der unabhängigen Periode hat das rigasche offenbar schon in seinen ältesten Redactionen das germanische Princip der Bevorzugung der Gewere vor dem Eigenthum anerkannt. Zwar reden die beiden ersten Aufzeichnungen desselben, das sog. reval-rigische<sup>11)</sup> und das hapsal-rigische<sup>12)</sup> Stadtrecht nicht direct von dem Fall der „Hand muß Hand wahren“. Auch läßt sich aus dem von ihnen ausgesprochenen Grundsatz, daß der redliche Erwerber gestohlener Sachen dieselben ohne Entgeld dem Eigenthümer überlassen müsse<sup>13)</sup>, nicht wohl ein Schluß auf eine etwaige entgegengesetzte Bestimmung für freiwillig aus der Gewere gegebene Mobilien entnehmen. Argumenta e contrario sind, wie überhaupt bei Quelleninterpretationen bedenklich, insbesondere bei der Erklärung der alten germanischen Rechtsquellen nicht verwendbar, in welchen der angeführte Rechtsfag regelmäßig nur ein Beispiel für eine weit über den Wortlaut desselben hinausgehende Kategorie zu sein pflegt.

Alein einerseits ist in den genannten Rechtsquellen die deutsche Anschauung über die Gewere an Mobilien und über die dem Eigenthümer allein zuständigen Klagen, nämlich die

11) v. Bunge, Einl. § 58.

12) v. Bunge, Einl. § 59.

13) Vgl. reval-rig. Recht (Archiv III S. 271 ff.) Art. 43 u. 44, wo die ganze Procebur der Klage mit Ansefang ausgeführt wird. Vgl. Laband a. a. D. S. 61 ff.

bei unrechtmäßigem Besitzverlust „mit Anefang“ (welche *contra quemcunque possidentem* gerichtet war) und die *umme scult*, für den Fall der freiwilligen Besitzübertragung (gerichtet gegen den anderen Contrahenten auf Rückgabe, beziehungsweise auf Rückzahlung des Werths), völlig recipirt<sup>14)</sup>. Andererseits erscheint es absurd, annehmen zu wollen, daß gerade im Stadtrecht eine germanische Rechtsanschauung nicht Eingang gefunden habe, für deren Anwendung das Bedürfniß des städtischen Verkehrs und Credits viel lauter gesprochen haben muß, als im Landrecht. So finden wir denn auch in der nächstfolgenden Redaction, den sog. Pufendorff'schen Statuten<sup>15)</sup> die Regel wieder. Vgl. Art. 123:

„So welk man deme anderen leet syn perth edde „syn cleeth edder welkerley dat id sy, vnde vvelkerley „wyss he dath vth synem weren leth myth synnem willen vnde vorkofft id denne de yenne de id denne yn „synen vveren hefft edder vorsettet he id edder vvorde „id em affgestolen edder affgeroueth. Jenner de id ersten „vorlegen edder vorstettet hefft de en mach dar nene vvor „deringe vp hebben sunder vp den dem he id gelegen „hefft edder settel. Sturve he ock he sollet vorderen vp „syne erue“,

also fast wörtlich mit der Bestimmung des Landrechts gleichlautend. Auch hier soll es nicht auf die besondere „wyss“ der Besitzübertragung, sondern nur darauf ankommen, daß der Eigenthümer die Sache „vth synem weren leth myth synem willen.“ Selbst wenn die Sache dem zeitweiligen Inhaber gestohlen wird, soll nur dieser letztere die Klage mit Anefang

14) Vgl. die Art. 41 ff. des hapsal-rigischen Rechts. Auch hier handelt es sich immer um die Frage, wer „neger tho behaltende“ von den beiden Streitencen ist, nicht wer Eigenthümer war.

15) Vgl. v. Bunge, *Cinl.* § 60. Pufendorff, *Observationes juris universi.* Hannov. 1756 B. III. Appendix S. 222 ff.

anstellen können <sup>16)</sup>). Also die Art des Verlustes der Detention entschied über die Art der Klage, welche bald eine reine Contractsklage gegen den pflichtvergeffenen ersten Contrahenten, bald eine Delictsklage gegen den Dieb und gegen Alle, welche ihre Rechte auf diesen zurückführten, niemals aber die einfach auf die Sache selbst gerichtete Vindication des römischen Rechts war <sup>17)</sup>.

Bei diesem Stande der Sache verschlug es selbstverständlich auch nichts, wenn die späteren Redactionen des rigaschen Stadtrechts nur einzelne Fälle der Anwendung der germanischen Klage Theorie, nicht aber sämtliche aufzählten. Es war jede einzelne Anwendung ein Beweis für die Annahme des Princips und damit ein Beweis für die Anwendbarkeit der andern Fälle. Für die Reception dieser Grundsätze in Riga liefert auch die in v. Bunge's Urkundenbuch I № CDXL S. 555 abgedruckte Urkunde einen mittelbaren Beleg <sup>18)</sup>). In dem reformirten rigaschen Stadtrecht dieser Periode, den sog. Delrichs'schen Statuten finden wir mehrfache Bestimmungen, welche die Unanwendbarkeit der römischrechtlichen Vindication in Bezug auf Mobilien darthun <sup>19)</sup>, aber keine directe Anwendung der Regel „Hand muß Hand wahren“, wenn es auch keinem Zweifel unterliegen kann, daß auch diese Redaction nicht mit den allgemein zu jener Zeit herrschenden Grundsätzen gebrochen hatte.

Grade aus den genannten Codificationen des rigaschen Stadtrechts, sowie aus dem mittleren Mitterrecht vermögen wir gleichzeitig Belehrung über das processualische Verfahren, das

16) Vgl. die Worte „edder vvorde id em allgestolen edder affgeroueth“ in dem citirten Artikel des Statuts.

17) Vgl. v. Bar, Beweisurtheil S. 152 ff., Laband a. a. O. S. 52 ff.

18) Handelsprivilegium des Erzbischofs Johann v. Lüben an die deutschen Kaufleute am 24. März 1275 (gegen Ende).

19) Delr.-Statuten Bd. I Art. 20, Bd. II Art. 19 u. a. m.

Klagefundament und die Beweislast bei der Inanspruchnahme verlorener Mobilien zu schöpfen. Von einer Klage gegen den Dritten, aus den Händen des treulosen Commodatars, Depositors Erwerbenden u. s. w. ist nicht die Rede. Es heißt vielmehr, daß gegen denselben „nene vorderinge“ existirt. Dagegen läßt sich auf Grund der Entwendung auch gegen den dritten gutgläubigen Besitzer der Mobilien mit der Anefangsklage procediren, aber nur mit dieser <sup>20)</sup>. Es hat in diesem Fall der Besitzer, wenn er nicht das Klagefundament in Abrede stellen und sein Eigenthumsrecht durch Zeugen und Eid erhärten will <sup>21)</sup>, sich entweder durch die bekannte Nennung seines auctor, wie sie bei der Klage mit Anefang stets üblich war <sup>22)</sup>, oder durch den Beweis der Einrede des Marktkaufs vor den Strafen des Diebstahls zu schützen, muß aber trotzdem dem Kläger die Sache herausgeben <sup>23)</sup>. Die Behauptung des Diebstahls gehört sowohl nach Stadtrecht als nach Landrecht zum nothwendigen Fundament der Klage.

Speciellere Bestimmungen und zum Theil abweichende finden wir im lübischen Recht. Zwar ist das Verfahren bei der gegen den dritten Besitzer gerichteten Diebstahlklage ungefähr dasselbe wie in den anderen Statutarrechten. Denn die Angabe v. Bunge's <sup>24)</sup>, als genüge das Zurückführen des eigenen Erwerbs auf drei Gewährsmänner der Reihe nach an sich schon, um die von dem Kläger als gestohlen in Anspruch genommene Sache behalten zu können, beruht wohl auf einem Uebersehen der Schlußworte des bezüglichen Art. 125 des Me-

20) Vgl. Rechtspiegel Cap. 6 § 2, M. N.-N. Cap. 145 ff. Hapsalrigisches Recht Art. 43, 44, 45.

21) M. N.-N. Cap. 15. v. Helmersen, Geschichte des Adelsrechts S. 196 ff.

22) Vgl. Walter, Deutsche Rechtsgesch. § 537.

23) Rechtspiegel Cap. 6 § 7. M. N.-N. Cap. 148. Hapsalrig. Recht Art. 45.

24) Geschichte des Privatrechts § 76.

valer Codex von 1282. Denn nicht die bloße Existenz des dritten Auctors, sondern die von demselben bewiesene Behauptung: „dat he, des vul ercunde hebbe dat dat perd leuen- „dich vnde dot were an sime stalle gevodet“, also der stricte Gegenbeweis gegen die Angaben des angeblichen Bestohlenen ist erforderlich, um den derzeitigen Inhaber den Gegenstand behalten zu lassen. Vielmehr wird an mehreren Stellen, ganz wie nach rigischem und nach Landrecht, dem Bestohlenen das Recht, sich zu der Sache hinzuziehen zu können, wenn er sein Recht an derselben beweist, ausdrücklich zugesprochen<sup>25)</sup>.

Dagegen wird der eigentliche Fall unserer Regel, die freiwillige Besitzübertragung von Mobilien und deren Folgen insofern etwas abweichend behandelt, als auch dem dritten Erwerber gegenüber die Möglichkeit der Auslösung des betreffenden Gegenstandes offen gelassen wird. Doch wird der allgemeine Grundsatz, daß dem Dritten im Proceß der Vorzug vor demjenigen gewährt werden soll, welcher seine Gewere freiwillig aufgegeben hat, ausdrücklich anerkannt. Die Hauptstelle<sup>26)</sup> lautet:

„Ein jewelit mensche se weme he sines dthinges oder „gvdes wat lene. wante kvmt it so. dat de deme it gele- „net is it vorkoft oder vorsettet vnde ofte it bekvmmeret „wert. oder holt it iement vp. De dem anderen dat ge- „lenet heuet. de is plichtich it to losende. ofte het weder „hebben wil. vnde de gene de it vnder sic heuet. maget „bat beholden na stades rechte. den de gene de eme an- „deren dat gelenet heuet.“

In keiner anderen Stelle der älteren baltischen Rechtsquellen wird der Grund des Verlusts der Ansprüche, das „Ver-

25) Vgl. z. B. Rev. Codex v. 1282 Art. 154, 326. Vgl. auch Michelson: Der Oberhof zu Lübeck. Altona 1839. № 17, 33.

26) Ebendaf. Art 143.

leihen an einen Anderen,“ der Mangel an Vorsicht in Bezug auf Auswahl der Personen, welchen man sein Vertrauen schenkt, so strict hervorgehoben. Der Dritte ist auch hier „nach Stadtrecht näher die Sache zu behalten“ und nur die Lösung, also die Entrichtung des Kauf- oder Pfandinteresses, vermag dem Eigenthümer wieder zu dem Seinigen zu verhelfen. So spricht auch der Art. 118 für den Fall der Verpfändung beweglicher Sachen es direct aus<sup>27)</sup>:

„ . . . . . mer heuet he en pant dat men nicht dhullike „oder roues an ne spreket. de dat vnder sic heuet de be- „holt it met sineme edhe. vnde also vele alse he beholt up den hilegen“ ohne daß hier von der, offenbar mehr der freiwilligen Vereinbarung angehörigen, Auslösung des Pfandes die Rede ist.

Uebrigens ist die Verjährung der Eigenthumsklage bei beweglichen Sachen, wenn dieselbe auch practisch durch die bisher erwähnten Grundsätze vielfach überflüssig geworden ist, dennoch nicht überall ausgeschlossen, wie v. Bunge meint<sup>28)</sup>. Wenigstens wird schon im reval-rigischen Stadtrecht<sup>29)</sup> die Gewere von Jahr und Tag als genügend, um die Klage mit Anefang auszuschließen, erwähnt.

Die Quellen der polnischen und schwedischen Periode halten an dem bisherigen System im Allgemeinen fest und versuchen nur theilweise eine Combination mit den entgegengesetzten Grundsätzen des römischen Rechts. Von den Landrechtsentwürfen dieser Zeit erwähnt der Hilsen'sche die vindication beweglicher Güter gar nicht. Dagegen hat der Engelbrecht-Mengden'sche Entwurf, welcher überhaupt das einheimische Recht zu Gunsten des römischen zu vernachlässigen

27) Vgl. auch Michelson a. a. O. Nr 58, 243.

28) Vgl. Gesch. des Privatrechts § 75 a. E.

29) Vgl. Art. 15.

pflegt, die römische *Vindication recipit*<sup>30)</sup>. Doch schwächt derselbe diese Reception dadurch wieder ab, daß er bei Gelegenheit des Kaufes gestohlener Güter betont, wie hier der Käufer verpflichtet erscheine, sogar ohne Entgelt die Sache dem Eigenthümer auszuliefern<sup>31)</sup> und ferner den Verkauf der dem Handwerker übergebenen Gegenstände durch diesen als nichtig erklärt<sup>32)</sup>, so daß durch diese in das Licht von Ausnahmen gestellten Sätze die Regel: „Hand muß Hand wahren“ mittelbar wieder anerkannt zu sein scheint. Auch der letzte der Entwürfe des livländischen Landrechts, der Budberg-Schrader'sche, obgleich sonst treuer an den Grundsätzen des älteren Rechts hängend, bringt die römische *Vindication* formell in Anwendung<sup>33)</sup>, um später ebenso die *Vindication* gestohlener Güter als völlig freistehend zu betonen<sup>34)</sup>, damit also gleichfalls nach dem allerdings bedenklichen *argumentum e contrario* einen Rückschluß auf die Unanwendbarkeit derselben bei freiwillig aus Händen gegebenen Mobilien nahe legend. Die Praxis scheint an der deutschrechtlichen Regel festgehalten zu haben, ohne sich dabei bewußt zu werden, daß dieselbe mit der römischen *Vindication* unvereinbar war.

Das estländische Landrecht erwähnt in der Redaction des Brandis'schen Entwurfes der Klage auf bewegliche Sachen nicht. Dagegen erklärt das estländische Ritter- und Landrecht zuerst wieder, ganz dem mittleren Ritterrecht entsprechend und unter ausdrücklicher Verweisung auf die analogen Grundsätze des lübischen Rechts und des Mevius'schen Commentars zu demselben<sup>35)</sup>:

30) Vgl. Bd. II Cap. 19 § 5.

31) Ebendas. Bd. II Cap. 19 § 11.

32) Ebendas. Bd. II Cap. 21 § 23.

33) Budberg-Schrader'scher Entwurf Bd. IV, Tit. 20 § 2 u. 6, Tit. 23 § 2.

34) Ebendas. Bd. IV, Tit. 11 § 4.

35) Esthl. Ritter- u. Landrecht Bd. IV, Tit. 2 Art. 7.

„Es mag kein Creditor oder Gläubiger dasjenige, was  
 „er einem geliehen und in des Schuldners Gewehr einmahl  
 „kommen lassen, bei einem Dritten, in dessen Hände es mit  
 „gutem Titel gekommen, ansprechen noch fordern, besondere er  
 „muß sich an seinen Debitoren, dem er einmal getrauet, halten.“

Auch hier ist bloß von dem Titel, nicht von dem erst  
 durch D. Meñius in das lübische Recht hineininterpretirten<sup>36)</sup>  
 Erforderniß der bona fides die Rede. Dem alten deutschen  
 Recht mußte dieses Requiritt um so mehr fremd sein, als es  
 schon in der freiwilligen Uebertragung der Gewere, in dem  
 leichten Vertrauen der Person gegenüber den Grund für die  
 Vorschrift sah, sich auch nur an diese letztere halten zu können.  
 Die Art des später stattfindenden Rechtsgeschäfts zwischen dem  
 treulosen Contrahenten und dem Dritten vermochte daher nicht  
 mehr rückwärts an dem bereits ausgebildeten Klagerrecht des  
 Eigenthümers Etwas zu ändern.

Mit dem citirten Artikel scheint jedoch eine andere Be-  
 stimmung desselben Rechtsbuchs im Widerspruch zu stehen. Es  
 heißt im Art. 4 des vierten Buchs Tit. XXI:

„So demnach Jemand ein beweglich Gut mit gutem Ti-  
 „tul oder Ankunfft erlanget und dasselbe Jahr und Tag ohne  
 „Ansprache in seinen Gewehren gehabt und ruhig besessen hat,  
 „so ist solch Gut verjähret und der Besizer ist näher dasselbe  
 „zu behalten, als ein Anderer ihm solches abzugewinnen; doch  
 „daß solch Gut nicht gestohlen, geraubet oder mit Gewalt ab-  
 „gedrungen sey, denn dasselbe muß ohne Erstattung dessen,  
 „damit es einer erkaufft, oder an sich gebracht, wiedergegeben  
 „werden.“

Da hiernach der Erwerb beweglicher Güter<sup>37)</sup> durch den

36) Comment. ad jus Lubecense III, 2 § 2 ff. Carstens, Bei-  
 träge zur Erläuterung des lübischen Rechts. Lübeck u. Leipz. 1801. S. 223 ff.

37) Es ist für den Verlauf dieser Abhandlung gleichgültig, ob unter  
 dem „näher zu behalten“ der citirten Stelle bloß der Beweisvorzug des älte-

Dritten erst nach Ablauf von Jahr und Tag, seit Erwerbung der Gewere datiren soll, so scheint es als ob nothwendig ein Unterschied zwischen den Rechten, welche der Dritte nach Ablauf dieser Erfüßungszeit erwirbt und denjenigen, welche ihm sofort aus seinem Rechtsgeschäft mit seinem auctor zustehen, existiren müsse, oder mit anderen Worten: als ob in dem Recht, die Klage des Eigenthümers an den ursprünglichen Contrahenten dieses letzteren weisen zu können, noch nicht der Erwerb des Eigenthums selbst zu liegen brauche. Dieser Schluß ist jedoch nur dann richtig, wenn wirklich irgend ein Unterschied in den Befugnissen vor oder nach Ablauf der Erfüßungszeit hervortritt. Ist dies nicht der Fall, so läßt sich die Erfüßung des Art. 4 (Bd. IV Tit. XXI) auch sehr wohl auf solche Sache beziehen, welche ohne gerade *res furtivae* zu sein, doch ohne den Willen des Eigenthümers aus seiner Gewere getreten sind (z. B. verlorene Sachen).

Der Meyer-Flügel'sche Entwurf des rigischen Stadtrechts erwähnt nur in beschränkter Weise der Regel „Hand muß Hand wahren“, indem er die Verpfändung anvertrauten beweglichen Gutes durch den Handwerker oder Fuhrmann bloß bis zum Betrage des Macher- oder Frachtlohns gutheißt<sup>38)</sup> und sich damit der Auslösungstheorie des lübischen Rechts annähert. Auch die Statute der Stadt Riga enthalten dieselbe Bestimmung<sup>39)</sup>:

„..... Und weilen auch wohl geschiehet, daß ein Handwerker-Fuhrmann, oder auch Schiffer, das ihme zu verarbeiten, oder zu verführen gestelltes Guth zu verpfänden pfelet; Als soll ihnen solches höher, als der Fuhr- und Macherlohn ist, zu thun, ohne Strafe nicht verstattet sein.“

---

ren Rechts oder ein wirklicher Eigenthümerwerb liegt, da jedenfalls auch der erstere im Fortgang des Processus zum letzteren führte.

38) Meyer-Flügel'scher Entwurf Bd. II, Tit. 9 Art. 4.

39) Ebendas. Bd. III, Tit. 9 § 2 a. G.

Schon die Ausdrucksweise dieses Artikels, das ausdrückliche Verbot einer höheren Verpfändung, deutet darauf hin, daß es sich auch hier um eine Beschränkung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ handelt, deren Allgemeingültigkeit dabei schon durch die stillschweigende Voraussetzung der Bestimmung, daß solche Verpfändungen durch den zeitweiligen Inhaber an sich rechtskräftig seien, anerkannt wird. Daß grade die Uebergabe einer beweglichen Sache an einen Handwerker oder Fuhrmann zur Verarbeitung oder Verführung überhaupt nach den Stadtrechten eine Ausnahme von der Anwendung der Regel zu bilden pflegte, werden wir sogleich auch im lübischen Recht bestätigt finden. Fehlten doch auch hier die Rechtsgründe der Beschränkung der Vindication, das falsch angewendete Vertrauen bei Uebertragung der Gewere und die Begünstigung des Handels und Verkehrs <sup>40)</sup>, welche letzteren in diesem Falle gerade den Schutz des Eigenthümers dringend verlangten.

Im lübischen Stadtrecht von 1586 ist in dieser Lehre folgende Bestimmung an die Spitze zu stellen <sup>41)</sup>:

„Ein jeglicher sehe wohl zu, wenn er das Seine ausleihe und vertraue; dann, würde es sich zutragen, daß derjenige, dem es geliehen oder vertrauet, dasselbe verkauffte, versezte, oder sonsten alienirte, wil dann der Ausleiher das Gut wieder haben, von dem, welchem das ausgeliehene Gut per Contractum gebracht, so muß er es selbst lösen, sonsten bleibet, der es gefaufft, oder an sich gebracht, näher dabey, dann derjenige, welcher das Gut ausgeliehen: Dann, da jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wiederum suchen“ und in dem vorhergehenden Artikel wird derselbe Grundsatz für das Commodat allein <sup>42)</sup> ausgesprochen und hervorgehoben,

40) D. Mevius, Comment. ad stat. Lubec. Lib. III, Tit. 2. Art. 2.

41) Bb. III Tit. 2, Art. 2.

42) Daß die Beschränkung der Regel auf das Commodat, wie sie nicht

daß der Commodant „keine Ansprache“ wider den dritten Erwerber habe. Es scheint demnach, als ob damals in dem Auslösungsrecht des Eigenthümers, welches ja auch nicht bei allen Arten der Alienation (insbesondere der lucrativen) anwendbar wäre, nicht ein zwangsweises Rechtsmittel, sondern eine freie Vereinbarung zwischen den Contrahenten vorlag<sup>43)</sup>. Es wird dieses Retentionsrecht des Dritten auch durch Art. 9, Lit. IV, C. III gewährleistet:

„Besitzt jemand ein Gut, es sey ihm geschenkt, verpfändet oder verkauft, so kann er das auf seinen Eyd wider alle Ansprache wohl behalten, es wäre dann gestohlen oder geraubt Gut.“

Mittelbar wird diese Auffassung der Auslösung auch dadurch bestätigt, daß in einem Falle, wo wirklich ein zwangsweise zu verfolgendes Auslösungsrecht anerkannt ist, wie dies dem aus den Händen eines Handwerkers Erwerbenden gegenüber stattfindet, auch von einer Klage gegen diesen letzteren die Rede ist<sup>44)</sup>, während diese Klage in unserem Fall ausdrücklich ausgeschlossen sein soll. Daß gewöhnlich das Gegentheil behauptet wird, geht, wie aus den bezüglichen Deductionen bei Stein<sup>45)</sup> und Mevius<sup>46)</sup> ersichtlich, aus der irrigen Annahme, als sei die römisch-rechtliche Vindication im Allgemeinen Regel und überall da anzuwenden, wo sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei, hervor.

bloß für das Lübsche Recht, sondern auch sonst behauptet wird, eine irrige sei, darüber vgl. Stein a. a. D. S. 114, Mevius ad jus. Lubec. III 2, 1. Carstens a. a. D. § 11 ff. S. auch v. Bar a. a. D. S. 155 ff.

43) Ander Meinung v. Bunge: Liv- u. Esthl. Privatr. II § 139 und Stein: Gründliche Abhandlung des Lübschen Rechts, Leipzig 1738, Bt. III S. 114.

44) Lüb. St.-R. Bt. III Lit. 8 Art. 17, verb.: „neher dabey zu bleiben, denn derjenige, dem es verkauft oder verpfändet worden.“

45) Stein a. a. D. S. 115.

46) Mevius ad l. III, 2. 2 in fine.

Daß auch für gestohlene und geraubte Sachen nicht eine rei vindicatio, sondern bloß die Diebstahlsklage zu Recht bestehe, somit die Thatsache der Entwendung das Klagefundament bilde, wird unzweideutig in B. IV, Tit. 1, Art. 6 ausgesprochen:

„ . . . . . Der ander aber, welcher das Gut angesprochen, „wofern er sonst mit zweyen glaubwürdigen Zeugen nicht „beweisen kann, daß es sein Gut und ihm gestolen „oder geraubt sey, er auch dasselbige für diese Zeit, und „eher es zu den Gerichten kommen, nicht wiederumb haabhaftig „werden mögen, so mag er solches mit seinem Eide thun, dazu „er gelassen werden sol.“

Auch hier ist, wie im estländischen Landrecht neben dem erwähnten Recht des dritten Erwerbers auch eine Erßigung für gewisse Mobilien erhalten. Und zwar erwirbt der Besitzer dieselben erst nach Ablauf von Jahr und Tag. Vgl. B. I, Tit. 8, Art. 1:

„Alles das Gut, welches in diese Stadt kompt, doch „nicht über See und Sand, und ein Mann bey sich hat Jahr „und Tag, mag er solches beweisen, so kan ihm das niemand „mit Rechte abgewinnen, oder für gestohlen und geraubt Gut „ansprechen“ . . . . .

In Bezug auf das „über See und Sand“ gebrachte Gut existirt in sofern eine Ausnahme, als hier der Besitzer selbst der Diebstahlsklage gegenüber geschützt wird, wenn er seinerseits den Beweis des redlichen Erwerbes zu führen vermag<sup>47)</sup>. Im Uebrigen kann man die Erßigung wohl auch nur auf diejenigen Gegenstände beziehen, welche nicht auf dem Wege der Regel „Hand muß Hand wahren“ schon dem dritten Erwerber sofort zugefallen sind<sup>48)</sup>. Einen eigenen Weg ging das letzte

47) Lüb. St.-R. Bb. VI, Tit. 5 Art 4.

48) Vgl. auch v. Bunge: Liv- u. Esthl. Privatr. II § 137 u. 139.

der hier zu erörternden Statutarrechte, das Recht Curlands. Wie in den meisten Rechtsgebieten, so schließen sich auch hier die piltenischen Statuten dem älteren Recht treu an. Es erklärt namentlich der § 2 des Thl. II, Tit. 6:

„Welcher auch einem anderen leihett sein Pferd oder „Kleid oder ander fahrende Habe, verkauffet sie dan der, so sie „von im mitt seinem Willen in Gewahrung bekommen, oder „versezett sie vorbar oder verspielet sie, oder es werde ihm ge- „stohlen, der erste, welcher sie verliehen, oder versezet, hatt an „denen geliehenen oder versezten keine Forderung, ohne widder „den, dem er sie liehe oder versezte. Und wosern derselbe, „so sie empfangen vorstirbe, so hat er sich an seine Erben des „versezten Guttes halben zu erhaltenn.“

Durch das freiwillige Geben aus der Gewere wird also in jedem Falle bloß eine „Forderung“ gegen den Empfänger erworben, und zwar ist es gleichgültig, ob dieser die empfangene Sache treulos einem Dritten überträgt oder ob sie ihm gestohlen wird. Im letzteren Fall gilt somit hier, wie überhaupt <sup>49)</sup> der Empfänger, nicht der Eigenthümer, als Bestohlenen. Dagegen ist es <sup>50)</sup>

„ein anders, wann einer sein Gut, daß ihm geraubet „oder gestohlen ist, antrifft, dasselbe möge er wohl annehmen“.

Daneben hat sich auch hier die Verjährung beweglicher Habe erhalten und zwar in doppelter Weise, einerseits für gestohlene, aber weiterübertragene Sachen im Laufe von 30 Jahren <sup>51)</sup>, andererseits für „fahrende Habe und bewegliche Gü- „ter, welche Jemand auf eine rechtmäßige Art und mit gutem „Gewissen an sich gebracht hat“, binnen Jahr und Tag <sup>52)</sup>. Es spricht sich in dieser Bestimmung deutlich aus, wie das

49) Laband a. a. O. S. 53 ff.

50) Pilt. Stat. Thl. II Tit. 5 § 3.

51) Ebendas. Thl. II Tit. 22 § 3.

52) Ebendas. Thl. II Tit. 22 § 1.

ältere Recht bei der Festhaltung der Regel „Hand muß Hand wahren“ keineswegs an einen Verlust des Eigenthums von Seiten des bisherigen dominus gedacht hat. Hierzu wurde vielmehr ein Mehreres, der Erwerb bona fide und die Detention durch Jahr und Tag verlangt, Bedingungen, welche zum bloßen Wegfall der Eigenthumsklage nicht erforderlich waren.

Die curländischen Statuten von 1617, welche in privatrechtlicher Beziehung überhaupt mehrfach von dem bisherigen Recht abweichen (eheliches Güterrecht, Nothbenrecht u. a. m.) und statt dessen römisch-rechtliche Grundsätze substituiren, scheinen auch in Bezug auf die Eigenthumsklage keine Ausnahme vom römischen Recht zu kennen. Wenigstens ist kein entscheidender Nachweis für das Gegentheil zu erbringen. Zwar werden von v. Bunge <sup>53)</sup> und Neumann <sup>54)</sup> mehrere Stellen der curländischen Statuten als Beleg dafür angeführt, daß auch diese letzteren die Regel „Hand muß Hand wahren“ recipirt haben. Allein von diesen Stellen enthält die eine <sup>55)</sup> nur den Grundsatz, daß Creditoren, welche vor der Concurs-eröffnung befriedigt worden sind, nicht zur Rückerstattung verpflichtet erscheinen, selbst wenn die ausgelieferten beweglichen Gegenstände einer hypothekarischen Verpfändung unterlagen. Derselbe Satz wird dann von den commissorialischen Decisio-  
nen von 1717, welche die Lehre von der Befriedigung im Concurse ganz im Anschluß an die Statuten, nur detaillirter, behandeln, genauer dahin präcisirt, daß

„neque pignora, si in rebus mobilibus consistunt, ab „hypothecariis repetenda erunt“ <sup>56)</sup>. . . . .

Wenn nun auch in dieser Bestimmung ein Anwendungs-

53) Curl. Privatr. § 134.

54) Theor.-pract. Erört. Bd. V S. 143 ff.

55) Stat. Curl. § 41.

56) Commiss. Decis. v. 1717 ad desid. XXIV in fine.

fall der Regel „Hand muß Hand wahren“ erblickt werden kann, so erscheint es doch ebenso möglich, daß hier die vielfach vertretene Theorie, als gelte bei General- und Universalhypotheken nicht die einzelne Sache als verpfändet, sanctionirt worden ist. Es erscheint dies um so wahrscheinlicher, als mehrere andere Stellen der Statuten strict die römisch-rechtliche Vindication lehren. Vgl. z. B. § 95:

„Res aliena sine consensu domini pignori dari non potest, quod semper vero dominio repetitio concedatur“. Desgl. § 98 pr.:

„Emere et vendere promiscue omnes possunt, qui liberam, non definitam adstrictamque rerum suarum facultatem habent“. . . . .

Die andere für die Gültigkeit der Regel angeführte Stelle <sup>57)</sup> erklärt bloß den treulosen Commodatar für haftpflichtig, wenn er die geliehene Sache verdorben oder verkauft hat, ohne dem Eigenthümer die Vindication gegen den dritten Erwerber abzusprechen.

Auch der Derschauische Landrechtsentwurf scheint nichts von der Regel zu wissen. Beim Leihvertrage wird für den Fall, daß die geliehene Sache dem Commodatar abhanden gekommen ist, dem Eigenthümer ausdrücklich die Wahl gelassen zwischen der Klage wider den Empfänger und der wider den Possessor <sup>58)</sup>. Wenn der Faustpfandgläubiger das Faustpfand einem Dritten weiter versezt, so soll das letztere gegen Zahlung der ursprünglichen Schuld von dem dominus vindicirt werden können <sup>59)</sup>. Auch der bonae fidei possessor soll erst nach vollendeter Erztzung gegen die Eigenthumsklage des dominus Schutz finden <sup>60)</sup>.

57) Stat. Curl. § 92.

58) Vgl. a. a. O. Bb. II Thl. II Class. 3 Lit. 4 Art. 4.

59) Ebendaf. Bb. II Thl. II Class. 3 Lit. 6 Art. 3.

60) Ebendaf. Bb. II Thl. II Class. 3 Lit. 7 Art. 10.

Auch die Polizeiordnungen der curländischen Städte erwähnen der deutschrechtlichen Regel nirgends.

Dagegen hat die curländische Praxis bis auf den heutigen Tag die Anwendbarkeit der Regel festgehalten <sup>61)</sup>. Dieselbe ist hier unter der Rechtsparämie: *mobilia non habent sequelam* bekannt und wird ganz in derselben Ausdehnung wie in Livland angewandt.

Dies war der Rechtszustand in den drei Provinzen bis zum Erscheinen der Codification von 1864. Als Resultate der historischen Entwicklung erkennen wir:

1) Die gemeinrechtliche vindication oder die allgemeine Verfolgbarkeit des Eigenthums gegen jeden Dritten ist dem baltischen Recht bei Mobilien an sich unbekannt und erst in den Entwürfen der letzten Jahrhunderte sucht man dieselbe mit den deutschrechtlichen Grundsätzen zu verschmelzen.

2) Statt derselben kann sich der Eigenthümer:

a) entweder mit einer Forderung an denjenigen, dem er freiwillig seine Gewere an der Sache übertragen hat, halten, gerichtet auf Restitution der Sache, bezw. des Werths. Klagesfundament ist hier nicht das Eigenthum, sondern der Contract. Ob der Empfänger die Sache distrahirte hat oder ob sie ihm unfreiwillig abhanden gekommen ist, ist gleichgültig.

b) oder mit der sog. Klage mit Anesfang für den Fall des Diebstahls, bezw. des unfreiwilligen Besitzverlustes, an den Dieb, bezw. an denjenigen halten, der sein Recht vom Dieb oder unrechtmäßigen gewaltsamen Erwerber ableitet. Das Klagesfundament wird auch hier nicht durch das Eigenthum, sondern durch die Thatsache des Diebstahls u. s. w. gebildet, wie schon daraus hervorgeht, daß auch der bestohlene Commodatar, Depositar u. s. w. diese Klage anstellen kann. Die Einrede des

---

61) Vgl. Neumann a. a. D. Bd. V S. 145 ff. Gesch. des Privatrechts § 166 Anmerk. 4 a. E.

gutgläubigen Erwerbs und des Marktkaufs schützen bloß vor den Strafen des Diebstahls, nicht vor der Herausgabe der Sache.

3) Jrgend eine Qualification von Seiten des dritten Erwerbers, wie etwa bona fides, ist um so weniger erforderlich, als ja schon durch die freiwillige Uebertragung der Gewere, nicht erst durch den späteren Erwerb des Dritten die Anwendung der Regel begründet erscheint und in diesem „Lassen aus der Were“ der Rechtsgrund für die Beschränkung des leichtsinnigen Eigenthümers gesucht wird.

4) Ein Verlust des Eigenthums für den übertragenden dominus ist nicht nachweisbar, weil das Eigenthum der alten Rechtsquellen gar nicht die Consequenz der Verfolgbarkeit gegen jeden Dritten nach sich zog. Anderenfalls würde die Existenz einer Erztzung *justo titulo* erworbener (nicht gestohlener) Sachen unerklärlich sein. Personen, welche aus den Händen des dritten Erwerbers die Sache weiter erhalten, vermögen sich dagegen schon darum auf dessen Erwerb zu stützen, weil der Eigenthümer ja gegen dieselben gar kein Klagerrecht besitzt.

---

## II.

In doppelter Beziehung ward das bisherige Recht durch die Codification von 1864 modificirt.

Einerseits ward die römische Eigenthumsklage *contra quemcunque possidentem* ganz allgemein eingeführt, wobei es gleichgültig erscheint, ob eine freiwillige Besitzübertragung oder ein unfreiwilliger Besitzverlust vorhergegangen ist<sup>62)</sup>. Funda-

---

62) *Prov.-R.* Bb. III Art. 897, 899, 914, 921.

ment der Klage ist bloß das Eigenthum und nur dies braucht bewiesen zu werden<sup>63)</sup>. Bloß in Form einer Ausnahme kann der Dritte seinen redlichen Erwerb von einer Personen nachweisen, welcher die Sache von dem Eigenthümer anvertraut war. Vgl. Art. 923:

„Die Eigenthumsklage fällt ganz weg, wenn der Eigenthümer eine bewegliche Sache einem Andern anvertraut, z. B. geliehen, in Verwahrung gegeben, versetzt oder auf andere Weise freiwillig weggegeben, und dieser Andere den Besitz weiter auf einen Dritten übertragen hat. In diesem Fall kann sich der Eigenthümer nur an den ersten Empfänger, d. i. nur an denjenigen halten, dem er die Sachen anvertraut, nicht aber an den dritten redlichen Besitzer der Sache.“

Daß der in Anspruch genommene Dritte seinen Erwerb in Form einer Einrede der Vindication gegenüber opponiren und erweisen muß und sich nicht etwa auf eine bloße Leugnung des Klagesfundaments beschränken kann, geht schon daraus hervor, daß zum Erweise dieses letzteren durch den Kläger nach Art. 917 der Nachweis des rechtmäßigen Eigenthumserwerbs genügt.

Uebrigens ist die Zulässigkeit der Einrede noch in vierfacher Weise beschränkt:

63) Prov.-R. Bd. III Art. 917, 918. In dem so eben erschienenen zweiten Bande der „Civilrechtlichen Entscheidungen der Rigaschen Stadtgerichte“ von Zwingmann wird in einem Fall (N 179) zwar angenommen, der Kläger habe, wie im älteren germanischen Recht, auch die gewaltsame Besitzentziehung zu beweisen. Allein es beruht dieser Schluß auf der *petitio principii*, als sei durch den Art. 923 die gesammte germanische Rechtsanschauung über die Vindication adoptirt, eine Annahme, der nicht nur sämtliche vorhergehende Artikel, sondern auch das in Art. 923 neu hinzugekommene Requisit des guten Glaubens widerspricht. In dem angeführten Fall ist die vom Kläger angeführte Thatsache des unfreiwilligen Besitzverlustes offenbar ein *superfluum*, welches er weder anzuführen, noch zu beweisen nöthig hatte, indem die seinerseitige Behauptung des Eigenthums ja zur Anstellung der Vindication genügt (Art. 917). Der Fall des Art. 923 bildet ausdrücklich eine Ausnahme, deren Eintreten der sich darauf Stütze darlegen muß. Entgegengesetztenfalls gäbe es keine Eigenthumsklage in Bezug auf Mobilien, sondern nur eine Klage aus dem Delict.

1) nach estländischem Stadtrecht durch das Recht des Eigenthümers gegen Erstattung des Kaufpreises, bezw. des Sachwerths die Sache überall da einlösen zu können, wo der Dritte sich auf einen Vertrag mit dem ursprünglichen Empfänger beruft (nicht aber auch bei anderen Arten der Eigenthumsübertragung, z. B. dem Legat) <sup>64)</sup>;

2) nach estländischem Stadtrecht bei vermieteten Schiffen, welche stets vindicirbar erscheinen <sup>65)</sup>;

3) nach liv- und estländischem Stadtrecht für den Fall des Erwerbes aus den Händen eines Fuhrmanns oder Handwerkers, welchem die Sache zum Transport oder zur Verarbeitung übergeben gewesen war. Hier kann der Dritte die Sache nur bis zum Betrage des Fracht- bezw. Macherlohnes retiniren <sup>66)</sup>;

4) überall für den Fall des Erwerbes aus den Händen eines treulosen Dienstboten <sup>67)</sup>.

Diese vier Abweichungen sind aus dem älteren Recht hinübergenommen <sup>68)</sup>.

Die andere wesentliche Modification des älteren Rechts besteht in der Hinzufügung eines neuen Requisites zu der Art des Besizerwerbs von Seiten des Dritten, der bona fides. Das ältere Recht konnte dieselbe um so weniger verlangen, als es nicht den Besizerwerb durch den Dritten, sondern die freiwillige Besizentäußerung an den ersten Empfänger als Rechtsgrund der mangelnden Verfolgbarkeit des Eigenthums ansah. Durch das Erforderniß des guten Glaubens wurde die Regel „Hand muß Hand wahren“ immer mehr zu einer Ausnahme, zu einer Begünstigung bestimmter Personen,

64) Art. 924.

65) Art. 925.

66) Art. 926.

67) Art. 4205.

68) Vgl. oben.

welche dann ihrerseits die Anwendbarkeit der Rechtsingularität auf sie strict zu erweisen hatten. Die Beschränkung derselben je nach der Subjectivität des Beklagten brauchte übrigens nicht die Tragweite des Rechts, die von dem gutgläubigen Beklagten erworbenen Befugnisse selbst zu mindern, wie weiter unten gezeigt werden wird<sup>69)</sup>. Dies Requisite der bona fides wird durchgängig im Provincialgesetzbuch bei Anwendung unserer Regel verlangt<sup>70)</sup>. Bloß in dem Fall der Veräußerung einer zu einer verpfändeten Sacheengesamtheit gehörigen species soll dieselbe stets pfandfrei an den Dritten gelangen, einerlei ob derselbe in bona oder in mala fide versirte<sup>71)</sup>. Allein dieser scheinbare Ausnahmefall dürfte sich ebenso wie die schon besprochene analoge Stelle der curländischen Rechtsquellen<sup>72)</sup> aus der Promulgation einer in der gemeinrechtlichen Theorie vertretenen Anschauung über den Umfang des Pfandrechts an universitates rerum erklären. Hierfür spricht außerdem das Citat der l. 34 pr. Dig. de pignor. et hyp. (20, 1), der Hauptstütze jener Anschauung, sowie die Ausdrucksweise des Art. 1377 selbst, welche nicht direct von der Erlöschung des Pfandrechts durch Veräußerung an einen Dritten redet, sondern von vorn herein den Pfandgläubiger an den einzelnen Gegenständen gar kein Pfandrecht erwerben läßt:

„An jeder einzelnen zu einer solchen Sacheengesamtheit „gehörigen beweglichen Sache erwirbt der Pfandgläubiger — „wenn mit der Verpfändung nicht zugleich Besitzübertragung „verbunden ist — keineswegs ein dingliches, gegen jeden dritten Besitzer verfolgbares Recht . . .“

Derartige Abänderungen des älteren germanischen Pfandrechtssystems, wie die beiden angeführten, haben überall stattfinden

69) Vgl. unten S. 316 fg.

70) Vgl. z. B. Art. 13 Anmerk. 1370, 2681, 3839 u. a. m.

71) Vgl. oben S. 306.

72) Vgl. v. Bar a. a. D. S. 169 Anmerk. 290.

müssen, wo die römische Vindication die Stelle der deutschen Klagen umme gut und mit anefang einnahm. Doch haben nicht alle neueren Gesetzgebungen den guten Glauben als Requisit der Regel adoptirt. So erklärt der Code Napoléon, ohne zwischen bona oder mala fides zu unterscheiden <sup>73)</sup>:

„En fait de meubles la possession vaut titre“

und gestattet nur bei gestohlenen oder verloren gegangenen Sachen eine dreijährige Vindicationsfrist. Dagegen verlangt das österreichische Gesetzbuch von 1811 <sup>74)</sup> allerdings die bona fides, dehnt aber dafür die Wirksamkeit unserer Regel auch auf solche Fälle aus, wo keine freiwillige Besitzübertragung stattgefunden hatte, wie z. B. auf den Kauf in öffentlicher Versteigerung oder von einem Kaufmann u. s. w.

„Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn er beweiset, daß er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung oder von einem zu diesem Verkehr befugten Gewerbsmann oder gegen Entgelt von Jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was immer für einer anderen Absicht anvertraut hatte.“ So gut wie gänzlich weggefallen ist die Regel im preußischen Landrecht <sup>75)</sup>. Nur in sofern hat sich ein Ueberrest derselben erhalten, als die §§ 24 und 25 des Tit. XV (Thl. I) bestimmen:

„Wer die dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache von einer unverdächtigen Person durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, muß dieselbe zwar ebenfalls zurückgeben; er kann jedoch dagegen die Erstattung Alles dessen, was er dafür gegeben oder geleistet hat, fordern.“

73) Vgl. § 2278 ff.

74) Vgl. ebendas. § 367 u. 368.

75) Nur scheinbar wird sie in Thl. I Tit XV § 1 aufrechterhalten. Vgl. darüber die Anmerk. 2 von Koch (in dessen Ausgabe des preuß. Landrechts Thl. I Bd. II S. 295).

Wie weit im einzelnen Fall das Anwendungsgebiet der Regel „Hand muß Hand wahren“ im baltischen Recht reicht, erscheint um so fraglicher, seit diese Regel einen Ausnahmefall von der sonst herrschenden Vindication bildet und daher keinen Anspruch mehr auf Extension und analoge Anwendung zu erheben vermag. Insbesondere erscheinen zwei Fragen als der Discussion bedürftig, deren Beantwortung nach dem älteren Recht leicht war:

1. Erlischt im Fall des Art. 923 das Eigenthum des Klägers oder wird bloß seine Klage zeitweilig sistirt?

2. Ist das Requirit des guten Glaubens bloß in der Person des ersten Käufers oder Erwerbers oder auch bei dessen Rechtsnachfolgern erforderlich?

Ad 1. Die Frage, wer in dem Fall des Art. 923 als Eigenthümer der betreffenden Sache anzusehen sei, hat eine eminente practische Tragweite. In allen den Fällen, wo der Besitz der Sache von dem gutgläubigen Erwerber unfreiwillig an einen Anderen übergeht, also wenn die Sache ihm verloren geht, gestohlen wird, geraubt wird, ferner überall da, wo der aus der Hand des gutgläubigen Dritten Erwerbende nicht dessen bona fides theilt, endlich wenn der anfänglich gute Glaube des Dritten später schwindet, fragt es sich, wem die Vindication zusteht. Nehmen wir an, das Eigenthum der Sache sei dem bisherigen dominus verblieben, so müßte derselbe bezw. dessen Erbe noch nach einer langen Reihe von Jahren gegen die Erben des Dritten procediren oder diejenigen Personen, welche ihre Rechte von dem Dritten ableiten, belangen können. Denn die Ersetzung, welche sonst diesen Schwebeszustand beseitigen würde, ist, wie wir weiter unten <sup>76)</sup> sehen werden, gerade für den Fall der Regel „Hand muß Hand wahren“ im baltischen Provincialrecht ausgeschlossen.

---

76) Vgl. S. 315 fg.

Für das ältere Recht war ein Eigenthumsverlust in unserem Fall nicht nachweisbar. Allein es läßt sich aus diesem Bordersatz kein Schluß zu Gunsten des fortdauernden Eigenthums des bisherigen dominus auch für das heutige Recht entnehmen. Denn im früheren Recht war der Mangel der Verfolgbarkeit des Eigenthums contra quemcunque possidentem um deswillen kein Beweis für das Aufhören des Eigenthums, weil diese Verfolgbarkeit damals gar kein Kennzeichen des Eigenthums bildete. Gegenwärtig, wo die Vindication das Hauptmerkmal des vollen Eigenthums bildet, könnte dagegen aus dem völligen Erlöschen derselben sehr wohl als auf ein Symptom des Erlöschens des dominium geschlossen werden.

Wird die Eigenthumsklage bloß zeitweilig sistirt oder erlischt sie vollständig?

Der Wortlaut des Art. 923 scheint sich, wenn auch aus demselben kein zwingender Schluß entnommen werden kann, mehr für den völligen Untergang der Vindication auszusprechen:

„Die Eigenthumsklage fällt ganz weg, wenn der Eigenthümer eine bewegliche Sache einem Andern anvertraut.“

Von einer bloß zeitweiligen Sistirung ist hier nicht die Rede. Ferner geschieht in dem Art. 858, in welchem alle diejenigen Eigenthümer angeführt werden, welche zeitweilig verhindert erscheinen, die Eigenthumsklage anzustellen, des Falles unserer Regel keine Erwähnung. Es dürfte hiernach eine zeitweilige Sistirung der Eigenthumsklage nicht angenommen werden.

Es giebt aber in der Codification von 1864 noch mehrere Gesetzesausprüche, welche zur Annahme eines Eigenthumsverlusts durch den gutgläubigen Dritten veranlassen müssen.

Für das estländische Stadtrecht, welches, wie wir sehen werden, hier als Muster gedient hat, sagt dies ausdrücklich der Art. 865:

„Das Estländische Stadtrecht fordert (zur Erzkung) bei beweglichen Sachen keinen Beweis des Rechtsgrundes. Wer

„einen solchen nachweisen kann, erwirbt sofort das Eigenthum an der Sache, ohne daß es einer Erfindung bedarf.“

Es ist für die heutige Rechtsanwendung gleichgültig, daß dieser Satz in der citirten Quelle nicht genügende Unterstüßung findet. Die letztere <sup>77)</sup> erklärt nämlich bloß für die, in den Seestädten überhaupt privilegirten, „über See und Land gekommenen Sachen“, daß der Besizer, wenn er nur seinen Titel erweist, „näher sei, dieselbe zu behalten“ als der Kläger mit Anefang.

Für das estländische Stadtrecht steht somit der Eigenthumserwerb des gutgläubigen Dritten fest. Aber gerade bei der ausdrücklichen Beschränkung dieses Satzes auf das lübische Recht scheint der Schluß nicht unberechtigt, daß es sich in den anderen Statutarrechten anders verhalte. Hiergegen läßt sich erwidern, daß die Singularität des estländischen Stadtrechts nach Art. 865 sehr wohl darin zu bestehen vermöge, daß auch bei nicht freiwillig übertragenen oder anvertrauten Sachen der gutgläubige Dritte mit dem Titel das Eigenthum erwerbe, wie dies die citirte Quelle ja selbst für gestohlene Sachen behauptet. Der Art. 865 bespricht also nicht bloß den Fall der Regel „Hand muß Hand wahren“, sondern geht über denselben hinaus — und dies letztere allein bildet eine Specialität des lübischen Rechts. Wie sich die anderen Statutarrechte, in dem Fall unserer Regel verhalten, läßt sich somit aus diesem Artikel nicht entnehmen.

Für die Stellung des gesammten baltischen Privatrechts in dieser Lehre scheint mir aber der Art. 828 entscheidend zu sein:

„In Fällen, wo schon aus anderen Gründen eine Klage „auf Herausgabe einer beweglichen Sache gegen jeden dritten „Besizer nicht zulässig ist, fällt die Erfindung von selbst weg“ —

---

77) Lüb. St.-R. v. 1586, Bb. VI Tit. 5 Art. 4 u. 5.

und um die Fälle ausdrücklich namhaft zu machen, wird hier insbesondere auf Art. 923, also auf die Regel „Hand muß Hand wahren“ verwiesen.

Es wird also in dem Fall unserer Regel die Ersetzung für überflüssig und somit wegfallend erklärt, weil „schon aus „anderen Gründen keine Klage auf Herausgabe zulässig ist.“ Es muß daher in diesem Fall schon aus anderen Gründen dem Dritten dasjenige geboten werden, was ihm die Ersetzung erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit zu gewähren vermag, d. h. das Eigenthum. Sonst dürfte die Ersetzung grade hier am wenigsten wegfallen, wo alle Requisite derselben zusammentreffen. Es wäre ja geradezu absurd, wenn man in unserem Fall, wo das ältere Recht die moralischen Ansprüche des Dritten so stark fand, um ihm sofort Schutz gegen den dominus selbst zu verleihen, denselben schlechter stellen wollte, als den Erwerber von Sachen, die auf unrechtmäßige, bezw. un- freiwillige Weise aus den Händen des Eigenthümers gelangt sind.

Auch mittelbar läßt sich der Beweis erbringen, daß der Erwerbssact durch den Dritten demselben das Eigenthum verschaffe, wenn wir auch dabei in das Thema unserer zweiten Frage übergreifen. Wenn nicht der gehörig qualificirte Erwerbssact zur Erlangung des Eigenthums genügte, dann mußte also die bona fides auch später stets vorhanden sein und mala fides superveniens die Anstellung der vindication, welche ja bloß gegen den redlichen Besitzer versagt sein soll, ermöglichen. Ist dies aber der Fall, so bewegen wir uns in einem steten circulus vitiosus. Denn die Insinuation der Klage vernichtet auch bei dem bonae fidei possessor den guten Glauben<sup>78)</sup> und hebt damit die Qualifikation auf, deren Vorhandensein

---

78) Vgl. Art. 909. Von dem Augenblick, wo dem „Beklagten die Klage insinuirt wird, ist auch der bisherige redliche Besitzer für einen Besitzer im bösen Glauben anzusehen.“

allein die vindication ausschließt. Jede Anstellung der rei vindicatio müßte also, zuwider dem Art. 923, zur Herausgabe der Sache zwingen, weil sie die bona fides des Besitzers aufhebt.

Endlich spricht noch der Art. 4205, welcher den Kaufcontract in dem Fall der Regel „Hand muß Hand wahren“ hier völlig rechtskräftig, also für fähig, Eigenthum zu verschaffen, erklärt, für die Annahme eines Eigenthumsüberganges an den Dritten.

Auch erscheint diese Lösung als die weit praktischere<sup>79)</sup>. In allen den Fällen, wo bei Abhandenkommen der betr. Sache eine vindication derselben erforderlich erscheint, wenn sie z. B. dem dritten Erwerber gestohlen wird u. s. w., erscheint es doch viel angemessener, dem wirklich Bestohlenen, Geschädigten u. s. w. die vindication zu gewähren, als Jemandem, der häufig längst aus jeder Beziehung zur Sache getreten ist und gewöhnlich von dem ursprünglichen Contrahenten vollen Ersatz erlangt hat, denn auch in diesem letzteren Fall wäre demselben die vindication nicht abzusprechen. Es wäre überhaupt eine nicht zu präsumirende Singularität, diese fortdauernde, durch keine Erfindung ausgeschlossene vindication.

Die Annahme, als gehe in dem Falle unserer Regel das Eigenthum auf den Dritten über, wird auch gestützt durch das einzige der modernen Civilgesetzbücher, welches in dieser Lehre einen ähnlichen Stadtpunkt festhält, wie das baltische, das Oesterreichische von 1811. Nachdem dasselbe den Fall der Regel präcisirt hat, fährt es fort<sup>80)</sup>:

..... „In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigenthum erworben und dem vorigen Eigenthümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu“.

79) Soweit überhaupt die Beschränkung der gemeinrechtlichen vindication als praktisch angesehen werden kann.

80) a. a. D. § 367.

Ähnlich, aber ohne dem Dritten ausdrücklich das Eigenthum zuzusprechen, läßt der Art. 923 des baltischen Provincialgesetzbuchs die Eigenthumsklage total erlöschen und den bisherigen Eigenthümer „sich nur an den ersten Empfänger halten“, denn, wie die Anmerkung zu dem betr. Artikel erklärt: „wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn „wieder suchen“, ein Grundsatz, der nicht durchgeführt wäre, wenn der Verleiher sich noch an andere Personen (vermitteltst der rei vindicatio) zu halten vermöchte, als an seinen ursprünglichen Contrahenten<sup>81)</sup>).

Ad 2. Mit der Frage, wem das Eigenthum an der an den gutgläubigen Dritten veräußerten Sache zustehet, hängt die Frage, ob auch in der Person späterer Inhaber der Sache bona fides verlangt werde, um der Vindication Widerstand leisten zu können, nothwendig zusammen. Ist aber, wie wir deducirt zu haben glauben, das Eigenthum an der Sache durch den bona fide erfolgten Erwerb an den Dritten übergegangen, so kann von einer mala fides eines weiteren Erwerbers nicht mehr die Rede sein. Denn die mala fides oder die Ueberzeugung von der Unrechtmäßigkeit des Eigenthumserwerbs ist natürlich da ganz irrelevant, wo sie auf einem Irrthum beruht, wo also der Erwerb ein völlig rechtmäßiger gewesen ist. Ebenso wenig vermag die mala fides superveniens in der Person des Dritten selbst die schon vorher vollendete Thatsache des Eigenthumserwerbs rückwärts wieder aufzuheben. Mit dem Erwerb des Eigenthums verbindet sich das Recht, dasselbe mit voller Rechtswirkung auf jeden Dritten übertragen zu können.

Der Wortlaut mehrerer Gesetzesbestimmungen hebt es

---

81) Ganz ebenso muß es mit der Erwerbung des Pfandrechts stehen, wenn nur dieses von dem Commodatar u. s. w. dem Dritten eingeräumt worden ist. Dies wird auch ausdrücklich durch Art. 1370 ausgesprochen, indem die Verpfändung durch den Nichteigenthümer für „völlig wirksam“ erklärt wird. Vgl. auch Art. 1436 §. 2.

zudem ausdrücklich hervor, daß es bloß bei dem ersten Erwerbssact auf bona fides ankommen soll. Vgl. z. B. Art. 1358 Anmerkung:

„Die Bestimmung dieses und des folgenden Artikels“ (den Consens von Miteigenthümern bei Verpfändungen gemeinschaftlicher Sachen betreffend) „leidet keine Anwendung „auf bewegliche Sachen, welche dem Gläubiger als Faustpfand übergeben worden. Solche Sachen bleiben dem Gläubiger ganz verhaftet, wenn sie auch nur von einem der Miteigenthümer, ohne Einwilligung der andern, verpfändet worden, wenn nur der Gläubiger dabei nicht in bösem „Glauben sich befand“, und Art. 1370:

„Die Verpfändung solcher Sachen ist von Anfang an „wirksam, wenn nur der Gläubiger beim Empfange im guten Glauben war.“ Ferner Art. 1418:

„Wurde jedoch eine bewegliche Sache unbedingt verpfändet, so bleibt das Recht des Faustpfandgläubigers, der „das Pfand in gutem Glauben empfing, ungekränkt“<sup>82)</sup>).

Es verliert somit der bisherige Eigenthümer jede Aussicht auf Wiedererlangung der Sache. Nur in einem Fall kann er die Restitution derselben beanspruchen<sup>83)</sup>, wenn nämlich die Sache, etwa durch Rückveräußerung, an den treulosen ursprünglichen Contractanten zurückgelangt ist. Zwar erwirbt auch dieser das volle Eigenthum an der Sache, muß aber, so lange die persönliche Contractsklage gegen ihn noch nicht durch Zahlung oder Verjährung u. s. w. erloschen ist, auf diese hin die Sache restituiren. Ja, falls ihm bei der Veräußerung und Rückerverwerbung ein dolus nachweisbar erscheint, würde er aus

82) Vgl. ferner Art. 1474, 2681 a. G.

83) Wenn man nämlich von dem Einlösungsrecht des estländischen Stadtrechts absieht.

diesem noch länger eine zweite Verjährungsfrist hindurch, gerechnet von dem Rückerverbe, haftbar erscheinen <sup>84)</sup>). Es wird hierdurch den bei Anwendung der Regel „Hand muß Hand wahren“ leicht möglichen Versuchen zu arglistiger Erwerbung fremder Sachen ein Damm entgegengesetzt.

---

84) Vgl. 3291.

C. Erdmann.